

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5 Köln 1

Nr. 12

MittRhNotK

Dezember 1986

Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerkosten in Grundstückskaufverträgen

(von Notarassessor Dr. Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach, Hilden)

A. Einleitung

B. Der Gegenstand vertraglicher Regelungen: Die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Tatbestände

I. Der Sachzusammenhang „Anliegerkosten“

1. Erschließungsbeiträge nach §§ 127 ff. BBauG
2. Beiträge und öffentlich-rechtliche Kostenersatzansprüche nach Landesrecht (hier: dem Recht Nordrhein-Westfalens)
 - a) Spezielle Tatbestände
 - aa) § 16 StrWG NW
 - bb) § 9 KAG NW
 - b) Beiträge nach § 8 KAG NW
 - aa) Ausbaubeiträge
 - bb) Anschlußbeiträge
 - c) Kostenersatzansprüche im Falle von Haus- oder Grundstücksanschlüssen nach § 10 KAG NW

II. Formulierung

C. Der Ausgangspunkt vertraglicher Regelungen: Die von Gesetz wegen bestehende Rechtslage

I. Allgemeines

1. Das Außenverhältnis zur Gemeinde
 - a) Einige beitragsrechtliche Grundbegriffe
 - aa) Ermittlungsmethoden
 - bb) Ermittlungsräume
 - cc) Teile, Kostenspaltung
 - b) Die wichtigsten Aspekte des Heranziehungsverfahrens
 - aa) Entstehen der Beitragspflicht
 - bb) Zugang des Beitragsbescheides und Person des Pflichtigen
 - cc) Fälligkeit des Beitrags
 - dd) Verjährung
2. Das Innenverhältnis zum Vertragspartner
 - a) Grundsätze
 - b) Beispiel

II. Vorausleistungen

III. Anliegerkosten als öffentliche Lasten

D. Möglichkeiten vertraglicher Regelungen

I. Regelungstypen

II. Formulierungsbeispiele mit Erläuterungen

1. „Gesamtregelungen“
 - a) Regelung 1: Käufer trägt sämtliche Kosten
 - b) Regelung 2: Verkäufer trägt sämtliche Kosten

2. Verteilungsregelungen nach Stichtag mit unterschiedlichen sachlichen Abgrenzungskriterien

- a) Regelung 3: Zugang des Heranziehungsbescheides
- b) Regelung 4: Entstehen der Kostenpflicht, Entstehen der öffentlichen Last
- c) Regelung 5: Ganzes oder teilweises tatsächliches Vorhandensein von Anlagen (= konkreter Bauzustand)
- d) Regelung 6: Endgültige technische Herstellung
- e) Regelung 7: Endgültige technische Herstellung von Teilen

E. Die Beurteilung der Regelungsmöglichkeiten

I. Beurteilungskriterien

II. Gemeinsame Regelungselemente

III. Die Regelungen im einzelnen

1. Regelung 1
2. Regelung 2
3. Regelung 3
4. Regelung 4
5. Regelung 5
6. Regelung 6
7. Regelung 7

F. Sonderprobleme

I. Teilflächenverkauf

II. Ablösungsvertrag

III. Erschließungsvertrag

G. Ergebnisse

A.

Einleitung

Regelungen über Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerkosten haben von einem zum Teil sehr komplizierten Zusammenspiel von öffentlichem und privatem Recht auszugehen¹. Dieses Zusammenspiel ist überdies in wesentlichen Punkten eher von Dissonanz als Harmonie geprägt. Die Rechtsprechung des BVerwG zur Rückerstattung von Vorausleistungen hat zum Leidwesen der Kaufvertragsparteien — und der Notare — zusätzliche Abstimmungsmängel geschaffen (näher unten C.II.). Die Vertragspraxis muß nun versuchen, öffentliches und privates Recht zu harmonisieren — eine auch angesichts des oft erheblichen finanziellen Ranges von Anlieger-

¹ Für wichtige Hinweise zur öffentlich-rechtlichen Seite des Themas und zur Praxis des Erschließungsbeitragsrechts danke ich den Herren Eckhard David (stv. Stadtdirektor in Bückeburg) und Michael Hammon (Städt. Rechtsdirektorin Gütersloh).

kosten wichtige Aufgabe. Wie weit der Versuch Erfolg verspricht, wird als Ergebnis der folgenden Überlegungen festzuhalten sein.

B.

Der Gegenstand vertraglicher Regelungen: Die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Tatbestände

I. Der Sachzusammenhang „Anliegerkosten“

Zunächst ist abzugrenzen, welche Tatbestände der Sachzusammenhang „Anliegerkosten“ umfaßt²; die Reihenfolge der Aufzählung orientiert sich an der öffentlich-rechtlichen Systematik. Zugleich ist jeweils zu fragen, ob der Tatbestand stets oder in welchen Fällen er regelungsbedürftig erscheint.

1. Erschließungsbeiträge nach §§ 127 ff. BBauG

Diese Hauptgruppe der „Anliegerkosten“ bedarf stets der Regelung. Das Erschließungsbeitragsrecht des BBauG geht konkurrierenden landesrechtlichen Normierungen vor. Dies folgt schon daraus, daß Bundesrecht Landesrecht bricht (Art. 31 GG). Die §§ 127 ff. BBauG stehen ferner zu entsprechendem Landesrecht im Verhältnis der Spezialität³. Die Reichweite des Vorrangs wird durch die Grenzen des Anwendungsbereichs der §§ 127 ff. BBauG bestimmt. Deren Anwendungsbereich ist gegenständlich⁴ dadurch beschränkt, daß sie sich nur beziehen auf (1) *nichtleitungsgebundene* öffentliche Anlagen⁵, und zwar (2) nur solche, die im — *abschließender*⁶ — Katalog des § 127 Abs. 2 BBauG aufgezählt sind, wobei (3) als Erschließungsaufwand nur bestimmte Kosten in Betracht kommen (§ 128 BBauG), vor allem die Kosten der *erstmaligen*, endgültigen Herstellung der Erschließungsanlagen (§ 128 Abs. 1 Nr. 2 BBauG)⁷.

2. Beiträge und öffentlich-rechtliche Kostenersatzansprüche nach Landesrecht (hier: dem Recht Nordrhein-Westfalens)

a) Spezielle Tatbestände

Nach speziellen Vorschriften, die den allgemeinen landesrechtlichen Normen vorgehen, kann Kostenersatz verlangt oder ein Beitrag erhoben werden für bestimmte *Mehraufwendungen* beim Bau oder Ausbau von Straßen.

aa) Muß eine *öffentliche* Straße wegen der Art des Gebrauchs durch einen anderen aufwendiger hergestellt oder ausgebaut werden, als es dem regelmäßigen Verkehrsbedürfnis entspricht, hat der andere dem Träger der Straßenbaulast die Mehrkosten für Bau und Unterhaltung zu vergüten. Das ist der wichtigste der in § 16 StrWG NW⁸ aufgeführten Tatbestände (öffentlich-rechtlicher Kostenersatzanspruch). Beispiel⁹: Mehrkosten, die durch Anlegung einer einzelnen Überfahrt im Rahmen des Ausbaus eines Bürgersteiges entstanden sind.

bb) Für Straßen oder Wege, die *nicht* dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind, also nicht im Gemeingebrauch stehen (die aber von der Gemeinde — bzw. dem Gemeindeverband — aufgrund

öffentlich-rechtlicher Entschließung bereitgestellt sind und deren Bau und Unterhaltung sie — bzw. er — als öffentlich-rechtliche Aufgabe durchführt¹⁰), trifft § 9 KAG NW¹¹ eine ähnliche Regelung, die sich der Rechtsfigur des Beitrags bedient: Werden solche Straßen oder Wege (in der Praxis in erster Linie: land- oder forstwirtschaftliche Wirtschaftswege¹² im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung oder Ausbeutung von Grundstücken oder im Zusammenhang mit einem gewerblichen Betrieb außergewöhnlich beansprucht und müssen sie deshalb kostspieliger gebaut oder ausgebaut werden, als es ihrer gewöhnlichen Bestimmung gemäß notwendig wäre, so kann die Gemeinde (oder der Gemeindeverband) zum Ersatz der Mehraufwendungen „besondere Wegebeiträge“ erheben. Beispiel: Landwirtschaftlicher Wirtschaftsweg muß kostspieliger ausgebaut werden, weil er zugleich schweren Lastkraftwagen als Zufahrt zu einer Ziegelei oder einem Kieswerk dient¹³. Beitrags-schuldner ist, wer als Eigentümer eines Grundstücks oder Unternehmer eines gewerblichen Betriebes die Mehraufwendungen *veranlaßt* hat¹⁴. Anders als bei den im folgenden zu erörternden Beiträgen gemäß § 8 KAG NW, wo es für die Schuldner-eigenschaft auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme und somit auf die zukünftig realisierbaren Vorteile ankommt, herrscht im Rahmen des § 9 KAG NW eine *vergangenheitsbezogene* Betrachtungsweise: Es schuldet nicht, wer im Zeitpunkt der Herstellung der Straße/des Weges oder des nachfolgenden Zugangs des Beitragsbescheides zum beitragspflichtigen Personenkreis gehört, sondern wer in dem Zeitpunkt dazu gehört, in dem der „abschließende Grundstein für das Entstehen der Mehraufwendungen gelegt wird, d. h. im Zeitpunkt des Beginns der Baumaßnahme“ (str.)¹⁵.

Beide Tatbestände (§ 16 StrWG NW/§ 9 KAG NW) spielen in der Praxis vergleichsweise unbedeutende Rollen. Ihrer soeben aufgezeigten Besonderheiten wegen besteht m. E. kein Bedürfnis, sie *generell* in Vereinbarungen über Anliegerkosten einzubeziehen. Eine weitere Besonderheit liegt darin, daß sie keine öffentliche Last begründen (in der verweisenden Vorschrift des § 9 S. 3 KAG NW ist die Anwendung des § 8 Abs. 8 KAG NW ausgenommen; was § 16 StrWG NW betrifft, fehlt ebenfalls eine Anordnung, daß der Anspruch eine öffentliche Last begründe). Es droht keine Divergenz von Schuld und dinglicher Haftung, so daß auch insofern ein Regelungsbedürfnis fehlt. Eine Einbeziehung in den Vertrag wird vielmehr nur angebracht sein, wenn die Erörterung mit den Parteien ihren dahingehenden Willen im Einzelfall ergibt. Die Parteien mögen diesen Willen etwa dann haben, wenn die gemeindlichen Mehraufwendungen auch für den Erwerber einen Wert haben.

b) Beiträge nach § 8 KAG NW

Beiträge nach § 8 KAG NW stellen die bei weitem wichtigste Gruppe landesrechtlich normierter „Anliegerkosten“ dar. Zwei Arten sind hier zu unterscheiden:

aa) Beiträge, die dem Ersatz des Aufwandes für die Herstellung, Anschaffung und/oder Erweiterung — bei Straßen, Wegen und Plätzen auch für Verbesserung — *nichtleitungsgebundener* öffentlicher Einrichtungen und Anlagen dienen. Als „öffentliche Einrichtungen und Anlagen“ — der Sache nach ist anerkanntermaßen „Anlagen“ der Oberbegriff¹⁶ — kommen

2 Zu dem Begriff auch näher Dohnke, Anliegerkosten und Grundstückskaufvertrag, MittRhNotK 1982, 33 (33f.).

3 Drießhaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 1984, Rd.-Nr. 18.

4 Zu Beschränkungen des Anwendungsbereichs aufgrund des Regelungsinhaltes der §§ 127 ff. BBauG Drießhaus, Rd.-Nr. 26 ff.

5 Drießhaus, Rd.-Nr. 15.

6 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BBauG, Band III, Stand: 15. 4. 1985, § 127, Rd.-Nr. 9; Drießhaus, Rd.-Nr. 20.

7 Näher zum Anwendungsbereich der §§ 127 ff. BBauG auch v. Trotha, Der Erschließungsbeitrag nach dem BBauG unter besonderer Berücksichtigung der notariellen Praxis, MittRhNotK 1973, 21 (29 ff.). Vgl. ferner N. Zimmermann, Erschließungsbeiträge nach dem BBauG, MittRhNotK 1964, 250.

8 Ähnlich früher § 22 LStrG NW.

9 Nach Drießhaus, Rd.-Nr. 62.

10 Bauernfeind/Zimmermann, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1979, § 9, Rd.-Nr. 3; Dahmen/Drießhaus/Küffmann/Wiese, Kommentar zum Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1977, § 9, Rd.-Nr. 2.

11 Die Kommunalabgabengesetze verschiedener anderer Bundesländer sehen entsprechende Regelungen vor; Auflistung bei Drießhaus, Rd.-Nr. 63 mit Fn. 4.

12 Dahmen/Drießhaus/Küffmann/Wiese, § 9, Rd.-Nr. 2.

13 Dahmen/Drießhaus/Küffmann/Wiese, § 9, Rd.-Nr. 9; vgl. Bauernfeind/Zimmermann, § 9, Rd.-Nr. 7.

14 Dahmen/Drießhaus/Küffmann/Wiese, § 9, Rd.-Nr. 11; abweichend zur Frage, wer Beitragsschuldner ist, Bauernfeind/Zimmermann, § 9 Rd.-Nr. 9 ff.

15 Dahmen/Drießhaus/Küffmann/Wiese, § 9, Rd.-Nr. 12. Dies gilt aber nur für die Bestimmung der Schuldner-eigenschaft. Die Beitragspflicht entsteht demgegenüber erst mit der Herstellung der Straße/des Weges, insofern entspricht § 9 KAG NW also dem § 8 KAG NW, Dahmen/Drießhaus/Küffmann/Wiese, § 9, Rd.-Nr. 19. — A. A. Bauernfeind/Zimmermann, § 9, Rd.-Nr. 9: Maßgebender Zeitpunkt für die Eigenschaft als Eigentümer oder Unternehmer sei — sofern die Satzung nichts anderes bestimme — der Zeitpunkt der Entstehung der Beitragspflicht, also der Zeitpunkt der Beendigung der Maßnahme. Drießhaus, Rd.-Nr. 14; vgl. auch Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 24 und § 4, Rd.-Nr. 23.

neben den in der Praxis im Vordergrund stehenden kommunalen Verkehrsanlagen (öffentliche Straßen, Wege und Plätze) beispielsweise auch selbständige Grünanlagen und Kinderspielflächen in Betracht¹⁷. Da die erstmalige Herstellung solcher Anlagen regelmäßig¹⁸ vom vorrangigen Erschließungsbeitragsrecht des BBauG erfaßt wird, verbleiben im Anwendungsbereich des KAG praktisch besonders die (im Gesetz nicht ausdrücklich genannte) *Erneuerung*, d. h. die zweite — ggf. dritte usw. — Herstellung, auch „nachmalige Herstellung“ oder „Grunderneuerung“ genannt^{18a}, ferner die *Erweiterung* und — bei Straßen, Wegen und Plätzen — die *Verbesserung*. Terminologisch kann man diese Kategorie von Beiträgen mit dem Begriff „Ausbaubeiträge“ kennzeichnen und sie den „Erschließungsbeiträgen“ (d. h. den Beiträgen nach BBauG) gegenüber- bzw. an die Seite stellen¹⁹.

bb) Gewisse beitragsrechtliche Sonderregeln gelten für solche öffentliche Anlagen, die *leitungsgebunden* sind und der Versorgung oder Abwasserbeseitigung dienen. Das Gesetz nennt diese Art des Beitrags „Anschlußbeitrag“ (§ 8 Abs. 4 S. 3 KAG NW). Der „Aufwand“, dessen Ersatz das Beitragsrecht dient, kann hier auf spezielle Weise ermittelt werden (siehe § 8 Abs. 4 S. 3 KAG NW). Besonderheiten, die sich bei der privatrechtlichen Beitragslastenverteilung in Kaufverträgen auswirken könnten, weist der Anschlußbeitrag gegenüber dem Ausbaubeitrag jedoch nicht auf, so daß sich eine Differenzierung innerhalb des § 8 KAG NW im Rahmen des vorliegenden Themas erübrigt.

c) Kostenersatzansprüche im Falle von Haus- oder Grundstücksanschlüssen nach § 10 KAG NW

§ 10 KAG NW gibt den Gemeinden (oder Gemeindeverbänden²⁰) einen Anspruch auf Ersatz des Aufwandes für die Herstellung, Erneuerung, Veränderung und Beseitigung — sowie die Kosten für die Unterhaltung — eines Haus- oder Grundstücksanschlusses an Versorgungsleitungen und Abwasserbeseitigungsanlagen. Es geht hier also um den Aufwand bzw. die Kosten²¹ für die Anschlußleitung zwischen der Hauptleitung und dem Grundstück oder Haus²². Systematisch handelt es sich nicht um eine „Abgabe“ (Legaldefinition in § 1 Abs. 1 KAG NW: Steuern, Gebühren, Beiträge), insbesondere weder um einen Beitrag noch eine Gebühr²³. Da es sich auch nicht um „Kosten“ i. S. d. § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO handelt, kommt die systematische Besonderheit des Anspruchs nach § 10 KAG NW auch darin zum Ausdruck, daß Widerspruch und Klage gegen einen auf diese Vorschrift gestützten Leistungsbescheid — anders als Widerspruch und Klage gegen einen Beitragsbescheid

— aufschiebende Wirkung haben²⁴. § 10 KAG NW statuiert eine öffentlich-rechtliche Entgeltleistung besonderer Art²⁵. Die systematische Besonderheit gibt jedoch keinen Anlaß, den Anspruch im Rahmen des vorliegenden Themas gesondert zu behandeln. Denn nach § 10 Abs. 2 S. 2 KAG NW gelten für ihn die Vorschriften des KAG entsprechend. Vertragliche Regelungen über den Anspruch in Grundstückskaufverträgen haben somit die gleiche öffentlich-rechtliche Rechtslage zum Ausgangspunkt zu nehmen wie im Bereiche des Beitragsrechts und stoßen hier wie dort auf die gleichen Probleme.

II. Formulierung

Um den derart abgegrenzten Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen korrekt zu umreißen, kann man formulieren:

„Erschließungsbeiträge nach BBauG und sonstige Anliegerkosten (Ausbau- und Anschlußbeiträge sowie Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse) ...“²⁶

Diese Formulierung kann zumeist auch dann verwendet werden, wenn das Grundstück nicht in Nordrhein-Westfalen liegt²⁷. Das Recht der meisten anderen Bundesländer weist weitgehend deckungsgleiche Parallelvorschriften auf²⁸; die Bezeichnungen „Ausbaubeiträge“, „Anschlußbeiträge“ und „Kostenersatz für Haus- und Grundstücksanschlüsse“ kennzeichnen die Parallelvorschriften ausreichend²⁹.

In jedem Fall zu warnen ist vor der unspezifizierten Verwendung des Begriffs „Erschließungskosten“. Eine gesetzliche Definition fehlt — wenn man von Begriffsbestimmungen absieht, die in speziellen Regelungszusammenhängen stehen und deshalb für die Gestaltung von Grundstückskaufverträgen in der Regel keine geeignete Grundlage bilden³⁰. Die Zweite Berechnungsverordnung (Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen) etwa verwendet den Begriff in den §§ 5 Abs. 2 und 6 Abs. 4 und 5 und definiert ihn in Anlage 1, Abschn. I, Nr. 3. „Erschließungskosten“ sind danach auch Zahlungen, die nicht an die Gemeinde, sondern an Private geleistet werden, etwa „Abfindungen und Entschädigungen an Mieter, Pächter und sonstige Dritte zur Erlangung der freien Verfügung über das Baugrundstück“ (Nr. 3a). Dieser — weite — Erschließungskostenbegriff dient ausschließlich den besonderen Zwecken der öffentlichen Wohnungsbauförderung. Auch der Begriff „Anliegerkosten“ sollte nicht isoliert verwendet werden, weil auch für ihn eine gesetzliche oder allgemein akzeptierte Definition fehlt. In der vorliegenden Untersuchung umspannt er als Oberbegriff sowohl die Erschließungsbeiträge nach BBauG als auch die landesrechtlichen Beitrags- oder Kostenersatztatbestände³¹.

17 Driehaus, Rd.-Nr. 6; näher Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 24 i. V. m. § 4, Rd.-Nr. 23.

18 Bedeutung behält § 8 KAG NW etwa für die erstmalige Herstellung gemeindlicher Verkehrsanlagen, die nicht Erschließungsanlagen i. S. d. § 127 Abs. 2 BBauG sind, z. B. selbständige Fußwege, Wirtschaftswege, Driehaus, Rd.-Nr. 759.

18a Näher Driehaus, Rd.-Nr. 760 ff.; Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 33 ff.

19 So Driehaus bereits im Titel seines Buches: „Erschließungs- und Ausbaubeiträge“. Völlig treffend ist die Bezeichnung „Ausbaubeiträge“ freilich nicht, weil sie den falschen Anschein erweckt, es gehe dabei stets um den Aufwandsersatz für die *Erweiterung* von Anlagen (s. vorige Fn.).

20 Zur Erhebung von Beiträgen — und Abrechnung von Kostenersatzansprüchen — sind nach KAG NW (und den Kommunalabgabengesetzen der meisten anderen Bundesländer) nicht nur die Gemeinden, sondern auch Gemeindeverbände berechtigt (zum Begriff „Gemeindeverband“ Bauernfeind/Zimmermann, § 4, Rd.-Nr. 7 f.). Wo im folgenden von den „Gemeinden“ die Rede ist, ist deshalb — soweit es um den Anwendungsbereich des KAG NW geht — stets zu lesen „Gemeinden oder Gemeindeverbände“. Praktisch spielen Gemeindeverbände als Beitragsgläubiger kaum eine Rolle, vgl. Driehaus, 360, Fn. 1.

21 Zur Terminologie: „Aufwand“ bedeutet im KAG NW das zur Investitionsfinanzierung eingesetzte Kapital, bezieht sich also auf die Herstellung, Erneuerung, Veränderung und Beseitigung; „Kosten“ i. S. d. KAG NW sind die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten, der Begriff bezieht sich also auf die Unterhaltung (Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 10, Rd.-Nr. 11; vgl. ferner Bauernfeind/Zimmermann, § 10, Rd.-Nr. 6). Dessen ungeachtet spricht die (amtliche) Überschrift des § 10 KAG NW nur von „Kostenersatz“. Das rechtfertigt es, auch in den folgenden Formulierungsvorschlägen diesen gebräuchlichen Ausdruck zu verwenden.

22 Näher, insbesondere auch zum Verhältnis der Begriffe „Hausanschluß“ und „Grundstücksanschluß“ zueinander, Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese,

§ 10, Rd.-Nr. 5—10; Bauernfeind/Zimmermann, § 10, Rd.-Nr. 9 f.

23 Bauernfeind/Zimmermann, § 10, Rd.-Nr. 4; Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 10, Rd.-Nr. 4.

24 Bauernfeind/Zimmermann, § 10, Rd.-Nr. 4; Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 10, Rd.-Nr. 4 m. w. N.

25 So — der amtlichen Begründung zum KAG-Entwurf folgend — Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 10, Rd.-Nr. 4; vgl. weiter Bauernfeind/Zimmermann, § 10, Rd.-Nr. 4.

26 Dohnke, MittRhNotK 1982, 33 grenzt der Sache nach ebenso ab (33 f.). Seine Bezeichnung „Straßenbaubeiträge nach § 8 KAG NW“ ist aber zu eng und trifft nicht alles, was damit gemeint ist, beispielsweise nicht Beiträge nach § 8 KAG NW, die für Erweiterung selbständiger Grünanlagen oder Kinderspielflächen erhoben werden. Der Terminus „Ausbaubeiträge“ ist deshalb vorzuziehen (vgl. aber auch oben Fn. 19).

27 Besonderheiten des Landesrechts sind aber z. B. in Baden-Württemberg und Berlin zu beachten (s. nächste Fn.), ferner etwa in Niedersachsen, wo der dem § 10 KAG NW vergleichbare § 12 KAG Ns nur Kostenersatz für Grundstücksanschlüsse, nicht auch für Hausanschlüsse erfaßt.

28 Zusammenstellung der Rechtsgrundlagen für die Anforderung von Ausbaubeiträgen in den einzelnen Bundesländern bei Driehaus, Rd.-Nr. 12; nur in Baden-Württemberg und Berlin können Ausbaubeiträge nicht erhoben werden, Driehaus, a. a. O. Vgl. auch oben Fn. 11.

29 Dies gilt ungeachtet der Tatsache, daß die Terminologie in anderen Bundesländern gelegentlich abweicht. Übrigens meint der baden-württembergische Autor Nieder (Anlieger- und Erschließungskosten im Grundstückskaufvertrag, NJW 1984, 2662), wenn er von „Anliegerbeiträgen“ spricht, der Sache nach nur Anschlußbeiträge (vgl. 2662 zu I. 2.); in Baden-Württemberg können neben Anschlußbeiträgen nicht erhoben werden (s. vorige Fn.).

30 Vgl. Münchener Vertragshandbuch/Schmidt, Band 2, 1982, Form. VIII. 1., Anm. 21 zu (1). Klarzustellen ist, daß im BBauG von „Erschließungskosten“ nirgends die Rede ist.

31 Der Sache nach ebenso Dohnke, MittRhNotK 1982, 33 (vgl. oben Fn. 26).

C.

Der Ausgangspunkt vertraglicher Regelungen: Die von Gesetzes wegen bestehende Rechtslage

I. Allgemeines

Zu unterscheiden ist zwischen dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zwischen dem Pflichtigen bzw. potentiell Pflichtigen und der Gemeinde³², hier „Außenverhältnis“ genannt, und dem privatrechtlichen Verhältnis zwischen den Parteien des Kaufvertrages³³, hier als „Innenverhältnis“ bezeichnet. Das Außenverhältnis ist, insbesondere im BBauG und den KAG der Länder, ausführlich geregelt. Es ist einer Disposition durch die Kaufvertragsparteien nicht zugänglich³⁴ (und zwar schon deswegen nicht, weil sie selbstredend nicht über Rechte eines Dritten — der Gemeinde — verfügen können; die öffentlich-rechtliche Natur des Außenverhältnisses allein würde vertraglicher Disposition durch Pflichtigen und Gemeinde noch nicht generell entgegenstehen). Die für das Innenverhältnis maßgeblichen Normen des BGB sind demgegenüber knapp und allgemein. Eine abweichende vertragliche Regelung ist aber möglich und, wie zu zeigen sein wird, auch dringend ratsam.

1. Das Außenverhältnis zur Gemeinde

Das beitragsrechtliche Außenverhältnis hat, sowohl im Bereiche des BBauG als auch im Bereiche des landesrechtlichen Beitragsrechts des KAG, drei Hauptaspekte³⁵. Den ersten kann man mit dem Stichwort „Aufwendungsaspekt“ kennzeichnen. Hier geht es um die Rechtsfragen etwa der Beitragsfähigkeit von Erschließungsanlagen sowie des Umfangs und der Ermittlung des Erschließungsaufwandes. Der zweite ist der Aspekt der Verteilung auf die Pflichtigen, bei dem es etwa um die Frage, an welche Merkmale bei der Verteilung des umlagefähigen Erschließungsaufwandes anzuknüpfen ist, sowie um den Verteilungsmaßstab geht. Die notarielle Praxis interessiert sich mehr für den dritten Aspekt, nämlich den der Heranziehung der Pflichtigen (unten b). Zuvor (unten a) ist jedoch der Inhalt einiger Grundbegriffe zu skizzieren, die für das Beitragsrecht und das Verständnis einschlägiger vertraglicher Regelungen wesentlich sind.

Soweit es im Landesrecht nicht um Beitragsforderungen, sondern um öffentlich-rechtliche Kostenersatzansprüche geht, gelten die zu b) (Heranziehung) folgenden Ausführungen im wesentlichen entsprechend; die Ausführungen zu a) hingegen sind insofern nicht einschlägig.

a) Einige beitragsrechtliche Grundbegriffe

aa) Als *Ermittlungsmethoden*³⁶ für den gemeindlichen Aufwand kommen in Frage (§ 130 Abs. 1 BBauG, § 8 Abs. 4 S. 2 KAG NW)

- die Ermittlung nach tatsächlichen Kosten oder
- die Ermittlung nach Einheitssätzen³⁷ (z. B.: x DM pro m²

anrechenbare Grundstücksfläche).

Zwischen den beiden Methoden haben die Gemeinden die Wahl. Sie können für verschiedene Erschließungsanlagen verschiedene Methoden anwenden; sie können dies sogar innerhalb ein und derselben Anlage tun (z. B. bei einer Straße, deren Teileinrichtung Straßenentwässerung nach Einheitssätzen abrechnen und den Rest nach tatsächlich entstandenen Kosten)³⁸. In jedem Falle muß die Gemeinde ihre Entscheidung in der Erschließungsbeitragsatzung niederlegen³⁹ (§ 132 Nr. 2 BBauG; für das landesrechtliche Beitragsrecht gilt Entsprechendes mit der Maßgabe, daß eine satzungsmäßige Festlegung nur dann erfolgen muß, wenn der Ortsgesetzgeber von der als Regelfall angesehenen Abrechnung nach tatsächlichen Kosten abweichen will⁴⁰).

bb) Als *Ermittlungsräume*⁴¹ für den gemeindlichen Aufwand kommen in Betracht (§ 130 Abs. 2 BBauG; im Landesrecht gelten u. U. Besonderheiten⁴²):

(1) Die einzelne Anlage (KAG NW) bzw. Erschließungsanlage (BBauG), z. B. die einzelne Straße. Ob — um bei dem Beispiel einer Straße zu bleiben — diese sich als eine oder — was auch bei gleichem Straßennamen möglich ist — als mehrere Erschließungsanlagen darstellt, ist unter Einbeziehung des gesamten Erscheinungsbildes (z. B. Straßenführung, -breite, -länge, -ausstattung) zu entscheiden⁴³. Die Würdigung hat vor allem darauf abzustellen, ob eine gleichbleibende Erschließungsfunktion (z. B. Befahrbarkeit) gegeben ist⁴⁴.

(2) Mehrere Anlagen bzw. Erschließungsanlagen (und/oder Abschnitte), wenn sie eine sog. Erschließungseinheit bilden⁴⁵. Die Gemeinde kann dann — Ermessensentscheidung — ihren Erschließungsaufwand auf der Grundlage der mehreren von dieser Einheit umfaßten Anlagen (und/oder Abschnitten) ermitteln. Die Entscheidung muß fallen, bevor eine Beitragspflicht für eine Einzelanlage entstanden ist, also regelmäßig (näher, insbesondere auch zu Abweichungen von der Regel, unten b), aa) vor endgültiger Herstellung der Einzelanlage⁴⁶. Nur vor diesem Zeitpunkt also hat die Zusammenfassungsverpflichtung „Sperrwirkung“ für das Entstehen der Beitragspflichten hinsichtlich der Einzelanlagen. Die „Einheit“ ist Voraussetzung, nicht Folge der gemeindlichen Entscheidung⁴⁷. „Einheit“ liegt vor, wenn die Anlagen in einem intensiveren funktionellen Zusammenhang stehen, als er gemeinhin bei derartigen Anlagen üblich ist („qualifizierter Funktionszusammenhang“)⁴⁸; zudem muß die Einheit deutlich abgrenzbar sein⁴⁹. Mündet beispielsweise⁵⁰ eine schmale — selbständige — Stichstraße in eine breitere, aufwendigere Straße und sind die Anlieger der Stichstraße in ähnlicher Weise auf die breitere Straße angewiesen wie deren Anlieger, so können die beiden Straßen im Hinblick auf die annähernd gleiche Vorteilssituation zur gemeinsamen Aufwandsermittlung zusammengefaßt werden. Damit werden auch die Anlieger der Stichstraße an den höheren Herstellungskosten der breiteren Straße beteiligt. Unzulässig ist hingegen die Zusammenfassung unterschiedlicher

32 Hierzu im Hinblick auf das BBauG v. Trotha, MittRhNotK 1973, 21 (28 ff.).

33 Hierzu v. Trotha, MittRhNotK 1973, 21 (78 ff.).

34 Münchener Vertragshandbuch/Hagena, Bd. 4, 1983, Form. VI. 35, Anm. 35 zu (1); v. Trotha, MittRhNotK 1973, 21 (78); vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 134, Rd.-Nr. 10 und Matloch, Das Erschließungsbeitragsrecht in der notariellen Praxis, MittBayNot 1979, 104 (106 zu 3. a.).

35 Die Sondierung dieser Aspekte orientiert sich an der Monographie von Driehaus, der statt von Aspekten allerdings von „Phasen“ spricht (Aufwendungsphase, Verteilungsphase, Heranziehungsphase). Wenn hier und im folgenden statt dessen von „Aspekten“ gesprochen wird, soll dies nur dem Mißverständnis vorbeugen, die Sondierung spiegelt zwingend die tatsächliche Chronologie der Ereignisse wider (vgl. hierzu auch unten b), aa) — Entstehen der Beitragspflicht —, zu (2).

36 Näher Quaas, Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrecht, 1985, Rd.-Nr. 255 f.; Driehaus, Rd.-Nr. 316 ff. (zum BBauG) sowie Rd.-Nr. 795 und 749 (zum Landesrecht); zum Landesrecht ferner Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 76 ff., § 10, Rd.-Nr. 9 ff.

37 Diese Ermittlungsmethode ist nur im Beitragsrecht der Länder Bayern und Rheinland-Pfalz nicht zugelassen, Driehaus, Rd.-Nr. 795.

38 BVerwGE 29, 90 (92) = NJW 1968, 1250; Driehaus, Rd.-Nr. 316.

39 Quaas, Rd.-Nr. 255; Driehaus, Rd.-Nr. 316.

40 Driehaus, Rd.-Nr. 749, s. auch Rd.-Nr. 795.

41 Näher Quaas, Rd.-Nr. 259 ff.; Driehaus, Rd.-Nr. 325 ff. (zum BBauG),

Rd.-Nr. 796 ff. (zum Landesrecht).

