

INHALT

Mitteilungen

Notar Dr. Thomas Renner 60 Jahre alt	1
Symposium „Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung bei GmbH und GmbH & Co. KG“	2
Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare	2
Verbraucherpreisindex für Deutschland im November 2016	3
Festsetzung des Basiszinssatzes zum 1. 1. 2017	3

Aktuelles Forum

<i>Oppermann/Scholz</i> , Verteilung der Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten mit dinglicher Wirkung innerhalb mehrerer Berechtigter einer Grunddienstbarkeit	4
---	---

Aufsätze

<i>Custodis</i> , Konkurrentenstreitigkeiten bei der Besetzung von Notarstellen	12
<i>Hartmann</i> , Nacherbfolge und Grundbuchrecht – insbesondere zur Gestaltung und Abwicklung von Grundstücksverträgen (Teil 2)	28

Rechtsprechung

I. Allgemeines

1. Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit <i>BGH, Ur. v. 10. 6. 2016 – V ZR 295/14</i>	48
2. Vertragliches Abtretungsverbot steht Gesamtrechtsnachfolge durch Verschmelzung nicht entgegen <i>BGH, Ur. v. 22. 9. 2016 – VII ZR 298/14</i>	52

II. Liegenschaftsrecht

1. In Bauvertrag einbezogene Regelungen der VOB/B; Vertragserfüllungsbürgschaft <i>BGH, Ur. v. 7. 4. 2016 – VII ZR 56/15 (mit Anm. Basty)</i>	57
2. Änderung in wertgesicherte Erbbauzinsreallast <i>BGH, Beschl. v. 9. 6. 2016 – V ZB 61/15</i>	68

III. Handels- und Gesellschaftsrecht

Rechtliche Einheit zwischen Geschäftsanteilsübertragungsvertrag und Treuhandvertrag
BGH, Urt. v. 22. 9. 2016 – III ZR 427/15

73

Buchbesprechungen

Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz (*Ganter*) – von Proff zu Irnich, NotarFormulare Nichteheleiche Lebensgemeinschaft (*Müller*) – Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht (*Primaczenko*)

77

Deutsche Notar-Zeitschrift

VERKÜNDUNGSBLATT DER BUNDESNOTARKAMMER

Herausgegeben im Auftrag der Bundesnotarkammer von
RA und Notar Manfred Blank, Lüneburg,
Notar a. D. Prof. Dr. Günter Brambring, Köln,
Notar a. D. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Ulm

1 | 2017

Heft 1, Januar 2017
Seite 1–80

MITTEILUNGEN

Notar Dr. Thomas Renner 60 Jahre alt

Notar *Dr. Thomas Renner*, Erfurt, Präsident der Ländernotarkasse und ehemaliger Präsident der Notarkammer Thüringen, vollendet am 31. 1. 2017 sein 60. Lebensjahr.

Der Jubilar ist seit vielen Jahren in der Standesarbeit tätig. 1994 wurde er als Mitglied in den Vorstand und 1998 zum Präsidenten der Notarkammer Thüringen gewählt. Dieses Amt hatte er bis 2002 inne. Im Jahr 2008 wurde Notar *Dr. Thomas Renner* zum Präsidenten der Ländernotarkasse in Leipzig gewählt. Dieses Amt bekleidet er seit dem 1. 1. 2009 bis heute.

Die Arbeit der Bundesnotarkammer unterstützte Notar *Dr. Renner* seit 1992 in verschiedenen Ausschüssen, u.a. von 1992 bis 1994 im Berufsbildungsausschuss, von 1994 bis 2005 im Ausschuss für Aus- und Weiterbildung der Notarfachangestellten (zuletzt ab Oktober 2001 als stellvertretender Vorsitzender) und von 2005 bis 2014 im Ausschuss für Familien- und Erbrecht. Seit Oktober 2009 ist er Mitglied im Ausschuss für Kostenrecht.

Von Juni 1995 bis Juni 1999 war Notar *Dr. Thomas Renner* Mitglied im Verwaltungsrat des Vertrauensschadenfonds der Notarkammern bzw. dem Notarversicherungsfonds. Er ist Patennotar (Immobilienrecht, Familienrecht) des Deutschen Notarinstituts in Würzburg und Mitglied im Beirat des 2006 errichteten Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität in Jena. Bereits zuvor war er als Lehrbeauftragter an der juristischen Fakultät der Universität Jena tätig und fungiert als Referent zahlreicher Fortbildungsveranstaltungen beim Deutschen Anwaltsinstitut.

Notar *Dr. Renner* ist anerkannter Autor und Mitherausgeber namhafter Fachliteratur (u.a. Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Renner/Otto/Heinze, Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar, Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot).

Herausgeber und Schriftleiter gratulieren Notar *Dr. Thomas Renner* sehr herzlich zu seinem Geburtstag und wünschen ihm für die Zukunft alles Gute.

Symposium „Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung bei GmbH und GmbH & Co. KG“

<i>Veranstalter:</i>	Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena
<i>Datum/Uhrzeit:</i>	5. 5. 2017, 9.00 Uhr bis 16.15 Uhr
<i>Veranstaltungsort:</i>	Friedrich-Schiller-Universität, Rosensäle, Fürstengraben 27, 07743 Jena
<i>Tagungsleiter:</i>	<i>Prof. Dr. Walter Bayer</i> , Direktor des Instituts für Notarrecht
<i>Referenten:</i>	Richter am BGH <i>Prof. Dr. Ingo Drescher</i> , Karlsruhe, Notar <i>Dr. Hartmut Wicke</i> , München, <i>Prof. Dr. Holger Altmeyen</i> , Passau, <i>Prof. Dr. Ulrich Noack</i> , Düsseldorf, Rechtsanwalt <i>Prof. Dr. Andreas Pentz</i> , Mannheim, <i>Prof. Dr. Detlef Kleindiek</i> , Bielefeld, <i>Prof. Dr. Lars Leuschner</i> , Osnabrück
<i>Teilnahmegebühr:</i>	90,- € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V., 150,- € für Nichtmitglieder, 45,- € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung sowie frei für Notarassessoren, die Mitglied der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. sind, Studenten und Mitarbeiter der FSU Jena
<i>Anmeldung:</i>	mit Anmeldeformular (s. Homepage) per E-Mail an notarinsti@uni-jena.de oder per Fax unter 03641/942512
<i>Anmeldeschluss:</i>	15. 4. 2017
<i>Weitere Informationen:</i>	Homepage www.rewi.uni-jena.de/institut_fuer_notarrecht_aktuelles.html

Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare

1. Unterstützung bei der Abwicklung notarieller Amtsgeschäfte von A – Z

<i>Zeit/Ort:</i>	20. 1. 2017, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum 15. 2. 2017, Berlin, DAI-Ausbildungszentrum
<i>Referent:</i>	Notariatsleiter <i>Frank Tondorf</i> , Essen
<i>Kostenbeitrag:</i>	185,- € (für Mitarbeiter)

2. Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare

<i>Zeit/Ort:</i>	28. 1. 2017, Heusenstamm, DAI-Ausbildungszentrum
<i>Referent:</i>	Rechtsanwalt und Notar <i>Wolfgang Arens</i> , Bielefeld
<i>Kostenbeitrag:</i>	310,- € / ermäßigt 240,- € / s. ferner DAI-Homepage

3. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2016/2017

<i>Zeit/Ort:</i>	17. 2. 2017, Köln, Hilton Hotel 18. 2. 2017, Heusenstamm, DAI-Ausbildungszentrum
<i>Leitung:</i>	Notar <i>Dr. Norbert Frenz</i> , Kempen
<i>Referenten:</i>	Notar <i>Sebastian Herrler</i> , München, Notar <i>Christian Hertel</i> , Weilheim i. OB, Notar <i>Prof. Dr. Christian Kessler</i> , Düren
<i>Kostenbeitrag:</i>	310,- € / ermäßigt 240,- € / s. ferner DAI-Homepage

Anmeldung: Deutsches Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare –, Universitätsstr. 140, 44799 Bochum, E-Mail notare@anwaltsinstitut.de, Tel. 0234/9706418, Fax 0234/703507

Weitere Informationen: Homepage www.anwaltsinstitut.de

Verbraucherpreisindex für Deutschland im November 2016

Nach Mitteilung des Statistischen Bundesamtes ist der Verbraucherpreisindex für Deutschland auf Basis 2010 = 100 im November 2016 gegenüber November 2015 um 0,8 % (108,0) gestiegen. Im Vergleich zum Oktober 2016 erhöhte sich der Index um 0,1 %.

Das Statistische Bundesamt ist im Internet unter www.destatis.de vertreten (Service-Nr. 0611/754777, E-Mail: www.destatis.de/kontakt).

Festsetzung des Basiszinssatzes zum 1. 1. 2017

Ab 1. 1. 2017 beträgt der Basiszinssatz nach § 247 BGB (unverändert seit dem 1. 7. 2016) -0,88 % p.a. (s. DNotZ 2016, 482). Der Verzugszinssatz nach § 288 BGB beläuft sich damit auf 4,12 % p.a. bzw. für Entgeltforderungen aus Rechtsgeschäften ohne Beteiligung eines Verbrauchers auf 8,12 % p.a.

Die Regelungsmöglichkeiten innerhalb von mehreren Berechtigten sind vor dem Hintergrund der Lastenverteilung zwischen dem Eigentümer und einem Berechtigten zu sehen (nachfolgend Ziff. II). Sie hängen im Übrigen bei mehreren Berechtigten davon ab, wie die Ausgestaltung erfolgt (nachfolgend Ziff. III)

II. Lastenverteilung zwischen Eigentümer und einem Berechtigten

1. Rechtslage bei Fehlen einer Regelung

Im Gesetz wird die Unterhaltungspflicht für eine Anlage in §§ 1020 Satz 2, 1022 BGB geregelt. Mit der Eintragung der Grunddienstbarkeit entsteht zwischen dem Berechtigten und dem Bewilligenden ein gesetzliches Schuldverhältnis¹ (auch „Begleitschuldverhältnis“²), das den Berechtigten dazu verpflichtet, die Anlage in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten. Gemäß § 1020 Satz 2 BGB hat der den Unterhalt insofern zu tragen, als er auf dem Grundstück eine Anlage zur Ausübung der Grunddienstbarkeit hält. Eine Anlage ist eine für eine gewisse Dauer bestimmte, von Menschenhand zur Benutzung des Grundstücks geschaffene Einrichtung.³ Ein Weg, auch soweit er nur aus zwei eingefahrenen Fahrspuren besteht und nicht befestigt ist, stellt eine solche Anlage dar.⁴

§ 1020 Satz 2 BGB findet entgegen der früher herrschenden Meinung⁵ nicht nur Anwendung, wenn der Berechtigte die der Dienstbarkeit dienende Anlage allein nutzt, sondern auch dann, wenn der Bewilligende sie mitbenutzt.⁶ Der BGH geht deshalb davon aus, dass eine Kostentragung für die Unterhaltung im Verhältnis der Nutzungsanteile in entsprechender Anwendung von §§ 748, 742 BGB erfolgt, soweit keine andere Kostentragung vereinbart ist.⁷ Die Verkehrssicherungspflicht ist Teil der Unterhaltungspflicht.⁸ Sie ist jedoch mit der Unterhaltungspflicht nicht identisch, auch wenn sie von dieser nicht klar getrennt werden kann.⁹ Dies wird insbesondere bei der Pflicht zur Schneeräumung im Winter deutlich. Einerseits ist dies zum gefahrlosen Betreten durch Dritte erforderlich, andererseits jedoch auch, um den Weg überhaupt benutzen zu können.

1 BGH, Urt. v. 28. 6. 1985 – V ZR 111/84, DNotZ 1986, 25.

2 Amann, DNotZ 1989, 531, 534.

3 BGH, Urteile v. 23. 11. 2001 – V ZR 419/00; v. 17. 2. 2006 – V ZR 49/05, DNotZ 2006, 685.

4 BGH, Urt. v. 7. 7. 2006 – V ZR 156/05.

5 OLG Köln, Urt. v. 5. 7. 1995 – 27 U 4/95, NJW-RR 1996, 16; KG, Beschl. v. 3. 4. 1970 – 1 W 1324/70, DNotZ 1970, 606; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., 2012, Rdn. 1153b.

6 *Staudinger/Mayer*, BGB, Neubearb. 2009, § 1020 Rdn. 11.

7 BGH, Urteile v. 17. 2. 2006 – V ZR 49/05, DNotZ 2006, 685; v. 12. 11. 2004 – V ZR 42/04, DNotZ 2005, 617; *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 5), Rdn. 1153c; a. A. noch KG, Beschl. v. 3. 4. 1970 – 1 W 1324/70, DNotZ 1970, 606.

8 BGH, Urt. v. 7. 7. 2006 – V ZR 156/05.

9 BayObLG, Beschl. v. 17. 1. 1990 – BReg. 2 Z 122/89, DNotZ 1991, 257 = NJW-RR 1990, 600 f.

2. Individuelle Regelung

Individuelle Regelungen zur Verteilung der Lasten zwischen dem Verpflichteten und einem Berechtigten einer Grunddienstbarkeit sind mit dinglicher Wirkung grundsätzlich möglich.¹⁰ Wie § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmt, können solche Unterhaltungspflichten auf den Berechtigten übertragen werden, die für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich sind. Darunter fallen alle zur Erhaltung der Gebrauchs- und Funktionsfähigkeit erforderlichen Maßnahmen.¹¹ Die Parteien sind in der Ausgestaltung der Vereinbarung frei, d. h., sie können vereinbaren, dass einer alleine oder beide zu bestimmten Anteilen die Unterhaltungskosten oder die tatsächliche Unterhaltung zu tragen haben.¹² Die gesetzlichen Pflichten zu Benutzung und Unterhalt gehören als Nebenpflichten zum Inhalt der Grunddienstbarkeit.¹³

III. Verteilung der Lasten mit dinglicher Wirkung unter mehreren Berechtigten einer Grunddienstbarkeit

1. Mehrere Einzeldienstbarkeiten

Die Frage, ob die Lasten mit dinglicher Wirkung unter mehreren Berechtigten einer Grunddienstbarkeit verteilt werden können, hängt davon ab, wie die konkrete Ausgestaltung erfolgt.

Sofern mehrere an einem Grundstück berechtigt sein sollen, bestehen im Ausgangspunkt zwei Möglichkeiten: Entweder es wird eine Grunddienstbarkeit je Berechtigtem eingetragen oder eine Grunddienstbarkeit für mehrere Berechtigte.

Wird eine Grunddienstbarkeit je Berechtigtem eingetragen und erfolgt die Eintragung – was sachgerecht ist – gleichrangig, so bestimmt sich das Innenverhältnis der Berechtigten nach § 1024 BGB. Demnach kann jeder Berechtigte eine „den Interessen aller Beteiligten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung“ verlangen. Individuelle Regelungen mit dinglicher Wirkung sind dagegen nicht möglich, weil zwischen den Beteiligten nur das gesetzliche Schuldverhältnis besteht.

Unabhängig davon ist es aber regelmäßig zweckmäßig, nur eine Grunddienstbarkeit für mehrere Berechtigte einzutragen. Dadurch bleibt das Grundbuch übersichtlich und es werden Eintragungskosten gespart.

10 OLG *Düsseldorf*, Urt. v. 16. 12. 2002 – 9 U 71/02, RNotZ 2003, 455; BayObLG, Beschl. v. 17. 1. 1990 – BReg. 2 Z 122/89, DNotZ 1991, 257; LG *Kassel*, Beschl. v. 26. 5. 2009 – 3 T 92/09; *Mohr* in MünchKommBGB, 7. Aufl., 2016, § 1021 Rdn. 1, 5; *Palandt/Bassenge*, BGB, 75. Aufl., 2016, § 1021 Rdn. 1 ff.; *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 5), Rdn. 1153c f.

11 *Mohr* in MünchKommBGB, aaO (Fußn. 10), § 1021 Rdn. 8.

12 KG, Beschl. v. 3. 4. 1970 – 1 W 1324/70, DNotZ 1970, 606, 608.

13 BGH, Urt. v. 28. 6. 1985 – V ZR 111/84, DNotZ 1986, 25.

2. Eine Grunddienstbarkeit für mehrere Berechtigte

a) Einleitung

Die Bestellung einer einzigen Grunddienstbarkeit für mehrere Berechtigte – also die jeweiligen Eigentümer mehrerer Grundstücke im grundbuchlichen Sinn – ist rechtlich zulässig, wenn die Grunddienstbarkeit für sämtliche berechtigten Flurstücke vorteilhaft ist.¹⁴ Allerdings muss dann gemäß § 47 GBO ein Beteiligungsverhältnis der Berechtigten angegeben werden.¹⁵ Die Frage des richtigen Beteiligungsverhältnisses bei Grunddienstbarkeiten ist nach wie vor nicht gesichert geklärt. Nachfolgend werden die in Betracht kommenden Beteiligungsverhältnisse im Einzelnen dargestellt. Soweit diese praktisch geeignet sind, wird sodann auf die möglichen dinglichen Regelungsmöglichkeiten im Innenverhältnis eingegangen.

b) Bruchteilsgemeinschaft gemäß §§ 741 ff. BGB

Die Eintragung des gemeinschaftlichen Rechts für die Berechtigten als Bruchteilsgemeinschaft wird überwiegend dann als zulässig angesehen, wenn der Leistungsgegenstand teilbar ist,¹⁶ teilweise aber auch generell für zulässig gehalten¹⁷ bzw. umgekehrt insgesamt abgelehnt wird.¹⁸ Vorteil der Eintragung einer Bruchteilsgemeinschaft wäre die Anwendbarkeit der §§ 741 ff. BGB, die die Frage der Kosten- und Lastentragung detailliert regeln und individuelle Regelungen zuließe.

Bei einem Wegerecht ist von einem unteilbaren Leistungsgegenstand auszugehen, weil jeder Berechtigte den ganzen Weg und nicht nur einen Teil des Weges in Anspruch nehmen können soll. Demnach ist die Eintragung in Bruchteilsgemeinschaft nach überwiegender Auffassung nicht möglich und vor diesem Hintergrund praktisch nicht zu empfehlen.

-
- 14 BGH, Urt. v. 12. 11. 2004 – V ZR 42/04, DNotZ 2005, 617; BayObLG, Beschl. v. 9. 7. 1965 – BReg. 2 Z 20/65, DNotZ 1966, 174; *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 5), Rdn. 1124; *Meikel/Böhringer*, GBO, 11. Aufl., 2015, § 47 Rdn. 145 m.zahlr.Nachw. in Fußn. 317, auch zur zuletzt in den 1960er Jahren vertretenen Gegenauffassung.
- 15 Zu den Anforderungen vgl. LG *Traunstein*, Beschl. v. 27. 1. 1987 – 4 T 1690/86, Rpfleger 1987, 242.
- 16 Zur Teilbarkeit: *Palandt/Sprau*, aaO (Fußn. 10), § 741 BGB Rdn. 1; *Meikel/Böhringer*, aaO (Fußn. 14), § 47 GBO Rdn. 36.
- 17 BayObLG, Beschl. v. 9. 7. 1965 – BReg. 2 Z 20/65, DNotZ 1966, 174; OLG *Frankfurt*, Beschl. v. 21. 4. 1968 – 6 W 224/66, NJW 1969, 469.
- 18 *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 5), Rdn. 1125, „der Grunddienstbarkeit wesenswidrig“; so auch *Meikel/Morvilus*, aaO (Fußn. 14), Einl. B Rdn. 329; kritisch: LG *Traunstein*, Beschl. v. 27. 1. 1987 – 4 T 1690/86, Rpfleger 1987, 242, unter Verweis auf den kaum zu verwirklichenden Aufhebungsanspruch gemäß § 749 BGB.

c) *Rechtsverhältnis analog §§ 1024, 1025*

Zum Teil wird eine Eintragung des Beteiligungsverhältnisses „analog §§ 1025 Satz 1, 1024 BGB“ befürwortet.¹⁹ Das Gesetz trifft in §§ 1024, 1025 BGB eine Regelung für den Fall, dass mehrere gleichrangige Nutzungsrechte aufeinandertreffen. Die analoge Anwendbarkeit dieser erscheint jedoch fraglich, wenn nur eine Grunddienstbarkeit eingetragen worden ist. Diese Regelungen zielen auf einen Interessenausgleich zwischen mehreren (gleichrangig) Berechtigten untereinander und dem Bewilligenden ab, wenn die Ausübung jedes einzelnen Rechts alleine nicht oder nicht vollständig möglich ist. Bei der Eintragung nur einer Grunddienstbarkeit besteht für einen solchen Ausgleich keine Notwendigkeit, weil der Ausgleich vielmehr im Innenverhältnis der Berechtigten zu treffen ist. Die Zulässigkeit der Anwendbarkeit dieser Regelungen auf eine für mehrere eingetragene Grunddienstbarkeit ist rechtlich umstritten bzw. unklar.²⁰ Deshalb ist eine Eintragung „analog §§ 1025 Satz 1, 1024 BGB“ praktisch nicht zu empfehlen.

d) *Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB*

Bei der Mitgläubigerschaft sind mehrere berechtigt, eine unteilbare Leistung zu fordern, jeder Gläubiger darf jedoch nur Leistung an alle Gläubiger fordern. Der Schuldner muss die Leistung an alle bewirken, um von seiner Leistungspflicht frei zu werden. Bei der für mehrere Berechtigte eingetragenen Grunddienstbarkeit darf jedoch jeder die Nutzung allein für sich fordern, ohne dass der Bewilligende zugleich auch an die anderen Berechtigten leisten muss. So darf bei einem Wegerecht jeder den Weg unabhängig von den anderen Berechtigten benutzen. Die Mitgläubigerschaft i. S. von § 432 BGB entspricht also nicht der rechtlichen Situation bei Vorliegen eines Wegerechts zugunsten mehrerer Berechtigter.

e) *Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB*

aa) *Rechtliche Zulässigkeit und Frage der „Modifikation“*

Die herrschende Meinung hält bei Grunddienstbarkeiten die Eintragung als „Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB“ für zulässig.²¹ Dieses Betei-

19 LG Kassel, Beschl. v. 26. 5. 2009 – 3 T 92/09, MittBayNot 2009, 377; Amann, DNotZ 2008, 324, 339.

20 Schönert/Stöber, aaO (Fußn. 5), Rdn. 1025; Everts in Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl., 2015, A VII Rdn. 17.

21 Meikel/Böhringer, aaO (Fußn. 14), § 47 GBO Rdn. 145; Schönert/Stöber, aaO (Fußn. 5), Rdn. 1025; kritisch zu dieser Formulierung: Amann, DNotZ 2008, 324, 326, der diese Bezeichnung als nicht treffend ansieht und darauf hinweist, dass diese Formulierung oftmals in der Hoffnung gewählt wird, dass sich ein Gericht im Streitfall über die Rechtsfolgen von § 428 BGB hinwegsetzen und die Modifizierung entsprechend § 432 BGB vornehmen wird, um zu einem interessengerechten Ergebnis zu gelangen; für das Wohnungsrecht vom BGH für zulässig erachtet: Beschl. v. 21. 12. 1966 – V ZB 24/66, DNotZ 1967, 183.

ungsverhältnis passt bei einem Wegerecht jedenfalls insoweit, als jeder Berechtigte den gesamten Weg in Anspruch nehmen kann.

Charakteristisch für eine Gesamtgläubigerschaft ist allerdings auch, dass der Schuldner mit schuldbefreiender Wirkung nach seiner Wahl an jeden Gläubiger zu leisten berechtigt ist. Gegen eine unmodifizierte Gesamtgläubigerschaft wird deshalb bei Grunddienstbarkeiten eingewandt, dass der Schuldner (Eigentümer) nicht dadurch von seiner Leistung frei werde, dass er einem Gläubiger (Berechtigten) die Nutzung gewährt, sondern nur, wenn jedem einzelnen Berechtigten die Nutzung gestattet wird. Der BGH äußert sich in seiner Entsch. v. 21. 12. 1966 bzgl. des Wohnungsrechts (§ 1093 BGB) zur Frage, ob eine Gesamt- oder Mitgläubigerschaft vorliegt, wie folgt:

„Im Normalfall der Abwicklung werden allerdings die sämtlichen Wohnungsrechte gleichzeitig ausgeübt, und der Belastete (Eigentümer) muß nicht nur das Wohnen des einen, sondern das gleichzeitige Wohnen aller Berechtigten dulden; hierin liegt eine an die Gesamthand oder die Mitberechtigung des § 432 BGB anklingende Besonderheit gegenüber dem Normalfall einer Gesamtberechtigung.“²²

Dem folgend wird das Gemeinschaftsverhältnis auch als eine „modifizierte Gesamtberechtigung“ bezeichnet.²³ Gegen diese Bezeichnung wiederum führen *Schöner/Stöber*²⁴ überzeugend an, dass die einzelne oder stete Leistung an einen Berechtigten (z. B. Duldung der Wegenutzung durch einen) die gesamte Berechtigung (z. B. Duldung andauernder Wegenutzung) nicht umfasse und deshalb keine schuldbefreiende Wirkung gegenüber allen haben könne.

Letztlich ist die Frage, ob eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB oder eine modifizierte Gesamtberechtigung nach §§ 428, 432 BGB eingetragen wird, von untergeordneter praktischer Bedeutung. Denn jedenfalls ergibt eine Auslegung, dass die Gewährung des Wegerechts an einen Berechtigten nicht zur Folge hat, dass das Recht der anderen Berechtigten erfüllt ist. Und eine Auslegung ergibt weiter, dass jedenfalls nicht ein Berechtigter die Löschung des gesamten Rechts bewirken kann. Werden die jeweiligen Eigentümer unterschiedlicher Grundstücke also als „Gesamtberechtigte nach § 428 BGB“ eingetragen, so ist dadurch eine inhaltliche Modifikation nicht ausgeschlossen, selbst wenn dies in der Eintragung nicht anklingt.²⁵

22 BGH, Urt. v. 21. 12. 1966 – V ZB 24/66, DNotZ 1967, 183; eine solche Modifikation ablehnend: *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 5), Rdn. 1125.

23 LG Traunstein, Beschl. v. 27. 1. 1987 – 4 T 1690/86; *Mohr* in MünchKommBGB, aaO (Fußn. 10), § 1018 Rdn. 23; Anm. *Mayer* zu BayObLG, Beschl. v. 21. 2. 2002 – 2Z BR 10/02, MittBayNot 2002, 288, 289; *Meikel/Böhringer*, aaO (Fußn. 14), § 47 GBO Rdn. 145.

24 *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 5), Rdn. 1025.

25 Dies ist bei anderen Rechten auch nicht anders. Werden bspw. bei einem Nießbrauch Regelungen zur Kostentragung als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs abweichend von der gesetzlichen Regelung getroffen, muss dies in der Eintragung nicht anklingen, sondern ergibt sich aus dem Bezug auf die Eintragungsbewilligung; vgl. *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 5), Rdn. 1025.

bb) Innenverhältnis der Gesamtberechtigten als dinglicher Teil der Grunddienstbarkeit

Fraglich ist, ob das Innenverhältnis der Gesamtberechtigten nach § 428 BGB als dinglicher Teil der Grunddienstbarkeit geregelt werden kann. Kann etwa mit dinglicher Wirkung geregelt werden,

- dass sich der Winterdienst dergestalt auf die zwei Berechtigten verteilt, dass der eine in geraden und der andere in ungeraden Kalenderwochen zuständig ist?
- dass die Unterhaltungspflicht für Leitungen und Kanal unter den Berechtigten nach einem bestimmten Schlüssel verteilt wird?

Diese Frage wurde – trotz ihrer praktischen Relevanz – bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur behandelt. Zutreffend erscheint die Sichtweise, dass auch insoweit Regelungen ohne Einschränkungen möglich sind. Nach § 47 GBO ist das Gemeinschaftsverhältnis in das Grundbuch einzutragen. Das Gemeinschaftsverhältnis betrifft immer auch die Frage des Verhältnisses der Berechtigten untereinander, nicht lediglich das Verhältnis zum Grundstückseigentümer. Die oben dargelegte Diskussion um eine Modifikation des Gemeinschaftsverhältnisses der Gesamtberechtigung hat in gleicher Weise einen Bezug zum Innenverhältnis wie zum Außenverhältnis. Vor diesem Hintergrund sind auch Regelungen des Innenverhältnisses mit dinglicher Wirkung anzuerkennen.

Hinzukommt: Bei Fehlen einer Regelung gibt es auch ein Innenverhältnis. Nach den oben unter Ziff. II 1 dargestellten Grundsätzen würde die Rechtsprechung von einer Kostentragung nach der tatsächlichen Inanspruchnahme ausgehen, es gibt also auch dann ein faktisches Innenverhältnis der Berechtigten. Und wenn die Rechtsprechung abweichende Regelungen für das Verhältnis zwischen dienendem und herrschendem Grundstück zulässt (s. oben Ziff. II 2), dann sollte dies auch für das Verhältnis mehrerer Eigentümer der herrschenden Grundstücke untereinander gelten.

Insbesondere Schutzzweckgesichtspunkte stehen einer Regelung des Innenverhältnisses mehrerer Berechtigter mit dinglicher Wirkung nicht entgegen. Der im Sachenrecht geltende Typenzwang dient der Rechtssicherheit insbesondere im Grundstücksverkehr.²⁶ Wenn aber der Grundstücksverkehr ohnehin damit rechnen muss, dass die Lastentragung einer Grunddienstbarkeit mit dinglicher Wirkung in beliebiger Weise zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück verteilt sind, dann verringert eine Regelung mit dinglicher Wirkung innerhalb mehrerer Berechtigter nicht die Rechtssicherheit, sondern erhöht diese.

Es bleibt die Frage, ob das Innenverhältnis der Berechtigten auch schon dann mit dinglicher Wirkung geregelt werden kann, wenn alle herrschenden Grundstücke im Eigentum desselben Eigentümers (z. B. Bauträger) stehen. Das BayObLG²⁷ hat entschieden, dass in diesem Fall ein Beteiligungsver-

²⁶ Siehe *Palandt/Bassenge*, aaO (Fußn. 10), Einl. v. § 854 BGB Rdn. 3.

²⁷ BayObLG, Beschl. v. 21. 2. 2002 – ZZ BR 10/02, MittBayNot 2002, 288.

hältnis nicht bestehe und daher auch nicht angegeben werden könne. Damit wäre auch die Regelung eines Innenverhältnisses obsolet. Die Entscheidung überzeugt aber nicht: Berechtigter einer Grunddienstbarkeit ist nach § 1018 BGB der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks. Anknüpfungspunkt ist also das Grundstück im grundbuchlichen Sinn, nicht dessen Eigentümer. Deshalb hängt die Frage eines Gemeinschaftsverhältnisses – und dem folgend die Regelungsmöglichkeiten im Innenverhältnis – allein davon ab, ob mehrere Grundstücke im grundbuchlichen Sinn begünstigt werden, nicht dagegen von der Anzahl der momentanen Eigentümer im Zeitpunkt der Eintragung.²⁸

IV. Exkurs: Bruchteilsgemeinschaft am Wegegrundstück

Neben der Eintragung einer Grunddienstbarkeit besteht die Möglichkeit, das Wegegrundstück zu vermessen und den einzelnen Berechtigten Miteigentumsanteile am Wegegrundstück zu übertragen. Dann kann deren internes Verhältnis durch eine im Grundbuch eingetragene Miteigentümergeinschaft und Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft geregelt werden (§§ 1010, 745 ff. BGB). Allerdings ist die Miteigentümergeinschaft gegenüber der Grunddienstbarkeit mit erheblichen Schwächen verbunden, insbesondere weil die Aufhebung durch einen Pfändungsgläubiger nach § 751 Satz 2 BGB nicht ausgeschlossen werden kann.²⁹

V. Schluss

Ist ein Wegerecht für mehrere Grundstücke im grundbuchlichen Sinne vorteilhaft, dann kann eine Grunddienstbarkeit für die jeweiligen Eigentümer der herrschenden Grundstücke als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB eingetragen werden. Modifikationen dieses Beteiligungsverhältnisses sind zulässig und können mit dinglicher Wirkung auch das Innenverhältnis der mehreren Berechtigten treffen. Es kann also z. B. im Rahmen des Beteiligungsverhältnisses mit dinglicher Wirkung geregelt werden, wer für welche Kosten aufzukommen hat bzw. wer an welchen Tagen für den Winterdienst zuständig ist.

28 So im Ergebnis auch *Meikel/Böhringer*, aaO (Fußn. 14), § 47 GBO Rdn. 145.

29 Siehe hierzu und zu weiteren Schwächen der Miteigentümergeinschaft ausführlich *Tscho*, RNotZ 2006, 205, 218 ff., dort unter S. 223 ff. auch zu der Streitfrage, ob Miteigentümergeinschaften eines Alleineigentümers rechtlich möglich sind.

AUFSÄTZE

Notar a.D. Dr. Hans Custodis, Köln

Konkurrentenstreitigkeiten bei der Besetzung von Notarstellen

– Zur Anfechtbarkeit von Notarernennungen nach Rechtsschutzverhinderung –*

Am 4. 11. 2010 hat das BVerwG in einem spektakulären Stellenbesetzungsverfahren ein ebenso spektakuläres Urteil gefällt.¹ Es hat die Auswahlentscheidung und zugleich die richterrechtliche Ernennung des für das Amt des Koblenzer OLG-Präsidenten ausgewählten Kandidaten mit Wirkung ab Zustellung des Revisionsurteils aufgehoben. Dieses Revisionsurteil bildet den vorläufigen Höhepunkt einer nicht eben gerade verlaufenden Rechtsprechung des BVerwG zum Konkurrentenrechtsschutz in beamten- und richterrechtlichen Besetzungsverfahren.

Ähnliche Rechtsprobleme wie bei der Ernennung von Beamten oder Richtern ergeben sich bei der Bestellung von Notaren. Auch hier kann ein ausgeschriebenes Amt nur einmal besetzt werden, sodass nicht selten unterlegene Bewerber die zu ihren Lasten getroffene Auswahlentscheidung oder gar die Ernennung des Mitbewerbers oder der Mitbewerber (wenn es um die Besetzung mehrerer Stellen geht) vor Gericht anfechten. Mit den notarrechtlichen Konkurrentenklagen und dem vorläufigen Rechtsschutz waren und sind die Notarsenate der Oberlandesgerichte und der Notarsenat des Bundesgerichtshofs (früher als Beschwerdegericht, jetzt als Berufungsgericht) immer wieder befasst, worüber sie inzwischen nach § 111b Abs. 1 BNotO unter Anwendung der VwGO als Verfahrensordnung² zu entscheiden haben. Das o. g. Revisionsurteil des BVerwG könnte Auswirkungen auch auf den Konkurrentenrechtsschutz in notarrechtlichen Besetzungsverfahren haben.

Mit einzelnen Aspekten des Konkurrentenrechtsschutzes in notarrechtlichen Besetzungsverfahren beschäftigt sich dieser Beitrag. Zunächst geht

* Dieser Aufsatz ist eine überarbeitete und erweiterte Fassung des Beitrages, den ich für die Festschrift *Wolfgang Schlick* geschrieben habe. Die Festschrift ist 2015 zu Ehren des früheren Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs und vormaligen Vorsitzenden des Notarsenates des BGH erschienen. Ihm ist auch diese überarbeitete Fassung gewidmet.

1 BVerwG, Urt. v. 4. 11. 2010 – 2 C 16.09, BVerwGE 138, 102 = NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695 = DVBl. 2011, 208.

2 Siehe hierzu *Custodis*, DNotZ 2009, 895; *Eylmann/Vaasen/Custodis*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., 2011, § 111b BNotO Rdn. 1; *Custodis*, Festschrift für *Fessler*, 2013, 97; *Eylmann/Vaasen/Müller*, BNotO/BeurkG, 4. Aufl., 2016, § 111b BNotO Rdn. 1.

es um einen Überblick über die Entwicklungslinien der Rechtsprechung des BVerwG zu beamten- und richterrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten und über die Rechtsprechung des BVerfG, welche rechtliche Standards für den Grundrechtsschutz in Auswahlverfahren entwickelt und maßgeblichen Einfluss auf den vorläufigen Rechtsschutz in diesen Verfahren genommen hat (Abschnitt I). In Abschnitt II werden sodann die Grundlagen des für notarrechtliche Besetzungsverfahren maßgebenden Bewerbungsverfahrensanspruchs, Entscheidungen des BGH zum Konkurrentenrechtsschutz und die Anfechtbarkeit von Notarernennungen (im Anschluss an BVerwGE 138, 102) erörtert.

I. Konkurrentenstreitigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts

1. Bundesverwaltungsgericht

Für die ältere Rechtsprechung des BVerwG ist BVerwGE 80, 127 grundlegend.³ Die Klägerin hatte sich mit ihrer Klage auf Neubescheidung *nur gegen die Ablehnung ihrer Bewerbung* gewandt. Das BVerwG hob das Urteil der Vorinstanz⁴ mit der Begründung auf, der Ablehnungsbescheid habe sich insofern *erledigt*, als die Stelle nach Vergabe an einen Mitbewerber aus *haushaltsrechtlichen* Gründen für den Bewerber nicht mehr zur Verfügung stehe und die Beförderung des Konkurrenten aus *beamtenrechtlichen* Gründen nicht zurückgenommen werden könne. Zugleich hat das BVerwG in einem obiter dictum *die Frage ausdrücklich offengelassen*, ob und inwieweit dem unterlegenen Beamten durch Anfechtungsklage *gegen die Ernennung* des vorgezogenen Beamten Rechtsschutz gewährt werden könne, und *gleichwohl* hierzu festgehalten, die Ernennung sei von der ablehnenden Auswahlentscheidung zu trennen und *betreffe* den übergangenen Beamten *nicht*. Auch wenn dies nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist, scheiterte die Klage am fehlenden Rechtsschutzinteresse.

