

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

26. Jahrgang  
Januar 2018  
ISSN 1434-3460

1/2018

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 35; BGB § 2077 – Nachweis der Erbfolge bei notariell beurkundetem Ehegattentestament mit Scheidungsklausel; Vorlage eines Erbscheins bzw. einer eidesstattlichen Versicherung des überlebenden Ehegatten bzgl. Nichtvorliegens der Scheidungsvoraussetzungen

KAGB §§ 1, 17, 18 Abs. 1, 80, 83, 84, 89a, 91, 92, 93, 246, 253; BGB §§ 675, 670, 257 – Kapitalverwaltungsgesellschaft als Käuferin einer Immobilie für Rechnung eines Sondervermögens: Schuld, Haftung und Zwangsvollstreckungsunterwerfung

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

InsO §§ 129, 143 – Insolvenzzrechtliche Anfechtbarkeit eines Rücktrittsrechts im Kaufvertrag für den Fall der Insolvenz des Käufers sowie Anfechtbarkeit des Ausschlusses einer Kaufpreiserstattung

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### **GBO § 35; BGB § 2077 Nachweis der Erbfolge bei notariell beurkundetem Ehegattentestament mit Scheidungsklausel; Vorlage eines Erbscheins bzw. einer eidesstattlichen Versicherung des überlebenden Ehegatten bzgl. Nichtvorliegens der Scheidungsvoraussetzungen**

#### **I. Sachverhalt**

In einem notariell errichteten Testament ist folgende Scheidungsklausel enthalten:

*„Für den Fall, dass unsere Ehe vor dem Tod eines Ehegatten aufgelöst oder dass Klage auf Aufhebung erhoben oder dass die Scheidung der Ehe rechtshängig wurde, sollen die hier getroffenen Verfügungen ihrem ganzen Inhalt nach unwirksam sein, und zwar unabhängig davon, wer von uns beiden den Antrag gestellt oder Klage auf Aufhebung erhoben hat.“*

Nach dem Tod des Ehemanns stellte die Ehefrau zusammen mit dem Antrag auf Eröffnung des Testaments den Antrag auf Grundbuchberichtigung. Daraufhin erhielt sie vom zuständigen Grundbuchamt folgendes Schreiben:

*„In der oben genannten Grundbuchsache wird auf Ihren Antrag vom ... Bezug genommen und Ihnen mitgeteilt, dass Sie aufgrund der folgenden Vereinbarung in dem vorliegenden Testament vom 14.8.2006 an Eides statt versichern müssen, dass die genannten Bedingungen nicht eingetreten sind.“*

Im Anschluss wird die oben wiedergegebene Scheidungsklausel zitiert.

#### **II. Fragen**

1. Bedarf es für die Grundbuchberichtigung der verlangten eidesstattlichen Versicherung?

2. Wenn ja: Würde dies im Hinblick auf die Vorschrift des § 2268 BGB auch dann gelten, wenn das notarielle Testament keine Scheidungsklausel enthielte?

#### **III. Zur Rechtslage**

##### **1. Verweis auf Gutachten DNotI-Report 2006, 181**

Zum Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren bei Ehegattentestamenten mit Scheidungsklausel haben wir uns bereits 2006 in einem veröffentlichten Gutachten geäußert (DNotI-Report 2006, 181). Wir haben damals danach differenziert, ob das notarielle Testament eine ausdrückliche Scheidungsklausel enthält oder nicht und ob die Scheidungsklausel über den gesetzlichen Regelungsgehalt des § 2077 Abs. 1 S. 1 BGB hinausgeht, etwa derart, dass das Vorliegen der Eheschei-

dungsvoraussetzungen für den Eintritt der Unwirksamkeitsfolge nicht verlangt wird.

Unseres Erachtens sollte das Grundbuchamt bei Fehlen einer ausdrücklichen Scheidungsklausel oder bei Aufnahme einer ausdrücklichen Scheidungsklausel mit dem Inhalt der gesetzlichen Auslegungsregel regelmäßig weder einen die Erbfolge ausweisenden Erbschein noch (zumindest) eine eidesstattliche Versicherung über das Nichtvorliegen der Scheidungs Voraussetzungen verlangen können. Letztlich sollte auch dann nichts anderes gelten, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Scheidungsklausel über § 2077 Abs. 1 S. 1 BGB hinausgeht. Das Gutachten gelangte daher zum Ergebnis, dass das Grundbuchamt den **Erbschein oder eine eidesstattliche Versicherung nur dann** fordern kann, **wenn es tatsächliche konkrete Anhaltspunkte** für das Eingreifen der Scheidungsklausel hat.

## 2. Aktueller Streitstand

### a) Literatur

Die seit Veröffentlichung des Gutachtens erschienene Literatur hat sich – soweit ersichtlich – der darin geäußerten **Ansicht angeschlossen** (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 790; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 35 GBO Rn. 86). Laut *Lange* (ZEV 2009, 371, 373) etwa kann weder das Registergericht noch das Grundbuchamt ohne konkreten Hinweis für die Auflösung der Ehe oder eines Verlöbnisses einen Nachweis dafür verlangen, dass der Erblasser die Scheidung der Ehe beantragt oder ihr zugestimmt hat, zumal dieser Nachweis nur durch eidesstattliche Versicherung erbracht werden könnte. Es liefe § 35 Abs. 1 S. 2 GBO zuwider, könnte jede verheiratete Person die Erbfolge nur durch einen Erbschein nachweisen (*Lange*, ZEV 2009, 371, 373).