42 Das folgende gilt zwar grundsätzlich auch für das Landesrecht, hier wird aber u. U. — je nach der Enge oder Weite des in der Beitragsatzung (oder dem einschlägigen Landesgesetz) verwendeten Begriffs der „Anlage“ — ein Bedürfnis für eine abschnittsweise Abrechnung oder die Abrechnung einer Erschließungseinheit nicht auftreten, vgl. Driehaus, Rd.-Nr. 796 f.

43 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 130, Rd.-Nr. 13. Möglich ist auch, daß trotz unterschiedlicher Straßennamen nur eine Erschließungsanlage vorliegt (z. B. bei einer Ringstraße), Schmidt/Bogner/Steenbock, Handbuch des Erschließungsrechts, 5. Aufl. 1981, Rd.-Nr. 2004.

44 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O.

45 Zu den Einzelheiten Quaas, Rd.-Nr. 270 ff.; Driehaus, Rd.-Nr. 340 ff., s. auch Rd.-Nr. 325 ff.; zu Besonderheiten im Landesrecht Driehaus, Rd.-Nr. 797.

46 BVerwGE 68, 48 (53); Driehaus, Rd.-Nr. 347, 502; Quaas, Rd.-Nr. 283 f.; Sellner, Aktuelle Probleme des Erschließungsbeitragsrechts, NJW 1986, 1073 (1076 f.).

47 Sellner, a. a. O.; Quaas, Rd.-Nr. 264; Driehaus, Rd.-Nr. 340.

48 Sellner, a. a. O., 1076; Driehaus, Rd.-Nr. 340 ff. m. w. N.; Quaas, Rd.-Nr. 276 f.

49 BVerwGE KStZ 1973, 135; Quaas, Rd.-Nr. 280 ff.; Driehaus, Rd.-Nr. 345; Sellner, a. a. O., 1076.

50 Beispiel von Driehaus, Rd.-Nr. 340.

Arten von Erschließungsanlagen zur gemeinsamen Aufwands-ermittlung⁵¹. Da überdies die neuere Rechtsprechung des BVerwG zur Zulässigkeit gemeinsamer Aufwandsermittlung von einer deutlich restriktiven Tendenz geprägt ist⁵², dürften sich die Gemeinden in Zukunft nur in relativ wenigen Fällen für eine gemeinsame Aufwandsermittlung entscheiden, typischerweise wohl am ehesten in der als Beispiel angeführten Fallgruppe (Hauptstraße mit von ihr abzweigender, selbständiger Sackgasse).

(3) Abschnitte einer Anlage bzw. Erschließungsanlage (§§ 130 Abs. 2 BBauG, 8 Abs. 5 KAG NW). Abschnitte sind räumliche Teilstücke, die nicht rechtlich selbständig sind, aber die Teileinrichtungen (zu diesem Begriff sogleich zu cc) aufweisen, die eine selbständige Anlage vergleichbarer Art üblicherweise hat⁵³. Der Abschnitt (z. B. einer Straße) muß — obwohl gerade nicht rechtlich selbständig — eine „gewisse selbständige Bedeutung“ (als Verkehrsanlage) haben und durch äußere, in den tatsächlichen Verhältnissen begründete Merkmale erkennbar begrenzt sein⁵⁴. Diese letzteren Kriterien sollen dazu dienen, die Gefahr willkürlicher Abschnittsbildungen auszuschalten. Beispiel für einen Abschnitt: ein Straßenteil von einer Querstraße bis zur nächsten, wenn insoweit entsprechende Teileinrichtungen vorhanden sind. Die Entscheidung zur abschnittswisen Aufwandsermittlung darf übrigens u. U. noch *nach* endgültiger Herstellung der gesamten Anlage getroffen werden⁵⁵. Praktische Bedeutung dürfte die Abschnittsbildung wohl nur im Bereich einer Gruppe von Erschließungsanlagen haben, nämlich der Anbaustraßen (§ 127 Abs. 2 Nr. 1 BBauG)⁵⁶.

cc) „Teile“ von Anlagen bzw. Erschließungsanlagen können selbständig abgerechnet werden, sog. *Kostenspaltung* (§§ 127 Abs. 3 BBauG, 8 Abs. 3 KAG NW). Das BBauG ermöglicht die Kostenspaltung daneben für Grunderwerb und Freilegung (§ 127 Abs. 3); nach nordrhein-westfälischem Landesrecht ist die Zulässigkeit einer Kostenspaltung in diesen Fällen streitig⁵⁷. Die Rechtsprechung hat konkretisiert, was „Teil“ sein kann. Sie will einer willkürlichen Abspaltung und insbesondere einer Abspaltung zu kleiner Teile entgegenwirken (Schlagwort: keine „Atomisierung“ des Begriffs)⁵⁸. „Teile“ können danach nicht Teillängen (z. B. einer Straße), sondern nur *Teileinrichtungen* sein, und zwar nur selbständige Teileinrichtungen, die sich regelmäßig über die gesamte Länge der Erschließungsanlage erstrecken⁵⁹. Beispiele für „Teile“ einer Straße: Fahrbahn, Gehweg, Radweg, Beleuchtungsanlagen, Entwässerungsanlagen⁶⁰. Unzulässig ist bereits die Abspaltung der Kosten allein der Randsteine. Diese können — nach Wahl der Gemeinde — entweder zusammen mit den Kosten der Fahrbahn oder zusammen mit den Kosten der Bürgersteige abgespalten werden⁶¹. Unzulässig ist außer der Abspaltung von Teillängen — sog. Querspaltung⁶² — auch die sog. Horizontalspaltung, z. B. der Kosten nur des Unterbaus einer Straße oder ihrer vorläufigen Chausseierung⁶³.

Die Kostenspaltung unterscheidet sich von der abschnittswisen Abrechnung nach Gegenstand und Funktion⁶⁴. Dem Gegenstande nach bezieht sich die Abschnittsbildung auf *alle* Teileinrichtungen des „abgeschnittenen“ Teilstücks; die Kostenspaltung erfaßt demgegenüber eine oder mehrere Teileinrichtungen einer Anlage *in deren gesamten Umfang*. Funktion der Kostenspaltung ist die vorzeitige Beitragserhebung. Dazu wird der umlagefähige (d. h. der unter Abzug des mindestens 10%igen Gemeindeanteils — § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG — ermittelte) Aufwand für eine Teileinrichtung abgetrennt und — nach allgemeinen Umlageungsregeln, wie sie auch bei einer Abrechnung der gesamten Anlage eingreifen — auf die Anlieger der gesamten Anlage verteilt. Demgegenüber bedeutet die abschnittswise Abrechnung eine andere Art der Umlageung des Aufwandes: Der umlagefähige Aufwand wird nur auf die Anlieger des betreffenden Abschnitts umgelegt. Ist dieser Abschnitt also beispielsweise besonders aufwendig hergestellt worden, so geht der besondere Aufwand nur zu Lasten der Anlieger des Abschnitts, nicht der Anlieger der gesamten Erschließungsanlage.

Die Kostenspaltung setzt voraus, daß die Beitragssatzung diesen Abrechnungsmodus zuläßt⁶⁵. Die Abrechnung erfolgt aufgrund eines besonderen „Ausspruchs“ der Kostenspaltung, sofern nicht die Beitragssatzung eine Kostenspaltung zwingend anordnet (was sehr selten ist). Der „Ausspruch“ ist — im Anwendungsbereich des BBauG — innerdienstlicher Ermessensakt⁶⁶, er wird dem Pflichtigen häufig erst in Gestalt des Bescheides über die Veranlagung zu Teilbeträgen zur Kenntnis gelangen⁶⁷. Im Anwendungsbereich des KAG NW hat der Ausspruch hingegen durch Kostenspaltungsbeschluß der Gemeinde zu erfolgen, der wie eine Satzung zu veröffentlichen ist⁶⁸. Hier wie dort muß die Kostenspaltung, um rechtmäßig zu sein, vor der Entstehung der Beitragspflicht für die gesamte Anlage ausgesprochen worden sein⁶⁹.

b) Die wichtigsten Aspekte des Heranziehungsverfahrens

aa) Entstehen der Beitragspflicht

(1) Grundsätzlich entsteht die Beitragspflicht nach § 133 Abs. 2 BBauG mit der „*endgültigen Herstellung*“ der Erschließungsanlage; gleiches statuiert § 8 Abs. 7 KAG NW für Beiträge nach Landesrecht.

Der Grundsatz bedarf für Sonderfälle der Anpassung: Bei Übernahme von Anlagen als gemeindliche Erschließungsanlagen (§ 128 Abs. 1 Nr. 3 BBauG) entsteht die Beitragspflicht nach § 133 Abs. 2 BBauG mit der Übernahme. Bei Abschnittsbildung ist nach § 8 Abs. 7 KAG NW die endgültige Herstellung des Abschnitts maßgeblich⁷⁰, im BBauG fehlt eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung. In den Fällen einer Erschließungseinheit ist — unter der oben⁷¹ erörterten Voraussetzung, daß die Gemeinde ihre „Zusammenfassungsentscheidung“ vor dem Entstehen der Beitragspflicht für die einzelne Anlage getroffen hat — auf die endgültige Herstellung *aller* zur Einheit gehörenden Anlagen abzustellen⁷². Die Beitragspflicht hinsichtlich der

51 Driehaus, Rd.-Nr. 344.

52 Näher Sellner, a.a.O., 1077 und die dort nachgewiesene neueste Judikatur des BVerwG.

53 Driehaus, Rd.-Nr. 332.

54 Vgl. Quaas, Rd.-Nr. 267; Driehaus, Rd.-Nr. 333.

55 Driehaus, Rd.-Nr. 338.

56 Driehaus, Rd.-Nr. 339.

57 Gegen eine Zulässigkeit Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 96 unter Hinweis auf den Wortlaut des § 8 Abs. 3 KAG NW, der die Fälle nicht erwähnt; ebenso Driehaus, Rd.-Nr. 752. Für Zulässigkeit Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 86.

58 Näher Driehaus, Rd.-Nr. 534—536 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen; vgl. auch Quaas, Rd.-Nr. 413.

59 BVerwGE 56, 238 (240) = DVBl. 1979, 119.

60 Quaas, Rd.-Nr. 411; Driehaus, Rd.-Nr. 535, weitere Beispiele in Rd.-Nr. 536. „Teile“ einer Abwasseranlage, für die Anschlußbeiträge nach KAG erhoben werden, können z. B. das Kanalnetz, der mechanische, der biologische und der chemische Teil einer Kläranlage oder Anlagen zur Schlammbehandlung sein, s. Anm. 8 zum Muster einer Beitrags- und Gebührensatzung zur Entwässerungssatzung, das der nordrhein-westfälische Innenminister durch Runderlaß vom 20. 9. 1972 — MBl. NW 1972, 1698, geändert durch Runderlaß vom 15. 3. 1973, MBl. NW 1973, 508 — zusammen mit dem Muster einer Entwässerungssatzung bekanntgemacht hat; abgedruckt auch bei Bauernfeind/Zimmermann, 517 ff., hier: 535.

61 BVerwGE 62, 308 (316).

62 Quaas, Rd.-Nr. 417; Driehaus, Rd.-Nr. 534.

63 Driehaus, Rd.-Nr. 535; Quaas, Rd.-Nr. 415 spricht hier von „Schichtspaltung“.

64 Die folgende Gegenüberstellung beruht auf Driehaus, Rd.-Nr. 332.

65 Quaas, Rd.-Nr. 408 ff.; Driehaus, Rd.-Nr. 540; Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 86. Das OVG Münster verlangt — über das BVerwG hinausgehend — nicht nur, daß die Satzung generell die Kostenspaltung für einen Katalog von Teileinrichtungen zuläßt, sondern auch eine satzungsmäßige, spezielle Bestimmung darüber, für welche Straßen und welche ihrer Teileinrichtungen von der Kostenspaltung Gebrauch gemacht werde, s. näher Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 99.

66 Quaas, Rd.-Nr. 420; Driehaus, Rd.-Nr. 537.

67 Quaas, Rd.-Nr. 421; Driehaus, Rd.-Nr. 537; vgl. auch Matloch, MittBayNot 1979, 104.

68 Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 150.

69 Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 88; Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 97; Driehaus, Rd.-Nr. 539.

70 Dies gilt aber nur unter der Voraussetzung, daß die Gemeinde ihre Entscheidung, abschnittswise abzurechnen, bereits getroffen hat. Fällt diese Entscheidung erst nach endgültiger Herstellung des Abschnitts, kann erst von diesem späteren Zeitpunkt an eine Beitragspflicht entstehen, Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 121.

71 C. I. 1. a), bb) zu (2).

72 Driehaus, Rd.-Nr. 329, 502.

landesrechtlichen Anschlußbeiträge entsteht, sobald das Grundstück an die Anlage angeschlossen werden kann (§ 8 Abs. 7 S. 2 KAG NW)⁷³. Das ist regelmäßig der Fall, wenn die Gemeinde die Leitung in der Straße verlegt hat und es nur noch vom Willen des Grundstückseigentümers abhängt, ob er sein Grundstück anschließen will⁷⁴. Der öffentlich-rechtliche Ersatzanspruch hinsichtlich von Haus- oder Grundstücksanschlüssen nach § 10 KAG NW entsteht mit der endgültigen Herstellung der Anschlußleitung, im übrigen mit der Beendigung der Maßnahme (§ 10 Abs. 2 KAG NW).

Die Pflicht, Teilbeträge zu zahlen — Fälle der Kostenspaltung — entsteht nach § 8 Abs. 7 KAG NW „mit der Beendigung der Teilmaßnahme“ und ganz ähnlich nach § 133 Abs. 2 BBauG, „sobald die Maßnahmen, deren Aufwand durch Teilbeträge gedeckt werden soll, abgeschlossen sind“. Das BVerwG hat den Wortlaut des § 133 Abs. 2 BBauG dahin eingeschränkt, daß die Beitragspflicht — wenn die sonstigen, allgemeinen Voraussetzungen vorliegen⁷⁵ — nur dann mit Abschluß (d. h. endgültiger Herstellung) des Anlagenteiles (d. h. der Teileinrichtung) entstehe, wenn die Kostenspaltung in der Satzung *zwingend* vorgeschrieben sei (ein praktisch seltener Fall, s. o. zu a, cc) oder wenn der Ausspruch der Kostenspaltung (dazu ebenfalls oben zu a, cc.) bereits vor endgültiger Herstellung der Teileinrichtung erfolgt sei. Ansonsten entstehe die Teilbeitragspflicht erst mit dem Ausspruch der Kostenspaltung⁷⁶ (unbeschadet der oben zu a, cc) erörterten Voraussetzung, daß dieser stets vor dem Entstehen der Beitragspflicht für die gesamte Anlage erfolgen muß, damit eine Kostenspaltung überhaupt zulässig ist). Im Bereich des KAG NW gilt mit gewissen Modifizierungen Entsprechendes⁷⁷.

Die Merkmale der „endgültigen Herstellung“ einer Erschließungsanlage müssen nach dem BBauG in der Beitragssatzung niedergelegt sein (§ 132 Nr. 4). Zur Illustration diene das Satzungsmuster eines Gemeindetages⁷⁸. Danach sind Straßen, Wege und Plätze endgültig hergestellt, wenn sie

- „1. eine Pflasterung, einen Plattenbelag, eine Asphalt-, Teer-, Beton- oder ähnliche Decke neuzeitlicher Bauweise aufweisen;
2. entwässert werden;
3. beleuchtet werden.“⁷⁹

Nach dem gleichen Satzungsmuster müssen — um weitere Beispiele zu nennen — selbständige Grünanlagen „gärtnerisch gestaltet“ sein und Kinderspielflächen „ihrer Zweckbestimmung entsprechend gestaltet und mit Spieleinrichtungen ausgestattet“ sein⁸⁰. Aber nicht nur derartige Herstellungsmerkmale tatsächlicher Art können in der Beitragssatzung festgelegt werden. Möglich ist auch, daß die Satzung den Grunderwerb als Herstellungsmerkmal bestimmt⁸¹. Eine Beitragspflicht kann dann erst entstehen, wenn das Eigentum an allen Grundstücken, auf denen sich die Anlage befindet, auf die Gemeinde übergegangen ist⁸².

Die satzungsmäßige Festlegung der Herstellungsmerkmale erleichtert die Abgrenzung der Aufwendungen, die zur erstmaligen Herstellung einer Erschließungsanlage und damit zum Erschließungsaufwand i. S. d. BBauG (§ 128 Abs. 1 Nr. 2) gehören, von den nicht nach BBauG, sondern allenfalls nach Landesrecht beitragsfähigen Aufwendungen, insbesondere denjenigen für Erweiterungen und Verbesserungen⁸³. Vor Erlass des BBauG brauchten die Herstellungsmerkmale nicht satzungsmäßig festgelegt zu werden; maßgeblich war vielmehr das gemeindliche Straßenbauprogramm⁸⁴. Ähnlich ist die Rechtslage heute im Anwendungsbereich des KAG NW: Die Herstellungsmerkmale brauchen in der Beitragssatzung nicht geregelt zu sein und sind es in der Praxis auch selten. Ausreichend ist vielmehr, wenn das betreffende Bauprogramm der Gemeinde sie enthält⁸⁵. Das Bauprogramm kann sich aus Beschlüssen des Rates und der Ausschüsse sowie aus Unterlagen ergeben, die solchen Beschlüssen zugrundeliegen⁸⁶.

(2) Zweck des § 132 Nr. 4 BBauG, der den Zwang zur satzungsmäßigen Regelung der Herstellungsmerkmale begründet, ist es, dem Beitragspflichtigen erkennbar zu machen, wann eine Beitragspflicht entstanden ist⁸⁷. Diesen Zweck kann die Vorschrift jedoch nicht sicher erreichen. Denn unbestritten erfaßt § 133 Abs. 2 BBauG, erstem Anschein zum Trotz („Die Beitragspflicht entsteht mit der endgültigen Herstellung . . .“), bei weitem nicht alle Entstehungsvoraussetzungen für die Beitragspflicht⁸⁸. Bei der Formulierung des § 133 Abs. 2 BBauG ist der Gesetzgeber von dem Fall ausgegangen, daß im Zeitpunkt der „endgültigen Herstellung“ der Erschließungsanlage die übrigen Voraussetzungen für die Entstehung der Beitragspflicht bereits vorliegen⁸⁹. Praktisch wird die Chronologie nicht selten von der gesetzgeberischen Idealvorstellung abweichen, es wird dann m. a. W. im Zeitpunkt der endgültigen Herstellung noch an anderen Voraussetzungen der Beitragspflicht fehlen. Die Pflicht kann aber erst entstehen, wenn auch alle sonstigen Voraussetzungen vorliegen⁹⁰. Hierzu zählen insbesondere⁹¹ (nur einige davon, die jeweils kenntlich gemacht sind, gelten auch im Bereiche des KAG NW):

— Das erschlossene Grundstück muß *bebaubar* („baureif“) i. S. d. § 133 Abs. 1 BBauG sein⁹².

— Der erstattungsfähige gemeindliche Aufwand muß *feststellbar* sein⁹³. Sonst liefe u. U. die Verjährungsfrist für die Beitragsforderung, bevor es der Gemeinde möglich wäre, die Forderung zu berechnen⁹⁴. Die Voraussetzung bedeutet für die Fälle, in denen der Erschließungsaufwand nicht nach Einheitssätzen ermittelt wird (s. o. zu a, aa), daß die Beitragsforderung regelmäßig (nämlich beim Einsatz von Fremdunternehmen) nicht entstehen kann, bevor der Gemeinde nicht die letzte — sachlich richtige — Unternehmerrechnung vorliegt⁹⁵. Terminologisch wird die Voraussetzung zum Teil mit als Inhalt des Begriffs der „endgültigen Herstellung“ verstanden (wer so verfährt, spricht oft auch von „endgültiger Herstellung im Rechtssinne“)⁹⁶.

73 Der restliche Text des § 8 Abs. 7 S. 2 KAG NW („... frühestens jedoch mit dem Inkrafttreten der Satzung; die Satzung kann einen späteren Zeitpunkt bestimmen.“) dient nach Ansicht des OVG Münster ausschließlich zur Bewältigung des Übergangs vom früheren Anschlußgebührenrecht zum Anschlußbeitragsrecht des KAG NW; Näheres, Rechtsprechungsnachweise und Kritik bei Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 155. Folgt man der Auffassung — die Praxis kommt an ihr jedenfalls nicht vorbei —, so hat sich der restliche Text durch Zeitablauf erledigt.

74 Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 153.

75 Näher sogleich zu (2).

76 So z. B. BVerwG DVBl. 1970, 834. Zustimmend Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 34 und Driehaus, Rd.-Nr. 541, jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerwG.

77 Näher Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 150, s. auch Rd.-Nr. 88; Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 121, s. auch Rd.-Nr. 99 f.

78 Es handelt sich um das bei Quaas, 160 ff. abgedruckte Satzungsmuster des Gemeindetags Baden-Württemberg über die Erhebung von Erschließungsbeiträgen.

79 § 10 Abs. 1 des Musters.

80 § 10 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 des Musters.

81 BVerwG DVBl. 1973, 500; BVerwGE 41, 72; Dohnke, MittRhNotK 1982, 33 (35).

82 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 132, Rd.-Nr. 21; Dohnke, a. a. O. Die Einreihung des Grunderwerbs unter die Herstellungsmerkmale dürfte sich aus der Sicht der Gemeinden oft als unzuverlässig darstellen, weil Verzögerungen in der Abrechnung die Folge sein können (so auch die bei Quaas, 167 ff. — insoweit:

S. 184 — abgedruckte Begründung des oben Fn. 78 genannten Satzungsmusters, das im Gegensatz zu seinem Vorgänger davon absieht, den Grunderwerb als Herstellungsmerkmal zu bestimmen). U. U. hinge dann die Beitragspflicht für die gesamte Erschließungsanlage davon ab, daß noch das Eigentum an einer kleinen Teilfläche auf die Gemeinde übertragen wird.

83 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 132, Rd.-Nr. 19.

84 Ernst, a. a. O.

85 Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 147, s. auch Rd.-Nr. 74.

86 Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 74.

87 BVerwG NJW 1977, 1740; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 132, Rd.-Nr. 20.

88 Quaas, Rd.-Nr. 390; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 26 (s. auch Rd.-Nr. 27—30).

89 Driehaus, Rd.-Nr. 499; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 27—30.

90 Quaas, Rd.-Nr. 394; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 27—30; Driehaus, Rd.-Nr. 499.

91 Vgl. die — nicht abschließende — Auflistung von Quaas, Rd.-Nr. 393; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 27—30.

92 Näher Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 2 f.; Quaas, Rd.-Nr. 371 ff.; Driehaus, Rd.-Nr. 510, 387 ff.

93 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 26; Dohnke, MittRhNotK 1982, 33 (35).

94 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O.; Quaas, Rd.-Nr. 404.

95 BVerwGE 49, 131 = DÖV 1976, 95; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 26; Driehaus, Rd.-Nr. 501.

96 So Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 26; Dohnke, a. a. O.

Für den Anwendungsbereich des KAG NW gilt die Voraussetzung dem OVG Münster zufolge nicht⁹⁷.

— Voraussetzung für das Entstehen einer Beitragspflicht ist, nach BBauG ebenso wie nach KAG, das Vorhandensein einer in wesentlichen Bestandteilen gültigen *Beitragsatzung*⁹⁸. Vielfältige Fehlerquellen sind denkbar. Realisiert sich eine Fehlerquelle, so stellt sich häufig das Problem, wann Teilnichtigkeit einer Satzung zur Gesamtnichtigkeit führt⁹⁹. Hier gibt es Divergenzen zwischen der Rechtsprechung des BVerwG zum Erschließungsbeitragsrecht und der Rechtsprechung des OVG Münster zum Beitragsrecht des § 8 KAG NW¹⁰⁰. Übereinstimmung herrscht jedenfalls darin, daß nicht nur das Fehlen einer Beitragsatzung oder ihre Gesamtnichtigkeit das Entstehen einer Beitragspflicht verhindert, sondern auch die Gesamtwirksamkeit der in ihr enthaltenen Verteilungsregelung oder der Festsetzung des (in § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG und § 8 Abs. 4 S. 4 KAG NW statuierten) Gemeindeanteils¹⁰¹.

— Geht es um die Herstellung von öffentlichen Straßen, Wegen, Plätzen oder Grünanlagen, dann setzt das Entstehen der Erschließungsbeitragspflicht nach BBauG im Regelfall einen gültigen *Bebauungsplan* mit entsprechenden Festsetzungen voraus, § 125 Abs. 1 BBauG¹⁰². Sinn dieses gesetzgeberischen Erfordernisses ist es, die zentrale Bedeutung des Bebauungsplanes für die bauliche Entwicklung der Gemeinde zu wahren¹⁰³. Ein Hinderungsgrund für das Entstehen der Beitragspflicht kann sich hier übrigens nicht nur aus dem Fehlen oder der Nichtigkeit eines notwendigen Bebauungsplanes ergeben, sondern auch daraus, daß die Abweichung der Erschließungsanlage von den grundsätzlich maßgeblichen Festsetzungen des Bebauungsplanes (§ 125 Abs. 1 S. 2 BBauG) sich nicht mehr innerhalb der Toleranzgrenzen bewegt, die § 125 Abs. 1a BBauG umschreibt¹⁰⁴. Unter Umständen ist allerdings ein Bebauungsplan entbehrlich. Dies gilt stets im bauplanungsrechtlichen Innenbereich (siehe § 125 Abs. 2 S. 2 BBauG)¹⁰⁵. Im übrigen ist die Voraussetzung „Bebauungsplan“ durch die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde ersetzbar (§ 125 Abs. 2 S. 1 BBauG).

— Straßen, Wege und Plätze können nur dann Erschließungsanlagen i. S. d. BBauG sein, wenn sie öffentlich sind (§ 127 Abs. 2 Nr. 1 BBauG). Diese Eigenschaft wird nach Landesstraßenrecht beurteilt und setzt danach eine *Widmung* zum öffentlichen Verkehr voraus (Nordrhein-Westfalen: § 2 Abs. 1 StrWG)¹⁰⁶. Damit ist die Widmung zugleich Entstehungsvoraussetzung für die bundesrechtliche Erschließungsbeitragspflicht¹⁰⁷. Geht die Gemeinde im Wege der Kostenspaltung (§ 127 Abs. 3 BBauG) vor, so gilt dies allerdings nicht, weil das

Gesetz hier davon ausgeht, daß eine Erschließungsanlage i. S. d. § 127 Abs. 2 BBauG noch nicht vorhanden ist¹⁰⁸. Die Widmung wird von der Straßenbaubehörde verfügt (Allgemeinverfügung) und ist öffentlich bekanntzumachen (§ 6 Abs. 1 und 2 StrWG NW). Eine Voraussetzung für die Widmung ist nach § 6 Abs. 5 StrWG NW, daß der Träger der Straßenbaulast Grundstückseigentümer ist oder daß der Eigentümer oder ein sonst zur Nutzung dinglich Berechtigter der Widmung zugestimmt oder den Besitz durch Vertrag überlassen hat oder daß der Träger der Straßenbaulast den Besitz durch Einweisung oder in einem sonstigen gesetzlichen Verfahren erlangt hat. Ist ein Teil einer Straße, eines Weges oder Platzes nicht gewidmet worden, so hindert dies die Entstehung der Beitragspflicht für die gesamte Erschließungsanlage, es sei denn, die Gemeinde kann den gewidmeten Teil im Wege der Abschnittsbildung (§ 130 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BBauG) abrechnen und macht von dieser Möglichkeit Gebrauch¹⁰⁹. Im Bereiche des KAG NW ist — jedenfalls im Regelfall — eine Widmung nicht erforderlich¹¹⁰, so braucht etwa eine bereits gewidmete Straße nach ihrer Erweiterung nicht erneut gewidmet zu werden¹¹¹.

(3) Ein Beitragsbescheid ist rechtswidrig, wenn er ergeht, bevor auch die letzte der Voraussetzungen für die Entstehung der Beitragspflicht eingetreten ist¹¹². Der Bescheid wird aber grundsätzlich durch den nachträglichen Eintritt der ursprünglich fehlenden Voraussetzung(en) geheilt (und zwar *ex nunc*)¹¹³; fehlende Voraussetzungen sind auch während eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachholbar¹¹⁴. Dieser Grundsatz gilt nach der neueren Rechtsprechung des BVerwG zum Erschließungsbeitragsrecht des BBauG (anders als nach der Judikatur des OVG Münster zu § 8 KAG NW¹¹⁵) insbesondere auch für den Fall, daß erst nachträglich eine Beitragsatzung erlassen wird, die sich *nicht* Rückwirkung beilegt¹¹⁶. Der Grundsatz erleidet aber in den gerade für die notarielle Praxis besonders relevanten Fällen eine Ausnahme, in denen zwischen dem Zugang des Beitragsbescheides und dem Eintritt der ursprünglich fehlenden Voraussetzung das Eigentum (bzw. die Inhaberschaft am Erbbaurecht) an dem der Beitragspflicht unterliegenden Grundstück gewechselt hat¹¹⁷. Hier bedarf es, um den Bescheid rechtsbeständig zu machen, einer Heilung mit Wirkung *ex tunc*¹¹⁸. Diese kommt aber nur in Betracht, wenn es denkgesetzlich möglich ist, die ursprünglich fehlende Voraussetzung rückwirkend nachzuholen, so beim Fehlen oder dem Mangel einer Satzung¹¹⁹. Nach der Rechtsprechung des BVerwG darf sich eine Satzung regelmäßig insbesondere dann Rückwirkung beilegen, wenn die Rückwirkung dazu dienen soll, eine ungültige oder in ihrer Gültigkeit zweifelhafte frühere Satzung zu ersetzen¹²⁰.

97 OVG 31, 147 und OVG 33, 117; zustimmend wohl Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 147 m. w. N.; a. A. Driehaus, Rd.-Nr. 868 m. N. in Fn. 8 sowie ders., in: Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 114.

98 Näher Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 132, Rd.-Nr. 32 ff. Der Einfachheit halber wird vorliegend vorausgesetzt, daß die Gemeinde die regelungsbedürftigen Punkte (§ 132 BBauG) in einer Satzung erfaßt. Aber auch eine Regelung in mehreren Satzungen ist zulässig (Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 132, Rd.-Nr. 5 m. N. aus der Rechtsprechung des BVerwG), wenn auch wohl um der klaren Erkennbarkeit der Beitragsvoraussetzungen willen eher die Ausnahme (extensiver hingegen Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O.).

99 Näher hierzu Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 132, Rd.-Nr. 36.

100 Näher Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 136 f. m. N.

101 Vgl. Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 136 f.; Driehaus Rd.-Nr. 870.

102 Näher Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 125, Rd.-Nr. 4 ff.; Quaas, Rd.-Nr. 56.

103 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 125, Rd.-Nr. 1.

104 Näher Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 125, Rd.-Nr. 4a ff.; vgl. auch Quaas, Rd.-Nr. 57 ff.

105 Näher Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 125, Rd.-Nr. 10; Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 410 ff.

106 Die Landesstraßenrechte mancher Bundesländer sehen vor, daß die Übergabe einer Straße an den öffentlichen Verkehr unter bestimmten Voraussetzungen die Widmung ersetzt (Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 127, Rd.-Nr. 12; Quaas, Rd.-Nr. 133 mit Fn. 9). In Nordrhein-Westfalen kommt diese Ausnahme nur in Betracht, wenn eine Straße verbreitert, begradigt, unerheblich verlegt oder ergänzt wird (§ 6 Abs. 8 StrWG NW), grundsätzlich also nicht im Anwendungsbereich des BBauG, wo es ja um die erstmalige Herstellung geht.

107 Quaas, Rd.-Nr. 402 f.; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 127, Rd.-Nr. 12 ff. und § 133, Rd.-Nr. 27–30.

108 BVerwG DVBl. 1968, 808; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 35; Driehaus, Rd.-Nr. 230.

109 BVerwG NJW 1977, 1740; Quaas, Rd.-Nr. 403; vgl. auch Driehaus, Rd.-Nr. 228.

110 Driehaus, Rd.-Nr. 873.

111 Driehaus, Rd.-Nr. 767; vgl. § 6 Abs. 8 StrWG NW (hierzu oben Fn. 106).

112 Quaas, Rd.-Nr. 394; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 27–30.

113 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., m. N.

114 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O.; Driehaus, Rd.-Nr. 514 und 517 (S. 268) m. N. der Rechtsprechung des BVerwG.

115 OVG 31, 147; ebenso Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 149. Dagegen Driehaus, Rd.-Nr. 730, vgl. auch Rd.-Nr. 875. Nach der Meinung des OVG Münster und von Bauernfeind/Zimmermann entsteht eine Beitragspflicht also nicht, wenn eine Satzung erst nach der endgültigen Herstellung einer Anlage in Kraft tritt; Beiträge können für diese Anlage grundsätzlich nicht erhoben werden (außer wenn sich die Satzung zulässigerweise Rückwirkung beilegt), Bauernfeind/Zimmermann, a. a. O. Vgl. hierzu auch unten E. III. 3. m. Fn. 202.

116 BVerwGE 68, 218 = DVBl. 1982, 544. Hierzu Sellner, NJW 1986, 1073 f.; kritisch Quaas, Rd.-Nr. 116; zweifelnd Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 132, Rd.-Nr. 35a. Schmittat, DVBl. 1983, 313 (316). Anders noch BVerwGE 50, 2 = NJW 1976, 115.

117 BVerwG DÖV 1983, 469; Sellner, NJW 1986, 1073 (1074); Driehaus, Rd.-Nr. 210 (zum BBauG), Rd.-Nr. 875 (zum Landesrecht).

118 Driehaus, Rd.-Nr. 210 (zum BBauG), Rd.-Nr. 875 (zum Landesrecht).

119 Vgl. Driehaus, Rd.-Nr. 875.

120 Nachweise bei Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 132, Rd.-Nr. 35b; vgl. auch Driehaus, Rd.-Nr. 211 f. Die Konsequenz einer Rückwirkung kann sein, daß die Verjährung bereits zu einem vergangenen Zeitpunkt in Lauf gesetzt wird und dadurch Beitragsansprüche vernichtet werden, hierzu BVerwG NJW 1977, 1740 (1741 und LS 5).

bb) Zugang des Beitragsbescheides und Person des Pflichtigen

Das BBauG spricht von „Zustellung“ des Beitragsbescheides. Es ist jedoch anerkannt, daß hiermit nicht förmliche Zustellung gemeint ist. Der Zugang des Beitragsbescheides ist ausreichend (ebenso im Bereiche des KAG)¹²¹.

Nach § 134 Abs. 1 S. 1 und 2 BBauG wird durch die „Zustellung“ (= Zugang) des Beitragsbescheides die Person des Beitragspflichtigen bestimmt: Wer im Zeitpunkt der Zustellung Grundstückseigentümer — bei Belastung des Grundstücks mit einem Erbbaurecht: Erbbauberechtigter — ist, schuldet den Beitrag¹²²; er haftet mit seinem gesamten Vermögen¹²³.

Im Bereiche des nordrhein-westfälischen Kommunalabgabenrechts dürfte die Regelung praktisch zumeist gleich sein, theoretisch zumindest kann sie anders ausfallen. Das KAG NW räumt dem Ortsgesetzgeber Ermessen ein¹²⁴. Er kann sich ebenso für die Übernahme der bundesrechtlichen Regelung wie dafür entscheiden, daß Beitragsschuldner ist, wer im Zeitpunkt der Entstehung der Beitragspflicht Eigentümer (Erbbauberechtigter) ist¹²⁵. In der Regel dürfte dem Ortsgesetzgeber schon der Einheitlichkeit und der damit verbundenen Verwaltungsvereinfachung halber an einer Harmonisierung mit dem BBauG gelegen sein.

Ein Wechsel im Eigentum bzw. der Inhaberschaft am Erbbaurecht nach Zugang des Bescheides ist nach BBauG und ihm entsprechenden kommunalabgabenrechtlichen Regelungen für die Schuldnerereignis irrelevanter (abgesehen vom Fall der Gesamtrechtsnachfolge)¹²⁶. Wer Beitragsschuldner geworden ist, bleibt es. Dies gilt beispielsweise auch dann, wenn bereits im Zeitpunkt des Fälligkeitseintritts (nach BBauG: einen Monat nach Zustellung des Bescheides) ein anderer Eigentümer des Grundstücks bzw. Inhaber des Erbbaurechts ist¹²⁷ (ungeachtet dessen kann freilich der neue Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen werden¹²⁸, weil der Beitrag — worauf noch zurückzukommen ist¹²⁹ — als öffentliche Last auf dem Grundstück ruht). Anders ist die Rechtslage, wenn der Beitragsbescheid nichtig ist oder mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird. Der frühere Eigentümer ist dann nicht Beitragsschuldner geworden; nur der neue Eigentümer kann als persönlicher Schuldner herangezogen werden, indem ihm ein (neuer) Beitragsbescheid zugestellt wird¹³⁰.

Mehrere Beitragspflichtige haften als Gesamtschuldner. Abweichend hiervon sind jedoch Wohnungs- und Teileigentümer für Beiträge nach BBauG nur entsprechend ihren Miteigen-

tumsanteilen beitragspflichtig, § 134 Abs. 1 S. 3, 2. HS BBauG. Diese Einschränkung (in das BBauG aufgenommen mit Wirkung vom 1.1. 1977) fehlt im KAG NW. In dessen Anwendungsbereich schulden demnach Wohnungs- und Teileigentümer als Miteigentümer gesamtschuldnerisch je den gesamten Beitrag¹³¹.

cc) Fälligkeit des Beitrags

Nach BBauG wird der Beitrag einen Monat nach Zustellung des Bescheides fällig, § 135 Abs. 1 BBauG. Das Gesetz legt hierbei den Normalfall zugrunde, daß bei Zustellung des Bescheides alle Voraussetzungen für die Entstehung der Beitragspflicht vorliegen. Tritt eine Voraussetzung erst später ein und wird der Mangel des Bescheides ex nunc geheilt, so dürfte die Beitragsforderung dementsprechend einen Monat nach der Heilung fällig werden¹³².

Im KAG NW fehlt eine feste gesetzliche Vorgabe. Der Gemeinde ist legislatives Ermessen insofern eingeräumt, als sie in ihrer Beitragssatzung die Fälligkeit gleichzeitig mit der Verwirklichung des Abgabentatbestandes oder zu einem späteren Zeitpunkt eintreten lassen kann¹³³. Die Praxis dürfte sich regelmäßig am Muster des BBauG orientieren und ebenfalls eine Monatsfrist seit Zugang des Bescheides gewähren¹³⁴.

dd) Verjährung

Das BBauG enthält keine Bestimmungen. Aus dem systematischen Verhältnis zum KAG (BBauG Sonderregel — KAG allgemeine Regel¹³⁵) folgt aber, daß letzteres Gesetz anwendbar ist¹³⁶. Das KAG wiederum verweist — mit geringfügigen Modifizierungen — auf die AO (§ 12 Abs. 1 Nr. 4b und 5a KAG NW)¹³⁷.

Zu unterscheiden ist — in der Terminologie der AO — zwischen Festsetzungsverjährung (§§ 169 ff. AO) und Zahlungsverjährung (§§ 228 ff. AO), anders ausgedrückt: Zwischen Forderungsverjährung und Vollstreckungsverjährung. Für die Forderungsverjährung beträgt die Frist vier Jahre (§ 12 Abs. 1 Nr. 4b KAG NW i. V. m. § 169 AO), für die Vollstreckungsverjährung fünf Jahre (§ 12 Abs. 1 Nr. 5a KAG NW i. V. m. § 228 S. 2 AO). Die Fristen rechnen bei der Forderungsverjährung vom Ablauf des Kalenderjahres an, in dem die Forderung entstanden ist (§ 170 Abs. 1 AO), bei der Vollstreckungsverjährung vom Ablauf des Kalenderjahres an, in dem die Forderung erstmals fällig geworden ist (§ 229 Abs. 1 S. 1 AO).

Bei beiden Verjährungsformen bewirkt der Fristablauf übrigens — anders als im Zivilrecht —, daß die (nicht festgesetzte oder nicht vollstreckte) Forderung erlischt (§§ 47, 232 AO).

121 Für den Anwendungsbereich des BBauG: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 134, Rd.-Nr. 8; Ouass, Rd.-Nr. 91; Driehaus, Rd.-Nr. 624. Für den Anwendungsbereich des KAG folgt dies aus § 12 Abs. 1 Nr. 3b KAG NW i. V. m. § 122 AO, vgl. Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 12 und Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 49, s. auch Rd.-Nr. 58. Die gemeindliche Beitragssatzung kann jedoch die Zustellung vorschreiben (Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, a.a.O. und Bauernfeind/Zimmermann, a.a.O. — insofern in Rd.-Nr. 58 —, jeweils unter Bezugnahme auf ein anscheinend unveröffentlichtes Urteil des OVG Münster v. 2. 3. 1976, II A 248/74). — Demgegenüber ist ein Widerspruchsbescheid nach § 73 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 56 Abs. 2 VwGO stets förmlich — nach Bundes-VwZG — zuzustellen; eine andere Form der Bekanntgabe berührt zwar die Wirksamkeit des Widerspruchsbescheides nicht, setzt aber die Klagfrist nicht in Lauf.

122 Oft wird insoweit vom Entstehen der „persönlichen“ Beitragspflicht gesprochen und die oben zu aa) erörterte „Beitragspflicht“ (das Gesetz kennt nur diesen Begriff) zur Klarstellung als „sachliche“ Beitragspflicht bezeichnet; so etwa Driehaus, §§ 19, 24, 35 und passim. — Zum Problemkreis (persönliche Beitragspflicht und Grundstücksveräußerung) ausführlich Hürholz, Die persönliche Beitragspflicht nach dem Erschließungsbeitragsrecht des BBauG, MittBayNot 1975, 1.

123 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 134, Rd.-Nr. 1.

124 Die Kommunalabgabengesetze anderer Bundesländer gewähren keine Wahlfreiheit. Beitragsschuldner ist in den anderen Bundesländern — abgesehen von Bayern —, wer im Zeitpunkt der Zustellung des Beitragsbescheides Eigentümer oder Erbbauberechtigter ist; in Bayern entscheidet der Zeitpunkt des Entstehens der Beitragspflicht (Driehaus, Rd.-Nr. 733 und 878).

125 Driehaus, Rd.-Nr. 734 sowie ders., in: Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 12 f.

126 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 134, Rd.-Nr. 9 f.; Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 14 f.

127 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 134, Rd.-Nr. 9. Allerdings kann der Erwerber im

Kaufvertrag die Beitragsschuld des früheren Eigentümers zivilrechtlich übernehmen (§ 415 BGB). Genehmigt die Gemeinde diese Schuldübernahme, so wird statt des Veräußerers der Erwerber Schuldner. Jedoch begibt sich die Gemeinde dadurch der Möglichkeit, die Schuld durch Beitragsbescheid geltend zu machen; sie kann den Erwerber dann nur im Zivilprozeß auf Leistung verklagen (Bauernfeind/Zimmermann, Rd.-Nr. 51; Driehaus, Rd.-Nr. 629 sowie ders., in: Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 51; vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 4b KAG NW i. V. m. § 192 AO).

128 Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 15.

129 Unten zu C. III.

130 Driehaus, Rd.-Nr. 628.

131 Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 56; Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 16.

132 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 135, Rd.-Nr. 2 unter Berufung auf BVerwG DÖV 1982, 327 und DVBl. 1982, 544. Demgegenüber betont Driehaus, Rd.-Nr. 634 f., daß § 135 BBauG die Fälligkeit nicht an das materielle Recht, sondern an den formalen Akt der Zustellung knüpft. Der genannten Rechtsprechung des BVerwG komme ausschließlich für etwaige Ansprüche aus Amtspflichtverletzung Bedeutung zu, nicht jedoch für die Bestimmung des Zeitpunktes, in dem eine durch Bescheid geltendgemachte Beitragsforderung bezahlt werden müsse bzw. beigetrieben werden dürfe; dieser Zeitpunkt bestimme sich gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO einzig nach dem im Bescheid selbst angegebenen Fälligkeitstermin (näher Driehaus, Rd.-Nr. 635).

133 Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 2, Rd.-Nr. 53; Bauernfeind/Zimmermann, § 2, Rd.-Nr. 19.

134 Vgl. Driehaus, Rd.-Nr. 879.

135 Siehe oben B. I. 1.; Driehaus, Rd.-Nr. 15 ff.

136 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 135, Rd.-Nr. 1 f.; Driehaus, Rd.-Nr. 26 und 519.

137 Zu Einzelheiten Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 430 ff.

2. Das Innenverhältnis zum Vertragspartner

a) Grundsätze

Der Verkäufer eines Grundstücks haftet nicht für die Freiheit von öffentlichen Abgaben und Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind, § 436 BGB. Die Eintragungsfähigkeit regelt § 54 GBO: Öffentliche Lasten sind von der Eintragung ausgeschlossen, es sei denn, es gäbe eine besondere gesetzliche Zulassung oder Anordnung. Letzteres ist bei Erschließungsbeiträgen und sonstigen Anliegerkosten nicht der Fall¹³⁸. Die Voraussetzungen des § 436 BGB sind hier also gegeben¹³⁹. Wird beispielsweise der Käufer nach Eigentumsübergang für Anliegerkosten in Anspruch genommen, die bereits vorher, sei es auch bereits vor Abschluß des Kaufvertrages, entstanden waren, kann er auf den Verkäufer nicht über §§ 440, 434 BGB zurückgreifen. § 436 BGB gilt aber *nicht* für „rückständige“ öffentliche Abgaben und Lasten¹⁴⁰, d. h. wohl für solche, die in demjenigen Zeitpunkt, in dem im Innenverhältnis die Lasten übergehen, bereits fällig waren.

Im Innenverhältnis zwischen den Parteien eines Kaufvertrages gehen — wenn besondere vertragliche Abreden fehlen — nach § 446 Abs. 1 BGB die Lasten der Sache — wozu auch die öffentlichen gehören — grundsätzlich mit der Übergabe auf den Käufer über. Wird der Käufer eines Grundstücks bereits vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen — ein seltener Fall — gehen die Lasten mit der Eintragung über (§ 446 Abs. 2 BGB). Was „Lastenübergang“ bedeutet, bestimmt § 103 BGB. Lasten, die nicht regelmäßig wiederkehren, hat die verpflichtete Partei insoweit zu tragen, als sie während der Dauer ihrer Verpflichtung „zu entrichten sind“, und das heißt nach allgemeiner Ansicht: Fällig werden¹⁴¹. Ergebnis: Erschließungsbeiträge, die *vor Übergabe* des Grundstücks *fällig werden*, hat im Innenverhältnis, wenn besondere vertragliche Abreden fehlen, der *Verkäufer*, die übrigen der Käufer zu tragen¹⁴².

b) Beispiel

Zur Verdeutlichung diene ein vom BGH im Jahre 1982 entschiedener Fall¹⁴³. Hier waren Erschließungsanlagen bereits längere Zeit vor Abschluß des Kaufvertrages endgültig hergestellt worden. Der Kaufvertrag traf über Erschließungsbeiträge keine besonderen Bestimmungen, sondern besagte nur allgemein — in sachlicher Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung des § 446 Abs. 1 S. 2 BGB —, daß mit der Übergabe auch die Lasten und öffentlichen Abgaben auf den Käufer übergingen. Im zweiten Jahr nach dem vertraglich festgelegten Übergabezeitpunkt wurde der inzwischen im Grundbuch eingetragene Käufer zur Zahlung der Erschließungsbeiträge herangezogen. Der BGH versagte ihm den Rückgriff auf den Verkäufer.

Das Gericht verwarf die Ansicht des Käufers, es entspreche am ehesten der Gerechtigkeit, im Innenverhältnis den Verkäufer zu belasten, der im Zeitpunkt der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlagen Grundstückseigentümer gewesen und dem somit der Erschließungsvorteil zugute gekommen sei. Welche Lastentragung gerechter sei, so der BGH, werde von der Gestaltung des Einzelfalles abhängen. Sei der Kaufpreis danach bemessen worden, daß es sich um erschlossenes Bauland handele, sei es gerecht, daß der Verkäufer die Erschließungsbeiträge entrichte. Sei der Preis unabhängig vom Er-

schließungszustand gestaltet worden, habe gerechterweise der Käufer die Kosten zu tragen. Diese Erwägungen des BGH dürfen nicht dahin mißverstanden werden, daß er die Anwendung des § 103 BGB von der Kaufpreisberechnung abhängig machen wolle. Das Gericht führt im Gegenteil die Überlegungen an, um seine Feststellung vorzubereiten, daß Gerechtigkeitserwägungen, die nur für einzelne Fallgruppen zuträfen, nicht dazu führen könnten, den § 103 BGB gegen seinen Wortlaut auszulegen. Zu diesem Ergebnis kommt der BGH besonders auch deswegen, weil es den Parteien ja stets freistehe, eine vom Gesetz abweichende Regelung zu treffen¹⁴⁴.

Das Urteil verdeutlicht, wie wichtig eine einzelfallbezogene Regelung ist, sollen Zufallsergebnisse vermieden werden.

II. Vorausleistungen

Ist für ein Grundstück eine Beitragspflicht noch nicht oder noch nicht in vollem Umfang entstanden, so kann die Gemeinde nach § 134 Abs. 3 BBauG Vorausleistungen auf den Erschließungsbeitrag verlangen, wenn ein Bauvorhaben auf diesem Grundstück genehmigt wird. Nach der Rechtsprechung des BVerwG muß daneben die Herstellung der Erschließungsanlage absehbar sein¹⁴⁵. § 8 Abs. 8 KAG NW bestimmt die Voraussetzungen eines Vorausleistungsbegehrens der Gemeinde anders: Angemessene Vorausleistungen auf eine künftige Beitragsschuld können danach verlangt werden, sobald mit der Durchführung der beitragsfähigen Maßnahme begonnen worden ist. Eine entsprechende Möglichkeit will übrigens die bevorstehende Reform des Baurechts auch auf bundesrechtlicher Ebene eröffnen: Dem Regierungsentwurf zufolge soll künftig eine Vorausleistung unabhängig von einer Baugenehmigung auch dann erhoben werden können, wenn mit der Herstellung der Erschließungsanlage begonnen worden ist¹⁴⁶. Die Bedeutung von Vorausleistungen würde dadurch in der Praxis, auch der notariellen, erheblich gesteigert werden.

Vorausleistungen auf Erschließungsbeiträge nach BBauG brauchen in der Beitragssatzung nicht vorgesehen zu sein, da § 134 Abs. 3 BBauG unmittelbare Rechtsgrundlage für ein Vorausleistungsverlangen ist¹⁴⁷. Ob Entsprechendes auch im Bereiche des KAG gilt, ist streitig¹⁴⁸. Unstreitig ist hier (KAG NW) wie dort (BBauG), daß jedenfalls eine gültige Beitragssatzung überhaupt vorliegen muß, damit Vorausleistungen erhoben werden dürfen¹⁴⁹.

Vorausleistungen brauchen nicht zwingend durch Verwaltungsakt erhoben zu werden, sondern können auch zwischen Gemeinde und künftigen Beitragsschuldner vereinbart werden, sofern diese Vereinbarung unter dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt steht, daß zu gegebener Zeit nach Gesetz und Satzung endgültig abgerechnet wird¹⁵⁰.

Die Vorausleistung bewirkt nach der Rechtsprechung des BVerwG zum Erschließungsbeitragsrecht des BBauG, daß die endgültige Beitragspflicht bereits im Zeitpunkt ihrer Entstehung (also nicht erst im Zeitpunkt der Zustellung des Beitragsbescheides¹⁵¹) in Höhe des gezahlten Betrages getilgt wird¹⁵². Die Tilgungswirkung tritt jedoch dann nicht ein — ebenfalls dem BVerwG zufolge —, wenn das Eigentum am Grundstück vor Entstehen der endgültigen Beitragspflicht wechselt.

138 Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 168.

139 Palandt/Putzo, 45. Aufl. 1986, § 436, Anm. 2 b., aa.

140 Palandt/Putzo, § 436, Anm. 2; Reiß, DNotZ 1962, 307 (308) m. w. N.

141 BGH DNotZ 1982, 555 (556) = NJW 1982, 1278; Palandt/Heinrichs, § 103, Anm. 1.

142 BGH a. a. O.; anders Reiß, DNotZ 1962, 307 (308), der § 134 Abs. 1 BBauG auszutreffenderweise auch als — dem § 103 vorgehende — Regelung des Innenverhältnisses zwischen den Vertragsparteien auffaßt.

143 BGH DNotZ 1982, 555 (= NJW 1982, 1278).

144 BGH a. a. O., 556.

145 BVerwG NJW 1968, 1250; BVerwGE 29, 90 = NJW 1975, 2221; BVerwGE 48, 247; Quaa, Rd.-Nr. 441.

146 Kritisch dazu Seliner, NJW 1986, 1073 (1079); zum Sinn der Abweichung des Landesrechts vom derzeitigen bundesrechtlichen Rechtszustand Driehaus, Rd.-Nr. 881.

147 Driehaus, Rd.-Nr. 548; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 48; Matloch, MittBayNot 1982, 234.

148 Dafür Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 163. Dagegen Dahmen/Driehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 132: Der abgabebegründende Tatbestand einer Vorausleistung sei ein anderer als der eines Beitrags, so daß wegen § 2 Abs. 1 KAG NW eine Bestimmung in der Beitragssatzung erforderlich sei.

149 Für das KAG (NW): Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 163. Für das BBauG: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 48; Driehaus, Rd.-Nr. 548; Matloch, MittBayNot 1982, 234.

150 BVerwG NJW 1982, 951 (953) = MittRhNotK 1982, 89 (90); Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 166; Matloch, MittBayNot 1982, 234 (236). Das BVerwG a. a. O. spricht bei vereinbarten Vorausleistungen von „Vorauszahlungen“.

151 So aber Matloch, MittBayNot 1982, 234 (235).

152 BVerwG DÖV 1976, 96; zust. Driehaus, Rd.-Nr. 562, abl. Matloch, a. a. O.

Die Vorausleistung kommt dann nicht dem Erwerber zugute, sondern die Gemeinde hat sie an den Veräußerer zurückzuzahlen¹⁵³. Das BVerwG leitet das Ergebnis aus dem Wesen einer Vorausleistung als Zahlung zur Anrechnung auf eine künftige Beitragsschuld ab. Können eine künftige Beitragsschuld des Vorausleistenden nicht mehr entstehen, dann könne der Zweck der Vorausleistung nicht mehr erreicht werden. Sie sei somit mangels Rechtsgrundes an denjenigen, der geleistet habe, zurückzugewähren. Das BBauG gebe der Gemeinde keine Handhabe, die Vorausleistung zu behalten und auf die Beitragsschuld des Erwerbers anzurechnen¹⁵⁴.

Fällig werden soll der Rückzahlungsanspruch des früheren Eigentümers allerdings erst, wenn auch die Beitragsschuld des neuen Eigentümers fällig wird. Dies folgt den Ausführungen des BVerwG nach aus der Funktion der Vorausleistungen als Vorfinanzierungsinstrumente der Gemeinden. Diese Funktion sei gefährdet, wenn die Gemeinden Vorausleistungen zurückzahlen müßten, ohne bereits den endgültigen Beitrag vom neuen Eigentümer zu erhalten¹⁵⁵.

Die Folgen dieser Rechtsprechung für die Vertragspraxis seien an einem Beispiel erläutert: Der Verkäufer hat Vorausleistungen erbracht. Nach Eigentumsübergang auf den Käufer nimmt die Gemeinde diesen auf Zahlung von Erschließungsbeiträgen in Anspruch, die nach dem vertraglichen Innenverhältnis noch der Verkäufer zu tragen hat (ein Fall, der praktisch häufig vorkommen kann). Der Verkäufer muß nun an die Gemeinde, die ihrerseits die Vorausleistungen an den Verkäufer zurückerstattet, den gesamten Beitrag zahlen und versuchen, im Innenverhältnis Erstattung vom Verkäufer zu erlangen. Würde hingegen die Gemeinde die Vorausleistungen dem Käufer gutbringen, hätte sie keinen Nachteil — sondern noch den Vorteil der Verwaltungsvereinfachung — und der Käufer den Vorteil, teilweise — nämlich in Höhe der Vorausleistungen — vom Risiko der Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit des Verkäufers entlastet zu sein. Dieser Vorteil kann angesichts der Höhe, die Erschließungsbeiträge und — abhängig davon — Vorausleistungen oft erreichen, und angesichts des in der Praxis häufig sehr beschränkten Finanzierungsspielraums des Käufers für diesen von einschneidender Bedeutung sein.

Aus praktischer Sicht nimmt das BVerwG dem Käufer den Vorteil ohne Not; inwieweit das Ergebnis des BVerwG aus dogmatischer Sicht unausweichlich ist¹⁵⁶, bleibe hier dahingestellt. In jedem Falle hat sich die Vertragspraxis auf die Rechtsprechung des BVerwG einzustellen¹⁵⁷. Dem Erwerber ist zu raten, sich — für den Fall, daß (und insoweit, als) er von der Gemeinde für Beiträge in Anspruch genommen wird, die vertragsgemäß der Veräußerer zu zahlen hat — den Rückgewähranspruch des Veräußerers abtreten zu lassen und die Abtretung wegen § 407 BGB der Gemeinde anzuzeigen (siehe näher die in Abschn. D. folgenden Formulierungsbeispiele)¹⁵⁸.

III. Anliegerkosten als öffentliche Lasten

Der Erschließungsbeitrag ruht nach § 134 Abs. 2 BBauG als öffentliche Last auf dem Grundstück oder dem Erbbaurecht oder dem Wohnungs- oder Teileigentum. Ausbau- und Anschlußbeiträge ruhen als öffentliche Last auf dem Grundstück oder dem Erbbaurecht, § 8 Abs. 9 KAG NW¹⁵⁹. Gleiches dürfte für den Kostenersatzanspruch der Gemeinde hinsichtlich von Haus- und Grundstücksanschlüssen über die Verweisung in § 10 Abs. 2 S. 2 KAG NW gelten¹⁶⁰. Entsprechende Vorschriften existieren hingegen für besondere Wegebeiträge nach § 9 KAG NW und den Kostenersatzanspruch des § 16 StrWG nicht. § 9 KAG NW führt bei der Verweisung auf Teile des § 8 KAG NW dessen Abs. 9 gerade nicht an. Diese Kosten wirken daher nicht dinglich belastend.

Wohl aber stellen durch Leistungsbescheid angeforderte Vorausleistungen — anders als aufgrund Vorausleistungsvereinbarung zu zahlende¹⁶¹ — öffentliche Lasten dar¹⁶², sofern — wie man konsequenterweise einschränken muß — die entsprechenden endgültigen Beiträge oder Kosten ihrerseits öffentliche Lasten sind. Aus einer Anforderung von Vorausleistungen auf einen künftigen Beitrag nach § 9 KAG NW resultiert deshalb keine öffentliche Last, wohl aber aus einer Anforderung auf einen künftigen Kostenersatzanspruch nach § 10 KAG NW.

Die öffentliche Last gewährt der Gemeinde ein auf öffentlichem Recht beruhendes dingliches Befriedigungsrecht¹⁶³. Um es durchsetzen zu können, muß die Gemeinde einen Duldungsbescheid erlassen¹⁶⁴.

Daß Erschließungsbeiträge und die wichtigsten sonstigen Anliegerkosten öffentliche Lasten sind, ist für die Kaufvertragspraxis deswegen sehr bedeutsam, weil — wenn solche Kosten überhaupt in Betracht kommen — kaum je die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß Schuldner und dinglich Haftender personenverschieden sind. Die Höhe des damit verbundenen Risikos hängt wesentlich auch von der Vertragsgestaltung ab. Hier auf ist bei Erläuterung der in Abschn. D. folgenden Formulierungsbeispiele zurückzukommen¹⁶⁵.

D.

Möglichkeiten vertraglicher Regelungen

I. Regelungstypen

Die Zahl möglicher vertraglicher Regelungen ist Legion. Doch lassen sich die praktisch wichtigsten Möglichkeiten nach Typen ordnen.

Den ersten Typus stellen die gelegentlich als besonders klar empfohlenen¹⁶⁶ „Gesamtregelungen“ dar: Eine Vertragspartei trägt sämtliche Anliegerkosten.

153 BVerwG NJW 1982, 951 (953) = MittRhNotK 1982, 89 (90); zust. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 48a; Oriehaus, Rd.-Nr. 576 f.; abl. Matloch, MittBayNot 1982, 234 (235 f.). Ablehnend auch Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 51 und 165, allerdings nicht unmittelbar zu der Entscheidung des BVerwG (Stand des Kommentars: 2. Aufl. 1979, sondern zu einem im Ergebnis insoweit gleichen Urteil des OVG Münster aus dem Jahre 1974, ZMR 1975, 281 (zum Erschließungsbeitragsrecht des BBauG). Eine Reaktion der kautelarjuristischen Literatur blieb damals, soweit ersichtlich, noch aus (die Abtretung der Rückerstattungsansprüche des Verkäufers an den Käufer — vgl. im einzelnen Anmerkungen dd) bis gg) zu Formulierungsbeispiel 2 — scheint als Remedium erst seit der Entscheidung des BVerwG im Gespräch zu sein). Hierzu wird die ablehnende Haltung großer Teile von Rechtsprechung und Literatur (z. B. OVG Rheinland-Pfalz KSz 1980, 215; Bauernfeind/Zimmermann, a.a.O., Matloch, a.a.O.; vgl. auch Oietrich, ONotZ 1983, 297, 298; zum Stand der Judikatur vor BVerwG NJW 1982, 951 auch Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 3716 ff. m. w. N.) ebenso beigetragen haben wie der Eindruck, die tatsächliche Praxis der Gemeinden gehe weitgehend dahin, Vorausleistungen dem Erwerber gutzubringen. Diesen Eindruck vermittelt beispielsweise Matloch (Verwaltungsdirektor in München) in MittBayNot 1979, 104 (107). Matloch nennt entgegenstehende Meinungsäußerungen „vereinzelt“ und nimmt die damalige Rechtsprechung des BVerwG gerade gegen sie in Anspruch (a.a.O.).

154 BVerwG a.a.O.; insofern ganz ähnlich bereits OVG Münster a.a.O.

155 BVerwG a.a.O.

156 Das verneinen Matloch, MittBayNot 1982, 234 (235) und (zu der entsprechenden Meinung des OVG Münster, s. Fn. 153) Bauernfeind/Zimmermann,

§ 8, Rd.-Nr. 51 und 165, ferner das OVG Rheinland-Pfalz, KSz 1980, 215. Oann konsequenterweise auch im Bereiche des Kommunalabgabenrechts, da hier die Problematik nicht anders liegt. Einheitlich beurteilen denn auch Oahmen/Oriehaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 130 und Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 51 und 165 die Rechtslage im Anwendungsbereich des BBauG und des KAG, Oriehaus freilich einheitlich im Sinne des BVerwG und des OVG Münster, Bauernfeind/Zimmermann einheitlich im entgegengesetzten Sinne.

158 Siehe besonders auch Anmerkungen dd) bis gg) zu Formulierungsbeispiel 2.

159 Die Verfassungsmäßigkeit durch Landesrecht eingeführter öffentlicher Lasten bestreitet hingegen Messer, Die Haftung des Grundstückserwerbers für Anliegerbeitragschulden des Veräußerers, NJW 1978, 1406.

160 Bauernfeind/Zimmermann, § 10, Rd.-Nr. 23; Oahmen/Oriehaus/Küffmann/Wiese, § 10, Rd.-Nr. 40.

161 BVerwG KSz 1982, 109; s. auch BFH MittRhNotK 1985, 188; differenzierend Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 176.

162 BVerwG KSz 1982, 109; Oriehaus, Rd.-Nr. 543; Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 176.

163 Oriehaus, Rd.-Nr. 679.

164 Oriehaus, Rd.-Nr. 679; Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 171.

165 Siehe besonders Anmerkungen hh) zu Formulierungsbeispiel 2 und dd) zu Formulierungsbeispiel 3.

166 Nieder, Anlieger- und Erschließungskosten im Grundstückskaufvertrag, NJW 1984, 2662 (2666 zu V. i. V. m. 2664); Matloch, Oas Erschließungsbeitragsrecht in der notariellen Praxis, MittBayNot 1979, 104 (106 f.); Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1986, Rd.-Nr. 3183.

Die Aufteilung der Kosten ist demgegenüber gemeinsames Kennzeichen aller anderen Typen. Hierzu gehört der Typ von Regelungen, die Anliegerkosten je nach ihrer Art zu verteilen (etwa: Beiträge nach BBauG / Ausbaubeiträge / Kanalanschlußbeiträge / Hausanschlußkostenersatz; oder: Beiträge für Straßen — evtl. eine bestimmte Straße — / für Kinderspielflächen / für Immissionsschutzanlagen). Der in der Praxis häufigste, dritte Typus beinhaltet eine Verteilung nach bestimmten sachlichen, aber nicht in der Art der Kosten liegenden Kriterien i. V. m. einem Stichtag¹⁶⁷. Zur Restgruppe sonstiger Verteilungsregelungen gehören Typenkombinationen, ferner die klare, leider selten in Betracht kommende Möglichkeit, einen Ablösungsbetrag unter Verkäufer und Käufer aufzuteilen (näher hierzu unten F. II.).

II. Formulierungsbeispiele mit Erläuterungen

Es folgen für Regelungen des ersten und für einige Regelungen des dritten Typus Formulierungsbeispiele mit erläuternden Anmerkungen¹⁶⁸. Die Beispiele und die Erläuterungen sollen die jeweilige Regelungsart veranschaulichen und als Grundlage der danach in Abschn. E. vorzunehmenden Bewertung dienen. Die Formulierung eines Beispiels bedeutet also noch nicht schon eine Empfehlung, sich der jeweiligen Regelungsart zu bedienen.