Später, in BVerwGE 115, 89,⁵ äußerte das BVerwG *zum ersten Mal ausdrücklich Zweifel* an seiner bisherigen Rechtsprechung, die im Ergebnis der Ämterstabilität Vorrang vor dem individuellen Rechtsschutz einräumt, und führte hierzu aus: „Es erscheint mit Art. 19 Abs. 4 GG schwer vereinbar, einem Beamten den Rechtsschutz mit der Begründung zu versagen, sein Anspruch auf eine den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG entsprechende Auswahlentscheidung sei durch den Vollzug der getroffenen, diese Grundsätze möglicherweise verletzenden Auswahlentscheidung untergegangen.“

3 BVerwG, Urt. v. 25. 8. 1988 – 2 C 62.85, BVerwGE 80, 127 = DVBl. 1989, 197 = NVwZ 1989, 158.

4 OVG Lüneburg, DVBl. 1985, 1245.

5 BVerwG, Urt. v. 13. 9. 2001 – 2 C 39.00, BVerwGE 115, 89, 92 = DVBl. 2002, 203 = NVwZ 2002, 604.

Mit dem weiteren Urteil BVerwGE 118, 370⁶ knüpfte das BVerwG nicht etwa an BVerwGE 115, 89 und die dort geäußerten Zweifel an, sondern gab seiner Rechtsprechung eine überraschende Wendung, indem es diese einerseits bestätigte und andererseits im Lichte des durch Art. 19 Abs. 4 GG geforderten effektiven Rechtsschutzes einschränkte und zugleich fortentwickelte. Es ging um die hier für zulässig befundene Neubeschwerdeklage eines übergangenen Verwaltungsamtmannes mit der Besonderheit, *dass sich die beklagte Behörde mit der Ernennung des Mitbewerbers über eine einstweilige Anordnung des Verwaltungsgerichts hinweggesetzt hatte*. Hierzu stellte das BVerwG fest, der um eine Beförderungsauswahl geführte Rechtsstreit „erledige sich“⁷ mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle, weil Beförderung und Besetzung nicht mehr rückgängig gemacht werden dürften. Dies führe dazu, dass nach einer Ernennung weder vorläufiger Rechtsschutz noch primärer Rechtsschutz in der Hauptsache erfolgreich geltend gemacht werden könnten. Bei diesem Ergebnis bleibt das BVerwG aber nicht stehen, sondern entwickelt die Linie, die das BVerfG in Anwendung der Vorgaben aus Art. 19 Abs. 4 GG i. V. mit Art. 33 Abs. 2 GG zum Rechtsschutz in Konkurrentenstreitigkeiten aufgestellt hat,⁸ fort. Es macht von dem Grundsatz, wonach Erledigung eintritt, sobald der ausgewählte Kandidat ernannt worden ist, *zwei Ausnahmen (1. fehlende Mitteilung vom Ausgang des Auswahlverfahrens und 2. Missachtung einer einstweiligen Anordnung)*. Der unterlegene Bewerber sei verfahrensrechtlich und materiell-rechtlich so zu stellen, als sei die einstweilige Anordnung beachtet worden, und könne daher seinen Bewerbungsverfahrenanspruch im Hauptsacheverfahren weiterverfolgen. Dies setze nicht die Möglichkeit voraus, die bereits erfolgte Ernennung aufzuheben. Die Beförderung eines zu Unrecht nicht ausgewählten Bewerbers sei von Rechts wegen nicht ausgeschlossen, wenn der Dienstherr eine einstweilige Sicherungsanordnung missachtet habe. Fehle eine besetzbare Planstelle, sei sie zu schaffen.

Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung qualifiziert das BVerwG in BVerwGE 138, 102 die Ernennung nunmehr als *Verwaltungsakt mit Drittwirkung*, der in die Rechte unterlegener Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 GG eingreift,⁹ und folgt damit gewichtigen Stimmen in der Literatur.¹⁰ Die Auswahlentscheidung betreffe nach ihrem Inhalt alle Bewerber gleichermaßen. Mit der Auswahl eines Bewerbers gehe zwangsläufig die Ablehnung der Mitbewerber einher. Die Rechtsbeständigkeit der Ernennung sei aus Gründen der Ämterstabilität mit dem Grundrecht auf wirkungsvollen

6 BVerwG, Urt. v. 21. 8. 2003 – C 14.02, BVerwGE 118, 370 = DVBl. 2004, 317 = NVwZ 2004, 1380 = NJW 2004, 870.

7 Zur Frage, was sich denn eigentlich erledigt hat, krit. *Laubinger*, ZBR 2010, 289, 297 f.

8 BVerfG, Beschl. v. 19. 9. 1989 – 2 BvR 1576/88, NJW 1990, 501 = DVBl. 1990, 105 – s. hierzu nachfolgend Ziff. 2 a.

9 BVerwG, Urt. v. 4. 11. 2010 – 2 C 16.09, BVerwGE 138, 102, 105 ff., Rdn. 17 ff. = DVBl. 2011, 228 = NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695.

10 *Schenke*, Festschrift für *Schnapp*, 2008, 655, 673 ff.; *Laubinger*, ZBR 2010, 289, 293; s. auch *Wernsmann*, DVBl. 2005, 276, 281.

gerichtlichen Rechtsschutz vereinbar, wenn unterlegene Bewerber ihren Bewerbungsverfahrensanspruch *vor der Ernennung* in der grundrechtlich gebotenen Weise gerichtlich geltend machen können. Dies geschehe einmal durch Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO, das die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernehmen müsse, um den Anforderungen aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gerecht zu werden. Zum anderen gehörten zu diesen Rechtsschutzmöglichkeiten nach der Kammerrechtsprechung des BVerfG auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG und die Verfassungsbeschwerde.¹¹ Der Grundsatz der Ämterstabilität stehe der Aufhebung der Ernennung auf Klage eines unterlegenen Bewerbers dann nicht entgegen, wenn dieser *daran gehindert worden sei, die Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs vor der Ernennung auszuschöpfen*. Seine alte Auffassung, wonach in Fällen der Rechtsschutzverhinderung zwar die Ernennung rechtsbeständig ist, der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers jedoch mit verändertem Inhalt, der notfalls auch auf Schaffung einer neuen Planstelle gerichtet ist, fortbesteht,¹² gibt das BVerfG ausdrücklich auf. Ergänzend weist das Gericht darauf hin, dass diese Lösung bei funktionsgebundenen Ämtern, wie bei dem Amt eines Oberlandesgerichtspräsidenten, keinen Sinn ergebe und auch eine neue Stelle nach den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG vergeben werden müsse. Auf die Revision des Klägers wurde die Ernennung mit Wirkung ab Zustellung des Revisionsurteils aufgehoben, da die Auswahlentscheidung den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG nicht entsprach. Gründe des Vertrauensschutzes standen nicht entgegen, da die Änderung der Rechtsprechung nach Auffassung des BVerfG vorhersehbar war.¹³

2. Bundesverfassungsgericht

Da das BVerfG auch in BVerwGE 138, 102 am *Grundsatz der Ämterstabilität* festgehalten hat, ist Rechtsschutz gegen die drohende Ernennung eines Mitbewerbers in der Regel nur vor dessen Ernennung im Wege vorläufigen Rechtsschutzes möglich. Wird dem unterlegenen Bewerber der beantragte Eilrechtsschutz in der Beschwerdeinstanz versagt, kann das BVerfG wegen § 152 VwGO nicht angerufen werden. In diesen Fällen kommen als *außerordentliche Rechtsbehelfe* die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG in Betracht. Die einschlägige Kammerrechtsprechung des BVerfG hatte sich in den letzten Jahren im Wesentlichen mit Rechtsfragen

11 Siehe hierzu BVerfG, Beschlüsse v. 28. 4. 2005 – 1 BvR 2231/05, DNotZ 2005, 473 = NJW-RR 2005, 998, 999; v. 9. 7. 2007 – 2 BvR 206/07, NVwZ 2007, 1178; v. 24. 9. 2007 – 2 BvR 1586/07, NVwZ 2008, 70 = ZBR 2008, 166; v. 9. 7. 2009 – 2 BvR 706/09, NVwZ 2009, 1430.

12 BVerfG, Urt. v. 21. 8. 2003 – 2 C 14.02, BVerwGE 118, 370 = DVBl. 2004, 317 = NVwZ 2004, 1380 = NJW 2004, 870.

13 BVerfG, Urt. v. 4. 11. 2010 – 2 C 16.09, BVerwGE 138, 102, Rdn. 59 = DVBl. 2011, 228 = NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695.

der Ämterstabilität, der Grundrechtssicherung im vorgelagerten Verwaltungsverfahren und den Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs im Eilrechtsschutz zu befassen.

a) *Der Grundsatz der Ämterstabilität*

Gegen das Revisionsurteil BVerwGE 80, 127 v. 25. 8. 1988,¹⁴ das bei der gegebenen Fallkonstellation – der Konkurrent war inzwischen ernannt – zu einem faktischen Ausschluss des Rechtsschutzes führt, wurde Verfassungsbeschwerde mit der Begründung eingereicht, es verletze das grundrechtsgleiche Recht der Beschwerdeführerin aus Art. 33 Abs. 2 GG auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Das BVerfG prüfte den Fall im Lichte der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und kam in seinem *Nichtannahmebeschl.* v. 19. 9. 1989¹⁵ zu dem Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin nicht in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt sei.

Werde die Verletzung eines vom Grundgesetz gewährleisteten subjektiven Rechts gerügt, müssten die dem Betroffenen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG an einen effektiven Rechtsschutz genügen. Im Streit um den Zugang zu einem öffentlichen Amt bedeute dies, dass der unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG abgelehnte Bewerber *grundsätzlich* die Möglichkeit haben müsse, vor Gericht die Beachtung seines Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG durchzusetzen. Die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit des ihn in seinen Rechten aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzenden Hoheitsakts oder der Verweis auf einen Schadensausgleich in Geld genügen diesem Rechtsschutzanspruch in der Regel nicht. Nach Auffassung des BVerwG stehe dem unterlegenen Bewerber um eine Beförderungsstelle die Möglichkeit offen, mit einer Klage auf Neubescheidung oder im Wege einer einstweiligen Anordnung Rechtsschutz gegen die Ablehnung seiner Bewerbung in Anspruch zu nehmen, wobei in diesem Verfahren die vorangegangene Auswahlentscheidung auf einen möglichen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG geprüft werden könne. Dies werde, so das BVerfG, den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 i. V. mit Art. 19 Abs. 4 GG gerecht. Dass die Klage nach der endgültigen Stellenbesetzung durch den Mitbewerber nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden könne, da die Beförderung des Mitbewerbers aus beamtenrechtlichen Gründen nicht mehr rückgängig zu machen sei („*was in Anbetracht des insoweit eingeschränkten Prüfungsmaßstabes des Bundesverfassungsgerichts ... verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden [ist]*“), schränkt nach Auffassung der Dritten Kammer den Rechtsschutz nicht unzumutbar ein, weil der unterlegene Bewerber vorläufigen Rechtsschutz

14 BVerwG, Urt. v. 25. 8. 1988 – 2 C 62.85, BVerwGE 80, 127 = DVBl. 1989, 197 = NVwZ 1989, 158.

15 BVerfG, Beschl. v. 19. 9. 1989 – 2 BvR 1576/88, NJW 1990, 501 = DVBl. 1990, 105. Siehe hierzu die Anm. von *Busch*, DVBl. 1990, 107; *Hufen*, JuS 1990, 757, und *Schnellenbach*, NVwZ 1990, 637.

mit dem Ziel in Anspruch nehmen könne, die Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern.

Auf diesen Beschluss, der BVerwGE 80, 127 „verfassungsrechtlich nicht beanstandete“,¹⁶ hat sich das BVerfG in seinen späteren Entscheidungen entweder ausdrücklich¹⁷ oder der Sache nach¹⁸ immer wieder bezogen. Dass das BVerwG später in BVerwGE 115, 89, 92 verfassungsrechtliche Bedenken gegen seine eigene Rechtsprechung geäußert hat, hat das BVerfG nur zur Aufnahme eines Hinweises „vgl. hierzu allerdings jetzt auch BVerwG, NVwZ 2002, 604 = DVBl 2002, 203, 204“¹⁹ in seinen Beschl. v. 24. 9. 2002²⁰ veranlasst,²¹ ohne auf diese Bedenken näher einzugehen und sich mit ihnen inhaltlich auseinanderzusetzen, wozu es allerdings auch keine Veranlassung hatte.²² Deshalb verwundert es, dass das BVerwG in seinem Urt. v. 21. 8. 2003²³ festgestellt hat, seine in dem früheren Urt. v. 13. 9. 2001²⁴ geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken habe das BVerfG durch Kammerbeschl. v. 24. 9. 2002 „entkräftet“.²⁵ Während also BVerwGE 115, 89, 92 bei dem BVerfG eine kaum nennenswerte Reaktion verursacht hat, verhält es sich mit BVerwGE 118, 370²⁶ anders. Dieses Urteil veranlasste

-
- 16 So BVerfG, Beschl. v. 24. 9. 2002 – 2 BvR 857/02, DVBl. 2002, 1633 = NVwZ 2003, 200.
 - 17 BVerfG, Beschlüsse v. 24. 9. 2002 – 2 BvR 857/02, DVBl. 2002, 1633 = NVwZ 2003, 200; v. 9. 7. 2002 – 2 BvQ 25/02, NVwZ 2002, 1367; v. 10. 3. 2003 – 2 BvQ 6/03, BayVBl. 2003, 685.
 - 18 BVerfG, Beschlüsse v. 9. 7. 2007 – 2 BvR 206/07, NVwZ 2007, 1178, sich in dieser Sache ausdrücklich auf den Grundsatz der Ämterstabilität stützend; v. 24. 9. 2007 – 2 BvR 1586/07, NVwZ 2008, 70.
 - 19 BVerwG, Urt. v. 13. 9. 2001 – 2 C 39.00, BVerwGE 115, 89, 92 = DVBl 2002, 203, 204.
 - 20 BVerfG, Beschl. v. 24. 9. 2002 – 2 BvR 857/02, DVBl. 2002, 1633 = NVwZ 2003, 200.
 - 21 Auch in den beiden Beschlüssen des BVerfG v. 9. 7. 2002 – 2 BvQ 25/02, NVwZ 2002, 1367, und v. 10. 3. 2003 – 2 BvQ 6/03, BayVBl. 2003, 685, wird die fachgerichtliche Rechtsprechung kommentarlos nebst Hinweis auf die Entscheidung des BVerwG zitiert.
 - 22 In diesem Kammerbeschluss, der sich mit den Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens beschäftigte, beschränkte sich das BVerfG darauf, die ständige, „verfassungsrechtlich nicht beanstandete“ verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu referieren, wonach sich der Bewerbungsverfahrenanspruch nur vor einer Ernennung des ausgewählten Konkurrenten mittels einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO sichern lasse. Werde hingegen die Stelle besetzt, bleibe dem unterlegenen Bewerber sowohl die erfolgreiche Inanspruchnahme gerichtlichen Eilrechtsschutzes als auch primärer Rechtsschutz in der Hauptsache in Form einer Bescheidungsklage versagt.
 - 23 BVerwG, Urt. v. 21. 8. 2003 – 2 C 14.02, BVerwGE 118, 370 = DVBl. 2004, 317 = NVwZ 2004, 1380 = NJW 2004, 870.
 - 24 BVerwG, Urt. v. 13. 9. 2001 – 2 C 39.00, BVerwGE 115, 89, 92 = DVBl. 2002, 203 = NVwZ 2002, 604.
 - 25 Siehe hierzu auch *Lemhöfer*, ZBR 2003, 14; *Laubinger* ZBR 2010, 289, 293; *Munding*, DVBl. 2011, 1512, 1514, und besonders *Schenke*, Festschrift für *Schnapp*, 2008, 655, 656 ff.
 - 26 BVerwG, Urt. v. 21. 8. 2003 – 2 C 14.02, BVerwGE 118, 370 = DVBl. 2004, 317 = NVwZ 2004, 1380 = NJW 2004, 870.

das BVerfG, die Verfassungsbeschwerde des in Koblenz unterlegenen Bewerbers nach dem Grundsatz der Subsidiarität nicht zur Entscheidung anzunehmen, da es die Inanspruchnahme des grundsätzlich vorgängigen Hauptsacheverfahrens der Fachgerichtsbarkeit angesichts der vom BVerfG gemachten Ausnahmen vom Grundsatz der Ämterstabilität nicht als offensichtlich aussichtslos bewertete, und ihm auch mit Blick auf BGHZ 165, 139, wo an der Ämterstabilität festgehalten worden ist, nahezulegen, im Hauptsacheverfahren Klage gegen die Ernennung des Mitbewerbers zu erheben.²⁷ Es hielt den Grundsatz der Ämterstabilität also auch in diesem Fall, in dem es um die Rechtsschutzvereitelung durch Ernennung trotz angekündigter Inanspruchnahme des BVerfG ging, für überwindbar.²⁸

b) Vorwirkungen des Bewerbungsverfahrensanspruchs auf das Verwaltungsverfahren

In dem oben erwähnten *Nichtannahmebeschl.* v. 19. 9. 1989²⁹ machte das BVerfG zum ersten Mal Ausführungen zu den – später sogenannten – Vorwirkungen des Bewerbungsverfahrensanspruchs auf das Verwaltungsverfahren. Die rechtzeitige Neubescheidungsklage und auch der vorläufige Rechtsschutzantrag setzten voraus, dass der Kläger oder Antragsteller den Ausgang des Verwaltungsverfahrens überhaupt kennt. Um ihm diese Kenntnis zu verschaffen, verlangt das BVerfG daher, dass der Dienstherr dem unterlegenen Bewerber innerhalb einer ausreichenden Zeitspanne vor der Ernennung des Mitbewerbers durch eine Mitteilung Kenntnis vom Ausgang des Auswahlverfahrens verschafft. Diese *Mitteilungspflicht* leitet das Gericht unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 i. V. mit Art. 19 Abs. 4 GG ab. „(D)enn das dem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagerte Verwaltungsverfahren darf nicht so ausgestaltet sein, daß es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert.“³⁰ Diese über den konkreten Einzelfall hinausgehenden Hinweise richten sich an die öffentlichen Dienstherrn, dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf chancengleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern schon im Besetzungsverfahren Rechnung zu tragen. Die Betonung des Grundrechtsschutzes im Verwaltungsverfahren durch entsprechende Verfahrensgestaltung war das entscheidend Neue an diesem Beschluss.³¹

Aus denselben Gründen hat das BVerfG später ergänzend eine *Wartepflicht* postuliert. Die Verwaltung habe vor Aushändigung der Urkunde einen ausreichenden Zeitraum abzuwarten, um dem Mitbewerber die Mög-

27 BVerfG, Beschl. v. 24. 9. 2007 – 2 BvR 1586/07, NVwZ 2008, 70.

28 Herrmann, NJW 2011, 653, 655; Hufen, JuS 2011, 957, 958.

29 BVerfG, Beschl. v. 19. 9. 1989 – 2 BvR 1576/88, NJW 1990, 501 = DVBl. 1990, 105. Siehe hierzu die Anm. von Busch, DVBl. 1990, 107; Hufen, JuS 1990, 757, und Schnellenbach, NVwZ 1990, 637.

30 BVerfG, Beschl. v. 19. 9. 1989 – 2 BvR 1576/88, NJW 1990, 501 = DVBl. 1990, 105, jeweils re. Sp.

31 Hufen, JuS 1990, 757; ähnlich Busch, DVBl. 1990, 107.

lichkeit zu geben, Eilantrag, Beschwerde oder Verfassungsbeschwerde zu erheben. Da den unterlegenen Bewerber die Darlegungslast für die Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung treffe, habe die Verwaltung außerdem die Verpflichtung, die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen (*Dokumentationspflicht*).³²

c) Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs

In dem bereits erwähnten Kammerbeschl. v. 24. 9. 2002³³ hat sich das BVerfG mit den für die Praxis wichtigen Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens beschäftigt. Im Rahmen einer auf die Verletzung von Art. 33 Abs. 2 GG gestützten Bescheidungsklage könne der unterlegene Bewerber eine erneute Entscheidung verlangen, wenn seine Aussichten, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen sind, wenn seine Auswahl also *möglich erscheint*. Da effektiver Rechtsschutz nur im Wege einer einstweiligen Anordnung zu leisten sei, dürften die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren gefordert werden könne.

II. Notarrechtliche Konkurrentenstreitigkeiten

In seinem Beschl. v. 15. 11. 2010 hat der BGH³⁴ in einem *notarrechtlichen Konkurrentenstreit* keine Veranlassung gesehen, BVerwGE 138, 102³⁵ zu folgen. Da auf die ausgeschriebenen Stellen schon Mitbewerber ernannt worden waren, deren Ernennung wegen des abschließenden Katalogs des § 50 BNotO nicht rückgängig gemacht werden könne, und eine neue Stelle erst ausgeschrieben werden müsse, hat der BGH an dem Grundsatz der Ämterstabilität festgehalten und für eine Ausnahme keinen Anhalt gesehen. Anders als in dem vom BVerwG entschiedenen Fall hatte sich hier der Antragsteller allerdings nur *gegen die Auswahlentscheidung gewandt und – mit dem Hauptantrag – seine Bestellung zum Notar begehrt, ohne die*

32 BVerfG, Beschl. v. 9. 7. 2007 – 2 BvR 206/07, NVwZ 2007, 1178, 1179, hierbei sich für die Wartepflicht ausdrücklich auf NJW-RR 2005, 998 (Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 28. 5. 2005 – 1 BvR 2231/02) in einer Notarbestellungssache beziehend. Ohne dass der Begriff *Wartepflicht* ausdrücklich verwandt worden wäre, geht es in NJW-RR 2005, 998 um die Folgen, die sich aus einer vorzeitigen Ernennung für das Rechtsschutzinteresse im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde ergeben, und damit der Sache nach um die Nichteinhaltung der Wartepflicht. Zur Wartepflicht auch BVerfG, Beschlüsse v. 24. 9. 2007 – 2 BvR 1586/07, NVwZ 2008, 70, und v. 9. 7. 2009 – 2 BvR 706/09, NVwZ 2009, 1430. Zur Dokumentationspflicht zuletzt BVerfG, Beschl. v. 25. 11. 2011 – 2 BvR 2305/11, NVwZ 2012, 368, 369.

33 BVerfG, Beschl. v. 24. 9. 2002 – 2 BvR 857/02, DVBl. 2002, 1633 = NVwZ 2003, 200.

34 BGH, Beschl. v. 15. 11. 2010 – NotZ 4/10, DNotZ 2011, 391 = NJW-RR 2011, 412, Rdn. 8.

35 BVerwG, Urt. v. 4. 11. 2010 – 2 C 16.09, BVerwGE 138, 102 = NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695 = DVBl. 2011, 208.

Ernennung seiner Mitbewerber anzufechten. Auch hatte die Behörde die Wartefrist eingehalten und den Rechtsschutz des Antragstellers nicht durch vorzeitige Ernennungen verhindert. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt lagen zwischen der Verkündung der Auswahlentscheidung und der Aushändigung der Urkunden an die Mitbewerber mehr als vier Wochen, ohne dass in dieser Zeit Rechtsschutz begehrt worden wäre. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung war zwei Tage nach der Übergabe der Urkunden gestellt worden. Die Entscheidung des BGH betraf also einen Sachverhalt, der auch im Übrigen ganz anders gelagert war als der, der dem Urteil des BVerwG zugrunde lag, sodass keine Veranlassung bestand, sich mit der neuesten Rechtsprechung des BVerwG en détail auseinanderzusetzen.

Da aber nicht auszuschließen ist, dass auch in *notarrechtlichen Besetzungsverfahren* gegen die Ernennung des Mitbewerbers unter Verweis auf die neueste Rechtsprechung des BVerwG Anfechtungsklage erhoben wird, bleibt die Frage, worauf die Klagebefugnis beruht und welchen Einfluss BVerwGE 138, 102 auf derartige Klagen haben wird.

1. Verfassungsrechtliche Herleitung des notarrechtlichen Bewerbungsverfahrensanspruchs

Ist der ausgewählte Bewerber noch nicht ernannt, besteht das Rechtsschutzziel des unterlegenen Bewerbers in der Regel darin, die von der Behörde beabsichtigte Ernennung zu verhindern und eine ihm günstigere Auswahlentscheidung herbeizuführen.³⁶ Aufgrund der in § 111b BNotO ausgesprochenen Verweisung, wonach für die gerichtlichen Verfahren in verwaltungsrechtlichen Notarsachen die Vorschriften der VwGO entsprechend gelten, kommt hier als Klageart im Hauptsacheverfahren die *Verpflichtungsklage auf Neubescheidung* in Betracht (§ 42 Abs. 1 i. V. mit § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO). Damit nicht durch die lange Verfahrensdauer einer solchen Klage vollendete Tatsachen geschaffen werden, muss der unterlegene Bewerber daneben nach § 123 Abs. 1 VwGO mit einem *Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung* versuchen, der Behörde einstweilen zu untersagen, den ausgewählten Bewerber zu ernennen, oder ihr aufzugeben, die Stelle einstweilen freizuhalten. Ist dieser bereits ernannt, kann seit dem Ur. des BVerwG v. 4. 11. 2010³⁷ unter bestimmten Voraussetzungen auch die Ernennung (eines Richters oder Beamten)³⁸ angefochten werden. Die *Zulässigkeit aller Verfahren* setzt voraus, dass der Kläger oder Antragsteller³⁹ *klagebefugt* ist. Für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ergibt sich dies aus § 42 Abs. 2 VwGO analog.⁴⁰ Das

36 Zu den Rechtsschutzzielen s. *Wernsmann*, DVBl. 2005, 276, 278.

37 BVerwG, Ur. v. 4. 11. 2010 – 2 C 16.09, BVerwGE 138, 102 = NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695 = DVBl. 2011, 208.

38 Ob dies auch für die Notarernennung gilt, wird nachfolgend unter Ziff. 3 erörtert.

39 *Kopp/Schenke*, VwGO, 20. Aufl., 2014, § 123 Rdn. 18; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., 2012, Rdn. 1031.

40 *Schöbener*, BayVBl. 2001, 321, 323.

möglicherweise verletzte Recht besteht in dem sog. *Bewerbungsverfahrensanspruch*.⁴¹

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen das Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Die Vorschrift dient nicht nur dem öffentlichen Interesse an einer optimalen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes nach Maßgabe der dort genannten Kriterien, sondern bezweckt *auch* den Schutz des einzelnen Bewerbers, indem sie ihm ein grundrechtsgleiches Recht⁴² auf ermessens- und beurteilungsfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl vermittelt. Jeder Bewerber hat einen Anspruch darauf, dass seine Bewerbung nicht aus Gründen zurückgewiesen wird, die nicht durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind.⁴³ Dieser sog. Bewerbungsverfahrensanspruch wird für die *beamten- und richterrechtlichen* Besetzungsverfahren *unmittelbar* aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleitet. Ob dies auch für den Zugang zu dem Amt des Notars gilt, ist immer noch nicht hinreichend geklärt.

Die Rechtsprechung des BVerfG ist nicht einheitlich. In einer seiner ersten Entscheidungen zum notariellen Berufs- und Amtsrecht hat sich das BVerfG in dem Beschl. v. 5. 5. 1964 mit der verfassungsrechtlichen Stellung des Notars zwischen Berufsfreiheit und öffentlichem Amt befasst und hierzu ausgeführt, „dass der Beruf des Notars sowohl nach der Eigenart der ihm übertragenen Aufgaben wie nach der positiven Ausgestaltung des Berufsrechts dem öffentlichen Dienst sehr nahe gerückt ist. Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG sind daher für diesen Beruf grundsätzlich möglich“.⁴⁴ Diese Position, wonach Art. 33 Abs. 2 GG unmittelbar Wirkungen nur für Berufe entfaltet, die zum öffentlichen Dienst im engeren Sinne gehören, hat das BVerfG auch in seinem Beschl. v. 18. 6. 1986 aufrechterhalten.⁴⁵ Dagegen hat das BVerfG in seinem Beschl. v. 20. 4. 2004 auf „das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 i. V. mit Art. 33 Abs. 2 GG“ als Prüfungsmaßstab für die Auswahl unter Bewerbern für das Amt des Notars abgestellt.⁴⁶ Allerdings zeigt die in dem Beschl. v. 29. 3. 2006⁴⁷ ausdrücklich getroffene Feststellung, wonach die Auswahlgesichtspunkte des Art. 33 Abs. 2 GG nicht unmittelbar zur Anwendung kommen, dass aus der Zitierweise „Art. 12 Abs. 1 i. V. mit Art. 33 Abs. 2 GG“ eben nicht auf

41 Zum Bewerbungsverfahrensanspruch s. auch *Hetzer*, VR 1998, 116; *Laubinger*, ZBR 2010, 289, 291; *Wernsmann*, DVBl. 2005, 276, 278.

42 Was in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG vorausgesetzt wird, wonach die Verletzung der Rechte aus Art. 33 mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden kann.

43 St. Rspr., s. zuletzt BVerwG, Beschl. v. 10. 5. 2016 – 2 VR 2.15, Rdn. 15, juris; *Schenke*, aaO (Fußn. 39), Rdn. 524.

44 BVerfG, Beschl. v. 5. 5. 1964 – 1 BvL 8/62, BVerfGE 17, 371, 379.

45 BVerfG, Beschl. v. 18. 6. 1986 – 1 BvR 787/80, BVerfGE 73, 280, 295 = DNotZ 1987, 121 = NJW 1987, 887. Die Formel von den „Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG“ findet sich auch in dem Beschl. v. 21. 9. 2000 – 1 BvR 66/96, DNotZ 2000, 937, 938, ebenso in dem Beschl. v. 20. 9. 2002 – 1 BvR 819/01 u. a., DNotZ 2002, 891 = NJW-RR 2003, 203.

46 BVerfG, Beschl. v. 20. 4. 2004 – 1 BvR 838/02 u. a., BVerfGE 110, 304, 321 = DNotZ 2004, 560 = NJW 2004, 1935.

47 BVerfG, Beschl. v. 29. 3. 2006 – 1 BvR 133/06, DNotZ 2006, 790 = NJW 2006, 2395.

die unmittelbare Anwendung der Norm durch das BVerfG geschlossen werden kann.⁴⁸

Während der BGH die Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 2 GG auf Notare zunächst verworfen hatte, da der Notar nicht zum öffentlichen Dienst gehöre und die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien über den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) berücksichtigen wollte,⁴⁹ hat er später⁵⁰ Art. 33 Abs. 2 GG wegen der Nähe der Notare zum öffentlichen Dienst *entsprechend* angewandt. Inzwischen geht der BGH offenbar von der unmittelbaren Anwendung des Art. 33 Abs. 2 GG auf Bewerbungen um Notarstellen aus.⁵¹ In den Beschlüssen des BGH v. 28. 11. 2005 heißt es dazu noch klarer: „Die bei dem Zugang zu einem öffentlichen Amt, das ein Notar ausübt ..., aus Art. 12 Abs. 2 GG i. V. mit Art. 33 Abs. 2 GG abzuleitenden Grundsätze für die Auswahlentscheidung ...“⁵²

Der in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltene Begriff des *öffentlichen Amtes* ist nicht identisch mit dem Tatbestandsmerkmal *öffentlicher Dienst*, das in Art. 33 Abs. 4 GG (Funktionsvorbehalt für Beamte) und Art. 33 Abs. 5 GG (institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums) verwendet wird. Öffentliche Ämter gibt es auch außerhalb des öffentlichen Dienstes.⁵³ Dies zeigt *in exemplarischer Weise* § 1 BNotO, die grundlegende Norm des Notarverfassungsrechts. Danach werden bestimmte Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege bestimmten Personen, die nicht unmittelbar in die staatliche Verwaltungsorganisation eingegliedert sind, *durch staatlichen Beststellungsakt* zur selbstständigen, unabhängigen Wahrnehmung übertragen.⁵⁴ Zeigt bereits dieser Befund, dass die Verengung des Art. 33 Abs. 2 GG auf den öffentlichen Dienst⁵⁵ unzutreffend ist, so ergibt sich dies auch aus Art. 33 Abs. 3 GG, wo zwischen dem Zugang zu *öffentlichen Ämtern* und den im *öffentlichen Dienst* erworbenen Rechten unterschieden wird. Wenn aber dort in dieser Weise unterschieden wird, liegt die Annahme nahe, dass es bei Art. 33 Abs. 2 GG nicht nur um öffentliche Ämter innerhalb des öffentlichen Dienstes geht.⁵⁶ Neben dem Wortlaut ist aber für die Frage, welchen

48 So aber *Schöbener*, NWVBl. 2005, 41, 42.

49 BGH, Beschl. v. 29. 3. 1993 – NotZ 25/94, NJW 1993, 2536 f. Ähnlich Beschl. v. 25. 4. 1994 – NotZ 20/93, BGHZ 126, 39, 46 = DNotZ 1996, 173, wonach der Anspruch auf die Entscheidung über eine Bewerbung auf Art. 12 i. V. mit Art. 3 GG beruht.

50 BGH, Beschl. v. 5. 2. 1996 – NotZ 25/95, DNotZ 1996, 906, 909.

51 BGH, Beschlüsse v. 31. 3. 2003, gleichlautend NotZ 24/02, DNotZ 2003, 782, sowie NotZ 26 bis 29/02.

52 NotZ 24/05, Rdn. 29, BeckRS 2006, 200, und NotZ 27/05, Rdn. 26, insoweit ebenfalls gleichlautend.

53 BonnerKommGG/Höfling, Art. 33 Rdn. 74; *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Badura*, GG, Art. 33 Rdn. 23.

54 Siehe hierzu eingehend *Eylmann/Vaasen/Frenz*, aaO (Fußn. 2), § 1 BNotO Rdn. 1 ff., 18 ff.; *Bormann/König*, notar 2008, 256, 257 ff.

55 So aber BVerfG, Beschlüsse v. 18. 6. 1986 – 1 BvR 787/80, BVerfGE 73, 280, 295 = DNotZ 1987, 121 = NJW 1987, 887; v. 29. 3. 2006 – 1 BvR 133/06, DNotZ 2006, 790 = NJW 2006, 2395; BGH, Beschl. v. 29. 3. 1993 – NotZ 25/94, NJW 1993, 2536 f. Gegen BGH auch BonnerKommGG/Höfling, aaO (Fußn. 53), Rdn. 98.

56 Im Ergebnis ebenso *Heizer*, VR 1998, 116. 117.

Inhalt der Begriff „öffentliches Amt“ i. S. des Art. 33 Abs. 2 GG hat, auch der Zweck der Vorschrift maßgebend. Dieser besteht darin, (1) die Geltung des Leistungsprinzips dadurch sicherzustellen, dass zur Wahrnehmung von Aufgaben und Befugnissen der öffentlichen Gewalt, die durch staatlichen Beststellungsakt übertragen werden, nur die besten und geeignetsten Bewerber herangezogen werden, und (2) jedem Deutschen nach seinen Fähigkeiten den gleichen Zugang zu solchen Ämtern zu eröffnen.⁵⁷ Da der Notar als externer Funktionsträger staatliche Funktionen wahrnimmt,⁵⁸ ergibt sich sein Anspruch auf chancengleichen Zugang zu den bestehenden Ämtern nach dem Prinzip der Bestenauslese *unmittelbar* aus Art. 33 Abs. 2 GG. Das Amt des Notars ist öffentliches Amt im Sinne dieser Vorschrift.⁵⁹ Eines Rückgriffs auf die allgemeine Vorschrift des Art. 3 Abs. 1 GG zur Sicherung der Chancengleichheit bedarf es somit nicht.

2. Stationen der Rechtsprechung: BGHZ 160, 190⁶⁰ und 165, 139⁶¹

In einem *über 12 Jahre* geführten Rechtsstreit um die Besetzung einer Anwaltsnotarstelle in Stuttgart, der dreimal bis zum BGH geführt wurde, mehr als dreimal das BVerfG beschäftigte, beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte fortgesetzt wurde und schließlich im Rahmen einer Amtshaftungsklage mit einem Entschädigungsvergleich endete,⁶² hatte der Antragsteller zunächst die Auswahlentscheidung angegriffen und später *auch die Aufhebung der Ernennung* des Mitbewerbers beantragt. Bei dessen Ernennung hatte die Behörde eine einstweilige Anordnung des BVerfG, die letzte von sechs Stellen einstweilen nicht zu besetzen, nicht beachtet. Der BGH hat in seinem Beschl. v. 10. 8. 2004⁶³ seine frühere Rechtsprechung bekräftigt, wonach das Besetzungsverfahren wie im Beamtenrecht mit der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle beendet sei. Einem Verpflichtungsantrag fehle in diesem Fall das Rechtsschutzinteresse. Der Grundsatz der Ämterstabilität, der nach ständiger verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung die Aufhebung der Ernennung des Konkurrenten ausschließt, ver-

57 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Badura, aaO (Fußn. 53), Rdn. 23.

58 BVerfG, Beschlüsse v. 5. 5. 1964 – 1 BvL 8/62, BVerfGE 17, 371, 379; v. 18. 6. 1986 – 1 BvR 787/80, BVerfGE 73, 280, 294 = DNotZ 1987, 121 = NJW 1987, 887; umfassend dazu Beschl. v. 18. 6. 1986 – 1 BvR 787/80, BVerfGE 73, 280, 295 = DNotZ 1987, 121 = NJW 1987, 887; Preuß, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, 2005, insbes. S. 94 ff.

59 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Badura, aaO (Fußn. 53), Rdn. 23; BonnerKommGG/Höfling, aaO (Fußn. 53), Rdn. 98; Sachs/Battis, GG, 7. Aufl., 2014, Art. 33 Rdn. 25; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl., 2014, Rdn. 9; Egerland, Die Notarbestellung im hauptberuflichen Notariat, 2009, 49 ff.; Sachs, JuS 2004, 815; a. A. Kunig in von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl., 2012, Art. 33 Rdn. 20.

60 BGH, Beschl. v. 10. 8. 2004 – NotZ 28/03, BGHZ 160, 190 = DNotZ 2005, 154 = NJW-RR 2004, 1700.

61 BGH, Beschl. v. 28. 11. 2005 – NotZ 18/05, BGHZ 165, 139 = DNotZ 2006, 313 = NJW-RR 2006, 639.

62 Zu weiteren Einzelheiten s. unten Fußn. 69.

63 BGH, Beschl. v. 10. 8. 2004 – NotZ 28/03, BGHZ 160, 190 = DNotZ 2005, 154 = NJW-RR 2004, 1700.

hindere auch den Erfolg des Anfechtungsantrages eines Bewerbers um eine Notarstelle. Zu den in § 50 BNotO abschließend geregelten Amtshebungsgründen zähle die Bestellung unter Verstoß gegen eine einstweilige Anordnung, auch gegen eine solche des BVerfG, nicht. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der neueren Rechtsprechung des BVerwG.⁶⁴ Zu allen übrigen durch BVerwGE 118, 370 aufgeworfenen Fragen brauchte der BGH nicht Stellung zu nehmen.

Während die Frage, ob BVerwGE 118, 370 auf das Notarrecht übertragbar ist, in BGHZ 160, 190 noch unbeantwortet bleiben konnte, wurde sie in dem Beschl. v. 28. 11. 2005⁶⁵ von Bedeutung. In dem beim Oberlandesgericht fortgesetzten Verfahren hatte der Antragsteller beantragt, ihm eine Anwaltsnotarstelle zu übertragen. Soweit der Antrag auf die Zuweisung einer bereits besetzten Stelle zielte, wiederholte der Senat seinen in BGHZ 160, 190 niedergelegten Standpunkt zur Ämterstabilität. Soweit hingegen Ziel des Antrages die Übertragung einer neu zu schaffenden Stelle war, hat der BGH hierzu festgestellt, dass BVerwGE 118, 370 sich nicht auf das Notarrecht übertragen lasse, da die Schaffung einer zusätzlichen Stelle unabhängig von den gesetzlichen Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege und ohne Ausschreibung in der BNotO nicht vorgesehen sei. Obwohl die Ernennung auf die ursprünglich freizuhaltende Stelle entgegen einer einstweiligen Anordnung des BVerfG vorgenommen worden war, ist die Verfassungsbeschwerde gegen BGHZ 165, 139 durch Kammerbeschluss nicht zur Entscheidung angenommen worden.⁶⁶ Die Kammer hat die Argumentation des BGH zur Ämterstabilität und zu den Voraussetzungen für die Schaffung einer neuen Stelle als mit „Art. 12 Abs. 1 i. V. mit Art. 33 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 GG“ vereinbar angesehen und abschließend festgestellt, der Beschwerdeführer könne weder verfahrensrechtlich noch materiellrechtlich so behandelt werden, als sei die einstweilige Anordnung von dem Antragsgegner des Ausgangsverfahrens beachtet worden. Diese Feststellung zielt auf BVerwGE 118, 370, wonach in Fällen der Rechtsschutzverweigerung zwar die Ernennung rechtsbeständig ist, der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers jedoch mit verändertem Inhalt fortbesteht und ggf. eine weitere Planstelle zu schaffen ist. Der BGH ist dieser Auffassung mit Recht nicht gefolgt, da die Schaffung einer weiteren Notarstelle ohne Bedürfnisfeststellung und Ausschreibung gegen die BNotO verstieße und im Übrigen systemfremd wäre, von der damit verbundenen

64 BVerwG, Urt. v. 21. 8. 2003 – 2 C 14.02, BVerwGE 118, 370 = DVBl. 2004, 317 = NVwZ 2004, 1380 = NJW 2004, 870.

65 BGH, Beschl. v. 28. 11. 2005 – NotZ 18/05, BGHZ 165, 139 = DNotZ 2006, 313 = NJW-RR 2006, 639. Es handelte sich um die dritte Entscheidung, die der BGH in dem Verfahren um die Besetzung einer Anwaltsnotarstelle in Stuttgart zu treffen hatte. Die von dem Antragsteller erhobene Verfassungsbeschwerde hatte zur Aufhebung des ersten in dieser Sache getroffenen Beschl. des Senats v. 31. 3. 2003 – NotZ 39/02 geführt (BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 8. 10. 2004 – 1 BvR 702/03, NJW 2005, 50).

66 BVerfG, Beschl. v. 29. 3. 2006 – 1 BvR 133/06, DNotZ 2006, 790 = NJW 2006, 2395.

Beeinträchtigung der Rechte Dritter ganz abgesehen. Auch die vom BVerwG geforderte Schaffung einer weiteren Planstelle war systemwidrig. Das neue Amt hätte ohne Ausschreibung und ohne Einhaltung der Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG (und auch ohne Einhaltung von § 49 BHO) vergeben werden müssen. Dass das BVerwG seine Rechtsprechung u. a. aus diesem Grund *in diesem Punkt* aufgegeben hat,⁶⁷ ist für den BGH eine späte Rechtsfertigung.

3. Die Übernahme von BVerwGE 138, 102 auf Notarerennungen in Fällen der Rechtsschutzverhinderung

Die Rechtsprechung des BVerfG aus den letzten Jahren zu den Vorwürfen des Bewerbungsverfahrensanspruchs auf das Verwaltungsverfahren (Mitteilungspflicht, Einhaltung einer Wartefrist, Dokumentationspflicht) dürfte, so ist auch ohne umfangreiche bundesweite Recherchen anzunehmen, in der Verwaltungspraxis der Justizbehörden der Länder, die über die Ernennung von Notaren zu befinden haben, angekommen sein. In der nordrhein-westfälischen AVNot jedenfalls ist die Mitteilungspflicht in den §§ 13 und 20 angeordnet. Dort ist auch bestimmt, dass eine Wartefrist von *drei* Wochen einzuhalten ist. In der Praxis werden die Auswählerwägungen in umfangreichen Vermerken dokumentiert, welche konkurrierenden Bewerbern auf Verlangen (auszugsweise) auch zur Kenntnis gebracht werden. Hat die Behörde die Wartefrist aber nicht eingehalten oder ist der Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers durch Nichtbeachtung einer einstweiligen verwaltungs- oder gar verfassungsgerichtlichen Anordnung oder sonst wie vereitelt worden,⁶⁸ fragt sich, *ob der Rechtsschutz im Anschluss an BVerwGE 138, 102 nachzuholen ist*, wenn in einem *notarrechtlichen* Besetzungsverfahren der unterlegene Bewerber gegen die Ernennung des anderen, diesmal unter Hinweis auf jene Rechtsschutzverhinderung, Anfechtungsklage erhebt.⁶⁹

Dass die in § 12 BNotO geregelte Bestellung der Notare – wie die Ernennung eines Beamten oder Richters – einen statusbegründenden, formgebundenen und mitwirkungsbedürftigen *Verwaltungsakt* darstellt,⁷⁰ ist unstrittig. Wenn aber die Ernennung eines Beamten oder Richters notwendi-

67 BVerwG, Urt. v. 4. 11. 2010 – 2 C 16.09, BVerwGE 138, 102, Rdn. 40 = DVBl. 2011, 228 = NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695.

68 Zu den vom BVerwG definierten Anwendungsfällen der Rechtsschutzverhinderung s. BVerwGE 138, 102, 112 ff., Rdn. 36 = DVBl. 2011, 228 = NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695.

69 *Welche Bedeutung diese Fragestellung* für einen nicht ausgewählten Bewerber und auch die Behörde haben kann, zeigt der Ausgang des Stuttgarter Besetzungsverfahrens (s. oben unter Ziff. II 2). Nachdem der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* die unter Verstoß gegen die einstweilige Anordnung des BVerfG vorgenommene Stellenbesetzung als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK gewertet hatte (NJW 2011, 3703), wurde das gegen das Land Baden-Württemberg geführte Amtshaftungsklageverfahren durch Vergleich beendet.

70 *Eylmann/Vaasen/Frenz*, aaO (Fußn. 2), § 12 BNotO Rdn. 8 und 9; *Egerland*, aaO (Fußn. 59), S. 174.

gerweise in die Rechte der unterlegenen Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 GG eingreift und daher vom BVerwG unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung als *Verwaltungsakt mit Drittwirkung*⁷¹ qualifiziert wird,⁷² trifft diese Qualifikation in gleicher Weise auf die Ernennung von Notaren zu. Wie mit der Auswahl eines Bewerbers zwangsläufig die Ablehnung der Mitbewerber einhergeht, so führt die Ernennung des ausgewählten Bewerbers zum Notar zwingend zur Nichternennung der abgelehnten Bewerber. Nicht nur die Auswahlentscheidung, sondern auch die diese Entscheidung vollziehende Ernennung greift in die Rechte aller Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 GG ein.⁷³ Eine Klage gegen die Ernennung ist als Anfechtungsklage nach § 111b Abs. 1 BNotO i. V. mit § 42 Abs. 1 VwGO statthaft. Erweist sich die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs als möglich, ist nach § 42 Abs. 2 VwGO auch die Klagebefugnis für die Anfechtung der Ernennung gegeben.

Allerdings hat das BVerwG die Anfechtbarkeit von Ernennungen in einem Hauptsacheverfahren *nicht generell, sondern nur für den Fall* eröffnet, dass der unterlegene Bewerber daran gehindert worden ist, die verwaltungs- und ggf. auch verfassungsgerichtlichen Eilrechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs vor der Ernennung auszuschöpfen. Im Übrigen, so das BVerwG in einem obiter dictum, verbleibt es bei dem Grundsatz der Ämterstabilität mit der Folge, dass die Ernennung rechtsbeständig ist und die Nichtbeachtung des in Art. 33 Abs. 2 GG normierten Leistungsgrundsatzes nicht geltend gemacht werden kann.

Der Entscheidung ist *auch hinsichtlich der partiellen Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität* zuzustimmen. Sie knüpft an die verfahrensrechtliche Schutzkomponente des Bewerbungsverfahrensanspruchs nach Art. 19 Abs. 4 i. V. mit Art. 33 Abs. 2 GG an.⁷⁴ Indes fragt es sich (worauf das BVerwG nicht eingegangen ist), wie diese partielle Anfechtbarkeit von Ernennungen mit § 12 BeamStG und der dort abschließend geregelten Rücknehmbarkeit von Ernennungen vereinbar ist.⁷⁵ Die gleiche Frage stellt sich im Hinblick auf das notarielle Amtsrecht, da zu den in § 50 BNotO abschließend geregelten Amtsenthebungsgründen die Bestellung unter Verstoß gegen eine einstweilige Anordnung, auch gegen eine solche des

71 So schon *Wernsmann*, DVBl. 2005, 276, 281; *Schenke*, Festschrift für *Schnapp*, 2008, 655, 672 ff., 674; *Laubinger*, ZBR 2010, 289, 293.

72 Zu dieser Entscheidung: *Herrmann*, NJW 2011, 653 (zu den Risiken einer vorzeitigen Ernennung); *Hufen*, JuS 2011, 857; *Muckel*, JA 2001, 479; *Schenke*, NVwZ 2011, 321; *Munding*, DVBl. 2011, 1512; v. *Roetteken*, ZBR 2011, 73; *Wieland/Seulen*, DÖD 2011, 69; *Kugele* in *jurisPR-BVerwG* 9/2011 Anm. I; v. *Roetteken* in *jurisPR-ArbR* 19/2011 Anm. 6; *Battis*, DRiZ 2011, 174 und DVBl. 2013, 673; *Burmeister*, NdsVBl. 3/2012, 57; *Schefzik*, VBIBW 2012, 411; *Schönrock*, ZBR 2013, 26 (zur Rechtsqualität von Auswahlentscheidungen).

73 Vgl. BVerwG, Urt. v. 4. 11. 2010 – 2 C 16.09, BVerwGE 138, 102, Rdn. 17 ff., insbes. 19, 25, 28 = DVBl. 2011, 228 = NVwZ 2011, 358 = NJW 2011, 695.

74 *Munding*, DVBl. 2011, 1512, 1518.

75 Ähnlich unter dem Blickwinkel des Anspruchs auf Beseitigung *Schenke*, NVwZ 2011, 321, 323.

BVerfG, nicht zählt.⁷⁶ Die Antwort hat *Schoch* schon im Jahre 1988 gegeben, indem er darauf hingewiesen hat, dass sich die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Ernennung nicht nach den Vorschriften über deren Rücknahme, sondern *nach den Vorschriften über die Ernennung*, insbesondere nach Art. 33 Abs. 2 GG, beurteilt. Liegt insoweit ein Rechtsverstoß vor, hat das Gericht unter den Voraussetzungen des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Ernennung aufzuheben. Die Rücknahmevorschriften haben mit dieser Fallkonstellation nichts zu tun.⁷⁷ Das Gleiche gilt – mutatis mutandis – für die Amtsenthebungsvorschriften der BNotO im Falle einer wegen Rechtsschutzverhinderung angefochtenen Notarerennung. Sollte dieser Auffassung nicht zu folgen sein, weil die Aufhebung der Ernennung im praktischen Ergebnis auf die Amtsenthebung des ernannten Notars hinausläuft und daher an § 50 BNotO zu messen ist, folgt die Erweiterung der Amtsenthebungsfälle bei Rechtsschutzverhinderung aus einer verfassungskonformen Interpretation des § 50 BNotO.⁷⁸ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Beschl. des BGH v. 20. 7. 2015, wonach die Regelung der BNotO über die Begründung und das Erlöschen des Notarantes abschließende Sonderregelungen darstellen, die den Rückgriff auf die Vorschriften des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts über den Widerruf und die Rücknahme von Verwaltungsakten ausschließen.⁷⁹ Der Kläger, der zunächst vorläufig und dann endgültig seines Amtes enthoben worden war, begehrte die Aufhebung der Amtsenthebungsbescheide, um auf diese Weise wieder in sein altes Amt zu gelangen. Der BGH hat hierzu festgestellt, nach einem wirksamen Erlöschen des Amtes auf der Grundlage des § 47 BNotO könne das Amt nur durch eine erneute Bestellung gemäß § 5 BNotO erlangt werden. Der Fall einer Rechtsschutzverhinderung, der das BVerfG zu einer partiellen Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität veranlasst hat, lag hier nicht vor, sodass der BGH sich mit dieser Rechtsfrage nicht befasst hat (und auch nicht zu befassen brauchte).

Das BVerfG hat sich mit der partiellen Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität, soweit ersichtlich, noch nicht beschäftigt. Es hat aber, wenn auch in einem anderen Zusammenhang – es ging um die verweigerte Wiederbestellung als Notar nach Amtsniederlegung wegen Kinderbetreuung –, die Rechtsprechung des BVerfG über die Rechtsschutzverhinderung durch den Dienstherrn als Ausnahme vom Grundsatz der Ämterstabilität kommentarlos referiert und nicht in Zweifel gezogen.⁸⁰

76 BGH, Beschl. v. 10. 8. 2004 – NotZ 28/03, BGHZ 160, 190 = DNotZ 2005, 154 = NJW-RR 2004, 1700; im Ergebnis ebenso: *Eylmann/Vaasen/Custodis*, aaO (Fußn. 2), § 50 BNotO Rdn. 1.

77 *Schoch*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, 688, 689; ebenso *Laubinger*, ZBR 2010, 289, 294.

78 Vgl. *Schenke*, NVwZ 2011, 321, 323.

79 BGH, Beschl. v. 20. 7. 2015 – NotZ(Brfg) 12/14, DNotZ 2015, 872, Rdn. 11 ff., im Anschluss an BVerfG, Urt. v. 30. 4. 2014 – 2 C 65.11, Rdn. 24 ff.; a. A. offenbar *Eylmann/Vaasen/Bremkamp*, aaO (Fußn. 2), § 47 BNotO Rdn. 2.

80 BVerfG, Beschl. v. 20. 11. 2013 – 1 BvR 63/12, NJW 2014, 843, Rdn. 19; in diesem Sinne auch BVerfG, Beschl. v. 2. 5. 2016 – 1 BvR 120/16, Rdn. 5, juris.

4. Keine Aufhebung bei schutzwürdigem Vertrauen

Gewichtige Bedenken gegen die Aufhebung einer bereits erfolgten Ernennung können sich im Einzelfall allerdings unter dem Aspekt des aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten *Grundsatzes des Vertrauensschutzes* ergeben. Der Notar ist – anders als der Richter oder Beamte – auf eigene Rechnung tätig. Wenn seine Ernennung angefochten wird, hat er bereits unter Aufnahme von Anschaffungs- und Betriebsmittelkrediten seine Geschäftsstelle angemietet, eingerichtet und mit Personal versehen. Die Aufhebung der Ernennung und die damit verbundene Rückabwicklung der von ihm getroffenen Vermögensdispositionen träfe den Notar in wirtschaftlicher Hinsicht *ungleich härter* als den Richter oder Beamten, *nachgerade in existenzbedrohender Weise*. Wegen der wirtschaftlichen und sonstigen Nachteile, die aus einer Aufhebung der Ernennung resultieren, ist daher im Einzelfall entsprechend § 48 Abs. 2 und 3 VwVfG⁸¹ *zu prüfen*, ob die Aufhebung deshalb ausscheidet, *weil der Notar auf die Rechtsbeständigkeit seiner Ernennung vertraut hat und sein Vertrauen schutzwürdig ist*.

Notar Dr. Christian Hartmann, Jüchen

Nacherbfolge und Grundbuchrecht – insbesondere zur Gestaltung und Abwicklung von Grundstücksverträgen

(Teil 2)*

B. II. Kaufvertrag mit einem befreiten Vorerben auf Verkäuferseite

1. Verfügungsbeschränkung bei Unentgeltlichkeit

§ 2136 BGB eröffnet dem Erblasser die Möglichkeit, den Vorerben von wesentlichen ihn treffenden Beschränkungen und Verpflichtungen zu befreien. Nicht befreien kann der Erblasser demgegenüber insbesondere von der Verfügungsbeschränkung betreffend unentgeltliche Verfügungen (§ 2113 Abs. 2 BGB). Das Erfordernis, die Zustimmungserklärung aller mit Zustimmungskompetenz ausgestatteten Personen beizubringen, besteht bei der Veräußerung durch den befreiten Vorerben nur im Anwendungsbereich des § 2113 Abs. 2 BGB. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Verfügung unentgeltlich, wenn objektiv keine gleichwertige Gegenleistung an die

⁸¹ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 15. Aufl., 2014, § 48 Rdn. 94 ff., 137 ff.

* Fortsetzung des Aufsatzes DNotZ 2016, 899.

Stelle des Verfügungsobjekts im Nachlass tritt und subjektiv der Vorerbe um diesen Umstand positiv weiß oder er zumindest dies bei ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses hätte erkennen müssen.¹

2. Nachweis der Entgeltlichkeit

a) Inhaltliche Anforderungen

Der Nachweis der Entgeltlichkeit kann regelmäßig nicht in der Form des § 29 GBO erbracht werden. Daher wird allgemein der Freibeweis zugelassen.² Die Gerichte gehen dabei von einer Entgeltlichkeit aus, wenn die für das Geschäft maßgeblichen Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit entsprechend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht bestehen.³ Bei der Nachweisführung genügt eine Glaubhaftmachung anhand von Erfahrungssätzen, Wahrscheinlichkeitssätzen oder tatsächlichen Vermutungen.⁴ So besteht anerkanntermaßen bei einem Vertrag mit außenstehenden Dritten, der gegenseitige Verpflichtungen begründet und bei dem die Gegenleistung an den Vorerben erbracht wird, eine *tatsächliche Vermutung* dafür, dass ein Kauf vorliegt und keine verdeckte Schenkung.⁵ Denn es liegt auf der Hand, dass der befreite Vorerbe, der den Kaufpreis ja vollständig für sich verwerten und verbrauchen kann, aus Eigeninteresse regelmäßig keinen Kaufvertrag unterhalb eines am Markt erzielbaren Kaufpreises abschließen wird. Bestehen bei einem solchen Vertrag nicht aufgrund konkreter Tatsachen Zweifel am Zutreffen der Vermutung, ist der Nachweis der Entgeltlichkeit für das Grundbuchamt erbracht. Generelle Zweifel an der Entgeltlichkeit bestehen dagegen bei Verträgen mit nahestehenden Personen, sodass hier die Vermutung der Entgeltlichkeit nicht gilt.⁶ Wenn

- 1 RGZ 125, 242, 245; BGHZ 5, 173 = DNotZ 1952, 217, st. Rspr.; OLG München, Beschl. v. 2. 9. 2014 – 34 Wx 415/13, FamRZ 2015, 697, 698; Weidlich in Palandt, BGB, 75. Aufl., 2016, § 2113 Rdn. 10.
- 2 St. Rspr., statt vieler etwa OLG München, Beschlüsse v. 2. 9. 2014 – 34 Wx 415/13, FamRZ 2015, 697, 698; v. 2. 3. 2016 – 34 Wx 408/15, RNotZ 2016, 305, 307; Böhringer in Meikel, GBO, 11. Aufl., 2015, § 51 Rdn. 156; Demharter, GBO, 30. Aufl., 2016, § 52 Rdn. 24, § 53 Rdn. 23 f.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., 2012, Rdn. 3518.
- 3 OLG München, Beschl. v. 2. 9. 2014 – 34 Wx 415/13, FamRZ 2015, 697, 698; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25. 8. 2015 – 11 Wx 66/15, FamRZ 2016, 337 f.; Hertel in Meikel, aaO (Fußn. 2), § 29 GBO Rdn. 439; Demharter, aaO (Fußn. 2), § 51 GBO Rdn. 42, § 52 GBO Rdn. 23 m.w.Nachw.
- 4 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. 1. 2008 – I-3 Wx 228/07, RNotZ 2008, 544, 546; OLG München, Beschl. v. 2. 3. 2016 – 34 Wx 408/15, RNotZ 2016, 305, 307.
- 5 St. Rspr., etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. 1. 2008 – I-3 Wx 228/07, RNotZ 2008, 544, 546; OLG München, Beschl. v. 2. 9. 2014 – 34 Wx 415/13, FamRZ 2015, 697, 698; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25. 8. 2015 – 11 Wx 66/15, FamRZ 2016, 337, 338; DNotI-Report 2006, 125, 127; Böhringer in Meikel, aaO (Fußn. 2), § 51 GBO Rdn. 156.
- 6 Zu den Beweisanforderungen in diesem Fall: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. 1. 2008 – I-3 Wx 228/07, RNotZ 2008, 544, 546; Böhringer in Meikel, aaO (Fußn. 2), § 51 GBO Rdn. 156.

danach Zweifel an der Entgeltlichkeit bestehen – und nur dann –, ist das Grundbuchamt aufgerufen, weitere Beweise⁷ zu verlangen. Für die dann beizubringenden Beweise gilt dabei Folgendes: Bei unbebautem Grundbesitz wird regelmäßig eine Vereinbarkeit des Kaufpreises mit den vom zuständigen Gutachterausschuss zuletzt veröffentlichten Bodenrichtwerten hinreichen.⁸ Im Übrigen wird ein zeitnah erstelltes, in der Sache umfassendes und aussagekräftiges Gutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen über den Verkehrswert des Grundstücks beizubringen sein. Ausreichend ist, dass der Kaufpreis mit dem festgestellten Wert in Einklang zu bringen ist.⁹ Hierzu genügt, dass der Kaufpreis zumindest annähernd dem Marktpreis entspricht; eine Abweichung nach unten von bis zu 10 % wird man wegen der stets nur beschränkten Aussagekraft von Verkehrswertgutachten im Wege eines „Sicherheitsabschlags“ als in jedem Fall unschädlich ansehen dürfen.¹⁰ Dies ist nicht so zu verstehen, dass bei größeren Abweichungen von der Gutachtereinschätzung nach unten im Gegenzug in jedem Fall von einer teilweisen Unentgeltlichkeit auszugehen ist: Auch ein Sachverständiger kann den am Marktpreis erzielbaren Preis lediglich prognostizieren und dabei mehr oder weniger irren. Kann der Vorerbe zum gutachterlich festgestellten Preis und auch ggf. 10 % darunter nach längerer Käufersuche keine Abschlussgelegenheit herstellen, dann spiegelt eben der mit einer Unterschreitung von z. B. 20 % erfolgte Abschluss gleichwohl den aktuellen Marktwert des Objekts wider. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH,¹¹ wonach der am Markt erzielte Kaufpreis ein wesentlicher Anhaltspunkt für die Schätzung des Verkehrswerts, und zwar auch dann, wenn dieser niedriger ausfällt, als dies anhand allgemeiner Erfahrungswerte zu erwarten gewesen wäre.

b) Zeitpunkt der Prüfung

Im Rahmen des Vollzugs eines Grundstückskaufvertrages ist es eine wichtige Frage, zu welchem Zeitpunkt die grundbuchamtliche Entscheidung über die Entgeltlichkeit der Verfügung fällt. Das Interesse des Käufers verlangt, dass bereits vor Fälligkeit des Kaufpreises Gewissheit darüber besteht, ob das Gericht von einer dauerhaften Wirksamkeit der Veräußerung gegenüber dem Nacherben ausgeht. Weil der Nacherbenvermerk nie als Grundbuchsperrung wirkt, trägt der Rechtspfleger die Vormerkung ohne jede

7 Die Beweislast liegt beim Vorerben: OLG *Frankfurt*, Rpfleger 1977, 170.

8 OLG *Karlsruhe*, Beschl. v. 25. 8. 2015 – 11 Wx 66/15, FamRZ 2016, 337, 338, für landwirtschaftlichen Grundbesitz; zust. in seiner Anm. *Morhard*, MittBayNot 2016, 431, 432.

9 OLG *München*, Beschl. v. 2. 3. 2016 – 34 Wx 408/15, RNotZ 2016, 305, 307.

10 So ausdrücklich OLG *München*, Beschl. v. 16. 1. 2015 – 34 Wx 415/13, FamRZ 2015, 697, 698.

11 BGH, Beschl. v. 8. 4. 2015 – IV ZR 150/14, ZEV 2015, 349, 350 m.w.Nachw. (i. R. des § 2311 BGB); OLG *Düsseldorf*, Urt. v. 30. 6. 2015 – I-3 U 11/14, RNotZ 2015, 575, 579 (zur Vollentgeltlichkeit i. R. des § 2205 BGB).

Prüfung der Entgeltlichkeit der Verfügung ein.¹² Gleiches gilt für die Eigentumsumschreibung. Erst die mit der Eigentumsumschreibung als Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) beantragte Löschung des Nacherbenvermerks erfordert die Prüfung des Rechtspflegers, ob das Grundstück aus der Vorerbschaftsmasse infolge vollentgeltlicher und damit endgültig wirksamer Verfügung des Vorerben ausgeschieden ist und deshalb der Nacherbenvermerk unrichtig geworden ist. In diesem späten Zeitpunkt liegt das Hauptproblem der Vertragsgestaltung: Der Geldfluss erfolgt, bevor das zuständige Organ der Rechtspflege erstmals den dauerhaften Bestand der Transaktion hat prüfen müssen.

c) Tauglichkeit der Entscheidung zur Herstellung von Rechtssicherheit

Die gerichtliche Prüfung erfolgt also unter dem Gesichtspunkt sicherer Vertragsgestaltung zu spät. Schlimmer noch: Auch die Löschung des Nacherbenvermerks bietet keine absolute Rechtssicherheit. Der Nacherbe kann stets die Rechtswidrigkeit der Löschung im Rahmen eines Verfahrens auf Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO geltend machen, und zwar unbefristet, weil die grundbuchrechtliche Rechtspflegerentscheidung eine Rechtskraft nicht kennt. Vor diesem – praktisch freilich wohl zu vernachlässigenden – Restrisiko schützt keine notarielle Vertragsgestaltung.

d) Anhörung der Nacherben

aa) Anhörungsgebot

Für Aufregung in der notariellen Praxis hat jüngst eine Entscheidung des OLG Bamberg¹³ gesorgt. Das Gericht betont die Pflicht des Grundbuchamtes, im Verfahren über die Löschung des Nacherbenvermerks selbst dann zwingend die Nacherben anzuhören, wenn eine tatsächliche Vermutung für die Entgeltlichkeit der Verfügung spricht. Die Verfahrensdauer kann sich dadurch in die Länge ziehen, was wiederum negative Auswirkungen auf die praktische Veräußerbarkeit nacherbschaftsbefangener Immobilien haben kann.¹⁴ Das gilt insbesondere – wie im Fall des OLG Bamberg – bei „unbekannten Nacherben“, für die ein Pfleger gemäß § 1913 BGB zu bestellen ist, oder wenn ein dem Vorerben übel gesonnener Nacherbe das Verfahren in die Länge zieht. Aus Sicht der notariellen Praxis ist daher nur zu verständiglich, gegen die Nacherbenanhörung jedenfalls in den ganz überwiegenden

12 Durch diese Rechtsakte wird die Stellung des Nacherben in keiner relevanten Weise berührt, BGHZ 52, 269, 270 f. = DNotZ 1970, 32; OLG Hamm, Beschl. v. 16. 1. 2015 – I-15 W 302/14, MittBayNot 2015, 220, 221.

13 Beschl. v. 22. 1. 2015 – 3 W 3/15, MittBayNot 2015, 402.

14 Eindrucksvoll die Schilderungen von Morhard, MittBayNot 2015, 361 ff.

den Fällen zu argumentieren, in denen prima facie keine Zweifel an der Entgeltlichkeit bestehen.¹⁵

Das OLG *Bamberg*¹⁶ begründet seine Auffassung unter Bezugnahme auf Art. 103 Abs. 1 GG und den dort verankerten Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Diese Position entspricht der einhelligen jüngeren OLG-Rechtsprechung.¹⁷ Sie muss deshalb für die Praxis zugrunde gelegt werden.¹⁸ Falsch liegt das OLG *Bamberg* allerdings, wenn es seine Auffassung auf Art. 103 Abs. 1 GG stützt. Das BVerfG hat entschieden, dass der Rechtspfleger nicht „Gericht“ i. S. der Art. 92, 103 GG sei; es folge jedoch unmittelbar aus dem Gebot des rechtsstaatlich fairen Verfahrens (Art. 20 Abs. 3, 2 Abs. 1 GG), dass dem von einer Entscheidung des Rechtspflegers in seinen Rechten Betroffenen die Gelegenheit gegeben werden muss, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können.¹⁹ Der Anspruch auf Gehörsgewährung wird bereits durch eine formale Rechtsposition eines Betroffenen im Verfahren begründet.²⁰ Allerdings muss diese formale Rechtsposition Ausdruck einer *materiell relevanten* Rechtsstellung sein.²¹

Wenn sie sich auch für die notarielle Praxis belastend auswirkt – die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgaben inhaltlich richtig: Der Nacherbenvermerk kündigt die mit dem Nacherbfall eintretende Unwirksamkeit von bestimmten Verfügungen des Vorerben an und schließt damit einen gutgläubigen Erwerb aus.²² Der Vermerk schützt damit das Anwartschaftsrecht des Nacherben vor Substanzverlusten. Seine Löschung berührt daher nicht nur eine formale Rechtsposition des Nacherben, sie bedroht den materiellen Gehalt seiner Anwartschaft. Die Anhörung des Nacherben ist daher stets erforderlich, um angesichts der im Raum stehenden tatsächlichen Vermutung der Entgeltlichkeit Gelegenheit zum Vorbringen möglicherweise noch unbekannter Zweifel oder Einwände gegen die Rechtmäßigkeit der Löschung dem Grundbuchamt bekannt werden zu lassen.²³

15 Eingehend *Morhard*, MittBayNot 2015, 361 ff.; zustimmend *Volmer*, MittBayNot 2015, 535.

16 Beschl. v. 22. 1. 2015 – 3 W 3/15, MittBayNot 2015, 402, 403.

17 Vor dem OLG *Bamberg* bereits: OLG *Hamm*, DNotI-Report 1995, 90; Beschl. v. 22. 5. 2014 – I-15 W 102/13, FamRZ 2016, 168, 169; BayObLG, Rpfleger 1995, 105; OLG *Düsseldorf*, Beschl. v. 19. 3. 2011 – 3 Wx 299/11, RNotZ 2012, 328 ff.; danach: OLG *Karlsruhe*, Beschl. v. 25. 8. 2015 – 11 Wx 66/15, FamRZ 2016, 337, 338; OLG *München*, Beschlüsse v. 10. 2. 2015 – 34 Wx 416/14, FamRZ 2015, 1429, 1430; v. 2. 3. 2016 – 34 Wx 408/15, RNotZ 2016, 305, 307; BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 51 Rdn. 109 ff. m.w.Nachw. aus der Literatur.

18 So auch *Volmer*, MittBayNot 2015, 535.

19 BVerfG, Beschl. v. 18. 1. 2000 – 1 BvR 321/96, DNotZ 2000, 387, 388.

20 BGH, Beschl. v. 12. 7. 2012 – V ZB 219/11, DNotZ 2012, 844 = Rpfleger 2012, 613, 614; OLG *München*, Beschl. v. 10. 2. 2015 – 34 Wx 416/14, FamRZ 2015, 1429, 1430; BeckOK-GBO/*Holzer*, § 22 Rdn. 21.

21 So zu Recht OLG *München*, Beschl. v. 10. 2. 2015 – 34 Wx 416/14, FamRZ 2015, 1429, 1430 f.; *Henn*, DNotZ 2013, 246, 250; *Weidlich*, ZErB 2014, 325, 328.

22 Siehe Teil I, DNotZ 2016, 899, 909, Abschnitt B I 2 a.

23 OLG *Bamberg*, MittBayNot 2015, 402, 403. Zustimmend *Weidlich*, ZErB 2014, 325, 328.

bb) Anhörung auch der Ersatznacherben?

Wie groß aber das Störpotenzial der Anhörung für den Vollzug des Grundstückskaufvertrages ist, hängt davon ab, wer als „Nacherbe“ anzuhören ist: nur der eigentliche „Primärnacherbe“ und der aufschiebend bedingte Nacherbe oder sogar jeder Ersatznacherbe? Letzteres hatte – soweit ersichtlich als erstes und einziges Obergericht – in einem obiter dictum das OLG *München*²⁴ postuliert. Wäre das richtig, würde die Anhörung eines Pflegers (§ 1913 Satz 2 BGB) häufig unvermeidlich. Zweifellos ist auch der Ersatznacherbe vom Nacherbenvermerk geschützt, weshalb ja auch seine Bewilligung für die Löschung unerlässlich ist (§ 19 GBO).²⁵ Die grundbuchrechtliche Bewilligungsbefugnis ist jedoch nicht mit der Anhörungsbedürftigkeit im Rahmen des Verfahrens nach § 22 GBO deckungsgleich.²⁶ Vielmehr folgt letztere aus dem Betroffensein in einer *materiellen* Rechtsstellung.²⁷ An einem hinreichenden Gehalt der materiellen Rechtsstellung fehlt es aber, wenn dem Nacherben die Zustimmungskompetenz i. R. des § 2113 BGB fehlt: Wer am vollständigen Verlust seiner rechtlichen Erwartungen in keiner Weise mitwirken muss, dessen Position ist zu schwach, als dass seine Anhörung rechtlich geboten sein könnte.²⁸ Danach ist der Ersatzerbe nicht anzuhören. Dieser Bewertung hat sich auch das OLG *München* unter überzeugender Widerlegung seiner zwischenzeitlich vertretenen Position angeschlossen,²⁹ sodass derzeit insoweit von einer einhelligen Meinung gesprochen werden kann. Wenn das OLG *München* jedoch etwas nebulös andeutet, dass in Ausnahmefällen auch eine Anhörung des Ersatznacherben geboten sein könne, so ist dem zu widersprechen. Die Rechtsklarheit spricht dafür, einen generellen Gleichlauf zwischen Zustimmungskompetenz und Anhörungsbedürftigkeit anzunehmen.

cc) Durchführung des Anhörungsverfahrens

Die Anhörung erfolgt formlos.³⁰ Bringen der Nacherbe oder im Falle unbekannter Nacherben der Ergänzungspfleger³¹ relevante Einwände vor,

24 Beschl. v. 10. 8. 2012 – 34 Wx 187/12, DNotZ 2013, 24, 25.

25 Siehe Teil 1, DNotZ 2016, 899, 910, Abschnitt B I 2 b.

26 *Weidlich*, ZErB 2014, 325, 328.

27 OLG *München*, Beschl. v. 10. 2. 2015 – 34 Wx 416/14, FamRZ 2015, 1429, 1430 f.; *Henn*, DNotZ 2013, 246, 250; *Weidlich*, ZErB 2014, 325, 328.

28 OLG *Hamm*, Beschl. v. 22. 5. 2014 – I-15 W 102/13, MittBayNot 2015, 499, 500; OLG *Karlsruhe*, Beschl. v. 25. 8. 2015 – 11 Wx 66/15, FamRZ 2016, 337; *Henn*, DNotZ 2013, 246, 250; MittBayNot 2015, 500, 502; *Weidlich*, ZErB 2014, 325, 328; *Morhard*, MittBayNot 2015, 361, 364; BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 51 Rdn. 109; i. Erg. auch *Kanzleiter*, ZEV 2015, 249, 251.

29 OLG *München*, Beschl. v. 10. 2. 2015 – 34 Wx 416/14, FamRZ 2015, 1429, 1430 f.

30 BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 51 Rdn. 115.

31 OLG *Bamberg*, Beschl. v. 22. 1. 2015 – 3 W 3/15, MittBayNot 2015, 402; BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 51 Rdn. 114; *Böhringer in Meikel*, aaO (Fußn. 2), § 51 GBO Rdn. 187.

welche die tatsächliche Vermutung der Entgeltlichkeit erschüttern, hat der Rechtspfleger dem im Rahmen seiner Amtsermittlung gemäß § 26 FamFG nachzugehen. Das Verfahren dient der Vorbeugung einer Amtshaftung.³² Die Fälle, in denen sich dem Rechtspfleger bislang unbekannte Aspekte eröffnen, werden dabei wohl die absolute Ausnahme sein. Keinesfalls darf dem Nacherben auf diesem Wege durch die Hintertür die Möglichkeit zuerkannt werden, durch ein Veto die Löschung des Nacherbenvermerks zu verhindern; das wäre grob contra legem und würde ebenfalls Amtshaftungsansprüche gegen das Grundbuchamt begründen.

3. Gestaltungsfragen

Die notarielle Gestaltung des Grundstückskaufvertrages muss größtmögliche Gewissheit schaffen, dass der Käufer vom befreiten Vorerben rechtsbeständig Eigentum erlangt und letzterer dauerhaft seiner Eigentumsverschaffungspflicht entsprechen kann. Wenn der Käufer auch ohne diese gehalten wäre, eine Kreditbindung einzugehen und den Kaufpreis zu zahlen, entstünde die Problematik ungesicherter Vorleistung.

a) Vertragsdurchführung mit vorsorglicher Zustimmung der Nacherben

aa) Freiwillige Zustimmung

Gewissheit über die dauerhafte Wirksamkeit der Verfügung des Vorerben bietet *ausschließlich* die vorsorgliche Zustimmung durch alle zustimmungskompetenten Nacherben. Sie ist dringend anzustreben³³ und wird – so jedenfalls die Erfahrung des Verfassers – sehr häufig zu erreichen sein. Die Zustimmung macht die zusätzliche separate Anhörung des Nacherben zur Löschung des Nacherbenvermerks überflüssig.³⁴

bb) Rechtspflicht zur Zustimmung

Im Fall nicht mitwirkungsbereiter Nacherben stellt sich die Frage, ob der Vorerbe auf die Mitwirkung bei der Verfügung einen Anspruch hat. Die einzige Norm, die einen Mitwirkungsanspruch gegen den Nacherben gewährt, ist § 2120 BGB. Die Norm betrifft jedoch den Fall des nicht befreiten Vorerben und möchte ihm die Vornahme einer ihm allein nicht möglichen Verfügung zum Zwecke ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses ermöglichen.³⁵ Erst recht muss sich aber auch der befreite

32 BeckOK-GBO/Zeiser, § 51 Rdn. 109.

33 Vgl. Henn, MittBayNot 2015, 500, 501. Zu schwach Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., 2015, Teil 2, Rdn. 572; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl., 2014, Rdn. 2299, wenn diese darauf hinweisen, die vorsorgliche Zustimmung sei möglich.

34 OLG München, Beschl. v. 10. 2. 2015 – 34 Wx 416/14, FamRZ 2015, 1429, 1430; Morhard, MittBayNot 2015, 361, 367.

35 OLG Frankfurt, Ürt. v 20. 4. 2011 – 4 U 78/10, RNotZ 2011, 614, 616.

Vorerbe auf diese Norm stützen können, der zur ordnungsgemäßen Verwaltung nicht einmal verpflichtet ist und an sich einer Zustimmung gar nicht bedarf, bei dessen Verfügung aber selbst nach Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch nie vollständig gesichert ist, dass diese auch im Nacherbfall rechtsbeständig ist.³⁶ Daher besteht *stets* ein dringendes, aus dem Gebot der Rechtssicherheit folgendes Bedürfnis an einer Zustimmungspflicht im Falle einer entgeltlichen Verfügung des befreiten Vorerben in analoger Anwendung des § 2120 BGB.³⁷ Daher ist es auch verfehlt, einen solchen Anspruch nur in besonderen Fällen gewähren zu wollen, wenn etwa der Vertragspartner die Nacherbenzustimmung zur echten Geltungsbedingung für das abgeschlossene Rechtsgeschäft erhebt.³⁸

Der Anspruch ist gerichtet auf eine Einwilligung, also die „vorherige Zustimmung“ (§ 183 BGB) zur geplanten Verfügung. Dies ist bedeutsam, kann doch damit der Vorerbe den Nacherben im Vorfeld des Abschlusses des Kaufvertrages auf Abgabe der Zustimmung in Anspruch nehmen. Der Anspruch besteht in der analogen Anwendung des § 2120 BGB dann, wenn der geplante Grundstücksverkauf vollentgeltlich ist. Die hierbei Geltung beanspruchenden Beweisregeln im normalen zivilprozessualen Verfahren sind dabei dieselben wie im grundbuchlichen Freibeweisverfahren.³⁹ Eine Zustimmungspflicht des Nacherben besteht also jedenfalls bereits dann, wenn der Kaufpreis um nicht mehr als 10 % von dem von einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen in einem zeitnah erstellten, in der Sache umfassenden und aussagekräftigen Gutachten festgestellten Verkehrswert abweicht. Kommt der Nacherbe seiner Verpflichtung nicht nach, macht er sich schadensersatzpflichtig (§ 280 BGB). Bereits ein auf diese Zusammenhänge eindringlich hinweisendes Anwaltsschreiben mit dem entsprechenden Gutachten im Anhang wird in der Praxis manchen übelwollenden Nacherben zur Raison bringen. Eine klageweise Durchsetzung des Anspruchs ist möglich, führt in der Praxis zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen des Verkaufs des Grundstücks und wird deswegen meist nicht im Interesse des Vorerben liegen.

Hinsichtlich der Modalitäten der Zustimmungserklärung sei auf die Ausführungen zu Ziff. B I 3 b verwiesen, die bei der Verfügung durch den befreiten Vorerben in gleicher Weise gelten. Zu beachten ist jedoch hier, dass der Nacherbe bei der befreiten anders als bei der nicht befreiten Vorerbschaft keinerlei Handhabe hat, seine – materiell nicht erforderliche – Zustimmung von Auflagen abhängig zu machen.

36 Siehe oben Abschnitt B II 2 c a. E.

37 Für eine Analogie ohne weitere qualifizierende Voraussetzungen offenbar auch *Weidlich* in *Palandt*, aaO (Fußn. 2), § 2120 BGB Rdn. 1; *Harder/Wegmann* in *Soergel*, BGB, 13. Aufl., 2003, § 2120 Rdn. 3; *Morhard*, MittBayNot 2015, 361, 365.

38 So aber OLG *Frankfurt*, Urt. v. 20. 4. 2011 – 4 U 78/10, RNotZ 2011, 614, 617; *Avenarius* in *Staudinger*, BGB, Neubearb. 2013, § 2120 Rdn. 12. Dies ist zudem reine Förmerei, weil der Vertragsgestalter es in der Hand hat, eine solche Voraussetzung zu schaffen.

39 Dazu s. o. Abschnitt B II 2 a.

b) *Vertragsdurchführung ohne Zustimmung der Nacherben; Anhörungsverfahren*⁴⁰

Ist die vorsorgliche Zustimmung des Nacherben nicht erreichbar oder sollen nicht die Mühen unternommen werden, diese zu erlangen, kommt nur die Gestaltung und Durchführung des Kaufvertrages ohne Mitwirkung des Nacherben in Betracht. Es gehört zum Wesenskern der befreiten Vorerbschaft, dass der vollentgeltliche Verkauf durch den befreiten Vorerben auch ohne vorsorgliche Zustimmung des Nacherben rechtswirksam möglich ist. Es bleiben in diesem Fall aber nicht unerhebliche Schwierigkeiten bei der Vertragsgestaltung und -abwicklung sowie – in jedem Fall – (mehr oder minder theoretische) Restzweifel an der dauerhaften Wirksamkeit des Erwerbs.⁴⁰

Die Gefahr einer nicht hinreichend gesicherten Vorleistung des Käufers ist gegeben, wenn er den Kaufpreis zahlen müsste, ohne dass sich das Grundbuchamt in seiner Einschätzung der Verfügung als entgeltlich positioniert hat. Wie dargestellt,⁴¹ prüft der Rechtspfleger die Entgeltlichkeit der Verfügung erst nach erfolgter Kaufpreiszahlung. Eine informelle Lösung könnte darin bestehen, dass der Rechtspfleger bereits im Vorhinein – gewissermaßen abstrakt – im Zusammenhang mit der Eintragung der Vormerkung die später indizierte Anhörung der Nacherben zur noch nicht einmal beantragten Löschung des Nacherbenvermerks vorzieht. Die Verfahrensökonomie wird jedoch dagegen sprechen. Zwar würde eine in diesem Zusammenhang vom Nacherben eingehende positiv zustimmende Äußerung das erst später bestehende Anhörungsbedürfnis antizipiert erfüllen.⁴² Äußert sich der Nacherbe jedoch zu diesem Zeitpunkt gar nicht, ist eine spätere erneute Anhörung nach Stellung des Antrages auf Löschung des Nacherbenvermerks, deren Ergebnis völlig offen ist, verfahrensrechtlich erforderlich. Ferner würde eine Anhörung des aktuellen Nacherben eine solche des an seine Stelle getretenen Ersatznacherben nicht entbehrlich machen.⁴³ Dies dürfte eine solche „informelle“ Vorziehung der Anhörung unpraktikabel machen.

Der Gefahr einer nicht hinreichend gesicherten Vorleistung des Käufers ist somit vertragsgestalterisch zu begegnen.

40 Siehe soeben oben Abschnitt B II 2 c.

41 Siehe oben Abschnitt B II 2 b.

42 Zur Möglichkeit, das rechtliche Gehör vorab zu gewähren: *Volmer*, MittBayNot 2015, 535, 536.

43 Zwar bindet eine erteilte Zustimmung im Ersatzfall materiell-rechtlich den Ersatzmann (s. Teil 1, DNotZ 2016, 899, 906, Abschnitt A II 3 a. E.); verfahrensrechtlich hat es das Grundbuchamt aber mit dem Ersatzfall eines anderen Rechtssubjekts zu tun, das wiederum vor einem Akt, das sein individuelles Nacherbenrecht beeinträchtigt, anzuhören ist.

aa) Anderkonto-Abwicklung

*Morhard*⁴⁴ schlägt hierzu die Abwicklung des Kaufvertrages über Notaranderkonto vor: Der Kaufpreis soll auf Anderkonto zu hinterlegen sein, wenn die üblichen Fälligkeitsvoraussetzungen vorliegen und die Anhörung keine Hindernisse ergeben hat. Die Auszahlung erfolgt erst nach Löschung des Nacherbenvermerks. Zu diesem Zeitpunkt geht auch erst der Besitz über, um nicht vorher in wirtschaftlicher Hinsicht vollendete Tatsachen zu schaffen. Die reibungslos erfolgte Anhörung des Nacherben als Hinterlegungsvoraussetzung vorzusehen, lässt zunächst außer Acht, dass diese regulär erst nach vollzogener Umschreibung und vor Löschung des Nacherbenvermerks erfolgt. Eine solche Gestaltung führt umgekehrt zu einer ungesicherten Vorleistung des Verkäufers und ist nicht anständig. Die Hinterlegung müsste daher erfolgen, wenn die üblichen Fälligkeitsvoraussetzungen eingetreten sind. Der Käufer müsste also auch hier seine Finanzierungsverbindlichkeiten eingehen, bevor er größtmögliche Sicherheit über die Beständigkeit seines künftigen Eigentumserwerbs hat. Im Übrigen sichert ein solches Verfahren, dass der Kaufpreisfluss erst nach positiver Prüfung der Entgeltlichkeit durch das Grundbuchamt erfolgt. Dies reduziert die Risiken des Käufers erheblich. Völlig ausschließen kann sie auch eine Kaufvertragsabwicklung über Anderkonto nicht.⁴⁵

bb) Wirksamkeitsvermerk bei der Vormerkung als Fälligkeitsvoraussetzung

Ziel der Vertragsgestaltung sollte sein, die Entgeltlichkeitsprüfung durch das Grundbuchamt einschließlich Nacherbenanhörung auf einen Zeitpunkt vorzuverlagern, in dem der Käufer sich noch nicht kreditvertraglich gebunden haben und den Kaufpreis – sei es auch auf Notaranderkonto – gezahlt haben muss. Der Weg hierzu führt über die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks bei der Vormerkung. Dieser bringt – deklaratorisch – zum Ausdruck, dass ein ins Grundbuch eingetragenes Recht gegenüber einer bestehenden Verfügungsbeschränkung wirksam ist. Er ist als nicht gesetzlich geregeltes Institut allgemein anerkannt, ausdrücklich auch für den Fall einer gegenüber der Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB wirksamen Verfügung.⁴⁶ Seine *Zulässigkeit* folgt daraus, dass jeder Vermerk zulässig sein muss, ohne den die dingliche Rechtslage nicht korrekt im Grundbuch wiedergegeben würde.⁴⁷ Dies hat das OLG *München*⁴⁸ für die hier infrage

44 *Morhard*, MittBayNot 2015, 361, 365 f.

45 Siehe eben Abschnitt B II 2 c.

46 BGH, MittRhNotK 1999, 279; früher bereits: KG, HRR 1934 Nr. 199; ferner KG, JFG 13, 111, 114; BayObLG, DNotZ 1998, 206, 207 f.; *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 2), Rdn. 296, 3490; *Frank*, MittBayNot 1998, 228; DNotI-Report 2006, 125, 126 f.

47 *Grunsky*, DNotZ 1998, 273, 274.

48 Beschl. v. 2. 3. 2016 – 34 Wx 408/15, RNotZ 2016, 305, 306.

stehende Problematik der Vormerkungsbewilligung durch den befreiten Vorerben jüngst bestätigt. Die Eigentumsvormerkung des Käufers ist gegenüber dem Recht des Nacherben nur dann über den Nacherbfall hinaus wirksam, wenn sie nicht als unentgeltliche Verfügung i. S. des § 2113 Abs. 2 BGB anzusehen ist.⁴⁹ Das ist der Fall, wenn sie einen Anspruch auf vollentgeltlichen Erwerb sichert. Damit aber ist die bereits im Zusammenhang mit der Eintragung der Vormerkung nebst Wirksamkeitsvermerk zu entscheidende Prüfungsfrage für das Grundbuchamt identisch mit derjenigen, die es bei der Löschung des Nacherbenvermerks nach Eigentumsumschreibung zu beantworten hat. Dies führt zu der vertragsgestalterisch gewünschten Vorverlagerung der gebotenen Nacherbenanhörung und Prüfung der Entgeltlichkeit durch das Grundbuchamt bereits in das Verfahren zur Eintragung des Wirksamkeitsvermerks. Wird nach Anhörung der Nacherben der Wirksamkeitsvermerk bei der Vormerkung eingetragen, hat sich das Grundbuchamt in seiner Würdigung der Veräußerung als vollentgeltlich festgelegt. Wegen der Identität des Gegenstands der erfolgten Anhörung des Nacherben ist eine erneute spätere Anhörung des Nacherben vor Löschung des Nacherbenvermerks sachlich nicht erforderlich und verfassungs- und verfahrensrechtlich nicht geboten.

Der Weg über den Wirksamkeitsvermerk bei der Vormerkung ist jedoch nur dann ein verlässliches Mittel der Vertragsgestaltung, wenn die Beteiligten im Falle der Entgeltlichkeit der Vormerkung auch einen *Anspruch* auf die Eintragung des Vermerks haben. Dies ist streitig⁵⁰ und hängt davon ab, ob man mit der h. M.⁵¹ die Eintragung des Vermerks als Akt der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO ansieht. Diese *hat* im Antragsverfahren *zu erfolgen*, wenn es der Rechtslage entspricht. Hingegen bestünde nur ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung gegenüber dem Grundbuchamt, wenn man lediglich einen Akt der sog. Richtigstellung annimmt.⁵² Dieser dient der Präzisierung unklarer Grundbucheintragungen.⁵³ Sind ein Nacherbenvermerk und ein später durch den Vorerben begründetes Recht eingetragen, so drückt das Grundbuch damit zwar nicht die sichere Unwirksamkeit des letzteren aus, wohl aber erklärt es die *Möglichkeit* einer solchen Unwirksamkeit bei Eintritt des Nacherbfalls und begründet insoweit eine Vermutung.⁵⁴ Auch diese abgeschwächte Aussage des Grundbuchs ist je-

49 OLG *München*, Beschl. v. 2. 3. 2016 – 34 Wx 408/15, RNotZ 2016, 305, 307.

50 Ausdrücklich offengelassen von OLG *München*, Beschl. v. 2. 3. 2016 – 34 Wx 408/15, RNotZ 2016, 305, 307.

51 KG, HRR 1934 Nr. 199; JFG 13, 111, 114; BayObLG, DNotZ 1998, 206, 207; *Böhringer in Meikel*, aaO (Fußn. 2), § 51 GBO Rdn. 119 m.w.Nachw.; nicht ganz klar BGH, MittRhNotK 1999, 279 („Der Antrag ... ist begründet.“).

52 BeckOK-GBO/*Holzer*, § 22 Rdn. 36 m.w.Nachw., Rdn. 92 ff. Auch hier dürfte jedoch wohl wegen der Bedeutsamkeit der hinweisenden Klarstellung im Vergleich zu den sonstigen Anwendungsfällen des Richtigstellungsvermerks (aaO, Rdn. 93 ff.) ein Fall einer Ermessensreduzierung auf null anzunehmen sein.

53 BeckOK-GBO/*Holzer*, § 22 Rdn. 92.

54 BGH, MittRhNotK 1999, 279; OLG *München*, Beschl. v. 14. 3. 2016 – 34 Wx 239/15, ZEV 2016, 393, 395; *Böhringer in Meikel*, aaO (Fußn. 2), § 51 GBO Rdn. 183.

doch im Hinblick auf ein Grundbuchrecht, das durch einen befreiten Vorerben vorgenommene entgeltliche Verfügung entstanden ist, nicht lediglich unklar, sondern sachlich *unrichtig*. Daher liegt ein Fall des § 22 GBO vor. Folglich ist es zutreffend, wenn in der Eintragung des Wirksamkeitsvermerks grundbuchtechnisch eine auf das betreffende wirksame Recht bezogene Teillöschung des Nacherbenvermerks gesehen wird,⁵⁵ die im Antragsverfahren zu vollziehen ist.

cc) Zwischenergebnis

Vor diesem grundbuchrechtlichen Hintergrund ist folgende Vertragsgestaltung tauglich, die Entgeltlichkeitsprüfung des Grundbuchamtes nebst in diesem Rahmen erfolgender Nacherbenanhörung vorzuverlagern: Es ist im Wege des Verbundantrages gemäß § 16 Abs. 2 GBO mit der Eigentumsvormerkung der Vermerk zu beantragen, dass die Eigentumsvormerkung gegenüber dem Nacherbenrecht wirksam ist. Die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks ist als weitere Fälligkeitvoraussetzung zu vereinbaren. Das verringert nicht nur die Gefahr ungesicherter Vorleistung in Form der Kaufpreiszahlung. Dem vorsichtigen Käufer wird damit auch die Gelegenheit gegeben, erst nach Eintragung von Vormerkung und Wirksamkeitsvermerk seine Finanzierungsverträge endgültig abzuschließen; ggf. ist für diesen Fall die Zahlungsfrist nach Mitteilung der Fälligkeit entsprechend zu verlängern.

Auch bei dieser Gestaltung bleibt das Restrisiko, dass sich die Bewertung des Grundbuchamtes betreffend die Entgeltlichkeit des Erwerbs des Käufers später berechtigterweise ändert. Teilweisen Schutz hiergegen bietet die von *Morhard* vorgeschlagene Vertragsabwicklung über Notaranderkonto, jedoch mit folgenden Maßgaben: Hinterlegung des Kaufpreises nach Eintragung von Eigentumsvormerkung *nebst Wirksamkeitsvermerk*; Auszahlung und Besitzübergang erfolgen nach Löschung des Nacherbenvermerks. Ein Mehr an Sicherheit für den Käufer dürfte durch Vertragsgestaltung nicht erzielbar sein; es bleibt das – nicht zu beherrschende, wohl im Regelfall aber zu vernachlässigende – Risiko einer berechtigten Änderung der Einschätzung betreffend die Entgeltlichkeit durch das Grundbuchamt nebst Eintragung eines Amtswiderspruchs *nach* Auszahlung des Kaufpreises und vollständiger Abwicklung des Kaufvertrages.

III. Kaufvertrag mit einem Vorerben auf Käuferseite

Weniger im Bewusstsein sind dem Vertragsgestalter die Problematiken der Nacherbschaft, wenn er es mit einem Vorerben als *erwerbende* Partei eines Kaufvertrages zu tun hat. Hier gilt das Augenmerk nicht den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben, sondern der Beachtung des Grund-

55 KG, JFG 13, 111, 114; *Böhringer* in *Meikel*, aaO (Fußn. 2), § 51 GBO Rdn. 119 m.w.Nachw.

satzes der dinglichen Surrogation. Erfolgt nämlich der Erwerb ganz oder teilweise mit Mitteln, die einem Nachlass mit Nacherbschaftsbindung entstammen, hat dies einen Surrogationsvorgang gemäß § 2111 Abs. 1 Satz 1 3. Alt. BGB zur Folge. Dabei ist gleichgültig, ob der erwerbende Vorerbe befreiter oder nicht befreiter Vorerbe ist. Erfolgt die Finanzierung des Erwerbs ausschließlich mit gebundenen Nachlassmitteln, fällt der Kaufgrundbesitz auch vollständig in die Nacherbschaftsmasse. Bei einer Mischfinanzierung fällt ein Eigentumsbruchteil, der dem Anteil des Kaufpreises entspricht, der mit Nachlassmitteln gedeckt wird, als Surrogat in den nacherbschaftsbelasteten Nachlass.⁵⁶ Das Grundbuchamt hat zwingend einen Nacherbenvermerk im Grundbuch einzutragen,⁵⁷ der bei einer Teilfinanzierung aus Nacherbschaftsmitteln der materiellen Rechtslage entsprechend das betreffende Bruchteilsverhältnis ausweisen muss. Soweit bei Eigentumserwerb durch den Vorerben ein Nacherbenvermerk auf einem Surrogationsgrundstück einzutragen ist, muss das Grundbuchamt bereits bei Eintragung einer entsprechenden Vormerkung das Recht des Nacherbenverlautbaren,⁵⁸ bei einem anteiligen Surrogationserwerb unter Angabe des Bruchteilsverhältnisses.

Die Voraussetzungen des § 2111 BGB sind dem Grundbuchamt nicht nachzuweisen, wenn der Vorerbe die Eintragung des Vermerks bewilligt und das Grundbuchamt keine positive Kenntnis von der fehlenden Nacherbschaftszugehörigkeit des Grundstücks hat.⁵⁹ Erfolgt bei einem Erwerb aus Nacherbschaftsmitteln keine Eintragung eines Nacherbenvermerks, trägt der Nachebe die Beweislast für das Vorliegen eines Surrogationsvorgangs.⁶⁰ Dies erschwert die Position des Nacherben in der Praxis außerordentlich und reduziert seinen Schutz erheblich.

Erhält der vertragsgestaltende Notar bei der Vorbereitung des Vertrages Kenntnis vom Erwerb des Grundbesitzes mit Nacherbschaftsmitteln, so hat er die Bewilligung des Nacherbenvermerks durch den Vorerben in die Urkunde aufzunehmen und dessen Eintragung zu beantragen. Im Falle einer Teilfinanzierung mit Nachlassmitteln hat der Notar nach den Angaben des kaufenden Vorerben und ggf. des mit auftretenden Nacherben das Anteilsverhältnis zwischen dem Surrogationserwerb und dem freien Eigenerwerb des Vorerben in der Urkunde festzuhalten. Die Bewilligung des Nacherbenvermerks ist auf den Bruchteil des Surrogationserwerbs zu beziehen. Es wäre zu erwägen, dass ein Notar standardmäßig Käufer danach befragt, ob sie mit Nacherbschaftsmitteln erwerben. Verpflichtet ist er hierzu gewiss nicht.

56 BGH, DNotZ 1977, 745, 746; *Avenarius* in *Staudinger*, aaO (Fußn. 38), § 2111 BGB Rdn. 31; *Grunsky* in *MünchKommBGB*, 6. Aufl., 2013, § 2111 Rdn. 13.

57 OLG *München*, Beschl. v. 14. 3. 2016 – 34 Wx 239/15, ZEV 2016, 393, 395; *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 2), Rdn. 3496.

58 OLG *München*, Beschl. v. 10. 2. 2012 – 34 Wx 143/11, RNotZ 2012, 226, 228; *Reimann*, DNotZ 2007, 579, 592.

59 *Böhringer* in *Meikel*, aaO (Fußn. 2), § 51 GBO Rdn. 24; *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 2), Rdn. 3530; *Böhringer*, ZEV 2016, 396, 397.

60 BGH, NJW 1983, 2874.

IV. Vorweggenommene Nacherbfolge

Wenn der Nacherbe ein Abkömmling des Vorerben ist, begegnet in der Praxis häufig der Wunsch, nacherbschaftsbefangenen Grundbesitz bereits lebzeitig im Wege der vorweggenommenen (Nach-)Erbfolge auf den Nacherben zu übertragen. Wie für den Vertragstyp des Übergabevertrages charakteristisch, werden auch hier meist Nutzungsvorbehalte (Nießbrauch, Wohnungsrecht) und Rückforderungsrechte für den Übergeber gewünscht.

1. Gewährleistung dauerhafter dinglicher Wirksamkeit

Selten wird in solchen Fällen ein vollentgeltlicher Vertrag vorliegen. Der Vorgang stellt daher in aller Regel eine Schenkung, wenn auch meist unter Auflagen, dar. Die im Übergabevertrag getroffenen Verfügungen, insbesondere die Eigentumsübertragung, drohen daher bei Eintritt des Nacherbfalls gemäß § 2113 Abs. 2 BGB unwirksam zu werden. Diese Folge tritt aber nur ein, soweit dadurch das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt wird. Daran fehlte es, wenn der Erwerber der einzige Nacherbe ist oder bei mehreren Erwerbern der Kreis der Erwerber exakt mit dem der Nacherben übereinstimmt und zudem die Erwerbsquote mit der Nacherbschaftsquote der Erwerber identisch ist und schließlich vorbehaltene Rechte mit dem Tode des Übergebers als Nacherbfall erlöschen. Eine dauernde Wirksamkeit der Übertragung ist jedoch auch in diesen häufigen Fällen dann nicht ohne Weiteres gesichert, wenn – wie zumeist – Ersatzerven bestimmt sind. Tritt dann nämlich vor Eintritt des Nacherbfalls der Ersatzfall ein, wird der Erwerb des zum Nacherben aufgerückten Ersatzmannes durch den Übergabevertrag sehr wohl vereitelt mit der Folge der Unwirksamkeit gemäß § 2113 Abs. 2 BGB. Daraus folgt, dass unabhängig von einer Personenidentität der Erwerber mit den Nacherben bei Vorhandensein von Ersatznacherben stets die Zustimmung *aller* zustimmungskompetenten Nacherben⁶¹ einzuholen hat: sämtlicher Primärnacherben, bei gestaffelter Nacherbfolge aller weiteren Nacherben,⁶² der aufschiebend bedingten Nacherben, nicht jedoch der Ersatznacherben. Liegen alle allgemein zur endgültigen Wirksamkeit einer Grundstücksverfügung erforderlichen Zustimmungen⁶³ vor, ist auch die zur vorweggenommenen Nacherbfolge vorgenommene Übertragung dauerhaft wirksam. Der übertragene Gegenstand scheidet endgültig und zwingend aus dem nacherbschaftsbefangenen Nachlass aus und wird dem Vermögen des Beschenkten einge-

61 Siehe OLG *München*, Beschlüsse v. 13. 1. 2014 – 34 Wx 166/13, RNotZ 2014, 172; v. 25. 2. 2015 – 34 Wx 3/15, ZEV 2015, 347, 349; dazu Teil 1, DNotZ 2016, 899, 901 ff., Abschnitt A II 1 bis 4.

62 *Reimann*, DNotZ 2007, 579, 582; vgl. etwa den Sachverhalt, der dem Beschl. des OLG *München* v. 14. 3. 2016 – 34 Wx 239/15, ZEV 2016, 393, zugrunde lag.

63 Die Ausführungen zur Vertragsgestaltung betreffend die Zustimmungserklärung zu Abschnitt B I 3 (1. Teil, DNotZ 2016, 899, 911) gelten entsprechend.

gliedert.⁶⁴ Der Nacherbenvermerk ist wegen Unrichtigkeit im Wege der Grundbuchberichtigung zu löschen.

2. Vorbehaltene Rechte und Gegenleistungen

a) Dingliche Nutzungsrechte

Dem Vorerben selbst im Rahmen der Übergabe vorbehaltene Nutzungsrechte (Nießbrauch, Wohnungsrecht) erlöschen ohne Weiteres beim Tode des Übergebers, der regelmäßig auch den Nacherbfall darstellt. Der Vorbehalt solcher Rechte beeinträchtigt damit den Erwerb des Nacherben i. S. des § 2113 BGB nicht und bedürfte daher auch keiner Zustimmung der zustimmungskompetenten Nacherben. Nutzungen, die über einen Nießbrauch gezogen sind und beim Nacherbfall noch vorhanden sind (z. B. Mieterträge), sind zwar Surrogate gemäß § 2111 Abs. 1 Satz 1 3. und 1. Alt. BGB, stehen aber gemäß Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz dieser Bestimmung dem Vorerben zu, unterliegen also nicht der Nacherbfolge. Solchen Nutzungen stehen Leistungen aufgrund einer dauernden Last gleich, soweit sie – ihrem Wesen entsprechend – aus den Erträgen des übertragenen Vermögenswerts erwirtschaftet werden können und damit Funktionsgleichheit der dauernden Last zum Nießbrauch besteht.⁶⁵

Anders stellt sich die Lage dar, wenn für einen Ehegatten oder andere Dritte dingliche Rechte „vorbehalten“ werden. Deren Zweck ist es geradezu, den Nacherbfall zu überdauern. Hier ist zu differenzieren. Wird die Bestellung des Rechts vom Vorerben vorgenommen, greift § 2113 Abs. 2 BGB ein. Sie bedarf für ihre Dauerhaftigkeit über den Nacherbfall hinaus damit der Zustimmung aller zustimmungskompetenten Nacherben. Wird die Bestellung dagegen bei endgültig wirksamem Erwerb durch den Erwerber vorgenommen, liegt eine Verfügung über einen endgültig der Nacherbfolge entzogenen Gegenstand vor, der nicht in den Anwendungsbereich des § 2113 BGB fällt und daher ohne Weiteres dauerhaft wirksam ist.

b) Gegenleistungen

Bedingt sich der übergebende Vorerbe bei der Übergabe echte Gegenleistungen aus, wie z. B. Leibrentenzahlungen, so stellen dieser Leistungsanspruch und die erfolgenden Leistungen Surrogate gemäß § 2111 Abs. 1 Satz 1 3. und 1. Alt. BGB dar und unterliegen der Nacherbschaft. Deren Verbrauch ist nur dem von § 2134 BGB befreiten Vorerben erlaubt. Bei insoweit fehlender Befreiung bedarf es hierzu der Überführung des zunächst

64 *Dumoulin*, DNotZ 2003, 571, 573; *Reimann*, DNotZ 2007, 579, 580 f., 589. Einer Gestaltung, die auf den Fortbestand der Nacherbschaftsbindung gerichtet wäre, stünde § 137 BGB entgegen, s. *Reimann*, ebd., S. 588 f.

65 *Reimann*, DNotZ 2007, 579, 593. Dies gilt für alle Fälle der zivilrechtlich vereinbarten dauernden Last, unabhängig von der Frage der begrenzten steuerlichen Anerkennung gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG.

nachlassangehörigen Leibrentenanspruchs gegen den Übernehmer in das nacherbschaftsfreie Vermögen des Vorerben/Übergebers. Eine solche ist nach heute allgemeiner Auffassung möglich und bedarf nach h. M. der Freigabeerklärung aller zustimmungskompetenten Nacherben.⁶⁶ Diese ist ausdrücklich zusätzlich in den Übergabevertrag aufzunehmen.

Werden Leistungsansprüche Dritter, etwa des überlebenden Ehegatten, im Übergabevertrag als Gegenleistung vereinbart, so handelt es sich bei der Begründung des Leistungsanspruchs zivil- und auch steuerrechtlich um eine an den übergebenden Vorerben erbrachte Gegenleistung und zugleich um eine unentgeltliche Zuwendung des Vorerben an den Dritten. Es spricht daher einiges dafür, den Leistungsanspruch des Dritten, obwohl er rechtstechnisch unmittelbar in dessen Person begründet ist, als durch unentgeltliche Verfügung des Vorerben gewissermaßen an den Dritten weitergeleitetes Surrogat gemäß § 2111 Abs. 1 Satz 1 3. Alt. BGB anzusehen. Dies hätte zur Konsequenz, dass mit Eintritt des Nacherbfalles die Begründung in der Person des Dritten unwirksam würde (§ 2113 Abs. 1 BGB). Um den Bestand über den Nacherbfall hinaus zu sichern, ist daher die Zustimmung aller zustimmungskompetenten Nacherben in die Urkunde aufzunehmen.

c) Rückforderungsrechte

Von großer praktischer Bedeutung ist das rechtliche Schicksal von vorbehaltenen Rückforderungsrechten, mehr noch die daran knüpfende Folgefrage, ob bei einer Ausübung des Rückforderungsrechts durch den Übergeber der Rückwerb in das gebundene oder das nacherbschaftsfreie Vermögen des Vorerben stattfindet. Zu letzterer Frage wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass der Rückwerb aufgrund vorbehaltenen Rückforderungsrechts zu nacherbschaftsfreiem Vermögen des Vorerben führe.⁶⁷ Wollte man dies vermeiden, so bleibe nur die Konstruktion des Rückfalls über eine auflösende Bedingung.⁶⁸ Eine Surrogateigenschaft des Rückforderungsrechts i. S. des § 2111 BGB sei allein dadurch zu gewährleisten, dass das Grundstück „nur vorbehaltlich seiner Rückübertragung aus dem Nachlass ausscheide“, was jedoch an den begrenzten Gestaltungsmöglichkeiten zu scheitern drohe.⁶⁹

Die h. M. erkennt in diesem Zusammenhang die Wirkungsmechanismen des Surrogationsgrundsatzes des § 2111 BGB. Der Vorerbe erhält bei der anzulegenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise⁷⁰ durch die Übergabe des Grundstücks und damit mit „Mitteln des Nachlasses“ unmittelbar aus demselben Vertragsverhältnis und gewissermaßen im Austausch den Rückforderungsanspruch gegen den Übernehmer. Damit aber ist dieser Anspruch

66 Siehe oben Fußn. 50 und 51.

67 OLG München, Beschl. v. 25. 4. 2011 – 34 Wx 72/11, ZEV 2012, 333, 335; Dumoulin, DNotZ 2003, 571, 573; Reimann, DNotZ 2007, 579, 591.

68 Reimann, DNotZ 2007, 579, 592.

69 Reimann, DNotZ 2007, 579, 592.

70 Siehe Teil 1, DNotZ 2016, 899, Abschnitt A I.

Surrogat des (ehemaligen) Nachlassgegenstands „Grundstück“ (§ 2111 Abs. 1 Satz 1 3. Alt. BGB). Ist dieser Anspruch jedoch surrogationsbedingt nacherbschaftsbefangen, so ist der diesen Anspruch erfüllende Rükckerwerb wiederum ein (Mittel-)Surrogationsvorgang.⁷¹ Grundbuchrechtlich ist bei einer Übergabe mit vorbehaltenem Rückforderungsrecht daher zwar der Nacherbenvermerk auf dem Grundstück zu löschen,⁷² jedoch bei der den Rückforderungsanspruch üblicherweise sichernden Rückauflassungsvormerkung einzutragen.⁷³

Der Rückfall des Grundstücks ins Nacherbschaftsvermögen erfolgt dabei von selbst und ohne ergänzende Gestaltungen. Richtigerweise stellt sich daher die Frage unter umgekehrten Vorzeichen, ob nämlich dieser Automatismus gestalterisch zu *vermeiden* ist. Hierbei beim Surrogationsgrundsatz ansetzen zu wollen, geht fehl, da dieser dem erbrechtlichen Typenzwang unterliegt⁷⁴ und daher auch für Vor- und Nacherben gemeinsam in seiner Anwendbarkeit nicht dispositiv ist.⁷⁵ Eine Gestaltung ist vielmehr konstruktiv zwischen dem ersten Surrogationsvorgang und dem zweiten vorzunehmen: Der Nacherbe kann durch Freigabe⁷⁶ des zunächst zwangsläufig ein Surrogat darstellenden Rückforderungsanspruchs aus der Nacherbschaftsbindung dessen Nachlasszugehörigkeit *beenden* und damit endgültig die oben beschriebene Surrogationskette unterbrechen: Ein etwaiger Rükckerwerb erfolgt sodann – nur auf Grundlage dieser Gestaltung – vorerbschaftsfrei.⁷⁷

C. Zusammenfassung der Ergebnisse und Rückschlüsse für die erbrechtliche Gestaltung der Vor- und Nacherbschaft

I. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Träger der Zustimmungskompetenz

Soll eine Verfügung des Vorerben entgegen § 2113 BGB auch beim Nacherbfall wirksam bleiben, bedarf es hierzu der Zustimmung aller Nach-

71 BGH, Urt. v. 17. 3. 2010 – IV ZR 144/08, ZEV 2010, 247, 248, zur Rückübertragung in Erfüllung eines vermögensrechtlichen Restitutionsanspruchs.

72 OLG München, Beschl. v. 14. 3. 2016 – 34 Wx 239/15, ZEV 2016, 393, 395.

73 Siehe Nachw. in Fußn. 57.

74 *Avenarius* in *Staudinger*, aaO (Fußn. 38), § 2111 BGB Rdn. 2, 6 f. Siehe auch oben Abschnitt B II 2 c.

75 *Litzenburger* in *Bamberger/Roth*, BGB, 3. Aufl., 2012, § 2111 Rdn. 1; *Reimann*, DNotZ 2007, 579, 591 f.

76 Grundlegend: *Keim*, DNotZ 2003, 823, 829; ferner *Hartmann*, ZEV 2009, 107, 111 f.; zustimmend OLG Hamm, Beschl. v. 13. 5. 2016 – I-15 W 594/15, juris; *Schöner/Stöber*, aaO (Fußn. 2), Rdn. 3529b; *Heskamp*, RNotZ 2014, 517, 520 f.; *Zimmer*, ZEV 2014, 526, 529; *Osterloh-Konrad*, AcP 215 (2015), 107, 110, Fußn. 9.

77 Im Ergebnis können daher Vor- und Nacherbe gemeinsam über den Nachlassbestand disponieren, jedoch nicht über eine Modifikation des Surrogationsgrundsatzes. Unschärf daher *Grunsky* in MünchKommBGB, aaO (Fußn. 56), § 2111 Rdn. 6, wenn er die Dispositionsmöglichkeit unter § 2111 BGB erörtert.

erben, die Träger der Zustimmungskompetenz sind. Es sind dies alle bekannten (Primär-)Nacherben, bei gestufter Nacherbschaft auch die weiteren Nacherben. Für unbekannte Nacherben ist ein Pfleger zu bestellen (§ 1913 BGB). Unbekannt sind nur die Nacherben, die beim Erbfall noch nicht gezeugt sind oder erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt werden. Der erste Fall ist praktisch bedeutsam und immer dann gegeben, wenn zu Nacherben „die Abkömmlinge“ des Vorerben bestimmt sind. Hier ist das spätere Hinzutreten von Abkömmlingen, ggf. durch Adoption, nicht auszuschließen. Diese möglichen künftigen Abkömmlinge sind „unbekannt“. Unter „Nacherbe“ i. S. des § 1913 Satz 2 BGB ist nicht derjenige zu verstehen, der beim Nacherbfall als Nacherbe zu qualifizieren ist, sondern wer bei Auftreten eines Zustimmungs- bzw. Mitwirkungsbedürfnisses „Nacherbenanwärter“ ist. Im Übrigen ist bei der Subsumtion in diesem Moment ein objektiver Maßstab anzulegen: Bekannt sind danach alle Nacherben, die entweder namentlich benannt oder zu diesem Zeitpunkt anhand objektiver Merkmale bestimmt sind. Dem Erblasserwillen kommt jedoch eine Korrektivfunktion zu. Bei den als Nacherben eingesetzten „Abkömmlingen“ sind also die derzeit bereits lebenden entgegen h. M. stets bekannt. Nur für die potenziell Hinzutretenden ist der Pfleger zu bestellen.

Die Personen, die nach dem Willen des Erblassers lediglich den Charakter einer Ersatzperson haben, also dem Typus des Ersatznacherben angehören, sind demgegenüber mit der ganz h. M. *nie* zustimmungskompetente Nacherbenanwärter.

Bei aufschiebend bedingter Nacherbschaft – etwa im Rahmen einer Wiederverheirathungsklausel – sind die Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB nach h. M. schon ab dem Erbfall anwendbar.

2. Kaufvertrag mit nicht befreitem Vorerben auf der Verkäuferseite

Der nicht befreite Vorerbe benötigt zur endgültig wirksamen Verschaffung von Vormerkung, Eigentum und Grundschuldeintragung stets die Zustimmung aller zustimmungskompetenten Nacherben. Die einmal von diesen erteilte Zustimmung hat endgültige Wirkung. Sie bindet, wenn später ein Ersatzfall eintritt, auch den Ersatznacherben.

Eine Pflicht der Nacherben zur Zustimmung besteht nur in den seltenen Fällen des § 2120 BGB, in denen der Verkauf zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist.

Die erforderlichen Zustimmungserklärungen sollten in die Kaufurkunde integriert werden. Anderenfalls ist den Parteien für den Fall der Verweigerung der extern einzuholenden Zustimmungen ein Rücktrittsrecht bezüglich des Kaufvertrages zu gewähren. Bei der Formulierung ist die Zustimmungserklärung klar abzugrenzen von der „Freigabeerklärung“ des Nacherben, die eine weitergehende Rechtsfolge als jene hat und zum Ausscheiden des Grundstücks oder des Surrogat darstellenden Kaufpreises aus der Nacherbschaftsbindung führt.

3. Kaufvertrag mit einem befreiten Vorerben auf der Verkäuferseite

Der von den Beschränkungen des § 2113 BGB befreite Vorerbe kann im Rahmen eines vollentgeltlichen Geschäfts stets ohne Zustimmung des Nacherben dauerhaft wirksam Eigentum übertragen. Die Feststellung der Entgeltlichkeit stellt jedoch das zentrale Problem dar.

Das Grundbuchamt prüft die Entgeltlichkeit erst bei der abschließenden Löschung des Nacherbenvermerks nach Eigentumsumschreibung, damit nach Kaufpreiszahlung und Eingehung der Kaufpreisfinanzierungsverbindlichkeiten durch den Käufer. Auch hier bringt die späte Prüfung keine abschließende Rechtssicherheit, weil die Feststellung einer Entgeltlichkeit inzident erfolgt und keiner Rechtskraftwirkung zugänglich ist.

Im Rahmen der Prüfung der Entgeltlichkeit ist der Freibeweis zulässig, die Anwendung von Erfahrungssätzen anerkannt. Inhaltlich ist die Entgeltlichkeit beim Verkauf an einen familienfremden Dritten der Regelfall und wird vermutet. Diese Vermutung ist nur widerlegt, wenn konkrete Zweifel an der Entgeltlichkeit zutage treten oder der Verkauf an nahe-stehende Personen erfolgt. Nur dann sind vom Vorerben überhaupt weitere Beweismittel beizubringen, insbesondere ein Sachverständigengutachten. Unschädlich ist dabei stets, wenn der Kaufpreis den durch Sachverständigengutachten prognostizierten Wert um bis zu 10 v. H. unterschreitet. Auch bei einer deutlicheren Unterschreitung ist von dem Erfahrungssatz auszugehen, dass ein befreiter Vorerbe nicht unter Wert verkaufen wird. Im Rahmen der Entgeltlichkeitsprüfung durch das Grundbuchamt hat dieses allen Nacherben formlos rechtliches Gehör zu gewähren, nie jedoch den Ersatznacherben. Ein Vetorecht eines Nacherben ergibt sich hierdurch keinesfalls.

Im Rahmen der Gestaltung des Kaufvertrages ist immer nach Möglichkeit zu versuchen, die vorsorgliche Zustimmung aller zustimmungskompetenten Nacherben zu erreichen. Nur diese bringt absolute Rechtssicherheit für den dauerhaften Rechtserwerb durch den Käufer. Auf eine solche Mitwirkung hat der Vorerbe analog § 2120 BGB einen Rechtsanspruch. Bei Verzögerung oder Nichterfüllung besteht ein Anspruch auf Schadensersatz.

Ist die Zustimmung in absehbarer Zeit nicht erreichbar oder soll hierauf verzichtet werden, so kann die grundbuchamtliche Prüfung der Entgeltlichkeit auf eine Zeit vor Eingehung der Finanzierungsverbindlichkeiten des Käufers und die Kaufpreiszahlung vorverlagert werden. Hierzu ist mit der Vormerkung ein Vermerk zu beantragen, wonach die Vormerkung gegenüber dem Nacherbenrecht wirksam ist. Die hierzu erforderliche grundbuchamtliche Prüfung ist dabei identisch mit der, die sonst erst bei der Löschung des Nacherbenvermerks ansteht. Ist der Erwerb entgeltlich, besteht auf Eintragung des Wirksamkeitsvermerks ein Anspruch gegenüber dem Grundbuchamt. Ergänzend kann zur weiteren Risikominimierung eine Abwicklung über Notaranderkonto vorgesehen werden. Der zunächst hinterlegte Kaufpreis ist dabei erst nach Löschung des Nacherbenvermerks aus-

zuzahlen. Ein höheres Maß an Rechtssicherheit für den Käufer ist durch Rechtsgestaltung – außer eben durch die vorsorgliche Zustimmung der Nacherben – nicht erreichbar.

4. Kaufvertrag mit Vorerben auf der Käuferseite

Beim Kauf durch einen Vorerben ist Acht auf die Surrogationsvorschrift des § 2111 BGB zu geben, infolge deren bei einem Erwerb mit Mitteln der Nachbarschaft der erworbene Grundbesitz – ggf. zu einem ideellen Bruchteil – nachlasszugehörig ist. Dies ist durch einen zu bewilligenden und zu beantragenden Nacherbenvermerk zu dokumentieren.

5. Vorweggenommene Nacherbfolge

Bei einer lebzeitig vorweggenommenen schenkweisen Übertragung von Grundbesitz auf den Nacherben ist die Zustimmung aller zustimmungskompetenten Nacherben unerlässlich, wenn alternativ

- die Person des oder der Erwerber nicht identisch mit dem oder den Nacherben ist oder
- der Erwerb mehrerer Nacherben nicht entsprechend der Nacherbschaftsquote erfolgt oder
- Ersatznacherben bestimmt sind oder
- der Vorerbe zugunsten dritter Personen (etwa Ehegatte des Vorerben) dingliche Rechte bestellt oder sich für diese echte Gegenleistungen ausbedingt.

Vorbehaltene Rückforderungsrechte stellen, was die h.M. übersieht, zwingend Surrogate des aus der Nacherbschaftsbindung ausscheidenden Grundbesitzes dar. Ein Rückerwerb aufgrund vorbehaltenen Rückforderungsrechts stellt damit wiederum einen Surrogationsvorgang dar, der zu einem automatischen Rückerwerb in das gebundene Vermögen führt. Gestalterisch zu vermeiden ist dies nur durch eine Freigabe des vorbehaltenen und ein Surrogat darstellenden Rückforderungsanspruchs aus der Nacherbschaftsbindung durch Erklärung der Nacherben.

II. Rückschlüsse für die erbrechtliche Gestaltung

Für die erbrechtliche Gestaltung⁷⁸ lassen sich aus der vorstehenden Untersuchung folgende Empfehlungen formulieren:

1. Die Nacherbschaftsanordnung ist *ultima ratio*.⁷⁹ Wenn Zweck der Gestaltung lediglich der Ausschluss missliebiger Dritter⁸⁰ wäre und es nicht auf eine Beschränkung des Vorerben ankommt, kann die Nacherbschafts-

78 Hierzu eingehend *Perau und Hartmann in Dorsel*, Kölner Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl., 2015, Kap. 5.

79 Ähnlich *Volmer*, MittBayNot 2015, 535, 536; *Henn*, MittBayNot 2015, 499, 500.

80 „Ausschlussfälle“: Schmälerung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Erben, Ausschluss von geschiedenen Elternteilen von der Erbfolge nach dem Erben.

beschränkung häufig durch das flexibel gestaltbare und ebenso pflichtteilsfeste Herausgabevermächtnis ersetzt werden.⁸¹ Nur wo eine Beschränkung des Vorerben oder die Erhaltung des Nachlasses für den endbedachten Nacherben das Ziel der Gestaltung ist, sollte die Nacherbschaftsbeschränkung gewählt werden.

2. Wo die Nacherbschaftsbeschränkung unumgänglich ist oder ihre Vorzüge ihre Nachteile überwiegen – und es verbleiben solche Fälle –, sind Nacherben in der Verfügung von Todes wegen soweit irgend möglich abschließend namentlich zu benennen, um die Notwendigkeit der Pflegerbestellung gemäß § 1913 Satz 2 BGB auszuschließen.⁸² Wenn der Kreis der Nacherben gleichwohl auf noch nicht bekannte Personen erstreckt werden muss, ist dringend empfohlen, für diese eine Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB anzuordnen.⁸³

RECHTSPRECHUNG

I. Allgemeines

Nr. 1 ZPO § 415 Abs. 1 (Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit)

Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit eines notariellen Vertrages wird nicht durch die Vorlage eines inhaltlich abweichenden Vertragsentwurfs widerlegt.

BGH, Urt. v. 10. 6. 2016 – V ZR 295/14

[3] I. (...)

[4] II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[5] 1. Rechtsfehlerhaft nimmt das BerufungsG an, zwischen den Parteien sei ein Vertrag mit dem Inhalt des Vertragsentwurfs zustande gekommen.

[6] a) Die notarielle Kaufvertragsurkunde vom 21. 3. 2012 ist eine öffentliche Urkunde i. S. von § 415 ZPO. Solche Urkunden erbringen vollen Beweis darüber, dass die Erklärung mit dem niedergelegten Inhalt so, wie beurkundet, abgegeben wurde (vgl. Senat, Urt. v. 22. 6. 1965 – V ZR 55/64¹, WM 1965, 868, 870). Darüber hinaus besteht für die über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunden nach der ständigen Rechtsprechung des BGH die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit (Senat, Urt. v. 5. 7. 2002 – V ZR 143/01, NJW 2002, 3164, 3165 m.w.Nachw.); es wird also vermutet, dass das, was im beurkundeten Text steht, der Vereinbarung entspricht und nur das vereinbart ist (*Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, 11. Aufl., Rdn. 24). Die Partei, die sich auf außerhalb der Urkunde liegende

81 Dazu *Hartmann in Dorsel*, aaO (Fußn. 78), Kap. 5, Abschnitt B I Rdn. 260-325.

82 *Zimmer*, ZEV 2014, 526, 531.

83 *Volmer*, MittBayNot 2015, 535, 536.

1 DNotZ 1965, 636.

Umstände – sei es zum Nachweis eines vom Urkundstext abweichenden übereinstimmenden Willens der Beteiligten, sei es zum Zwecke der Deutung des Inhalts des Beurkundeten aus der Sicht des Erklärungsempfängers (§§ 133, 157 BGB) – beruft, trifft die Beweislast für deren Vorliegen (Senat, Urt. v. 5. 7. 2002 – V ZR 143/01, NJW 2002, 3164, 3165 m.w.Nachw.). Da der Beklagte behauptet, abweichend von dem Inhalt der Kaufvertragsurkunde seien weder eine bestimmte Hallengröße zugesagt noch Einrichtungsgegenstände verkauft worden, muss er die durch den notariellen Kaufvertrag begründete Vermutung widerlegen. Es reicht nicht, dass die Beweiswirkung erschüttert ist (Senat, Urt. v. 19. 6. 1998 – V ZR 133/97, NJW-RR 1998, 1470).

[7] b) Entgegen der Auffassung des BerufungsG hat der Beklagte die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des notariellen Kaufvertrages nicht durch die Vorlage des Vertragsentwurfs widerlegt. Mit dieser Sichtweise verkennt das BerufungsG den Zweck der notariellen Beurkundung und des Beurkundungsverfahrens.

[8] aa) Zweck der in § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB vorgeschriebenen notariellen Beurkundung von Verträgen über Grundstücke ist es, Veräußerer und Erwerber vor übereilten Verträgen zu bewahren, sie auf die Wichtigkeit des Geschäfts hinzuweisen und ihnen die Möglichkeit rechtskundiger Belehrung und Beratung zu eröffnen (Senat, Urt. v. 30. 4. 1982 – V ZR 104/81², BGHZ 83, 395, 397). Mit der Durchführung eines strengen Regels unterworfenen Beurkundungsverfahrens, insbesondere durch die dem Notar in §§ 17 ff. BeurkG auferlegten Prüfungs- und Belehrungspflichten, soll sichergestellt werden, dass der Inhalt der Urkunde dem Willen der mit der rechtlichen Tragweite vertraut gemachten Beteiligten entspricht (vgl. *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 7. Aufl., Einl. Rdn. 11).

[9] Die bei Verbraucherverträgen in § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 2 BeurkG normierte Amtspflicht des Notars (vgl. BGH, Urt. v. 24. 11. 2014 – NotSt [Brfg] 3/14³, BGHZ 203, 273, Rdn. 16), den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts den Vertragsparteien schon vor der Beurkundung zur Verfügung zu stellen, dient dazu, ihnen Gelegenheit zu geben, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen, Unklarheiten und Änderungswünsche vorher zu klären und sich auf die Beurkundungsverhandlung vorzubereiten (vgl. *Limmer* in Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 1, Kap. 2, Rdn. 153). Der Entwurf dokumentiert hingegen nicht den abschließenden Parteiwillen. Die Aufgabe des Notars, diesen zu ermitteln und den Erklärungen eine Fassung zu geben, die den Absichten und Interessen der Beteiligten gerecht wird (*Armbrüster* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 7. Aufl., § 17 Rdn. 40), bringt es gerade mit sich, dass es während der Beurkundungsverhandlung – etwa aufgrund einer Anregung durch den Notar oder aufgrund entsprechender Parteiwün-

2 DNotZ 1982, 619.

3 DNotz 2015, 314.

sche – noch zu Änderungen in dem vorab zur Verfügung gestellten Entwurfstext kommen kann (vgl. BNotK, Rundschreiben Nr. 20/2003 vom 28. 4. 2003, Abschnitt E; *Limmer* in Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 1, Kap. 2, Rdn. 162). Erst mit der in der Beurkundungsverhandlung gefertigten Niederschrift (§§ 8, 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BeurkG) erhalten die Erklärungen der Beteiligten ihre endgültige Form (*Huhn/von Schuckmann/Renner*, BeurkG/DONot, 4. Aufl., § 8 Rdn. 1). Die notarielle Urkunde dokumentiert, zu welchem Ergebnis die Beurkundungsverhandlung vor dem Notar geführt hat. Die Erklärungen der Beteiligten gelten mit der Beweiskraft des § 415 ZPO als abgegeben (*Piegsa* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 7. Aufl., § 8 BeurkG Rdn. 3).

[10] bb) Die Auffassung des BerufungsG, dass allein durch die Vorlage des Vertragsentwurfs die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit notarieller Urkunden widerlegt werden könne, führte zu dem Ergebnis, dass nicht der notariellen Urkunde, sondern letztlich dem vorläufigen Entwurfstext, der gerade nicht Bestandteil der Beurkundungsverhandlung ist (*Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl., § 8 Rdn. 7) und daher auch nicht die tatsächlich abgegebenen Erklärungen der Parteien dokumentiert, die maßgebliche Bedeutung zukommt. Dies ist mit dem Sinn und Zweck des strengen Anforderungen unterliegenden Beurkundungsverfahrens und der darin begründeten Beweiskraft notarieller Urkunden (§ 415 ZPO) nicht vereinbar.

[11] 2. Anders als das BerufungsG annimmt, führt die in der notariellen Niederschrift aufgenommene Erklärung der Parteien, dass sie ausreichend Gelegenheit zur Prüfung des Entwurfs und einer Auseinandersetzung mit dessen Inhalt hatten, nicht dazu, dass die Regelungen in der notariellen Urkunde, die von dem Entwurfstext abweichen, wegen Perplexität (Widersprüchlichkeit) nichtig sind.

[12] Der im Vorspann der Niederschrift aufgenommenen Bestätigung der Parteien kommt nicht – wie das BerufungsG meint – der Erklärungsgehalt zu, dass der Entwurfstext rechtsverbindlich gelten soll und bei der sich anschließenden Beurkundungsverhandlung keine Veränderungen erfahren wird. Mit einem solchen Verständnis lässt das BerufungsG sowohl den eindeutigen Wortlaut der Erklärung als auch den Zusammenhang, in dem sie abgegeben wurde, außer Acht. Bereits nach ihrem Wortlaut besagt die Erklärung der Parteien nur, dass sie ausreichend Gelegenheit zur Prüfung des Entwurfs hatten. Gegen einen darüber hinausgehenden Erklärungsgehalt spricht auch der Kontext der Erklärungen. Die Bestätigung der Beteiligten wird eingeleitet mit den Worten „Vom Notar über die Bestimmungen des Beurkundungsgesetzes in § 17 (2a) belehrt, erklären die Erschienenen, ...“. Hieraus wird deutlich, dass es nicht um die Niederschrift von Willenserklärungen der Beteiligten im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Rechtsgeschäft geht, sondern allein um die Dokumentation der Erfüllung der dem Notar in § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG auferlegten Amtspflicht. Nach dieser Vorschrift soll der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Ver-

braucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB unterliegen, soll er dem Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts zur Verfügung stellen.

[13] 3. Rechtsfehlerhaft nimmt das BerufungsG schließlich an, es liege, wenn man davon ausginge, dass die Klägerin die notariell beurkundeten Erklärungen, der Beklagte hingegen die Erklärungen des Entwurfs gewollt habe, ein offener Dissens gemäß § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB vor.

[14] Ein offener Dissens i. S. von § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht, wenn sich beide Parteien bewusst sind, dass sie sich noch nicht über alle Vertragspunkte einig geworden sind, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll (MünchKommBGB/*Busche*, 7. Aufl., § 154 Rdn. 4). Um eine solche Fallkonstellation geht es hier nicht. In Betracht käme allenfalls ein versteckter Einigungsmangel i. S. von § 155 BGB. Dies setzt allerdings voraus, dass die Erklärungen der Parteien in ihrem objektiven Erklärungsinhalt nicht übereinstimmen; es genügt nicht, dass eine Partei mit ihrer Erklärung einen von deren objektiven Inhalt abweichenden Sinn verbunden hat (BGH, Urteile v. 31. 5. 1961 – VIII ZR 28/60, NJW 1961, 1668, 1669; v. 5. 12. 2002 – VII ZR 342/01, NJW 2003, 743; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 75. Aufl., § 155 Rdn. 2). Danach liegt hier auch kein versteckter Einigungsmangel vor. Maßgeblich sind die in dem notariellen Kaufvertrag beurkundeten Erklärungen der Parteien. Diese stimmen in ihrem objektiven Erklärungsgehalt, auch soweit es um die streitigen Regelungen geht, überein.

[15] 4. Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Entgegen der in der Revisionserwiderung vertretenen Auffassung ist der Kaufvertrag von dem Beklagten nicht wirksam angefochten worden. Es fehlt an einer Anfechtungserklärung. Eine solche liegt nicht in dem Vorbringen des Beklagten, er sei aufgrund verschiedener Umstände davon ausgegangen, dass ein Vertrag mit dem Text des Vertragsentwurfs abgeschlossen worden sei.

[16] Eine Anfechtungserklärung (§ 143 Abs. 1 BGB) ist jede Willenserklärung, die unzweideutig erkennen lässt, dass das Rechtsgeschäft rückwirkend beseitigt werden soll. Es bedarf nicht des Gebrauchs des Worts „anfechten“. Je nach den Umständen kann es genügen, wenn eine nach dem objektiven Erklärungswert der Willensäußerung übernommene Verpflichtung bestritten oder nicht anerkannt oder wenn ihr widersprochen wird. In jedem Fall ist aber erforderlich, dass sich unzweideutig der Wille ergibt, das Geschäft gerade wegen des Willensmangels nicht bestehen zu lassen (BGH, Urt. v. 14. 11. 2001 – IV ZR 181/00, NJW-RR 2002, 380, 381 m.w.Nachw.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Dem Vorbringen des Beklagten lässt sich nicht unzweideutig der Wille entnehmen, dass er an dem Vertrag als Ganzes nicht festhalten wolle. Sein Hinweis, der Vertrag sei seiner Meinung nach mit dem Inhalt des Entwurfstextes geschlossen worden, lässt im Gegenteil eher den Schluss zu, dass der Beklagte die Geltung des Kaufvertrages als solches nicht infrage stellt, sondern er sich lediglich gegen einzelne Regelungen in dem Vertrag wendet. Ein eindeutiger Wille zur Rückabwicklung des Vertrages kommt darin jedenfalls nicht zum Ausdruck.

[17] III. Das angefochtene Urteil kann damit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, wird sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerufungsG zurückverwiesen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

[18] Sollte das BerufungsG bei erneuter Prüfung zu dem Ergebnis gelangen, dass der Beklagte zum Nachweis eines vom Urkundstext abweichenden übereinstimmenden Willens der Vertragsbeteiligten außerhalb der Urkunde liegende Umstände bewiesen hat, wird vorsorglich darauf hingewiesen, dass das im Berufungsverfahren erfolgte Vorbringen der

Klägerin zu den Umständen der Beurkundungsverhandlung nicht verspätet ist (§ 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Das LG hat es versäumt, die Klägerin auf seine (fehlerhafte) Rechtsansicht hinzuweisen, dass schon durch die Vorlage des Entwurfstextes die Vermutung der Richtigkeit der notariellen Urkunde widerlegt worden sei und daher seiner Meinung nach die Beweislast bei der Klägerin liege.

Nr. 2 *BGB §§ 399 2. Alt., 648a Abs. 5 a.F., 643; UmwG § 20 Abs. 1 Nr. 1* (Vertragliches Abtretungsverbot steht Gesamtrechtsnachfolge durch Verschmelzung nicht entgegen)

Das in einem Bauvertrag vereinbarte Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB steht dem Übergang der dem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber zustehenden Zahlungsansprüche auf die übernehmende Gesellschaft aufgrund der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge anlässlich einer Verschmelzung des Auftragnehmers auf die übernehmende Gesellschaft nicht entgegen.

Der Auftragnehmer ist auch nach Aufhebung des Vertrages gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a. F. i. V. mit § 643 BGB berechtigt, diesen zeitnah wegen Verzugs des Auftraggebers mit der Bezahlung von Abschlagsforderungen nach § 9 Nr. 1b VOB/B zu kündigen, wenn die Kündigungsvoraussetzungen in dem Zeitpunkt vorlagen, in dem der Vertrag als aufgehoben galt (Fortführung von BGH, Versäumnisurt. v. 24. 2. 2005 – VII ZR 225/03, BauR 2005, 861 = NZBau 2005, 335).

BGH, Urt. v. 22. 9. 2016 – VII ZR 298/14

[15] Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

[16] 1. Die Revision des Beklagten ist zulässig. Der Beklagte hat seine Revision in zulässigerweise mit dem Antrag eingelegt, das Berufungsurteil aufzuheben, soweit der Klage stattgegeben worden ist, und die Klage abzuweisen. (...)

[22] 2. Die Revision des Beklagten ist in der Sache nicht begründet.

[23] a) Zu Recht geht das BerufungsG davon aus, dass die Schuldnerin Inhaberin der Klageforderung kraft Verschmelzung geworden ist.

[24] aa) Das Vermögen der D. GmbH, die vom Beklagten mit Vertrag vom 30. 6. 1999 mit der Ausführung von Mauer- und Betonarbeiten beauftragt worden war, ist aufgrund Verschmelzungsvertrages vom 24. 7. 2007 und der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes der Schuldnerin als übernehmendem Rechtsträger gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf diese übergegangen. Zu dem Vermögen der D. GmbH gehören auch die dieser gegen den Beklagten aufgrund des Vertrages vom 30. 6. 1999 zustehenden Zahlungsansprüche.

[25] bb) Ein in einem Bauvertrag vereinbartes Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB steht dem Übergang der dem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber aufgrund dieses Vertrages zustehenden Zahlungsansprüche auf die übernehmende Gesellschaft aufgrund der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge anlässlich einer Verschmelzung des Auftragnehmers auf die übernehmende Gesellschaft nicht entgegen. Es kann daher dahinstehen, ob das zwischen der D. GmbH und

dem Beklagten in Ziff. 9.4 des Vertrages vom 30. 6. 1999 vereinbarte Abtretungsverbot, wie der Revisionsbeklagte geltend macht, den Übergang von Zahlungsansprüchen des Auftragnehmers auf einen anderen Rechtsträger im Rahmen einer Verschmelzung von vornherein nicht erfasste, sondern auf rechtsgeschäftlich vereinbarte Abtretungen beschränkt sein sollte.

[26] (1) Die Frage, ob ein rechtsgeschäftlich vereinbartes Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB den Übergang der betroffenen Forderung des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger aufgrund der gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG für die Verschmelzung angeordnete Gesamtrechtsnachfolge entgegensteht, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Zum Teil werden die Vorschriften über die Einzelrechtsübertragung von Forderungen für den Fall einer Gesamtrechtsnachfolge insgesamt für nicht anwendbar gehalten (vgl. RGZ 136, 313, 315 f.; *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rdn. 32; *Henssler/Strohn/Heidinger*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 20 UmwG Rdn. 5; *Semler/Stengel/Kübler*, UmwG, 3. Aufl., § 20 Rdn. 13; *Stratz in Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG, 7. Aufl., § 20 UmwG Rdn. 27; *KölnerKomm-UmwG/Simon*, § 2 Rdn. 47, 54; *BeckOK-BGB/Rohe*, Stand: 1. 5. 2016, § 412 Rdn. 1; *Kallmeyer/Marsch-Barner*, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rdn. 8; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 75. Aufl., § 412 Rdn. 1; *Westermann in Erman*, BGB, 14. Aufl., § 412 Rdn. 2; *Müller*, BB 2000, 365, 366; *Rieble*, ZIP 1997, 301, 308; *Heidenhain*, ZIP 1995, 801; *Hennrichs*, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, 1995, 45 f.). Demgegenüber wird die Anwendbarkeit des § 399 2. Alt. BGB auf den Vermögensübergang bei Verschmelzung zum Teil ohne Einschränkung bejaht (vgl. OLG Oldenburg, OLGR 2000, 65, 66 f.). Andere Stimmen in der Literatur halten eine differenzierte Betrachtung im Einzelfall für erforderlich (vgl. *Münch-KommBGB/Roth/Kieninger*, 7. Aufl., § 412 Rdn. 15; *Staudinger/Busche*, BGB, Neubearb. 2012, § 412 Rdn. 9; *Rosch in jurisPK-BGB*, 7. Aufl., Stand: 1. 10. 2014, § 412 Rdn. 35).

[27] (2) Der Senat beantwortet die Frage für ein in einem Bauvertrag vereinbartes Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB dahin, dass dieses im Falle einer Verschmelzung des Auftragnehmers auf die übernehmende Gesellschaft dem Übergang der dem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber aufgrund dieses Vertrages zustehenden Zahlungsansprüche auf die übernehmende Gesellschaft gemäß der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge nicht entgegensteht.

[28] (a) Die Vorschrift des § 399 2. Alt. BGB, die eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Übertragbarkeit einer Forderung ermöglicht, ist auf die in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG für die Verschmelzung von Gesellschaften angeordnete Gesamtrechtsnachfolge nicht anwendbar. Die die Einzelrechtsnachfolge betreffende Vorschrift des § 399 2. Alt. BGB, die einen rechtsgeschäftlichen Einzelakt voraussetzt, ist nicht auf die Besonderheiten der Gesamtrechtsnachfolge zugeschnitten (vgl. RGZ 136, 313, 315 f.; *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rdn. 32; *Henssler/Strohn/Heidinger*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 20 UmwG Rdn. 5; *Semler/Stengel/Kübler*,

UmwG, 3. Aufl., § 20 Rdn. 13; KölnerKommUmwG/Simon, § 2 Rdn. 47, § 20 Rdn. 3; BeckOK-BGB/Rohe, Stand: 1. 5. 2016, § 412 Rdn. 1; *Kallmeyer/Marsch-Barner*, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rdn. 8; *Müller*, BB 2000, 365, 366; *Rieble*, ZIP 1997, 301, 308; *Heidenhain*, ZIP 1995, 801). Die in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG normierte Gesamtrechtsnachfolge vollzieht sich aufgrund der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers unmittelbar kraft gesetzlicher Anordnung ohne weitere Rechtsakte mit dinglicher Wirkung (vgl. *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rdn. 7 f.; *Kallmeyer/Marsch-Barner*, UmwG, 5. Aufl., § 2 Rdn. 8, § 20 Rdn. 4; *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG, 7. Aufl., § 2 Rdn. 3 ff., § 20 Rdn. 23; *Schulte* in *Böttcher/Habighorst/Schulte*, Umwandlungsrecht, § 20 Rdn. 4 ff.; *Rieble*, ZIP 1997, 301, 303; *Hennrichs*, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, 1995, 45).

[29] (b) Dieses Verständnis des § 399 2. Alt. BGB steht mit dem Willen des Gesetzgebers im Einklang. Dieser hat in den Vorschriften zur Umwandlung von Gesellschaften im Wege der Spaltung durch Aufspaltung, die nach § 131 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG ebenso wie die Verschmelzung zum Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers führt, die Vorschrift des § 132 UmwG, nach dem allgemeine Vorschriften, welche die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes ausschließen oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, unberührt bleiben sollen, mit Wirkung zum 25. 4. 2007 aufgehoben (vgl. Art. 1 Nr. 21 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19. 4. 2007, BGBl. I, S. 542). Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass neben der Vorschrift des § 399 BGB, die bereits nach § 132 UmwG a. F. einer Aufspaltung nicht entgegenstehen sollte, Beschränkungen betreffend die Einzelrechtsnachfolge im Umwandlungsrecht nicht zur Anwendung kommen sollen (vgl. BT-Drucks. 16/2919, S. 19).

[30] (c) Die Gegenauffassung, die ein in einem Bauvertrag grundsätzlich zulässiges (vgl. BGH, Urteile v. 11. 5. 1989 – VII ZR 150/88, BauR 1989, 610 = juris, Rdn. 15; v. 3. 12. 1987 – VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293, 300 = juris, Rdn. 20; v. 28. 11. 1968 – VII ZR 157/66, BGHZ 51, 113, 117 ff. = juris, Rdn. 28 ff.) rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB auch gegenüber der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge durchgreifen ließe, führt, wie das BerufungsG zutreffend ausführt, zu einem unbilligen Ergebnis, das durch das Interesse des Auftraggebers, die Abrechnung übersichtlich zu halten und nicht mit einem neuen Gläubiger konfrontiert zu werden, nicht gerechtfertigt werden kann. Da mit Wirksamwerden der Verschmelzung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auch die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, während der übertragende Rechtsträger erlischt, § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG, hätte der Ausschluss des Übergangs der dem Auftragnehmer als übertragendem Rechtsträger gegen den Auftraggeber zustehenden Forderungen aufgrund des im Vertrag vereinbarten Abtretungsverbots zur Folge, dass der Auftraggeber wegen des Erlöschens seines ursprünglichen Vertragspart-

ners von seinen Zahlungspflichten frei würde, er aber wegen des Übergangs der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger seine Forderungen gegen diesen weiter geltend machen könnte. Diese Begünstigung des Auftraggebers ist von dem mit dem Abtretungsverbot verfolgten Zweck nicht mehr gedeckt (in diesem Sinne auch Münch-KommBGB/Roth/Kieninger, 7. Aufl., § 412 Rdn. 15; Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 3. Aufl., § 20 Rdn. 14; Lutter/Grunewald, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rdn. 32).

[31] b) Der Schuldnerin steht aufgrund der Kündigung des Vertrages ein Zahlungsanspruch für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen unter Abzug ersparter Aufwendungen und eines durch die anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft zu erzielenden Erwerbs im Umfang von 141 733,65 € zu.

[32] aa) Nach den im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des BerufungsG haben die D. GmbH und der Beklagte im Vertrag vom 30. 6. 1999 die VOB/B wirksam vereinbart. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich. Maßgeblich ist die VOB/B Ausgabe 1992 in der Fassung des Ergänzungsbands 1998.

[33] bb) Das BerufungsG hat weiter angenommen, dass sich der Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung mit der Bezahlung fälliger Abschlagsforderungen der Schuldnerin i. H. von 97 492,59 DM (= 49 847,17 €) in Verzug befand und die Schuldnerin deshalb nach § 9 Nr. 1 b, Nr. 2 VOB/B zur Kündigung des Vertrages berechtigt war. Dies nimmt die Revision hin. Dagegen bestehen ebenfalls keine revisionsrechtlichen Bedenken.

[34] cc) Zutreffend geht das BerufungsG davon aus, dass die Kündigung des Vertrages durch die D. GmbH am 8. 8. 2000 nach § 9 Nr. 1 b VOB/B nicht dadurch ausgeschlossen war, dass der Vertrag gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB in der bis zum 30. 4. 2000 geltenden Fassung, Art. 229 § 1 Abs. 2 Satz 1 EGBGB (im Folgenden nur: § 648a BGB a. F.) i. V. mit § 643 BGB als aufgehoben galt. Der Auftragnehmer ist auch nach Aufhebung des Vertrages gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a. F. i. V. mit § 643 BGB berechtigt, diesen wegen Verzugs des Auftraggebers mit der Bezahlung von Abschlagsforderungen nach § 9 Nr. 1 b VOB/B zu kündigen, wenn die Kündigungsvoraussetzungen in dem Zeitpunkt vorlagen, in dem der Vertrag als aufgehoben galt.

[35] (1) Nach § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a. F. bestimmen sich die Rechte des Unternehmers nach §§ 643 und 645 Abs. 1 BGB, wenn der Besteller die Sicherheit nach § 648a Abs. 1 BGB a. F. nicht fristgemäß leistet. Nach § 643 BGB ist der Unternehmer berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündigt, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablauf der Frist erfolgt. Nach den in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen des BerufungsG galt der zwischen der Schuldnerin und dem Beklagten geschlossene Bauvertrag vom 30. 6. 1999 gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a. F. i. V. mit § 643 BGB im Zeitpunkt der Kündigungserklärung am 8. 8. 2000 als aufgehoben, nachdem der Beklagte auf das Sicherungsverlangen der Schuldnerin gemäß § 648a Abs. 1 BGB a. F. vom 17. 5. 2000 i. H. von 430 719,60 DM mit Fristsetzung unter Androhung der Leistungsverweigerung am 14. 6. 2000 lediglich eine Sicherheit durch Bürgschaft im Umfang von 225 000,- DM gestellt hatte und die Schuldnerin mit weiterem Schreiben vom 24. 7. 2000 erfolglos eine Nachfrist mit Kündigungsandrohung gesetzt hatte. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

[36] (2) Durch § 648a Abs. 5 BGB a. F. werden Ansprüche nicht ausgeschlossen, die der Auftragnehmer aus anderem Grund hat als dem, dass die Sicherheit nicht gestellt wird (vgl. BGH, Versäumnisurt. v. 24. 2. 2005 – VII ZR 225/03, BauR 2005, 861, 863 = juris, Rdn. 17 = NZBau 2005, 335). Denn sonst würde der Auftraggeber ohne sachlichen Grund bessergestellt, der neben der unterlassenen Stellung einer Sicherheit zugleich eine Vertragspflichtverletzung zu vertreten hat, derentwegen dem Auftragnehmer weitergehende Rechte zustehen können. Gleiches gilt, wenn der Auftragnehmer aufgrund einer vom Auftraggeber zu vertretenden Vertragspflichtverletzung in dem Zeitpunkt, in dem der Vertrag nach § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a. F. i. V. mit § 643 BGB als aufgehoben gilt, zur

Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund berechtigt ist. Liegen alle Voraussetzungen für eine solche Kündigung in diesem Zeitpunkt vor, so steht die Aufhebung des Vertrages der Wirksamkeit einer zeitnah danach erklärten Kündigung nicht entgegen. In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass auch nichtige Verträge wegen arglistiger Täuschung angefochten oder widerrufen werden können (sog. Doppelwirkung, vgl. BGH, Urteile v. 21. 6. 1955 – V ZR 53/54, WM 1955, 1290, 1291; v. 25. 11. 2009 – VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235, Rdn. 14 ff.). Für das Recht des Auftragnehmers, den Vertrag wegen einer – neben die fehlende Sicherheitenstellung tretenden – Vertragspflichtverletzung des Auftraggebers zu kündigen, gilt nichts anderes.

[37] (3) Nach den vorstehend genannten Grundsätzen war die von der D. GmbH am 8. 8. 2000 erklärte und auf § 9 Nr. 1 b VOB/B gestützte Kündigung des mit dem Beklagten geschlossenen Vertrages vom 30. 6. 1999 unbeschadet der nach § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a. F. i. V. mit § 643 BGB eingetretenen Vertragsaufhebung wirksam. Der Beklagte befand sich in dem Zeitpunkt, in dem der Vertrag infolge des Fristablaufs der mit Schreiben vom 24. 7. 2000 erfolgten Nachfristsetzung als aufgehoben galt, mit der Bezahlung von Abschlagsrechnungen im Umfang von 97 492,59 DM in Verzug, der die D. GmbH zur Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund nach § 9 Nr. 1 b VOB/B berechtigte.

[38] dd) Der Schuldnerin stand danach neben der Vergütung für bereits erbrachte Leistungen ein Zahlungsanspruch für nicht erbrachte Leistungen unter Abzug ersparter Aufwendungen und eines durch die anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft zu erzielenden Erwerbs zu (vgl. BGH, Urt. v. 27. 7. 2006 – VII ZR 202/04, BGHZ 168, 368, Rdn. 40; Versäumnisurt. v. 24. 2. 2005 – VII ZR 225/03, BauR 2005, 861, 862 = juris, Rdn 14 m.w.Nachw. = NZBau 2005, 335).

[39] ee) Die Einwendungen des Beklagten gegen die Höhe des vom BerufungsG insgesamt für berechtigt gehaltenen Zahlungsanspruchs der Schuldnerin greifen nicht durch.

[40] Das BerufungsG ist mit dem LG davon ausgegangen, dass der Schuldnerin ein Zahlungsanspruch für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen und eines anderweitig zu erzielenden Erwerbs i. H. von insgesamt 141 733,65 € zusteht. Die zugrunde liegende Berechnung wird von der Revision nicht beanstandet.

[41] Der weitere Einwand, das BerufungsG sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, der Vortrag des Beklagten zur Darlegung der in Rede stehenden Mängel sei nicht ausreichend, ist ebenfalls nicht erheblich. Nach der Rechtsprechung des BGH hat der Unternehmer nach dem fruchtlosen Ablauf der Nachfrist für die Sicherheitsleistung in sinngemäßer Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 und des § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB a. F. lediglich Anspruch auf Vergütung, soweit er den Leistungsanspruch erfüllt hat, d. h. die Leistung mangelfrei erbracht hat. Das bedeutet, dass der Vergütungsanspruch des Unternehmers um den infolge eines Mangels entstandenen Minderwert zu kürzen ist. Sofern die Mängelbeseitigung möglich ist und nicht wegen unverhältnismäßig hoher Kosten verweigert werden kann, ist die Vergütung regelmäßig um die Kosten zu kürzen, die notwendig sind, um den Mangel beseitigen zu lassen, sonst um den Minderwert des Bauwerks (vgl. BGH, Urteile v. 17. 6. 2004 – VII ZR 91/03, BauR 2004, 1453 f. = juris, Rdn. 10; v. 22. 1. 2004 – VII ZR 183/02, BGHZ 157, 335, 342 = juris, Rdn. 22). Auf diese Rechtsprechung, auf die sich die Revision stützt, kommt es im vorliegenden Fall nicht an. Das BerufungsG hat dem Kläger keinen Vergütungsanspruch für erbrachte Leistungen in entsprechender Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 und des § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB a. F., sondern einen Zahlungsanspruch wegen einer vom Beklagten zu vertretenden Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund zuerkannt.

[42] Die Ausführungen des BerufungsG, der Beklagte habe hinsichtlich der vom LG nicht berücksichtigten Mängelbeseitigungskosten i. H. von 24 430,73 DM (= 12 491,23 €) die Voraussetzungen für einen (aufrechenbaren) Schadensersatzanspruch gerichtet auf Ersatz der Kosten der Mängelbeseitigung in der geltend gemachten Höhe nicht schlüssig dargetan, stehen im Hinblick auf die vom Beklagten nur beschränkt auf den Klageanspruch eingelegten Revision im Revisionsverfahren nicht mehr zur Überprüfung. (...)

II. Liegenschaftsrecht

Nr. 1 *VOB/B (2009) § 8 Abs. 2; InsO §§ 103, 119; BGB §§ 307 Abs. 1 und 2, 632a Abs. 3 Satz 1* (In Bauvertrag einbezogene Regelungen der VOB/B; Vertragserfüllungsbürgschaft)

a) Die in einen Bauvertrag einbezogenen Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) sind nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen §§ 103, 119 InsO unwirksam.

b) Die von einem Auftraggeber in einem Bauvertrag gestellten Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) sind nicht gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam.

c) Eine Vereinbarung, nach der die Auftragnehmerin eines Bauvertrages zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von zehn Prozent der Auftragssumme verpflichtet ist, weicht nicht vom gesetzlichen Leitbild des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB ab.

BGH, Urt. v. 7. 4. 2016 – VII ZR 56/15 (mit Anm. Basty)

[2] (...) Die von der Klägerin gestellten Vertragsbedingungen enthalten u.a. die folgenden Bestimmungen:

„III. Sicherheitsleistungen

Der Generalunternehmer stellt eine Vertragserfüllungsbürgschaft zu 10% der Auftragssumme. Die Vertragserfüllungsbürgschaft muss bis zur Auszahlung der 1. Abschlagsrechnung dem AG vorgelegt werden. Die Bürgschaft muss unbedingt, unbefristet und selbstschuldnerisch sein. Eine Rückgabe erfolgt im Austausch mit der Gewährleistungsbürgschaft (s. Ziff. V c).“ (...)

[4] Im April 2012 beantragte die B. GmbH die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen, woraufhin die Klägerin den Vertrag mit der B. GmbH unter Bezugnahme auf die vertraglichen Vereinbarungen und auf § 8 VOB/B (2009) aus wichtigem Grund kündigte. Die B. GmbH stellte daraufhin die Arbeiten ein. Die Klägerin beauftragte Drittunternehmer mit der Fertigstellung des Gebäudes. Über das Vermögen der B. GmbH wurde am 12. 6. 2012 das Insolvenzverfahren eröffnet. (...)

[7] I. (...)

[12] II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Ausführungen des BerufungsG zur Unwirksamkeit des § 8 Abs. 2 VOB/B (2009) sind von Rechtsfehlern beeinflusst.

[13] § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) ist nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen §§ 103, 119 InsO unwirksam.

[14] 1. Gemäß § 103 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter bei gegenseitigen Verträgen, die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil noch nicht vollständig erfüllt sind, ein Wahlrecht, ob er die Erfüllung der wechselseitigen Vertragspflichten verlangt oder ablehnt. § 119 InsO schützt dieses Wahlrecht, in dem danach Vereinbarungen unwirksam sind, durch die die Anwendung der §§ 103 bis 118 InsO im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird. Von dem Verbot des § 119 InsO können auch Klauseln erfasst sein, die dem Gläubiger für den Fall der Zahlungseinstellung, des Insolvenzantrages oder der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Schuldners das Recht einräumen, sich vom Vertrag zu lösen (insolvenzabhängige Lösungsklauseln), da derartige Klauseln das Wahlrecht des Insolvenzverwalters

zumindest mittelbar beeinträchtigen (vgl. BGH, Urt. v. 15. 11. 2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348, Rdn. 13).

[15] § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009) enthält eine insolvenzabhängige Lösungsklausel. Danach kann der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt hat. An eine solche Kündigung knüpft § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) besondere, in § 649 BGB nicht vorgesehene Rechtsfolgen. Es sind nur die bereits ausgeführten Leistungen zu vergüten. Der Auftragnehmer kann also für die nicht erbrachten Leistungen nicht die vereinbarte Vergütung abzüglich desjenigen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, verlangen. Zudem steht dem Auftraggeber hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu.

[16] 2. Unter Geltung der Konkursordnung, die eine § 119 InsO entsprechende Regelung nicht enthielt, hatte der Senat entschieden, dass das Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 2 VOB/B und die damit verbundenen Rechtsfolgen mit dem Konkursrecht vereinbar sind und die Regelung nicht wegen Verstoßes gegen das aus dem Wahlrecht des Konkursverwalters gemäß § 17 KO ableitbare gesetzliche Verbot unwirksam ist. Zur Begründung hatte der Senat ausgeführt, der Konkursverwalter müsse den Vertrag in dem rechtlichen Bestand hinnehmen, in dem er sich im Zeitpunkt der Konkurseröffnung befinde. Ferner seien die persönlichen Eigenschaften des Auftragnehmers (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) gerade im Bauvertrag für den Auftraggeber von so großer Bedeutung, dass ihm schon deshalb eine Fortsetzung des Vertrages mit dem Konkursverwalter entgegen seinem Willen nicht zugemutet werden könne (BGH, Urt. v. 26. 9. 1985 – VII ZR 19/85, BGHZ 96, 34, 36 f. = juris, Rdn. 13 f.).

[17] 3. Der Gesetzgeber wollte bei Einführung der Insolvenzordnung die Frage, ob § 8 Abs. 2 VOB/B im Hinblick auf seine Rechtsfolgen gegen §§ 103, 119 InsO verstößt, nicht regeln, sondern diese Entscheidung der Rechtsprechung vorbehalten. In der Begründung zu § 137 des Regierungsentwurfs wird insoweit ausgeführt:

„Wie der BGH klargestellt hat (BGHZ 96, 34 zur insoweit gleichlautenden Fassung von 1973), liegt die Bedeutung dieser Bestimmung nicht in der Festlegung eines Kündigungsrechts des Auftraggebers für den Insolvenzfall; denn schon nach § 649 BGB kann der Besteller den Werkvertrag jederzeit kündigen. § 8 Nr. 2 VOB/B hat vielmehr den Zweck, die Rechtsfolgen einer Kündigung des Auftraggebers im Insolvenzfall abweichend von der Gesetzeslage zu regeln, insbesondere dem Auftraggeber in diesem Fall einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einzuräumen. Die Frage, ob diese Regelung der Rechtsfolgen einer Kündigung wirksam ist, wird durch die neue Vorschrift der Insolvenzordnung nicht entschieden; die Beantwortung dieser Frage kann weiter der Rechtsprechung überlassen bleiben.“ (BT-Drucks. 12/2443, S. 152 f.)

[18] 4. Auf dieser Grundlage werden in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum zu der Frage, ob § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009), insbesondere aufgrund der mit der Kündigung verbundenen Rechtsfolgen aus § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009), wegen Verstoßes gegen die Bestimmungen der §§ 103, 119 InsO unwirksam ist, unterschiedliche Ansichten vertreten.

[19] a) Vielfach wird angenommen, § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) schließe das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO aus und sei daher wegen Verstoßes gegen § 119 InsO unwirksam (*Ingenstau/Korbion/Schmitz*, VOB Teile A und B, 19. Aufl., § 8 Abs. 2 VOB/B Rdn. 3 ff.; *Kapellmann/Messerschmidt/Lederer*, VOB Teile A und B, 5. Aufl., § 8 VOB/B Rdn. 74; *Kniffka/Schmitz*, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 649 Rdn. 177; *Leinemann/Franz*, VOB/B, 5. Aufl., § 8 Rdn. 99 ff.; *Braun/Kroth*, InsO, 6. Aufl., § 119 Rdn. 13; *Kübler/Prütting/Bork/Tintelnot*, InsO, Stand: Juli 2015, § 119 Rdn. 15 ff.; *Pape/Uhländer/Bezani*, NWB-Kommentar zum Insolvenzrecht, 2013, § 119 Rdn. 15; *Flöther/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier*, InsO, 2. Aufl., § 119 Rdn. 2; *Balthasar in Nerlich/Römermann*, InsO, 28. Erglfg., § 119 Rdn. 16; *FK-InsO/Wegener*, 8. Aufl., § 119 Rdn. 3 ff.; *Schmitz*, Die Abwicklung des Bauvertrags in der Insolvenz, *ibr-online*, Stand: 7. 6. 2015, Rdn. 45 ff.; *ders.*, *IBR* 2013, 278; *ders.*, *BauR* 2013, 772 ff.; *Hain*, *jurisPR-InsR* 10/2015, Anm. 2; *Lau*, *EWiR* 2015, 287, 288; *Böhner*, *FD-InsR* 2013, 342731; *von Kiedrowski*, *BauR* 2013, 1325, 1327 f.; *Wittler/Kupczyk*, *NJW* 2013, 1854, 1856; *Wegener*, *ZInsO* 2013, 1105, 1106 f.; *Koenen*, *BauR*

2011, 352 ff.; *Baldringer*, NZBau 2005, 183, 184 ff.; *Bopp*, Der Bauvertrag in der Insolvenz, 2009, 197 ff.; *Pritting* in Festschrift für *Horn*, 2011, 509, 519 f.; wohl auch *Franke*, BauR 2007, 774, 775 ff.; vgl. auch *Voit* in *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 8 VOB/B Rdn. 5 f., der die Unwirksamkeit auf den Schadensersatzanspruch beschränkt; *Jaeger/Jacoby*, InsO, Bd. 3, 2014, § 119 Rdn. 38, der die Unwirksamkeit auf § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B beschränkt; ebenso *Hinger*, Die Bauunternehmerinsolvenz, 2010, 201 f., 227 ff.; *Schwörer*, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, 2000, Rdn. 516 ff.; zweifelnd auch *Kniffka* in *Kniffka/Koeble*, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 7. Teil, Rdn. 33; *Dahl* in *Runkel/Schmidt*, Insolvenzrecht, 3. Aufl., § 8 Rdn. 323 ff.; *Smid*, Handbuch Insolvenzrecht, 6. Aufl., § 10 Rdn. 14).

[20] Zur Begründung wird angeführt, der Auftragsbestand des Unternehmens sei Grundlage für eine Sanierung. Das Kündigungsrecht aus § 8 Abs. 2 VOB/B (2009) und die damit verbundenen Rechtsfolgen würden jede Unternehmensfortführung im Kern ersticken und Sanierungschancen für insolvente Bauunternehmen zunichtemachen. Die Insolvenzordnung stelle die Gläubigergesamtheit über die Vertragsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Der Auftraggeber sei hinreichend geschützt: Im Stadium des Insolvenzverfahrens stünden ihm Leistungsstörungsrechte zur Seite. Ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens habe er es jederzeit in der Hand, den Insolvenzverwalter zur Ausübung seines Wahlrechts aufzufordern und so einen Schwebeszustand zu vermeiden. Wähle der Insolvenzverwalter die Erfüllung, so sehe sich der Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt dem Insolvenzverwalter als Vertragspartner gegenüber, sodass der Vertrag für und gegen die Masse gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfüllt werde. Letztlich sei auch nicht erkennbar, warum es gerade dem Auftraggeber eines Bauvorhabens unzumutbar sein sollte, am Vertrag festgehalten zu werden, wohingegen alle anderen Vertragspartner des Insolvenzschuldners bei Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters gehalten seien, den Vertrag fortzusetzen.

[21] b) Nach der Gegenansicht in der Literatur und nach der überwiegenden Instanzrechtsprechung verstoßen die Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 und § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) nicht gegen §§ 103, 119 InsO (OLG Koblenz, NZI 2014, 807, 808 f. = juris, Rdn. 23; OLG Celle, NZBau 2014, 696, 699 f. = juris, Rdn. 47 f.; OLG Schleswig, NJW 2012, 1967, 1968 = juris, Rdn. 35 ff.; OLG Bamberg, Urt. v. 12. 4. 2010 – 4 U 48/09, juris, Rdn. 12; OLG Brandenburg, Urt. v. 16. 12. 2009 – 4 U 44/09, juris, Rdn. 39; OLG Düsseldorf, BauR 2006, 1908, 1912 f. = juris, Rdn. 40 ff.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 26. 7. 2002 – 14 U 207/00, juris, Rdn. 20; LG Lübeck, BeckRS 2012, 09917; LG Hannover, BeckRS 2013, 02183; LG Würzburg, Urt. v. 12. 2. 2009 – 12 O 558/08, juris, Rdn. 46 ff.; BeckOK-VOB/B/Vogel, Stand: 1. 7. 2015, § 8 Abs. 2 Rdn. 8, 36; *Kuffer* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB, 13. Aufl., § 8 VOB/B Rdn. 47; *Herig*, VOB Teile A, B, C, 5. Aufl., § 8 VOB/B Rdn. 72; Beck'scher VOB/B-Kommentar/*Wellensiek*, 3. Aufl., § 8 Abs. 2, Rdn. 24 ff., der jedoch § 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B als Rechtsgrundverweisung auf §§ 280 ff. BGB ansieht; *MünchKommInsO/Huber*, 3. Aufl., § 119 Rdn. 39 ff.; *Uhlenbruck/Sinz*, InsO, 14. Aufl., § 119 Rdn. 15 f.; *Andres* in *Andres/Leithaus*, InsO, 3. Aufl., § 119 Rdn. 3; *Schmidt/Ringstmeier*, InsO, 18. Aufl., § 119 Rdn. 11 ff.; *Jacoby*, ZIP 2014, 649, 653 ff.; *Karge*, BauR 2016, 420 ff.; *Matthies*, jurisPR-PrivBauR 7/2015, Anm. 5; *Riewe*, NZI 2014, 809, 810 f.; *Schmidt*, NJW-Spezial 2013, 492, 493; *Wilmowsky*, JZ 2013, 998, 1001; *Fischer*, jurisPR-PrivBauR 5/2012, Anm. 5; *Asam*, IBR 2011, 87; *Linnenbrink*, NJW-Spezial 2008, 181 f.; *Fritsche/Kilian*, DZWIR 2008, 45 f.; *Fritsche*, DZWIR 2007, 446, 449 ff.; vgl. auch jeweils nur zu § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B *Vallender/Undritz/Werres*, Praxis des Insolvenzrechts, 2012, Kap. 6, Rdn. 14; *Gottwald/Huber*, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 119 Rdn. 13 b, 13 d; *ders.*, NZI 2014, 49, 50 ff.; *Scharfenberg*, IBR 2014, 661; *Peters*, BauR 2014, 1218, 1219; *Wellensiek/Scharfenberg*, DZWIR 2013, 317, 322 f.; *Matthies*, BauR 2012, 1005, 1008; wohl auch *Schwenker*, ibr-online 2014, 1058; *Rodemann*, IBR 2014, 662; *Braegelman*, KSI 2013, 259, 261 f.; *Illies*, IBR 2013, 396; *Zarth*, GWR 2013, 72; offenlassend *Löffler*, BB 2013, 1283, 1285).

[22] Diese Auffassung wird u. a. damit begründet, dass das Werkvertragsrecht mit § 649 BGB bereits ein jederzeitiges Kündigungsrecht des Auftraggebers vorsehe und das vertragliche Lösungsrecht des Auftraggebers gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009) mit der Rechtsfolgeregelung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) der besonderen Interessenlage der am Bau Beteiligten entspreche.

[23] 5. Die letztgenannte Auffassung ist zutreffend.

[24] Sowohl das in § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009) vereinbarte Kündigungsrecht für den Fall des Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers (im Folgenden unter Buchst. b) als auch die in § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) vereinbarten Rechtsfolgen dieses Kündigungsrechts (im Folgenden unter Buchst. c) sind trotz der Zielsetzung der Insolvenzzordnung unter Berücksichtigung der besonderen Interessenlage der an einem Bauvertrag Beteiligten mit §§ 103, 119 InsO zu vereinbaren.

[25] a) Vorrangiges Ziel der Insolvenzzordnung ist die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger. Als Mittel zur Erreichung dieses Ziels sieht § 1 InsO neben der Liquidation gleichrangig die Sanierung des Unternehmens und dessen Fortführung als Mittel der Massemehrung vor. Zu diesem Zweck eröffnen die §§ 103, 105 InsO dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit, die Erfüllung laufender, gegenseitiger Verträge zu wählen und damit das Unternehmen wirtschaftlich fortzuführen. Dieser Zweck könnte vereitelt werden, wenn sich der Vertragspartner des Schuldners allein wegen der Insolvenz von einem für die Masse günstigen Vertrag lösen und dadurch das Wahlrecht des Insolvenzverwalters unterlaufen kann. Eine Beeinträchtigung des Wahlrechts ist mit einer vertraglichen Lösungsklausel jedoch dann nicht verbunden, wenn diese sich eng an eine gesetzliche Lösungsmöglichkeit anlehnt (vgl. BGH, Urteile v. 14. 12. 2006 – IX ZR 194/05, BGHZ 170, 206, Rdn. 11; v. 15. 11. 2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348, Rdn. 13). Das ist bei § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) der Fall. Diese Regelungen entsprechen in aus Rechtssicherheit gebotener typisierender Weise gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten.

[26] b) Vor diesem Hintergrund verstößt die Kündigungsregelung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009) isoliert betrachtet nicht gegen §§ 103, 119 InsO. Sie geht bereits nicht weiter als die gesetzliche Kündigungsmöglichkeit nach § 649 Satz 1 BGB (vgl. Beck'scher VOB/B-Kommentar/Wellensiek, 3. Aufl., § 8 Rdn. 32 f.), wonach der Auftraggeber jederzeit berechtigt ist, den Werkvertrag zu kündigen. § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009) hat daher nur deklaratorische Bedeutung.

[27] Dieses Ergebnis steht in Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers. Die Vorschrift § 137 des Regierungsentwurfs, dessen Abs. 1 dem heutigen § 119 InsO entspricht, enthielt in Abs. 2 eine Regelung, nach der Vereinbarungen, die für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Auflösung eines gegenseitigen Vertrages vorsehen oder der anderen Partei das Recht geben, sich einseitig vom Vertrag zu lösen, unwirksam sind. Ferner sollten für den Fall einer Vermögensverschlechterung des Schuldners vereinbarte Lösungsrechte nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr ausgeübt werden können. In der Begründung zu § 137 Abs. 2 des Regierungsentwurfs, der letztlich nicht in § 119 InsO übernommen wurde, weil der Rechtsausschuss eine sanierungsfeindliche Wirkung der Vorschrift befürchtete, wird ausgeführt, die neue Vorschrift solle nicht die Wirksamkeit der Kündigungsmöglichkeit nach § 8 Nr. 2 VOB/B berühren (BT-Drucks. 12/2443, S. 152 f.; vgl. Begründung zum EGInsO zu § 14 VVG a. F., BT-Drucks. 12/7303, S. 114 f.; vgl. zum gesamten Gesetzgebungsverfahren Wöllner, Die Wirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln im Insolvenzfall, 2009, 100 ff.; Wortberg, Lösungsklauseln und Insolvenz, 2003, 73 ff.; Schwörer, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, 2000, Rdn. 36 ff.).

[28] c) Nichts anderes ergibt sich bei einer Gesamtbetrachtung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B (2009) mit den sich aus der Kündigung wegen eines Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers ergebenden Rechtsfolgen gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009).

[29] aa) §§ 103, 119 InsO tangieren, soweit der Vertragspartner des Schuldners betroffen ist, den Schutzbereich der Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, und die aus Art. 2 Abs. 1 GG resultierende Vertragsfreiheit zugunsten des Schutzes des Eigentums der Insolvenzgläubiger.

[30] Eigentum i. S. des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sind alle vermögenswerten subjektiven (Privat-)Rechte, die ihrem Inhaber von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf, mithin also auch die obligatorischen Rechte (vgl. BVerfGE 83, 201, 208 f. = juris, Rdn. 36; 89, 1, 6 = juris, Rdn. 20; Maunz/Dürig/Papier, GG, Stand: September 2015, Art. 14, Rdn. 201, jeweils m.w.Nachw.). Grundrechtlich

geschützt ist durch Art. 2 Abs. 1 GG ferner das Recht der Vertragsparteien, ihren Vertrag im Rahmen der Rechtsordnung frei zu gestalten. Geschützt ist demnach nicht nur der werkvertragliche Erfüllungsanspruch des Auftraggebers, d.h. der Anspruch auf vertragsgemäße Ausführung des Bauvorhabens mit dem gewählten Vertragspartner. Geschützt ist vielmehr auch der Anspruch des Auftraggebers, im Fall des Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers von diesem auf das Erfüllungsinteresse gerichteten Schadensersatz zu erlangen (Näheres dazu vgl. unten Ziff. II 5 c aa [2] mit Ziff. III 1 c cc) und damit einhergehend bei Lösung von dem Bauvertrag keinem Vergütungsanspruch nach § 649 Satz 2 BGB ausgesetzt zu sein.

[31] Andererseits unterfällt das Recht der Insolvenzgläubiger auf Realisierung ihrer Forderungen (§ 1 Satz 1 InsO) ebenfalls der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Das Insolvenzverfahren ist Teil des Zwangsvollstreckungsrechts. Es zielt damit unmittelbar auf den Schutz und die Durchsetzung verfassungsrechtlich geschützter privater Interessen. Nach § 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Forderungen der Gläubiger gemeinschaftlich zu befriedigen, indem Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Vorrangiger Zweck des Insolvenzverfahrens ist damit unter Berücksichtigung der Lage des Schuldners die bestmögliche Befriedigung der Forderungen der Gläubiger, die auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung als private vermögenswerte Rechte von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt sind (BVerfGE 116, 1, 13 = juris, Rdn. 34). Deshalb unterliegt es grundsätzlich keinen Bedenken, dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht des § 103 InsO einzuräumen und abweichende Vereinbarungen im Rahmen von § 119 InsO für unwirksam zu erklären.

[32] Die damit einhergehende Beschränkung der Rechte des Vertragspartners des Schuldners ist zur Erreichung des mit dem Insolvenzverfahren verbundenen Ziels aber nicht gerechtfertigt, wenn seine grundrechtlich geschützten Interessen der Insolvenzgläubiger an einer möglichen Vertragsfortführung erheblich überwiegen und ihm ein Festhalten am Vertrag ohne Anspruch auf Schadensersatz unzumutbar ist. Davon ist zugunsten des Auftraggebers eines Bauvertrages regelmäßig auszugehen.

[33] Im Unterschied zu anderen Gläubigern, insbesondere Warenlieferanten, hat der Auftraggeber eines Bauvertrages regelmäßig ein schwerwiegendes, die Interessen der Insolvenzgläubiger an einer Fortführung des Bauvertrages erheblich überwiegendes Interesse daran, sich im Falle des Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers frühzeitig vom Vertrag lösen zu können und den ihm durch die anderweitige Vergabe der Restarbeiten etwa entstehenden Schaden geltend zu machen, ohne gemäß § 649 Satz 2 BGB gegenüber dem Insolvenzverwalter zur Zahlung einer Vergütung für nicht erbrachte Leistungen verpflichtet zu sein. Das beruht auf nachfolgenden Erwägungen:

[34] (1) Es ist dem Auftraggeber im Fall des Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers regelmäßig nicht zuzumuten, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die sich anschließende Entscheidung des Insolvenzverwalters zur Fortführung des Bauvertrages abzuwarten (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 26. 7. 2002 – 14 U 207/00, juris, Rdn. 20; Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 13. Aufl., § 8 VOB/B Rdn. 47; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 14. Aufl., § 119 Rdn. 15a). Zwar hat der Insolvenzverwalter auf Aufforderung des Auftraggebers unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung des Vertrages verlangen will, § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO. Dies gilt jedoch erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Eine dem vorläufigen Insolvenzverwalter gegenüber erklärte Aufforderung zur Wahlrechtsausübung bleibt wirkungslos (BGH, Urt. v. 8. 11. 2007 – IX ZR 53/04, NJW-RR 2008, 560, Rdn. 8 ff.). Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens muss der Auftraggeber daher zunächst abwarten. Hinzu kommt, dass sich der Insolvenzverwalter nach der Aufforderung durch den Auftraggeber nur unverzüglich, nicht jedoch sofort erklären muss. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern i.S. des § 121 Abs. 1 BGB. Dem Insolvenzverwalter steht eine nach den Umständen angemessene Überlegungszeit zur Verfügung. Angemessen ist diejenige Zeitspanne, die im Einzelfall objektiv benötigt wird, um Klarheit über die Maßstäbe zur Wahlrechtsausübung und deren Bewertung zu erlangen (vgl. OLGR Köln 2003, 66, 67 = juris, Rdn. 7; Münch-KommInsO/Huber, 3. Aufl., § 103 Rdn. 173). Die Prüfung, ob sich eine Erfüllung des Vertrages für die Masse lohnt, ist regelmäßig komplex. So erschöpft sich die Beurteilung

nicht in der bloßen Beantwortung der Frage, ob der für die restliche Bauleistung vom Auftraggeber noch zu zahlende Werklohn den Aufwand für die Werkleistung übersteigt. Zu berücksichtigen sind zusätzlich die Folgen und die Reichweite möglicher Mängelrechte, das Risiko der Übernahme eines etwaigen Vertragsstrafesprechens und die Übernahme erheblicher Haftungsrisiken durch Verzug oder Mangelfolgeschäden. Der Prozess der Entscheidungsfindung nimmt deshalb – noch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – erfahrungsgemäß einen längeren Zeitraum in Anspruch. Während dieser Zeit können sowohl dem Auftraggeber selbst als auch sämtlichen am Bau Beteiligten durch den daraus regelmäßig folgenden Baustillstand erhebliche Schäden entstehen, die durch eine frühzeitige Vertragsbeendigung geringer gehalten werden können (vgl. Beck'scher VOB/B-Kommentar/Wellensiek, 3. Aufl., § 8 Abs. 2, Rdn. 61 ff.; Wellensiek/Scharfenberg, DZWIR 2013, 317, 321 f.; Huber, NZI 2014, 49, 52; Fritsche/Kilian, DZWIR 2008, 45, 47).

[35] (2) Dem Auftraggeber ist es häufig auch in persönlicher Hinsicht nicht zuzumuten, den Vertrag gegen seinen Willen mit dem Auftragnehmer, der einen Eigeninsolvenzantrag gestellt hat, oder mit dem Insolvenzverwalter fortzusetzen. Bei einem Bauvertrag sind die persönlichen Eigenschaften des Auftragnehmers (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) für den Auftraggeber von wesentlicher Bedeutung. Der Abschluss eines Bauvertrages erfolgt deshalb regelmäßig unter Inanspruchnahme besonderen Vertrauens.

[36] Dieses Vertrauen zerstört der Schuldner, der einen Eigeninsolvenzantrag stellt. Aus Sicht des Auftraggebers bringt der Auftragnehmer mit seinem Eigeninsolvenzantrag zum Ausdruck, dass ihm die finanziellen Mittel zur vertragsgemäßen Erfüllung des Bauvertrages fehlen. Daran ändert nichts, dass nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Vertragsfortsetzungsverlangen durch den Insolvenzverwalter dieser an die Stelle des Insolvenzschuldners tritt.

[37] Der Insolvenzverwalter kann das für die Erfüllung des Bauvertrages erforderliche Vertrauen nicht in gleicher Weise für sich in Anspruch nehmen wie der Schuldner vor der Eigeninsolvenzantragstellung. Er wird zur Fortführung des Bauvorhabens regelmäßig auf die Mitwirkung Dritter (z. B. von Materiallieferanten, Nachunternehmern und Banken) angewiesen sein, die sich häufig infolge eigener Forderungsausfälle nicht zur Weiterarbeit bereitfinden. Aus Sicht des Auftraggebers steht daher zu befürchten, dass die weiteren Arbeiten durch den Insolvenzschuldner oder den Insolvenzverwalter nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden können (vgl. BGH, Urt. v. 26. 9. 1985 – VII ZR 19/85, BGHZ 96, 34, 38 = juris, Rdn. 20; Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 13. Aufl., § 8 VOB/B Rdn. 47; Karge, BauR 2016, 420, 423 f.; Matthies, jurisPR-PrivBauR 7/2015 Anm. 5; Wellensiek, BauR 2005, 186, 188).

[38] Für den Fall der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) gilt nichts anderes.

[39] bb) Die Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) gehen daher regelmäßig nicht weiter als die dem Auftraggeber im Falle eines Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers gesetzlich und aufgrund Richterrechts zustehenden Rechte.

[40] (1) Verletzt der Auftragnehmer seine Vertragspflichten derart, dass das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört oder die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, ist der Auftraggeber berechtigt, das Vertragsverhältnis außerordentlich zu kündigen, ohne gemäß § 649 Satz 2 BGB verpflichtet zu sein, eine Vergütung für noch nicht erbrachte Leistungen zu zahlen. Dieses Kündigungsrecht ergibt sich nicht unmittelbar aus § 314 BGB, da diese Vorschrift nur auf Dauerschuldverhältnisse anwendbar ist. Es ist jedoch richterrechtlich anerkannt (vgl. BGH, Urteile v. 8. 3. 2012 – VII ZR 118/10, BauR 2012, 949, Rdn. 22 = NZBau 2012, 357; v. 20. 8. 2009 – VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736, Rdn. 26 = NZBau 2010, 47; v. 24. 6. 2004 – VII ZR 271/01, BauR 2004, 1613, 1615 = juris, Rdn. 24 = NZBau 2004, 612; v. 23. 5. 1996 – VII ZR 140/95, BauR 1996, 704, 705 = juris, Rdn. 24; v. 30. 6. 1983 – VII ZR 293/82, BauR 1983, 459, 461 = juris, Rdn. 11; OLG Brandenburg, Urt. v. 15. 1. 2008 – 11 U 98/07, juris, Rdn. 27) und folgt aus dem Rechtsgedanken des § 314 BGB (vgl. OLG Hamm, NZBau 2015, 480, Rdn. 50; OLG Nürnberg, Urt. v. 29. 12. 2011 – 13 U 967/11, juris, Rdn. 67; Kniffka/Schmitz, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 649 Rdn. 9 ff.).

[41] Durch seinen Eigeninsolvenzantrag zerstört der Auftragnehmer in der Regel das für die Fortführung des Bauvertragsverhältnisses erforderliche Vertrauensverhältnis, weshalb der Auftraggeber berechtigt ist, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich zu kündigen (vgl. auch Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und

zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, BR-Drucks. 123/16, S. 53). Insoweit wird auch auf die Ausführungen unten zu Ziff. III 1 c bb verwiesen.

[42] (2) Zugleich wird dem Auftraggeber regelmäßig auch ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 282 BGB gegen den Auftragnehmer zustehen, da dieser mit seinem Eigeninsolvenzantrag seine aus dem Bauvertrag resultierende Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Auftraggebers verletzt (vgl. hierzu näher unten unter Ziff. III 1 c cc).

[43] d) In diesem auf den Besonderheiten des Bauvertrages beruhenden Ergebnis liegt keine Abweichung vom Urt. des IX. Zivilsenats v. 15. 11. 2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348, in welchem eine Lösungsklausel zugunsten eines Energielieferanten im Fall der Insolvenz des Kunden beurteilt wurde. Die Entscheidung beschränkt sich auf Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie (vgl. *Kayser*, ZIP 2013, 1353, 1362; *Wellensiek/Scharfenberg*, DZWIR 2013, 317, 320; *Raeschke-Kessler/Christopeit*, WM 2013, 1592, 1594).

[44] III. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

[45] 1. Die von der Klägerin gestellten Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) sind nicht gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam.

[46] a) Es kann offenbleiben, ob die VOB/B (2009) als Ganzes zwischen den Parteien vereinbart worden und deshalb eine Prüfung anhand der Vorschriften der §§ 305 ff. BGB nicht eröffnet ist (vgl. BGH, Urt. v. 22. 1. 2004 – VII ZR 419/02, BGHZ 157, 346, 348 = juris, Rdn. 10), da § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) weder mit Grundgedanken gesetzlicher Regelungen unvereinbar sind, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (im Folgenden unter Buchst. c), noch den Auftragnehmer sonst unangemessen i. S. des § 307 Abs. 1 BGB benachteiligen (im Folgenden unter Buchst. d).

[47] b) Dahinstehen kann ferner, ob die Vereinbarung anderer in § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B (2009) genannter Kündigungsgründe nach § 307 BGB unwirksam ist, da § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B inhaltlich von den weiteren Regelungen der Klausel trennbar und aus sich heraus verständlich ist (vgl. zur Trennbarkeit BGH, Urteile v. 22. 1. 2015 – VII ZR 120/14, BauR 2015, 832, Rdn. 19 = NZBau 2015, 223; v. 1. 10. 2014 – VII ZR 164/12, NZBau 2014, 759, Rdn. 28; v. 12. 2. 2009 – VII ZR 39/08¹, BGHZ 179, 374, Rdn. 15; v. 10. 10. 1996 – VII ZR 224/95, BauR 1997, 302, 303 = juris, Rdn. 16).

[48] c) Die Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) weichen nicht von wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes ab, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

[49] aa) Wie bereits unter Ziff. II dargelegt, steht das Leitbild der §§ 103, 119 InsO der Wirksamkeit des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) nicht entgegen.

[50] bb) In Rechtsprechung und Literatur ist allerdings umstritten, ob § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 VOB/B (2009), nach dem nur die bereits ausgeführten Leistungen abgerechnet werden können, aufgrund einer Abweichung von § 649 Satz 2 BGB unwirksam ist (bejahend: *Leinemann/Franz*, VOB/B, 5. Aufl., § 8 Rdn. 106; *Peters*, BauR 2014, 1218, 1221 f.; *Schmidt*, NJW-Spezial 2013, 492, 493; *Koenen*, BauR 2011, 352, 360 f.; *Hinger*, Die Bauunternehmerinsolvenz, 2010, 75 f.; *Schwörer*, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, 2000, Rdn. 585 f.; verneinend: OLG *Schleswig*, NJW 2012, 1967, 1968 = juris, Rdn. 46 ff.; BeckOK-VOB/B/*Vogel*, Stand: 1. 7. 2015, § 8 Abs. 2, Rdn. 8, 36; *Fritsche/Kilian*, DZWIR 2008, 45, 47; Beck'scher VOB/B-Kommentar/*Wellensiek*, 3. Aufl., § 8 Abs. 2, Rdn. 50).

[51] Die letztgenannte, verneinende Auffassung ist zutreffend.

[52] Nach § 649 Satz 2 BGB sollen dem Auftragnehmer durch das freie Kündigungsrecht des Auftraggebers keine Nachteile entstehen. Deshalb bestimmt § 649 Satz 2 BGB, dass der Auftragnehmer in diesem Fall Anspruch auf die vereinbarte Vergütung hat und

1 DNotZ 2009, 678.

sich nur anrechnen lassen muss, was er infolge der Aufhebung des Vertrages erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Damit schafft das Gesetz einen ausgewogenen Interessenausgleich (vgl. BGH, Urteile v. 12. 7. 2007 – VII ZR 154/06, BauR 2007, 1724, 1725 = NZBau 2007, 634 = juris, Rdn. 18; v. 4. 10. 1984 – VII ZR 65/83, BGHZ 92, 244, 249 f. = juris, Rdn. 23 ff.). Anders stellt sich die Rechtslage indes dar, wenn der Auftraggeber den Bauvertrag aus wichtigem Grund kündigt. In einem solchen Fall entfällt der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers aus § 649 Satz 2 BGB (vgl. BGH, Urteile v. 5. 6. 2014 – VII ZR 285/12, BauR 2014, 1771, Rdn. 13; v. 12. 2. 2003 – X ZR 62/01, BauR 2003, 880, 881 = juris, Rdn. 16; v. 30. 6. 1983 – VII ZR 293/82, BauR 1983, 459, 461 = juris, Rdn. 11). Ein wichtiger Grund ist u.a. dann anzunehmen, wenn der Auftragnehmer das für den Bauvertrag als eines auf Kooperation der Vertragspartner angelegten Langzeitvertrages voraussetzende Vertrauensverhältnis durch sein schuldhaftes Verhalten derart empfindlich stört, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet und dem Auftraggeber die Vertragsfortsetzung nicht mehr zumutbar ist (vgl. BGH, Urteile v. 24. 6. 2004 – VII ZR 271/01, BauR 2004, 1613, 1615 = juris, Rdn. 24 = NZBau 2004, 612; v. 23. 5. 1996 – VII ZR 140/95, BauR 1996, 704, 705 = juris, Rdn. 24; v. 30. 6. 1983 – VII ZR 293/82, BauR 1983, 459, 461 = juris, Rdn. 11; OLG *Brandenburg*, Urte. v. 15. 1. 2008 – 11 U 98/07, juris, Rdn. 27).

[53] Vor diesem Hintergrund weicht § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 VOB/B (2009) nicht vom gesetzlichen Leitbild des § 649 BGB ab. Die Klausel regelt nicht die Rechtsfolgen eines freien Kündigungsrechts des Auftraggebers, sondern eines solchen aus wichtigem Grund, denn aufgrund des Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers ist der Auftraggeber regelmäßig berechtigt, den Bauvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. Durch den Eigeninsolvenzantrag bringt der Auftragnehmer aus Sicht des Auftraggebers zum Ausdruck, eine Gewähr für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung nicht mehr geben zu können. Das für die Fortsetzung des Bauvertrages erforderliche Vertrauensverhältnis wird hierdurch – ungeachtet der Frage, ob der Auftragnehmer seine Arbeiten zu diesem Zeitpunkt bereits eingestellt hat oder weiterhin erbringt – nachhaltig gestört (vgl. BGH, Urte. v. 26. 9. 1985 – VII ZR 19/85, BGHZ 96, 34, 38 = juris, Rdn. 20, vgl. auch oben unter Ziff. II 5 c).

[54] cc) In Rechtsprechung und Literatur ist ferner umstritten, ob § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (2009) deshalb wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist, weil er einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch regelt.

[55] Während eine Auffassung § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (2009) als mit den wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes vereinbar ansieht (vgl. OLG *Schleswig*, NJW 2012, 1967, 1968 = juris, Rdn. 47 ff.; BeckOK-VOB/B/*Vogel*, Stand: 1. 7. 2015, § 8 Abs. 2, Rdn. 8, 36; *Fritsche/Kilian*, DZWIR 2008, 45, 47; differenzierend: Beck'scher VOB/B-Kommentar/*Wellensiek*, 3. Aufl., § 8 Abs. 2, Rdn. 52 ff., der § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B als Rechtsgrundverweisung auf §§ 280 ff. BGB ansieht; differenzierend auch MünchKommInsO/*Huber*, 3. Aufl., § 119 Rdn. 52), wird teilweise angenommen, § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (2009) verstoße gegen den in §§ 280 Abs. 1 Satz 2, 286 Abs. 4, 311a Abs. 2 Satz 2, 823 ff. BGB zum Ausdruck kommenden wesentlichen Grundgedanken des allgemeinen Haftungsrechts, nach dem ein Schadensersatzanspruch stets ein Verschulden des Schuldners erfordere. Indem § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (2009) lediglich eine Kündigung wegen Insolvenz des Schuldners, nicht hingegen ein Verschulden voraussetze, weiche die Regelung von diesem Grundgedanken ab (vgl. *Leinemann/Franz*, VOB/B, 5. Aufl., § 8 Rdn. 106 f.; *Peters*, BauR 2014, 1218, 1224; *Schmidt*, NJW-Spezial 2013, 492, 493; *Koenen*, BauR 2011, 352, 360 f.; *Hinger*, Die Bauunternehmerinsolvenz, 2010, 76; *Schwörer*, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, 2000, Rdn. 587).

[56] Die erstgenannte Auffassung ist zutreffend.

[57] Wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelungen zum Haftungsrecht ist, dass eine Verpflichtung zum Schadensersatz grundsätzlich nur bei schuldhaftem Verhalten des Schuldners besteht.

[58] § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (2009) steht hiermit in Einklang. Die Klausel regelt eine Schadensersatzverpflichtung des Auftragnehmers wegen schuldhafter Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht i. S. der §§ 280 Abs. 1 und 3, 282 BGB.

Gemäß § 241 Abs. 2 BGB sind die Bauvertragsparteien als Nebenpflicht aus dem Bauvertrag zur wechselseitigen Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des jeweils anderen Vertragspartners verpflichtet. Dies umfasst die Verpflichtung der Bauvertragsparteien, das zwischen ihnen erforderliche Vertrauensverhältnis nicht nachhaltig zu stören und die Erreichung des Vertragszwecks nicht zu gefährden (vgl. BGH, Urt. v. 30. 6. 1983 – VII ZR 293/82, BauR 1983, 459, 461 = juris, Rdn. 11). Stellt der Auftragnehmer einen Eigeninsolvenzantrag, verletzt er diese Pflicht, da er aus Sicht des Auftraggebers zum Ausdruck bringt, eine Gewähr für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung nicht mehr bieten zu können, wodurch er regelmäßig das Vertrauensverhältnis zu seinem Auftraggeber nachhaltig stört (vgl. dazu oben unter Ziff. III 1 c bb).

[59] Diese Pflichtverletzung hat der Auftragnehmer zu vertreten. Zwar kann der Eigeninsolvenzantrag auf einer gesetzlichen Verpflichtung des Auftragnehmers beruhen, vgl. § 15a InsO, sodass der Vorwurf schuldhaften Verhaltens in diesen Fällen nicht allein an die Antragstellung geknüpft werden kann. Der Auftragnehmer hat jedoch stets auch die Ursache einer solchen Verpflichtung, nämlich seine fehlende Liquidität, i.S. des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB zu vertreten. Nach dem Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung, welches § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenso zugrunde liegt wie der Vorgängerregelung des § 279 BGB a. F., hat der Auftragnehmer ohne Rücksicht auf ein Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen (vgl. BGH, Urt. v. 4. 2. 2015 – VIII ZR 175/14², BGHZ 204, 134, Rdn. 18; OLG *Schleswig*, NJW 2012, 1967, 1969 = juris, Rdn. 49; vgl. auch zu § 279 BGB a. F. BGH, Urteile v. 28. 2. 1989 – IX ZR 130/88, BGHZ 107, 92, 102 = juris, Rdn. 24; v. 25. 3. 1982 – VII ZR 60/81, BGHZ 83, 293, 300 = juris, Rdn. 22).

[60] d) § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) benachteiligt den Auftragnehmer auch im Übrigen nicht unangemessen.

[61] Ein Verstoß gegen §§ 307 Abs. 1, 308 Nr. 3, 310 Abs. 1 Satz 2 BGB ist – ungeachtet der Frage, ob diese Bestimmungen auf Bauverträge, die auf eine längerfristige Zusammenarbeit angelegt sind, anwendbar sind – nicht gegeben, da die oben unter Ziff. II 5 c aa (1) bis (2) dargestellte besondere Interessenlage des Auftraggebers beim Bauvertrag ein sachlicher Grund im Sinne der Vorschrift für das besondere Kündigungsrecht des Auftraggebers ist (vgl. OLG *Brandenburg*, Urt. v. 16. 12. 2009 – 4 U 44/09, juris, Rdn. 40; MünchKommInsO/*Huber*, 3. Aufl., § 119 Rdn. 50, 47 ff.). Der Kündigungsgrund bezieht sich auf den Insolvenzantrag des Auftragnehmers, mithin auf eine Tatsache, die eine konkrete und ernsthaftige Gefährdung seiner Vertragsinteressen begründet (vgl. OLG *Schleswig*, NJW 2012, 1967, 1968 = juris, Rdn. 47 ff.; Beck'scher VOB/B-Kommentar/*Wellensiek*, 3. Aufl., § 8 Abs. 2, Rdn. 34).

[62] 2. Dem Anspruch der Klägerin steht auch nicht die – erstmals mit der Berufung – von der Beklagten erhobene Einrede insolvenzrechtlicher Anfechtbarkeit gemäß § 242 BGB, § 146 Abs. 2 InsO und § 768 BGB entgegen.

[63] Grundsätzlich kann der Insolvenzverwalter, solange das Insolvenzverfahren noch nicht beendet ist, dem Anspruch des Insolvenzgläubigers die Einrede rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (*dolo-agit*-Einrede) entgegenhalten, sofern dieser seine Forderung gegen den Insolvenzschuldner in anfechtbarer Weise erlangt hat (vgl. BGH, Urt. v. 19. 4. 2007 – IX ZR 59/06³, NJW 2007, 2325, Rdn. 13; *Bork/Jacoby*, Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts, 2006, Teil 6, Rdn. 12 f.).

[64] Es kann dahinstehen, ob der Bürge, der nach dem Akzessorietätsprinzip nicht weitreichender haften darf als der Hauptschuldner, gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB seiner Verpflichtung aus dem Bürgschaftsvertrag diese Einrede ebenfalls entgegenhalten kann (vgl. zur insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit der Gewährung einer Bürgschaft: BGH, Beschl. v. 20. 9. 2007 – IX ZR 155/06, juris, Rdn. 2; allgemein *Ensenbach/Jotzo*,

2 DNotZ 2015, 372.

3 DNotZ 2007, 682.

KTS 2010, 463, 464 ff.), da die Einbeziehung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (2009) in den Vertrag nicht in anfechtbarer Weise i. S. der §§ 129 ff. InsO erfolgt ist.

[65] Nach der Rechtsprechung des BGH ist Anfechtungsgegenstand grundsätzlich nur ein Vertrag in seiner Gesamtheit. Die Anfechtung einzelner Bestimmungen eines Vertrages ist ausgeschlossen. Die Anfechtung des Vertrages als Ganzes kann aber die Wirkung einer Teilanfechtung haben, wenn die anfechtbare Handlung das Schuldnervermögen nur in begrenztem Umfang geschmälert hat und das Rechtsgeschäft insoweit teilbar ist. Teilbar in diesem Sinne ist auch ein allgemein ausgewogener Vertrag, der lediglich und gezielt für den Fall der Insolvenz den späteren Schuldner bzw. dessen Gläubiger benachteiligt. In diesem Fall entfällt für die Rückabwicklung alleine die benachteiligende Klausel. Eine Benachteiligung kommt in einem solchen Fall etwa in Betracht, wenn dem späteren Insolvenzschuldner gezielt für den Fall der Insolvenz Vermögensnachteile auferlegt werden, welche über die gesetzlichen Folgen hinausgehen und auch bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zur Erreichung des Vertragszwecks nicht geboten sind (vgl. BGH, Beschl. v. 13. 3. 2008 – IX ZB 39/05⁴, NJW-RR 2008, 1274, Rdn. 16; Urt. v. 11. 11. 1993 – IX ZR 257/92, BGHZ 124, 76, 80 f., 84 f. = juris, Rdn. 50, 69 ff.; MünchKommInsO/Huber, 3. Aufl., § 119 Rdn. 53; *Jacoby*, ZIP 2014, 649, 653 f.).

[66] An einer solchen Benachteiligung fehlt es hier, da die Einbeziehung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (2009) in den Vertrag dem Insolvenzschuldner – wie bereits oben unter Ziff. II 5 c und unter Ziff. III 1 c ausgeführt wurde – keine Vermögensnachteile auferlegte, die über die gesetzlichen und richterrechtlich anerkannten Folgen hinausgehen.

[67] Da im Übrigen eine Unausgewogenheit des Bauvertrages nicht ersichtlich ist, scheidet eine insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit aus.

[68] 3. Dem Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Schadensersatz steht schließlich nicht die Einrede der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede gemäß §§ 242, 768 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen.

[69] a) Die Vereinbarung gemäß Nr. III des Vertrages, nach der die Auftragnehmerin zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft i. H. von 10 % der Auftragssumme verpflichtet ist, ist nicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

[70] Die Regelung weicht nicht vom gesetzlichen Leitbild des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB ab, nach dem dem Besteller, wenn er Verbraucher ist und der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat, eine Vertragserfüllungssicherheit i. H. von 5 % zu leisten ist. Dieser Bestimmung kann nicht entnommen werden, dass eine Vertragserfüllungssicherheit, die von einem Verbraucher – und mithin erst recht von einem Unternehmer – verlangt wird, nicht mehr als fünf Prozent betragen darf.

[71] § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB dient dem Verbraucherschutz. Mit Einführung dieser Vorschrift sollte erstmals ein gesetzlicher Anspruch des Verbrauchers auf Bestellung einer fünfprozentigen Sicherheit normiert werden (BT-Drucks. 16/511, S. 15). § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB ist dispositiv und beinhaltet keine Obergrenze der zulässigen Sicherheitsleistung, sondern regelt den erforderlichen Mindestschutz des Verbrauchers. Die Vereinbarung höherer Vertragserfüllungssicherheiten wird hierdurch nicht ausgeschlossen (vgl. OLG München, BauR 2010, 1230, 1232 = juris, Rdn. 44; *Ingenstau/Korbion/Joussen*, VOB Teile A und B, 19. Aufl., § 17 VOB/B Rdn. 38; jurisPR-InsR/Hain, 10/2015, Anm. 2; a. A. *Schmitz*,

4 DNotZ 2008, 518.

Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, *ibr-online*, Stand: 10. 8. 2015, Rdn. 123/1 ff.).

[72] b) Die Vereinbarung gemäß Nr. III des Vertrages benachteiligt die Auftragnehmerin auch im Übrigen nicht unangemessen i.S. des § 307 Abs. 1 BGB. In der Praxis hat sich für die Vertragserfüllungsbürgschaft eine Größenordnung von 10 % durchgesetzt. Das Vertragserfüllungsrisiko verwirklicht sich insbesondere, wenn der Auftragnehmer vor der Fertigstellung seiner Werkleistung insolvent wird und der Auftraggeber deshalb einen Dritten mit der Vollendung des Bauvorhabens beauftragen muss. Der sich daraus ergebende finanzielle Mehraufwand wird vielfach 10 % der Auftragssumme überschreiten. Die auf diesen Prozentsatz beschränkte Absicherung des Auftraggebers ist daher nicht zu beanstanden (BGH, Urteile v. 20. 3. 2014 – VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326, Rdn. 15; v. 9. 12. 2010 – VII ZR 7/10, *BauR* 2011, 677, Rdn. 19 = *NZBau* 2011, 229).

[73] IV. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da nach den vom BerufungsG festgestellten Tatsachen die Sache zur Endentscheidung reif ist, § 563 Abs. 3 ZPO.

[74] Die Berufung der Beklagten ist zurückzuweisen, da der Klägerin gegen die B. GmbH ein Schadensersatzanspruch aus § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B i. V. mit § 765 BGB dem Grunde nach zusteht, für dessen Erfüllung die Beklagte sich verbürgt hat. (...)

Anmerkung: In dem entschiedenen Fall ging es um die Inanspruchnahme eines Vertragserfüllungsbürgen. Hierfür kam es darauf an, ob die in dem Bauvertrag gestellte Klausel des § 8 Abs. 2 VOB/B wirksam ist. Danach kann ein Bauvertrag vom Auftraggeber insbesondere dann gekündigt werden, wenn über das Vermögen des Auftragnehmers ein Insolvenzverfahren eröffnet oder ein solches Verfahren beantragt wird. In diesem Fall können nur die bereits ausgeführten Leistungen abgerechnet werden.

Für Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren und Energie hat der BGH im Jahr 2012 (BGHZ 195, 348) entschieden, dass insolvenzabhängige Lösungsklauseln nach § 119 InsO unwirksam sind, weil sie im Voraus das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO ausschließen. Anders entscheidet der BGH nun mit überzeugender Begründung für den Bauvertrag.

Für die Vertragsgestaltung wird man aus diesen beiden Entscheidungen mitnehmen können, dass Lösungsklauseln für den Fall der Insolvenz des Vertragspartners grundsätzlich unwirksam sind.

Ob man die Entscheidung zu Bauverträgen auf Bauträgerverträge übertragen kann, ist fraglich. Nach der derzeitigen Rechtslage kann zwar auch dort grundsätzlich eine isolierte Kündigung des die Bauerrichtung betreffenden Teils des Vertrages aus wichtigem Grund in Betracht kommen (BGH, Urt. v. 21. 11. 1985 – VII ZR 366/83, BGHZ 96, 275 = *DNotZ* 1986, 280), die Grenzen dieses Kündigungsrechts sind allerdings unklar. Insbesondere im Geschosswohnungsbau ist ein Kündigungsrecht wegen der

Interessen von weiteren Erwerbern aus der Wohnanlage möglicherweise beschränkt. Gegen insolvenzabhängige Lösungsklauseln in einzelnen Bau-trägerverträgen spricht jedenfalls bei Wohnungs- und Teileigentum, dass mit einer einseitigen Kündigung die Interessen des Schuldners und dessen Gläubiger deutlich mehr tangiert werden als bei einem normalen Bauvorhaben, ohne dass dem Kündigenden damit die Möglichkeit einer zügigen Baufertigstellung eröffnet würde. Häufig wäre das Bauvorhaben insgesamt nicht mehr durchführbar. Auch nach einer Kündigung bedürfte es immer noch des Zusammenwirkens mit dem Insolvenzverwalter im Hinblick auf in seinem Eigentum verbliebene Einheiten.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“ (BR-Drucks. 123/16 vom 11. 3. 2016) vorsieht, dass für Bau-trägerverträge kein Kündigungsrecht bestehen soll. Die Begründung des Entwurfs führt hierzu aus: „Mit Blick auf die Einheitlichkeit des Vertrages und die Ausübung der Rechte daraus soll es künftig nicht mehr möglich sein, sich teilweise aus einem Bau-trägervertrag zu lösen. Vielmehr soll nur noch eine Gesamtabwicklung des Vertrages im Rahmen eines Rücktritts möglich sein. Ein Rücktrittsrecht kann sich nach geltendem Recht zum einen bei Mängeln des Werks aus § 634 Nr. 3 i. V. mit den §§ 636, 323, 326 Abs. 5 BGB ergeben. Beim Vorliegen gravierender nicht leistungsbezogener Pflichtverletzungen durch den Bau-träger ist ein Rücktritt nach § 324 i. V. mit § 241 Abs. 2 BGB möglich.“

Notar Dr. Gregor Basty, München

Nr. 2 BGB §§ 876 Satz 2, 877, 883, 1105 Abs. 1 Satz 2; ErbbauRG § 9 Abs. 1 (Änderung in wertgesicherte Erbbauzinsreallast)

Soll eine Vormerkung, die für einen Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses durch Eintragung neuer Reallasten bestellt worden ist, künftig den Anspruch sichern, eine wertgesicherte Erbbauzinsreallast zu bestellen, bedarf es der Eintragung der Änderung des Anspruchs in das Grundbuch, die entsprechend der für die Änderung des einzutragenden Rechts selbst geltenden Vorschrift (§ 877 BGB) vorzunehmen ist.

Die Inhaber gleich- oder nachrangiger dinglicher Rechte am Erbaurecht müssen eine Änderung des Inhalts der Erbbauzinsreallast nicht zustimmen, wenn sich aus der neuen (wertgesicherten) Erbbauzinsreallast kein höherer Erbbauzins als derjenige aus der bisherigen Reallast und dem durch eine Vormerkung gesicherten Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses ergeben kann.

BGH, Beschl. v. 9. 6. 2016 – V ZB 61/15

[6] Das hält rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

[7] 1. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 GBO i. V. mit § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde

hat Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass der Beteiligte zu 1) die in Abt. II Nr. 2 eingetragene Sicherungsvormerkung zur Löschung zu bringen habe.

[8] a) Der angefochtene Beschluss ist bereits im Ausgangspunkt fehlerhaft, weil sowohl die Zwischenverfügung des GBA als auch die Entscheidung des BeschwerdeG auf einem falschen Verständnis der gestellten Eintragungsanträge beruhen. Der Beteiligte zu 1) hat nicht die Eintragung der Vereinbarungen über die Wertsicherung in § 2 des 3. Nachtragsvertrages beantragt, nach denen die einzelnen Reallasten und die Vormerkung zu einer neuen einheitlichen wertgesicherten Reallast zusammengeführt werden sollen. Bewilligt und beantragt sind nach § 3 des 3. Nachtragsvertrages allein die Eintragung einer weiteren nicht wertgesicherten Reallast sowie die Änderung der Vormerkung.

[9] b) Vor diesem Hintergrund ist die auf die Löschung der Vormerkung zielende Zwischenverfügung unzulässig. Dem Antragsteller kann nicht nach § 18 GBO aufgegeben werden, für die Löschung eines Rechts zu sorgen, auf das sich sein Antrag (§ 13 GBO) und die Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) beziehen. Dem steht schon entgegen, dass eine Zwischenverfügung grundsätzlich nicht mit dem Inhalt ergehen darf, einen Eintragungsantrag zurückzunehmen; denn das zielt nicht auf die Behebung eines Eintragungshindernisses, sondern auf die Vermeidung einer sofortigen Zurückweisung ab (OLG *Hamm*, OLGZ 1970, 447, 448¹; OLG *Oldenburg*, Rpfleger 1975, 361; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 18 GBO Rdn. 34).

[10] c) Die Zwischenverfügung ist jedoch auch materiell-rechtlich zu beanstanden. Fehlt es an dem mit der Zwischenverfügung von dem GBA geltend gemachten Eintragungshindernis, ist die angefochtene Zwischenverfügung ungerechtfertigt und unterliegt aus diesem Grund der Aufhebung (vgl. BayObLGZ 1984, 136, 137 f.; KG, JFG 8, 236, 239). So verhält es sich hier.

[11] aa) Der beantragten Eintragung steht nicht entgegen, dass mit der Buchung der wertgesicherten Erbbauzinsreallast die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Anpassung des Erbbauzinses gegenstandslos würde (vgl. BayObLGZ 1996, 114, 117²) und dass eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs, der sich bereits aus dem im Grundbuch eingetragenen dinglichen Recht selbst ergibt, inhaltlich unzulässig und deswegen nicht eintragungsfähig ist (vgl. OLG *Celle*, DNotZ 1977, 548, 549; v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rdn. 6.85a; *Staudinger/Mayer*, BGB [2009], § 1105 Rdn. 46). Daraus ergibt sich – entgegen der Ansicht des BeschwerdeG – nämlich kein Eintragungshindernis, wenn nur die Änderung der Vormerkung, nicht aber diejenige des dinglichen Rechts bewilligt und beantragt ist.

1 DNotZ 1971, 48.

2 DNotZ 1997, 144.

[12] bb) Die beantragte Eintragung bei der Vormerkung über die Änderung des Inhalts des gesicherten Anspruchs ist gemäß § 883 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit § 877 BGB inhaltlich zulässig.

[13] (1) Nach der vereinbarten Änderung soll die Beteiligte zu 2) nicht mehr verpflichtet sein, alle fünf Jahre zur Anpassung des Erbbauzinses an die Geldentwertung der Bestellung weiterer Reallasten zuzustimmen und deren Eintragung zu bewilligen (zum Inhalt des gesicherten Anspruchs: Senat, Urt. v. 18. 4. 1986 – V ZR 8/85³, NJW-RR 1987, 74, 75; BayObLGZ 1977, 93, 95⁴). Sie soll vielmehr nur noch einmal der Eintragung einer wertgesicherten Gesamtreallast nach § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB zustimmen, aus der sich dann die sich nach dem Verbraucherpreisindex verändernden Ansprüche auf die Einzelleistungen (§ 1107 BGB) ergeben.

[14] Ziel des durch § 2 des 3. Nachtragsvertrages geänderten Anspruchs ist nicht die Neubegründung einer Erbbauzinsreallast, sondern eine Änderung ihres Inhalts nach § 877 BGB. Die Identität der Belastung des Erbaurechts bleibt auch bei einer Zusammenführung der einzelnen Reallasten zu einem Gesamtrecht und der Eintragung einer dinglichen Wertsicherung statt des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Erbbauzinsanpassung unverändert (vgl. BayObLGZ 1996, 114, 116² und 1996, 159, 164⁵). Geändert werden nur die Modalitäten bei der Anpassung des Erbbauzinses im Hinblick auf die seit dem 1. 10. 1994 veränderte Rechtslage, nach der der dingliche Erbbauzins nicht mehr – wie nach § 9 Abs. 2 ErbbauVO a. F. – nach Zeit und Höhe für die gesamte Dauer des Erbaurechts im Voraus bestimmt sein muss.

[15] (2) Die eingetragene Vormerkung kann genutzt werden, um den Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung einer wertgesicherten Gesamtreallast zu sichern.

[16] (a) Das folgt allerdings nicht aus der Rechtsprechung des Senats zur Wiederwendung einer erloschenen Vormerkung. Denn eine solche setzt voraus, dass die Eintragung und die geänderte Bewilligung den gleichen sicherungsfähigen Anspruch betreffen; Bewilligung und Eintragung müssen kongruent sein (vgl. Senat, Urt. v. 26. 11. 1999 – V ZR 432/98⁶, BGHZ 143, 175, 181; Beschl. v. 3. 5. 2012 – V ZB 258/11⁷, BGHZ 193, 152, Rdn. 18).

[17] Hieran fehlt es vorliegend. Der durch die Vormerkung zur Wertsicherung des Erbbauzinses gesicherte Anspruch ist – auch wenn die Anpassung unter denselben Voraussetzungen und nach demselben Maßstab (Index) erfolgen soll – nach der Änderung nicht mit dem früheren in jeder Hinsicht deckungsgleich. Er unterscheidet sich von dem bisher gesicherten Anspruch in der Art der geschuldeten sachenrechtlichen Verfügung (bisher: Zustimmung zur Bestellung neuer statischer Erbbauzinsreallasten nach § 9 Abs. 2 ErbbauVO a. F.; künftig: Zustimmung zu einer einmaligen Umwandlung in eine einheitliche wertgesicherte Reallast nach § 9 Abs. 1 ErbbauRG i. V. mit § 1105 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG).

[18] (b) Soll eine Vormerkung, die für einen Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses durch Eintragung neuer Reallasten bestellt worden ist, künftig den Anspruch sichern, eine wertgesicherte Erbbauzinsreallast zu bestellen, bedarf es der Eintragung der Änderung des Inhalts des Anspruchs in das Grundbuch, die entsprechend der für die Änderung des einzutragenden Rechts selbst geltenden Vorschrift (§ 877 BGB) vorzunehmen ist. Der Senat tritt der in der Literatur vertretenen Ansicht bei, dass eine eingetragene Vormerkung auch der Sicherung eines nach ihrer Eintragung geänderten Anspruchs dienen kann, wenn die Änderung die Art der geschuldeten sachenrechtlichen Verfügung bei trifft. Die Voraussetzungen für die Änderung der Vormerkung entsprechen deren der Änderung des Rechts, auf deren Verwirklichung der Anspruch gerichtet ist (vgl. MünchKommBGB/Köhler, 6. Aufl., § 885 Rdn. 32; NK-BGB/Krause, 4. Aufl., § 883 Rdn. 113; Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 883 Rdn. 355, 360). Die Rechte der Inhaber von Drittrechten werden

3 DNotZ 1987, 360.

4 DNotZ 1978, 239.

5 DNotZ 1997, 147.

6 DNotZ 2000, 639.

7 DNotZ 2012, 609.

durch das Zustimmungserfordernis nach § 877 i. V. mit § 876 BGB geschützt; die Publizität des Grundbuchs wird durch die Eintragung der Änderung der Vormerkung gewahrt. Eine solche – nach dem Vorstehenden zulässige – Eintragung beantragt der Beteiligte zu 1).

[19] (3) Ein der beantragten Eintragung entgegenstehendes Hindernis ergibt sich auch nicht daraus, dass die für die Änderung der wertgesicherten Reallast erforderliche Einigung (§ 873 Abs. 1 BGB) in § 2 des 3. Nachtragsvertrages bereits enthalten ist. Die Beteiligten können zwar sogleich beide Rechte (die Reallast und die Vormerkung) zu einem einheitlichen Recht zusammenführen (vgl. OLG *Koblenz*, Urt. v. 26. 6. 2006 – 12 U 446/04, juris, Rdn. 11, insoweit nicht in NotBZ 2007, 374 abgedr.). Sie müssen das aber nicht. Solange das nicht geschieht, werden allerdings – auch nach der Eintragung der Inhaltsänderung der Vormerkung – aus den unveränderten Stammrechten (§ 1105 Abs. 1 BGB) nur die sich nach den eingetragenen Beträgen ergebenden Einzelleistungen (§ 1107 BGB) aus dem Erbbaurecht geschuldet (vgl. OLG *Koblenz*, aaO, juris, Rdn. 9 = NotBZ 2007, 374, 375).

[20] cc) Die Zwischenverfügung ist demnach insoweit aufzuheben, als das GBA die Vormerkung als Eintragungshindernis angesehen und deren Löschung angeregt hat. Eine solche beschränkte Aufhebung ist möglich (Senat, Beschl. v. 3. 2. 1994 – V ZB 31/93⁸, NJW 1994, 1158, insoweit nicht in BGHZ 125, 69 ff. abgedr.) und aus den vorstehenden Gründen auch geboten.

[21] 2. Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde dagegen, dass das BeschwerdeG die Zwischenverfügung mit dem Inhalt aufrechterhalten hat, die Zustimmung der Inhaber der der Erbbauzinsreallast und der Sicherungsvormerkung nachrangigen dinglichen Rechte beizubringen.

[22] a) Die Zwischenverfügung ist zulässig. Mit ihr kann dem Antragsteller aufgegeben werden, die Bewilligungen der von der einzutragenden Rechtsänderung mittelbar betroffenen Inhaber anderer Rechte beizubringen (vgl. BayObLGZ 1990, 6, 8 und BayObLG, DNotZ 1997, 324).

[23] b) Die Zwischenverfügung ist auch in der Sache begründet.

[24] aa) Die Eintragung einer Wertsicherung bei der Erbbauzinsreallast bedarf als Inhaltsänderung des dinglichen Rechts nach § 877 i. V. mit § 876 BGB grundsätzlich der Zustimmung der Inhaber gleich- und nachrangiger Rechte an dem Erbbaurecht (allg. M.: BayObLGZ 1996, 159, 164⁵; *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl., Rdn. 364; *Eichel*, RNotZ 2001, 535, 538; *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 10. Aufl., § 9, Rdn. 27; *Kluge*, MittRhNotK 2000, 409, 425; *Mohrbutter/Mohrbutter*, ZIP 1995, 806, 810; v. *Oefe/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rdn. 6.84; *Wilke*, DNotZ 1995, 654, 662). Im Grundbuchverfahren zur Eintragung der Rechtsänderung ist deren Eintragungsbewilligung nötig (vgl. Senat, Beschl. v. 14. 6. 1984 – V ZB 32/82⁹, BGHZ 91, 343, 347).

[25] Aus dem Schutzzweck der die Inhaltsänderung eines Rechts an die Zustimmung der Inhaber gleich- oder nachrangiger Rechte bindenden Vorschriften, wie er auch in § 876 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommt, ist allerdings zu folgern, dass die Zustimmung des Dritten unnötig ist, wenn seine Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird (Senat, Beschl.

8 DNotZ 1994, 881.

9 DNotZ 1984, 695.

v. 14. 6. 1984 – V ZB 32/82⁹, BGHZ 91, 343, 346; BayObLGZ 1959, 520, 529; 1991, 313, 317).

[26] bb) Vor diesem Hintergrund bestehen unterschiedliche Auffassungen zu der Frage, ob es der Zustimmung der Inhaber nachrangiger Rechte an dem Erbbaurecht bei der Umstellung einer schuldrechtlichen Wertsicherung auf eine wertgesicherte Erbbauzinsreallast auch bedarf, wenn – wie hier – der Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses durch eine den Rechten im Range vorgehende Vormerkung abgesichert ist. Das wird von *Böttcher* (Praktische Fragen des Erbbaurechts, 7. Aufl., Rdn. 366) und *Wilke* (DNotZ 1995, 654, 662) mit der Begründung verneint, dass sich die Rechtsstellung der Inhaber der nachrangigen Rechte durch die Verdinglichung der Wertsicherung nicht verschlechtere, wenn der Anpassungsanspruch bisher durch eine Vormerkung gesichert gewesen sei und die Anpassungsvereinbarung durch die nachträgliche Änderung nicht in ihrem Umfang verändert werde. *Kluge* (MittRhNotK 2000, 409, 425) und *Eichel* (RNotZ 2001, 535, 538) sind dagegen der Ansicht, dass die Zustimmung der Inhaber der nachrangigen Rechte auch in diesen Fällen unverzichtbar sei, weil die Wertsicherung der dinglichen Erbbauzinsreallast über die einer schuldrechtlichen Anpassungsvereinbarung hinausgehe und sich auch nicht sicher feststellen lasse, ob und inwieweit mit der Änderung der Wertsicherung eine Einschränkung oder Erweiterung des bisher bestehenden Rechtszustands einhergehe.

[27] cc) Der Senat entscheidet die Frage dahin, dass die Inhaber gleich- oder nachrangiger dinglicher Rechte am Erbbaurecht einer Änderung des Inhalts der Erbbauzinsreallast nicht zustimmen müssen, wenn sich aus der neuen (wertgesicherten) Erbbauzinsreallast kein höherer Erbbauzins als derjenige aus der bisherigen Reallast und dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses ergeben kann.

[28] (1) Die Zustimmung der Inhaber solcher Rechte zu einer Änderung des Inhalts der Erbbauzinsreallast ist nach § 877 i. V. mit § 876 BGB zwar grundsätzlich geboten, weil § 876 Satz 2 BGB von dem Zustimmungserfordernis nur befreit, wenn eine Beeinträchtigung dieser Rechte ausgeschlossen ist (vgl. Senat, Beschl. v. 14. 6. 1984 – V ZB 32/82⁹, BGHZ 91, 343, 346; BGH, Urt. v. 9. 6. 1969 – III ZR 231/65, LM § 3 ZPO Nr. 40). Die Änderung des Inhalts der Reallast muss aber die Rechtsstellung und nicht bloß die wirtschaftliche Lage der Inhaber solcher Rechte beeinträchtigen oder beeinträchtigen können (vgl. RG, JW 1936, 2343, 2344; KG, KGJ 52 A, 197, 201; BayObLGZ 1959, 520, 529). Letzteres ist grundsätzlich nur der Fall, wenn ein gleich- oder vorrangiges Recht durch die Inhaltsänderung in seinem Umfang erweitert wird (KG, aaO; BayObLG, aaO), während ein lediglich formelles Betroffensein die Zustimmung zu einer Inhaltsänderung entbehrlich machen kann (vgl. BayObLGZ 1974, 217, 221¹⁰; 1975, 313, 317).

[29] (2) Das Erfordernis der Zustimmung der Inhaber nachrangigen Rechte kann daher nicht – wie von dem BeschwerdeG angenommen – damit begründet werden, dass ein durch Vormerkung gesicherter schuldrechtlicher Anspruch auf Anpassung der Erbbauzinsreallast dessen Geltendmachung voraussetzt, während bei einer wertgesicherten Reallast nach § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB die Anpassung in der Regel ohne Zutun des Gläubigers eintritt (zu den auch bei dieser Gestaltung möglichen Ausnahmen: vgl. Senat, Urt. v. 1. 6. 1990 – V ZR 84/89¹¹, BGHZ 111, 324, 326 f.). Dass sich für die Inhaber gleich- oder

10 DNotZ 1975, 31.

11 DNotZ 1991, 803.

nachrangiger Rechte ohne die Inhaltsänderung der Erbbauzinsreallast ein Vorteil in den Zeiträumen ergibt, in denen der Gläubiger seinen Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses (noch) nicht geltend macht, begründet kein Betroffensein in ihren Rechten, sondern stellt lediglich einen wirtschaftlichen Vorteil aus der nach früherer Gesetzeslage allein möglichen Wertsicherung des Erbbauzinses durch einen durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Anspruch dar.

[30] Anders ist es dagegen, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht in jedem Fall eine Erhöhung des Erbbauzinses mindestens in dem Umfang zulässt, wie er nach der beabsichtigten Änderung der Reallast eintreten kann. Die beantragte Rechtsänderung geht über eine bloß technische Änderung der Wertsicherung hinaus, wenn nach der Änderung des dinglichen Rechts (§ 1105 BGB) höhere Ansprüche auf Einzelleistungen (§ 1107 BGB) entstehen können, als es bei einer Anpassung nach dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruch möglich wäre.

[31] dd) Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Entscheidung des BeschwerdeG zwar auch in diesem Punkt auf einer Rechtsverletzung beruht, sich aber im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 74 Abs. 2 FamFG). Ob die Inhaber der nachrangigen Rechte der Änderung der Vormerkung zustimmen müssen, richtet sich, wie dargelegt (s. Ziff. 1 c bb [2] [b]), nach den für die Änderung des Inhalts der Erbbauzinsreallast geltenden Vorschriften (§§ 877, 876 BGB). Maßgeblich ist daher, ob sich aus der vereinbarten wertgesicherten Reallast kein höherer Erbbauzins als aus dem – durch die Vormerkung bisher gesicherten – Anspruch aus dem ursprünglichen Erbbaurechtsvertrag ergeben kann.

[32] Diese Prüfung, die das BeschwerdeG – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – unterlassen hat, kann der Senat durch Vergleich der bewilligten Wertsicherungen selbst vornehmen. Er ergibt, dass die beabsichtigte automatische Wertsicherung zu einem höheren Erbbauzins als nach der ursprünglichen Vereinbarung führen kann. Nach jener war der Preisindex lediglich der Maßstab für die Angemessenheit der Änderung des Erbbauzinses; die Erbbaurechtsausgeberin konnte eine günstigere Regelung zulassen, wenn besondere Gründe vorliegen. Damit kann sich aus der bisherigen Regelung ein Anspruch des Erbbauberechtigten ergeben, den Erbbauzins nicht oder jedenfalls nicht in vollem Umfang nach dem vereinbarten Index anzupassen. Demgegenüber führt die wertgesicherte Reallast zu einer automatischen Anpassung. Vor diesem Hintergrund ist die Zwischenverfügung berechtigt, die Zustimmung der Inhaber der Reallasten und der Vormerkung nachrangigen dinglichen Rechte beizubringen. (...)

III. Handels- und Gesellschaftsrecht

BNotO § 19 Abs. 1; GmbHG § 15 Abs. 3 und 4; BGB § 139 (Rechtliche Einheit zwischen Geschäftsanteilsübertragungsvertrag und Treuhandvertrag)

a) Zu den Amtspflichten eines Notars bei der Beurkundung eines Vertrages über die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils an einen Treuhänder.

b) Eine rechtliche Einheit i.S. von § 139 BGB zwischen einem Geschäftsanteilsübertragungsvertrag und einem hiermit wirtschaftlich verknüpften Treuhandvertrag kann zu verneinen sein, wenn die Beteiligten von der erforderlichen Beurkundung des Treuhandvertrages bewusst absehen, den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag aber gleichwohl – in Kenntnis der Formnichtigkeit des Treuhandvertrages – ordnungsgemäß beurkunden lassen. In diesem Fall berührt die Formnichtigkeit des Treuhandvertrages die Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages nicht.

BGH, Urt. v. 22. 9. 2016 – III ZR 427/15

[10] Die Hauptbegründung der Vorinstanz hält den Angriffen der Revision stand. Die Klage ist unbegründet.

[11] 1. Das BerufungsG hat eine Amtspflichtverletzung des Beklagten zu Recht verneint.

[12] a) Der Notar darf nicht sehenden Auges ein nichtiges Geschäft beurkunden (§ 4 BeurkG; §§ 1, 14 Abs. 2 BNotO; s. BGH, Urteile v. 20. 6. 2000 – IX ZR 434/98¹, NJW-RR 2000, 1658, 1659, und v. 28. 9. 2000 – IX ZR 279/99², BGHZ 145, 265, 269, sowie Beschl. v. 1. 10. 2015 – V ZB 171/14³, NJW-RR 2016, 695, 696, Rdn. 21; s. ferner OLG Celle, BeckRS 2004, 09450; *Ganter in Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rdn. 525, 527). Diese Amtspflicht hat der Beklagte allerdings nicht verletzt, weil der von ihm beurkundete Geschäftsanteilsübertragungsvertrag nicht nichtig war.

[13] aa) Der Vertrag zwischen K.-B. und H. über die Übertragung des vollen Geschäftsanteils an der Klägerin war für sich betrachtet zunächst – d.h. bis zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung – wirksam. Er wurde gemäß dem Formerfordernis des § 15 Abs. 3 GmbHG abgeschlossen und war insbesondere nicht gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Ein Scheingeschäft i. S. von § 117 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen. Wird ein Vertragspartner als „Strohmann“ oder Treuhänder vorgeschoben, so ist die erklärte Rechtsfolge von den Beteiligten normalerweise ernstlich gewollt, weil anderenfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise eintreten würde; in diesen Fällen sind die Voraussetzungen für ein Scheingeschäft regelmäßig nicht erfüllt (z. B. Senat, Urt. v. 22. 10. 1981 – III ZR 149/80, NJW 1982, 569 f., und Beschl. v. 4. 4. 2007 – III ZR 197/06, NJW-RR 2007, 1209, 1210, Rdn. 5 m.w.Nachw.; vgl. auch BGH, Beschl. v. 9. 10. 1956 – II ZB 11/56⁴, BGHZ 21, 378, 381). So liegt es auch hier. Im Außenverhältnis war eine Vollrechtsübertragung auf K.-B. beabsichtigt. Dieser sollte insoweit an die Stelle von H. treten und K. weiterhin nur treuhänderisch vermittelt – also das reine Innenverhältnis betreffend – „Berechtigter“ bleiben.

[14] bb) Demgegenüber war die Treuhandabrede zwischen K. und K.-B. gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG und § 125 Satz 1 BGB wegen Formmangels unwirksam. Nach dem Sinn und Zweck des Formerfordernisses unterfällt der Abschluss eines Treuhandvertrages, der einen bestehenden GmbH-Geschäftsanteil betrifft und mit der Verpflichtung zur Über-

1 DNotZ 2001, 486.

2 DNotZ 2001, 49.

3 DNotZ 2016, 151.

4 DNotZ 1957, 97.

tragung des Geschäftsanteils auf den Treugeber verbunden ist (§ 667 BGB), dem Formzwang nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG (s. BGH, Urt. v. 19. 4. 1999 – II ZR 365/97⁵, BGHZ 141, 207, 211 f., und Beschl. v. 12. 12. 2005 – II ZR 330/04⁶, NJW-RR 2006, 1415, Rdn. 3). Dieser Form ist nicht genügt worden; die Beteiligten haben von einer Beurkundung der – einen bereits bestehenden Geschäftsanteil betreffenden – Treuhandvereinbarung abgesehen.

[15] cc) Die Nichtigkeit der Treuhandabrede zwischen K. und K.-B. lässt die Wirksamkeit des Vertrages über die Übertragung des Geschäftsanteils an der Klägerin von H. auf K.-B. jedoch unberührt. Die Würdigung des BerufungsG, nach Lage des Falles bestehe zwischen beiden Verträgen keine rechtliche Einheit i. S. von § 139 BGB, ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

[16] (1) Der für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts nach § 139 BGB erforderliche Einheitlichkeitswille liegt vor, wenn das eine Geschäft nicht ohne das andere gewollt ist, die möglicherweise äußerlich getrennten Rechtsgeschäfte also miteinander stehen und fallen sollen. Dabei kommt es auf den rechtlichen Zusammenhang, nicht auf eine wirtschaftliche Verknüpfung an. Ob es sich insoweit aufgrund eines Einheitlichkeitswillens der Vertragsparteien um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelt, ist Tatfrage und durch Ermittlung und Auslegung des – objektiv erkennbaren (vgl. BGH, Urteile v. 6. 12. 1979 – VII ZR 313/78⁷, BGHZ 76, 43, 49; v. 9. 7. 1992 – IX ZR 209/91, NJW 1992, 3237, 3238; v. 8. 7. 2009 – VIII ZR 327/08, NJW 2009, 3295, 3296, Rdn. 17, und v. 30. 3. 2011 – VIII ZR 94/10, NJW 2011, 2874, 2876, Rdn. 24, sowie Beschl. v. 21. 9. 2011 – IV ZR 38/09, NJW 2012, 296, 300 f., Rdn. 58) – Parteiwillens festzustellen (s. etwa BGH, Urteile v. 24. 10. 2006 – XI ZR 216/05, NJW-RR 2007, 395, 396, Rdn. 17; v. 23. 2. 2010 – XI ZR 195/09, BeckRS 2010, 07175, Rdn. 14, und v. 30. 3. 2011, aaO, sowie Beschl. v. 21. 9. 2011, aaO, S. 300, Rdn. 55). Als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung unterliegt die diesbezügliche Auffassung des BerufungsG nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das RevisionsG, nämlich dahin, ob der Streitstoff umfassend widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (BGH, Urt. v. 23. 2. 2010, aaO, Rdn. 16 m.w.Nachw.).

[17] (2) Solche Mängel liegen hier nicht vor.

[18] Die Revision macht zwar zu Recht darauf aufmerksam, dass ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. des § 139 BGB – bei einem dahin gehenden Parteiwillen – auch dann vorliegen kann, wenn einzelne Rechtsgeschäfte in mehreren Urkunden niedergelegt sind, unterschiedlichen Geschäftstypen angehören und an ihnen zum Teil verschiedene Personen beteiligt sind (BGH, Urt. v. 30. 3. 2011, aaO, m.w.Nachw.). Richtig ist auch, dass K., H. und K.-B. die Übertragung eines (gegenüber K.) treuhänderisch gebundenen GmbH-Geschäftsanteils – von H. auf K.-B. – beabsich-

5 DNotZ 1999, 756.

6 DNotZ 2006, 774.

7 DNotZ 1980, 409.

tigt haben, die Aufrechterhaltung des Treuhandverhältnisses zu K. also von maßgebender Bedeutung gewesen ist.

[19] Diese wirtschaftliche Verknüpfung korrespondiert im vorliegenden Fall jedoch nicht mit einem rechtlichen Zusammenhang, weil es an einem entsprechenden Parteiwillen gefehlt hat. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des BerufungsG hatte der Beklagte den Beteiligten erläutert, dass die Treuhandvereinbarung der notariellen Form bedürfe, woraufhin K. und K.-B. ausdrücklich auf eine Beurkundung der Abrede verzichteten. Nach den objektiv erkennbaren Umständen handelten sie dabei in dem Bewusstsein, dass die nur mündlich abgeschlossene Treuhandvereinbarung formnichtig und somit rechtlich unverbindlich ist. Hierfür spricht zunächst die vorangegangene Belehrung über die Formbedürftigkeit selbst. Die Beteiligten waren durchweg geschäftserfahren, sodass bei objektiver Betrachtung davon auszugehen war, sie würden aus dem Hinweis des beklagten Notars ohne Weiteres den – sich aufdrängenden – Schluss ziehen, dass eine ohne Beachtung der notwendigen Form geschlossene Treuhandvereinbarung rechtlich nicht bindend sein werde. Zudem erklärte K. gegenüber dem Beklagten, aufgrund der jahrelangen Zusammenarbeit mit K.-B. vertraue er diesem. Damit brachte er sinngemäß zum Ausdruck, dass er auf eine rechtliche Verbindlichkeit der Treuhandvereinbarung verzichten könne und ihm eine gleichsam nur „moralische“ Verpflichtung genüge.

[20] Handelten die Beteiligten nach den objektiv erkennbaren Umständen folglich in dem Bewusstsein der Formnichtigkeit der Treuhandvereinbarung und wollten sie den rechtswirksamen Übergang des GmbH-Geschäftsanteils von H. auf K.-B. erklärtermaßen dennoch herbeiführen, rechtfertigt dies den vom BerufungsG gezogenen Schluss, dass sie eine rechtliche Einheit zwischen den beiden Verträgen nicht beabsichtigten. Ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. von § 139 BGB liegt demnach nicht vor, sodass die Nichtigkeit der Treuhandabrede nicht zur Unwirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages führt.

[21] Soweit die Revision demgegenüber rügt, das BerufungsG habe den Vortrag der Klägerin übergangen, dass K. davon ausgegangen sei, K.-B. sei auch an eine nur mündlich vereinbarte Treuhand rechtswirksam gebunden, zumal der Beklagte auf die Rechtsfolgen einer Nichtbeurkundung der Treuhandabrede nicht hingewiesen habe, dringt sie hiermit nicht durch. Wie ausgeführt, sind bei der Auslegung, ob ein einheitliches Geschäft i. S. des § 139 BGB vorliegt, nicht die inneren Vorstellungen einer Vertragspartei maßgeblich, sondern ihr objektiv erkennbarer Wille.

[22] b) Selbst wenn man den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag als nichtig ansähe, läge im Übrigen keine schuldhafte Amtspflichtverletzung des Beklagten vor, weil das BerufungsG durch einen mit drei Berufsrichtern besetzten Kollegialspruchkörper unter Würdigung der Einzelfallumstände ein amtspflichtwidriges Verhalten des Beklagten verneint hat (sog. Kollegialgerichtsrichtlinie; s. etwa Senat, Beschl. v. 23. 10. 2003 – III ZR 49/03, BeckRS 2003, 09191; Urteile v. 3. 3. 2005 – III ZR 353/04, NJW-RR 2005, 1148, und v. 21. 1. 2016 – III ZR 160/15, BeckRS 2016, 02702, Rdn. 36 m.w.Nachw.). Ein „sicherer“ Weg zur Erreichung des verfolgten Ziels, zu

dem der Beklagte ggf. hätte raten müssen (s. dazu Senatsurt. v. 3. 3. 2005, aaO, m.w.Nachw.), stand vorliegend nicht zur Verfügung, da die Beteiligten einerseits eine Beurkundung der Treuhandabrede ablehnten und andererseits die Beurkundung des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages wünschten. Der angestrebte „Austausch“ des Treuhänders ließ sich hiernach auf eine andere Weise als geschehen nicht herbeiführen.

[23] 2. Entgegen der Meinung der Revision war der Beklagte nicht gehalten, die Beteiligten des Näheren auf die Folgen der Formnichtigkeit der Treuhandabrede hinzuweisen. Wie ausgeführt, ergab sich bei objektiver Betrachtung, dass sich die Vertragsbeteiligten darüber im Klaren waren, dass eine ohne Beachtung dieser Form geschlossene Treuhandvereinbarung rechtlich unwirksam ist. Hiervon durfte auch der Beklagte ausgehen. Des Hinweises auf eine (mögliche) Nichtigkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages bedurfte es nicht, weil dieser Vertrag zunächst (bis zur Arglistanfechtung) wirksam war. Jedenfalls wäre dem Beklagten ein diesbezügliches Versäumnis in Anbetracht der Billigung seines Verhaltens durch das BerufungsG (als Kollegialgericht) nicht als schuldhaft vorzuwerfen.

[24] 3. Auf die hilfsweise vom BerufungsG behandelte Frage der Zurechenbarkeit des geltend gemachten Schadens kommt es mangels Vorliegens einer (schuldhaften) Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht an.

BUCHBESPRECHUNGEN

Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz. Kommentar. Begründet von *Horst Eylmann* und *Dr. Hans-Dieter Vaasen*, herausgegeben von *Dr. Norbert Frenz* und *Uwe Miermeister*. 4. Auflage. 2016. 1741 Seiten. 169,- € (Verlag C.H.BECK, München).

Knapp sechs Jahre nach Erscheinen der dritten Auflage erscheint der von *Eylmann* und *Vaasen* begründete Standardkommentar zur Bundesnotarordnung und zum Beurkundungsgesetz unter neuer Herausgeberschaft: Verantwortlich sind nunmehr *Dr. Norbert Frenz*, Notar in Kempen, Mitautor von Anfang an, und *Uwe Miermeister*, Rechtsanwalt und Notar in Emden, zugleich Präsident der Notarkammer für den OLG-Bezirk Oldenburg. Auch im Kreise der Autoren gibt es Veränderungen; dieses Team wurde deutlich verjüngt.

Wie bisher hat sich der Kommentar zur Aufgabe gestellt, notarielles Berufsrecht und Verfahrensrecht praxisnah zu verbinden. In engem Bezug zur Bundesnotarordnung werden deshalb das für die tägliche Arbeit im Notariat wichtige Beurkundungsgesetz, die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer und die Dienstordnung für Notarinnen und Notare mitkommentiert. Im Anhang sind die Musterformulare zur DONot, die Revision des Europäischen Kodexes des Standesrechts sowie die Verordnung über die notarielle Fachprüfung enthalten.

Die Neuauflage berücksichtigt sämtliche seit Dezember 2010 erlassenen Änderungsgesetze und behandelt insbesondere die umfangreichen Neuerungen durch die Schaffung des Zentralen Testamentsregisters, das UrT. des EuGH v. 24. 5. 2011 (DNotZ 2011, 462) und den Wegfall des Staatsangehörigkeitsvorbehalts in § 5 BNotO, die Stärkung des Verbraucherschutzes im Beurkundungsverfahren durch die Verschärfung der Regelungen in § 17 Abs. 2a BeurKG sowie bereits die erst ab dem 1. 1. 2018 geltende Neuregelung des Notariats in Baden-Württemberg.

Das Zentrale Testamentsregister ist zum 1. 1. 2012 eingerichtet worden. Dazu findet sich bei *Hüren* (§ 78 BNotO Rdn. 22, 35 ff.) und *Litzenburger* (§ 78b bis § 78d BNotO) eine ausführliche Kommentierung. Zum „Notarurteil“ des EuGH v. 24. 5. 2011 und zu seinen Folgen wird eingehend Stellung genommen (etwa von *Frenz* in § 11a BNotO Rdn. 2 ff. und *Limmer* in § 2 BeurkG Rdn. 10). Etwas knapp – und deshalb vielleicht missverständlich – ist der Hinweis in § 11a BNotO Rdn. 7, bezüglich einer Auslandstätigkeit bestünden keine zusätzlichen Genehmigungserfordernisse. Hier hätte man darauf aufmerksam machen können, dass der Genehmigungsvorbehalt des § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO nach Meinung des BGH (DNotZ 2013, 630, 634, Tz. 21) an sich auch Urkundstätigkeiten deutscher Notare im Ausland erfasst.

Die Rechtsprechung beschäftigt sich lebhaft mit den Anforderungen, die durch § 17 Abs. 2a BeurkG gestellt werden. Allein zu Satz 2 Nr. 2 sind in den letzten drei Jahren drei BGH-Entscheidungen ergangen, die durchweg in der amtlichen Sammlung veröffentlicht oder dazu bestimmt sind. Dies unterstreicht deren Bedeutung. Dazu gibt *Frenz* (§ 17 BeurkG Rdn. 48 bis 61) einen informativen Überblick. Mit den ab 1. 1. 2018 geltenden Verhältnissen im baden-württembergischen Notariat setzen sich *Frenz/Miermeister* (BNotO Einl. Rdn. 33), *Frenz* (§ 3 BNotO Rdn. 2) und *Wilke* (Kommentierung zu § 114 und § 116 BNotO Rdn. 2) fundiert auseinander.

In den letzten Jahren hat sich die Rechtsprechung oft mit der Frage beschäftigt, ob eine klauselmäßige Bindungsfrist bezüglich eines Angebots zum Abschluss eines Immobilienkaufvertrages einer Überprüfung gemäß § 308 Nr. 1 BGB standhält und ob der Notar bei Zweifeln darüber belehren muss (BGH, DNotZ 2013, 923, 926, Tz. 18; 2014, 41 ff., Tz. 10, 13; 2014, 358, Tz. 5). Diese Entwicklung wird in der Kommentierung von *Frenz* (§ 19 BNotO Rdn. 34a; § 17 BeurkG Rdn. 13), der im Übrigen auf einen schon etwas älteren Aufsatz verweist (*Frenz*, ZNotP 2012, 122), etwas stiefmütterlich behandelt.

Eine sehr profunde Stellungnahme enthält der im Wesentlichen noch von *Eyhlmann* stammende und jetzt von *Miermeister/de Buhr* fortgeführte Beitrag zu den Ausschlussgründen (§§ 6, 7 BeurkG) und Mitwirkungsverboten (§ 3 BeurkG), und ein „Highlight“ des Werks ist die Kommentierung der Vorschriften des Beurkundungsgesetzes (§§ 54a bis 54e) über die Verwahrung durch *Hertel*. Dessen Bearbeitung imponiert sowohl durch Breite als auch durch Tiefe und befindet sich durchweg auf der Höhe der Zeit.

Soweit im Vorstehenden die teilweise etwas rigide anmutende Beschränkung auf das Wesentliche angemerkt wurde, soll dies den Wert des Gesamtwerks nicht schmälern. Diese Kürze der Darstellung ist vielmehr dem ehrgeizigen Ziel geschuldet, das notarielle Berufsrecht und Verfahrensrecht in einem handlichen Band zu vereinen. Dieses Vorhaben ist überzeugend gelungen. Besonders verdienstvoll ist, dass die immerhin 74 Seiten umfassende Kommentierung der Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer in das Werk aufgenommen worden ist; dadurch wird die Kommentierung zur BNotO und zum BeurkG in für die Praxis sehr wichtigen und auch haftungsträchtigen Teilbereichen wirksam ergänzt.

Vors. Richter am BGH a.D. Dr. Hans Gerhard Ganter, Weil der Stadt

NotarFormulare Nichteheliche Lebensgemeinschaft. Muster – Verträge – Erläuterungen. Von *Dr. Maximilian Freiherr von Proff zu Irnich*. 2. Auflage. 2016. 256 Seiten. Mit CD-ROM. 59,- € (Deutscher Notarverlag, Bonn).

Das vorliegende Werk, das nach meiner Kenntnis als erstes in der für Notare interessanten neuen Reihe „NotarFormulare“ des Deutschen Notarverlages erschienen ist, liegt nunmehr in zweiter Auflage vor. Dies zeigt, dass das Buch in der Praxis gut aufgenommen worden ist und es sich auf dem hart umkämpften Buchmarkt einen Platz erobern konnte. Dies ist nicht so selbstverständlich, zumal es gerade zu diesem Thema bereits hervorragende Literatur aus notarieller Feder gibt.

Beigetragen zum Erfolg hat sicher der Umstand, dass das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, das einer (geschlossenen) gesetzlichen Regelung entbehrt, nicht leicht zu überblicken ist. So werden hiervon nicht nur die unterschiedlichsten Bereiche

des Zivilrechts tangiert, wie etwa das Schuld-, Grundstücks-, Familien- und Erbrecht, sondern es gibt z. B. auch steuerrechtliche und sozialrechtliche Besonderheiten zu erkennen und zu berücksichtigen, wenn an einem notariellen Vertrag nicht verheiratete Lebensgefährten beteiligt sind.

Nach dem Vorwort des Autors versteht sich das Werk als praxisnahe Gesamtdarstellung der Querschnittsmaterie. Diesem Anspruch wird es – so viel sei an dieser Stelle schon verraten – rundum gerecht.

Das Werk startet mit dem Schwerpunktthema der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, dem Vermögensausgleich nach Beendigung derselben, und bietet einen informativen Überblick über die wechselvolle Rechtsprechung zum Thema bis hin zur grundlegenden Rechtsprechungsänderung aus dem Jahr 2008. Anschließend widmet sich der Autor den für die notarielle Gestaltung wichtigsten Bereichen, nämlich dem Partnerschaftsvertrag (§ 3) und dem gemeinsamen Immobilienerwerb (§ 4) der nichtehelichen Lebensgefährten. Des Weiteren wird die Rechtslage hinsichtlich anderer, vor allem für die Partner selbst wichtigen Bereiche, wie z. B. der Weiterbenutzung/Mitbenutzung der Wohnung, Kontoinhaberschaft und Kontovollmacht, erläutert. Schließlich werden der Bereich lebzeitiger Zuwendungen und der praxiswichtige erbrechtliche Bereich (vor allem Gestaltung der gewillkürten Erbfolge und Absicherung des Lebenspartners durch lebzeitige Rechtsgeschäfte) näher untersucht. Abgeschlossen wird die Darstellung durch Ausführungen zu sozial- und steuerrechtlichen Fragen, die als Hintergrundwissen für die Beratung und Gestaltung von Bedeutung sind.

Die vorstehende Inhaltsbeschreibung zeigt, dass es sich bei dem Werk – entgegen dem möglicherweise misszuverstehenden Titel der Reihe – nicht um ein reines Formularbuch handelt. Es lässt sich eher beschreiben als praxisorientiertes Handbuch mit komprimierter Darstellung der Rechtslage, das mit zwei vollständigen Formulierungsmustern (Partnerschaftsvertrag und Erbvertrag) und einigen kürzeren Formulierungsbausteinen zu Einzelproblemen (z. B. zum Immobilienerwerb in Bruchteilsgemeinschaft oder GbR) versehen ist.

Die Art und Weise der Darstellung ist nicht nur geeignet, den Leser schnell wieder auf den neuesten Stand zu bringen, sondern dank der Formulierungsbeispiele und Gestaltungshinweise auch, die Vertragsgestaltung zu vereinfachen. Zusammenfassend betrachtet handelt es sich damit um eine empfehlenswerte Notarlektüre.

Rechtsanwältin Dr. Gabriele Müller, Würzburg

Handbuch zum Vereinsrecht. Begründet von *Kurt Stöber*, fortgeführt von *Dr. Dirk-Ulrich Otto*. 11. Auflage. 2016. 924 Seiten. 84,80 € (Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln).

Vier Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe liegt das Handbuch zum Vereinsrecht von *Stöber/Otto* in der 12. Auflage vor. Dass die Voraufgabe bereits schnell vergriffen war, zeigt eindeutig, dass die Nachfrage nach einem umfassenden Ratgeber im Vereinsrecht nach wie vor sehr groß ist. Das zeitnahe Erscheinen einer Neuauflage – ebenso wie die Voraufgabe von *Otto* bearbeitet – ist ein klares Zeichen des Verlags für die Kontinuität dieses Werks, das neben dem Handbuch von *Reichert/Dauernheim/Schimke* (Hrsg.), Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 13. Auflage, 2016, unbestritten zu den Klassikern auf diesem Rechtsgebiet gezählt werden kann.

Das Buch erfüllt in jeder Hinsicht die Erwartungen an ein umfassendes Handbuch, da es nicht nur die Standardfragen des Vereinsrechts behandelt, sondern sich auch einer Vielzahl von Themen an der Schnittstelle zu anderen Rechtsgebieten widmet. Hierzu zählen etwa detaillierte Ausführungen zu zivilprozessualen und steuerrechtlichen Aspekten des Vereins, Umwandlungen unter Beteiligung eines Vereins sowie zum Vereinsstrafrecht. Darüber hinaus findet man an vielen Stellen im Buch weitere nützliche Hinweise zu sonstigen Themenkomplexen, die ebenfalls Auswirkungen auf das Vereinsrecht haben. So geht *Otto* etwa im Abschnitt „Der Sitz eines Vereins“ auf kollisionsrechtliche Gesichtspunkte von Gründungen im In- bzw. Ausland und in diesem Zusammenhang insbesondere auf verschiedene Situationen in den sog. Zuzugs- bzw. Wegzugsfällen ein. Hierbei gelingt

dem Verfasser eine überzeugende Einordnung solcher Sachverhalte unter der Geltung der nach deutschem Internationales Privatrecht im Ausgangspunkt maßgeblichen Sitztheorie.

Umfassend befasst sich *Otto* ferner mit der jüngsten Rechtsprechung, die nach dem Erscheinen der Voraufgabe zu verschiedenen Detailfragen ergangen ist. Exemplarisch zu nennen sind etwa seine Ausführungen zu den aktuellen Entwicklungen im Bereich der elektronischen Medien, die nunmehr auch das Vereinsleben erfasst haben. Zum einen geht der Autor unter Berücksichtigung der Entscheidung des OLG *Hamm* (MDR 2012, 420) auf das Phänomen einer virtuellen Mitgliederversammlung (Internet-Hauptversammlung, Online-Versammlung im Chat-Verfahren) ein und stellt hier fest, dass Regelungen des Kapitalgesellschaftsrechts (vgl. § 118 Abs. 1 und 2 AktG) auf die Mitgliederversammlung i.S. des § 32 BGB nicht übertragbar seien. Zum anderen setzt er sich mit der Frage auseinander, ob die Einladung zu einer Mitgliederversammlung mit „einfacher“ unsignierter E-Mail erfolgen darf. In diesem Zusammenhang beschreibt *Otto* die jüngste Rechtsprechung der einzelnen Oberlandesgerichte (s. etwa OLG *Hamm*, RNotZ 2016, 67; OLG *Hamburg*, Rpfleger 2013, 457), die solche Einladungen – seiner Meinung nach „großzügig“ – auch dann zulasse, wenn die Vereinssatzung lediglich die schriftliche Einladung vorsehe. Um etwaige Schwierigkeiten in Bezug auf die Darlegungs- und Beweislast für den Zugang einer E-Mail zu vermeiden, empfiehlt der Verfasser überzeugend, diese Form der Einberufung der Mitgliederversammlung ausdrücklich in der Satzung zu regeln. Das im Anhang des Handbuchs abgedruckte Beispiel einer Vereinssatzung zeigt – in Anlehnung an die vorgenannte Judikatur – eine entsprechende Formulierung im Hinblick auf die Form der Berufung der Mitgliederversammlung. Auch im Übrigen enthält das Buch zahlreiche Formulierungshilfen für nahezu sämtliche Sachverhalte aus dem Leben eines Vereins. Aus notarieller Sicht ist insbesondere der Abschnitt zu ausgewählten Registeranmeldungen und Eintragungen von Interesse, wo der Leser auch Formulierungsvorschläge für die Vorbereitung notarieller Dokumente findet. Dass das Werk keine speziellen Muster für den Verschmelzungsvertrag und die Zustimmungsbeschlüsse und lediglich die korrespondierenden Vereinsregisteranmeldungen enthält, dürfte kein Manko sein. Gleichwohl wäre es – gerade in solchen nicht selten aufwendigen Fällen aus der notariellen Praxis – hilfreich, ggf. auf verfügbare Muster in anderen Formularensammlungen (z. B. zu Beginn des jeweiligen Kapitels) hinzuweisen.

Es fällt positiv auf, dass *Otto* einige Anregungen zum Erscheinen der Voraufgabe berücksichtigt und als Reaktion hierauf ausführlich Stellung etwa dazu genommen hat, ob der Zustimmungsbeschluss des übertragenden Vereins zum Verschmelzungsvertrag etwa erhöhte Beschlussanforderungen aus der Satzung, etwa für die Auflösung eines Vereins oder Satzungsänderungen, erfüllen muss (vgl. die Rezension zur Voraufgabe von *Pelikan*, DNotZ 2012, 639, 640). Seinen bisherigen Standpunkt gibt der Verfasser zwar nicht auf, zeigt jedoch in seiner Argumentation, dass es hierbei nicht auf den Vergleich mit der Auflösung ankomme, sondern vielmehr entscheidend sei, ob der Vereinszweck noch fortgeführt werden könne. Sollte dies der Fall sein, bleibe es bei dem Quorum aus § 103 UmwG. Auch nach dem Erscheinen der Neuauflage bleibt zu hoffen, dass die beim Vereinsregister tätigen Richter und Rechtspfleger der – nunmehr aktualisierten – Auffassung des „*Stöber/Otto*“ folgen, wenn es im Einzelfall auf diesen Aspekt ankommt. Einer ausführlichen und gut vertretbaren Argumentationshilfe bleibt der „*Stöber/Otto*“ in dieser Hinsicht jedenfalls nicht schuldig.

Insgesamt stellt das Handbuch eine gelungene Mischung aus theoretischen Erkenntnissen und praktischen Handlungsempfehlungen dar und darf ohne Weiteres nicht nur Notaren, sondern auch Richtern, Rechtspflegern, Wissenschaftlern und nicht zuletzt auch Mitgliedern von Vereinsvorständen sowie sonstigen interessierten Vereinsfunktionären empfohlen werden.

Notarassessor Dr. Vladimir Primaczenko, Berlin