### b) Rechtsprechung

#### aa) KG v. 13.11.2012

Auch die Rechtsprechung hat sich mittlerweile mit dem Problem befasst. So hat etwa das KG (Zerb 2013, 41 = Rpfleger 2013, 199 = NotBZ 2013, 33) entschieden: **Allein aus einer im Ehegattentestament enthaltenen Scheidungsklausel, die sich an die Voraussetzungen des § 2077 Abs. 1 BGB anlehne, ließen sich keine Zweifel am behaupteten Erbrecht ableiten**, die das Verlangen der Erbscheinsvorlage rechtfertigen könnten. Auch entfernte oder abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht nur unter ganz besonderen Umständen in Frage stellten, genügten nicht; das Unwirksamwerden infolge eines Scheidungsantrags sei eine solche abstrakte Möglichkeit. Laut KG macht es keinen Unterschied, ob die Scheidungsklausel im Ehegattentestament fehlt oder ob eine ausdrückliche Scheidungsklausel enthalten ist, die sich an die Voraussetzungen des § 2077 Abs. 1 BGB anlehnt. Schließlich verweist das KG auch auf die berechtigten Interessen des Erben an einer möglichst raschen und kostengünstigen Abwicklung des Nachlasses (vgl. BGH DNotZ 2006, 300, 301 = DNotI-Report 2005, 126 – Entscheidung zur Entbehrlichkeit des Erbscheins).

#### bb) OLG München v. 28.10.2015

Mit Beschluss vom 28.10.2015 hat inzwischen auch das OLG München (ZEV 2016, 401 m. Anm. Volmer = NotBZ 2017, 61) Stellung genommen. Die Entscheidung betrifft zwar kein (notariell beurkundetes) gemeinschaft-

liches Testament, sondern einen Ehegattenerbvertrag. Im Hinblick auf den Nachweis gem. § 35 GBO stellen sich jedoch dieselben Fragen.

Das OLG München hat zum einen seine Rechtsprechung (ZEV 2015, 705 = notar 2016, 94 [Röhl]) bestätigt, wonach es – zumindest nach Einführung des Zentralen Testamentsregisters – **nicht mehr notwendig** sei, dem Grundbuchamt die **Nichtausübung eines im Erbvertrag vorbehaltenen Rücktrittsrechts** (vgl. § 2293 BGB) durch **eidesstattliche Versicherung** nachzuweisen. Nach Ansicht des OLG erscheinen vielmehr die Vorlage des Erbvertrags und der Eröffnungsniederschrift ausreichend. Dies hat das OLG damit begründet, dass das Grundbuchamt der Eröffnungsniederschrift (§ 348 FamFG) oder den beizuziehenden Nachlassakten die Angaben nach den §§ 2354, 2355 BGB entnehmen könne (ZEV 2016, 401, 402). Diese müssten nach § 2356 Abs. 2 BGB „regelmäßig und insbesondere auch“ eine eidesstattliche Versicherung zu der Frage enthalten, ob weitere Verfügungen von Todes wegen (etwa auch eine Rücktrittserklärung) vorhanden seien. Das OLG München hat insoweit die Verwendungsfähigkeit notariell beurkundeter gemeinschaftlicher Testamente und Erbverträge im Grundbuchverfahren gestärkt.

Jedoch hat das OLG München die Verwendungsfähigkeit notariell beurkundeter gemeinschaftlicher Testamente und Erbverträge mit **erweiternder Scheidungsklausel** im Gegensatz zur bisher wohl herrschenden Ansicht eingeschränkt. Zumindest für Scheidungsklauseln, die von der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2077 Abs. 1 BGB erweiternd abwichen und die – wie im vorliegenden Fall – schon beim Scheidungsantrag eines der beiden Ehegatten die Unwirksamkeit der erbvertraglichen Regelungen bewirkten – unabhängig davon, ob die Voraussetzungen der Ehescheidung gegeben seien –, müssten **andere Grundsätze** gelten. Die Unwirksamkeit des Erbvertrags wegen eines Scheidungsantrags sei keine ganz entfernte, bloß auf theoretischen Überlegungen beruhende Möglichkeit. Die Scheidung von Ehen sei alles andere als selten und bei der gewählten Klausel genüge bereits ein Antrag, der einmal gestellt, dann aber wieder zurückgenommen worden sei (ZEV 2016, 401, 402 Tz. 16). Das OLG München (ZEV 2016, 401, 402 Tz. 17) gelangt daher zum Ergebnis, dass bei einer erbvertraglich vereinbarten, von der gesetzlichen Regel abweichenden Scheidungsklausel gegenüber dem Grundbuchamt **regelmäßig der Nachweis** zu erbringen sei, **dass bis zum Tod des Erblassers kein Antrag auf Scheidung** der Ehe gestellt worden sei. Denn insoweit bestehe eine Nachweislücke hinsichtlich einer Tatsache, die nicht als bloß abstrakte, entfernte Möglichkeit zu bezeichnen sei. Nach Ansicht des OLG München kann der zu erbringende Nachweis – wenn nicht durch Vorlage eines Erbscheins – zumindest durch eine **eidesstattliche Versicherung des überlebenden Ehegatten** erbracht werden (ZEV 2016, 401, 402 Tz. 17); ebendies hatte das Grundbuchamt im vorliegenden Fall verlangt.

Die Entscheidung des OLG München ist in der bisher dazu erschienenen Literatur überwiegend auf **Kritik** gestoßen (anders wohl nur Böhringer, ZEV 2017, 68, 71 f.). So führt *Volmer* (ZEV 2016, 402, 403) zu Recht aus, dass der Verweis des OLG München auf den bereits zum 17.8.2015 abgeschafften § 2356 Abs. 2 BGB (jetzt § 352 Abs. 2 FamFG) fehlerhaft sei, denn dieser wür-

de nur für den Erbscheinsantrag gelten, der im Falle des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO gerade nicht gestellt sei. Außerdem bezweifelt *Volmer* die praktische Relevanz (maßvoller) rechtsgeschäftlicher Erweiterungen des § 2077 Abs. 1 BGB; selbst ausdrückliche Scheidungsklauseln, die eine solche enthielten, könnten noch als **fernliegende Fälle** angesehen werden (so auch JurisPK-BGB/Reymann, 8. Aufl. 2017, Std.: 22.5.2017, § 2268 Rn. 20).