1. „Gesamtregelungen“

a) Regelung 1: Käufer trägt sämtliche Kosten

Formulierungsbeispiel 1

„Sämtliche bereits entstandenen oder künftig entstehenden Erschließungsbeiträge nach BBauG und sonstigen Anliegerkosten (Ausbau- und Anschlußbeiträge sowie Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse) trägt der Käufer.“

Sofern der Verkäufer noch von der Gemeinde zur Zahlung herangezogen wird, hat ihn der Käufer freizustellen.“

Anmerkungen

aa) Die Regelung 1 ist auf den Fall zugeschnitten, daß das verkaufte Grundstück unbebaut ist oder der Verkäufer jedenfalls noch keine endgültigen Anliegerkosten gezahlt hat; der Kaufpreiskalkulation wird also sinnvollerweise das Grundstück in unerschlossenem Zustand zugrunde liegen¹⁶⁹. Hätte der Verkäufer bereits Anliegerkosten — auch z. B. in weiter zurückliegender Zeit — gezahlt, würde das vom Formulierungsbeispiel nicht angemessen gelöste Problem auftauchen, inwieweit der Käufer auch solche Kosten zu tragen, d. h. zu erstatten hätte; hier wären dann vielfältige Abgrenzungsarten denkbar, vom einfachen Zusatz „Bereits vom Verkäufer gezahlte Anliegerkosten hat der Käufer nicht zu erstatten“ bis zu komplizierten Verteilungsregelungen, durch die die Vereinbarung den Charakter einer „Gesamtregelung“ und den damit verbundenen Vorteil von Kürze und Klarheit verlieren würde.

bb) Hat der Verkäufer lediglich Vorausleistungen erbracht, so ist zu überlegen, ob der Verkäufer seine nach Eigentumsübergang entstehenden Rückgewähransprüche gegen die Gemeinde an den Käufer abtreten sollte. Der Schutz des Käufers erfordert in Regelungen der vorliegenden Art eine solche Abtretung jedoch nicht: Die Abtretung dient dazu, dem Verkäufer einen Teil seines Regreßrisikos zu nehmen (s. o. C. II.). Ein Regreß kommt aber nicht in Betracht, wenn der Käufer im Innenverhältnis sämtliche Anliegerkosten zu zahlen hat.

cc) Der zweite (letzte) Satz des Formulierungsbeispiels ist nicht zwingend geboten, weil sich der Freistellungsanspruch aus dem Sinn der Vereinbarung ergibt. Doch soll der zweite

Satz dem Verkäufer deutlich machen, daß er — solange er nämlich noch Eigentümer ist — noch für Kosten in Anspruch genommen werden kann, die im Innenverhältnis den Käufer treffen.

b) Regelung 2: Verkäufer trägt sämtliche Kosten

Formulierungsbeispiel 2

„Sämtliche bereits entstandenen oder künftig entstehenden Erschließungsbeiträge nach BBauG und sonstigen Anliegerkosten (Ausbau- und Anschlußbeiträge sowie Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse), die nach dem derzeit verbindlichen Planungsstand der Gemeinde anfallen und der Ersterschließung dienen, trägt der Verkäufer. Die übrigen Anliegerkosten trägt der Käufer.“

Für den Fall, daß der Käufer von der Gemeinde zur Zahlung von Anliegerkosten herangezogen wird, die nach dieser Vereinbarung vom Verkäufer zu tragen sind, tritt der Verkäufer insoweit alle ihm gegenwärtig und künftig, aus eigenem und abgetretenem Recht zustehenden Ansprüche auf Rückerstattung von Vorausleistungen hiermit an den Käufer ab. Es ist Sache des Käufers, die Abtretung der Gemeinde anzuzeigen.

Der Notar hat darauf hingewiesen, daß diese Vereinbarung nur das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer betrifft, daß die Gemeinde in der Regel den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zur Zahlung heranzieht und daß dieser mit dem Grundstück auch für Verpflichtungen seiner Rechtsvorgänger haftet.

Wird eine Vertragspartei von der Gemeinde zur Zahlung von Kosten herangezogen, die sie nach dieser Vereinbarung nicht zu tragen hat, ist sie von der anderen Partei freizustellen.“

Anmerkungen

aa) Entscheiden sich die Beteiligten für Regelung 2, so ist Kaufgegenstand das Grundstück in erschlossenem Zustand; dementsprechend werden die Beteiligten den Kaufpreis kalkulieren¹⁷⁰.

bb) Da der Verkäufer künftig entstehende Anliegerkosten nicht unbegrenzt tragen will, macht man zweckmäßigerweise den „derzeit verbindlichen Planungsstand der Gemeinde“ zum Einschränkungskriterium¹⁷¹. Dieser Planungsstand ist hinsichtlich der erstmaligen Herstellung öffentlicher Straßen, Wege, Plätze und Grünanlagen regelmäßig (§ 125 Abs. 1 BBauG, anders in den Fällen des § 125 Abs. 2 BBauG) aus einem entsprechenden Bebauungsplan zu ersehen¹⁷², im übrigen aus dem gemeindlichen Bauprogramm, das nicht in Satzungsform gegossen zu sein braucht¹⁷³.

cc) Statt „der Ersterschließung dienen“ sollte nicht formuliert werden „zur Ersterschließung erforderlich sind“. Die Gemeinden haben, was die Art der Erschließungsanlagen betrifft, erheblichen Spielraum, insbesondere etwa bei der Entscheidung darüber, ob eine Straße konventionell oder — mit möglicherweise höherem Kostenaufwand — „verkehrsberuhigt“ gebaut wird. Die Formulierung „erforderlich sind“ könnte hier, wenn eine Straße verkehrsberuhigt angelegt wird, die Frage provozieren, ob der Verkäufer die Erschließungsbeiträge nur insoweit zu tragen habe, als sie bei konventionellem Bau der Straße angefallen wären.

dd) Die Regelung ist, wenn die Beteiligten dies wollen, auch ohne die Abtretung der Rückgewähransprüche im Falle von Vorausleistungen möglich. Dann würde der Verkäufer seine Vorausleistungen von der Gemeinde zurückerhalten, sofern die endgültigen Anliegerkosten — wie es häufig der Fall sein wird — erst nach Eigentumsübergang auf den Käufer erhoben

167 Formulierungsvorschläge für einige solcher Regelungen bei Nieder, NJW 1984, 2662 (2663 ff.).

168 Zu grunderwerbsteuerlichen Aspekten s. Boruttau/Egly/Sigloch, Grunderwerbsteuergesetz, 12. Aufl. 1986, § 9, Rd.-Nr. 46, 147, 213, 339 f., 342–353, 586, 589, vgl. ferner § 8, Rd.-Nr. 274; v. Trotha, MittRhNotK 1973, 21 (94 f.); Erlaß des niedersächsischen Finanzministers vom 28. 6. 1985, MittRhNotK 1985, 223; Hagena in Münchener Vertragshandbuch Bd. 4, 1983, Form. VI. 35, Anm. 54. Zum Einkommensteuerrecht Haakshorst, Die

Behandlung vertraglich übernommener Erschließungskosten beim Erbbauberechtigten, NWB Fach 3, S. 5937 ff. (Stand: 1. 4. 1985).

169 Vgl. Nieder, NJW 1984, 2662 (2663 zu III. 1. und 1. a.).

170 Vgl. Nieder, NJW 1984, 2662 (2663 zu III. 1. b.).

171 Ähnlich Nieder, a.a.O.

172 Oben C. I. 1. b) aa) (2) mit Fn. 102.

173 Oben C. I. 1. b) aa) (1) mit Fn. 85, 86.

werden. Der auf Freistellung durch den Verkäufer angewiesene Käufer trüge das Risiko der Insolvenz des Verkäufers nicht nur — wie bei Abtretung der Rückgewähransprüche — in dem Ausmaß, in dem die endgültigen Anliegerkosten die Vorausleistungen übersteigen, sondern in vollem Umfang. Dies muß freilich nicht zu einem höheren Gesamtrisiko für den Käufer führen, nämlich dann nicht, wenn die Nichtabtretung durch einen entsprechend niedrigeren Kaufpreis kompensiert (und durch die dann niedrigere Grunderwerbsteuer sogar geringfügig „überkompensiert“) wird. Diese Fallkonstellation dürfte aber nicht besonders praxisnah sein: Im Regelfall liegt dem Verkäufer mehr daran, seine Vorausleistungen dem Käufer — über den Kaufpreis — in Rechnung zu stellen, als einen Rückerstattungsanspruch zu er- bzw. behalten, der möglicherweise erst Jahre später (nämlich mit Erhebung der endgültigen Anliegerkosten¹⁷⁴) fällig wird¹⁷⁵.

ee) Die Abtretungsvereinbarung bezieht sich zum einen auf die *künftigen* Rückerstattungsansprüche des Verkäufers. Das sind die Ansprüche, die der Verkäufer aus eigenem Recht hat, d. h. aufgrund von ihm selbst erbrachten Vorausleistungen (diese eigenen Ansprüche entstehen erst mit dem Eigentumsübergang auf den Käufer¹⁷⁶). Denkbar ist aber auch, daß der Verkäufer Inhaber *gegenwärtiger*, also bereits im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses bestehender Rückerstattungsansprüche ist. Dies kommt in den hier sog. Kettenfällen in Betracht, in denen zwischen dem Zeitpunkt der Vorausleistungen eines Eigentümers und der Erhebung endgültiger Anliegerkosten das Grundstückseigentum mehr als einmal gewechselt hat. Beispiel: A erbringt Vorausleistungen, veräußert an B, dieser an C, von dem die Gemeinde dann die endgültigen Anliegerkosten erhebt. Im Kaufvertrag B-C sollten zum Schutze des C auch die Rückerstattungsansprüche, die dem B aus abgetretenem Recht (des A) zustehen, in die Abtretung einbezogen werden (Entstehungszeitpunkt dieser Rückerstattungsansprüche war der Eigentumsübergang auf B; fällig werden Rückerstattungsansprüche allgemein erst, wenn die Gemeinde die endgültigen Anliegerkosten erhebt¹⁷⁷). Freilich hängt der Schutz des C davon ab, daß sich B seinerzeit überhaupt die Rückerstattungsansprüche des A hat abtreten lassen. Daran wird es jedenfalls in Kaufverträgen aus der Zeit vor der oben (C. II.) erörterten Rechtsprechung des BVerwG (derzufolge Vorausleistungen nicht dem Erwerber zugute kommen) fehlen, weil vorher wenig Veranlassung bestand, die Abtretung zu vereinbaren¹⁷⁸.

ff) Die Abtretung ist nur für den Fall ausgesprochen, daß der Käufer zur Zahlung der endgültigen Kosten herangezogen wird¹⁷⁹. Diese Beschränkung ist praktisch bedeutsam. Wird nämlich noch der Verkäufer — weil er noch Eigentümer ist — zur Zahlung herangezogen, sollen natürlich ihm die Vorausleistungen zugute kommen. Im Hinblick auf die von ihm selbst erbrachten Vorausleistungen wäre das zwar ohnehin gesichert, weil diesbezügliche Rückerstattungsansprüche dann noch nicht entstanden sind und somit auch von einer — unbedingten — Abtretung noch nicht erfaßt wären. Anders verhielte es sich jedoch mit Rückerstattungsansprüchen, die dem Verkäufer aus abgetretenem Recht eines Rechtsvorgängers zustehen; diese Ansprüche sind mit Eigentumsübergang auf den jetzigen Verkäufer entstanden und stünden dem Käufer zu, wenn die Abtretung nicht bedingt wäre. Die Bedingung entfaltet ihre Schutzwirkung zugunsten des Verkäufers ferner, wenn der Kaufvertrag nicht durchgeführt, der Käufer also nicht als Eigentümer eingetragen wird.

Aber selbst wenn der Kaufvertrag rückabgewickelt wird, nach-

dem das Eigentum bereits auf den Käufer übergegangen war, kann die Bedingung relevant werden, hier gerade auch bezüglich der auf eigenem Recht des Verkäufers beruhenden Rückerstattungsansprüche. Bei unbedingter Abtretung hätte sich der Anspruchsübergang auf den Käufer in jedem Falle mit dem Eigentumsübergang vollzogen. Es bedürfte dann, um den Verkäufer nach Rückabwicklung des Kaufvertrages wieder zum Anspruchsinhaber zu machen, einer Rückabtretung. Sie erübrigt sich bei der im Beispiel gewählten Formulierung. Freilich ergibt sich in diesen Fällen ein Unterschied zur unbedingten Abtretung nicht, wenn die Gemeinde den Käufer in der Übergangszeit zwischen Eigentumserwerb und Rückabwicklung zur Zahlung der endgültigen Anliegerkosten heranzieht: Dann kommen die Vorausleistungen so oder so dem Käufer zugute. Dies ist aber regelmäßig auch sachgerecht, da der Käufer bei Rückabwicklung zumeist einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Erstattung der Anliegerkosten haben wird.

gg) Die Beschränkung der Abtretung dem Ausmaß nach („insoweit“)¹⁸⁰ gewährleistet u. a., daß dem Verkäufer seine Rückerstattungsansprüche verbleiben, soweit sie die endgültigen Anliegerkosten übersteigen sollten; diese Möglichkeit wird durch den Grundsatz, daß die Vorausleistung die voraussichtliche Beitragshöhe keinesfalls überschreiten darf¹⁸¹, in der Praxis nicht stets ausgeschlossen.

hh) Zum Belehrungshinweis: Es ist ungeklärt, ob generell bei Vereinbarungen über Anliegerkosten eine Belehrung über die möglicherweise abweichende Kostentragung im Außenverhältnis und darüber, daß diese Kosten als öffentliche Lasten auf dem Grundstück oder Erbbaurecht ruhen, zu den Amtspflichten des Notars gehört¹⁸². Speziell bei Vereinbarungen der vorliegenden Art dürfte es immerhin näher als sonst liegen, eine Amtspflicht zu bejahen¹⁸³. Denn hier ist die Wahrscheinlichkeit, daß es zu einem Auseinanderfallen von Innen- und Außenverhältnis kommt, groß; vor allem ist das damit für den Käufer verbundene Risiko besonders hoch, weil ihn selbst ja — anders als bei den im folgenden zu erörternden Verteilungsregelungen — im Innenverhältnis überhaupt keine Anliegerkosten treffen sollen. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, daß der Notar die Belehrung auch schriftlich im Vertragstext zu fixieren habe. Vorliegend kann man die Fixierung aber doch empfehlen¹⁸⁴, ohne sich dem Vorwurf auszusetzen, durch ein Übermaß schriftlicher Belehrungshinweise die gelegentlich anzufindende, ganz unangemessene Vorstellung gefördert zu haben, daß keine Belehrung erfolgt sei, wo sie nicht auch in der Urkunde fixiert worden sei.

2. Verteilungsregelung nach Stichtag mit unterschiedlichen sachlichen Abgrenzungskriterien

a) Regelung 3: Zugang des Heranziehungsbescheides

Formulierungsbeispiel 3

„Erschließungsbeiträge nach BBauG und sonstige Anliegerkosten (Ausbau- und Anschlußbeiträge sowie Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse) trägt der Verkäufer, soweit ihm darüber bis zum gestrigen Tage ein Heranziehungsbescheid zugegangen ist. Auf die Rechtsbeständigkeit des Bescheides kommt es nicht an. Die übrigen Anliegerkosten trägt der Käufer.“

Für den Fall, daß der Käufer von der Gemeinde zur Zahlung von Anliegerkosten herangezogen wird, die nach dieser Vereinbarung vom Verkäufer zu tragen sind, tritt der Verkäufer insoweit

174 Näher oben C. II. mit Fn. 155.

175 In diesem Sinne auch Matloch, MittBayNot 1982, 234 (236).

176 Siehe oben C. II.

177 Siehe oben C. II. mit Fn. 155.

178 Näher oben Fn. 153.

179 So auch die Formulierungsanregung im Rundschreiben 3/1983 des Präsidenten der Rheinischen Notarkammer vom 28.10.1983.

180 So ebenfalls die genannte Formulierungsanregung (vorige Fn.).

181 Dahmen/Drießhaus/Küffmann/Wiese, § 8, Rd.-Nr. 136; Quaas, Rd.-Nr. 443.

182 Reithman/Röll/Geßele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 1983, Rd.-Nr. 353.

183 In ähnlichem Sinne — freilich unter nicht zutreffender Berufung auf Reithman (s. Fn. 182) — Münchener Vertragshandbuch/Schmidt Bd. 2, 1982, Form. VIII. 1., Anm. 21 zu (3).

184 Die Formulierungsanregung im Rundschreiben 3/1983 des Präsidenten der Rheinischen Notarkammer (Fn. 179) enthält den Belehrungshinweis ebenfalls, obwohl die Gefahr einer Divergenz zwischen Innen- und Außenverhältnis in der dort angeregten Vereinbarungsart (vgl. Anm. aa) zu Formulierungsbeispiel 5) geringer ist.

alle ihm gegenwärtig und künftig, aus eigenem und abgetretenem Recht zustehenden Ansprüche auf Rückerstattung von Vorausleistungen hiermit an den Käufer ab. Es ist Sache des Käufers, die Abtretung der Gemeinde anzuzeigen.

Der Notar hat darauf hingewiesen, daß diese Vereinbarung nur das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer betrifft, daß die Gemeinde in der Regel den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zur Zahlung heranzieht und daß dieser mit dem Grundstück auch für Verpflichtungen seiner Rechtsvorgänger haftet. Der Notar hat dem Käufer geraten, sich vor Abschluß dieses Vertrages bei der Gemeinde zu informieren, ob noch Abrechnungen von Maßnahmen, die in der Vergangenheit durchgeführt worden sind, ausstehen.

Wird eine Vertragspartei von der Gemeinde zur Zahlung von Kosten herangezogen, die sie nach dieser Vereinbarung nicht zu tragen hat, ist sie von der anderen Partei freizustellen.“

Anmerkungen

aa) Die Formulierung stellt — anders als der Wortlaut des § 134 Abs. 1 BBauG — auf den „Zugang“ statt auf die „Zustellung“ eines Heranziehungsbescheides ab. Dies bedeutet nur eine Klarstellung, keinen sachlichen Unterschied¹⁸⁵.

bb) Stichtag sollte bei einer derartigen Regelung zweckmäßigerweise der Tag vor der Beurkundung sein, damit vermieden wird, daß der Verkäufer unterwegs befindliche Bescheide bei der Preiskalkulation nicht mehr berücksichtigen kann¹⁸⁶.

cc) Eine Regelung, die auf den Zugang des Heranziehungsbescheides abstellt, sollte ferner eine Bestimmung für den Fall treffen, daß der Bescheid im Verwaltungsverfahren oder im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufgehoben wird oder nichtig ist¹⁸⁷. Nach dem Formulierungsbeispiel kommt es auf die Rechtsbeständigkeit des Bescheides nicht an; der Verkäufer trägt die Anliegerkosten also stets in dem Umfang („soweit“), in dem sie ihm bis zum Tage vor der Beurkundung in Rechnung gestellt worden sind.

dd) Die Abtretung der Ansprüche auf Rückgewähr von Vorausleistungen hat relativ geringe praktische Bedeutung, weil es bei Regelungsart 3 selten vorkommen wird, daß der Käufer zur Zahlung von Anliegerkosten herangezogen wird, die der Verkäufer zu tragen hat. Dies ist aber dann denkbar, wenn dem Verkäufer ein Bescheid bereits vor dem Tage der Beurkundung zugestellt war, er aber nicht gezahlt hat und die Gemeinde nach Umschreibung auf den Käufer die auf dem Grundstück ruhende öffentliche Last geltend macht und in das Grundstück vollstreckt. Zu der Abtretung siehe im übrigen Anm. ee) bis gg) zu Formulierungsbeispiel 2.

b) Regelung 4: Entstehen der Kostenpflicht, Entstehen der öffentlichen Last

Formulierungsbeispiel 4

„Erschließungsbeiträge nach BBauG und sonstige Anliegerkosten (Ausbau- und Anschlußbeiträge sowie Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse) trägt der Verkäufer, soweit ihm darüber bis zum gestrigen Tage ein Heranziehungsbescheid zugegangen ist. Auf die Rechtsbeständigkeit des Bescheides kommt es nicht an. Der Verkäufer trägt diese Kosten ferner, unabhängig vom Zugang eines Heranziehungsbescheides, soweit eine Kostenforderung bis zum gestrigen Tag entstanden ist. Stets trägt er sie mindestens in Höhe etwa von ihm — oder einem Rechtsvorgänger, soweit dessen Rückerstattungsansprüche ihm abgetreten sind — erbrachter Vorausleistungen.

Für den Fall, daß der Käufer von der Gemeinde . . .“ usw. (gesamter Rest wie Formulierungsbeispiel 2).

Anmerkungen

aa) Das Formulierungsbeispiel kombiniert zwei Abgrenzungsmöglichkeiten: Der Verkäufer trägt die Anliegerkosten in jedem Falle, soweit ihm ein Heranziehungsbescheid zugegangen ist; diesbezüglich ist auf die Anmerkungen zum Formulierungsbeispiel 3 zu verweisen. Darüber hinaus trägt der Verkäufer die Anliegerkosten, soweit eine Kostenforderung bereits entstanden ist. Stichtag ist stets der Tag vor der Beurkundung.

Die Einbeziehung des Zugangskriteriums hat ihren guten Grund. In der Praxis des Anliegerkostenrechts, insbesondere des Beitragsrechts, wird es — aus mancherlei Gründen, vor allem einer nicht unerheblichen Fehleranfälligkeit gemeindlicher Beitragssatzungen und Bebauungspläne wegen¹⁸⁸ — vorkommen, daß Heranziehungsbescheide erteilt werden, bevor eine Kostenforderung entstanden ist (Beispiel: Die Gemeinde geht nach endgültiger technischer Herstellung der Erschließungsanlage davon aus, daß eine Kostenforderung entstanden ist, übersieht aber, daß die Beitragssatzung einen relevanten Mangel aufweist). In diesen Fällen soll der Zugang des Bescheides als das verlässlichere Kriterium über die Kostenverteilung unter den Vertragsparteien entscheiden.

bb) Die Regelung bleibt inhaltlich gleich, wenn man statt auf das Entstehen der Beitragspflicht auf das Entstehen der öffentlichen Last abstellt. Die Entstehungszeitpunkte sind identisch: Mit der Kostenforderung entsteht (sofern das Gesetz anordnet, daß die Forderung überhaupt eine öffentliche Last begründet, siehe hierzu oben C. III.) auch die öffentliche Last¹⁸⁹.

cc) Zum Satz „Stets trägt er sie mindestens . . .“ siehe Anm. cc) zu Formulierungsbeispiel 5. Hinsichtlich der übrigen, mit Formulierungsbeispiel 2 übereinstimmenden Regelungselemente siehe die dortigen Anm. ee) bis gg).

c) Regelung 5: Ganzes oder teilweises tatsächliches Vorhandensein von Anlagen (= konkreter Bauzustand).

Formulierungsbeispiel 5

„Erschließungsbeiträge nach BBauG und sonstige Anliegerkosten (Ausbau- und Anschlußbeiträge sowie Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse) trägt für die heute ganz oder teilweise tatsächlich vorhandenen Anlagen, unabhängig davon, wann eine Kostenforderung entsteht oder ein Heranziehungsbescheid zugeht, der Verkäufer; mindestens trägt er sie in Höhe etwa von ihm — oder einem Rechtsvorgänger, soweit dessen Rückerstattungsansprüche ihm abgetreten sind — erbrachter Vorleistungen. Die übrigen Anliegerkosten trägt der Käufer.

Für den Fall, daß der Käufer von der Gemeinde zur Zahlung von Anliegerkosten herangezogen wird, die nach dieser Vereinbarung vom Verkäufer zu tragen sind, tritt der Verkäufer insoweit alle ihm gegenwärtig und künftig, aus eigenem und abgetretenem Recht zustehenden Ansprüche auf Rückerstattung von Vorausleistungen hiermit an den Käufer ab. Es ist Sache des Käufers, die Abtretung der Gemeinde anzuzeigen.

Der Notar hat darauf hingewiesen, daß diese Vereinbarung nur das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer betrifft, daß die Gemeinde in der Regel den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zur Zahlung heranzieht und daß dieser mit dem Grundstück auch für Verpflichtungen seiner Rechtsvorgänger haftet.

Wird eine Vertragspartei von der Gemeinde zur Zahlung von Kosten herangezogen, die sie nach dieser Vereinbarung nicht zu tragen hat, ist sie von der anderen Partei freizustellen.“

¹⁸⁵ Siehe oben C. I. 1. b), bb).

¹⁸⁶ Nieder, NJW 1984, 2662 (2666); Panz, BWNotZ 1984, 144 (145).

¹⁸⁷ Nieder, a.a.O. (2665 f.); s. auch Panz, a.a.O., 146.

¹⁸⁸ Schmittat, DNotZ 1986, 125 spricht gar von einer „eminente hohe(n) Fehlerquote“.

¹⁸⁹ Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 178; s. auch oben C. III.

Anmerkungen

aa) Das hier maßgebliche Abgrenzungskriterium ist jenes, das im Rundschreiben Nr. 3/1983 des Präsidenten der Rheinischen Notarkammer¹⁹⁰ zur Grundlage einer Formulierungsanregung geworden ist¹⁹¹. Kern der Regelung ist: Der Verkäufer zahlt die Kosten insoweit, als sie auf die Erschließungsanlage bzw. Maßnahme in ihrem konkreten, am Stichtag gegebenen Bauzustand bzw. Durchführungsstand entfallen.

bb) Als Stichtag kommt auch der Tag des Besitzübergangs in Betracht. Dieser Stichtag würde mit dem in der allgemeinen Lastenvertragsregel des § 446 BGB enthaltenen Gedanken harmonisieren. Daß der Zeitpunkt des Besitzübergangs bei Vertragsschluß in der Regel noch nicht konkret bekannt ist, muß nicht unbedingt einen wesentlichen Nachteil bedeuten. Denn in der Zeit zwischen Vertragsschluß und Besitzübergang erweitert sich der Umfang der Verkäuferverpflichtung nur, wenn sich Anlagen im Bau befinden, und vor allem nur nach Baufortschritt, und das wird im Regelfall heißen: Kontinuierlich und linear; es gilt nicht — wie bei den meisten anderen Regelungen — das Alles-oder-nichts-Prinzip. Freilich kommt ein in der Zukunft liegender Termin als Stichtag dann nicht in Frage, wenn den Parteien daran gelegen ist, den maßgeblichen Bauzustand genau zu kennen, ihn möglicherweise sogar — insoweit über das Formulierungsbeispiel hinausgehend — im Verträge im einzelnen zu beschreiben¹⁹².

cc) Der Verkäufer hat die Anliegerkosten dem Formulierungsbeispiel zufolge mindestens in Höhe etwa erbrachter Vorausleistungen zu tragen. Da der Umfang der Abtretung der Rückgewähransprüche vereinbarungsgemäß von der Kostenverteilung im Innenverhältnis abhängig ist, bewirkt die Bestimmung — wenn nicht mehr der Verkäufer, sondern der Käufer zur Zahlung der endgültigen Anliegerkosten herangezogen wird —, daß dem Käufer die Vorausleistungen stets in vollem Umfang (eingeschränkt nur durch die Höhe der endgültigen Anliegerkosten¹⁹³) zugute kommen. Diese Wirkung aber sollte aus praktischen Gründen sichergestellt werden. Sonst liegt die Gefahr einer zumindest verzögerten Entwicklung nahe, weil für die Gemeinde nicht ohne weiteres erkennbar wäre, in welchem Umfang die Vorausleistungen jeweils dem Käufer gutzubringen oder an den Verkäufer zurückzuerstatten wären¹⁹⁴.

Abwicklungsschwierigkeiten drohen nicht im Falle von Vorausleistungen eines Rechtsvorgängers des Verkäufers, wenn die Rückerstattungsansprüche des Rechtsvorgängers dem Verkäufer nicht abgetreten sind. Die Gemeinde hat solche Vorausleistungen voll und ganz dem Rechtsvorgänger zu erstatten. Deshalb, und weil der Verkäufer keinerlei Nutzen aus diesen Vorausleistungen ziehen kann, besteht kein sachlicher Grund dafür, den Verkäufer mit den Anliegerkosten auch mindestens in Höhe solcher Vorausleistungen zu belasten. Dementsprechend ist das Formulierungsbeispiel gefaßt.

Die Bestimmung über die Mindestbelastung stellt ein Element der Berechenbarkeit dar: Die auf Verkäufer und Käufer jeweils entfallenden Kosten sind bei Vertragsschluß noch nicht, jedenfalls noch nicht sicher bekannt, wohl aber die Höhe der Vorausleistungen. Der Umfang des Risikos der Parteien, sich bei der Kaufpreiskalkulation (bei der die Bestimmung sinnvollerweise berücksichtigt wird) zu verschätzen, wird geringer.

d) Regelung 6: Endgültige technische Herstellung

Formulierungsbeispiel 6

„Erschließungsbeiträge nach BBauG und sonstige Anliegerkosten (Ausbau- und Anschlußbeiträge sowie Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse) trägt der Verkäufer, so-

weit sie auf Anlagen entfallen, die bis zum gestrigen Tage unter Berücksichtigung der entsprechenden gemeindlichen Satzungen oder Bauprogramme im rein technischen Sinne endgültig hergestellt sind. Unerheblich ist, wann eine Kostenforderung entsteht oder ein Heranziehungsbescheid zugeht. Mindestens trägt der Verkäufer die Anliegerkosten in Höhe etwa von ihm — oder einem Rechtsvorgänger, soweit dessen Rückerstattungsansprüche ihm abgetreten sind — erbrachter Vorausleistungen. Die übrigen Anliegerkosten trägt der Käufer.

Für den Fall, daß der Käufer von der Gemeinde zur Zahlung von Anliegerkosten herangezogen wird, die nach dieser Vereinbarung vom Verkäufer zu tragen sind, tritt der Verkäufer insoweit alle ihm gegenwärtig und künftig, aus eigenem und abgetretenem Recht zustehenden Ansprüche auf Rückerstattung von Vorausleistungen hiermit an den Käufer ab. Es ist Sache des Käufers, die Abtretung der Gemeinde anzuzeigen.

Der Notar hat darauf hingewiesen, daß diese Vereinbarung nur das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer betrifft, daß die Gemeinde in der Regel den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zur Zahlung heranzieht und daß dieser mit dem Grundstück auch für Verpflichtungen seiner Rechtsvorgänger haftet.

Wird eine Vertragspartei von der Gemeinde zur Zahlung von Kosten herangezogen, die sie nach dieser Vereinbarung nicht zu tragen hat, ist sie von der anderen Partei freizustellen.“

Anmerkungen

aa) Die Regelung stellt anders als Regelung 4 nicht auf das — auch von rechtlichen Voraussetzungen (etwa: Wirksamkeit der Beitragsatzung, Wirksamkeit des Bebauungsplans) abhängige — Entstehen der Beitrags- bzw. Kostenforderung ab, sondern auf die — rein faktische — endgültige technische Herstellung der Anlage bzw. technische Beendigung der Maßnahme. Die Betonung liegt auf den Worten „im rein technischen Sinne“. Hiermit wird die Anforderungsschwelle — gemessen an der Gesamtheit aller Voraussetzungen für das Entstehen der Beitragspflicht — nicht nur bis auf das Niveau des § 133 Abs. 2 BBauG, sondern noch weiter herabgesenkt¹⁹⁵. Die „endgültige Herstellung“ i. S. d. § 133 Abs. 2 BBauG — die sog. „endgültige Herstellung im Rechtssinne“ — setzt voraus, daß der gemeindliche Aufwand feststellbar ist (i. d. R. Eingang der letzten Unternehmerrechnung)¹⁹⁶. Ferner können unter den in der Gemeindeatzung aufzuführenden Herstellungsmerkmalen solche rechtlicher Natur sein, etwa der Grunderwerb¹⁹⁷. Regelung 6 läßt demgegenüber den „letzten Spatenstich“ entscheiden.

bb) Unnötig ist es, Regelung 6 noch — wie Regelung 4 — dahin zu ergänzen, daß der Verkäufer die Anliegerkosten jedenfalls trage, soweit ihm bereits ein Heranziehungsbescheid zugegangen sei. Anders als bei Regelung 4 besteht bei Regelung 6 ein Grund für die Ergänzung nicht (zum Grund bei Regelung 4 siehe dort Anm. aa)), weil kaum eine Gemeinde dem Irrtum erliegen wird, sie dürfe einen Heranziehungsbescheid bereits vor technischer Herstellung der Anlage erlassen.

cc) Zur Abtretung der Rückgewähransprüche siehe Anm. ee) bis gg) zu Formulierungsbeispiel 2. Die Belastung des Verkäufers mindestens in Höhe etwa erbrachter Vorausleistungen (vgl. Anm. cc) zu Formulierungsbeispiel 5) ist vorliegend demgegenüber eher verzichtbar als im Formulierungsbeispiel 5, weil Abwicklungsschwierigkeiten mit der Gemeinde kaum drohen (s. auch unten E. III. 7.); als Element der Berechenbarkeit bei der Kaufpreiskalkulation mag man die Bestimmung aber auch in Formulierungsbeispiel 6 aufnehmen.

e) Regelung 7: Endgültige technische Herstellung von Teilen

190 Vom 28.10.1983. Vgl. hierzu aber unten Fn. 210 und 215.

191 Das gleiche Abgrenzungskriterium schlägt Reithmann/Röll/Gebele, Rd.-Nr. 354 vor. Zu Unrecht führt Nieder, NJW 1984, 2662 (2665, Fn. 24) Wolfsteiner, MittBayNot 1981, 1 (6) — als Vertreter dieses Kriteriums an; Wolfsteiner befürwortet dort vielmehr — für den Bauträgervertrag —, die vom Verkäufer zu bezahlenden Erschließungskosten „im Vertrag so konkret und umfassend aufzulisten wie nur immer möglich“. Darin ist Wolfsteiner beizupflichten.

192 Vgl. unten E. III. 5.

193 Siehe Anmerkung gg) zu Formulierungsbeispiel 2.

194 Vgl. die von Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 3727 für die gemeindliche Abrechnungspraxis gegebenen Empfehlungen (insbesondere: Hinterlegung bei unklarer Rechtslage).

195 Darin unterscheidet sich das Formulierungsbeispiel von der Anregung Dohnkes, MittRhNotK 1982, 33 (35, Formulierungsbeispiel 36 a. E.). Dohnke stellt auf die Herstellung i. S. d. § 133 Abs. 2 BBauG ab.

196 Oben C. I. 1. b), aa) zu (2) mit Fn. 93–95.

197 Siehe oben C. I. 1. b), aa) zu (1) mit Fn. 81 f.

„Erschließungsbeiträge nach BBauG und sonstige Anliegerkosten (Ausbau- und Anschlußbeiträge sowie Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse) trägt der Verkäufer, soweit sie auf Anlagen entfallen, die bis zum gestrigen Tage unter Berücksichtigung der entsprechenden gemeindlichen Satzungen oder Bauprogramme im rein technischen Sinne endgültig hergestellt sind. Das Vorstehende gilt entsprechend für solche Teile von Anlagen und solche Maßnahmen, die die Gemeinde nach Gesetz und einschlägiger Satzung im Wege der Kosten-spaltung separat abrechnen dürfte, auch wenn die Gemeinde tatsächlich nicht im Wege der Kosten-spaltung vorgeht. Unerheblich ist stets, wann eine Kostenforderung oder Teilkostenforderung entsteht oder ein Heranziehungsbescheid zugeht. Mindestens trägt der Verkäufer die Anliegerkosten in Höhe etwa von ihm — oder einem Rechtsvorgänger, soweit dessen Rückerstattungsansprüche ihm abgetreten sind — erbrachter Vorausleistungen. Die übrigen Anliegerkosten trägt der Käufer.

Für den Fall, daß der Käufer von der Gemeinde zur Zahlung von Anliegerkosten herangezogen wird, die nach dieser Vereinbarung vom Verkäufer zu tragen sind, tritt der Verkäufer insoweit alle ihm gegenwärtig und künftig, aus eigenem und abgetretenem Recht zustehenden Ansprüche auf Rückerstattung von Vorausleistungen hiermit an den Käufer ab. Es ist Sache des Käufers, die Abtretung der Gemeinde anzuzeigen.

Der Notar hat darauf hingewiesen, daß diese Vereinbarung nur das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer betrifft, daß die Gemeinde in der Regel den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zur Zahlung heranzieht und daß dieser mit dem Grundstück auch für Verpflichtungen seiner Rechtsvorgänger haftet.

Wird eine Vertragspartei von der Gemeinde zur Zahlung von Kosten herangezogen, die sie nach dieser Vereinbarung nicht zu tragen hat, ist sie von der anderen Partei freizustellen.“

Anmerkungen

aa) Regelung 7 unterscheidet sich von Regelung 6 nur insoweit, als der Verkäufer die Anliegerkosten (abgesehen von seiner Mindestverpflichtung in Höhe etwa erbrachter Vorausleistungen) nicht nur insoweit zu tragen hat, als sie auf bereits — ganz — technisch hergestellte Anlagen entfallen, sondern auch insoweit, als sie auf technisch hergestellte Teile von Anlagen oder auf technisch beendete Maßnahmen entfallen, sofern diese Teile oder Maßnahmen nach Gesetz und einschlägiger Gemeindegatsung separat — also im Wege der Kosten-spaltung — abrechenbar wären¹⁹⁸, unabhängig davon, ob die Gemeinde die Teile oder Maßnahmen tatsächlich separat abrechnet.

bb) Im übrigen siehe zu den mit anderen Formulierungsbeispielen identischen Regelungselementen insbesondere Anm. ee) bis gg) zu Formulierungsbeispiel 2 (zur Abtretung der Rückgewähransprüche) und Anm. cc). Zu Formulierungsbeispiel 6 (zur Belastung des Verkäufers mindestens in Höhe etwa erbrachter Vorausleistungen).

E.

Die Beurteilung der Regelungsmöglichkeiten

Die anhand der Formulierungsbeispiele veranschaulichten Regelungsarten 1 bis 7 sollen nun bewertet werden.

I. Beurteilungskriterien

Die wichtigsten Beurteilungskriterien scheinen mir zu sein:

1. Gewährleistet die Regelung einen angemessenen Interessenausgleich? Dies ist die Frage nach dem „Gerechtigkeitsgehalt“ einer Regelung. Die Frage stellt sich nicht, wenn die Vertragsparteien in Kenntnis der Auswirkungen feste Vorstellungen

haben; wo Privatautonomie herrscht, gilt als gerecht, was freier Wille der Parteien ist. Regelmäßig aber wollen die Parteien gerade erst vom Notar beraten werden, und hier hat der Notar selbstverständlich auf einen angemessenen Interessenausgleich hinzuwirken.

2. Ist die Abgrenzung klar?

3. Ergibt sich die Gefahr ungewollter Verteilungseffekte?

4. Ist die Regelung praktikabel?

5. Wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit einer Divergenz zwischen Innen- und Außenverhältnis, und wie groß ist das damit verbundene Risiko?

6. Ein praktisch wichtiges Beurteilungskriterium ist schließlich auch, wie weit sich die Regelung für eine „Sofortbeurkundung“ eignet, d. h. für eine Beurkundung, der keine vorherigen, verläßlichen Erkundigungen der Parteien (insbesondere bei der Gemeinde, etwa über noch ausstehende Abrechnungen) vorausgegangen sind. Die Beteiligten sind, wie die Praxis zeigt, oft eher gewillt, in gewissen Grenzen auch Unsicherheiten über das Ausmaß ihrer konkreten Belastung mit Anliegerkosten in Kauf zu nehmen als auf eine umgehende Beurkundung zu verzichten. Eine Regelungsart ist insofern um so eher zu empfehlen, je enger die Grenzen der Unsicherheit gesteckt sind.

II. Gemeinsame Regelungselemente

Einige Regelungselemente sind fast allen Formulierungsbeispielen gemeinsam¹⁹⁹. Hierzu gehört die Vereinbarung über die Abtretung der Rückgewähransprüche. Sie ist in der Tat stets anzuraten (abgesehen von Regelung 1, siehe dort Anm. bb)). Hierzu gehört ferner (wiederum abgesehen von Regelung 1) der Belehrungshinweis („Der Notar hat darauf hingewiesen, daß diese Vereinbarung nur das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer betrifft . . .“), der zwar nicht zwingend schriftlich fixiert werden müßte, dessen Aufnahme in die Urkunde aber doch angemessen erscheint, jedenfalls bei Regelungsart 2 (siehe Anm. hh) zu Regelung 2).

Ausschließlich deklaratorische Bedeutung hat schließlich der jeweils letzte Satz der Formulierungsbeispiele über die Freistellungsverpflichtung. Dieser Satz könnte (außer bei Regelung 1, wo er zugleich eine Hinweisfunktion erfüllt, siehe dort Anm. cc)) am ehesten weggelassen werden; die Freistellungsverpflichtung ergibt sich stets aus dem Sinn der jeweiligen Regelung.

III. Die Regelungen im einzelnen

1. Regelung 1

Die Regelung ist klar, einfach und praktikabel. Eine Divergenz zwischen Außenverhältnis und Innenverhältnis kommt nur in Betracht, wenn vor Eigentumsübergang noch der Verkäufer zur Zahlung der Anliegerkosten herangezogen wird. Die damit verbundenen Probleme sind vergleichsweise gering: Stellt der Käufer den Verkäufer nicht frei und zahlt der Verkäufer an die Gemeinde, bestehen — da der Käufer das Grundstück erhalten soll — für die Durchsetzung des Rückgriffsanspruchs gute Aussichten. Zahlt der Verkäufer nicht an die Gemeinde und macht diese nach Eigentumsübergang die auf dem Grundstück ruhende öffentliche Last geltend, so geht dies zu Lasten des Käufers als desjenigen, der auch im Innenverhältnis die Kosten zu tragen hat.

Ein wesentlicher Nachteil der Regelung ist jedoch ihr beschränkter Anwendungsbereich. Nicht viele Käufer werden sich auf die Regelung einlassen. Praktisch wird die Regelung am ehesten bei unbebauten Grundstücken in Betracht kommen, wenn der Verkäufer noch keinerlei endgültige Anliegerkosten gezahlt hat. Hat er bereits endgültige Anliegerkosten

¹⁹⁸ Hierzu oben C. I. 1. a), cc).

¹⁹⁹ Als weiteres Element käme in manchen Fällen eine Garantierklärung des

Verkäufers über von ihm bereits gezahlte Kosten in Betracht, s. näher Nieder, NJW 1984, 2662 (2666).

gezahlt, bedarf es jedenfalls ergänzender Bestimmungen (siehe Anm. aa) zu Regelung 1).

2. Regelung 2

Auch Regelung 2 weist als „Gesamtregelung“ im Ausgangspunkt die Vorteile einer einseitigen und deshalb grundsätzlich klaren Kostenverteilung auf. Doch ist es hier erforderlich, die Verkäuferpflicht für die Zukunft zu begrenzen. Das Formulierungsbeispiel zieht die Grenze durch Bezugnahme auf den „derzeit verbindlichen Planungsstand der Gemeinde“. Regelung 2 ist dieser Einschränkung wegen schwieriger zu handhaben als Regelung 1. Irrtümer der Vertragsparteien über den maßgeblichen Planungsstand und damit über ihre Kostenbelastung sind nicht auszuschließen, wenn sie sich nicht bei der Gemeinde erkundigen; dazu sollte der Notar raten. Im übrigen — und vor allem — hat auch Regelung 2 typischerweise einen nur beschränkten Anwendungsbereich. Sie wird bei speziellen Sachverhalten oder Vertragstypen — etwa einem Bauträgervertrag mit „Inklusivpreis“ (sofern der Bauträger nicht einen Erschließungsvertrag mit der Gemeinde geschlossen hat, siehe dazu unten F. III.) — in Betracht kommen.

Regelung 2 birgt für den Käufer ein im Vergleich zu „Verteilungsregelungen hohes Risiko, von der Gemeinde zur Zahlung von Kosten herangezogen zu werden, die im Innenverhältnis der Verkäufer zu tragen hat; der Freistellungs- bzw. Erstattungsanspruch des Käufers ist dann nur so viel wert wie die Solvenz des Verkäufers. Das Risiko ist hoch sowohl nach der Wahrscheinlichkeit seiner Verwirklichung (Regelfall dürfte in den in Betracht kommenden Fällen sein, daß die endgültigen Anliegerkosten nach Eigentumsübergang auf den Käufer von diesem erhoben werden) als auch nach dem Ausmaß (da im Innenverhältnis auf den Käufer keinerlei Kosten entfallen). Das Risiko des Käufers ist allerdings um so geringer, je mehr Voraussetzungen der Verkäufer (bzw. sein Rechtsvorgänger, wenn dieser seine Rückerstattungsansprüche an den Verkäufer abgetreten hat) erbracht hat — vorausgesetzt, alle Rückerstattungsansprüche sind, wie das Formulierungsbeispiel es vorsieht, an den Käufer abgetreten.

3. Regelung 3

Die Regelung beeindruckt durch die Klarheit der Abgrenzung. Freilich ist die Klarheit nicht vollkommen, weil der Zugang des Heranziehungsbescheides und der Zugangszeitpunkt im Streitfall u. U. nur schwer feststellbar sind, wenn der Bescheid nicht förmlich zugestellt worden ist. Es gibt Gemeinden, die Heranziehungsbescheide förmlich zustellen. Dies ist aber weder rechtlich geboten (siehe oben C. I. 1. b), bb)), noch scheint es praktisch die Regel zu sein (jedenfalls in vielen größeren Städten im Bereich der Rheinischen Notarkammer).

Schwerer wiegt, daß die Regelung für den Käufer die Gefahr unvorhergesehener Belastungen birgt. Sie kann dazu führen, daß der Käufer Kosten für Maßnahmen trägt, die vor Jahren begonnen wurden. In manchen Fällen haben Gemeinden Maßnahmen noch Jahrzehnte nach deren Beginn abgerechnet. Diese Möglichkeit besteht, weil die Frist für die Festset-

zungsverjährung frühestens mit dem Entstehen der Kostenforderung zu laufen beginnt²⁰⁰. Wird eine Maßnahme — aus welchen Gründen auch immer — vor endgültiger Herstellung der Anlage abgebrochen („steckengebliebene“ Maßnahme), dann läuft also keine Verjährungsfrist, mag der an „endgültiger Herstellung“ fehlende Teil auch geringfügig sein (z. B. Teilstück eines Bürgersteiges). Aber selbst wenn Maßnahmen nicht „steckengeblieben“ sind, kommt eine Heranziehung im äußersten Fall noch knapp fünf Jahre nach Entstehen der Kostenforderung in Betracht (die vierjährige Festsetzungsverjährungsfrist beginnt erst mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Kostenforderung entstanden ist). Gerechnet vom Zeitpunkt der endgültigen Herstellung an können sogar noch weit mehr als fünf Jahre vergehen, ohne daß eine Heranziehung ausgeschlossen ist, nämlich wenn die Kostenforderung erst nach der endgültigen Herstellung entsteht²⁰¹ (Beispiel: Im Heranziehungszeitpunkt war keine wirksame Beitragssatzung vorhanden; eine gültige Satzung tritt später mit ex-nunc-Wirkung in Kraft²⁰²).

Den Vertragsparteien ist deshalb dringend zu raten, vor Vereinbarung einer derartigen Regelung bei der Gemeinde anzufragen, ob noch Abrechnungen für Anliegerkosten ausstehen²⁰³. Die Gemeinden erteilen in aller Regel diesbezügliche schriftliche Auskünfte („Anliegerbescheinigungen“)²⁰⁴. Über die zu erwartende — sei es auch nur ungefähre — Höhe von noch nicht abgerechneten Anliegerkosten äußern sich die Gemeinden (mit wenigen Ausnahmen) in den Anliegerbescheinigungen jedoch nicht; sie wollen Haftungsrisiken und die Gefahr vermeiden, an derartigen, regelmäßig auf unsicheren Beurteilungsfaktoren beruhenden Auskünften später festgehalten zu werden (oft sind den Gemeinden zudem auch ungefähre Aussagen überhaupt nicht möglich, sei es, weil die Höhe der Aufwendungen noch nicht feststeht, sei es, weil die für die Verteilung des beitragsfähigen Aufwandes maßgeblichen Daten²⁰⁵ noch nicht ermittelt sind).

Wenn eine Auskunft bei der Gemeinde eingeholt wird, ist Regelung 3 akzeptabel. Dies gilt besonders dann, wenn Abrechnungen nach Auskunft der Gemeinde nicht mehr ausstehen. Es gilt aber auch, wenn die Auskunft anders lautet. Dann bleibt zwar die Höhe der ausstehenden Kosten ein Unsicherheitsfaktor bei der Kaufpreiskalkulation. Unsicherheiten über die Höhe der zu erwartenden Anliegerkosten sind aber keine Besonderheiten der Regelung 3, sondern bei anderen Regelungsarten typischerweise ebenso vorhanden.

Fazit: Regelung 3 ist — mit den obigen Einschränkungen — geeignet.

4. Regelung 4

Das Zusatzkriterium „Zugang eines Heranziehungsbescheides“ bringt ein Element der Sicherheit in die Regelung. Die Sicherheit schwindet aber, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Erschließungsmaßnahmen noch nicht abgerechnet sind. Dann kommt es auf das Kriterium „Entstehen der Beitragspflicht“ an. Dieses Kriterium ist ungeeignet, weil es eine unvertretbar große Gefahr ungewollter Verteilungseffekte mit sich bringt²⁰⁷. Beispiel: Die Vertragsparteien haben eine Erschließungsanlage in Augenschein genommen und gehen — da die

200 Siehe oben C. I. 1. b., dd.

201 Wenn Nieder, NJW 1984, 2662 (2663, ganz ähnlich 2665) schreibt, zwischen der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage und der Zustellung der Beitragsbescheide könnten „maximal vier Jahre (Festsetzungsverjährung!)“ liegen, so übersieht er — ganz abgesehen davon, daß die Frist für die Festsetzungsverjährung erst mit Ablauf des Kalenderjahres beginnt, in dem die Beitragsforderung entstanden ist — vor allem diese Fälle (s. dazu auch die nächste Fn.).

202 Derartige Fälle sind keine Theorie. Zur verfassungsrechtlichen Problematik (drohende Gefährdung der Rechtssicherheit durch Aushöhlung des Verjährungsschutzes) Schmittat, DVBl. 1983, 313 einerseits und Driehaus, S. 109, Fn. 57 andererseits; ferner Schmittat, DNotZ 1986, 123 (125). Vgl. auch Quaas, Rd.-Nr. 116; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 132, Rd.-Nr. 35a. Nach der Rechtsprechung des OVG Münster zum KAG NW kann sich das Problem nicht stellen, s. oben Fn. 115.

203 Nieder, NJW 1984, 2662 (2665 f.), Panz, BWNtZ 1984, 144 (145, vgl. auch

146 zu III.) hingegen hat die Gefahren seines Vorschlags, auf den Zugang des Bescheides abzustellen, nicht erkannt und unterläßt demgemäß auch den Rat, bei der Gemeinde Erkundigungen anzustellen.

204 Ein Hilfsmittel für die Beurteilung der Frage, ob noch Abrechnungen ausstehen, können auch Bekanntmachungen der Gemeinde nach § 133 Abs. 1 S. 3 BBauG sein. Solche Bekanntmachungen scheint es aber — jedenfalls in größeren Städten im Bereich der Rheinischen Notarkammer — nur ausnahmsweise zu geben (so in Aachen).

205 Näher zur „Anliegerbescheinigung“ Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 135, Rd.-Nr. 26 ff.; Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 4400 ff. mit besonders zahlreichen Nachweisen; Driehaus, Rd.-Nr. 166; Bauernfeind/Zimmermann, § 1, Rd.-Nr. 28.

206 Beispielsweise — je nach einschlägigem Verteilungsmaßstab — die Geschosfläche.

207 In diesem Sinne auch Rundschreiben 3/1983 des Präsidenten der Rheinischen Notarkammer, S. 2.

Anlage technisch vollständig fertiggestellt ist — davon aus, daß die Kosten noch der Verkäufer trägt. Diese Vorstellung kann sich allzu leicht als irrtümlich erweisen, weil über die technische Fertigstellung hinaus eine Vielzahl weiterer Voraussetzungen vorliegen muß, damit eine Beitrags- bzw. Kostenforderung entsteht²⁰⁸. Ob beispielsweise die letzte Unternehmerrechnung vorliegt, können die Vertragsparteien durch Nachfrage bei der Gemeinde klären. Es gibt aber Voraussetzungen, über die auch die Gemeinde irren kann, so die Wirksamkeit der Beitragsatzung oder eines notwendigen Bebauungsplanes. Rechtsfehler in Beitragssatzungen oder Bebauungsplänen sind, wie die Verwaltungsrechtsprechung lehrt, keine seltenen Ausnahmefälle²⁰⁹. Es geht also nicht um realitätsferne Risiken. Und es geht um Risiken, die praktisch nicht ausschaltbar sind.

Fazit: Von Regelung 4 ist abzuraten.

5. Regelung 5

Die Lösung besteht zunächst ihres Gerechtigkeitsgehaltes wegen. Sie verheißt einen optimalen Interessenausgleich, der verständigen Vertragspartnern spontan plausibel erscheinen wird. Vereinfacht gesagt: Vorhandenes zahlt der Verkäufer, künftig Hinzukommendes der Käufer.

Fraglich ist jedoch die Praktikabilität der Regelung. Hier muß man zwei Sachverhaltsgruppen unterscheiden:

(a) Am Stichtag sind *keine* Anlagen „im Bau“, soll heißen: Soweit Anlagen vorhanden sind, sind sie — gemessen an den Herstellungsmerkmalen von Satzung oder Bauprogramm — technisch endgültig hergestellt, so daß keine weiteren Arbeiten bevorstehen und sich das Problem, den später ergehenden, einheitlichen Heranziehungsbescheid zeiteinteilig aufspalten zu müssen, nicht stellen kann. Dann ist die Regelungsart praktikabel. Aber sie ist hier als eigenständige Regelungsart zugleich überflüssig, weil in dieser Fallgruppe die im folgenden zu beurteilende Regelung 6 dieselbe Verteilungswirkung herbeiführt.

(b) Die Regelung wird regelmäßig unpraktikabel, wenn sich am Stichtag Anlagen im Bau befinden²¹⁰. Gerade in diesen Fällen aber soll sich nach dem Sinn der Regelung ihr spezifischer, anderen Regelungen überlegener Gerechtigkeitsgehalt entfalten. Die Regelung soll ihrem Sinn nach beispielsweise verhindern, daß der Käufer die Erschließungskosten für die gesamte Straße zahlen muß, obwohl am Stichtag nur noch ein paar Meter des Bürgersteiges an ihrer endgültigen technischen Fertigstellung fehlen²¹¹. Wenn es um Fälle wie diesen geht, in denen nur noch Reste nicht fertiggestellt sind, die im Verhältnis zur gesamten Anlage ganz geringfügig sind, mag Regelung 5 noch halbwegs praktikabel sein, wenn der auf den Rest entfallende Kostenanteil geschätzt wird. Die Unwägbarkeiten einer Schätzung werden hier wegen der geringen absoluten Beträge, um die es geht, tolerabel sein. Bei Beurkundung wird aber oft gar nicht feststehen, ob es nur noch um solche geringfügigen Reste geht, so daß dann auch die Praktikabilität der Regelung nicht beurteilt werden kann. Tatsächlich wird die Mehrzahl der Fälle, in denen Anlagen im Bau sind, so liegen, daß sowohl vor als auch nach dem Stichtag größere Bauarbeiten stattfinden. Dann versagt die Regelung. Die Praxis des Erschließungsbeitrags-

rechts des BBauG ebenso wie diejenige des KAG kennt eine kontinuierliche Erfassung des gemeindlichen Aufwandes nach jeweiligem Zeitablauf (jeweiligem Bautenstand) nicht²¹². Die Gemeinden erfassen ihren Aufwand und ihre Kosten nur einheitlich nach den Endkosten einer Anlage oder den Endkosten einer Teilanlage (der Tiefbauunternehmer legt, um ein Beispiel zu nennen, der Gemeinde die Rechnung für die Bewässerungsanlage der Straße auf ihrer gesamten in Auftrag gegebenen Länge vor; der Straßenbauunternehmer die Rechnung für die Fahrbahn auf der gesamten in Auftrag gegebenen Länge; der Elektrounternehmer in entsprechender Weise die Rechnung für die Beleuchtungsanlagen). Auf der Grundlage dieser Endkosten erteilen die Gemeinden einheitliche Heranziehungsbescheide, die von den Vertragsparteien dann zeiteinteilig aufgeteilt werden müßten — eine praktisch unlösbare Aufgabe²¹³. Einzelne Teileinrichtungen einer Straße beispielsweise können am Stichtag einen ganz unterschiedlichen Ausbauzustand aufweisen, sei es, daß sie auf verschiedenen Teillängen fertiggestellt sind (etwa die Entwässerungsanlage auf einer Länge von a Metern, der Straßenunterbau auf b, die Fahrbahndecke auf c, die Beleuchtungsanlage auf d Metern), sei es, daß sie sich — eventuell auch innerhalb der verschiedenen Teillängen — in unterschiedlichen Arbeitsstadien befinden. Der Streit ist, wie Hagera zu der Regelungsart bemerkt, „fast vorprogrammiert“²¹⁴.

Hinzu kommt, daß eine — selbst grobe — Schätzung der Kostenanteile stets voraussetzt, daß der am Stichtag gegebene Ausbauzustand bekannt ist. Wer kennt noch, wenn der Heranziehungsbescheid kommt — vielleicht mehrere Jahre nach Vertragsschluß — die Details des damaligen Ausbauzustandes (wenn er sie überhaupt je gekannt hat)?

Die Literatur ist sich demgemäß weitgehend über die mangelnde Praktikabilität der Regelung in der zweiten Sachverhaltsgruppe einig²¹⁵. Nieder meint, wenn man überhaupt die — von ihm abgelehnte — Regelung treffe, dann müsse man aber zumindest (1.) einen Schiedsgutachter bestimmen, dem die Kostenaufteilung übertragen werde, und vor allem (2.) den konkreten Ausbauzustand der in Betracht kommenden Anlagen im Verträge fixieren (Nieders Vorschlag: „Nach übereinstimmenden Angaben der Vertragsparteien ist heute folgender Ausbauzustand gegeben: ...“²¹⁶). Das ist vom Grundgedanken her konsequent, letztlich aber nicht mehr praxisnah. Es würde die Vereinbarung aufblähen und sie in der Abwicklung schwerfälliger und kostenintensiver als andere Regelungen machen. Auch kann die Beschreibung eines konkreten Bauzustandes die Parteien überfordern. Schließlich wird noch aus einem weiteren Grunde die Fixierung des Bauzustandes auf der Grundlage von Angaben der Vertragsparteien den gewünschten Zweck — späterem Streit vorzubeugen — nicht sicher erfüllen. Die Parteien werden nämlich gelegentlich gar nicht in der Lage sein, den Kreis der Anlagen, über den Angaben notwendig sind, richtig zu erfassen. Dazu müßten die Parteien — um ein Beispiel zu nennen — wissen, ob in einer Entfernung von 400 m (Anmarschweg) ein Kinderspielplatz gebaut wird und ob das verkaufte Grundstück von diesem Spielplatz noch im Rechtssinne erschlossen wird (was u. U. möglich ist²¹⁷). Entsprechende Beispiele können für andere Erschließungsanlagen gebildet werden, besonders für solche,

208 Näher oben C. I. 1. b), aa) zu (2). Dies berücksichtigt Hagera, der eine solche Regelung verwendet (Münchener Vertragshandbuch Bd. 4, 1983, Form. VI. 35, § 4 des Musters sowie Anm. 35) nicht; er diskutiert nur andere Risiken, a.a.O., Anm. 35 zu (3). Demgegenüber sieht Bettendorf, DNotZ 1981, 654 f. die Risiken, hält die Regelungsart aber trotzdem für geeignet.

209 Siehe oben Fn. 188.

210 Für diesen Fall rät auch das genannte Rundschreiben 3/1983 des Präsidenten der Rheinischen Notarkammer grundsätzlich von der Regelung ab (S. 3), wobei das Rundschreiben die Fälle geringfügiger Fertigstellungsdefizite (dazu sogleich im Text — Beispiel des Bürgersteigteilstücks) ausnimmt und mit Regelung 5 als bewältigt ansieht.

211 Vgl. das Beispiel auf S. 1/2 des genannten Rundschreibens (vorige Fn.).

212 Matloch, MittBayNot 1979, 104 (105 zu 2.); Nieder, NJW 1974, 2662 (2665); Hagera in Münchener Vertragshandbuch Bd. 4, 1983, Form. VI. 35, Anm. 35 zu (6); ähnlich Bettendorf, DNotZ 1981, 655.

213 Hagera und Matloch, jeweils a.a.O.; Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 3183; Dietrich, DNotZ 1983, 297; in diesem Sinne auch Bettendorf, a.a.O.; Panz, BWNotZ 1984, 144 (145).

214 Hagera, a.a.O. (Fn. 212).

215 Eine Ausnahme: Reithmann/Röll/Gebele, Rd.-Nr. 354, der die Regelungsart ohne Differenzierungen empfiehlt. Das Rundschreiben 3/1983 des Präsidenten der Rheinischen Notarkammer hingegen und Schmittat, DNotZ 1980, 123 (124), die grundsätzlich der Regelung zuneigen, möchten sie dann nicht angewendet wissen, wenn sich Anlagen im Bau befinden (vgl. hierzu aber auch Fn. 210). Gegen Regelungsart 5 insgesamt: Hagera, Matloch, Haegele/Schöner/Stöber, Bettendorf, Nieder, Dietrich, Panz, jeweils a.a.O. (Fn. 212, 213).

216 Nieder, NJW 1984, 2662 (2665).

217 Näher Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 131, Rd.-Nr. 19a. Die Antwort hängt von den örtlichen Gegebenheiten und vor allem von dem Umstand ab, für welche Altersgruppe der Spielplatz bestimmt ist. Spielplätze für Kleinkinder bis 6 Jahre erschließen regelmäßig nur sehr viel näher gelegene Grundstücke (etwa bis 100 m Anmarschweg), Spielplätze für über 12-jährige Kinder können auch weiter als 400 m Anmarschweg entfernte Grundstücke noch erschließen, Ernst, a.a.O.

die nicht in unmittelbarer Nähe des verkauften Grundstücks liegen (selbständige Grünanlagen²¹⁸, selbständige Parkflächen²¹⁹, Sammelstraßen²²⁰, Immissionsschutzanlagen²²¹).

Fazit: Regelung 5 ist in der Sachverhaltsgruppe, in der sie ihren spezifischen Vorteil entfalten soll, nicht praktikabel, und in der Sachverhaltsgruppe, in der sie praktikabel ist, überflüssig (weil im Ergebnis mit Regelung 6 identisch). Welche Sachverhaltsgruppe konkret vorliegt, kann zudem nur durch Nachfrage bei der Gemeinde verlässlich geklärt werden, so daß der Notar ohne Nachfrage nie sicher sein kann, eine immerhin im speziellen Fall unschädliche Vereinbarung empfohlen zu haben.

Von der Regelung ist daher abzuraten.

6. Regelung 6

Die Regelung vermeidet die Hauptnachteile der vorhergehenden (4 und 5). Anders als in Regelung 4 ist Abgrenzungskriterium nicht das — rechtliche — Entstehen der Kostenforderung, sondern die technische — tatsächliche — Herstellung einer Anlage oder Beendigung einer Maßnahme. Anders als in Regelung 5 kann sich die mißliche Notwendigkeit, die in einem Heranziehungsbescheid einheitlich festgesetzten Kosten zeitannteilig aufteilen zu müssen, nicht ergeben.

Allerdings gilt das Alles-oder-nichts-Prinzip (in dem Sinne, daß der Verteilungseffekt der Regelung von heute auf morgen gänzlich umschlagen kann): Ist eine Anlage am Stichtag technisch endgültig hergestellt, trägt ihre Kosten der Verkäufer; ist sie noch nicht technisch hergestellt, trägt ihre Kosten — insgesamt — der Käufer. Die Geltung des Alles-oder-nichts-Prinzips mag nicht recht befriedigend erscheinen, kann aber der Regelung 6 im Vergleich mit den zuvor besprochenen „Verteilungsregelungen“ (3 bis 5) nicht als Nachteil angerechnet werden: Denn für Regelung 3 (Zugang des Heranziehungsbescheids) und Regelung 4 (Entstehen der Kostenforderung) gilt das Prinzip ebenso; Regelung 5 aber, die nicht auf dem Prinzip beruht, ist unpraktikabel (eine praktikable Möglichkeit, die Auswirkungen des Prinzips abzumildern, bietet Regelung 7, dazu näher sogleich zu 7.). Im übrigen können die Vertragsparteien vor der Beurkundung durch Anfrage bei der Gemeinde klären, ob eine Anlage „technisch hergestellt“ ist. Sie sind dann imstande, den Verteilungseffekt eindeutig vorherzusehen (und selbst, wenn sie sich nur auf eigenen Augenschein verlassen, ist die Irrtumsgefahr erheblich geringer als bei Regelung 4).

Fazit: Regelung 6 ist geeignet. Im Vergleich mit den bisher beurteilten „Verteilungsregelungen“ ist festzustellen: Sie ist den Regelungsarten 4 und 5 deutlich überlegen und jedenfalls bei „Sofortbeurkundungen“ auch der Regelung 3 vorzuziehen.

7. Regelung 7

Die Regelung weist zunächst alle Vorteile der vorhergehenden Regelung 6 auf; insofern ist auf die zu 6. gemachten Ausführungen zu verweisen. Der Fortschritt, den Regelung 7 gegenüber Regelung 6 bietet, liegt darin, das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ (siehe vorstehend zu 6.) in seinen Auswirkungen abzumildern, indem Regelung 7 nicht auf die technische Herstellung der gesamten Anlage, sondern ihrer Teile abstellt. Dadurch erhöht sich der „Gerechtigkeitsgehalt“ der Regelung, weil sich das Ausmaß eines eventuellen Irrtums der Vertragsparteien über ihre Kostenbelastung verringert. Beispiel: Die Parteien haben übersehen, daß an der Straße als gesamter Anlage noch ein Teilstück des Bürgersteiges fehlt (während alle anderen Teilanlagen — etwa Fahrbahn, Entwässerung, Beleuchtung —

technisch endgültig hergestellt sind). Das Käuerrisiko ist dann nicht, ungewollt die Kosten (d. h. genauer selbstverständlich: Die nach dem gemeindlichen Verteilungsschlüssel anteilig auf das Grundstück entfallenden Kosten) für die gesamte Straße zahlen zu müssen, sondern das Käuerrisiko reduziert sich darauf, ungewollt den auf den Bürgersteig entfallenden Kostenanteil zu zahlen.

Das Formulierungsbeispiel macht die Vereinbarung bewußt davon unabhängig, ob die Gemeinde eine Kostenspaltung tatsächlich ausspricht²²². Für die Vertragsparteien ist der Ausspruch oder Nichtausspruch zufällig. Ferner würde sich die Regelung, ließe sie die tatsächliche Abrechnungsweise der Gemeinde entscheiden, ihres spezifischen Gerechtigkeitsgehalts teilweise wieder begeben. Denn in der gemeindlichen Praxis ist Kostenspaltung nicht die Regel, sondern eher die Ausnahme.

Regelung 7 ist auch praktikabel. Dies versteht sich von selbst, wenn die Gemeinde die Anlagenteile (bzw. Maßnahmen) später tatsächlich im Wege der Kostenspaltung separat abrechnet. Es gilt aber auch sonst, d. h. wenn die Gemeinde später in einem einheitlichen Heranziehungsbescheid die gesamte Anlage abrechnet. Zwar ist es dann erforderlich, die im Bescheid geltend gemachten Kosten in die auf die jeweiligen Teileinrichtungen entfallenden Anteile zu zerlegen. Diese Aufteilung ist aber — anders als die nach Regelung 5 erforderliche Aufteilung nach Zeitabschnitten — praktisch (meist unschwer) möglich:

Die Vorfrage, was überhaupt als „Teil“ einer Anlage (bzw. als separat abrechenbare „Maßnahme“) zu berücksichtigen ist, beantwortet sich nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften (siehe etwa § 127 Abs. 3 BBauG: Grunderwerb, Freilegung, Teile von Erschließungsanlagen, § 8 Abs. 3 KAG NW: Teile von Anlagen) i. V. m. den zum „Teile“-Begriff von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen²²³ sowie nach der einschlägigen Gemeindefassung. Das Formulierungsbeispiel stellt bewußt darauf ab, ob die Gemeinde nach Gesetz und einschlägiger Satzung im Wege der Kostenspaltung vorgehen dürfte. Dies dient der Klarheit. Kann beispielsweise eine Einrichtung, von der zweifelhaft ist, ob sie den Kriterien der Rechtsprechung für eine „Teileinrichtung“ noch genügt, nach der Satzung nicht separat abgerechnet werden, so ist für die vertragliche Regelung die Satzung maßgeblich. Fast immer führen die gemeindlichen Satzungen die kostenmäßig abspaltbaren Maßnahmen und Teileinrichtungen im einzelnen auf²²⁴.

Die Kostenverteilung unter den Vertragsparteien ist ohne sonderliche Schwierigkeiten möglich, weil die Gemeinden in aller Regel nicht nur ihre Aufwendungen und Kosten für die gesamte Anlage, sondern auch für die abspaltbaren Maßnahmen und Teileinrichtungen erfassen, und zwar unabhängig davon, ob eine Kostenspaltung ausgesprochen wird (oft ergibt sich dies bereits zwangsläufig daraus, daß die Teileinrichtungen von verschiedenen Unternehmern hergestellt werden — z. B. Entwässerung: Tiefbauunternehmen, Beleuchtung: Elektrounternehmen, Grünanlagen: Gärtner; im übrigen müssen die Gemeinden — wollen sie dem praktisch häufigen prozessualen Einwand gegen Heranziehungsbescheide, die Anlagen seien übersteuert, wirkungsvoll begegnen — spezifiziert darlegen können, wie sich die Kosten einer Anlage im einzelnen zusammensetzen). Die Kosten der Teileinrichtungen können also den gemeindlichen Unterlagen entnommen werden. Manche Gemeinden fügen überdies ihren Heranziehungsbescheiden Anlagen bei, aus denen sich die auf die einzelnen Teileinrichtungen bzw. abspaltbaren Maßnahmen entfallenden Kosten ergeben. Aus den gemeindlichen Unterlagen — ggf. auch aus einer

218 Eine Wegstrecke von rund 200 m begrenzt hier das Abrechnungsgebiet, wobei diese Grenze im Einzelfall näher oder entfernter liegen kann, BVerwGE 48, 205; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 131, Rd.-Nr. 19.

219 Maßgeblich ist, wie lang der Fußweg zwischen Parkplatz und eigenem Grundstück für den Kraftfahrer zumutbarerweise sein darf, Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 131, Rd.-Nr. 19.

220 Entscheidend ist, ob das Grundstück in einem Baugebiet liegt, das für seine Erschließung auf die Sammelstraße ganz oder teilweise angewiesen ist, vgl. Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 2286 und Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 131, Rd.-Nr. 16.

221 Es dürften hier diejenigen Grundstücke als erschlossen zu betrachten sein, auf die sich der Schutz der Anlagen auswirkt, Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 131, Rd.-Nr. 19b. Bei Lärmschutzeinrichtungen werden nach Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 2287 u. U. Geräuschpegelmessungen eine geeignete Hilfe bei der Abgrenzung sein.

222 Vgl. auch Bettendorf, DNotZ 1981, 655. Anders der Formulierungsversuch von Dohnke, MittRhNotK 1982, 33 (36, ganz am Ende des Aufsatzes); zu einem weiteren sachlichen Unterschied s. oben Fn. 195.

223 Siehe oben C. I. 1. a), cc).

224 Beispiel für einen Katalog abspaltbarer Teile und Maßnahmen in dem bei Quaas, S. 160 ff. abgedruckten Satzungsmuster (dort § 9).

Anlage zum Bescheid — ergibt sich schließlich oft auch das Datum, an dem die Teileinrichtungen technisch fertiggestellt worden sind.

Fazit: Regelung 7 ist geeignet. Unter den geeigneten „Verteilungsregelungen“ ist sie diejenige, die bei einer „Sofortbeurkundung“²²⁵, am ehesten einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Verkäufer und Käufer herbeiführt.

F. Sonderprobleme

I. Teilflächenverkauf

Beim Verkauf von Teilflächen ergeben sich für den Fall, daß die Anliegerkosten von der Gemeinde erst nach Fortschreibung geltend gemacht werden — hinsichtlich des neu entstandenen Grundstücks —, keine besonderen Probleme. Für den Fall hingegen, daß Anliegerkosten vor Fortschreibung erhoben werden — hinsichtlich des noch einheitlichen Gesamtgrundstücks —, muß der Kaufvertrag bestimmen, inwieweit die Kosten auf die erworbene Teilfläche entfallen sollen. Sinnvoll ist es, für die Abgrenzung auf den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Verteilungsmaßstab abzustellen²²⁶: Der Käufer hat dann die von der Gemeinde geltend gemachten Anliegerkosten insoweit zu zahlen, als sie — im Rahmen der jeweils gewählten Ausgangsregelung (z. B.: Gesamtregelung derart, daß der Käufer alle Kosten trägt; oder etwa Verteilungsregelung je nach dem Zeitpunkt der endgültigen technischen Herstellung) — nach den einschlägigen Gemeindegesetzungen auf die gekaufte Teilfläche entfallen würden, wenn diese bereits rechtlich verselbstständigt wäre. Nur eine solche Harmonisierung mit dem öffentlichen Recht gewährleistet zuverlässig, daß die Kostenverteilung nicht je nach dem für die Vertragsparteien zufälligen Umstand, ob die Heranziehung vor oder nach Fortschreibung erfolgt, unterschiedlich ist.

II. Ablösungsvertrag

Die Gemeinde kann durch öffentlich-rechtlichen²²⁷ Vertrag mit dem Grundstückseigentümer (Erbbauberechtigten) eine „Ablösung“ des Erschließungsbeitrages vereinbaren (vgl. § 133 Abs. 3 S. 2 BBauG). Obwohl im KAG NW eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, gilt gleiches auch dort, weil es sich bei der Ablösung um ein allgemeines beitragsrechtliches Institut handelt²²⁸; die folgenden Ausführungen gelten entsprechend.

Ein wirksamer Ablösungsvertrag setzt voraus, daß die Gemeinde zuvor Ablösungsbestimmungen (vgl. § 133 Abs. 3 S. 2 BBauG) getroffen hat. Sie brauchen nicht in der Beitragssatzung enthalten zu sein, müssen aber von dem nach Landesrecht zuständigen Gemeindeorgan — grundsätzlich dem Gemeindeparlament — erlassen worden sein²²⁹. Fehlen Ablösungsbestimmungen, ist der Vertrag nichtig²³⁰. Die Bestimmungen müssen angeben, wie der Ablösungsbetrag²³¹ zu errechnen ist, insbesondere, wie der mutmaßliche Erschließungsaufwand ermittelt und verteilt werden soll²³². Ablösungsbestimmungen können sich insofern an die in der Beitragssatzung für die Errechnung des Beitrags festgelegten Kriterien anlehnen, müssen das aber nicht²³³. Ein Ablösungsvertrag darf nur vor Entstehen der Beitragspflicht geschlossen werden²³⁴.

Es kann nur der Erschließungsbeitrag „im ganzen“ (§ 133 Abs. 3 S. 2 BBauG) abgelöst werden, nicht also Teilbetragsforderungen²³⁵. Wohl aber kann sich der Vertrag auf eine oder mehrere einzelne Erschließungsanlage(n) beschränken, etwa eine Straße²³⁶.

Die Ablösung bewirkt — soweit ihr Gegenstand reicht —, daß eine Beitragspflicht für das betreffende Grundstück²³⁷ nicht entsteht²³⁸. Dies gilt auch, wenn nach Vertragsschluß das Eigentum (die Inhaberschaft am Erbbaurecht) wechselt²³⁹; der Erwerber kann also nicht zum Beitrag veranlagt werden. Auch ist der Einwand der Gemeinde, ihr tatsächlicher Aufwand sei höher gewesen, als bei Vertragsschluß angenommen, regelmäßig ebenso abgeschnitten wie der Einwand des Eigentümers (Erbbauberechtigten), der Aufwand sei geringer gewesen²⁴⁰.

Allerdings setzen diese Wirkungen voraus, daß der Ablösungsvertrag wirksam ist. Der Zahlende hat einen Anspruch auf Rückerstattung des Ablösungsbetrages, wenn sich der Vertrag als nichtig herausstellt; andererseits ist dann die Erhebung eines Beitrags durch die Gemeinde zulässig. Praktisch wird sich die Rückerstattung in diesen Fällen auf den Betrag beschränken, um den — wenn überhaupt — die Ablösungszahlung den Erschließungs- oder sonstigen Beitrag übersteigt²⁴¹; anderes gilt, wenn inzwischen der Eigentümer (Erbbauberechtigte) gewechselt hat mit der Folge, daß der Erwerber zum Beitrag veranlagt wird und der Veräußerer als Zahlender den vollen Ablösungsbetrag zurückerhält. Der Zahlende hat ferner einen Anspruch auf Rückgewähr des Ablösungsbetrages, wenn die Geschäftsgrundlage des Ablösungsvertrages wegfällt oder nicht bestand²⁴². Geschäftsgrundlage ist im Bereiche des BBauG, daß sich der Vertrag auf eine Erschließungsanlage i. S. d. § 127 Abs. 2 BBauG bezieht und das Grundstück bebaubar i. S. d. § 133 Abs. 1 BBauG ist²⁴³ (insoweit kann man sagen: Geschäftsgrundlage ist, daß eine Beitragspflicht für das betreffende Grundstück überhaupt entstehen könnte). Verliert beispielsweise das Grundstück seine Bebaubarkeit vor endgültiger Herstellung der Erschließungsanlage, so entsteht ein Rückzahlungsanspruch²⁴⁴; hier (anders als in dem soeben erörterten Fall der Nichtigkeit des Ablösungsvertrages) freilich, ohne daß dem Anspruch nach endgültiger Herstellung der Anlage eine Beitragsforderung der Gemeinde gegenüberstünde (denn die Bebaubarkeit ist zugleich Voraussetzung für das Entstehen einer Beitragspflicht).

An sich könnten die Kaufvertragsparteien das Instrument des Ablösungsvertrages nutzen, um die Pflicht, Anliegerkosten zu tragen, auf sehr klare Weise zu regeln. Der Verkäufer müßte, wenn die Heranziehung zu Anliegerkosten in Betracht kommt, mit der Gemeinde eine Ablösung vereinbaren. Ist der Ablösungsvertrag bei Beurkundung des Kaufvertrages noch nicht zustande gekommen, sein Abschluß aber zu erwarten, könnten die Kaufvertragsparteien den (ihnen konkret noch nicht bekannten) Ablösungsbetrag prozentual bzw. nach Bruchteilen unter sich aufteilen; stünde der Betrag bei Beurkundung bereits fest, könnte die Verteilung sogar in absoluten Zahlen vorgenommen werden. Die Gefahr, daß ein Ablösungsvertrag unwirksam ist (wird) und sich deshalb die gängigen Probleme doch (wieder) stellen, ist als gering zu veranschlagen. Immerhin kann es sich empfehlen, im Kaufvertrage für diesen Fall

225 Zum Begriff oben E. I., 6.

226 Ebenso v. Trotha, MittRhNotK 1973, 21 (87) unter Bezugnahme auf einen Vorschlag von Raukes (Nachweis bei v. Trotha, a.a.O.).

227 Quaas, Rd.-Nr. 456. Die Ablösung selbst bleibt öffentlich-rechtlicher Vertrag, auch wenn sie im Rahmen eines privatrechtlichen Grundstückskaufvertrages mit der Gemeinde vereinbart wird, Driehaus, Rd.-Nr. 575.

228 Driehaus, Rd.-Nr. 755 und 880; Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 167. Ob auch hinsichtlich von Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse eine Ablösung zulässig ist, kann fraglich sein. M. E. ist kein überzeugender Grund gegeben, sie nicht zuzulassen; die Verweisung in § 10 Abs. 2 S. 2 KAG NW dürfte deshalb bedeuten, daß Ablösungsverträge auch insoweit in Betracht kommen.

229 Quaas, Rd.-Nr. 460; Driehaus, Rd.-Nr. 580; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 65.

230 Quaas, Rd.-Nr. 458; Driehaus, Rd.-Nr. 580.

231 Ausnahmsweise kann der Beitragsschuldner seine Gegenleistung statt in Geld in anderer Form erbringen, näher Bauernfeind/Zimmermann, § 8,

Rd.-Nr. 167.

232 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 65; Driehaus, Rd.-Nr. 582.

233 Quaas, Rd.-Nr. 462 f.; Ernst, a.a.O.; Driehaus, Rd.-Nr. 582 f.

234 Driehaus, Rd.-Nr. 579.

235 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 63; Driehaus, Rd.-Nr. 579.

236 Driehaus, Rd.-Nr. 576.

237 Ist das Grundstück später vergrößert worden, fällt nur für den hinzugekommenen Teil der Beitrag an, OVG Lüneburg KStZ 1975, 33; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 66; Driehaus, Rd.-Nr. 577.

238 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Rd.-Nr. 62.

239 Driehaus, Rd.-Nr. 576.

240 Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 167; Driehaus, Rd.-Nr. 576 und 584; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 67.

241 Driehaus, Rd.-Nr. 585.

242 Driehaus, Rd.-Nr. 584; vgl. auch Quaas, Rd.-Nr. 464.

243 Driehaus, Rd.-Nr. 579.

244 Driehaus, Rd.-Nr. 584.

eine hilfsweise Regelung zu treffen, im Kern beispielsweise derart, daß eventuell entstehende Anliegerkosten, die sich auf den Gegenstand des Ablösungsvertrages beziehen, im Innenverhältnis zwischen den Kaufvertragsparteien in gleicher Weise wie der Ablösungsbetrag aufgeteilt werden. Kommen weitere Anliegerkosten als die abzulösenden oder abgelösten in Frage, muß der Kaufvertrag für diese ferner eine Regelung vorsehen, wofür dann die allgemeinen Regelungsarten zur Verfügung stehen.

In der Praxis wird jedoch ein Ablösungsvertrag nicht häufig in Betracht kommen. Zum einen aus zeitlichen Gründen: Die Kaufvertragsparteien werden oft nicht gewillt sein, mit der Beurkundung bis zur Beendigung von Verhandlungen mit der Gemeinde über eine Ablösung zu warten. Zum anderen ist die Gemeinde in aller Regel nicht verpflichtet, einen Ablösungsvertrag zu schließen²⁴⁵. Trotz mancher Vorteile, die Ablösungen den Gemeinden bringen (Zinsersparnis²⁴⁶, geringerer Verwaltungsaufwand, Reduzierung des Konfliktpotentials) und ungeachtet der Tatsache, daß sich in Zeiten ruhigerer Baupreisentwicklung das Prognoserisiko vermindert, treten viele Gemeinden, außer in speziellen Sachverhaltskonstellationen, nur zögernd an Ablösungen heran.

Bietet sich aber die Möglichkeit, im Kaufvertrag die Pflicht, Anliegerkosten zu tragen, mittels Aufteilung eines Ablösungsbetrages zu regeln, dann wird diese Vereinbarung anderen meist vorzuziehen sein. Sie ist klar, beugt späterem Streit eher als die Mehrzahl der übrigen Regelungen vor und bietet den Vertragspartnern, wenn der Ablösungsbetrag bereits feststeht, den kaum sonst vorhandenen Vorteil, ihre Kostenbelastung auf Mark und Pfennig genau zu kennen.

III. Erschließungsvertrag

Nach § 123 Abs. 3 BBauG kann die Gemeinde „die Erschließung“ durch Vertrag auf einen Dritten übertragen. Der Begriff „Erschließung“ wird in dieser Norm umfassender gebraucht als in den Vorschriften der §§ 127 ff. BBauG über den „Erschließungsbetrag“ (Abschnittsüberschrift), wo nur ein geschlossener Kreis bestimmter Erschließungsanlagen (§ 127 Abs. 2 BBauG) als beitragsfähig aufgeführt wird²⁴⁷. „Erschließung“ i. S. d. § 123 BBauG betrifft auch Anlagen und Maßnahmen, die in den Anwendungsbereich des Kommunalabgabenrechts, insbesondere des § 8 KAG NW, fallen. Gegenstand eines Erschließungsvertrages können also neben den im Katalog des § 127 Abs. 2 BBauG enthaltenen Erschließungsanlagen auch Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen sein, ferner etwa Gas-, Strom- und Wärmeversorgungsanlagen²⁴⁸.

Der Erschließungsvertrag ist öffentlich-rechtlicher Vertrag²⁴⁹. § 313 BGB findet auf ihn aber entsprechende Anwendung²⁵⁰. Die notarielle Beurkundung des Vertrages wird etwa dann erforderlich, wenn sich der Vertragspartner der Gemeinde verpflichtet, Erschließungsgrundstücke an diese zu übereignen²⁵¹ (ein praktisch nicht seltener Fall²⁵²). Allerdings hat die Aufnahme einer Übereignungs- oder Erwerbsverpflichtung in einen nicht notariell geschlossenen Erschließungsvertrag zwar die

Nichtigkeit dieser Verpflichtung zur Folge; der Erschließungsvertrag im übrigen bleibt aber wohl regelmäßig wirksam (für die Entscheidung dieser Frage ist § 59 Abs. 3 VwVfG anzuwenden), weil im Regelfall anzunehmen sein dürfte, daß er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre²⁵³.

Überträgt die Gemeinde die Erschließung oder Teile davon auf Dritte — „Erschließungsunternehmer“, praktisch besonders Wohnungsbauunternehmen —, entstehen ihr, soweit die Übertragung geht, keine beitragsfähigen Aufwendungen, so daß für eine Erhebung von Erschließungsbeiträgen kein Raum ist²⁵⁴; Entsprechendes gilt für sonstige Anliegerkosten. Hat also bei einem Grundstückskaufvertrag der Verkäufer einen Erschließungsvertrag mit der Gemeinde geschlossen, kann insoweit von der Pflicht einer Kaufvertragspartei, „Erschließungsbeiträge“ oder „Anschlußbeiträge“ usw. zu tragen, nicht ohne weiteres die Rede sein. Den beitragsfähigen Erschließungsaufwand — abzüglich des Anteils der Gemeinde (nach § 129 Abs. 1 S. 3 BBauG mindestens 10%, je nach Beitragssatzung auch mehr), den diese auch durch Abschluß eines Erschließungsvertrages nicht vermeiden kann²⁵⁵ — hat vielmehr der Verkäufer getragen und gibt ihn nun privatrechtlich, regelmäßig über den Kaufpreis, an den Käufer weiter²⁵⁶. Dennoch ist die Gefahr, daß der Käufer von der Gemeinde zur Zahlung von Anliegerkosten herangezogen wird, letztlich also die Erschließung doppelt bezahlt, nicht für jeden Fall ausgeschlossen²⁵⁷. Die Übertragung der Erschließung auf den Unternehmer läßt nämlich die in § 123 Abs. 1 BBauG statuierte Erschließungslast der Gemeinde unberührt²⁵⁸. Soweit der Unternehmer den Erschließungsvertrag ordnungsgemäß erfüllt, ist damit auch der eigenen Erschließungspflicht der Gemeinde genügt. Erfüllt der Unternehmer den Vertrag ganz oder teilweise nicht oder schlecht, muß jedoch die Gemeinde die Erschließung selbst übernehmen oder vollenden²⁵⁹. Diese Aktualisierung der gemeindlichen Erschließungspflicht läßt — korrespondierend — die Beitragspflicht (bzw. allgemein: Kostenpflicht) wieder aufleben²⁶⁰. Was der Käufer für die gleichen Erschließungsmaßnahmen an den Verkäufer bereits gezahlt hat, kann auf die von der Gemeinde nunmehr zu erhebenden Anliegerkosten nicht angerechnet werden²⁶¹. Die Gemeinde darf auch nicht ohne weiteres nach § 135 Abs. 5 BBauG „zur Vermeidung unbilliger Härten“ von einer Beitragsforderung absehen²⁶².

In den Kaufvertrag mag man deshalb, wenn der Verkäufer mit der Gemeinde einen Erschließungsvertrag geschlossen hat, die Erklärung des Verkäufers aufnehmen, daß er — soweit seine kaufvertragliche Verpflichtung reicht, die Kosten für (Erschließungs-)Anlagen und (Erschließungs-)Maßnahmen zu tragen — den Käufer von einer eventuellen Inanspruchnahme durch die Gemeinde freistellt²⁶³. Übergroße Erwartungen darf der Käufer freilich in diese Freistellungserklärung nicht setzen; sie nützt ihm nichts, wenn der Verkäufer insolvent ist. Wirksamer schützt sich der Käufer gegen eine Doppelbelastung etwa, wenn er den auf die Erschließung entfallenden Kaufpreisteil nur nach jeweiligem Durchführungsstand zahlt²⁶⁴.

245 Quaas, Rd.-Nr. 457; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 66. Ausnahmsweise kann sich unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein Anspruch ergeben, wenn beispielsweise die Gemeinde zulässigerweise mit der Mehrzahl der Anlieger einer Straße Ablösungsverträge geschlossen hat, einem der Anlieger derselben Straße aber die Ablösung verweigert. Driehaus, Rd.-Nr. 575. — Die Gemeinde hat andererseits auch keinen Anspruch auf Ablösung, Driehaus, Rd.-Nr. 575, Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 133, Rd.-Nr. 66.

246 Die Gemeinde kann diese Ersparnis durch Abschläge entsprechend der üblichen Verzinsung weitergeben (Bauernfeind/Zimmermann, § 8, Rd.-Nr. 167), muß dies aber nicht.

247 Vgl. zu den Begriffen und ihren Inhalten Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 123, Rd.-Nr. 4.

248 Driehaus, Rd.-Nr. 92, 103 f. — Muster eines Erschließungsvertrages: Münchener Vertragshandbuch/Johlen, Bd. 2, Form. IX 4.

249 Driehaus, Rd.-Nr. 83.

250 BGHZ 58, 386 = DNotZ 1972, 756.

251 BGH a.a.O.

252 Driehaus, Rd.-Nr. 91 („in der Regel“).

253 So mit plausibler Begründung Münchener Vertragshandbuch/Johlen Bd. 2, Form. IX 4, Anm. 11; vgl. ferner OVG Rheinland-Pfalz DÖV 1978, 444; a. A. OLG Köln DVBl. 1979, 423.

254 Driehaus, Rd.-Nr. 83. Zum Sonderproblem der sog. Fremdanlieger (Personen, die ihre im Erschließungsgebiet liegenden Grundstücke nicht vom

Erschließungsunternehmer erworben haben) Driehaus, Rd.-Nr. 110 f.; Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 308 ff.

255 BVerwGE 32, 37 (39) = NJW 1969, 2162; Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 322 ff.; Driehaus, Rd.-Nr. 99; Quaas, Rd.-Nr. 35 f. Der Ausschuß des Gemeindeanteils ist nichtig, läßt die Wirksamkeit des Erschließungsvertrages im übrigen aber unberührt, BGH NJW 1976, 415 = DNotZ 1976, 487.

256 Vgl. dazu Driehaus, Rd.-Nr. 109.

257 Vgl. Driehaus, Rd.-Nr. 90, 113 f.; Quaas, Rd.-Nr. 38.

258 Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 123, Rd.-Nr. 28; Driehaus, Rd.-Nr. 83.

259 Driehaus, Rd.-Nr. 83.

260 Quaas, Rd.-Nr. 38; Driehaus, Rd.-Nr. 90, vgl. auch Rd.-Nr. 113 f.

261 Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 280 f.; Quaas, Rd.-Nr. 38; Driehaus, Rd.-Nr. 114; a. A. Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 123, Rd.-Nr. 28. Begründung von Driehaus, Rd.-Nr. 114 mit 109: Die Doppelbelastung sei letztlich die Folge der im Risikobereich des Käufers liegenden Entscheidung, den Kaufvertrag mit dem Erschließungsunternehmer abzuschließen, ohne sich dabei für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Verkäufer abzusichern. BVerwG DÖV 1975, 717; Driehaus, Rd.-Nr. 114; vgl. auch Schmidt/Bogner/Steenbock, Rd.-Nr. 423 ff.

262 Dies empfiehlt v. Trotha, MittRdNotK 1973, 21 (91).

264 So der Vorschlag von Driehaus, Rd.-Nr. 109. Freilich wird der Käufer einen solchen oder ähnlichen Schutz oft nicht durchsetzen können, vgl. — in ähnlichem Zusammenhang — Reithmann/Röll/Gebele, Rd.-Nr. 354.

Denkbar ist allerdings, daß sich ein Schutz in dieser Form erübrigt, weil bereits die Gemeinde durch fürsorgliche Kautelen im Erschließungsvertrag gegen eine Doppelbelastung des Käufers weitgehend vorgesorgt hat. So kann die Gemeinde beispielsweise den Erschließungsträger zu einer Kaufvertragsgestaltung verpflichten, wonach die Erwerber den Erschließungsanteil (der entsprechend auszuweisen und der Höhe nach den Anliegerkosten anzupassen ist, die von der Gemeinde voraussichtlich erhoben worden wären) unmittelbar auf ein Konto zu zahlen haben, über das allein die Gemeinde verfügen kann. Von dem Konto hätte die Gemeinde dann dem Erschließungsträger die nachgewiesenen Kosten für die erbrachten Erschließungsleistungen zu erstatten²⁶⁵. Eine diesem konkreten Beispiel entsprechende Fassung des Erschließungsvertrages schützt die Käufer außer gegen eine Doppelbelastung zugleich gegen eine Überhöhung des Erschließungsanteils. Verpflichtet ist die Gemeinde zu derartiger Prävention aber nicht, weder in der einen noch in der anderen Richtung²⁶⁶.

G. Ergebnisse

1. Der Kaufvertrag sollte „Anliegerkosten“ genau definieren. Im Normalfall ist es zweckmäßig, folgende Tatbestände einzubeziehen: (a) Erschließungsbeiträge nach §§ 127 ff. BBauG, (b) Ausbau- und Anschlußbeiträge (NW: § 8 KAG), (c) Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse (NW: § 10 KAG).
2. Über das öffentlich-rechtliche Verhältnis des Pflichtigen zur Gemeinde („Außenverhältnis“) können die Kaufvertragsparteien nicht disponieren, anders als darüber, wer im „Innenverhältnis“ zwischen ihnen die Anliegerkosten zu tragen hat.
3. Im Innenverhältnis hat von Gesetzes wegen grundsätzlich der Verkäufer diejenigen Anliegerkosten zu tragen, die vor Übergabe des Grundstücks fällig werden, die übrigen der Käufer (§§ 446 Abs. 1, 103 BGB). Regelmäßig werden Anliegerkosten einen Monat nach Zugang des Heranziehungsbescheides fällig. Die gesetzliche Regelung des Innenverhältnisses öffnet Zufallsergebnissen das Tor, vor allem, weil die Kaufvertragsparteien den Heranziehungszeitpunkt nicht vorhersehen oder beeinflussen können und die Gemeinden (Erschließungs-)Anlagen oft erst lange Jahre nach endgültiger Herstellung abrechnen.
4. Eine vertragliche Regelung des Innenverhältnisses sollte so weit wie irgend möglich auf den einzelnen Fall ausgerichtet sein und die von der einen oder anderen Seite zu tragenden Anliegerkosten so konkret wie möglich kennzeichnen. Unter diesen Vorbehalt müssen alle, notwendigerweise standardisierenden Formulierungsvorschläge gestellt werden, so auch die hier unterbreiteten: Wenn die Möglichkeit besteht, Konkretes zu vereinbaren, dann sollte sie genutzt werden. Oft wird sich allerdings eine mehr oder weniger abstrakte Regelung praktisch nicht vermeiden lassen, weil die relevanten Fakten nicht feststehen oder in der zur Verfügung stehenden Zeit nicht verlässlich ermittelt werden können. In erster Linie für diese Fälle sind die meisten obigen Formulierungsbeispiele gedacht.
5. Abzuraten ist davon, als Abgrenzungskriterium das Entstehen der Kosten-, insbesondere der Beitragspflicht, heranzuziehen (selbst wenn die Vereinbarung dahin ergänzt wird, daß etwa bereits durch Bescheid geltend gemachte Kosten in jedem Falle der Verkäufer zu tragen hat). Die Regelung (s. Formulierungsbeispiel 4) kann eine unvorhergesehene und unvorhersehbare Kostenverteilung bewirken. Ebenfalls abzuraten ist von Regelungsart 5 (Abgrenzung nach ganz oder teilweise vorhandenen Anlagen, d. h. nach konkretem Bauzustand), weil sie zu unlösbaren Aufteilungsproblemen führen kann.

6. „Gesamtregelungen“ sind klar und deshalb geeignet. Regelungsart 2 (Verkäufer trägt sämtliche Kosten) wirft allerdings einige Probleme auf (Planungsstand sollte genau festgestellt werden; Divergenz zwischen Innen- und Außenverhältnis ist leicht möglich und ggf. besonders weitgehend) und ist deshalb der unproblematischen Regelungsart 1 (Käufer trägt sämtliche Kosten) deutlich unterlegen. Beide Regelungsarten werden praktisch aber nur begrenzt anwendbar sein, Regelungsart 1 in der Fassung des Formulierungsbeispiels 1 dann, wenn der Verkäufer noch keine Anliegerkosten gezahlt hat (besonders bei unbebauten Grundstücken).

7. Grundsätzlich geeignete „Verteilungsregelungen“ sind die Regelungsarten 3 (Zugang des Heranziehungsbescheides), 6 (endgültige, rein technische Herstellung) und 7 (endgültige, rein technische Herstellung von Teilen oder Beendigung von abspaltbaren Teilmaßnahmen). Regelungsart 3 ist jedoch nur unter der Voraussetzung zu empfehlen, daß die Vertragsparteien sich bei der Gemeinde darüber vergewissern, ob noch Veranlagungen zu Anliegerkosten ausstehen; sonst läuft der Käufer Gefahr, ohne Kompensationsmöglichkeit (über den Kaufpreis) Kosten für Maßnahmen zu tragen, die vor Jahren — in besonderen Fällen vor Jahrzehnten — durchgeführt worden sind. Für eine „Sofortbeurkundung“ ohne vorherige Erkundigungen ist eher Regelungsart 6, besser noch Regelungsart 7 geeignet. Regelungsart 7 ist der beste Kompromiß zwischen Praktikabilität und Gerechtigkeitsgehalt.

8. Kommt in Betracht, daß der Verkäufer Vorausleistungen erbracht hat, sollte er seine Rückerstattungsansprüche gegen die Gemeinde an den Käufer abtreten. Die Abtretung sollte sinnvollerweise folgende Anforderungen erfüllen: Sie sollte (a) nur vereinbart werden für den Fall, daß, und (b) auch nur insoweit, als der Käufer zur Zahlung von Anliegerkosten herangezogen wird, die im Innenverhältnis der Verkäufer zu tragen hat. In diesem Rahmen sollte sie (c) auch Rückerstattungsansprüche umfassen, die dem Verkäufer seinerseits von einem Rechtsvorgänger im Eigentum abgetreten worden sind. Die Abtretung kann ferner (d) mit der Vereinbarung kombiniert werden, daß der Verkäufer die Anliegerkosten stets mindestens in Höhe der Vorausleistungen zu tragen hat. Unnötig bzw. unpassend ist diese Bestimmung bei den „Gesamtregelungen“ und Regelung 3; bei Regelung 5 ist sie unverzichtbar, bei Regelung 6 und 7 nicht erforderlich, aber als Element der Sicherheit bei der Kaufpreiskalkulation nützlich.

9. Zusätzliche und/oder besondere Probleme stellen sich beim Teilflächenverkauf, bei Ablösungsverträgen und Erschließungsverträgen. Durch Aufteilung eines Ablösungsbetrages können die Kaufvertragsparteien die Pflicht, Anliegerkosten zu tragen, in hervorragend klarer Weise regeln; praktisch wird diese Möglichkeit aber relativ selten in Betracht kommen. Hat der Verkäufer mit der Gemeinde einen Erschließungsvertrag geschlossen und dem Käufer die Erschließung über den Kaufpreis privatrechtlich in Rechnung gestellt, so droht dem Käufer doppelte Inanspruchnahme, wenn der Verkäufer den Erschließungsvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt und sich dadurch die Erschließungslast der Gemeinde und zugleich die Beitragspflicht des Eigentümers wieder aktualisiert. Schutz gewährt dem Käufer hier beispielsweise die Zahlung des auf die Erschließung entfallenden Kaufpreisteils nur nach Durchführungsstand.

10. Die Ausgangsfrage, wie weit das öffentliche Recht der Anliegerkosten mit dem privaten Recht harmonisiert werden kann, ist nach alledem zu beantworten: Nur mit großem Aufwand, und auch mit großem Aufwand nur in beschränktem Rahmen.

265 Die Konstruktion ist einem Erschließungsvertragsmuster entnommen, das Herr Eckhard David, stv. Stadtdirektor in Bückeburg, dem Verfasser

dankenswerterweise überlassen hat.

266 Driehaus, Rd.-Nr. 109.

1. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht — Beurkundung der Auflassung durch ausländischen Notar (KG, Beschluß vom 27. 5. 1986 — 1 W 2627/85)

**BGB § 925 Abs. 1 S. 2
EGBGB Art. 11**

Die Beurkundung der Auflassung durch einen ausländischen Notar erfüllt nicht die Wirksamkeitsvoraussetzung des § 925 Abs. 1 S. 2 BGB und ist deshalb in Bezug auf im Geltungsbereich des BGB belegene Grundstücke unwirksam.

Zum Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer, der bisher Miteigentümer des in Berlin (West) belegenen Grundstücks ist, hat, gestützt auf eine vor einem Schweizer Notariat erklärte Auflassung, beantragt, ihn als Alleineigentümer des Grundstücks im Grundbuch einzutragen. Das GBA hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen, weil die Formvorschrift des § 925 Abs. 1 S. 2 BGB nicht gewahrt sei. Nachdem das LG die dagegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen hat, verfolgt der Beschwerdeführer mit seiner weiteren Beschwerde sein Eintragungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanzen die begehrte Eintragung deshalb abgelehnt haben, weil die Auflassung vor einem Schweizer Notariat nicht der Vorschrift des § 925 Abs. 1 S. 2 BGB entspreche.

Die alleinige Maßgeblichkeit der Vorschrift des § 925 Abs. 1 S. 2 BGB besteht unabhängig davon, ob man diese Regelung hinsichtlich der Zuständigkeit des Notars als Formvorschrift qualifiziert, deren Anwendungsbereich der Regelung des Art. 11 EGBGB unterfalle (so offenbar BGH WM 1968, 1170, 1171) oder ob man in ihr speziell insoweit eine selbständige Verfahrensnorm mit international-rechtlichem Charakter sieht (so Jansen, FGG, 2. Aufl., Einl. BeurKG, Rd.-Nr. 31; Staudinger/Firsching, 12. Aufl. 1984, Art. 11 EGBGB, Rd.-Nr. 18), auf die sich Art. 11 EGBGB nicht bezieht. Auch im erstgenannten Fall findet § 925 BGB uneingeschränkte Anwendung; denn nach Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGBGB bestimmt sich die Form eines Rechtsgeschäftes nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind (sog. Wirkungsstatut). Wahlweise genügt zwar gemäß Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird (sog. Ortsform). Nach Art. 11 Abs. 2 EGBGB gilt letzteres jedoch nicht für ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird, also auch nicht bei einem sachenrechtlichen Geschäft der hier gegebenen Art.

Die danach allein entscheidungserhebliche Frage, ob die Auflassung eines im Geltungsbereich des § 925 BGB belegenen Grundstücks wegen des Regelungsgehalts dieser Vorschrift wirksam vor einem ausländischen Notar erklärt werden kann, ist in Rechtsprechung und Literatur der letzten drei Jahrzehnte nahezu einhellig verneint worden (BGH WM 1986, 1170, 1171 = DNotZ 1969, 300; OLG Köln OLGZ 1972, 321 = DNotZ 1972, 489 = Rpfleger 1972, 134; Jansen, a.a.O.; RGRK/Augustin, 12. Aufl. 1979, § 925, Rd.-Nr. 69; Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1986, Rd.-Nr. 3337; Höfer/Huhn, Allg. Urkundenrecht, 1968, 73; Horber, 16. Aufl., § 20 GBO, Anm. 3 Aa; KEHE, 3. Aufl., § 20 GBO, Rd.-Nr. 115; Münch-Komm/Kanzleiter, § 925, Rd.-Nr. 13; Palandt/Bassenge, 45. Aufl., § 925, Anm. 4a; Palandt/Heldrich, 45. Aufl., Art. 11 EGBGB, Anm. 2; Soergel/Baur, 1978, § 925, Rd.-Nr. 19; Soergel/Kegel, 1983, Art. 11 EGBGB, Rd.-Nr. 31; Staudinger/Firsching, a.a.O.; Kropholler, ZHR 1976, 394, 410 f.; Kuntze, DB 1975, 193; Riedel, DNotZ 1955, 521; Rothoef, in: Dogmatik und Methode, Festgabe für Josef Esser zum 65. Geburtstag, S. 113, 127; Weber, NJW 1955, 1784; Winkler, NJW 1972, 981, 985; vgl. auch Blumenwitz, DNotZ 1968, 712, 736; Saage, DNotZ 1953,

584, 587; MünchKomm/Spellenberg, Art. 11 EGBGB, Rd.-Nr. 9). Die Gegenansicht (M. Wolff, IPR, 3. Aufl., 130; Mann, NJW 1955, 1177 und ZHR 1974, 456; nunmehr auch Stauch, Die Geltung ausländischer notarieller Urkunden in der Bundesrepublik Deutschland, 1983, 119 ff.; zweifelnd Erman/Arndt, 7. Aufl. 1981, Art. 11 EGBGB, Rd.-Nr. 15 und Küppers, DNotZ 1973, 645/677) ist vereinzelt geblieben. Auch der Senat vermag ihr nicht zu folgen.

Zu Unrecht wird die Auflassung vertreten, für eine Unterscheidung zwischen deutschen und ausländischen Notaren sei deshalb kein Raum, weil der Wortlaut des Gesetzes eindeutig und einer Auslegung nicht zugänglich sei (so aber Mann, NJW 1955, 1177). Es trifft zwar zu, daß nach § 925 Abs. 1 S. 2 BGB zur Entgegennahme der Auflassung, unbeschadet der Zuständigkeit weiterer Stellen, „jeder“ Notar zuständig ist. Daraus ergibt sich indessen nichts Zwingendes für die hier zu entscheidende Frage. Wie bereits das OLG Köln (a.a.O.), insbesondere aber Riedel (a.a.O.) eingehend dargelegt haben, läßt die Entstehungsgeschichte des geltenden Gesetzes keinen anderen Schluß zu als den, der Gesetzgeber sei bei Verabschiedung des § 925 Abs. 1 BGB als selbstverständlich davon ausgegangen, daß sich die Norm nur auf die Zuständigkeit deutscher Notare beziehe. Das kann in der Tat zum einen daraus hergeleitet werden, daß die geltende Fassung des § 925 Abs. 1 BGB auf dem Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzes einheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5. 3. 1953 beruht und dieses Gesetz, jedenfalls soweit es § 925 BGB betrifft, nach seinem verlautbarten Zweck ausschließlich eine Gesetzesbereinigung und keine Rechtsänderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand vornehmen wollte. Das folgt nicht nur aus den Ausführungen des Berichterstatters im Plenum des Bundestages anläßlich der Zweiten und Dritten Lesung des Gesetzes (Stenographische Berichte, 249. Sitzung, S. 11918), sondern insbesondere aus der Amtlichen Begründung zur Regierungsvorlage (BT-Drucks. 1949 Anl. Nr. 3824, 17). Dort heißt es zur Aufnahme der Worte „jeder Notar“ erläuternd ausdrücklich, daß diese Wortfassung deshalb gewählt werde, „um klarzustellen“, daß auch ohne Übernahme einer dem § 1 S. 2 der Verordnung über Auflassungen vom 11. 5. 1934 entsprechenden Bestimmung nichts daran geändert wird, daß die Zuständigkeit auch für die Auflassung von Grundstücken besteht, die außerhalb des Amtsbezirks des Gerichts oder des Notars oder außerhalb des Landes ihres Amtssitzes liegen. Noch zwingender ist aber die im unmittelbaren Anschluß daran gezogene Schlußfolgerung der Motive:

„Daß durch die Aufhebung dieser Bestimmungen und die Übernahme ihres Inhalts in § 925 Abs. 1 an der gegenwärtig bestehenden Zuständigkeit der deutschen Gerichte und deutschen Notare mit Amtssitz außerhalb des Bundesgebiets zur Entgegennahme der Auflassung von Grundstücken, die im Bundesgebiet gelegen sind, und daß umgekehrt an der Zuständigkeit der Gerichte und Notare mit Amtssitz im Bundesgebiet zur Entgegennahme der Auflassung von Grundstücken, die in den übrigen Teilen Deutschlands gelegen sind, nichts geändert wird, bedarf demnach keiner Hervorhebung.“

Der Hinweis, deutsche Notare blieben auch dann zuständig, wenn sie ihren Amtssitz außerhalb des Bundesgebiets hätten, wäre unverständlich, hätte der Regelungsgehalt dahin gefaßt werden sollen, ein jeder, also auch ein ausländischer Notar, sei zur Entgegennahme der Auflassung zuständig.

Mag auch eine in den Gesetzesmaterialien enthaltene ausdrückliche Stellungnahme nicht in jedem Falle bindend sein, so ist sie für die Gesetzesauslegung nicht ohne Belang. Auch nach der sogenannten objektiven Theorie, auf die sich der Beschwerdeführer beruft, ist bei der Auslegung eines Gesetzes nicht am buchstäblichen Ausdruck des Gesetzes zu haften, sondern sind neben dem Wortsinn Bedeutungszusammen-

hang, Entstehungsgeschichte und Zweckrichtung der Norm heranzuziehen. Speziell der gesetzgeberische Wille ist für die Gesetzesauslegung dann nicht unbeachtlich, wenn er eine Objektivierung gefunden hat und es sachliche Gründe gibt, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, den Gesetzeszweck in derselben Weise zu bestimmen. Beides ist hier der Fall. Will man eine Objektivierung nicht schon im gesetzgeberisch verlautbarten Anlaß der Gesetzesregelung (Wiederherstellung der Gesetzesseinheit) sehen, so kann dafür auch die Regelung des § 925a BGB herangezogen werden, wonach die Erklärung einer Auflassung nur entgegengenommen werden soll, wenn die nach § 313 S. 1 BGB erforderliche Urkunde über den Vertrag vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird. Es kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, der deutsche Gesetzgeber habe eine solche Amtspflicht ausländischen Beurkundungsstellen übertragen wollen (Riedel, a.a.O., S. 524). Mit Recht ist aber auch wiederholt darauf hingewiesen worden, daß die ausschließliche Kompetenz der deutschen Notare eine sachliche Rechtfertigung erfährt (siehe dazu Kropholler, MünchKomm/Kanzleiter, Riedel und Winkler, jeweils a.a.O.). Sie kann nicht nur darin gesehen werden, daß das deutschrechtliche Institut der Auflassung ausländischen Notaren vielfach nicht vertraut sein wird (Winkler, a.a.O., S. 985). Der Zweck der Vorschrift läßt sich vielmehr auch dahin umreißen, durch die ausschließliche Begründung der Zuständigkeit deutscher Notare sonstige Fehler der Beurkundung zu vermeiden, wie sie sich nicht nur aus Rechtsunkenntnis, sondern auch aus der Ortsferne, etwa daraus, daß der neueste Grundbuchstand nicht berücksichtigt wird, anderenfalls ergeben könnten (Riedel und Kropholler, a.a.O.). Schließlich stellt es aber auch einen legitimen Gesetzeszweck dar, wenn die Begründung der ausschließlichen Zuständigkeit deutscher Notare jedenfalls für den Regelfall die gesicherte, rechtzeitige Unterrichtung der an dem Wechsel des Liegenschaftsrechts interessierten Genehmigungs- bzw. Steuerbehörden sichern sollte (so auch OLG Köln a.a.O.).

Ist nach allem von einer eindeutigen Gesetzeslage auszugehen, so läßt sich die gegenteilige Auffassung nicht allein auf den Hinweis stützen, daß angesichts der weitgehenden Anerkennung deutscher notarieller Urkunden im Ausland und der allgemeinen Internationalisierung des Rechtsverkehrs eine Auflockerung des bisherigen Rechtszustandes angezeigt sei (Mann und Küppers, a.a.O.), oder darauf, daß die politische Entwicklung der Nachkriegszeit, speziell das Verhältnis zur DDR, eine andere Beurteilung geböte (so aber Stauch, a.a.O.). Die auch vom Beschwerdeführer angesprochene Frage, ob eine von einem Notariat der DDR vorgenommene Beurkundung der Auflassung die Formvorschrift des § 925 BGB erfüllt, stellt sich hier nicht. Die durch die Entstehungsgeschichte und den Gesetzeszweck vorgegebene Auslegung kann durch die Rechtsprechung nicht durch eigene Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitsvorstellungen korrigiert werden, zumal insoweit Erwägungen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes mitzubetrachten sind. Die Voraussetzungen für eine Rechtsfortbildung durch die Judikatur sind bei der gegebenen Sach- und Rechtslage schon deshalb nicht erfüllt, weil es an einer Regelungslücke fehlt und davon, daß die gegebene Gesetzesregelung mit der Gesamtrechtsordnung, insbesondere mit dem Wertsystem des Grundgesetzes unvereinbar sei, nicht die Rede sein kann.

Ohne Erfolg beruft sich der Beschwerdeführer schließlich darauf, daß die von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur und auch hier vertretene Auffassung im Widerspruch stehe zur Entscheidung des BGH vom 16. 2. 1981, veröffentlicht in NJW 1981, 1160 = DNotZ 1981, 451. Es trifft zwar zu, daß der BGH dort die Auffassung vertreten hat, dem Beurkundungserfordernis des § 53 Abs. 2 GmbHG könne auch durch die Beurkundung eines ausländischen, insbesondere eines Schweizer Notars Genüge getan sein. Ob dem zu folgen ist, kann hier dahinstehen. Daraus ergibt sich jedenfalls nichts für die hier zu treffende Entscheidung; denn diese beruht auf der Auslegung speziell der Regelung des § 925 BGB und orientiert sich nicht daran, ob die Urkundstätigkeit der schweizer Notare

denen deutscher Notare gleichwertig ist. Erwägungen, die auf die Bedürfnisse des internationalen Rechtsverkehrs abstellen und sich mit der Gleichwertigkeit von Urkundspersonen am Errichtungsort und deutschen Organen befassen, sind allein im Hinblick auf die als eindeutig und abschließend anzusehende Regelung des § 925 BGB fehl am Platze (Staudinger/Firsching, a.a.O.; MünchKomm/Spellenberg, a.a.O., Rd.-Nr. 10).

Anm. d. Schriftl.: Die vorstehende Entscheidung bestätigt die auch bisher in der Rechtsprechung einhellig vertretene Ansicht, wonach die Auflassung eines im Geltungsbereich des § 925 BGB belegenen Grundstücks nicht wirksam vor einem ausländischen Notar erklärt werden kann (vgl. OLG Köln, Rpfleger 1972, 134 und wohl auch BGH WM 1968, 1170). Hieraus erwächst zugleich die Frage nach der Kostenerhebung für die isolierte Beurkundung der Auflassung durch den deutschen Notar, wenn das zugrundeliegende schuldrechtliche Geschäft im Ausland abgeschlossen wurde. Nach Ansicht der neueren Rechtsprechung und — ihr folgend — des überwiegenden Teils der Literatur (BayObLG, MittBayNot 1977, 196; Korintenberg/Lappe/Benge/Reimann, 10. Aufl. 1984, § 38 KostO, Rd.-Nr. 50; Rohs/Wedewer, Stand Mai 1986, § 38 KostO, Rd.-Nr. 44; Göttlich/Mümmeler, KostO, 8. Aufl. 1983, 98; a.A. noch KG DNotZ 1938, 463 und LG Bonn DB 1971, 2405) wird die Gebühr für die Beurkundung der Auflassung durch einen deutschen Notar nicht auf 5/10 ermäßigt, wenn das der Auflassung zugrundeliegende Rechtsgeschäft durch einen ausländischen Notar beurkundet worden ist. Der deutsche Notar hat vielmehr statt der halben Gebühr nach § 38 Abs. 2 Ziff. 6 a KostO die doppelte Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO zu berechnen.

2. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht — Kein Wohnungsrecht an einem als Teileigentum eingetragenen Tiefgarageneinstellplatz

(BayObLG, Beschluß vom 30.10. 1986 — BReg. 2 Z 6/86 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Ernst Karmasin, München)

BGB § 1093 WEG § 1 Abs. 3

An einem Tiefgarageneinstellplatz, der selbständig als Teileigentum gebucht ist, kann ein Wohnungsrecht nicht begründet werden (Abgrenzung zu BayObLGZ 1985, 31 = MittRhNotK 1985, 17).

Zum Sachverhalt:

Dem Beteiligten zu 1) gehört in einer Wohnanlage eine Wohnung (Wohnungseigentum) und ein Tiefgaragenstellplatz (Teileigentum).

Mit notarieller Urkunde vom . . . bestellte der Beteiligte zu 1) für die Beteiligte zu 2) an der Wohnung „samt Garage“ das unentgeltliche Wohnungsrecht; gleichzeitig bewilligte er, zur Sicherung des Wohnungsrechts eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Grundbuch einzutragen.

Den Eintragungsantrag hat das GBA mit Zwischenverfügung vom 2. 10. 1985 beanstandet: Die Eintragung eines Wohnungsrechts an dem Tiefgarageneinstellplatz, der als Teileigentum gebucht sei, sei nicht zulässig; um Einschränkung des Antrags auf Eintragung des Wohnungsrechts an der Wohnung werde gebeten.

Die Beschwerde der Beteiligten hat das LG mit Beschluß vom 9. 12. 1985 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Das LG hat ausgeführt:

Die Zwischenverfügung sei zu Recht ergangen. Die Eintragung eines Wohnungsrechts auf dem Tiefgaragen-Stellplatz sei nicht zulässig.

Hauptzweck eines Wohnungsrechts sei das Wohnen. Das Wohnungsrecht könne sich auch auf unbebaute Grundstücks-teile oder auf nicht zum Wohnen bestimmte Gebäude

erstrecken, wenn die Benutzung im Rahmen des Wohnzwecks erfolge. Dies gelte aber nur für rechtlich unselbständige Grundstücksteile und für Gebäude desselben Grundstücks. Wenn sich auf einem rechtlich selbständigen Nachbargrundstück Anlagen befänden, die mitbenützt werden sollten, könne ein Wohnungsrecht jedoch nur an dem Hausgrundstück, das zum Wohnen bestimmt sei, eingetragen werden, nicht jedoch auch an dem Nachbargrundstück. Dieses werde nämlich nicht zum Wohnen benützt und sei wegen seiner rechtlichen Selbständigkeit einzeln zu betrachten.

Dies sei hier der Fall. Der rechtlich selbständige Tiefgaragenstellplatz, der als Teileigentum gebucht sei, sei nicht zum Wohnen bestimmt, sondern lediglich zum Abstellen eines Kraftfahrzeugs. Auch nach heutiger Verkehrsauffassung sei das Abstellen eines Kraftfahrzeugs nicht als Wohnen anzusehen. Dies gelte auch dann, wenn Tiefgarage und Wohnung Teile eines einheitlichen Gebäudes seien.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Beantragt und bewilligt ist die Eintragung eines Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB, nicht einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB. Das Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB kann an dem Wohnungseigentum, nicht jedoch an dem Teileigentum Tiefgaragenstellplatz eingetragen werden.

Der Tiefgaragenstellplatz ist im vorliegenden Fall nicht Teil des Wohnungseigentums (§ 1 Abs. 2 WEG), sondern rechtlich selbständiges Teileigentum (§ 1 Abs. 3 WEG). Davon sind die Vorinstanzen zu Recht ausgegangen. Die rechtliche Selbständigkeit des Teileigentums bedeutet, daß die Frage, ob an ihm ein Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB eingetragen werden kann, allein nach seiner vom Gesetz geforderten Eignung für dieses Recht zu beurteilen ist.

Für diese Beurteilung gilt: Nach § 1093 Abs. 1 BGB kann als beschränkte persönliche Dienstbarkeit das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes (unter Ausschuß des Eigentümers) als Wohnung zu benutzen. Die Benutzung des Tiefgaragenstellplatzes als Wohnung kommt jedoch nicht in Betracht.

Die Eintragung des Wohnungsrechts auf dem Teileigentum Tiefgaragenstellplatz ist auch nicht als Gesamtdienstbarkeit, die zugleich an dem Wohnungseigentum und dem Teileigentum lastet, möglich. Dabei kann offen bleiben, ob eine Gesamtdienstbarkeit an mehreren Grundstücken, Wohnungseigentumsrechten oder Teileigentumsrechten überhaupt zulässig ist (vgl. BayObLG Rpfleger 1976, 14 m. N. = DNotZ 1976, 227). Denn jedenfalls hätte eine solche Gesamtdienstbarkeit zur Voraussetzung, daß sie nach ihrem konkreten Inhalt auf jedem der betroffenen Grundstücke bzw. Rechte die gleiche Art der Nutzung sichern soll (BayObLG a.a.O.). Davon kann hier jedoch keine Rede sein: Das Wohnen in einer Wohnung ist eine andere Art der Nutzung als das Abstellen eines Kraftfahrzeugs. Eine andere Beurteilung ist . . . auch nicht um deswillen gerechtfertigt, weil die Benutzung einer Garage nach heutigen Lebensgewohnheiten zum Wohnen gehört und deshalb von einem Wohnungsrecht mitumfaßt sein kann (vgl. Palandt/Bassenge, 16. Aufl., § 1093 BGB, Anm. 4d). Dies bedeutet jedoch nicht, daß ein rechtlich selbständiger Tiefgaragenstellplatz i. S. v. § 1093 Abs. 1 BGB für sich allein zum Wohnen geeignet ist.

Entgegen der Meinung der Rechtsbeschwerde ergibt sich aus dem Senatsbeschluß vom 17.1.1985, BReg. 2 Z 132/84 (BayObLGZ 1985, 31 = MittRhNotK 1985, 17 = DNotZ 1986, 148) nichts für die Zulässigkeit der begehrten Eintragung. Der Senat hat in der angeführten Entscheidung dargelegt, daß Anlagen und Einrichtungen, zu deren Benutzung das Wohnungsrecht berechtige, sich außerhalb des Gebäudes befinden können und deshalb das Wohnungsrecht nach Teilung des Grundstücks auch an dem neuen Grundstück fortbesteht, auf dem sich nicht das Gebäude befindet, wenn nicht die Voraussetzungen des § 1026 BGB vorliegen. Diese sich aus der Verselbständigung der Grundstücksteile ergebenden Rechtsfolge recht-

fertigt nicht, die Neubegründung eines Wohnungsrechts auf einem Grundstück zuzulassen, das die nach § 1093 Abs. 1 BGB geforderte Eignung nicht hat.

Schließlich kann auch das von der Rechtsbeschwerde geltend gemachte Interesse der Beteiligten, die Dienstbarkeit in der besonderen Form des Wohnungsrechts an dem Tiefgaragenstellplatz zu bestellen, die begehrte Eintragung nicht rechtfertigen. Entscheidend ist vielmehr, daß für das Teileigentum Tiefgaragenstellplatz die Voraussetzungen für die Bestellung eines Wohnungsrechts nicht gegeben sind. Dies ist eine Folge der durch die Teilungserklärung bestimmten rechtlichen Selbständigkeit des Tiefgaragenstellplatzes als Teileigentum. Im übrigen treten die von den Beteiligten geltend gemachten Schwierigkeiten nicht auf, wenn der Inhaber des Wohnungseigentums und des Teileigentums beide vereinigt und dann ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB einschließlich des Rechts zur Benutzung der Garage begründet.

3. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht — Zur Auslegung des Begriffes „Anlage“ in §§ 1093, 1021 BGB

(OLG Köln, Beschluß vom 15.10.1986 — 2 Wx 45/86 — mitgeteilt von Notar Dr. Günther Schotten, Köln)

BGB §§ 1021 Abs. 1 S. 1; 1090 Abs. 2; 1093

Der Begriff „Anlage“ beschränkt sich im Falle eines Wohnungsrechts gemäß §§ 1093, 1021 Abs. 1 S. 1 BGB nicht nur auf die unmittelbar und ausschließlich diesem Recht unterliegenden Gebäudeteile und Einrichtungen. Mit dinglicher Wirkung kann bestimmt werden, daß den Eigentümer im Interesse des Wohnungsberechtigten auch bezüglich der übrigen Anlagen und Einrichtungen des Grundstücks Unterhaltungspflichten treffen.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 1) verkaufte den Beteiligten zu 2) und 3) durch notariell beurkundeten Vertrag vom 15.4.1986 den oben angegebenen, mit einem Wohnhaus bebauten Grundbesitz. Für einzelne Räume behielt er sich ein näher geregeltes lebenslanges Wohnungsrecht vor. Dazu heißt es im Vertrag unter anderem:

„Der jeweilige Eigentümer ist verpflichtet, das Gebäude und die zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen zu erhalten, soweit das Interesse des Wohnungsberechtigten es erfordert. Hinsichtlich der Wohnung obliegen dem Eigentümer die außergewöhnlichen, dem Wohnungsberechtigten die gewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahmen.

...

Gleichzeitig bewilligen die Beteiligten, daß auf dem zuvor aufgelassenen Grundbesitz . . . das . . . vereinbarte Wohnungsrecht einschließlich der Regelung hinsichtlich der Unterhaltungspflicht eingetragen wird.“

Der Rechtspfleger hat auf den vom beurkundenden Notar gestellten Eintragungsantrag durch Verfügung vom 16.6.1986 im wesentlichen mitgeteilt: Die bezüglich des gesamten Gebäudes vereinbarte Unterhaltungspflicht sei nur insoweit als dinglicher Inhalt des Rechts eintragungsfähig, als sie sich auf die vom Wohnrecht umfaßten Gebäudeteile bzw. Räume beziehe. Darüber hinaus könne der Eigentümer nicht zur Instandhaltung verpflichtet werden. Hinsichtlich der zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Anlagen und Einrichtungen bestehe eine solche Verpflichtung ohnehin. Binnen eines Monats möge eine ergänzende Erklärung eingereicht werden, in der konkretisiert werde, welche abweichende Regelung getroffen werden solle bzw. um welche außergewöhnlichen oder gewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahmen des Eigentümers bzw. Berechtigten es sich handeln solle.

Die gegen diese Verfügung gerichtete, nach Nichtabhilfe als Beschwerde geltende Erinnerung der Beteiligten hat das LG zurückgewiesen.

Mit ihrer weiteren Beschwerde vertreten die Beteiligten erneut den Standpunkt, die Unterhaltungspflichten seien mit dem vereinbarten Inhalt in das Grundbuch einzutragen.

Aus den Gründen:

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist das Wohnungsrecht des Beteiligten zu 1) in dem vollen vertraglich geregelten Umfang als beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1093 BGB) eintragbar.

Die Vertragsklauseln über Unterhaltungspflichten gehen nicht über den gesetzlich zulässigen Rahmen einer solchen Dienstbarkeit hinaus. Nach der Begriffsbestimmung in § 1018 BGB kann zwar die Pflicht des Eigentümers zu positivem Handeln grundsätzlich nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein. Für die hier in Rede stehende Pflicht zur Unterhaltung des Gebäudes und der zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen gilt jedoch die Sonderregelung der §§ 1021 Abs. 1 S. 1, 1090 Abs. 2 BGB. Danach kann auch bei einem Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB mit dinglicher Wirkung bestimmt werden, daß dann, wenn zur Ausübung der Dienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück gehört, der Eigentümer die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten dies erfordert. So liegt es hier. Für die Annahme des LG, als „Anlage“ seien im Fall von Wohnrechten nur die unmittelbar und ausschließlich diesen Rechten unterliegenden Gebäudeteile oder Einrichtungen zu verstehen, sprechen weder der Wortlaut noch der Sinn des § 1021 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Bezeichnung eines gesamten Baukörpers als Anlage kommt im Sprachgebrauch nicht selten vor, beispielsweise als „Wohnanlage“. Ebenso zwanglos können sprachlich zu den Anlagen auf dem belasteten Grundstück etwa Zufahrtbefestigungen, Versorgungsleitungen, Brunnen und dergleichen gerechnet werden. Es wäre aber nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber eine dingliche Unterhaltungspflicht des Eigentümers für solche Einrichtungen, nicht aber für andere Gebäudeteile als den räumlichen Geltungsbereich eines Wohnrechts hätte zulassen wollen. Für einen ungestörten Wohngebrauch ist die ordnungsmäßige Unterhaltung zahlreicher Teile des Gesamtgebäudes nicht weniger notwendig als die erwähnten Versorgungsleitungen. Insbesondere ist die Beibehaltung bautechnischer Sicherheit unverzichtbar.

Die vorstehende Auslegung des Begriffs „Anlage“ in § 1021 BGB führt nicht zu der vom LG angenommenen wesensfremden Ausweitung des Wohnrechts. Sachwidrigen Erstreckungen der Unterhaltungspflicht des Eigentümers ist vorgebeugt durch die Einschränkung in Abs. 1 S. 1 der Bestimmung („soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert“). Dem ist in dem Vertrag der Beteiligten Rechnung getragen.

Unabhängig von dem Vorstehenden ist die vom LG vertretene enge Auslegung auch aus folgendem Grunde nicht gerechtfertigt: Der aus § 1018 BGB abzuleitende Grundsatz, daß der Eigentümer nicht durch eine Dienstbarkeit zu positivem Handeln verpflichtet werden kann, gilt nur für Hauptpflichten. Nebenpflichten, die der notwendigen Ausgestaltung der im Vordergrund stehenden Duldungspflicht des Eigentümers dienen, können als Inhalt der Dienstbarkeit vereinbart werden (BayObLGZ 1980, 176 ff = DNotZ 1981, 124). Zu diesem Bereich gehört die Verpflichtung des Eigentümers zum Unterhalt derjenigen Gebäudeteile, die einen normalen Wohngebrauch ermöglichen. So hat der BGH entschieden, daß der Hauseigentümer gegenüber einem gemäß § 1093 BGB Wohnberechtigten verpflichtet ist, die zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmte Zentralheizung in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten (NJW 1969, 1848 = DNotZ 1970, 29).

Der Senat vermag auch die in der Zwischenverfügung des Rechtspflegers anklingende Meinung nicht zu teilen, die Dienstbarkeit sei nicht genügend inhaltlich bestimmt wegen der vertraglichen Unterscheidung zwischen außergewöhnlichen und gewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahmen. Das Gesetz selbst verwendet in ähnlichem Zusammenhang dieses Abgrenzungsmerkmal (§ 1041 BGB).

4. Liegenschaftsrecht/Familienrecht — Keine Ergänzungspflegschaft bei Rangrücktritt des für den Pflegling auf dem Grundstück des Pflegers eingetragenen Nießbrauchsrechts (LG Mönchengladbach, Beschluß vom 13.11.1986 — 5 T 214/86 — mitgeteilt von Notar Dr. Hubert Querling, Krefeld)

BGB §§ 181; 880; 1795 Abs. 2; 1915

Für den Rangrücktritt eines zugunsten des Pfleglings auf dem Grundstück des Pflegers eingetragenen Nießbrauchsrechts hinter eine neu einzutragende Grundschuld ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht erforderlich. Der Pfleger kann den Pflegling bei der Rangänderung ohne Verstoß gegen § 181 BGB vertreten.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Pfleger ist der Sohn des Betroffenen. Ihm obliegt u. a. die Regelung ihrer Vermögensangelegenheiten. Er ist Eigentümer eines Grundstücks, das in Abteilung II Nrn. 2 und 3 mit einem Nießbrauchsrecht und einer Auflassungsvormerkung für die Betroffene belastet ist.

Der Pfleger will jetzt das Grundstück mit einer Grundschuld von 40.000,— DM zugunsten der D.B.-AG belasten. Dadurch soll ein Darlehen abgesichert werden, das der Sohn und die Schwiegertochter des Pflegers für den Ausbau des Hauses aufgenommen haben. In notariell beglaubigter Urkunde vom 7. 3. 1986 hat der Pfleger für die Betroffene der am selben Tag bestellten Grundschuld den Vorrang vor dem Nießbrauch und der Auflassungsvormerkung eingeräumt und die Eintragung der Rangänderung bewilligt. Diese Urkunde hat er dem Vormundschaftsgericht zur Genehmigung vorgelegt. In der angefochtenen Zwischenverfügung hat das AG die Auffassung vertreten, daß für die Abgabe dieser Erklärungen ein Ergänzungspfleger bestellt werden müsse.

Gegen diese Verfügung hat der Pfleger Erinnerung eingelegt, der das AG nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

Die als Beschwerde geltende Erinnerung ist begründet. Die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers ist nicht erforderlich. Der Pfleger kann, auch wenn er Eigentümer des Grundstücks ist, die Betroffene bei der Erklärung des Rangrücktritts vertreten. § 181 BGB steht dem nicht entgegen. Gemäß § 181 BGB kann ein Vertreter grundsätzlich nicht im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen, das nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Diese Vorschrift gilt auch für den Fall der gesetzlichen Vertretung durch einen Pfleger (§§ 1915, 1795 Abs. 2 BGB). Sie ist auf alle Rechtsgeschäfte anwendbar, bei denen eine Interessenkollision auftreten kann (Palandt/Heinrichs, 45. Aufl., § 181 BGB, Anm. 2a; MünchKommThiele, § 181 BGB, Rd.-Nrn. 2, 8). Im vorliegenden Fall käme § 181 BGB also zur Anwendung, wenn der Rangrücktritt ein Rechtsgeschäft wäre, bei dem der Beschwerdeführer in doppelter Funktion, nämlich als Eigentümer und als Vertreter der Betroffenen als der zurücktretenden Berechtigten, mitwirken würde. Das ist nicht der Fall.

Das Gesetz enthält in § 880 BGB eine Regelung nur für den Fall, daß zwei bereits eingetragene Rechte den Rang tauschen. Dies geschieht durch Einigung der Berechtigten und Eintragung der Änderung in das Grundbuch (§ 880 Abs. 2 S. 1 BGB). Die Zustimmung des Eigentümers ist nur erforderlich, wenn das zurücktretende Recht seiner Natur nach zu einer Eigentümergrundschuld werden kann (§ 880 Abs. 2 S. 2 BGB). Hierzu gehören die hier zurücktretenden Rechte (Nießbrauch und Auflassungsvormerkung) nicht. Diese könnten also hinter eine bereits eingetragene Grundschuld zurücktreten, ohne daß der Eigentümer des Grundstücks bei dieser Rechtsänderung mitwirken müßte.

Nichts anderes gilt für den — gesetzlich nicht geregelten — Fall, daß ein noch einzutragendes Recht einem bereits eingetragenen Recht im Rang vorgehen soll. Auf diesen Fall ist nach allgemeiner Ansicht § 880 BGB entsprechend anzuwenden (OLG Hamm OLGZ 1981, 131). Das bedeutet, daß der Eigentümer dem Rangrücktritt nur zustimmen muß, wenn es sich bei dem zurücktretenden Recht um eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld handelt. Bei anderen Rechten ist seine Zustimmung nicht nötig (Palandt/Bassenge, a.a.O., § 880 BGB Anm. 1). Hier genügt die Rangrücktrittserklärung des Berechtigten und die entsprechende Eintragung. Für die Berechtigte eines Nießbrauchs und einer Auflassungsvormerkung kann also der Pfleger den Rangrücktritt erklären, auch wenn er Eigentümer des Grundstücks ist.

5. Internationales Privatrecht — Verstoß des Art. 2 Abs. 1 des Haager Ehwirkungsabkommens gegen Art. 3 Abs. 2 GG/ zur Auslegung des Art. 220 Abs. 3 EGBGB und zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB (BGH, Urteil vom 17. 9. 1986 — IV b ZR 52/85)

GG Art. 3 Abs. 2

EGBGB Art. 220 Abs. 3

Haager Abkommen betreffend den Geltungsbereich der Gesetze in Ansehung der Wirkungen der Ehe auf die Rechte und Pflichten der Ehegatten in ihren persönlichen Beziehungen und auf das Vermögen der Ehegatten vom 17. 7. 1905 (RGBl. 1912, 453, 475) Art. 2 Abs. 1

Art. 2 Abs. 1 des Haager Ehwirkungsabkommens vom 17. 7. 1905 (RGBl. 1912, 453, 475) verstößt gegen das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG.

Für Übergangsfragen, die sich aus der Verfassungswidrigkeit des Art. 2 Abs. 1 des Haager Ehwirkungsabkommens ergeben, gilt Art. 220 Abs. 3 EGBGB entsprechend.

Zur Auslegung des Art. 220 Abs. 3 EGBGB und zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB.

Zum Sachverhalt:

Die Parteien haben am 13. 9. 1956 geheiratet. Der Bekl. war zur Zeit der Eheschließung und ist weiterhin italienischer Staatsangehöriger. Die Kl. war und ist Deutsche. Durch die Eheschließung hat sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die italienische Staatsangehörigkeit hinzugeworben. Die Ehe der Parteien ist durch Urteil vom 26. 10. 1983, rechtskräftig seit dem 30. 10. 1983, geschieden worden.

Die Kl. verlangt zur Vorbereitung ihres Anspruchs auf Zugewinnausgleich Auskunft über den Wert und die Belastungen verschiedener in Italien gelegener Grundstücke des Bekl. Das AG — Familiengericht — hat der Klage stattgegeben, das OLG die Berufung des Bekl. zurückgewiesen. Mit der — zugelassenen — Revision hält der Bekl. daran fest, daß italienisches Recht anzuwenden und hiernach das Auskunftsbegehren der Kl. nicht gerechtfertigt sei.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht geht erkennbar — wenn auch ohne nähere Ausführungen hierzu — davon aus, daß das Klagebegehren bei Anwendbarkeit italienischen Ehegüterrechts nicht gerechtfertigt wäre. Das trifft zu. Insoweit kann dahinstehen, ob ein Auskunftsanspruch, wie ihn die Kl. geltend macht, im Rahmen der in Italien im Jahre 1978 eingeführten Errungenschaftsgemeinschaft (Art. 159, 177 ff. des italienischen Codice civile — C.c. —, in den hier interessierenden Bestimmungen in Übersetzung abgedruckt bei Ferid, FamRZ 1975, 465, 466 ff.) gegeben wäre. Dieser Güterstand gilt zwar nach einer Übergangszeit von zwei Jahren auch für vor dem Inkrafttreten der Neuregelung begründete Familien, jedoch nur hinsichtlich der Vermögenswerte, die die Ehegatten nach diesem Zeitpunkt erworben haben (Art. 228 C.c. a.a.O., 469). Der Grundbesitz, auf den sich das Auskunftsverlangen der Kl. bezieht, ist aber nach den unangefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts sämtlich vor dem Jahr 1977 erworben worden. Nach italienischem Recht kommt daher bezüglich dieser Grundstücke eine güterrechtliche Auseinandersetzung und damit ein güterrechtlicher Auskunftsanspruch nicht in Betracht. Bis zum Jahre 1978 herrschte in Italien Gütertrennung, soweit die Ehegatten nichts Abweichendes vereinbart hatten (s. Dopffel, FamRZ 1978, 478, 479).

II. Dagegen ist das Klagebegehren gerechtfertigt, wenn deutsches Ehegüterrecht Anwendung findet. Diesem zufolge kann jeder Ehegatte — unabhängig von dem Recht auf Auskunft über den Bestand des Vermögens (§ 1379 Abs. 1 S. 1 BGB) — verlangen, daß der andere Ehegatte, soweit er dazu imstande ist, auch den Wert der Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten ermittelt und mitteilt (§ 1379 Abs. 1 S. 2 BGB, s. hierzu BGH Urteil v. 6. 5. 1982 — IX ZR 36/82 — FamRZ 1982, 682, 683).

III. Ob vorliegend deutsches oder italienisches Ehegüterrecht anzuwenden ist, ist nunmehr nach den Bestimmungen des am 1. 1. 1986 in Kraft getretenen Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. 7. 1986 (BGBl. I, 1142) zu

beurteilen. Sie sind vom Senat ungeachtet dessen anzuwenden, daß die Vorinstanz diese Rechtslage noch nicht berücksichtigen konnte (s. zuletzt Senatsurteil vom 9. 7. 1986 — IVb ZR 39/85 — FamRZ 1986, 886, 888). Auf der Grundlage des neuen Rechts bedarf es aber zur Bestimmung des im Falle der Parteien anwendbaren Ehegüterrechts weiterer tatrichterlicher Feststellungen.

Im einzelnen gilt folgendes:

1. Im Verhältnis zu Italien siehe Art. 2 Abs. 1 des Haager Ehwirkungsabkommens vom 17. 7. 1905 (RGBl. 1912 S. 453, 475, BGBl. 1955 II S. 188 zu c) vor, daß „für die Wirkungen der Ehe sowohl auf das unbewegliche als auf das bewegliche Vermögen der Ehegatten das Gesetz des Heimatstaates des Mannes zur Zeit der Eheschließung maßgebend“ ist. Danach wäre hier italienisches Ehegüterrecht anzuwenden. Indessen verstößt die angeführte Bestimmung wegen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Mannes gegen das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG. Die Regelung stimmt der Sache nach mit Art. 15 Abs. 1 EGBGB a. F. überein, dem die allseitige Kollisionsregel zu entnehmen war, daß das eheliche Güterrecht nach dem Heimatrecht des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung zu beurteilen sei. Art. 15 EGBGB a. F. ist aber vom BVerfG durch Beschluß vom 22. 2. 1983 (BVerfGE 63, 181) für mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar befunden worden. Das Nämliche hat für Art. 2 Abs. 1 des Ehwirkungsabkommens zu gelten. Auch diese Vertragsbestimmung, die als Bundesrecht fortgilt (Art. 125 GG), ist unmittelbar an den Grundrechten zu messen. Für eine nachsichtigere Behandlung von Grundrechtsverstößen in zwischenstaatlichen Abkommen („favor conventionis“, s. dazu Jayme in Jayme/Meesen, Staatsverträge zum Internationalen Privatrecht, 1975, 7, 29 f., 34 ff., 40 f., 120 f. sowie IPRax 1983, 130) sieht der Senat im Bereich der innerstaatlichen Rechtsanwendung schon deshalb keinen rechtfertigenden Grund, weil auch zwischenstaatliche Abkommen nur durch Zustimmung des nationalen Gesetzgebers innerstaatliche Verbindlichkeit erlangen; aus Art. 25 GG ergibt sich schon deshalb keine Fortgeltung von mit dem GG unvereinbaren Vertragsbestimmungen, weil der Inhalt zwischenstaatlicher Abkommen nicht zu den „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ i. S. d. Art. 25 GG gehört (ablehnend zu der These vom „favor conventionis“ auch Heldrich, IPRax 1984, 143, 146 und v. Bar/Ipsen, NJW 1985, 2849, 2855 f. sowie in den in Jayme/Meesen, a.a.O., wiedergegebenen Diskussionsbeiträgen etwa Sturm, 97 f., Rauschning, 106 f., Habscheid, 108 f., Scheuner, 110, Beitzke, 113 und Meesen, 121). Danach hat Art. 2 Abs. 1 des Ehwirkungsabkommens vor der Verfassung ebenso wenig Bestand wie Art. 15 EGBGB a. F. (ebenso Heldrich, a.a.O. und Palandt/Heldrich, BGB, 45. Aufl., Anh. zu Art. 15 EGBGB, Anm. 13 m. w. N. sowie v. Bar/Ipsen, a.a.O.). Die generelle Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes stellt schon für sich allein eine Verletzung des Gleichberechtigungsgebotes dar. Sie mißt für die Frage des anzuwendenden Ehegüterrechts der Staatsangehörigkeit des Mannes von vornherein Vorrang vor der der Frau bei. Diese kollisionsrechtliche Zurücksetzung der Frau wurzelt in der zur Zeit der Entstehung des Ehwirkungsabkommens vorherrschenden patriarchalischen Betrachtungsweise und führt unabhängig vom Inhalt des danach berufenen Sachrechts zu einer Benachteiligung der Frau, indem sie ihr die Rechtsordnung vorenthält, welche auf Personen ihrer Nationalität ausgerichtet und ihr typischerweise die vertrautere ist.

Die Anknüpfungsregelung in Art. 2 Abs. 1 des Ehwirkungsabkommens ist auch nicht mit Rücksicht auf andere Verfassungsgrundsätze haltbar. Allerdings ist die Ehe der Parteien bereits im Jahre 1956 und damit zu einer Zeit geschlossen worden, als die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der kollisionsrechtlichen Anknüpfung an das Mannesrecht in der Rechtspraxis noch keinen Niederschlag fanden. Für solche Fallgestaltungen hat der Senat zu Art. 15 EGBGB a. F. die Auffassung vertreten, daß unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, der seinerseits Verfassungsrang habe, die überkommene Anknüpfung an das Mannesrecht fortgelte (Senatsbeschluß vom 9. 7.

1980 — IVb ZR 507/80 — FamRZ 1980, 1097; Senatsurteil vom 3. 2. 1982 — IVb ZR 660/80 — FamRZ 1982, 358, 359). Hieran kann jedoch nach der genannten Entscheidung des BVerfG, durch die Art. 15 EGBGB a. F. ohne derartige Einschränkung für nichtig erklärt worden ist, nicht länger festgehalten werden. Dementsprechend läßt sich mit dem Argument des Vertrauensschutzes auch die Weitergeltung des inhaltsgleichen Art. 2 Abs. 1 des Ehwirkungsabkommens selbst für Althehen nicht mehr begründen. Die weitere Anwendung dieser Vertragsbestimmung ist auch nicht zur Vermeidung eines „Anknüpfungschaos“ — welches ggf. seinerseits rechtsstaatlich bedenklich sein könnte — geboten. Vielmehr lassen sich auf dem Boden des geltenden Rechts anderweitige Anknüpfungsregeln gewinnen, die dem Prinzip der Rechtssicherheit genügen (s. dazu nachfolgend 2.).

Der Senat sieht sich nicht gehalten, zu der Frage der Vereinbarkeit des Art. 2 Abs. 1 des Ehwirkungsabkommens mit der Verfassung eine Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG einzuholen. Diese Regelung des GG gilt nicht für vorkonstitutionelles Recht (BVerfGE 32, 296, 299). Hierzu gehört das Haager Ehwirkungsübereinkommen. Art. 2 Abs. 1 des Abkommens ist auch nicht etwa nachkonstitutionell in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen worden (vgl. insoweit BVerfGE 11, 126, 131 f.; 32, 296, 299 f.; 52, 1, 17; 60, 135, 149). Die das Abkommen betreffenden Bekanntmachungen des BMAusw. vom 14. 2. 1955 (BGBl. II, 188 zu c.), 4. 5. 1960 (BGBl. II, 1532), 18. 8. 1969 (BGBl. II, 1970, 41) und 28. 4. 1977 (BGBl. II, 444) haben keine Gesetzesqualität. Auch in dem Gesetz über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen vom 4. 8. 1969 (BGBl. I, 1067) kann eine nachkonstitutionelle Aufnahme des Haager Ehwirkungsabkommens in den Willen des Gesetzgebers nicht gefunden werden. Das Abkommen stand, nachdem es einmal ratifiziert war, nicht mehr zur Disposition des Gesetzgebers. Seine Verbindlichkeit für die Bundesrepublik Deutschland konnte — vorbehaltlich seiner Unwirksamkeit aus materiellen Gründen — nur durch (inzwischen erfolgte und zum 23. 8. 1987 wirkende, s. Bekanntmachung des BMAusw. vom 26. 2. 1986 (BGBl. II, 505) Kündigung seitens der Bundesregierung beendet werden. Über die Vereinbarkeit des Art. 2 Abs. 1 des Abkommens mit dem GG ist daher von dem jeweils befähten Gericht in eigener Zuständigkeit zu befinden.

2. Für eine Ersetzung der verfassungswidrigen Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes kann nunmehr darauf zurückgegriffen werden, daß der Gesetzgeber inzwischen durch das Gesetz zur Neuordnung des Internationalen Privatrechts vom 25. 7. 1986 (BGBl. I, 1142) Art. 15 EGBGB verfassungskonform neu gefaßt und in Art. 220 Abs. 3 S. 1 bis 4 EGBGB eine Übergangsregelung für die güterrechtlichen Wirkungen von Ehen geschaffen hat, die — wie die Ehe der Parteien — nach dem 31. 3. 1953 (Art. 117 Abs. 1 GG) und vor dem 9. 4. 1983, dem Tag, nach dem Bekanntwerden des Beschlusses des BVerfG vom 22. 2. 1983, geschlossen worden sind. Diese Übergangsregelung ist zwar unmittelbar nur auf Ehen im Anwendungsbereich des Art. 15 EGBGB alter und neuer Fassung anwendbar (vgl. auch Art. 3 Abs. 2 S. 1 EGBGB n. F.). Indessen ist Art. 220 Abs. 3 EGBGB auf Fälle wie den vorliegenden, in denen Art. 15 EGBGB „an sich“ durch Art. 2 Abs. 1 des Haager Ehwirkungsabkommens verdrängt wird, entsprechend anwendbar (so auch Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 10/5632, 46). Es handelt sich um eine „verwandte Problematik“ (BT-Drucks. a. a. O.). Die Interessenlage der Beteiligten ist dieselbe. In dem einen wie dem anderen Falle hat sich die für das eheliche Güterrecht vorgesehene Kollisionsnorm als verfassungswidrig erwiesen und ist damit insoweit eine Regelungslücke entstanden, so daß es aus der Sicht der Beteiligten einer Antwort auf die Frage bedarf, welches Ehegüterrecht für sie maßgeblich ist. Der Normzweck des Art. 220 Abs. 3 EGBGB paßt auch für den Fall, daß Art. 2 Abs. 1 des Ehwirkungsabkommens einschlägig war. Die neue Übergangsregelung bestimmt, welches Ehegüterrecht anwendbar sein soll, wenn die Ehe zu einer Zeit geschlossen worden ist, als die positive

Rechtsordnung auf das Heimatrecht des Mannes verwies, diese Anknüpfung aber wegen Verstoßes gegen das Gleichberechtigungsgebot des GG hinfällig geworden ist. Eben diese Situation besteht in gleicher Weise bei Art. 2 Abs. 1 des Ehwirkungsabkommens. Auch soweit in Art. 220 Abs. 3 EGBGB auf den 8. 4. 1983 als den Tag des Bekanntwerdens des Beschlusses des BVerfG vom 22. 2. 1983 abgestellt wird, ist dies in den Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 des Haager Ehwirkungsabkommens übernehmbar. Mit der Nichtigerklärung des Art. 15 EGBGB a. F. war zugleich das binnenstaatliche Schicksal des inhaltsgleichen Art. 2 Abs. 1 des Ehwirkungsabkommens besiegelt (Heldrich, IPRax 1984, 143, 146; v. Bar/Ipsen, a. a. O.). Das BVerfG selbst hat die beiden Bestimmungen sozusagen in einem Atemzuge genannt, indem es darauf hingewiesen hat, daß an die Stelle von Art. 15 EGBGB a. F. im Verhältnis zu Italien Art. 2 des Haager Ehwirkungsabkommens trete (BVerfGE 63, 181, 182).

3. Die Übergangsregelung des Art. 220 Abs. 3 EGBGB unterscheidet für die güterrechtlichen Wirkungen von Ehen, die nach dem 31. 3. 1953 und vor dem 9. 4. 1983 geschlossen worden sind, zwischen der Zeit bis zum 8. 4. 1983, für die S. 1 gilt, und der Zeit nach dem 8. 4. 1983, für die S. 2 bis 4 gelten. Dabei bezieht sich der Stichtag nicht auf den Vermögenserwerb, sondern auf den zu beurteilenden güterrechtsrelevanten Vorgang. Eine unterschiedliche Behandlung des vor dem 9. 4. und des nach dem 8. 4. 1983 vorhandenen oder erworbenen Vermögens, d. h. die güterrechtliche Aufspaltung in zwei Vermögensmassen mit der möglichen Folge, daß zwei Güterrechtsordnungen nebeneinander anzuwenden wären, erschiene wenig sachgerecht und wird durch den Gesetzeswortlaut nicht erfordert. Die Vorschrift läßt sich vielmehr zwanglos dahin verstehen, daß für die Beurteilung von bis einschließlich 8. 4. 1983 abgeschlossenen güterrechtsrelevanten Vorgängen die nach S. 1 des Art. 220 Abs. 3 EGBGB berufene Güterrechtsordnung, für die Beurteilung von nach dem 8. 4. 1983 abgeschlossenen oder anfallenden güterrechtsrelevanten Vorgängen dagegen die nach S. 2 berufene Güterrechtsordnung maßgeblich sein soll. Dieses Verständnis der Übergangsregelung findet seine Bestätigung im Gang des Gesetzgebungsverfahrens. Nachdem die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates (s. BT-Drucks. 10/504, 101 zu Nr. 12) eine Regelung zur Diskussion gestellt hatte, derzufolge für das am 8. 4. 1983 vorhandene Vermögen wie bisher das Recht des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung gelten sollte (a. a. O. S. 107 zu 12; kritisch hierzu insbesondere v. Bar/Ipsen, a. a. O., S. 2851, 2853 ff.), ist in der Gesetz gewordenen Fassung auf den Zeitpunkt des Vermögenserwerbs nicht mehr abgestellt. Darüber hinaus wird in Art. 220 Abs. 3 S. 3 EGBGB ausdrücklich davon ausgegangen, daß für nach dem 31. 3. 1953 und vor dem 9. 4. 1983 geschlossene Ehen bis zum 8. 4. 1983 S. 1 der Neuordnung, danach aber — mit einer in S. 3 bestimmten Maßgabe — S. 2 Anwendung findet. Ähnlich befaßt sich S. 4 mit dem Fall, daß sich „aus einem Wechsel des anzuwendenden Rechts zum Ablauf des 8. 4. 1983“ Ansprüche wegen der Beendigung des (früheren) Güterstandes ergeben.

4. Vorliegend dient die mit der Klage begehrte Auskunft der Vorbereitung der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach Scheidung der Ehe der Parteien durch am 30. 10. 1983 rechtskräftig gewordenen Urteil vom 26. 10. 1983. Damit geht es um eine güterrechtliche Abwicklung, die in die Zeit nach dem 8. 4. 1983 fällt. Solchenfalls ist nach Art. 220 Abs. 3 S. 2 EGBGB Art. 15 EGBGB anzuwenden, wonach die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe — vorbehaltlich einer formgebundenen Rechtswahl (Art. 15 Abs. 2, Abs. 3 i. V. m. Art. 14 Abs. 4 EGBGB) — dem zur Zeit der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgeblichen und somit — wiederum vorbehaltlich einer formgebundenen Rechtswahl (Art. 14 Abs. 2 bis 4 EGBGB) — dem Recht desjenigen Staates unterliegen, dem beide Ehegatten zur Zeit der Eheschließung angehörten, sonst dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten zur Zeit der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, hilfsweise dem Recht des Staates, mit dem die Ehegatten zur Zeit der Eheschließung auf andere Weise am engsten verbunden

waren (Art. 14 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3, jeweils i. V. m. Art. 15 Abs. 1 EGBGB mit seiner Anknüpfung an die Zeit der Eheschließung). Dabei ergeben sich freilich für Ehen, die — wie hier — nach dem 31. 3. 1953 und vor dem 9. 4. 1983 geschlossen worden sind, in zweifacher Hinsicht Besonderheiten als Folge des Rechtszustandes, der nach Art. 220 Abs. 3 S. 1 EGBGB für güterrechtsrelevante Vorgänge bis zum 8. 4. 1983 besteht. Das gilt zum einen, soweit Art. 220 Abs. 3 S. 1 EGBGB in Nr. 2 hilfsweise das Recht beruft, „dem die Ehegatten sich unterstellt haben oder von dessen Anwendung sie ausgegangen sind“. Diese Respektierung einer formfreien und ggf. nur schlüssigen Rechtswahl muß auch im Rahmen des Art. 220 Abs. 3 S. 2 EGBGB gelten (so auch BT-Drucks. 10/5632, 46). Die Neuregelung geht im Gesamtzusammenhang der S. 1 und 2 des Art. 220 Abs. 3 EGBGB erkennbar davon aus, daß die Formanforderungen des neuen Art. 15 EGBGB nur eine Rechtswahl in der Zeit nach dem Bekanntwerden der genannten Entscheidung des BVerfG betreffen, jedoch eine zuvor formfrei, auch nur schlüssig, zustandegekommene — und durch Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB für Übergangsfälle als ausreichend anerkannte — Rechtswahl ihre Wirksamkeit behält (s. a. a. O.). In gleicher Weise muß es auf die Zeit nach dem 8. 4. 1983 herüberwirken, wenn die Ehegatten von der Anwendbarkeit des einen oder des anderen Rechts (lediglich) „ausgegangen“ sind, da dieser Fall der schlüssigen Rechtswahl in Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB ausdrücklich gleichgeachtet wird. Zum zweiten findet Art. 15 EGBGB gemäß Art. 220 Abs. 3 S. 3 EGBGB in Ehen, für die bis zum 8. 4. 1983 Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB anzuwenden und demzufolge bei Versagen der Anknüpfungstatbestände der Nrn. 1 und 2 auf das seinerzeitige Heimatrecht des Ehemannes zurückzugreifen war, mit der Maßgabe Anwendung, daß an die Stelle des Zeitpunktes der Eheschließung (Art. 15 Abs. 1 EGBGB) der 9. 4. 1983 tritt.

Soweit in dieser Weise die Anknüpfungstatbestände der Nrn. 2 und 3 des Art. 220 Abs. 3 S. 1 EGBGB auch für güterrechtsrelevante Vorgänge in der Zeit nach dem 8. 4. 1983 Bedeutung gewinnen können, hält der Senat verfassungsrechtliche Bedenken, die sich gegen diese Anknüpfungstatbestände regen mögen, letztlich nicht für durchgreifend. Über Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB wird sich das Recht des Mannes zwar voraussichtlich in nicht wenigen Fällen wieder durchsetzen, aber keineswegs zwangsläufig. Es ist durchaus vorstellbar, daß sich die Ehegatten, etwa bei Aufenthalt im Heimatstaat der Ehefrau oder auch bei Belegenheit des Vermögens in diesem Staate, den Umständen nach dem Heimatrecht der Ehefrau unterstellt haben oder von dessen Anwendbarkeit ausgegangen sind. Tragender Grund für den Anknüpfungstatbestand des Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB ist danach nicht die prinzipielle Bevorzugung des einen oder anderen Teils, sondern in hinreichend geschlechtsneutraler Weise das gemeinsame Verhalten der Ehegatten (so auch BT-Drucks. 10/5632 a. a. O.). Stärkeren Bedenken begegnet allerdings Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB. Indessen dürfte der Gesetzgeber bei der Suche nach geeigneten Übergangsregelungen in seine Erwägungen einbeziehen, daß die frühere Anknüpfung der güterrechtlichen Wirkungen an das Heimatrecht des Mannes in Ehen, die vor der genannten Entscheidung des BVerfG geschlossen worden sind, Vertrauensstatbestände geschaffen haben kann. Im Rechtsleben verdient auch das Vertrauen auf die durch die Rechtspraxis bestärkte positive Rechtslage angemessene Berücksichtigung. Es handelt sich um einen Gesichtspunkt, der sich letztlich aus dem Rechtsstaatlichkeitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG herleitet und damit seinerseits verfassungsrechtliches Gewicht hat. Mag auch unter diesem Gesichtspunkt die Annahme einer generellen Fortgeltung des Art. 15 EGBGB a. F. selbst in Altfällen nicht gerechtfertigt gewesen sein (vgl. oben zu 1.), so war der Gesetzgeber doch nicht daran gehindert, bei der Schaffung von Übergangsregelungen die vertrauensbildenden Auswirkungen des früheren Rechtszustandes mit in Betracht zu ziehen (vgl. auch BT-Drucks. 10/504, 107). Freilich war es ihm verwehrt, den vom BVerfG als grundgesetzwidrig festgestellten Rechtszustand unverändert wiederherzustellen. Das ist aber auch nicht geschehen. Zufolge Art. 15 EGBGB a. F. und Art. 2

Abs. 1 des Haager Ehwirkungsabkommens sollte das Heimatrecht des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung stets und unbedingt gelten. Im Vergleich hierzu nimmt Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB die Anknüpfung an das Mannesrecht weit zurück. Sie kann nurmehr in einer relativ kleinen und ständig kleiner werdenden Zahl von Übergangsfällen eine Rolle spielen und kommt auch dort nur zum Tragen, wenn zwei andere Anknüpfungstatbestände — Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nrn. 1 und 2 EGBGB — versagen. Dabei ist weiter zu berücksichtigen, daß Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB eine weite Auslegung erlaubt, in dem dort außer dem Fall, daß sich die Ehegatten einem bestimmten Recht — auch nur schlüssig — „unterstellt“ haben, auch der Fall erfaßt wird, daß sie lediglich von der Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts „ausgegangen“ sind. Damit ist es der Rechtsprechung an die Hand gegeben, den Anwendungsbereich dieser Regelung weit auszudehnen und den Anwendungsbereich des Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB in gleichem Maße klein zu halten. In dieser nach alledem in mehrfacher Hinsicht weit zurückgenommenen Form ist die äußerst hilfsweise Anknüpfung an das Mannesrecht nach Auffassung des Senats durch die von dem früheren Rechtszustand ausgehende Vertrauenswirkung gerechtfertigt und verfassungsrechtlich tragbar.

5. Nach alledem gilt im Falle der Parteien für die Ermittlung des anwendbaren Ehegüterrechts folgendes:

a) In erster Linie wäre das Ehegüterrecht des Staates berufen, dem die Parteien übereinstimmend bei der Eheschließung (Art. 220 Abs. 3 S. 2 EGBGB analog, 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB) oder, sofern für die Zeit bis zum 8. 4. 1983 Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB anwendbar gewesen wäre, am 9. 4. 1983 angehört haben (Art. 220 Abs. 3 S. 3 EGBGB analog). Das eine wie das andere scheidet hier schon deshalb aus, weil die Kl. ungeachtet der durch die Eheschließung hinzuerworbenen italienischen Staatsangehörigkeit zu beiden Zeitpunkten auch die deutsche Staatsangehörigkeit besaß. Nach der nunmehr geltenden Rechtslage geht aber bei einem Mehrstaater, der auch Deutscher ist, diese Rechtsstellung jeweils vor (Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Damit ist in dem hier gegebenen Zusammenhang für eine Berücksichtigung der italienischen Staatsangehörigkeit der Kl. kein Raum.

b) Danach kommt es zunächst darauf an, ob sich die Parteien i. S. d. Anknüpfungstatbestandes des Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB, der im Rahmen des Art. 220 Abs. 3 S. 2 EGBGB weiter wirkt (s. o. zu 4.), einem bestimmten Recht unterstellt haben oder von dessen Geltung ausgegangen sind. Da dies nicht auszuschließen ist, kann die angefochtene Entscheidung mit der bisherigen Begründung keinen Bestand haben. Andererseits müssen die Parteien Gelegenheit erhalten, zu diesem erst durch das zwischenzeitliche Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts rechtserheblich gewordenen Gesichtspunkt vorzutragen und ggf. Beweis anzubieten. Der Senat verweist die Sache daher an das Berufungsgericht zurück.

c) Sofern der Anknüpfungstatbestand des Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB versagt, ergibt sich damit zugleich, daß auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe der Parteien bis zum 8. 4. 1983 Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB anzuwenden gewesen wäre. Folglich gilt Art. 15 EGBGB (über Art. 220 Abs. 3 S. 2 EGBGB analog) mit der Maßgabe, daß es auf die Verhältnisse am 9. 4. 1983 ankommt (Art. 220 Abs. 3 S. 3 EGBGB analog). In diesem Fall ist also zu prüfen, ob die Parteien am 9. 4. 1983 in demselben Staate ihren gewöhnlichen Aufenthalt gehabt haben (Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. Art. 15 Abs. 1 EGBGB) oder welchem Staat sie zu diesem Zeitpunkt auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden waren (Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Art. 15 Abs. 1 EGBGB). Auch hierzu muß den Parteien, soweit es um die Verhältnisse am 9. 4. 1983 geht, ggf. Gelegenheit zum Vortrag und Beweiserbieten gegeben werden. Für den Fall, daß es auf den hilfsweisen Anknüpfungstatbestand des Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 (i. V. m. Art. 15 Abs. 1 EGBGB) ankommt, macht der Senat auf die diesbezüglichen Regelungen in dem Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drucks. 10/5632, 41) aufmerksam. Entscheidend ist insoweit,

in welchem der in Betracht kommenden Staaten Bindungen der Ehegatten am intensivsten zusammentreffen. Dabei könnte vorliegend — wenn sich die Voraussetzungen des Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB nicht feststellen lassen und es an einem beiderseitigen gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staate fehlt — den Ausschlag geben, daß offenbar die berufliche Existenz beider Parteien in Deutschland liegt und sich auch der Bekl. jedenfalls während eines Teils des Jahres in Deutschland aufzuhalten pflegt.

6. Notarrecht/Schuldrecht — Befugnis des Notars, im Rahmen der Kaufvertragsabwicklung bei streitigem Sachverhalt die Stellung des Umschreibungsantrags zu verweigern
(OLG Köln, Beschluß vom 5. 2. 1986 — 2 Wx 52/85 — mitgeteilt von Notar Wolfram Kasper, Bergheim)

BeurkG § 53

Der Notar ist befugt, im Rahmen der Kaufvertragsabwicklung die Stellung des Antrags auf Eigentumsumschreibung zu verweigern, solange Verkäufer und Käufer darüber streiten, ob der Kaufpreis in voller Höhe erbracht ist.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Notar hat einen Grundstückskaufvertrag zwischen den Antragstellern und der Firma B. beurkundet, in dem letztere sich verpflichtet hat, den Antragstellern ein Grundstück zu übertragen, das mit einem schlüsselfertigen Haus bebaut werden sollte. In dem Vertrag wurde unter anderem vereinbart, daß der Notar den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels dem GBA erst dann einreichen soll, wenn der Kaufpreis in voller Höhe bezahlt ist. Die Antragsteller haben vorgetragen, den Festpreis von 342.700,— DM bezahlt zu haben, so daß der Antrag auf Eigentumsumschreibung geboten sei. Der Notar hat sich darauf berufen, daß er hierzu noch nicht befugt sei, weil laut Angabe der Verkäuferin nicht der gesamte Kaufpreis bezahlt sei, sondern teilweise Zahlungen auf zusätzliche Sonderwünsche erfolgt seien.

Die Antragsteller haben beantragt, den Notar anzuweisen, durch Antragstellung beim GBA die Eigentumsumschreibung zu veranlassen. Das LG hat den Antrag durch Beschluß vom 9. 10. 1985 zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde der Antragsteller.

Aus den Gründen:

In der Sache hat das Rechtsmittel der Antragsteller keinen Erfolg, weil der Notar die von den Antragstellern begehrte Antragstellung nach § 53 BeurkG zu Recht verweigert hat.

Der Notar hat die von den Antragstellern begehrte Antragstellung deshalb mit Recht verweigert, weil zwischen den Vertragsparteien Streit darüber besteht, ob die Antragsteller den vertraglich vereinbarten Kaufpreis schon in voller Höhe gezahlt haben, und es nicht Aufgabe des Notars ist, diesen Streit zu entscheiden.

Zwar haben die Antragsteller bereits insgesamt eine Summe von 342.700,— DM an die Verkäuferin geleistet. Doch steht damit nicht fest, daß sie damit den vertraglichen Festkaufpreis erfüllt haben. Es besteht nämlich auch die Möglichkeit, daß die Zahlungen zum Teil auf Werklohnforderungen der Verkäuferin für Sonderleistungen erfolgt sind.

Denn die Verkäuferin hatte sich verpflichtet, Sonderwünsche der Antragsteller zu berücksichtigen, wenn die dadurch entstehenden Kosten innerhalb einer Frist von vierzehn Tagen nach Aufforderung gezahlt werden. Unstreitig hat die Verkäuferin auf Wunsch der Antragsteller Sonderleistungen erbracht und in Rechnung gestellt. Auch diese Forderungen waren somit fällig.

Die Antragsteller haben es aber nach eigener Darstellung unterlassen, bei ihren Zahlungen in allen Fällen ausdrücklich anzugeben, welche Forderung sie damit erfüllen wollten. Sie haben eine dahingehende Bestimmung anscheinend selbst bei den Zahlungen nicht vorgenommen, die sie erbracht haben, als das vorliegende Verfahren bereits anhängig war.

Die Antragsteller können sich insoweit auch nicht auf die Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB berufen. Da die Forderungen für Sonderleistungen ebenfalls fällig waren, durfte die Verkäuferin die Zahlungen auf diese anrechnen, weil sie die geringere Sicherheit boten.

Ob die Antragsteller ihr Bestimmungsrecht gemäß § 366 Abs. 1 BGB „stillschweigend“ oder „nachträglich“ ausgeübt haben, ist erst recht zweifelhaft.

Jedenfalls aber ist es nicht Aufgabe des Notars, Beweise zu den Streitpunkten zu erheben und die genannten Rechtsfragen und damit den Streit zu entscheiden, ob die Antragsteller die Festkaufpreisforderung erfüllt haben (vgl. dazu Eckhardt, DNotZ 1983, 96).

Da für ihn deshalb nicht der Nachweis erbracht ist, daß die Antragsteller die Kaufpreisschuld getilgt haben, hat er die Antragstellung auf Eigentumsumschreibung zu Recht verweigert.