



An das
Bundesverfassungsgericht
Dienstszitz "Waldstadt"
Rintheimer Querallee 11

76131 Karlsruhe

Rechtswissenschaftliche
Fakultät

Institut für Völkerrecht und
ausländisches öffentliches
Recht

Geschäftsführender Direktor
Professor Dr. iur. Bernhard Kempen

06. Januar 2012

VERFASSUNGSBESCHWERDE

der

MAXIMUM Industrie- und Gewerbeholding GmbH
Ahornstraße 28 - 32, 14482 Potsdam,
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer,
Herrn Michael Wolf

- Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

Professor Dr. iur. Bernhard Kempen
Institut für Völkerrecht
Universität zu Köln
Gottfried-Keller-Straße 2
50931 Köln

Gottfried-Keller-Straße 2
50931 Köln
Telefon +49 221 470-2364
Telefax +49 221 470-4992
voelkerrecht-sekretariat@uni-koeln.de
www.voelkerrecht.uni-koeln.de

gegen:

- den Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 29. 11. 2011, eingegangen am 07. 12. 2011, Az. 14 U 226/09 - (**Anlage 1**),
- den Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 23. 09. 2011, zugestellt am 28. 09. 2011, Az. - 14 U 226/09 - (**Anlage 2**),
- das Urteil des Landgerichts Berlin vom 29. 10. 2009, zugestellt am 06. 12. 2009, Az. 9 O 183/09 - (**Anlage 3**)

wegen:

- Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG;
- Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG;
- Verletzung des Rechts auf ein rechtsstaatlich faires Verfahren, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsgebot,
- Verletzung des Willkürverbots, Art. 3 Abs. 1 GG.

Ich zeige unter Beifügung einer Vollmacht an, dass mich die Beschwerdeführerin bevollmächtigt hat, sie in dem Verfahren der Verfassungsbeschwerde zu vertreten.

Übersicht

	Seite
I. Hintergrund und Vorgeschichte des Ausgangsverfahrens	04
1. Profil der Beschwerdeführerin	04
2. Unternehmenskaufvertrag vom 27. 04. 1993	04
3. Formnichtigkeit des Kaufvertrages	06
a) Vertragsklausel über das mitveräußerte Anlage- und Vorratsvermögen	07
b) Beurkundungsmängel	09
c) Nichtigkeitsfolge und fehlende Heilung	13
d) Bestätigung der Nichtigkeit	14
aa) Rechtsgutachten und wissenschaftliches Schrifttum	14
bb) Gerichtliche Entscheidungen	15
4. Vorprozess ("Mindermengenprozess")	16
5. Parallelprozess ("Kaufpreisprozess")	18
II. Ausgangsverfahren: Vollstreckungsgegenklage gegen den Notar	20
1. Erste Instanz vor dem Landgericht Berlin	20
2. Zweite Instanz vor dem Kammergericht Berlin	23
III. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde	26
1. Rechtswegerschöpfung mangels Revisionsmöglichkeit	27
2. Rechtswegerschöpfung durch Anhörungsrüge	27
3. Frist der Verfassungsbeschwerde	28
IV. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde	29
1. Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG	30
a) Schutzbereich	30
b) Eingriff und Verletzung	32
2. Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters, Art. 101 Abs.1 Satz 2 GG	38
a) Nichtbeachtung des Geschäftsverteilungsplans	38
b) Mitwirkung trotz Besorgnis der Befangenheit	42
3. Verletzung der Garantie eines rechtsstaatlich fairen Verfahrens	43
a) Schutzbereich	43
b) Eingriff und Verletzung	43
4. Verstoß gegen das Willkürverbot, Art. 3 Abs. 1 GG	44

I. Hintergrund und Vorgeschichte des Ausgangsverfahrens

1. Profil der Beschwerdeführerin

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Geschäftsfeld ausweislich der aktuellen amtlichen Eintragung im Handelsregister der Erwerb, das Halten und die Veräußerung von Gesellschaftsbeteiligungen, die Vermietung und die Verwaltung sowie die Verwertung von Grundstücken, Grundstücksaufbauten und grundstücksgleichen Rechten ist. Das Unternehmen ist aus einem kleineren mittelständischen Familienunternehmen mit 15 Mitarbeitern hervorgegangen, das die Brüder Bernd und Helmut Breuer von ihrem früh verstorbenen Vater übernommen und seit Anfang der 80er bis zum Beginn der 90er Jahr zum führenden Weltunternehmen der Kran- und Schwertransportbranche mit 2.500 Mitarbeitern und 1 Mrd. DM Umsatz aufgebaut haben. In der Maximum Industrie- und Gewerbeholding GmbH hält Bernd Breuer 70% der Gesellschaftsanteile, die restlichen 30% hält eine Gesellschaft, in der seine Kinder Gesellschafter sind. Nach der deutschen Wiedervereinigung gehörten die Brüder Breuer zu den zehn stärksten Investoren in den neuen Bundesländern.

2. Unternehmenskaufvertrag vom 27. 04. 1993

Die Beschwerdeführerin kaufte am 27. 04. 1993 von der Maschinenbau Babelsberg GmbH, einem ehemaligen Volkseigenen Betrieb der DDR ("VEB Maschinenbau Karl Marx"), deren alleiniger

Gesellschafter nun die Treuhandanstalt war, ein Produktions- und Firmengelände in Potsdam mit einer Größe von ca. 150.000 qm nebst Anlage- und Vorratsvermögen zu einem Preis von insgesamt 22.590.000,00 DM. Die Beschwerdeführerin wollte mit dem Erwerb einen zusätzlichen Standort für ihr nach Osten expandierendes Krangeschäft schaffen. Dafür bestanden gute Voraussetzungen, weil der DDR-Betrieb seit 1969 auf die Produktion von Autokranen und Sattelaufliegern spezialisiert war. Zugleich wollte die Beschwerdeführerin einen eigenen Beitrag zum Aufbau im Osten Deutschlands leisten.

Die Beschwerdeführerin verpflichtete sich in dem Kaufvertrag, bis Ende 1999 150 Mio. DM zu investieren. Vertragsbestandteil war ferner die Regelung, dass 5 Mio. DM des Kaufpreises erlassen würden, wenn fünf Jahre lang mindestens 500 Mitarbeiter beschäftigt würden. Eine Teilfläche des Geländes sollte nach dem Vertrag einer Weiterbildungsstätte überlassen werden, deren Auszubildende zugleich im Kranbetrieb lernen und deswegen auf die Beschäftigungsgarantie angerechnet werden durften. Für diese vorbildliche Vertragsabsprache hat sich später der Begriff "Babelsberger Modell" eingebürgert.

Die Treuhandanstalt erklärte in § 32 Abs. 2 Satz des Vertrages den "Schuldbeitritt hinsichtlich sämtlicher Zahlungsverpflichtungen des Verkäufers im Zusammenhang mit dem Vertrag und seiner eventuellen Rückabwicklung".

Der Vertrag wurde vor dem Berliner Notar [REDACTED], [REDACTED] Berlin, geschlossen und von diesem unter der Urkunden-Nr. S 96/1993 beurkundet (**Anlage 4**).

Die Beschwerdeführerin nahm vertragsgemäß ihre Geschäfte auf. Sie erwarb neue Maschinen und Krane, baute eine neue Lackieranlage, sanierte im Boden verborgene Altlasten, asphaltierte Straßen und Wege, legte neue Versorgungsleitungen und schulte Mitarbeiter. Insgesamt hat die Beschwerdeführerin die vertraglich versprochene Investition in Höhe von 150 Mio. DM vollständig geleistet.

3. Formnichtigkeit des Kaufvertrages

Als die Beschwerdeführerin bald nach Vertragsabschluss bemerkte, dass mitveräußertes Inventar nicht mehr vorhanden war, weil es seitens des Verkäufers zwischenzeitlich an Dritte weiterveräußert worden war, kam es zu teilweise bis heute andauernden Rechtsstreitigkeiten in mehreren Parallelprozessen. Im Verlauf der Prozesse fiel der Beschwerdeführerin auf, dass der am 27. 04. 1993 geschlossene Kaufvertrag von dem Notar nicht wirksam beurkundet worden war.

Der Vertrag ist wegen Verstoßes gegen § 313 BGB a.F. gem. § 125 BGB, §§ 9, 13 BeurkG formnichtig, weil der Notar es versäumt hatte, das mitverkaufte umfangreiche Anlage- und Vorratsvermögen in der gebotenen Form zu beurkunden.

a) Vertragsklausel über das mitveräußerte Anlage- und Vorratsvermögen

Im Einzelnen heißt es unter § 3 des Kaufvertrages unter der Überschrift "Kaufgegenstand (Anlage und Vorratsvermögen)":

"(1) Der Verkäufer verkauft an den Käufer desweiteren die nachfolgenden, zum Betrieb des Verkäufers gehörenden Vermögensgegenstände - nachfolgend Kaufgegenstand (Anlage- und Vorratsvermögen) genannt - nämlich

1. die im Geschäftsbetrieb des Verkäufers verwendeten Gegenstände des Sachanlagevermögens, bestehend im wesentlichen aus Maschinen, maschinellen Anlagen und Vorrichtungen (mitverkauft werden die diesen Gegenständen zugeordneten Werkzeuge, Zubehörteile und Ersatzteile), gemäß dem in Anlage 5 beigefügten Inventarverzeichnis zum 31. 12. 1991, fortgeschrieben zum 31. 3. 1993;

2. die im Geschäftsbereich des Verkäufers verwendeten bzw. hergestellten Vorräte, bestehend im wesentlichen aus Rohmaterial, halbfertigen und fertigen Erzeugnissen, gemäß dem in Anlage 6 beigefügten Inventarverzeichnis zum 31. 12. 1992, fortgeschrieben zum 31. 3. 1993.

Die Anlage wurde verlesen."

Die mehrere hundert Seiten starken Inventarverzeichnisse (**Anlage 5**), deren Einbeziehung in die Vertragsurkunde ursprünglich vorgesehen war, befanden sich in einem blauen Ordner, der von der Verkäuferseite zum Notartermin mitgebracht worden war. Der Notar wollte aber offenbar das zeitraubende Verlesen dieser Inventarverzeichnisse vermeiden. Die in § 3 des Vertrages als Anlage

5 und Anlage 6 bezeichneten Inventarverzeichnisse sind in dem notariellen Beurkundungstermin nicht verlesen und der Vertragsurkunde nicht beigefügt worden. Dies ist zwischen allen Beteiligten unstrittig.

In der Vertragsurkunde finden sich stattdessen als Anlage 5 und Anlage 6 sog. Saldenlisten, die der Notar erstellt hat. Es konnte bis heute nicht geklärt werden, ob diese Saldenlisten während der Beurkundung schon vorhanden waren, oder ob sie erst nachträglich von dem Notar erstellt und später der Urkunde beigefügt wurden. Ungeklärt blieb auch, ob sie in dem Beurkundungstermin verlesen wurden.

In den Saldenlisten, die dem Vertrag, zu welchem Zeitpunkt auch immer, beigefügt worden sind, wird der Wert bestimmter Gruppen von Gegenständen angegeben und auf bestimmte Blätter der Inventarverzeichnisse verwiesen. In den Saldenlisten findet sich die Formulierung, dass die Inventarverzeichnisse dem Notar übergeben werden und von diesem zu den Notarakten zu nehmen seien. Im Wortlaut heißt es:

"Die Beteiligten übergeben dem Notar ein vollständiges Inventarverzeichnis, aus dem sich auch die Streichungen ersehen lassen, mit der Bitte, dieses Exemplar zu Beweis Zwecken zu seinen Notar Nebenakten zu nehmen." (Bl. 2 der Anlage 5 des Vertrages, **Anlage 4**)

"Das Umlaufvermögen der Gesellschaft ergibt sich aus dem den Parteien bekannten Inventarverzeichnis der Inventur per 31. 09. 1993, Blatt 1 bis 119. Ein Exemplar wird dem Notar von den Parteien übergeben mit der

Bitte, dieses zu Beweis Zwecken zu seinen Notariatsnebenakten zu nehmen." (Bl. 1 der Anlage 6 des Vertrages, **Anlage 4**)

b) Beurkundungsmängel

Der Vertrag weist mehrere erhebliche Beurkundungsmängel auf.

Das Beurkundungserfordernis ergibt sich aus § 313 BGB in der 1993 maßgeblichen, mit dem heutigen § 311b Abs. 1 BGB wortlautidentischen Fassung. Das Formerfordernis bezieht sich dabei zunächst auf die Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb von Eigentum an einem Grundstück. Es erstreckt sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 63, 359[361]; 76, 43 [48 f.] 89, 41 [43]) darüber hinaus auch auf den - für sich allein nicht formbedürftigen - Verkauf von beweglichem Vermögen, sofern dieses Rechtsgeschäft mit dem Verkauf des Grundstücks ein einheitliches Geschäft bildet. Konkret bezogen auf den von der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Kaufvertrag hat der Bundesgerichtshof den Umfang der Beurkundungspflicht denn auch auf den gesamten von der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Kaufvertrag erstreckt gesehen. Wörtlich führt der BGH in seinem Urteil vom 16. 07. 2004 (Az. V ZR 222/03, **Anlage 6**) aus:

"Hier bildeten der Verkauf der Grundstücksflächen und der Verkauf des Anlage- und Vorratsvermögens ein einheitliches Geschäft, weil beide

derart voneinander abhängig waren, dass sie miteinander 'stehen und fallen' sollten."

Demgemäß hätte in dem Vertrag die rechtgeschäftliche Einigung über den Verkauf der einzelnen Kaufgegenstände des beweglichen Vermögens notariell beurkundet werden müssen. Eine ordnungsgemäße notarielle Beurkundung hätte vorausgesetzt, dass der Wortlaut des § 3 des Vertragsentwurfs angepasst wird. Konkret hätte der Notar in § 3 des Vertrages die Saldenlisten neben den Inventarverzeichnissen als Anlagen nennen müssen. Ferner hätte er die Inventarverzeichnisse, auf die in den Saldenlisten verwiesen wird, als integralen Bestandteil der Vertragsurkunde beifügen müssen. Und schließlich hätte er sowohl die Saldenlisten als auch die Inventarverzeichnisse in dem Beurkundungstermin vollständig verlesen müssen.

Die Voraussetzungen ergeben sich aus dem Beurkundungsgesetz aus der zum Beurkundungszeitpunkt im Jahr 1993 maßgeblichen Fassung. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 u. 2 BeurkG besteht für den Notar die Pflicht zu klarer und eindeutiger Formulierung. Diese Rechtspflicht hat der Notar dadurch verletzt, dass er die ursprüngliche Fassung des § 3 des Vertrages, in der ausschließlich von den Inventarverzeichnissen als Anlage 5 und 6 die Rede war, beibehielt, obwohl die Inventarverzeichnisse dann nicht die Anlagen 5 und 6 bildeten.

Hinzu treten Verstöße gegen § 9 Abs. 1 Satz 2 und § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG. Nach diesen Vorschriften müssen Erklärungen der Parteien, die in Anlagen enthalten sind, der Urkunde beigefügt werden (§ 9

Abs. 1 Satz 2 BeurkG) und alle Erklärungen, auch die in Anlagen enthaltenen, verlesen werden (§ 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). Diese Vorschriften hat der Notar nicht beachtet. Die Inventarverzeichnisse, auf die der Vertrag als Anlage verweist (§ 3 des Vertrages), sind erkennbar nicht der Urkunde beigelegt worden. Sie sind auch nicht verlesen worden. Sie sind ausweislich der Vertragsurkunde lediglich "zu Beweiszwecken" zu den Notarnebenakten genommen worden. Auf die in § 3 des Vertrages in Bezug genommenen Inventarverzeichnisse kam es aber zur Bestimmung der Kaufgegenstände entscheidend an. Aus den Saldenlisten (Anlagen 5 und 6 des Vertrages) lassen sich die Kaufgegenstände nämlich nicht bestimmen. Die Listen verwenden Sammelbegriffe wie "Anlagen der Energie und Umwelt", "Anlagen der Materialbe- und verarbeitung" oder "Fuhrpark und Transportanlagen". Mit diesen Sammelbegriffen bleibt die Bezeichnung der Kaufgegenstände inhaltsleer. Erst durch die Hinzunahme der Inventarlisten lässt sich ermitteln, welche konkreten Kaufgegenstände an einem bestimmten Stichtag vorhanden und zu übereignen waren. Demgemäß verweisen die Saldenlisten zur näheren Bestimmung der Kaufgegenstände auf die Inventarverzeichnisse. So heißt es beispielsweise in Ziffer 2 der Anlage 5:

"Anlagen der Materialbe- und Verarbeitung (Blatt 44 bis 124) mit einem Gesamtbuchwert von 3.228.481,00 DM"

Der Klammerzusatz (Blatt 44 bis 124) bezieht sich dabei auf die Seiten des Inventarverzeichnisses.

—

Dass die im Wege einer Kettenverweisung einbezogenen Inventarverzeichnisse nach § 9 Abs. 1 Satz 2 und § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zwingend in die Vertragsurkunde einzubeziehen und vollständig zu verlesen waren, ergibt sich im Umkehrschluss aus der 1998 eingeführten Änderung des § 14 BeurkG. Nach der - ohne Rückwirkung - eingeführten Novelle kann nun bei Inventaren, die in die Urkunde aufgenommen werden, im Einvernehmen aller Beteiligten vom Verlesen abgesehen werden.

—

Der Bundesgerichtshof hat in dem bereits zitierten Urteil vom 16. 07. 2004 (Az. V ZR 222/03, **Anlage 6**) zu den Beurkundungsmängeln des von der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Kaufvertrages ausgeführt:

"b) Dem Formerfordernis wurde jedoch nicht genügt. Nachdem das Berufungsgericht insoweit keine Feststellungen getroffen hat, ist zugunsten der Revision davon auszugehen, daß die zur Bestimmung der Gegenstände des veräußerten Anlage- und Vorratsvermögens dienenden - jeweils mehrere hundert Seiten starken - Inventarverzeichnisse weder verlesen noch der Vertragsurkunde beigelegt worden sind. Revisionsrechtlich ist ferner davon auszugehen, daß die entsprechend § 3 Abs. 1 der Vertragsurkunde mit "Anlage 5" und "Anlage 6" bezeichneten, später auf Grund der Inventarverzeichnisse erstellten Saldenlisten der Urkunde erst nachträglich beigelegt und mithin bei der Beurkundung ebenfalls nicht verlesen wurden. Damit ist das zwingende Erfordernis des Beifügens von Schriftstücken, auf die in der Urkunde verwiesen wird (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG, vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil B, 12. Aufl., § 9 BeurkG Rdn. 51), ebenso wenig beachtet worden, wie die Notwendigkeit des Verlesens auch solcher Anlagen (§ 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, vgl.

Keidel/Kuntze/Winkler, aaO, § 13 BeurkG Rdn. 12). Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 BeurkG n.F. hätte möglicherweise auf ein Verlesen verzichtet werden können, diese Bestimmung trat aber erst am 8. September 1998 und damit nach der Beurkundung in Kraft; im übrigen würde die Wirksamkeit auch nach dieser Vorschrift an der fehlenden Feststellung eines Verzichts auf das Vorlesen nach § 14 Abs. 3 BeurkG n.F. scheitern (vgl. Winkler, ZNotP, Beilage 1/1999, S. 16)."

Allerdings konnte der Bundesgerichtshof in diesem Urteil nicht abschließend die Nichtigkeit des fraglichen Vertrages feststellen, weil zum Urteilszeitpunkt noch streitig war, ob die Inventarverzeichnisse verlesen worden waren. Der Bundesgerichtshof konnte das Nicht-Verlesen mangels entsprechender Tatsachenfeststellungen in der Berufungsinstanz nur zu Gunsten der Revision unterstellen und musste die Sache an die Berufungsinstanz zurück verweisen. Im weiteren Verlauf des Verfahrens wurde allerdings unstrittig, dass die Inventarverzeichnisse nicht verlesen worden waren.

c) Nichtigkeitsfolge und fehlende Heilung

Die Rechtsfolge der Beurkundungsmängel ergibt sich aus §§ 125, 139 BGB. Der Kaufvertrag über das Anlage- und Vorratsvermögen ist wegen Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form nichtig (§ 125 Satz 1 BGB). Die Teilnichtigkeit führt im vorliegenden Fall zur Gesamtnichtigkeit, weil nicht anzunehmen ist, dass der Kaufvertrag über das Betriebsgrundstück ohne die vertragliche Einigung über den Verkauf des Anlage- und Vorratsvermögens abgeschlossen worden wäre (§ 139 BGB).

Der Formmangel ist auch nicht durch die spätere Auflassung und Eintragung geheilt worden. Die Heilungsmöglichkeit des § 313 Satz 2 BGB a.F. setzt nämlich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass zum Zeitpunkt der Auflassung die Willensübereinstimmung der Vertragsparteien noch fortbestand (BGHZ 127, 137 m.w.N.). Genau dies war aber nicht der Fall. Zum Zeitpunkt der Auflassung am 24. 05. 1996 befanden sich die Vertragsparteien schon in einem seit dem 21. 07. 1995 anhängigen Rechtsstreit vor dem Landgericht Berlin, in dem über die Auslegung des Kaufvertrages gerade in Bezug auf den Umfang des mitverkauften Anlage- und Vorratsvermögens gestritten wurde. Der Bundesgerichtshof hat in dem schon mehrfach zitierten Urteil vom 16. 07. 2004 (**Anlage 6**) ausgeführt:

2. Zu Recht verneint das Berufungsgericht ferner eine Heilung des Formfehlers nach § 313 Satz 2 BGB a.F. Zwar sind hinsichtlich der veräußerten Grundstücksflächen die Auflassung und die Umschreibung des Eigentums inzwischen erfolgt. Zu einer Heilung könnte dies aber nur dann führen, wenn zum Zeitpunkt der Auflassung am 24. Mai 1996 die Willensübereinstimmung der Vertragspartner noch fortbestanden hätte (Senat, Urt. v. 15. Oktober 1993, V ZR 19/92, NJW 1994, 586, 588 m.w.N.). Das war aber nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mehr der Fall."

- d) Bestätigung der Nichtigkeit
- aa) Rechtsgutachten und wissenschaftliches Schrifttum

Den soeben beschriebenen rechtlichen Befund bestätigen zwei Rechtgutachten der Notarrechtler Professor Dr. Günter Brambring und Professor Dr. Rainer Kanzleiter (**Anlage 7**), die in den Vorprozessen vorgelegt worden waren, ferner ein Aufsatz in der NJW 2006, S. 3761 ff. von Professor Dr. Holger Altmeppen, der sich konkret mit dem von der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Kaufvertrag befasst (**Anlage 8**). In der Kommentierung des Palandt (seit 68. Auflage 2008, § 311 b) wird die vom Kammergericht Berlin vorgenommene Einstufung des Vertrages als formwirksam als "zu weitgehend" beurteilt.

bb) Gerichtliche Entscheidungen

Dass der Kaufvertrag wegen der Beurkundungsmängel nichtig ist, hat ferner eine Bestätigung in einem vor dem Landgericht Potsdam geführten Rechtsstreit gefunden, in welchem ein früherer Prozessbevollmächtigter die Beschwerdeführerin auf die Zahlung von Anwaltshonorar in Anspruch nahm und die Beschwerdeführerin sich damit verteidigte, dass der Anwalt die Formnichtigkeit des Vertrages pflichtwidrig zu spät erkannt und vorgetragen habe. Mit Urteil vom 20. 04. 2009 (Az. 12 O 324/07 - **Anlage 9**) hat das Landgericht Potsdam zwar der Klage des Anwalts im Wesentlichen stattgegeben, in den Entscheidungsgründen aber ausgeführt, dass der Vertrag zur Überzeugung des Gerichts wegen des Beurkundungsmangels nichtig ist (S. 17 des Urteils).

Eine weitere Bestätigung findet sich in dem mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffenen Urteil des Landgerichts Berlin zum Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens, in welchem sich die Beschwerdeführerin im Wege einer Vollstreckungsgegenklage gegen die vollstreckungsweise Beitreibung von Kosten in Höhe von rund 200.000 Euro wendet, die der Notar gegen sie aus einem Vorprozess geltend macht. Mit Urteil vom 29. 10. 2009 hat das Landgericht Berlin zwar die Klage der Beschwerdeführerin gegen den Notar abgewiesen (Az. 9 O 183/09 - **Anlage 3**). In den Entscheidungsgründen hat das Gericht aber ausgeführt, dass der Notar seine Amtspflichten verletzt hat, indem er entgegen der Formulierung in § 3 des Kaufvertrages die Saldenlisten zum Vertrag nahm, während er die Inventarverzeichnisse weder zum Vertrag nahm noch verlas (S. 6 f. des Urteils). Die Vollstreckungsgegenklage der Beschwerdeführerin hatte im Ergebnis nur deswegen keinen Erfolg, weil ihr nach der Überzeugung des Landgerichts Berlin ein Schadensersatzanspruch gegen den Notar deswegen nicht zusteht, weil es an einem Zurechnungszusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden fehle.

4. Vorprozess ("Mindermengenprozess")

Das Ausgangsverfahren, dessen gerichtliche Entscheidungen mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, hat den Schadensersatzanspruch zum Gegenstand, mit dem sich die Beschwerdeführerin im Zuge einer Vollstreckungsgegenklage gegen

den Kostenerstattungsanspruch des Notars aus einem Vorprozess wendet. Bei dem Vorprozess, der von den Beteiligten auch "Mindermengenprozess" genannt wird, war es um Folgendes gegangen:

In dem unter dem Aktenzeichen 9 O 369/95 vor dem Landgericht Berlin geführten Zivilrechtsstreit hatte die Beschwerdeführerin gegen die Maschinenbau Babelsberg GmbH und gegen die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben als Rechtsnachfolgerin der Treuhandanstalt Schadensersatzansprüche wegen der vertragswidrigen Verfügung über Gegenstände des Anlage- und Vorratsvermögens und Auskunftsansprüche geltend gemacht. Die Klage war durch Urteil vom 07. 05. 1996 abgewiesen worden, ohne dass die Frage der Formnichtigkeit des notariellen Kaufvertrages überhaupt thematisiert worden wäre (Urteil des Landgerichts Berlin vom 07. 05. 1996, Az. - 9 O 369/95 -, **Anlage 10**).

Gegen dieses Urteil hatte die Beschwerdeführerin Berufung eingelegt. In dem vor dem Kammergericht Berlin unter dem Aktenzeichen 14 U 4939/96 geführten Berufungsverfahren hatte die Beschwerdeführerin zunächst in vollem Umfang die bereits im ersten Rechtszug gestellten Anträge weiter verfolgt, dann aber, nachdem ihr aufgefallen war, dass der Kaufvertrag formnichtig ist, die Klage auf einen Bereicherungsanspruch umgestellt und ihre Klageanträge entsprechend geändert. Im Hauptantrag hatte sie die Feststellung verlangt, dass der Kaufvertrag nichtig ist, ferner die Feststellung, dass sie berechtigt ist, die Rückabwicklung des Vertrages zu verlangen, und schließlich die Feststellung, dass die Bundesanstalt für

vereinigungsbedingte Sonderaufgaben als Beklagte zu 2 verpflichtet ist, sämtliche Verpflichtungen der Verkäuferin aus der Rückabwicklung des Vertrages als Gesamtschuldnerin zu erfüllen.

Mit diesen drei Feststellungsanträgen war die Beschwerdeführerin erfolglos. Mit Urteil vom 04. 04. 2008 hatte der 14. Senat des Kammergerichts Berlin die Berufung im Wesentlichen zurückgewiesen, auf die Widerklage der Beklagten die Feststellung getroffen, dass der notarielle Kaufvertrag wirksam ist, und die Beschwerdeführerin in die Kosten verurteilt (Urteil des Kammergerichts Berlin vom 04. 04. 2008, Az. - 14 U 4939/96 - **Anlage 11**).

Nach diesem Urteil hatte die Beschwerdeführerin auch die Kosten des Notars zu tragen, dem die Beklagten während des Berufungsverfahrens den Streit verkündet hatten und der auf der Seite der Beklagten dem Streit als Streithelfer beigetreten war.

Für die Kostenfestsetzung war ein Streitwertfestsetzungsbeschluss des Kammergerichts vom 08. 11. 2005 maßgeblich, mit welchem in dem Verfahren 14 U 4939/96 der Streitwert für die Berufungsanträge der Beschwerdeführerin mit 766.937,00 Euro und für die Anträge aus der Widerklage der Verkäuferseite mit 23.555.255,00 Euro festgesetzt wurde (Streitwertfestsetzungsbeschluss des Kammergerichts Berlin vom 08. 11. 2005, Az. - 14 U 4939/96 - , **Anlage 12**).

Mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 22. 07. 2009 hatte das Landgericht Berlin die Kosten, die dem Notar als Streithelfer entstanden waren auf 180.760,00 Euro festgesetzt

(Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Berlin vom 22. 07. 2009, Az. - 9 O 369/95 -, **Anlage 13**).

5. Parallelprozess ("Kaufpreisprozess")

Parallel zu dem Vorprozess hatte sich auf Betreiben der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS), der Rechtsnachfolgerin der Treuhandanstalt, ein anderer Verfahrenszug entwickelt. Die BvS hatte im Jahr 2000 vor dem Landgericht Berlin auf Leistung eines angeblich noch offen stehenden Restkaufpreises in Höhe von rund 5,1 Mio. DM geklagt. Das Landgericht hatte die Beschwerdeführerin antragsgemäß verurteilt (Az. 9 O 371/00, **Anlage 14**). Im Verlauf des von der Beschwerdeführerin angestrebten Berufungsverfahrens war der Beschwerdeführerin erstmals bewusst geworden, dass der Kaufvertrag formnichtig ist. Demgemäß hatte sie nun im Berufungsverfahren Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit gestellt. Mit Urteil vom 27. 06 2003 hatte der 14. Senat des Kammergerichts indes die Berufung der Beschwerdeführerin zurückgewiesen, weil diese sich unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung nicht auf die Formnichtigkeit berufen könne (14 U 245/01, **Anlage 15**). Die Revision war nicht zugelassen worden.

Die hiergegen nach erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerde eingelegte Revision zum Bundesgerichtshof hatte Erfolg. Der Bundesgerichtshof hatte mit Urteil vom 16. 07. 2004 das Urteil des Kammergerichts mit der Begründung aufgehoben, der

Nichtigkeitseinwand sei der Verwirkung nicht zugänglich (Az. V ZR 222/03, **Anlage 6**). Ob der Vertrag nichtig ist, müsse von dem Kammergericht, an das die Sache zurück verwiesen wurde, nach weiteren Tatsachenfeststellungen noch beurteilt werden.

Mit Urteil des 14. Senats des Kammergerichts Berlin vom 04. 11. 2005 (**Anlage 16**) war die Berufung der Beschwerdeführerin abermals zurückgewiesen und die auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages gerichtete Widerklage der Beschwerdeführerin abgewiesen worden. Die Revision war nicht zugelassen worden. Der Senat hatte die Nichtbeifügung und das Nichtverlesen der Inventarverzeichnisse - unter Abweichung von den Vorgaben des Bundesgerichtshofs - für nicht maßgeblich gehalten und allein darauf abgestellt, ob die Saldenlisten verlesen worden waren. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme war der Senat zu der Schlussfolgerung gelangt, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelungen sei, die durch die Urkunde begründete Vermutung zu widerlegen, dass die Saldenlisten verlesen worden waren.

Die gegen das Urteil vom 04. 11. 2005 erneut eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde war vom Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 29. 06. 2006 (Az. V ZR 257/05, **Anlage 17**) ohne Begründung zurückgewiesen worden. Die hiergegen erhobene Anhörungsrüge war ebenso erfolglos geblieben (Beschluss des BGH vom 21. 07. 2006, **Anlage 18**) wie eine form- und fristgerecht eingelegte Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, die von der 2. Kammer des Zweiten Senats mit Beschluss vom 03. 03. 2008 ohne Begründung nicht zur Entscheidung angenommen

worden war (2 BvR 1837/06, **Anlage 19**). Gegen die Entscheidungen des Kammergerichts Berlin, des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts hat die Beschwerdeführerin unter dem 02. 09. 2008 Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erhoben, über die noch nicht entschieden ist.

II. Ausgangsverfahren: Vollstreckungsgegenklage gegen den Notar

1. Erste Instanz vor dem Landgericht Berlin

Nachdem der Notar mit Schreiben vom 27. 05. 2009 angekündigt hatte, aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss (s.o. S. 18) gegen die Beschwerdeführerin die Zwangsvollstreckung zu betreiben, erhob diese Vollstreckungsgegenklage gegen den Notar und machte dabei Schadensersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung geltend. Die Klage führte zu dem Ausgangsverfahren, in dessen Verlauf die gerichtlichen Entscheidungen ergangen sind, die mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffen werden.

In dem Ausgangsverfahren beantragte die Beschwerdeführerin erstinstanzlich, die Zwangsvollstreckung des Beklagten (des Notars) aus dem ihm erteilten Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Berlin vom 07. 07. 2008 (Az. 9 O 369/95) für unzulässig zu erklären, ferner, den Beklagten zu verurteilen, die ihm erteilte vollstreckbare Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses herauszugeben und einstweilen anzuordnen, dass die Vollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss bis zur Rechtskraft des Urteils

einstweilen eingestellt wird. Sie berief sich dabei auf einen ihr zustehenden Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten. Der von diesem beurkundete Kaufvertrag sei formnichtig und die zur Nichtigkeit führenden Beurkundungsmängel seien von dem Beklagten zu vertreten. Zumindest aber sei eine Pflichtverletzung wegen unklarer Formulierung der Vertragsurkunde gegeben. Der in dem Vorprozess ("Mindermengenprozess") festgesetzte Kostenerstattungsanspruch des Beklagten stelle einen kausal auf den Beurkundungsmangel zurückzuführenden Schaden dar. Daher sei es rechtsmissbräuchlich, wenn der Beklagte seinen Kostenerstattungsanspruch vollstrecke, da er diesen Betrag unmittelbar an die Beschwerdeführerin zurückzahlen müsse.

Mit Urteil vom 29. 10. 2009 (9 O 183/09, **Anlage 3**) hat das Landgericht Berlin die Klage abgewiesen. Das Gericht bestätigt, dass der beklagte Notar durch die unklare Formulierung in § 3 des Kaufvertrages und durch das Nichteinbeziehen und Nichtverlesen der Inventarverzeichnisse seine ihm gegenüber der Beschwerdeführerin bestehenden Amtspflichten in mehrfacher Hinsicht verletzt habe.

"Zwar hat der Beklagte der Klägerin gegenüber obliegende Amtspflichten verletzt, indem er erstens die Formulierung in § 3 des Kaufvertrages in seiner ursprünglichen Fassung beließ und entgegen dieser Formulierung aber nicht die Inventarverzeichnisse, sondern die erstellten Saldenlisten als Anlagen zum Vertrag nahm und zweitens die Inventarverzeichnisse - auf die in den Saldenlisten verwiesen wird - weder verlesen noch der notariellen Urkunde beigelegt hat." (Bl. 6 f. des Urteils)

Auch sei der Beschwerdeführerin ein Vermögensschaden entstanden, der jedenfalls in der Pflicht bestehe, die Kosten des Beklagten als Nebenintervenient im vorangegangenen Rechtsstreit zu tragen. Der entstandene Schaden sei auch im Sinne eines Bedingungszusammenhangs verursacht worden, da ohne die Pflichtverletzung die Streitverkündung gegenüber dem Beklagten nicht erfolgt wäre (Bl. 7 des Urteils).

Allerdings fehle es an einem Zurechnungszusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung und dem entstandenen Schaden:

"Es fehlt allerdings an einem Zurechnungszusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung und dem entstandenen Schaden. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit des Kaufvertrages im streitgegenständlichen Verfahren wurde nicht durch die Beurkundungsmängel herausgefordert.

Da es hier eines eigenen Willensentschlusses des Geschädigten zur Schadenentstehung bedurfte, müssen die Voraussetzungen für eine psychisch vermittelte Kausalität gegeben sein." (Bl. 7 des Urteils)

Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall nicht gegeben.

2. Zweite Instanz vor dem Kammergericht Berlin

Gegen das Urteil des Landgerichts Berlin hat die Beschwerdeführerin Berufung eingelegt (**Anlage 20, Bl. 1**).

Das Berufungsverfahren wurde vor dem Kammergericht ausweislich einer Mitteilung des Gerichts zunächst vor dem 9. Senat geführt (**Anlage 20, Bl. 3**), nach Eingang der Berufungsbegründung vom 05. 02. 2010 (**Anlage 20, Bl. 4**) aber ausweislich einer weiteren

gerichtlichen Mitteilung vom selben Tage an den 14. Senat abgegeben (**Anlage 20, Bl. 24**). Der Abgabe an den 14. Senat hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 03. 03. 2010 (**Anlage 20, Bl. 25**) widersprochen. Daraufhin wurde sie seitens des 14. Senats mit Schreiben vom 08. 03. 2010 darauf hingewiesen, dass sich die Zuständigkeit nach dem Geschäftsverteilungsplan 2009 nicht auf den geltend gemachten notariellen Amtshaftungsanspruch, sondern auf das Geltendmachen dieses Anspruchs im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage beziehe (**Anlage 20, Bl. 26**). Dem hat die Beschwerdeführerin mit einem weiteren Schriftsatz vom 25. 06. 2010 widersprochen und in dem selben Schriftsatz die Richter des 14. Senats wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt (**Anlage 20, Bl. 27**). Die Besorgnis der Befangenheit resultierte daraus, dass die selben Richter in dem Vorprozess ("Mindermengenprozess") bereits über die Wirksamkeit des Vertrages geurteilt hatten und nun im Regressprozess zu Richtern in eigener Sache werden. Mit Beschluss vom 13. Juli 2010 hat der 14. Senat das Ablehnungsgesuch zurückgewiesen (**Anlage 20, Bl. 32**); eine hiergegen erhobene Gegenvorstellung der Beschwerdeführerin (**Anlage 20, Bl. 35**) blieb erfolglos (**Anlage 20, Bl. 39**). Nachdem die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich an den Beklagten 204.698,88 Euro geleistet und die Zwangsvollstreckungsforderungen des Beklagten damit in vollem Umfang erfüllt hatte, stellte sie ihren Berufungsantrag mit Schriftsatz vom 18. 08. 2010 (**Anlage 20, Bl. 42**) um und beantragte nun, den Beklagten zu verurteilen, den zuvor an ihn geleisteten Betrag zuzüglich Zinsen an sie zu bezahlen. Mit einer "Verfügung" vom 13.

10. 2010 teilte der Vorsitzende des 14. Senats unter Berufung auf den Geschäftsverteilungsplan 2009 mit, dass der Senat keine Veranlassung sehe, den Rechtsstreit zuständigkeitshalber an einen anderen Senat abzugeben (**Anlage 20, Bl. 52**).

Mit Beschluss vom 22. 07. 2011 wies der 14. Senat darauf hin, dass beabsichtigt sei, die zulässige Berufung gem. § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückzuweisen (**Anlage 20, Bl. 55**). Entscheidend ist für den Senat ausweislich der Entscheidungsgründe dabei, dass die Klägerin im Ausgangsverfahren die Kosten des Rechtsstreits gemäß den §§ 91, 97 ZPO zu tragen hatte, ohne dass dies im Zusammenhang mit der Notartätigkeit des Beklagten beim Ausgangsvertrag gestanden habe. Den fehlenden Zusammenhang begründet der Senat in der zentralen Begründungspassage wörtlich wie folgt:

"Denn die Klägerin hatte in der Berufungsinstanz die Anträge geändert. In einer den Kosten- und Gebührenwert entscheidend bestimmenden Weise hatte sie ihre Hauptklage auf drei Feststellungsanträge gestützt." (S. 4 des Beschlusses)

Der Kostenschaden, welcher der Klägerin entstanden sei, beruhe auf deren eigenem prozessualen Verhalten. Wörtlich heißt es:

"Die Klageabweisung und die damit für die Klägerin folgende Kostenlast beruhten nicht auf einer Sachprüfung der Wirksamkeit des Ausgangsverfahrens (richtig wohl: "Ausgangsvertrages") und waren mit der materiellen Rechtslage nicht verknüpft. Die Klägerin hat damit die Kostenentscheidung auch wegen der Streithilfekosten des Beklagten durch ihr eigenes prozessuales Verhalten ausgelöst." (S. 4 des Beschlusses)

Die Beschwerdeführerin wies in einer Stellungnahme und einer ergänzenden Stellungnahme vom 19. 09. 2011 darauf hin, dass der erkennende Senat den Verlauf des Vorprozesses geradezu auf den Kopf stellt (**Anlage 20, Bl. 60**). Tatsächlich war es nicht die Beschwerdeführerin, deren Anträge in der Berufungsinstanz des Vorprozesses für den Gesamtstreitwert verantwortlich waren. Nach dem damals erlassenen Kostenfestsetzungsbeschluss wurde in dem Verfahren 14 U 4939/96 der Streitwert für die Berufungsanträge der Beschwerdeführerin auf 766.937,00 Euro festgesetzt, während der Streitwert für die auf Feststellung der Wirksamkeit des Vertrages gerichteten Anträge der Beklagtenseite auf 23.555.255,00 Euro festgesetzt wurde.

Mit einstimmig gefasstem Beschluss vom 23. 09. 2011 wies der 14. Senat die Berufung gleichwohl zurück (**Anlage 2**). Zur Begründung bezieht sich der 14. Senat einerseits auf die von einer falschen Chronologie ausgehende Begründung seines zuvor erlassenen Hinweisbeschlusses und fügt andererseits und inhaltlich widersprüchlich nun ergänzend hinzu, dass es auf die "historische Prozessentwicklung mit den anwaltlichen und gerichtlichen Gebühren und dem Gebührenstreitwert" als "Bewertungsmaßstab wegen der Kostenentscheidung" nicht ankomme, sondern allein auf die "im Ausgangsverfahren zu treffende konkrete Kostenentscheidung".

Gegen den die Berufung zurückweisenden Beschluss vom 23. 09. 2011, eingegangen am 28. 09. 2011, hat die Beschwerdeführerin gem. § 321a ZPO am 12. 10. 2011 Anhörungsrüge erhoben und dabei

gerügt, dass die Entscheidung des 14. Senats sie in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), in dem Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) und in Art. 3 Abs. 1 GG (Willkürverbot) verletze (**Anlage 20, Bl. 69**).

Mit Beschluss vom 29. 11. 2011, bei der Prozessvertreterin der Beschwerdeführerin am 07. 12. 2011 eingegangen, hat der 14. Senat des Kammergerichts Berlin die Anhörungsrüge zurückgewiesen (Az. 14 U 226/09, **Anlage 1**). Der Senat hält seine Berufungszurückweisung nicht für eine Überraschungsentscheidung und sieht auch nicht, dass seine Begründung zur Kausalität des Schadens allen Denkgesetzmäßigkeiten der Logik widerspricht. Wegen der Rüge der Garantie des gesetzlichen Richters verweist der Senat ohne weitere Ausführungen auf die "Verfügung" vom 13. 10. 2010. Zu dem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG äußert sich der Senat nicht.

III. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Insbesondere ist der Rechtsweg erschöpft, weil das Rechtsmittel der Revision nicht zur Verfügung stand (1.) und die Anhörungsrüge nach § 321a ZPO erfolglos durchgeführt wurde (2.). Ferner ist die Verfassungsbeschwerde mit Zugang beim Bundesverfassungsgericht am 09. 01. 2012 fristgerecht erhoben (3.).

1. Rechtswegerschöpfung mangels Revisionsmöglichkeit

Der Rechtsweg ist im Ausgangsverfahren erschöpft, Revision und Nichtzulassungsbeschwerde sind nicht vorgesehen. In der bis 27. 10. 2011 geltenden Fassung des § 522 Abs. 3 ZPO steht dem Berufungsführer bei einstimmiger Zurückweisung der Berufung das Rechtsmittel der Revision nicht zur Verfügung. Die Rechtslage hat sich erst durch Art. 1 des Änderungsgesetzes vom 21. 10. 2011 (BGBl. I S. 2082) geändert. In der nun geltenden, aktuellen Fassung des § 522 Abs. 3 ZPO steht dem Berufungsführer "das Rechtsmittel zu, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre". Nach § 38a Abs. 1 EGZPO ist der Stichtag für die Anwendung der Neuregelung der 27. 10. 2011. § 38a Abs. 1 EGZPO hat folgenden Wortlaut: "Für Zurückweisungsbeschlüsse, die vor dem 27. Oktober 2011 erlassen wurden, ist § 522 Abs. 3 in der vor dem 27. Oktober 2011 geltenden Fassung anzuwenden." Da der Zurückweisungsbeschluss im vorliegenden Fall am 23. 09. 2011 beschlossen und am 28. 09. 2011 zugestellt wurde, blieb es bei der alten, die Revision ausschließenden Rechtslage.

2. Rechtswegerschöpfung durch Anhörungsrüge

Die Verfassungsbeschwerde rügt unter anderem eine Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör. In einem solchen Fall kann die Verfassungsbeschwerde erst erhoben werden, wenn zuvor die nach dem jeweiligen Prozessrecht zur Verfügung stehende Anhörungsrüge erfolglos geblieben ist. Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer

des Ersten Senats vom 25. 04. 2005 - 1 BvR 644/05 -, NJW 2005, S. 3059 f.; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 30. 05. 2008 - 1 BvR 27/08; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 17. 02. 2011 - 1 BvR 279/11). Aus den genannten Beschlüssen ergibt sich auch, dass beim Unterlassen der Anhörungsrüge die Verfassungsbeschwerde nicht nur in Bezug auf die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs, sondern auch in Bezug auf andere Grundrechte unzulässig ist.

3. Frist der Verfassungsbeschwerde

Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass der Beschwerdeführer materielle Grundrechtsverletzungen nicht parallel zu einer Anhörungsrüge innerhalb der Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG mit der Verfassungsbeschwerde rügen muss:

"Zu verlangen, dass ein Beschwerdeführer zur Wahrung der Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG in Bezug auf materielle Grundrechtsverletzungen bereits Verfassungsbeschwerde zu erheben hat, obwohl wegen der Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 103 Abs. 1 GG mit Blick auf § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG noch eine Anhörungsrüge zu erheben ist, wäre nicht nur nicht prozessökonomisch, sondern auch mit Sinn und Zweck des Subsidiaritätsgrundsatzes unvereinbar" (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. 04. 2005 - 1 BvR 644/05 -, NJW 2005, S. 3059 f.; in diesem Sinne auch *Rieble/Vielmeier*, Riskante Anhörungsrüge, JZ 2011, S. 923 ff., 927).

Demgemäß ist der Eingang des Beschlusses über die Zurückweisung der Anhörungsrüge im vorliegenden Verfahren das für die Frist des § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG maßgebliche Anfangsdatum. Der Beschluss ist bei der Prozessvertreterin der Beschwerdeführerin am 07. 12. 2011 eingegangen (Eingangsstempel auf dem Beschluss, **Anlage 20, Bl. 79**). Fristende ist demgemäß Montag, der 09. 01. 2012 (die Frist endet nicht am Samstag, 07. 01. 2012, sondern am darauffolgenden Werktag, vgl. § 193 BGB).

III. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Beschwerdeführerin ist sich bewusst, dass der Erfolg einer Urteilsverfassungsbeschwerde nicht davon abhängt, ob die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen rechtlich fehlerhaft sind, sondern davon, ob die Entscheidungen einen spezifischen Verfassungsverstoß in Gestalt einer Grundrechtsverletzung oder der Verletzung eines grundrechtsgleichen Rechts aufweisen. Das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz. Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts ist bei der Urteilsverfassungsbeschwerde darauf beschränkt, ob die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen auf einer Verkennung der spezifischen Bedeutung der Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte des Beschwerdeführers beruhen. Genau dies ist hier der Fall.

Der die Berufung zurückweisende Beschluss des 14. Senats des Kammergerichts Berlin vom 23. 09. 2011 und der die Anhörungsrüge

zurückweisende Beschluss des selben Gerichts vom 29. 11. 2011 beruhen auf einer Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör (1.) Die beiden gerichtlichen Entscheidungen sind zudem unter Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters ergangen (2.). Sie verletzen ferner die Garantie eines rechtsstaatlich fairen Verfahrens (3.). Die beiden Entscheidungen und das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Berlin vom 29. 10. 2009 beruhen zudem auf einem Verstoß gegen das Willkürverbot (4.)

1. Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG

a) Schutzbereich

Die Verfassungsgarantie gibt dem Beteiligten vor Gericht nicht nur ein Recht auf Information und ein Recht zur Äußerung, sondern auch ein Recht auf Berücksichtigung des Vorgebrachten. Das Gericht hat die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Äußerungen der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dieser Anspruch ist seit BVerfGE 11, 218 (220) in ständiger Rechtsprechung anerkannt (BVerfG 70, 288 [295]; 72, 119 [121], 83, 24 [35], 106, 28 [48]; dazu auch *Degenhart*, in: Sachs [Hrsg.], GG Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 103 Rn. 28; *Radtke/Hagemeyer*, in: Epping/Hillgruber [Hrsg.], GG Kommentar, 2009, Art. 103 Rn. 13 f., *Nolte*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 3, 5. Aufl. 2005, Art. 103 Rn. 56).

Dieser Anspruch reicht zwar nicht so weit, dass ein Beteiligter in den schriftlichen Entscheidungsgründen einer gerichtlichen Entscheidung eine Auseinandersetzung mit allen Einzelheiten seines Vorbringens erwarten darf. Aber er reicht so weit, dass das Gericht sich mit den für die Nachvollziehbarkeit seiner Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten des Beteiligtenvorbringens auseinandersetzen und dies auch zum Ausdruck bringen muss (BVerfGE 27, 248 [252]). Ein Anspruch auf ausdrückliche Erörterung oder Bescheidung jeder Parteiäußerung ist damit nicht verbunden. Im Gegenteil besteht eine Vermutung, dass die Gerichte ihrer Erwägungspflicht nachkommen (BVerfG 96, 205 [216 f.]; BVerfG (K) NJW 2000, S. 1480 [1483]). Ein Verstoß gegen die Berücksichtigungspflicht kommt daher grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn bestimmte Umstände des Einzelfalles nahelegen, dass das Gericht den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht nachgekommen ist.

In einem Verfahren der einstimmigen Berufungszurückweisung nach § 522 ZPO bestehen mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG gesteigerte verfassungsrechtliche Anforderungen. Das Verfahren nimmt dem Berufungsführer die Möglichkeit, im Rahmen einer mündlichen Verhandlung alle aus seiner Sicht relevanten Tatsachen und seine Rechtsansicht vorzutragen, und das Verfahren nimmt ihm (nach der hier relevanten alten Rechtslage) die Möglichkeit, die Berufungszurückweisung revisionsrechtlich überprüfen zu lassen. Um diese Einschränkungen wenigstens teilweise zu kompensieren, sieht § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO vor, dass der Berufungsführer auf die Absicht, die Berufung zurückzuweisen, hinzuweisen ist und dass ihm

Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme einzuräumen ist. Die Kompensationsfunktion der Stellungnahme verbietet, das im Rahmen der Stellungnahme Vorgetragene nicht zu erwägen oder nicht zu erörtern oder sonst nicht zu berücksichtigen. Geht das Gericht nicht auf die nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO abgegebene Stellungnahme ein, ist die Vermutung, das Gericht habe sich mit dem Vorbringen des Berufungsführers befasst, nicht gerechtfertigt. Vielmehr entsteht dann die Vermutung, das Gericht wolle nach Art einer "Schnelljustiz" zu einem möglichst raschen und geräuschlosen Ende des Verfahrens gelangen.

b) Eingriff und Verletzung

Der die Berufung zurückweisende Beschluss vom 23. 09. 2011 übergeht die von der Beschwerdeführerin in Reaktion auf den Hinweisbeschluss vom 22. 07. 2011 vorgetragene Stellungnahme der Beschwerdeführerin.

In dem Hinweisbeschluss bekundete der Senat seine Absicht, die Berufung gem. § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen. Entscheidend war für den Senat dabei, dass die Klägerin im Ausgangsverfahren die Kosten des Rechtsstreits gemäß den §§ 91, 97 ZPO zu tragen hatte, ohne dass dies im Zusammenhang mit der Notartätigkeit des Beklagten beim Ausgangsvertrag gestanden habe. Den fehlenden Zusammenhang begründet der Senat in der zentralen Begründungspassage wörtlich wie folgt:

"Denn die Klägerin hatte in der Berufungsinstanz die Anträge geändert. In einer den Kosten- und Gebührenwert entscheidend bestimmenden Weise hatte sie ihre Hauptklage auf drei Feststellungsanträge gestützt."
(S. 4 des Beschlusses)

Der Kostenschaden, welcher der Klägerin entstanden sei, beruhe daher auf deren eigenem prozessualen Verhalten. Wörtlich hieß es in dem Hinweisbeschluss:

"Die Klageabweisung und die damit für die Klägerin folgende Kostenlast beruhten nicht auf einer Sachprüfung der Wirksamkeit des Ausgangsverfahrens und waren mit der materiellen Rechtslage nicht verknüpft. Die Klägerin hat damit die Kostenentscheidung auch wegen der Streithilfekosten des Beklagten durch ihr eigenes prozessuales Verhalten ausgelöst." (S. 4 des Beschlusses)

In Reaktion auf diese zentrale Begründungspassage hat die Klägerin in ihrer Stellungnahme (und der ergänzenden Stellungnahme) vom 19. 09. 2011 die prozessuale Chronologie des Ausgangsverfahrens 14 U 4939/96 richtig gestellt und darauf hingewiesen, dass die in diesem Verfahren eingetretene Streitwert- und Kostenerhöhung gerade nicht durch ein Verhalten der Klägerin, sondern durch das Verhalten der Beklagten, der Verkäuferseite, herbeigeführt worden war. Es war nämlich die Verkäuferseite, die in diesem Verfahren als erste den prozessualen Antrag gestellt hat, die Wirksamkeit des notariellen Ausgangsvertrages festzustellen, und es war ebenfalls die Verkäuferseite, die dem Notar den Streit verkündet hat. Dementsprechend hatte denn auch der Streitwertbeschluss in dem Verfahren 14 U 4939/96 vom 08. 11. 2005 die Streitwerte für den zweiten Rechtszug so festgelegt, dass für den Berufungsantrag der

Beschwerdeführerin ein Streitwert von 766.937,00 Euro und für die Anträge aus der Widerklage der Beklagten ein Streitwert von 23.555.255,00 Euro festgesetzt wurde (vgl. Bl. 2 bis 5 des Schriftsatzes).

Nach den vom 14. Senat in dem Hinweisbeschluss aufgestellten Prämissen ("Kostenverursachung durch die Beschwerdeführerin") hätte der Senat nun darauf eingehen müssen, dass seitens der Beschwerdeführerin ein anderer tatsächlicher Ablauf des kostenverursachenden Geschehens im Vorprozess vorgetragen wurde. Er hätte zwingend davon Abstand nehmen müssen, die Berufung durch Beschluss zurückzuweisen. Er hätte sich darüber klar sein müssen, dass die Kostenlast, die der Beschwerdeführerin im Verfahren 14 U 439/96 aufgebürdet worden war, nicht durch deren Verhalten, sondern ganz überwiegend, etwa im Verhältnis 30 zu 1, durch das prozessuale Verhalten der Verkäuferseite entstanden war.

Doch der 14. Senat weist die Berufung durch Beschluss zurück. In dem Beschluss nennt er die beiden Stellungnahmen der Beschwerdeführerin vom 19. 09. 2011. Aber anstatt sich mit dem Vorbringen inhaltlich auseinander zu setzen, lässt es der Senat bei einigen Anmerkungen ("Insoweit ist nur noch Folgendes anzumerken") bewenden. Er bezieht sich zur Begründung einerseits wiederholend auf die von der falschen Chronologie ausgehende Begründung seines zuvor erlassenen Hinweisbeschlusses und fügt zur Begründung andererseits und inhaltlich widersprüchlich nun ergänzend hinzu, dass es auf die "historische Prozessentwicklung mit den anwaltlichen und gerichtlichen Gebühren und dem

Gebührenstreitwert" als "Bewertungsmaßstab wegen der Kostenentscheidung" nicht ankomme, sondern allein auf die "im Ausgangsverfahren zu treffende konkrete Kostenentscheidung" (S. 2 des Beschlusses):

"Gegenüber den Erwägungen der Klägerin ist im Ausgangspunkt zu wiederholen, dass die Klageforderung hier jedenfalls an der fehlenden adäquaten Kausalität zwischen der gerichtlichen Kostenentscheidung und der unterstellten Pflichtverletzung des Beklagten scheitert. Bewertungsmaßstab wegen der Kostenentscheidung ist nicht die historische Prozessentwicklung mit den anwaltlichen und gerichtlichen Gebühren und dem Gebührenstreitwert. Entscheidend ist die ausschließlich nach dem Stand der letzten mündlichen Verhandlung im Ausgangsverfahren zu treffende konkrete Kostenentscheidung, die hier, wie vom Senat im Hinweisbeschluss ausgeführt, maßgeblich auf den unzulässigen letzten Klageanträgen der Klägerin beruht."

Diese Begründung verrät, dass der Senat das Kausalitätsargument der Beschwerdeführerin schlichtweg nicht zur Kenntnis nehmen will. Die konkrete Kostenentscheidung im Vorprozess "beruhte" nicht auf den Anträgen der Beschwerdeführerin, sondern evident auf den Anträgen der Gegenseite. Der Senat blendet das Vorbringen der Beschwerdeführerin aus, dass der rund dreißigfach erhöhte Streitwert und folglich auch die der Klägerin auferlegten erhöhten Kosten durch das Verhalten der Verkäuferseite, welches durch die Amtspflichtverletzung des Beklagten herausgefordert war, verursacht worden war. Er nimmt zwar hypothetisch an, dass der Beklagte unrichtig oder unwirksam beurkundet habe, denkt diese Hypothese

aber dann im weiteren Kausalverlauf nicht folgerichtig zu Ende, weil er den tatsächlichen Geschehensablauf nicht zur Kenntnis nimmt.

Einzig und allein weil der Beklagte den Kaufvertrag - sei es unklar, sei es, wie es inzwischen ja die Vorinstanz und das Landgericht Potsdam im Verfahren 12 O 324/07 zu Recht festgestellt haben: formnichtig - beurkundet hat, sah sich die Verkäuferseite als Beklagte des Vorprozesses herausgefordert, Antrag auf Feststellung der Wirksamkeit des Vertrages zu stellen. Zu diesem Antrag und dem Feststellungsantrag, dass die Käuferseite sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages nicht berufen könne, hätte sich die Verkäuferseite im Ausgangsverfahren nicht veranlasst gesehen, wenn der Beklagte rechtsfehlerfrei gehandelt hätte und die Vertragsparteien von einem wirksamen Vertrag hätten ausgehen können.

Durch die Anträge der Verkäuferseite in dem Ausgangsverfahren entstand aber erst der spätere Kostenschaden für die Klägerin. Es führt mithin eine lückenlose Kausalkette von dem Fehlverhalten des Beklagten zu dem Kostenschaden, den die Klägerin erlitten hat. Wenn der Senat demgegenüber meint, es bei einem oberflächlich-formalen Blick auf die konkrete Kostenentscheidung im Ausgangsverfahren bewenden lassen zu können, hat er nicht nur die Eigenart des Regressprozesses nicht hinreichend bedacht, sondern zugleich den Vortrag der Beschwerdeführerin konsequent ignoriert. Wenn man nämlich wie der Senat in seinem Hinweisbeschluss unterstellt, dass der Beklagte fehlerhaft gehandelt hat, dann muss man konsequenterweise auch unterstellen, dass der Prozessausgang des Ausgangsverfahrens fehlerhaft und die Kostenentscheidung im

Ausgangsverfahren falsch war, dass, mit anderen Worten, die Klägerin im Ausgangsverfahren gar nicht hätte unterliegen und die Kosten gar nicht hätte tragen dürfen.

Dass die Klägerin gleichwohl im Ausgangsverfahren unterlegen war, kann aber bei der vom Senat postulierten Annahme, dass der Beklagte fehlerhaft und rechtswidrig gehandelt hat, nicht zu Lasten der Klägerin als unmittelbare Schadensursache in Ansatz gebracht werden. Die Klägerin hat nicht zu vertreten, dass sie im Ausgangsverfahren Opfer eines krassen Fehltrurteils geworden ist. Vielmehr ist der Kostenschaden, welcher der Klägerin im Ausgangsverfahren entstanden ist, adäquat-kausal allein auf die Amtspflichtverletzung des Beklagten zurückzuführen.

Wer als Notar einen Vertrag unter Verstoß gegen das einschlägige Beurkundungsrecht formnichtig beurkundet, haftet auch dafür, dass in Folgeprozessen, in denen um die Wirksamkeit des Vertrages gestritten wird, zunächst rechtsfehlerhaft die Wirksamkeit des Vertrages festgestellt wird und einer Vertragspartei auf diese Weise ein Kostenschaden entsteht.

Indem der Senat die Chronologie des Ausgangsverfahrens trotz eindeutigen Klägervortrag ausblendet und in der Kausalitätsfrage von unvollständigen Annahmen ausgeht, verletzt er den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG. Der Senat hätte das Klägervorbringen zur Chronologie und Kausalität berücksichtigen müssen. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör war nicht dadurch genüge getan, dass er den Schadensersatzanspruch der Klägerin mit

einem oberflächlichen Hinweis auf eine angeblich selbstgesetzte Schadensursache beiseite wischt und sich dem juristischen Kern des Rechtsstreits auf diese Weise gar nicht erst nähert.

2. Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

Die Verletzung des Art. 101 Abs. 1 GG ergibt sich daraus, dass der erkennende Senat nach dem Geschäftsverteilungsplan nicht zur Entscheidung über die Berufung berufen war (a) und dass an der Entscheidung Richter mitgewirkt haben, die wegen ihrer Vorbefassung mit dem Prozessstoff befangen waren (b).

a) Nichtbeachtung des Geschäftsverteilungsplans

Die Beschwerdeführerin rügt eine Nichtbeachtung des Geschäftsverteilungsplans des Kammergerichts Berlin und ist sich bewusst, dass eine fehlerhafte Anwendung des Geschäftsverteilungsplans alleine noch keine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG mit sich bringt. Zu dem error in procedendo muss, dem Schutzzweck des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechend, gerichtliche Willkür hinzukommen, um von einer Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts sprechen zu können (BVerfG 73, 339 [365 f.]; 82, 159 [194]; 86, 133 [142]; 87, 282 [286 f.]; 95, 322 [328 ff.]; BVerfG [K] NJW 2005, S. 3129 [3130]). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Nach Eingang der Berufung am 03. 12. 2009 wurde das Verfahren zunächst unter dem Aktenzeichen 9 U 207/09 beim 9. Senat des Kammergerichts geführt. Mit Abgabeverfügung vom 28. 01. 2010 wurde der Rechtsstreit vom 9. an den 14. Senat abgegeben. Auf Anfrage der Beschwerdeführerin wurde die Abgabe seitens des 14. Senats mit Verfügung vom 08. 03. 2010 damit erklärt, dass — zuständigkeitsbegründend nicht die von der Klägerin geltend gemachten notariellen Amtshaftungsansprüche, sondern die Tatsache sei, dass sich die Klägerin im Wege einer Vollstreckungsgegenklage gegen die Zwangsvollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Berlin aus dem Rechtsstreit 9 O 369/95 = KG 14 U 4939/96 wende. Damit richte — sich die Zuständigkeit nicht nach Rz 31 des GVP 2009, sondern nach Rz 96 des GVP 2009. Der Geschäftsverteilungsplan 2009 des Kammergerichts Berlin ist als **Anlage 21** beigelegt.

Auf nochmalige Zuständigkeitsrüge der Klägerin mit Schriftsatz vom 25. 06. 2010 erklärte der 14. Senat mit Verfügung vom 13. 10. 2010, dass er keinen Grund sehe, den Rechtsstreit zuständigkeitshalber an einen anderen Senat abzugeben. Seine Zuständigkeit ergebe sich aus GVP 2009 Rz. 96. Danach sei der 14. Senat ungeachtet der Frage, ob es sich bei dem Ausgangsprozess um eine Handelssache oder um eine Rechtsstreitigkeit aus dem Gebiet des bürgerlichen Rechts gehandelt habe, zuständig. Mit Beschluss des Präsidiums vom 28. 07. 2009 seien dem 14. Senat die Eingänge des 8. Senats im Arbeitsgebiet 3 (U- und W-Sachen) für die Zeit vom 01. 08. 2009 bis 31. 12. 2009 zugewiesen.

Die Zuständigkeitsbegründung, die der 14. Senat angibt, ist falsch. Wenn man sich den rechtlichen Ausgangspunkt des 14. Senats zu eigen macht, dann hätte für die Zuständigkeit im Berufungsverfahren maßgeblich sein müssen, welcher Senat zum Zeitpunkt der Berufung für den Vorprozess zuständig gewesen wäre, Rz. 96 GVP 2009.

Der 14. Senat wäre aber für den Vorprozess zwischen der Beschwerdeführerin und der BVS Verwaltungsgesellschaft mbH sowie der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zuständig. Der 14. Senat könnte insoweit nicht auf seine Zuständigkeit in seinem Arbeitsgebiet 1) für Handelssachen zurückgreifen, weil die Beklagten gerade nicht sämtlich die Kaufmannseigenschaft des HGB aufweisen.

Auf seine aus dem 8. Senat per Präsidiumsbeschluss (S. 23 GVP 2009) zeitweilig übergeleitete Zuständigkeit kann sich der 14. Senat aber ebenfalls nicht berufen. Nach der Zuweisungsverfügung des Präsidiums waren dem 14. Senat nur die Eingänge beim 8. Zivilsenat in dessen Arbeitsgebiet 3 überwiesen. Der Geschäftsverteilungsplan beschreibt dieses 3. Arbeitsgebiet des 8. Zivilsenats aber wie folgt (S. 16 des GVP 2009):

"Rechtsstreitigkeiten aus dem Gebiet des bürgerlichen Rechts mit dem Buchstaben Pm - Pz, S (ohne Sa und Sch), soweit nicht die Zuständigkeit eines anderen Zivilsenats gegeben ist."

Erkennbar würde der Vorprozess nicht in diese Zuständigkeitsgruppe fallen. Die Zuständigkeit nach dem Anfangsbuchstaben richtet sich nach dem Anfangsbuchstaben der Beklagten, hier der BVS und der Bundesanstalt (GVP 2009, Rz. 1,

18, 19). Es ist nicht ersichtlich, wie der Vorprozess nach dieser Maßgabe in die Zuständigkeit des 8. bzw. des 14. Senats fallen könnte.

Käme es nach der Logik des 14. Senats auf die Anfangsbuchstaben-Zuständigkeit für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten an, wäre die Zuständigkeit des 22. Zivilsenats gegeben: Arbeitsgebiet 2, Anfangsbuchstaben Bq - Bz (S. 34 GVP 2009).

Mithin bleibt festzuhalten, dass die Zuständigkeit des 14. Senats unter keinem denkbaren Gesichtspunkt gegeben war.

Die fehlerhafte Anwendung des Geschäftsverteilungsplans ist dabei willkürlich erfolgt. Es verhält sich nicht so, dass die fehlende Zuständigkeit des 14. Senats erst nach dessen abschließender Entscheidung ans Tageslicht getreten wäre. Vielmehr wurde der Zuständigkeitsmangel seitens der Beschwerdeführerin mehrfach gerügt. Gleichwohl hat der Senat beharrlich auf seiner - vermeintlichen - Zuständigkeit bestanden. Schon dies erscheint willkürlich.

An dem Willkürbefund ist aber vollends nicht vorbei zu kommen, wenn die prozessuale Gesamtsituation in den Blick genommen wird. Der 14. Senat wollte offensichtlich um jeden Preis über den Fall entscheiden, vermutlich, um so der Peinlichkeit zu entgehen, dass ein anderer Spruchkörper des selben Gerichts die Entscheidung des 14. Senats aus dem Vorprozess, die inzwischen schon im wissenschaftlichen Schrifttum kritisiert worden war (*Altmeyden*, NJW 2006, S. 3761 ff., **Anlage 8**), als rechtsfehlerhaft bezeichnet. Dieser

prozessuale Zusammenhang mit dem Vorprozess lässt die Zuständigkeitsanmaßung des 14. Senats als willkürliche Handhabung der Geschäftsordnung erscheinen.

b) Mitwirkung trotz Besorgnis der Befangenheit

Der 14. Senat hat aber auch insoweit gegen die Garantie des gesetzlichen Richters verstoßen, als in diesem Spruchkörper Richter mitgewirkt haben, die nach den verfassungsrechtlichen Maßstäben des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht hätten mitwirken dürfen. Die Klägerin hatte erfolglos die Richter Erich und Jaeschke, die an dem Beschluss über die Zurückweisung der Berufung mitgewirkt haben, abgelehnt. Der 14. Senat hat das Ablehnungsgesuch mit Beschluss vom 13. 07. 2010 als unbegründet zurückgewiesen und eine spätere Gegenvorstellung der Klägerin vom 30. 07. 2010 mit Beschluss vom 13. 09. 2010 ebenfalls zurückgewiesen.

Auch wenn eine Vorbefassung nicht immer und notwendig die Besorgnis der Befangenheit begründet, so kann diese Besorgnis doch dann entstehen, wenn eine atypische Situation vorliegt. Sie liegt hier darin, dass die Richter des 14. Senats nur dann zu einem stattgebenden Urteil gelangen konnten, wenn sie einräumen, im Vorprozess falsch entschieden zu haben. In dieser außergewöhnlichen, atypischen prozessualen Situation, die im "normalen" Regressprozess keineswegs gegeben ist, drängt sich die Besorgnis der Befangenheit gleichsam auf. Die Richter entscheiden nicht etwa wie in einem "normalen" Regressprozess darüber, ob ein

Prozessbevollmächtigter im Ausgangsverfahren fehlerhaft gehandelt hat, sondern darüber, ob sie selbst ein falsches Urteil gefällt haben. Deswegen greift die im Zurückweisungsbeschluss vom 13. 07. 2010 gegebene Begründung viel zu kurz. Dem 14. Senat kommt nicht in den Sinn, dass er in der später tatsächlich eingetretenen personellen Zusammensetzung des Spruchkörpers zum Richter in eigener Sache geworden ist.

3. Verletzung der Garantie eines rechtsstaatlich fairen Verfahrens

a) Schutzbereich

Das Bundesverfassungsgericht hat erstmals in BVerfGE 26, 66 (71) ein aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitetes allgemeines Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren anerkannt. Mittlerweile ist dieses Recht Bestandteil der ständigen Rechtsprechung des Gerichts (BVerfGE 38, 105 [111]; 78, 123 [126]; 89, 120 [129] ; 101, 397 [405]). Die Verletzung des Rechts ist vor dem Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsbeschwerde rügefähig. Es umfasst unter anderem das Verbot widersprüchlichen gerichtlichen Verhaltens, das Verbot, überraschende und unvorhersehbare Entscheidungen zu treffen, sowie das Verbot, eine Prozesspartei mutwillig von weiteren Rechtsmitteln fernzuhalten.

b) Eingriff und Verletzung

Gegen diese drei Verbote hat der 14. Senat im Ausgangsverfahren verstoßen. Der Senat setzt sich in Widerspruch zu seinen eigenen Prämissen, indem er im Hinweisbeschluss zunächst eine bestimmte prozessuale Konstellation des Vorprozesses für maßgeblich erklärt, nämlich die - vermeintlich - schadensbegründenden Anträge der Beschwerdeführerin in der Berufungsinstanz des Vorprozesses, und sodann wenig später im Zurückweisungsbeschluss diese Prämisse für unbeachtlich erklärt, weil es nur um die konkrete Kostenentscheidung gehe. Dies ist nicht nur widersprüchlich, sondern für die Beschwerdeführerin auch überraschend. Sie hatte sich in ihren Stellungnahmen vom 19. 09. 2011 auf den Hinweisbeschluss des 14. Senats eingelassen und darauf eingestellt, dass sie mit einer Widerlegung der in dem Beschluss aufgestellten tatsächlichen Prämissen den Senat von der Zurückweisung der Berufung abhalten könne.

Ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren liegt aber auch darin, dass der 14. Senat nur 4 Tage nach Eingang der Stellungnahme der Beschwerdeführerin über die Berufung Beschluss fasste und auf diese Weise verhinderte, dass die Beschwerdeführerin in den Genuss der Neuregelung des § 522 Abs. 3 ZPO kam. Hätte der Senat, der zuvor keine besondere Eile an den Tag legte, nur gut vier Wochen mit seiner Entscheidung zugewartet, wäre der Beschwerdeführerin die Möglichkeit eröffnet gewesen, Revision zum Bundesgerichtshof einzulegen. Die Beschwerdeführerin sieht sich in mutwilliger Weise von dem zusätzliche Rechtsmittel abgeschnitten.

4. Verstoß gegen das Willkürverbot, Art. 3 Abs. 1 GG

Das Verbot objektiver Willkür wird vom Bundesverfassungsgericht dann herangezogen, wenn es um die Korrektur solcher Entscheidungen geht, die im Ergebnis und in der Begründung schlichtweg nicht mehr nachvollziehbar bzw. "schlechthin unhaltbar" (BVerfGE 57, 39 [42]; 59, 52 [59]) bzw. "bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich" sind, so dass sich der Schluss "auf sachfremde Erwägungen" aufdrängt (BVerfGE 80, 48 [51]; 81, 132 [137]; 108, 129 [137 f.]; 112, 185 [215 f.]).

Gemessen an diesen zugegebenermaßen strengen Maßstäben können die angegriffenen Entscheidungen des Landgerichts und des Kammergerichts keinen Bestand haben. Im Ergebnis laufen die Entscheidungen darauf hinaus, dass der seine Amtspflichten verletzende Notar aus seinem eigenen Fehlverhalten auch noch profitiert. Nach diesen Entscheidungen haftet der Notar selbst dann nicht, wenn davon ausgegangen wird, dass er in rechtswidriger Weise seine Amtspflichten verletzt hat. Der Notar haftet nicht, ihm ist es vielmehr möglich, zu Lasten der Beschwerdeführerin die Kosten eines Verfahrens einzutreiben, das er durch seine fehlerhafte Notarleistung überhaupt erst veranlasst hat.

Den erkennenden Gerichten kam offenbar in keiner Phase des Verfahrens die verfassungsrechtlich gebotene Kontrollüberlegung in den Sinn, ob das gefundene Ergebnis mit den Wertmaßstäben des Grundgesetzes übereinstimmt. Das einfachgesetzliche Einfallstor für

diese Kontrollüberlegung bot in der Konstellation der Vollstreckungsgegenklage § 242 BGB und der aus dieser Bestimmung abgeleitete dolo-agit-Grundsatz. Die Kontrollüberlegung hätte konkret lauten müssen: Kann ein Notar, der - ein Fehlverhalten einmal nur unterstellt - fehlerhaft gehandelt hat, später auch noch von dem Empfänger der fehlerhaften Notarleistung den Kostenschaden ersetzt verlangen, der in Prozessen entstanden ist, die er durch sein Fehlverhalten ausgelöst hat? Den Gerichten ist diese Kontrollüberlegung ersichtlich nie in den Sinn gekommen.

Dem Landgericht hätte sich eine klagestattgebende Entscheidung aufdrängen müssen, wenn das Gericht nur berücksichtigt hätte, dass der Zurechnungszusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Fehlverhalten des Notars nicht dadurch zerstört werden konnte, dass sich die Beschwerdeführerin in der zweiten Instanz des Vorprozesses auf die Nichtigkeit des Vertrages berief. Mit der Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages hat die Beschwerdeführerin lediglich auf einen rechtlichen Befund hingewiesen, den das Gericht des Vorprozesses, der 14. Senat des Kammergerichts, ohnehin von Amts wegen zu berücksichtigen hatte. Die Formnichtigkeit eines Grundstückkaufvertrages ist immer von Amts wegen zu beachten, selbst dann, wenn die Parteien auf den Einwand der Nichtigkeit verzichtet haben. Dies darf seit Jahren als juristisches Allgemeinwissen gelten (BGH NJW 1969, S. 1169 mit Anmerkung *Reinicke*).

Dem 14. Senat lag der Vertrag als Urkunde vor. Er hätte von sich aus, auch ohne den Hinweis der Beschwerdeführerin, zu der Schlussfolgerung kommen müssen, dass dieser Vertrag wegen Verstoßes gegen § 313 BGB a.F. formnichtig ist. Anlass für diese Schlussfolgerung bestand um so mehr, als es in dem Vorprozess ja gerade um den Umfang des mitverkauften Anlage- und Vorratsvermögens ging, mithin um die Vertragsgegenstände, deren ordnungsgemäße Beurkundung unterblieben war.

Das Landgericht Berlin verkennt im Ausgangsverfahren, dass es sich bei dem Hinweis auf die Vertragsnichtigkeit nicht um eine Einrede handelt und trifft deswegen eine krasse, unter keinem vernünftigen Gesichtspunkt vertretbare Fehlentscheidung. Denn die anderen Voraussetzungen für den Erfolg der Vollstreckungsgegenklage sieht das Landgericht erfüllt: Amtspflichtverletzung und adäquat verursachter Schaden auf der Seite der Beschwerdeführerin sind aus der - zutreffenden - Sicht des Landgerichts gegeben. Der Beschwerdeführerin wird der Prozesserfolg alleine deswegen vorenthalten, weil sie es gewagt hat, auf die Nichtigkeit des Vertrages hinzuweisen und ihren Klageantrag umzustellen.

Dies ist, gemessen an der Willkürmaßstäben des Bundesverfassungsgerichts, unter keinem denkbaren Gesichtspunkt verständlich. Die vom Landgericht herangezogene Herausforderungs-Rechtsprechung zu Fällen, in denen es im Ausgangspunkt ebenfalls um fehlerhafte Notar- bzw. Anwaltsleistungen ging, betraf ersichtlich andere Fallkonstellationen, nämlich solche Fälle, in denen eine Prozesspartei versucht, aus dem

Fehler des Notars bzw. Anwalts Profit zu schlagen. Diese Fälle sind mit der Konstellation des Vorprozesses nicht vergleichbar. Hier blieb der Beschwerdeführerin nichts anderes übrig, als redlicherweise auf die Nichtigkeit des Vertrages hinzuweisen, sobald ihr diese Nichtigkeit aufgefallen war, und ihren Berufungsantrag entsprechend umzustellen. Ihr den Hinweis auf die Nichtigkeit nun gewissermaßen zum Vorwurf zu machen, läuft auf die Zumutung hinaus, vor Gericht wider besseres Wissen einen Anspruch auf einen nichtigen Vertrag stützen zu müssen und damit die Grenze zum strafbaren Prozessbetrug zu überschreiten.

Wie auch in anderen Fällen ist Art. 3 Abs. 1 GG im vorliegenden Fall als *ultima ratio* zur Vermeidung einer solchen Zumutung und zur Korrektur evident falscher gerichtlicher Entscheidungen zu aktivieren.

06. Januar 2012

Professor Dr. Bernhard Kempen