### 3. Ergebnis

Die Frage, ob der überlebende Ehegatte im Falle einer Scheidungsklausel im Ehegattenerbvertrag oder notariell beurkundeten gemeinschaftlichen Testament zur Grundbuchberichtigung eine **eidesstattliche Versicherung** betreffend das Nichtvorliegen der Scheidungsvoraussetzungen oder der (gegenüber der gesetzlichen Regel erweiternden) Voraussetzungen der Scheidungsklausel vorlegen muss, ist **noch nicht abschließend geklärt**. Das **OLG München** (ZEV 2016, 401) hat dies in einer aktuellen Entscheidung für die erweiternde Scheidungsklausel (wie sie vorliegend gegeben ist) **bejaht** und ist damit von der bislang wohl h. A. (vgl. Gutachten DNotI-Report 2006, 181) abgewichen. Die vom OLG München zugelassene Rechtsbeschwerde (§ 78 GBO) wurde nicht eingelegt, sodass mit einer baldigen höchstgerichtlichen Klärung der umstrittenen Rechtsfrage leider nicht zu rechnen ist.

---

## KAGB §§ 1, 17, 18 Abs. 1, 80, 83, 84, 89a, 91, 92, 93, 246, 253; BGB §§ 675, 670, 257 Kapitalverwaltungsgesellschaft als Käuferin einer Immobilie für Rechnung eines Sondervermögens: Schuld, Haftung und Zwangsvollstreckungsunterwerfung

### I. Sachverhalt

A verkauft seine Immobilie an eine externe Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) i. S. d. Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB). Die KVG erwirbt die Immobilie für ihr Sondervermögen X. Sie hat außerdem noch das Sondervermögen Y.

### II. Fragen

1. Welche Vermögensmassen der KVG haften für die Kaufpreisschuld? Nur das Sondervermögen X und/oder auch die KVG mit ihrem Eigenvermögen? Ist die Haftung der KVG mit dem Sondervermögen Y („anderer Fonds“) für die Kaufpreisschuld ausgeschlossen? Weicht die Haftung für den Schadensersatzanspruch bei Nichtzahlung des Kaufpreises davon ab?

2. Entsteht ein Aufwendungsersatzanspruch erst nach Zahlung des Kaufpreises durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft oder bereits mit Abschluss des Kaufvertrags?

3. Wie kann sich die KVG in rechtlich zulässiger Weise der Zwangsvollstreckung wegen der Kaufpreisschuld unterwerfen? Kann sich die KVG

- ohne jegliche Beschränkung
- beschränkt auf das Eigenvermögen, also ausgenommen die Sondervermögen
- nur bzgl. des Aufwendungsersatzanspruchs gegen das Sondervermögen X

der Zwangsvollstreckung für die Kaufpreisschuld unterwerfen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Grundlegende Begriffe und Aspekte des KAGB

##### a) Kapitalverwaltungsgesellschaft

Kapitalverwaltungsgesellschaften sind nach § 17 Abs. 1 S. 1 KAGB Unternehmen mit satzungsmäßigem Sitz und Hauptverwaltung im Inland, deren Geschäftsbetrieb darauf gerichtet ist, inländische Investmentvermögen, EU-Investmentvermögen oder ausländische AIF (alternative Investmentfonds) zu verwalten. „Investmentvermögen“ ist jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren, und der kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist (§ 1 Abs. 1 S. 1 KAGB). **Verwaltung eines Investmentvermögens** liegt vor, wenn mindestens die Portfolioverwaltung oder das Risikomanagement für ein oder mehrere Investmentvermögen erbracht wird (§ 17 Abs. 1 S. 2 KAGB). Für jedes Investmentvermögen kann **nur eine Kapitalverwaltungsgesellschaft** zuständig sein, vgl. § 17 Abs. 3 KAGB. Nach § 17 Abs. 2 KAGB ist eine Kapitalverwaltungsgesellschaft entweder eine externe oder eine interne Kapitalverwaltungsgesellschaft.

Eine **externe Kapitalverwaltungsgesellschaft** wird vom Investmentvermögen oder im Namen des Investmentvermögens bestellt und ist aufgrund dieser Bestellung für die Verwaltung des Investmentvermögens verantwortlich (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 KAGB). Externe Kapitalverwaltungsgesellschaften dürfen nur in der **Rechtsform** der Aktiengesellschaft, der GmbH oder einer Kommanditgesellschaft, bei der persönlich haftender Gesellschafter ausschließlich eine GmbH ist (GmbH & Co. KG), betrieben werden, vgl. § 18 Abs. 1 KAGB.

Eine Kapitalverwaltungsgesellschaft kann auch das **Investmentvermögen selbst** sein, wenn die Rechtsform des Investmentvermögens eine interne Verwaltung zulässt und der Vorstand oder die Geschäftsführung des Investmentvermögens entscheidet, keine externe Kapitalverwaltungsgesellschaft zu bestellen. Dann handelt es sich um eine **interne Kapitalverwaltungsgesellschaft** (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 KAGB). Als interne Kapitalverwaltungsgesellschaft kommen allein die gesellschaftsvertraglichen Fondsvehikel in Betracht, d. h. die **Investmentaktiengesellschaft** (InvAG) und die **Investmentkommanditgesellschaft** (InvKG), deren Vorstand oder Geschäftsführung frei die Selbstverwaltung oder Fremdverwaltung wählen kann (Winterhalder, in: Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 17 Rn. 49).

##### b) Offenes inländisches Investmentvermögen: Immobilien-Sondervermögen

Offene inländische Investmentvermögen (zum Begriff vgl. § 1 Abs. 1, 4 und 7 KAGB) dürfen nach § 91 Abs. 1 KAGB grundsätzlich nur als Sondervermögen oder als InvAG mit veränderlichem Kapital (oder nach Maßgabe des § 91 Abs. 2 KAGB als offene InvKG) aufgelegt werden. **Ausschließlich als Sondervermögen** dürfen offene inländische Investmentvermögen aufgelegt werden, die nach den Anlagebedingungen das bei ihnen eingelegte Geld in **Immobilien** (zum Begriff § 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB) anlegen (§ 91 Abs. 3 KAGB). Eine

InvAG mit veränderlichem Kapital oder eine offene InvKG scheidet somit für solche offenen inländischen Investmentvermögen aus (vgl. auch Anders, in: Weitnauer/Boxberger/Anders, § 91 Rn. 8).

Sondervermögen sind inländische offene Investmentvermögen in Vertragsform, die von einer Verwaltungsgesellschaft (zum Begriff vgl. § 1 Abs. 14-16 KAGB) für Rechnung der Anleger nach Maßgabe des KAGB und den Anlagebedingungen, die das Rechtsverhältnis der Verwaltungsgesellschaft zu den Anlegern bestimmen, verwaltet werden (§ 1 Abs. 10 KAGB).

Die zum Sondervermögen gehörenden Vermögensgegenstände können grundsätzlich nach Maßgabe der Anlagebedingungen im Eigentum der Kapitalverwaltungsgesellschaft (sog. **Treuhandlösung**) oder im Miteigentum der Anleger (sog. **Miteigentumslösung**) stehen, vgl. § 92 Abs. 1 S. 1 KAGB. Abweichend davon können Vermögensgegenstände, die zum Immobilien-Sondervermögen eines offenen inländischen Publikums-AIF (vgl. § 1 Abs. 3, 4, 6 und 7 KAGB) gehören, nur im Eigentum der AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft stehen (§ 245 KAGB). **Immobilien-Sondervermögen** sind nach § 1 Abs. 19 Nr. 23 KAGB Sondervermögen, die nach den Anlagebedingungen das bei ihnen eingelegte Geld in Immobilien anlegen (wobei alternative Anlageformen nicht vollständig ausgeschlossen sind; dies ist § 253 KAGB zu entnehmen, der hinsichtlich alternativer Anlageformen Höchstgrenzen vorsieht, vgl. Wind/Fritz, in: Weitnauer/Boxberger/Anders, § 230 Rn. 7 f.). Die **Beschränkung auf die Treuhandlösung** ist rein praktisch motiviert; würden die Anleger Miteigentümer an den Immobilien, so müssten sie als solche im Grundbuch eingetragen werden, was bei einer größeren Anzahl von Anlegern und deren Ausscheiden und Beitritt unpraktikabel wäre (siehe Kautenburger-Behr, in: Weitnauer/Boxberger/Anders, § 245 Rn. 3). Wegen der Gefahren, die mit der Treuhandlösung einhergehen – insbesondere geht das rechtliche Können des Treuhänders mitunter deutlich über das rechtliche Dürfen hinaus (s. § 93 Abs. 1 KAGB zur Verfügungsbefugnis der Kapitalverwaltungsgesellschaft bzgl. der Gegenstände des Sondervermögens) –, hat der Gesetzgeber in §§ 246 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 3 KAGB zwingend die **Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch** vorgesehen (vgl. Kautenburger-Behr, § 245 Rn. 4). Für entsprechende Verfügungen ist die **Zustimmung der Verwahrstelle** (zur AIF-Verwahrstelle s. § 80 KAGB) erforderlich.

Das Sondervermögen ist vom eigenen Vermögen der Kapitalverwaltungsgesellschaft getrennt zu halten (sog. **Trennungsgebot**), § 92 Abs. 1 S. 2 KAGB. Zum Sondervermögen gehört auch all das, was die Kapitalverwaltungsgesellschaft aufgrund eines zum Sondervermögen gehörenden Rechts oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Sondervermögen bezieht, oder was sie als Ersatz für ein zum Sondervermögen gehörendes Recht erwirbt, § 92 Abs. 2 KAGB.

Die Kapitalverwaltungsgesellschaft darf **mehrere Sondervermögen** bilden; diese haben sich allerdings durch ihre Bezeichnung zu unterscheiden und sind **getrennt zu halten**, § 92 Abs. 3 KAGB.

### c) Organisationsformen außerhalb des Investmentrechts

Organisationsformen außerhalb des Investmentrechts

bleiben von der Einschränkung des § 91 Abs. 3 KAGB unberührt. Sie können deshalb unabhängig von dieser Vorschrift gesellschaftsrechtlich verfasst sein. Dazu zählen insbesondere **Immobilien-Aktiengesellschaften**, die nach ihrem Geschäftszweck in Immobilien und/oder entsprechende Dienstleistungen investieren und typischerweise börsennotiert sind. In einigen Fällen weisen solche börsennotierten Immobilien-Aktiengesellschaften den steuerlich begünstigten Status einer **REIT-Aktiengesellschaft** nach dem REITG auf. Die Immobilieninvestitionen erfolgen im Rahmen der allgemeinen operativen Tätigkeit und Unternehmensstrategie der Aktiengesellschaft, aber ohne rechtlich festgelegte Anlagestrategie oder sonstige Formalien, ausgenommen diejenigen des Gesellschaftsrechts (s. Anders, § 91 Rn. 9 und Wind/Fritz, Vor §§ 230 ff. Rn. 1 ff.; zur Frage, ob Immobilien-Aktiengesellschaften und REITs in den Anwendungsbereich des KAGB fallen, s. das Auslegungsschreiben der BaFin vom 14.6.2013, Q 31-Wp 2137-2013/0006 sowie – insoweit nur zur REIT – Markt, BB 2013, 1986).

### d) Geschlossene inländische Investmentvermögen

Geschlossene inländische Investmentvermögen (vgl. § 1 Abs. 1, 5 und 7 KAGB) dürfen nach **§ 139 KAGB** nur als InvAG mit fixem Kapital oder als geschlossene InvKG aufgelegt werden. Den Regelungszweck dieser Rechtsformbeschränkung sieht der Gesetzgeber insbesondere im „Ausschluss von Haftungsrisiken für die Anleger“ (BT-Drucks. 17/12294, S. 246; s. auch Silberberger/Lorenz, in: Weitnauer/Boxberger/Anders, § 139 Rn. 3).

## 2. Haftung bei der Kapitalverwaltungsgesellschaft mit Sondervermögen

### a) „Doppeltes Prinzip der Abschirmung“

Im vorliegenden Fall ist die Käuferin eine externe Kapitalverwaltungsgesellschaft. Schließt eine externe **Kapitalverwaltungsgesellschaft** einen Kaufvertrag als Käuferin ab, so **schuldet** sie nach § 433 Abs. 2 BGB insbesondere die **Zahlung des Kaufpreises**. Zur Frage der Haftung mit dem Sondervermögen findet sich in § 93 Abs. 2 KAGB folgende Regelung:

*„Das Sondervermögen haftet nicht für Verbindlichkeiten der Kapitalverwaltungsgesellschaft; dies gilt auch für Verbindlichkeiten der Kapitalverwaltungsgesellschaft aus Rechtsgeschäften, die sie für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger tätigt. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft ist nicht berechtigt, im Namen der Anleger Verbindlichkeiten einzugehen. Von den Vorschriften dieses Absatzes abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.“*

Die Vorschrift folgt zur Stärkung des Anlegerschutzes dem sog. **„doppelten Prinzip der Abschirmung“** (dazu und zum Weiteren Moroni, in: Moritz/Klebeck/Jesch, KAGB, 2016, § 92 Rn. 4). Das Sondervermögen ist zum einen nicht selbst Rechtssubjekt, sondern nur Anknüpfungspunkt von Verwaltungsvorschriften. Die **Kapitalverwaltungsgesellschaft schließt Verträge im eigenen Namen** (sie ist nach § 93 Abs. 1 KAGB auch berechtigt, nach Maßgabe des KAGB und der Anlagebedingungen im eigenen Namen über die Gegenstände des Sondervermögens zu verfügen und alle Rechte aus ihnen auszuüben), eine **direkte Haftung des Sondervermögens und der Anleger** ist konsequenterweise gem. § 93 Abs. 2 KAGB **ausge-**

**schlossen.** Die Vorschrift hindert also – auch für die Treuhandlösung – den Gläubigerzugriff auf Vermögensgegenstände des Sondervermögens (Moroni, § 93 Rn. 7 m. w. N.).

Die Abschirmung setzt sich fort durch die **strikte Trennung des Sondervermögens** vom Eigenvermögen der Kapitalverwaltungsgesellschaft sowie der Sondervermögen untereinander (Moroni, § 92 Rn. 4).

### **b) Wirtschaftliche Verantwortung des Sondervermögens**

Vom Ausschluss der direkten Haftung des Sondervermögens bleibt die nachgelagerte wirtschaftliche Verantwortung des Sondervermögens für ihr handelndes Rechtssubjekt unberührt (Moroni, § 93 Rn. 8). Die Kapitalverwaltungsgesellschaft kann sich – bei Befolgung des KAGB und der Anlagebedingungen – wegen ihrer Ansprüche auf **Vergütung** und auf **Ersatz von Aufwendungen** aus den für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger getätigten Geschäften **aus dem Sondervermögen** befriedigen, vgl. § 93 Abs. 3 Hs. 1 KAGB. Die Anleger haften ihr jedoch nicht persönlich, vgl. § 93 Abs. 3 Hs. 2 KAGB. Die Auszahlung an die Kapitalverwaltungsgesellschaft unterliegt der **Verwahrstellenkontrolle** gem. § 83 Abs. 6 S. 1 KAGB (Moroni, § 92 Rn. 4 und § 93 Rn. 8).

Demnach gilt: Den Kaufpreis schuldet rechtlich betrachtet nur die Kapitalverwaltungsgesellschaft, das Sondervermögen schuldet ihn nicht und haftet auch nicht dafür. Dies gilt sowohl für das betroffene Sondervermögen (vorliegend das Sondervermögen X) als auch für etwaige andere Sondervermögen (vorliegend das Sondervermögen Y). Zum Vermögen der Kapitalverwaltungsgesellschaft gehören jedoch nach Maßgabe des KAGB und der Anlagebedingungen evtl. Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüche der Kapitalverwaltungsgesellschaft gegen das betroffene Sondervermögen (vorliegend das Sondervermögen X) gem. §§ 675, 611 bzw. §§ 675, 670 BGB (dazu Anders, § 93 Rn. 9; Moroni, § 93 Rn. 8, 10). Ein Aufwendungsersatzanspruch besteht allerdings nur für solche Rechtsgeschäfte, bei denen die Gesellschaft die **Aufwendung** für **erforderlich** halten durfte. Kein Aufwendungsersatzanspruch kommt der Gesellschaft daher für Rechtsgeschäfte zu, mit denen sie gegen das Gesetz oder die Anlagebedingungen verstoßen hat (Anders, § 93 Rn. 9; Moroni, § 93 Rn. 11).

Die Gläubiger der Kapitalverwaltungsgesellschaft können den **Aufwendungsersatzanspruch pfänden** und ihn sich überweisen lassen, §§ 829, 835 ZPO (vgl. Moroni, § 93 Rn. 8). Bei wirtschaftlicher Betrachtung „**haftet**“ somit das betroffene **Sondervermögen mittelbar** auch für die Kaufpreisschuld. Dabei ist – wie gesagt – zu beachten, dass ersatzfähige Aufwendungen nur solche sind, die die Kapitalverwaltungsgesellschaft in Ausführung ihrer Verwaltungstätigkeit für erforderlich halten durfte.

### **c) Regelungen für den Fall des fehlenden Aufwendungsersatzanspruchs**

§ 93 Abs. 3 KAGB regelt nur den Haftungsadressaten der Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüche, nicht jedoch Voraussetzungen und Inhalt dieser Ansprüche. Die Vorschrift stellt klar, dass das Sondervermögen die **letzte Haftungsinstanz** ist, und schließt die persönliche

Anlegerhaftung aus (Moroni, § 93 Rn. 10). Forderungen, die das Sondervermögen nicht abdeckt, sind uneinbringlich; eine Nachschusspflicht trifft die Anleger nicht (Anders, § 93 Rn. 8; Moroni, § 93 Rn. 10).

Die Kapitalverwaltungsgesellschaft trägt daher das Risiko, dass sie bei Abschluss eines Kaufvertrags im Verhältnis zum Vertragspartner einer vertraglichen Verbindlichkeit (vorliegend: Kaufpreiszahlung) ausgesetzt ist, dass jedoch im Verhältnis zum Sondervermögen kein entsprechender Aufwendungsersatzanspruch besteht. Die Literatur weist insoweit darauf hin, dass die Kapitalverwaltungsgesellschaft „*sich typischerweise gegenüber Dritten nur in Höhe ihres Aufwendungsersatzanspruchs verpflichtet*“ (Moroni, § 92 Rn. 4); häufig sei zu beobachten, „*dass sie [die KVG] ihre persönliche Haftung auf das Bestehen und den Umfang ihres – gegebenenfalls abgetretenen – Aufwendungsersatzanspruchs gegen das Sondervermögen zu beschränken versucht*“ (Moroni, § 93 Rn. 10).

Aus notarieller Sicht ist zu erwägen, mit den Beteiligten das **Risiko des fehlenden Aufwendungsersatzanspruchs** und dessen Folgen zu erörtern. So könnte man zwar über eine Regelung nachdenken, wonach der Kaufpreis nur geschuldet sein soll, wenn ein entsprechender Aufwendungsersatzanspruch besteht. Eine solche Regelung liegt jedoch nicht nahe, denn die Voraussetzungen für das Entstehen des Aufwendungsersatzanspruchs sind der Sphäre der Kapitalverwaltungsgesellschaft zuzuordnen. Zum anderen ist es der Kapitalverwaltungsgesellschaft typischerweise viel einfacher möglich als dem Vertragspartner, mit der Verwahrstelle die Erstattungsfähigkeit der geltend gemachten Aufwendungen vorab zu klären. Ggf. wären die Rechte der Vertragsparteien für den Fall zu erörtern und zu regeln, dass ein Aufwendungsersatzanspruch nicht oder nicht in Höhe des Kaufpreisanspruchs besteht. Insoweit sind evtl. vertragliche Vorkehrungen zum Schutz der Kapitalverwaltungsgesellschaft denkbar, die die Interessen beider Seiten in einen angemesseneren Ausgleich bringen als eine Beschränkung der Schuld oder Haftung, bspw. ein **Rücktrittsrecht** der Kapitalverwaltungsgesellschaft bei unzureichendem Aufwendungsersatzanspruch. Im Hinblick auf die von Gesetzes wegen beschränkte Haftung der Kapitalverwaltungsgesellschaft könnte man ferner die **Stellung von zusätzlichen Sicherheiten** in Erwägung ziehen.

### **3. Freistellungsanspruch**

Die Frage, ob die Kapitalverwaltungsgesellschaft statt eines Aufwendungsersatzanspruchs im Vorfeld auch einen Freistellungsanspruch geltend machen kann, wird in der Literatur **nicht einheitlich** beurteilt.

Nach einer Ansicht steht der Kapitalverwaltungsgesellschaft ein Freistellungsanspruch aus § 257 BGB nicht zu. Dies wird – wenig überzeugend – damit begründet, dass infolge eines solchen Befreiungsanspruchs die *Anleger* (mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht das Sondervermögen) für Verbindlichkeiten einzustehen hätten; § 93 Abs. 3 KAGB sei aber insoweit Spezialvorschrift zu § 257 BGB (so Schmitz, in: Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 2010, § 31 InvG Rn. 22 zur Vorgängervorschrift § 31 InvG).

Nach einer anderen Auffassung hat die Kapitalverwaltungsgesellschaft einen Anspruch auf Befreiung

von der Verbindlichkeit; dieser dürfe aber wegen § 93 Abs. 2 S. 1 KAGB nur auf Leistung im Innenverhältnis und nicht auf Übernahme der Haftung durch Anleger oder Sondervermögen gegenüber dem Gläubiger im Außenverhältnis gerichtet sein (Beckmann, in: Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, § 93 KAGB, EL 2/2017, § 93 Rn. 91). Andere formulieren, dass ein Freistellungsanspruch gegen das Sondervermögen „nicht ausgeschlossen“ sei. Dies entspreche auch dem in der Praxis üblichen Vorgehen, wonach die Kapitalverwaltungsgesellschaft bei Verpflichtungen, die für Rechnung des Sondervermögens eingegangen seien, die „Depotbank“ (heute: Verwahrstelle) mit deren Erfüllung direkt aus dem Konto des Sondervermögens anweise (Nietsch, in: Emde/Dornseifer/Dreibus/Hölscher, InvG, 1. Aufl. 2013, § 31 Rn. 26 zur Vorgängervorschrift § 31 InvG). In eine ähnliche Richtung geht die Einschätzung von *Moroni* (§ 93 Rn. 12, § 89a Rn. 6): Man scheine die Frage nach dem Freistellungsanspruch nur theoretisch zu stellen. In der Praxis würden jedenfalls Rechnungen regelmäßig direkt mit Mitteln des Sondervermögens beglichen.

#### 4. Zwangsvollstreckungsunterwerfung

##### a) Zwangsvollstreckungsunterwerfung ohne Beschränkung

Die erwogene Zwangsvollstreckungsunterwerfung ohne Beschränkungen (s. Frage 3) begegnet **keinen Bedenken**. Dass nach § 93 Abs. 2 S. 1 KAGB die Sondervermögen für Verbindlichkeiten der Kapitalverwaltungsgesellschaft rechtlich nicht (unmittelbar) haften, braucht in der Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht erwähnt zu werden. **Welches Vermögen haftet, ergibt sich aus dem Gesetz**. Soweit man von der gesetzlichen Regelung nicht abweichen will (etwa durch vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen), kann die Zwangsvollstreckungsunterwerfung ohne Beschränkungen erteilt werden. Dies ist auch sonst der Regelfall. So wird etwa in der Vollstreckungsunterwerfung einer Privatperson das nicht der Vollstreckung unterliegende Vermögen – vgl. etwa §§ 811, 850 ff. ZPO – ebenso wenig gesondert erwähnt.

Ob die Vollstreckung in einen Vermögensgegenstand oder eine Vermögensmasse möglich ist, wird vom **Vollstreckungsorgan geprüft**. Im Fall eines Verstoßes stehen dem Schuldner oder betroffenen Dritten die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung.

##### b) Zwangsvollstreckung beschränkt auf das Eigenvermögen

Die Zwangsvollstreckung beschränkt auf das Eigenvermögen unter Ausschluss der Sondervermögen entspricht vor dem Hintergrund des § 93 Abs. 2 S. 1 KAGB der Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung nach lit. a, enthält jedoch eine (überflüssige) Klarstellung.

##### c) Zwangsvollstreckung nur in Aufwendungsersatzanspruch gegen Sondervermögen

Nach der zuletzt erwogenen Variante soll die Vollstreckung nur in den Aufwendungsersatzanspruch gegen das Sondervermögen X möglich sein. **Vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen sind grundsätzlich zulässig** (vgl. MünchKommZPO/Schmidt/Brinkmann, 5. Aufl. 2016, § 766 Rn. 36 ff., auch zur Rechtsnatur solcher Vereinbarungen und zu den vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen, mit denen sie geltend ge-

macht werden können; Gaul, in: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 33 Rn. 35 ff.). Insbesondere ist eine gegenständliche Beschränkung der Zwangsvollstreckung – jedenfalls individualvertraglich – denkbar. Zu erörtern wäre jedoch, **ob** von den Parteien **nur eine Beschränkung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung** (mit der Möglichkeit, im Klagewege einen uneingeschränkten Titel zu erwirken) **oder** nicht vielmehr **auch eine Beschränkung der Haftung** gewünscht ist. Letzterenfalls stellen sich vergleichbare Fragen wie im Zusammenhang mit der oben diskutierten Beschränkung der Verpflichtung oder Haftung auf den Aufwendungsersatzanspruch (2 c)). Es erscheint *prima facie* zweifelhaft, dass nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten allein der Verkäufer das Risiko einer Nichtbeachtung der Anlagebedingungen und der Vorschriften des KAGB seitens der Kapitalverwaltungsgesellschaft tragen soll, obwohl die Einhaltung dieser Bedingungen und Vorschriften typischerweise in der Sphäre der KVG liegt.

Zweifelhaft ist ferner, ob eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf den Aufwendungsersatzanspruch sachgerecht ist. Wenn die Kapitalverwaltungsgesellschaft den Aufwendungsersatzanspruch nicht (mehr) hat, weil sie etwa zur Begleichung der Kaufpreisschuld bereits im Innenverhältnis freigestellt wurde (s. Ziff. 3), und den Kaufpreis nicht bezahlt, so sollte der Verkäufer wohl die Möglichkeit haben, in das Vermögen der Kapitalverwaltungsgesellschaft zu vollstrecken.

##### d) Bestimmtheitsanforderungen

Fraglich ist schließlich, welche Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu stellen sind.

Soweit die *Haftung* auf die Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs beschränkt werden, die Zwangsvollstreckungsunterwerfung jedoch unbeschränkt sein soll, dürften sich die Ausführungen von *Wolfsteiner* (Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn. 16.49) zur bedingungsabhängigen Anspruchshöhe übertragen lassen: Hiernach kann die Höhe eines Anspruchs bedingungsabhängig sein, im Falle eines Regressititels etwa von der Höhe der Inanspruchnahme. Der Betrag, dessentwegen der Gläubiger in Anspruch genommen worden sei, müsse jedoch im Klauselverfahren mit öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde nachgewiesen werden.

Soweit nicht die Höhe des titulierten Anspruchs, sondern lediglich die Zwangsvollstreckung gegenständlich auf bestimmte Vermögensgegenstände (vorliegend den Aufwendungsersatzanspruch) beschränkt werden soll, dürfte die genaue Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs nicht von Bedeutung sein. Vielmehr kommt es nur darauf an, dass die Gegenstände, die der Vollstreckung unterliegen, und diejenigen, die ihr nicht unterliegen, klar voneinander abgegrenzt sind. Der Wert der einzelnen Gegenstände wird insoweit nicht von Bedeutung sein.

#### 5. Zusammenfassung und Folgerungen für die Praxis

a) Kauft eine externe Kapitalverwaltungsgesellschaft im Sinne des KAGB eine Immobilie, so haftet sie für

den Kaufpreis mit ihrem Eigenvermögen. Weder das Sondervermögen, für dessen Rechnung gehandelt wurde, noch etwaige andere von der Kapitalverwaltungsgesellschaft verwaltete Sondervermögen schulden den Kaufpreis oder haften für diesen. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft hat jedoch nach Maßgabe der Anlagebedingungen grundsätzlich einen Anspruch auf Vergütung und auf Aufwendungsersatz gegen das Sondervermögen, für dessen Rechnung gehandelt wurde. Bei wirtschaftlicher Betrachtung „haftet“ somit das betroffene Sondervermögen regelmäßig mittelbar auch für die Kaufpreisschuld. Dies gilt jedoch nur im Hinblick auf Aufwendungen, die die Kapitalverwaltungsgesellschaft für erforderlich halten durfte, und damit insbesondere nicht für Aufwendungen aus Geschäften, die gegen das KAGB oder die Anlagebedingungen verstoßen haben.

Es könnte sich empfehlen, einen mit diesen Umständen nicht vertrauten Verkäufer auf diese Sachlage hinzuweisen.

b) Unterwirft sich die Kapitalverwaltungsgesellschaft wegen der Kaufpreiszahlung der sofortigen Zwangsvollstreckung, so muss der Umstand, dass laut gesetzlicher Anordnung die Sondervermögen für Verbindlichkeiten der Kapitalverwaltungsgesellschaft nicht haften, in der Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht gesondert erwähnt werden. Eine übliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist daher möglich. Ob die Vollstreckung in einen Vermögensgegenstand oder eine einzelne Vermögensmasse möglich ist, wird vom Vollstreckungsorgan geprüft.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

### **BGB § 883; ErbbauRG § 2 Nr. 4**

**Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Grundstückseigentümers auf Übertragung des Erbbaurechts vor Eintritt der Heimfallvoraussetzungen**

Abruf-Nr.:

### **EGBGB Artt. 14, 15**

**Russland: Grundstückserwerb durch einen russischen Staatsangehörigen, verheiratet mit einer ebenfalls russischen Staatsangehörigen und mit gewöhnlichem Aufenthalt der Eheleute in Deutschland**

Abruf-Nr.:

### **InsO §§ 129, 143**

**Insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit eines Rücktrittsrechts im Kaufvertrag für den Fall der Insolvenz des Käufers sowie Anfechtbarkeit des Ausschlusses einer Kaufpreiserstattung**

**1. Ein in einem Grundstückskaufvertrag zugunsten des Verkäufers vereinbartes Rücktrittsrecht für den Insolvenzfall ist nicht gläubigerbenachteiligend, wenn das Rücktrittsrecht von vornherein Bestandteil des gegenseitigen Vertrags ist, der Schuldner Rechte an der Sache ausschließlich aufgrund dieses Vertrags erworben hat, die Rücktrittsklausel den Berechtigten in den Stand setzt, einen Zugriff der Gläubiger auf die Sache jederzeit abwehren zu können, und die Rücktrittsklausel freie Verfügungen des Schuldners zugunsten einzelner Gläubiger ausschließt.**

**2. Die Verpflichtung des Schuldners in einem Grundstückskaufvertrag zur unentgeltlichen Rückübertragung im Fall des Rücktritts ist gläubigerbenachteiligend. Der Verwalter kann in diesem Fall verlangen, dass die Masse so gestellt wird, wie wenn dem Schuldner die gesetzlichen Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis zustünden.**

BGH, Urt. v. 12.10.2017 – IX ZR 288/14

### **Problem**

Im Jahre 2002 verkaufte eine Mutter an ihre Tochter eine Eigentumswohnung, wobei ein Teil des Kaufpreises sofort zur Zahlung fällig war und ein weiterer Kaufpreisteil durch monatliche Raten beglichen werden sollte. Im Vertrag behielt sich die Mutter ein Rücktrittsrecht vor, und zwar u. a. für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Tochter. Die Rücktrittsklausel (mit weiteren Rücktrittsgründen) entsprach einer Gestaltung, wie sie zumeist in Übergabeverträgen anzutreffen ist.

Nach dem Vertrag sollte eine etwaige Rückübertragung unentgeltlich erfolgen. Der potentielle Rückübertragungsanspruch der Mutter wurde durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert.

Mehrere Jahre später fiel die Tochter in Insolvenz und die Mutter begehrte vom Insolvenzverwalter die Rückübertragung der Immobilie. Der Insolvenzverwalter lehnte dieses Begehren mit der Begründung ab, das unentgeltliche Rückübertragungsrecht sei gem. § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar. Er sei deshalb berechtigt, die Rückübertragung der Eigentumswohnung zu verweigern.

### **Entscheidung**

Nach Ansicht des BGH steht der Mutter ein **Aussonderungsrecht** gem. §§ 47, 106 InsO zu.

Das Gericht **verneint** zunächst eine **Unwirksamkeit der Rückübertragungsvereinbarung gem. §§ 119, 103 InsO**. Eine unzulässige Umgehung des **Insolvenzverwalterwahlrechts** scheide aus, weil § 103 InsO voraussetze, dass sowohl der Schuldner als auch der andere Teil den gegenseitigen Vertrag noch nicht voll-

ständig erfüllt habe. Die Vorschrift erfasse also nur beiderseits nicht vollständig erfüllte Verträge. Hieran fehle es, denn die Mutter habe die von ihr geschuldete Eigentums- und Besitzverschaffung bereits erfüllt. Des Weiteren könne dahinstehen, ob das **Rückgewährschuldverhältnis** von § 103 InsO erfasst sei, da insoweit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters jedenfalls durch die Vormerkung beschränkt sei (§ 106 Abs. 1 S. 1 InsO).

Für eine Nichtigkeit des Rückübertragungsrechts gem. § 138 BGB sieht das Gericht ebenfalls keine Anhaltspunkte.

Hinsichtlich der **insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit** differenziert das Gericht sodann zwischen dem Rücktrittsvorbehalt als solchem und der hieraus resultierenden Unentgeltlichkeit der Rückübertragungspflicht.

Eine zur Insolvenzanfechtung berechtigende Gläubigerbenachteiligung sei **hinsichtlich des Rücktrittsrechts nicht** anzunehmen, wenn dieses – wie hier – von vornherein Bestandteil des gegenseitigen Vertrags sei, der Schuldner das Eigentum an der Immobilie ausschließlich aufgrund des Vertrages erworben habe, die Rücktrittsklausel den Berechtigten in die Lage versetze, den Gläubigerzugriff jederzeit abzuwehren, und überdies die Rücktrittsklausel eine freie Verfügung des Schuldners zugunsten einzelner Gläubiger ausschließe. Die Wohnung sei in dieser Situation letztlich **nie unbe-**

**lasteter Bestandteil des Schuldnervermögens** geworden, weshalb die nunmehrige Rückübertragung die Vermögensinteressen der Gläubiger nicht gefährde.

Die Rücktrittsklausel als solche hält somit der gerichtlichen Überprüfung stand. **Anders** beurteilt das Gericht indes die **Unentgeltlichkeit der Rückübertragungspflicht**. Im Falle des Rücktritts könne der Käufer zum einen den bezahlten Kaufpreis (§ 346 Abs. 1 BGB) und zum anderen den Ersatz notwendiger Verwendungen sowie anderer Aufwendungen (§ 347 Abs. 2 BGB) verlangen. Diese **Ansprüche** seien bereits **kraft Gesetzes** mit Abschluss des Vertrages angelegt, weshalb es sich um einen Verzicht der Tochter auf diese gesetzlichen Ansprüche handele. Dieser Verzicht benachteilige die Gläubiger und sei demzufolge anfechtbar.

Der Kaufvertrag könne zwar nur insgesamt angefochten werden; eine Anfechtung einzelner Bestimmungen des Vertrags komme nicht in Betracht. Dennoch könne die **Anfechtung** in ihrer Rechtsfolge eine **begrenzte Wirkung** entfalten. Zur Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung genüge es, dem Insolvenzverwalter ein **Zurückbehaltungsrecht betreffend die gesetzlichen Ansprüche nach §§ 346 ff. BGB** vorzubehalten. Im Ergebnis sei der Insolvenzverwalter also zu einer Auflassung und Herausgabe der Wohnung Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises und Ersatz von Verwendungen verpflichtet.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de).

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

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

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

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

**Verlag:**

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

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg