

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang
September 2014
ISSN 1434-3460

18/2014

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 13, 14, 305 ff., 310 Abs. 3 – Unternehmereigenschaft der öffentlichen Hand; Anwendbarkeit des AGB-Rechts

BGB §§ 577, 471 – Mietervorkaufsrecht nach Eigentumserwerb vom Insolvenzverwalter

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

EMRK Art. 6 Abs. 1 S. 1; ZPO § 1040 Abs. 3 S. 2; BGB §§ 125 S. 1, 139, 311b Abs. 1; GmbHG § 15 Abs. 4 S. 1 – Wirksamkeit einer Schiedsklausel in beurkundungspflichtigem Vertrag bei Bezugnahme auf nicht beurkundete Schiedsgerichtsordnung

GBO § 15 Abs. 2; BNotO §§ 45, 51 – Übergang von Notarvollmachten auf amtlich bestellten Aktenverwahrer

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Wechsel in der Geschäftsführung

Notar a. D. *Sebastian Herrler* ist als Geschäftsführer des DNotI ausgeschieden. Er wurde mit Wirkung zum 1.9.2014 zum Notar in München ernannt. *Sebastian Herrler* hatte das DNotI seit dem 1.8.2009 geleitet.

Neuer Geschäftsführer ist Notarassessor Dr. *Johannes Weber*.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 13, 14, 305 ff., 310 Abs. 3 Unternehmereigenschaft der öffentlichen Hand; Anwendbarkeit des AGB-Rechts

I. Sachverhalt

Eine Gemeinde erwirbt von einem Verbraucher ein Grundstück zum Zwecke des Straßenbaus.

II. Fragen

1. Handelt es sich hierbei um einen Verbrauchervertrag i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB?

2. Ist auf den Vertrag das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB) anwendbar?

III. Zur Rechtslage

1. Begriff des Verbrauchervertrags

Nach der Legaldefinition des § 310 Abs. 3 BGB setzt der Verbrauchervertrag einen Vertragsschluss zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher voraus.

Verbraucher ist gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. **Unternehmer** ist gem. § 14 Abs. 1 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften können hiernach von vornherein keine Verbraucher sein. Ihre Rechtsform macht sie indes nicht automatisch zu Unternehmern. Hierfür ist vielmehr zusätzlich erforderlich, dass sie bei dem konkreten Rechtsgeschäft auch in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handeln. Ist dies nicht der Fall, kann

auch eine juristische Person Nichtunternehmer sein (vgl. MünchKommBGB/Basedow, 6. Aufl. 2012, § 310 Rn. 47).

Denklogisch lassen die Definitionen der §§ 13, 14 BGB somit Raum für eine **dritte Kategorie von Vertragsbeteiligten**, die weder Verbraucher noch Unternehmer sind.

2. Unternehmereigenschaft der öffentlichen Hand

Soll ein Rechtsgeschäft zwischen der öffentlichen Hand und einem Verbraucher als Verbrauchervertrag zu qualifizieren sein, muss der öffentlichen Hand demnach in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft Unternehmereigenschaft zukommen. Dass **juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht ohne Weiteres Unternehmer** i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB sind, ergibt sich bereits aus dem systematischen Zusammenhang der Vorschrift; § 310 Abs. 1 S. 1 BGB unterscheidet begrifflich zwischen Unternehmern einerseits und juristischen Personen des öffentlichen Rechts andererseits. Letztere sind nach dem Willen des Gesetzgebers also nicht stets als Unternehmer anzusehen, sondern nur unter den folgenden zusätzlichen Voraussetzungen des § 14 BGB:

a) Juristische Person

Auch juristische Personen des öffentlichen Rechts fallen in den Anwendungsbereich des **§ 14 BGB**. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut der Vorschrift, die sämtliche juristischen Personen, d. h. solche des Privatrechts *und* des öffentlichen Rechts erfasst. Zum anderen differenzieren die dem § 14 BGB zugrunde liegenden **europäischen Rechtsakte** diesbezüglich nicht (vgl. Art. 2 lit. c der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher).

b) Bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts

aa) Nichtrechtsgeschäftliches (hoheitliches) Handeln

Weiter erfordert § 14 Abs. 1 BGB, dass sich die Betätigung der öffentlichen Hand in einem Rechtsgeschäft niederschlägt. Von vornherein **ausgenommen** vom Anwendungsbereich sind somit nichtrechtsgeschäftliche Rechtsakte der öffentlichen Hand, insbesondere der Erlass von Rechtsnormen (z. B. Benutzungssatzungen für öffentliche Einrichtungen; vgl. Soergel/Pfeiffer, BGB, 13. Aufl. 2002, § 14 Rn. 18) und das Handeln durch Verwaltungsakt. Denn in diesen Fällen konkretisiert die öffentliche Hand durch einseitigen Hoheitsakt die Rechte und Pflichten eines Privaten oder der Allgemeinheit. Wesen des Rechtsgeschäfts ist es aber, durch Willenserklärung die eigene Privatautonomie zu verwirklichen (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, Vor § 104 Rn. 1 f.).

bb) Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verträge

Folglich bedarf es eines Vertragsschlusses. Das deutsche Verwaltungsrecht unterscheidet zwischen privatrechtlichen Verträgen, bei denen sich die öffentliche Hand allein der Mittel des Zivilrechts bedient, und öffentlich-rechtlichen Verträgen i. S. d. §§ 54 ff. VwVfG. Ob ein Vertrag dem öffentlichen oder privaten Recht angehört, hängt maßgeblich von seinem Gegenstand ab. Es kommt allein auf die **objektive Zuordnung des Rechtsverhältnisses** an, das durch den Vertrag geregelt wird; die subjektive Vorstellung der Parteien ist dabei unerheblich. Die Zuordnung zum öffentlichen Recht lässt sich insbesondere anhand der angestrebten Rechtsfolgen bestimmen, also danach, ob Rechte auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet, geändert, auf-

gehoben, konkretisiert oder verbindlich festgestellt werden sollen. Werden diese Rechte durch Normen des öffentlichen Rechts bestimmt, d. h. durch solche, die ein Sonderrecht für den Staat und seine Organe begründen (vgl. dazu BeckOK-VwGO/Reimer, Std.: 1.10.2013, § 40 Rn. 45), so ist der Vertrag öffentlich-rechtlicher Natur. Dass ein Vertrag (mittelbar oder unmittelbar) der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, macht ihn allein aber noch nicht zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag; die **öffentliche Hand kann sich nämlich auch der Mittel des Privatrechts bedienen**, um ihre öffentlichen Aufgaben wahrzunehmen (zum Ganzen: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 14. Aufl. 2013, § 54 Rn. 27 f.).

c) Handeln in Ausübung gewerblicher Tätigkeit

Die Unternehmereigenschaft setzt schließlich voraus, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts bei Vertragsschluss in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. „Gewerblichkeit“ versteht man in diesem Zusammenhang weiter als den Gewerbebegriff der GewO. Während letzterer insbesondere eine Gewinnerzielungsabsicht verlangt (vgl. Landmann/Rohmer/Kahl, GewO, 66. EL 2014, § 1 Rn. 3), soll für gewerbliches Handeln i. S. d. § 14 Abs. 1 BGB bereits das **Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt** genügen (BGH NJW 2006, 2250, 2251; Palandt/Ellenberger, § 14 Rn. 2; vgl. auch MünchKommBGB/Micklitz, 6. Aufl. 2012, § 14 Rn. 22 ff.; Vierling, DNotZ 2007, 518, 521 f.).

Hiernach kommen auch entgeltliche Leistungen der öffentlichen Hand in Betracht, sofern es einen Markt für diese Leistungen gibt, d. h., sofern die **öffentliche Hand im Wettbewerb mit anderen** (privaten) Anbietern oder Abnehmern vergleichbarer Leistungen steht. Dies ist etwa beim Verkauf von Bauland denkbar. Ausscheiden müssten dagegen alle rein hoheitlichen Tätigkeiten, die nur von der öffentlichen Hand ausgehen können und für die es keinen Markt gibt, z. B. die Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung durch die zuständige Behörde.

Im Einzelnen ist allerdings **umstritten**, wann ein Vertragsschluss der öffentlichen Hand als gewerbliches Handeln im vorstehenden Sinne gelten kann.

aa) Differenzierung nach der Rechtsnatur des Vertrags

Einige Autoren wollen danach differenzieren, ob es sich um einen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Die öffentliche Hand soll danach **stets als Unternehmer** zu qualifizieren sein, **wenn sie einen rein privatrechtlichen Vertrag abschließt** (vgl. Staudinger/Habermann, BGB, Neubearb. 2013, § 14 Rn. 53; MünchKommBGB/Basedow, § 310 Rn. 46; Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 310 BGB Rn. 53; Erman/Saenger, BGB, 14. Aufl. 2014, § 14 Rn. 6; Berger, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 9. Aufl. 2014, § 310 Rn. 6; Soergel/Pfeiffer, § 14 Rn. 18). Hieran soll sich auch dann nichts ändern, wenn die öffentliche Hand mit dem Vertrag einen öffentlichen Zweck verfolgt (Ulmer/Schäfer, § 310 BGB Rn. 53). Beim Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträgen bejahen diese Autoren unter Hinweis auf eine europarechtskonforme Auslegung zumindest die Anwendbarkeit von § 310 Abs. 3 BGB (vgl. insbes. MünchKommBGB/Basedow, § 310 Rn. 46; Erman/Saenger, § 14 Rn. 6).

Gegen diese Auffassung spricht, dass die **Abgrenzung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen häufig schwierig** ist; das spiegelt sich deutlich in der umfangreichen Kasuistik der Rechtsprechung wider (vgl. nur Kopp/Ramsauer, § 54 Rn. 36 ff.). Die Schwierigkeit liegt darin begründet, dass in der Praxis öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vertragselemente häufig miteinander vermischt werden. Damit geht einher, dass die öffentliche Hand einerseits selbst bei rein privatrechtlichem Handeln stets öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen bleibt, insbesondere den Grundrechten und den allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen; eine „Flucht ins Privatrecht“ soll gerade ausgeschlossen sein. Andererseits sind gem. § 62 S. 2 VwVfG auch auf öffentlich-rechtliche Verträge die Vorschriften des BGB subsidiär anwendbar, denn der Gesetzgeber hat das öffentlich-rechtliche Vertragsrecht nur lückenhaft ausgestaltet (Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 14 Rn. 8a). Schließlich ist zu berücksichtigen, dass es der öffentlichen Hand grundsätzlich selbst überlassen bleibt, ob sie sich für die Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Mittel bedient; anderes gilt nur, wenn das privatrechtliche Handeln vom Gesetz ausdrücklich verboten ist (vgl. dazu Maurer, § 3 Rn. 25 f.). Es erscheint unbefriedigend, die Unternehmereigenschaft und damit die Anwendbarkeit bestimmter Verbraucherschutznormen von der Wahrnehmung dieser **Wahlfreiheit** abhängig zu machen.

Die Zuordnung zu den privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verträgen **genügt u. E. daher nicht als** (alleiniges) **Abgrenzungskriterium**. Zwar ließen sich Abgrenzungsschwierigkeiten evtl. umgehen, indem man die Unternehmereigenschaft der öffentlichen Hand auch beim Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge stets bejahte, die öffentliche Hand im Ergebnis also immer als Unternehmer betrachtete (in diesem Sinne wohl Grziwotz, DNotZ 2003, 346, 348). Eine solche Lösung widerspräche aber der Unterscheidung zwischen Unternehmern und juristischen Personen des öffentlichen Rechts in § 310 Abs. 1 S. 1 BGB. Die **völlige Gleichbehandlung** privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Verträge **würde** zudem den **spezifischen Anforderungen nicht gerecht**, die das öffentliche Recht an das Verwaltungshandeln mittels Vertrag stellt. Wenn auch das Recht der öffentlich-rechtlichen Verträge nur lückenhaft ausgestaltet ist und subsidiär die Vorschriften des BGB heranzieht, können öffentlich-rechtliche Vorschriften gleichwohl im Einzelfall die Anwendung privatrechtlicher Normen ausschließen – und zwar selbst beim Abschluss rein privatrechtlicher Verträge (BGH DNotZ 2003, 341, 343).

bb) Differenzierung nach dem Zweck des Vertrags

Nach anderer Ansicht ist die Unternehmereigenschaft der öffentlichen Hand anhand des Zwecks zu bestimmen, der mit dem Rechtsgeschäft verfolgt wird: **Dient der Vertrag unmittelbar einem öffentlichen Zweck** (z. B. dem Erwerb von Straßenbauland), **so handelt die öffentliche Hand nicht als Unternehmer**; fehlt dagegen dieser öffentliche Zweck, so handelt die öffentliche Hand wie ein privater Marktteilnehmer und ist grundsätzlich als Unternehmer anzusehen (vgl. Rieger, MittBayNot 2002, 325, 327; Sorge, DNotZ 2002, 593, 599; Brambring, in: Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl. 2002, S. 441 f.; Vierling, DNotZ 2007, 518, 522; Hertel, in: Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 10. Aufl. 2012, Rn. 1182 f.; Armbrüster, in: Armbrüster/Preuß/Renner,

BeurkG/DONot, 6. Aufl. 2013, § 17 BeurkG Rn. 200; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rn. 94; in diesem Sinne auch BNotK, Anwendungsempfehlungen zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG v. 28.4.2003, Abschnitt A; a. A. ausdrücklich Philippsen, NotBZ 2003, 137, 138 f.).

Diese Differenzierung erscheint insofern naheliegend, als § 14 Abs. 1 BGB ein Handeln *in Ausübung* gewerblicher Tätigkeit voraussetzt. Es kommt also **schon nach dem Gesetzeswortlaut** auf die **spezifische Zielrichtung des Rechtsgeschäfts** an (vgl. Staudinger/Habermann, § 14 Rn. 50). Außerdem entspricht die Differenzierung dem Verständnis, dass gewerbliches Handeln ein Anbieten entgeltlicher Leistungen *am Markt* betrifft. Fehlt es an einer Marktteilnahme der öffentlichen Hand, wie es bei Rechtsgeschäften zur unmittelbaren Verfolgung eines öffentlichen Zwecks häufig der Fall sein wird, so scheidet die Unternehmereigenschaft aus.

Eine Differenzierung nach dem Handlungszweck würde ferner berücksichtigen, dass die öffentliche Hand bei unmittelbarer Verfolgung öffentlicher Zwecke **alternativ** in der Regel (wenn auch vielleicht nicht immer) einen **Verwaltungsakt** erlassen und diesen mit Zwangsmaßnahmen durchsetzen kann, z. B. zur Enteignung eines Grundstücks, das für den Straßenbau benötigt wird. Bei derartigen hoheitlichem Handeln scheidet eine Unternehmereigenschaft der öffentlichen Hand von vornherein aus. Wählt die öffentliche Hand nun statt verwaltungsrechtlicher (Zwangs-)Mittel die **kooperativere Form des Vertrags**, um den öffentlichen Zweck zu erreichen, so ist nicht ersichtlich, **warum allein dies ihre Unternehmereigenschaft begründen sollte**. Denn in einem solchen Fall folgen die sachgerechten Bindungen der öffentlichen Hand gerade nicht aus den zivilrechtlichen (Verbraucherschutz-)Vorschriften, sondern (nur) aus dem öffentlichen Recht, das die hoheitlichen Handlungsbefugnisse konkretisiert und beschränkt (vgl. dazu Hertel, Rn. 1182 f.). Dabei ist zu bedenken, dass Verbraucherschutzvorschriften, die wie § 310 Abs. 3 BGB an die Unternehmereigenschaft anknüpfen, von vornherein nur auf Verträge mit Verbrauchern anwendbar sind; inhaltsgleiche Verträge der öffentlichen Hand mit Unternehmern wären hingegen nicht erfasst. Eine derart **schematische Ungleichbehandlung von Verbrauchern und Unternehmern** ließe sich kaum rechtfertigen. So gebietet nicht zuletzt Art. 19 Abs. 3 GG, Unternehmern das gleiche öffentlich-rechtlich determinierte Schutzniveau gegen hoheitliches Handeln zu gewährleisten wie jeder natürlichen Person. Die Ungleichbehandlung von Verbrauchern und Unternehmern als Vertragspartner der öffentlichen Hand wäre allenfalls hinzunehmen, wenn der öffentlichen Hand kein Alternativhandeln durch Verwaltungsakt offenstünde und sie insofern wie jeder andere Marktteilnehmer tätig würde, also insbesondere dann, wenn der Vertrag gerade nicht unmittelbar einem öffentlichen Zweck diene.

d) Zwischenergebnis

Nach alledem sprechen u. E. die besseren Argumente dafür, die **Unternehmereigenschaft** der öffentlichen Hand **nur dann** anzunehmen, **wenn** das betreffende **Rechtsgeschäft nicht unmittelbar einem öffentlichen Zweck dient**. Auf die oft schwierige Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen kommt es damit nicht mehr an. Nur wenn das Rechtsgeschäft nicht unmittelbar einem öffentlichen Zweck dient, agiert die öffentliche Hand wie ein privater Marktteilnehmer und muss sich beim

Abschluss von entgeltlichen Geschäften als Unternehmer behandeln lassen. Anderenfalls ist selbst dann nicht von einem Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB auszugehen, wenn der Vertragspartner ein Verbraucher ist.

Da der **vorliegend** betroffene Vertrag – Grundstückserwerb für den Straßenbau – unmittelbar einem öffentlichen Zweck dient, ist er nicht als Verbrauchervertrag einzuordnen.

3. Folgerungen für die Anwendbarkeit des AGB-Rechts

Wenn § 310 Abs. 3 BGB keine Verträge erfasst, die unmittelbar einem öffentlichen Zweck dienen, sagt dies aber noch nichts über die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auf solche Verträge aus. Denn das **AGB-Recht gilt nicht nur für Verbraucherverträge**, sondern gleichermaßen für Verträge zwischen Unternehmern und Verträge zwischen Verbrauchern. § 310 Abs. 3 BGB führt lediglich zu materiell-rechtlichen und prozessualen Erleichterungen zugunsten des Verbrauchers, insbesondere durch die gesetzliche Vermutung, die allgemeinen Geschäftsbedingungen seien vom Unternehmer gestellt (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB), und die Anwendbarkeit AGB-rechtlicher Vorschriften trotz nur einmaliger Verwendungsabsicht (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

Auch wenn kein Verbrauchervertrag vorliegt, muss die Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts der **strukturellen Unterlegenheit privater Vertragspartner** gegenüber der öffentlichen Hand in angemessener Weise Rechnung tragen. Die öffentliche Hand ist aufgrund ihrer hoheitlichen Eingriffsbefugnisse Privaten nämlich stets strukturell überlegen; deshalb darf sie das öffentliche Interesse nur unter Berücksichtigung der betroffenen Privatinteressen durchsetzen. Daher ließe sich erwägen, die §§ 305 ff. BGB uneingeschränkt auch auf Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträgen anzuwenden, die unmittelbar einem öffentlichen Zweck dienen.

Die **öffentlich-rechtliche Rechtsprechung und Literatur lehnt** aber zumindest die **Anwendbarkeit des AGB-Rechts** auf öffentlich-rechtliche Verträge **überwiegend ab** (BVerwG NJW 1986, 2589, 2590; Kopp/Ramsauer, § 62 Rn. 15 ff.; offengelassen von BayVGH DNotZ 1999, 639, 644; a. A. Knack/Henneke/Schliesky, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 62 Rn. 29). Eine Anwendung sei von vornherein nicht geboten, denn die §§ 56, 59 VwVfG enthielten bereits Vorschriften, die den Vertragspartner der öffentlichen Hand vor Benachteiligungen ausreichend schützten. Dieser Schutz folge insbesondere aus dem Angemessenheitsgebot und Koppelungsverbot gem. § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG. Auch im Übrigen bestehe wegen der Gemeinwohlbindung der öffentlichen Verwaltung und der damit einhergehenden Grundsätze von Treu und Glauben für eine entsprechende Anwendung der §§ 305 ff. BGB grundsätzlich kein Bedarf (Kopp/Ramsauer, § 62 Rn. 18 f.).

Der **BGH** (DNotZ 2003, 341, 343 f.) **hatte zunächst** die **Anwendbarkeit** des AGB-Rechts selbst **auf städtebauliche Verträge verneint, die ausschließlich dem Privatrecht zuzuordnen sind**. Das in § 11 Abs. 2 BauGB kodifizierte Gebot angemessener Vertragsgestaltung sei eine erschöpfende Regelung, die die Anwendung des AGB-Rechts ausschließe. Maßgeblich dafür sei, dass sich die öffentliche Hand mit der Vorformulierung vertraglicher Bestimmungen gerade nicht wie ein Privater einem Aushandeln der Konditionen im Einzelfall entziehe. Ihr

verbleibe im Unterschied zu typischen Teilnehmern am Privatrechtsverkehr regelmäßig kein solcher Freiraum, weil sie aufgrund des verfassungsrechtlich verankerten Gleichbehandlungsgebots gehindert sei, mit unterschiedlichen Vertragspartnern bei ansonsten gleicher Sachlage unterschiedliche Vertragsbedingungen auszuhandeln. Das Gleichheitsprinzip binde die öffentliche Verwaltung auch dort, wo sie sich in unmittelbarer Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben privatrechtlicher Rechtsformen bediene.

Die Entscheidung betraf allerdings einen Vertrag, der noch vor Erlass der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen geschlossen wurde. Für spätere Verträge ließ der BGH die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB neben öffentlich-rechtlichen Vorgaben ausdrücklich offen (DNotZ 2003, 341, 344; vgl. auch BGH DNotZ 2007, 513 m. Anm. Vierling). In einer **jüngeren Entscheidung** hat der BGH dann einen **städtebaulichen Vertrag sowohl einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB als auch einer Angemessenheitskontrolle nach § 11 Abs. 2 BauGB** unterzogen, ohne hierbei im Detail zu differenzieren (DNotZ 2011, 121).

Damit lässt sich festhalten: Einerseits lehnt das – insoweit gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO zuständige – BVerwG die Anwendung des AGB-Rechts auf öffentlich-rechtliche Verträge ab, weil hierfür angesichts der Angemessenheitskontrolle nach § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG kein Bedürfnis bestehe. Andererseits wendet der für privatrechtliche Verträge der öffentlichen Hand zuständige BGH in seiner jüngeren Rechtsprechung das AGB-Recht zwar grundsätzlich an, gelangt dabei aber zu denselben Ergebnissen wie bei öffentlich-rechtlicher Angemessenheitskontrolle. Praktische Auswirkungen hat der Meinungsstreit daher im Ergebnis nicht. Die **Wertungen, die der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle zugrunde liegen, sind letztlich die gleichen wie im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Angemessenheitskontrolle**. Für die notarielle Praxis folgt daraus, dass selbst bei angenommener Unanwendbarkeit des AGB-Rechts auf öffentlich-rechtliche Verträge der öffentlichen Hand dessen Wertungen zu berücksichtigen sind. Der Schutz der privaten Vertragspartner vor Übervorteilung durch die öffentliche Hand ist daher bei der Vertragsgestaltung in jedem Fall zu berücksichtigen, und zwar unabhängig von der Frage, ob AGB-Recht unmittelbar anwendbar ist oder nicht. Auf die Unternehmereigenschaft der öffentlichen Hand kommt es insoweit nicht mehr an.

4. Ergebnis

Unseres Erachtens handelt es sich beim vorliegenden Vertrag um keinen Verbrauchervertrag i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB. Die Wertungen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle sind jedoch die gleichen wie im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Angemessenheitskontrolle.

BGB §§ 577, 471

Miervorkaufsrecht nach Eigentumserwerb vom Insolvenzverwalter

I. Sachverhalt

Zur Beurkundung steht der Verkauf mehrerer Eigentumswohnungen an, die in drei unterschiedlichen Wohnanlagen gelegen sind.

Die Teilung der ersten Wohnanlage wurde 1998 im Grundbuch eingetragen. Der jetzige Verkäufer erwarb die Wohnanlage im Jahre 2006 aus der Insolvenz.

Die zweite Wohnanlage erwarb der Verkäufer 2007 aus der Insolvenz. Die Teilung in Wohnungseigentum wurde 2008 im Grundbuch eingetragen.

Die Teilung der dritten Wohnanlage wurde 1996 im Grundbuch eingetragen. Der Verkäufer erwarb die Wohnanlage 2007 durch Zuschlagsbeschluss des Insolvenzgerichts.

II. Frage

Greift bei einem Verkauf das Mietervorkaufsrecht gem. § 577 BGB für die jeweils vor Eintragung der Teilung bis heute bestehenden Mietverhältnisse?

III. Zur Rechtslage

1. Voraussetzungen des Mietervorkaufsrechts gem. § 577 Abs. 1 BGB

§ 577 Abs. 1 S. 1 BGB gewährt dem Mieter ein **gesetzliches Vorkaufsrecht**. Die Vorschrift entspricht inhaltlich § 570b BGB a. F., der für alle Verkaufsfälle gilt, die nach dem 31.8.1993 protokolliert wurden (Art. 6 Abs. 4 des Vierten Mietrechtsänderungsgesetzes). Demzufolge bestehen die Mietervorkaufsrechte vorliegend auch für Mietverträge, die vor dem 31.8.1993 geschlossen wurden.

§ 577 Abs. 1 BGB setzt zunächst **vermietete Wohnräume** voraus; es muss sich bei den betroffenen Mietverträgen also um Mietverträge über Wohnraum handeln. Weitere Voraussetzung ist, dass **nach der Überlassung** an den Mieter **Wohnungseigentum begründet** worden ist oder werden soll. Daraus folgt, dass nur solche Mieter ein Vorkaufsrecht geltend machen können, die bereits vor der Teilung des Eigentums in Wohnungseigentum bzw. bevor das Wohnungseigentum begründet werden soll, über entsprechende Mietverträge verfügt haben. Schließlich ist erforderlich, dass es zu einem **Verkaufsfall** kommt.

2. Erwerb aus der Insolvenz und Zwangsvollstreckung

Fraglich ist, ob das Mietervorkaufsrecht auch für weitere Verkaufsfälle ausgeschlossen ist, wenn die Wohnungseigentumseinheiten nach Teilung aus der Insolvenz von einem Insolvenzverwalter oder durch Zuschlagsbeschluss des Insolvenzgerichts erworben werden. Gem. **§ 471 BGB** ist das Vorkaufsrecht **bei einem Verkauf** im Wege der Zwangsvollstreckung oder **aus der Insolvenzmasse ausgeschlossen**.

Nach Auffassung des BGH besteht das Vorkaufsrecht **nur für den ersten Verkaufsfall** nach der Umwandlung in Wohnungseigentum (BGHZ 167, 58 = DNotZ 2006, 747 [zu § 2b Abs. 1 S. 1 WoBindG]; DNotZ 2008, 116). Das Vorkaufsrecht ist seines Erachtens sogar dann **ausgeschlossen, wenn das Mietervorkaufsrecht beim ersten Verkaufsfall gem. § 471 BGB nicht bestand** (weil ein Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder aus der Insolvenzmasse vorlag) und die Wohnungen nunmehr vom Erwerber weiterverkauft werden (BGH NJW 1999, 2044, 2046; DNotZ 2008, 116; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4185; MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl. 2012, § 577 Rn. 13). Begründet wird dies damit, dass § 577 Abs. 1 BGB nach seinem Sinn und Zweck spekulativen Verkäufen des Wohnungseigentümers begegnen soll. Erfolge ein Verkauf aus der Zwangsversteigerung oder

Insolvenz, sei die Vorschrift dem Normzweck nach nicht einschlägig. Es sei vielmehr geboten, dem Erwerber ein vom Mietervorkaufsrecht befreites Objekt zu verschaffen, um eine möglichst günstige Verwertung des Vermögensgegenstands aus der Insolvenzmasse zu gewährleisten.

3. Mietervorkaufsrechte im konkreten Fall

Wendet man die vorgenannten Grundsätze auf den konkreten Fall an, kommt man zu folgendem Ergebnis:

Soweit die Aufteilung in Wohnungseigentum geschehen ist, bevor der jetzige Eigentümer das Eigentum an den Wohnungseigentumseinheiten erworben hat (**erste und dritte Wohnanlage**), dürfte ein Mietervorkaufsrecht nicht mehr gegeben sein. Das Mietervorkaufsrecht besteht nur für einen Verkaufsfall. Es war damit auch für alle weiteren Verkaufsfälle **ausgeschlossen**, es sei denn, die Voraussetzungen des § 471 BGB wären nicht erfüllt gewesen.

Anders dürfte der Verkauf von Wohnungen aus der **zweiten Wohnanlage** zu beurteilen sein. Hier fand die Aufteilung in Wohnungseigentum erst statt, nachdem der jetzige Verkäufer die Wohnanlage erworben hatte. Der Verkauf geschah daher vor der Aufteilung und kann nicht als Verkaufsfall bzw. erster Verkaufsfall i. S. v. § 577 Abs. 1 BGB gelten. Insoweit **dürfte** also ein **Mietervorkaufsrecht bestehen**.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

BGB § 1361

Modifizierende Vereinbarung über den Trennungserhalt

Abruf-Nr.:

EGBGB Art. 26

USA: Beurkundung eines gemeinschaftlichen Testaments mit einem US-amerikanischen Ehemann; Auswirkungen der EuErbVO

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

EMRK Art. 6 Abs. 1 S. 1; ZPO § 1040 Abs. 3 S. 2; BGB §§ 125 S. 1, 139, 311b Abs. 1; GmbHG § 15 Abs. 4 S. 1

Wirksamkeit einer Schiedsklausel in beurkundungspflichtigem Vertrag bei Bezugnahme auf nicht beurkundete Schiedsgerichtsordnung

a) Im Verfahren auf gerichtliche Entscheidung gegen einen schiedsgerichtlichen Zuständigkeitszwischenentscheid nach § 1040 Abs. 3 Satz 2 ZPO ist das Oberlandesgericht (§ 1062 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO) nicht nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung verpflichtet, da verfahrensrechtliche Entscheidungen mangels Entscheidung in der Sache nicht dem Anwendungsbereich dieser Norm unterfallen.

b) Die Unwirksamkeit einer sogenannten Kompetenz-Kompetenz-Klausel führt nicht nach § 139 BGB zur Unwirksamkeit der gesamten Schiedsvereinbarung.

c) Eine Schiedsklausel in einem notariell beurkundeten Vertrag über den Verkauf und die Übertragung von Grundstücken und Gesellschaftsanteilen ist nicht deshalb nach § 125 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 311b Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG nichtig, weil sie auf eine Schiedsgerichtsordnung Bezug nimmt, die nicht mit beurkundet worden ist.

BGH, Beschl. v. 24.7.2014 – III ZB 83/13

Problem

Schiedsklauseln spielen in notariellen Verträgen häufig eine Rolle. Bislang war umstritten, ob eine Schiedsgerichtsordnung mit beurkundet werden muss, auf die ein beurkundungspflichtiger Vertrag Bezug nimmt (vgl. zuletzt Kindler, NZG 2014, 961, 962 m. w. N.).

Im vorliegenden Fall schlossen die Parteien einen notariell beurkundeten Vertrag über die Übertragung von Grundstücken und GmbH-Geschäftsanteilen. Der Vertrag enthielt eine Schiedsklausel. Sie sah vor, dass Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Vertrag einschließlich jeder Streitigkeit über seine Wirksamkeit nach der Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) zu entscheiden seien. Das Schiedsgericht könne dabei auch bindend über die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden (Kompetenz-Kompetenz-Klausel). Die Schiedsgerichtsordnung war nicht beurkundet worden. Der BGH musste vorliegend u. a. darüber befinden, ob die Schiedsvereinbarung wirksam zustande gekommen war.

Entscheidung

Der BGH hält die **Schiedsvereinbarung** im Ergebnis für **wirksam**, beanstandet jedoch die **Kompetenz-Kompetenz-Klausel**. Sie sei **unwirksam**, weil die §§ 1040 Abs. 3 S. 2, 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO den staatlichen Gerichten eine Befugnis zur Prüfung der Schiedsvereinbarung einräumten. Diese seien nicht dispositiv. Die Unwirksamkeit der Kompetenz-Kompetenz-Klausel lasse jedoch die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung im Übrigen unberührt. Die Klausel stelle eine **gesonderte Vereinbarung** dar; es sei fernliegend, dass die Parteien insgesamt auf den Schiedsvertrag verzichtet hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel gekannt hätten.

Der BGH betrachtet die Schiedsvereinbarung auch **nicht als formnichtig gem. § 125 S. 1 BGB i. V. m. § 311b Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG**, weil die in Bezug genommene Schiedsgerichtsordnung der DIS nicht mit beurkundet worden ist. Die Schiedsvereinbarung bedürfe zu ihrer Wirksamkeit lediglich der Schriftform (§ 1031 ZPO). Das **Formbedürfnis** des § 1031 ZPO erstreckte sich **nur** auf die **Schiedsvereinbarung** i. S. v. § 1029 Abs. 1 ZPO,

nicht jedoch auf die Regelungen für das **Schiedsverfahren** (Schiedsgerichtsordnung).

Unmaßgeblich sei, dass sich die Schiedsvereinbarung auf ein formbedürftiges Rechtsgeschäft beziehe. Der BGH stützt sich insoweit auf eine frühere Entscheidung (Urt. v. 22.9.1977, BGHZ 69, 260 = DNotZ 1978, 151). Der III. Zivilsenat habe darin festgehalten, dass eine im Zusammenhang **mit einem formbedürftigen Grundstückskaufvertrag abgeschlossene Schiedsvereinbarung nicht formbedürftig** sei, **wenn** sich aus der Auslegung der Schiedsvereinbarung ergebe, dass sie **unabhängig von der Wirksamkeit des Hauptvertrags** gelten solle. Räume die Schiedsvereinbarung dem Schiedsgericht auch die Kompetenz zur Entscheidung über die Wirksamkeit des Hauptvertrags ein, sei die Schiedsvereinbarung als selbständig zu qualifizieren und damit nicht Teil des formpflichtigen Hauptvertrags.

Der BGH zieht daraus die Schlussfolgerung, dass die Wahrung der Schriftform vorliegend ausreicht. Die Schiedsvereinbarung gelte explizit auch für Streitigkeiten über die Wirksamkeit des Vertrags. Wie sich aus § 1040 Abs. 1 S. 2 ZPO ergebe, sei die **Schiedsklausel** als eine **von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung** anzusehen.

Praxishinweis

Um Unklarheiten zu vermeiden, sollte die Schiedsklausel stets ausdrücklich zu der Frage Stellung nehmen, ob sie auch für Streitigkeiten über die Wirksamkeit des Vertrags gilt.

GBO § 15 Abs. 2; BNotO §§ 45, 51 Übergang von Notarvollmachten auf amtlich bestellten Aktenverwahrer

Wird einem Notar die Verwahrung der Akten eines aus dem Amt ausgeschiedenen Notars übertragen, gehen rechtsgeschäftlich erteilte wie gesetzlich vermutete Vollmachten auf den Aktenverwahrer über. Zum Nachweis seiner Vertretungsberechtigung genügt gegenüber dem Grundbuchamt regelmäßig sein Hinweis auf die Übertragung. Der Notar muss sich insbesondere nicht durch Vorlage des Verwaltungsakts der Landesjustizverwaltung ausweisen.

KG, Beschl. v. 8.5.2014 – 1 W 208/13

Problem

Die Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob Vollmachten eines Notars auf dessen Aktenverwahrer übergehen.

Der Notar S. beurkundete einen Grundstückskaufvertrag und wurde mit dem Vollzug der Urkunde beauftragt. Nachdem das Amt des Notars S. erloschen war, bestellte die Landesjustizverwaltung Notar H. zu dessen Aktenverwahrer. Notar H. beantragte unter Hinweis auf seine Eigenschaft als Aktenverwahrer die Eintragung einer Auflassungsvormerkung, um den von Notar S. beurkundeten Kaufvertrag zu vollziehen. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung mit der Begründung ab, dass der Aktenverwahrer nicht antragsberechtigt sei. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg.

Entscheidung

Das KG stellt zunächst fest, dass die Eintragung einer Vormerkung auf Antrag erfolgt (§ 13 Abs. 1 S. 1 GBO),

wenn sie derjenige, dessen Rechte betroffen sind, bewilligt (§ 885 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB, § 19 GBO).

Der Notar habe den **Antrag** im Namen der Beteiligten gestellt. Seine **Ermächtigung** hierzu werde **gem. § 15 Abs. 2 GBO vermutet**. Unmaßgeblich sei, dass ein anderer als der antragstellende Notar die Bewilligung beurkundet habe. Sei das **Amt des Notars erloschen** und übertrage die Landesjustizverwaltung die Verwahrung der Akten einem anderen Notar (§ 51 Abs. 1 S. 1 u. 2 BNotO), gehöre es zu dessen Aufgaben, die vom Amtsvorgänger begonnenen Amtsgeschäfte fortzuführen. **Vollmachten, die dem Amtsvorgänger** zur Erledigung der Amtsgeschäfte **erteilt** worden seien, **gingen auf den Aktenverwahrer über**. **Entsprechendes gelte für die Vollmachtsvermutung** nach § 15 Abs. 2 GBO.

Der Notar **müsse seine Stellung als Aktenverwahrer** auch **nicht besonders nachweisen**. Mit der Fortführung der Amtsgeschäfte des Amtsvorgängers erfülle der Notar nicht dessen, sondern **eigene**, ihm in seiner Eigenschaft als Notar zukommende **Ampflichten**. Der Aktenverwahrer werde im eigenen Namen und unter seinem Siegel oder Stempel tätig (§§ 51 Abs. 5 S. 3, 45 Abs. 4 S. 1 BNotO). Ob er auf die Aktenverwahrung überhaupt hinweisen müsse, könne dahinstehen; dies sei vorliegend nämlich geschehen. Es sei auch unerheblich, ob die Bestellung zum Aktenverwahrer unter dem Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs erteilt worden sei, solange keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Aufsichtsbehörde zwischenzeitlich vom Widerrufsvorbehalt Gebrauch gemacht habe.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg