

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

15. Jahrgang
März 2007
ISSN 1434-3460

5/2007

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 30, 64, 67; VRV – Besonderer Vertreter eines Vereins: Satzungsbestimmung und Eintragung im Vereinsregister

BGB §§ 2100 ff., 2197 ff., 2222 – Vorerbe als Testamentsvollstrecker, insbes. Nacherbenvollstrecker

Berichtigung zu Gutachten, DNotI-Report 2007, 9

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 123, 138 Abs. 1, 358 Abs. 3 – Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank über eine von ihr erkannte arglistige Täuschung durch den Verkäufer

ZPO §§ 829, 857; BGB §§ 1066, 743, 745 – Pfändung eines Bruchteilsnießbrauchs

ErbbauVO § 9a Abs. 1; BGB § 157 – Wertsicherungsklausel und gesetzliche Erhöhungsgrenze für Erbbauzins

BGB §§ 1408, 138 Abs. 1, 1572 Nr. 1 – Wirksamkeit eines gegenseitigen Unterhaltsverzichts zweier Sozialhilfeempfänger im Ehevertrag

BGB §§ 2352, 2069, 2270, 2271, 2348 – Wiedererlangung der Testierfreiheit durch Zuwendungsverzicht nur des unmittelbar berufenen Schlusserven

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 30, 64, 67; VRV (Vereinsregisterverordnung)

Besondere Vertreter eines Vereins: Satzungsbestimmung und Eintragung im Vereinsregister

I. Sachverhalt

Ein Verein will einen besonderen Vertreter gemäß § 30 BGB bestellen. Dieser soll den Verein bei der Verwaltung einer dem Verein gehörenden Immobilie vertreten (aber ohne dingliche Verfügungsbefugnis über die Immobilie). Eine bloße rechtsgeschäftliche Vollmacht ist ausdrücklich nicht gewollt. Der Vereinsvorstand ist sich unsicher, wie er dazu vorgehen soll.

II. Frage

1. Welche Satzungsgrundlage ist für die Bestellung besonderer Vertreter gemäß § 30 BGB erforderlich? Muss die Satzung insbesondere bereits den genauen Aufgabenbereich des besonderen Vertreters festlegen?

2. Kann der besondere Vertreter vom Vereinsvorstand bestellt werden oder ist dies der Mitgliederversammlung vorbehalten? Muss der Beschluss auch den genauen Aufgabenbereich des besonderen Vertreters benennen?

3. Können oder müssen die Bestellung eines besonderen Vertreters und dessen Aufgabenbereich in das Vereinsregister eingetragen werden?

III. Zur Rechtslage

1. Besonderer Vertreter als fakultatives Vereinsorgan mit beschränkter Zuständigkeit

Ein durch die Satzung bestimmter besonderer Vertreter i. S. d. § 30 BGB ist neben dem Vorstand ein zusätzliches (**fakultatives**) **Organ mit begrenzter Zuständigkeit**. In dem ihm zugewiesenen Geschäftskreis hat der besondere Vertreter die Stellung eines gesetzlichen Vertreters des Vereins, der nach außen für den Verein handelt und im Innenverhältnis die Vereinsgeschäfte zu führen hat. Die Bestellung eines besonderen Vertreters ermöglicht insbes. größeren Vereinen eine differenziertere Vertretungsorganisation. So kann etwa der Kassenwart/Schatzmeister bei entsprechender Satzungsregelung als eigenes Organ neben dem Vorstand besonderer Vertreter i. S. d. § 30 BGB sein (Reichert, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 10. Aufl. 2005, Rn. 2638).

2. Satzungsmäßige Grundlage

a) Amt des besonderen Vertreters

Die **Rechtsprechung** sah einen für den Verein Tätigen teilweise **auch ohne Satzungsgrundlage** als besonderen Vertreter an, etwa wenn dem Betreffenden „durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung wesensmäßige

Funktionen ... (des Vereins) zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen“ waren (BGH NJW 1977, 2259, 2260; zustimmend Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 30 Rn. 4). Ähnlich hatte es das Reichsgericht als ausreichend angesehen, wenn die Bestellung des besonderen Vertreters bloß „in der Satzung oder in sonstigen organisatorischen Vorschriften eine rechtliche Unterlage“ hatte (RGZ 91, 1, 5; ähnlich RGZ 163, 21, 30). Diese Fälle betrafen jeweils einen „**Haftungsvertreter**“, bei dem das entscheidende Gericht infolge der Annahme der Eigenschaft als besonderer Vertreter eine Organhaftung nach § 31 BGB bejahen konnte.

Für die **Vertretungsmacht** eines besonderen Vertreters verlangt die Rechtsprechung hingegen eine satzungsmäßige Grundlage, die allerdings nicht ausdrücklich sein muss. Vielmehr sei dem Wortlaut des § 30 BGB bereits genügt, wenn Amt und Aufgabenbereich des besonderen Vertreters in der Satzung „eine Grundlage“ haben (BayObLG 1981, 71 = MDR 1981, 668 = MittBayNot 1981, 114 = NJW 1981, 2068 = Rpfleger 1981, 310; BayObLG BayObLG-Report 1999, 56 = FGPrax 1999, 71 = MittBayNot 1999, 305 = Rpfleger 1999, 332; ähnlich LG Chemnitz NotBZ 2001, 427).

Hingegen verneinte das **BAG** bei Fehlen einer ausdrücklichen Satzungsbestimmung die Organstellung i. S. d. § 30 BGB und des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG (und bejahte damit die Arbeitnehmereigenschaft) (BAG NJW 1997, 3261 = NZA 1997, 959).

Auch die h.M. in der **Literatur** verlangt für die Bestellung des besonderen Vertreters eine Rechtsgrundlage in der Vereinssatzung (Burhoff, Vereinsrecht, 6. Aufl. 2006, Rn. 327; Reichert, Rn. 2636 ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 18. Aufl. 2006, Rn. 313; Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Aufl. 2004, Rn. 385; MünchKomm-Reuter, BGB, 5. Aufl. 2006, § 30 Rn. 6; Staudinger/Weick, BGB, 2005, § 30 Rn. 3). Dafür kann etwa die Erwähnung des Kassenwarts/Schatzmeisters als eigenes Organ neben dem Vorstand genügen; hingegen genügt es nicht, wenn die Satzung zwar Vereinsabteilungen vorsieht, die Abteilungsleiter aber nicht als Organe bestimmt (Reichert, Rn. 2638 f.).

b) Aufgabenbereich

Die Bestellung eines besonderen Vertreters soll gemäß § 30 BGB „für gewisse Geschäfte“ erfolgen, für einen dem besonderen Vertreter „zugewiesenen Geschäftskreis“. Der besondere Vertreter muss eine gewisse Selbstständigkeit, d. h. einen eigenen, aber **begrenzten Tätigkeits- und Verantwortungsbereich** haben. Die Bestellung eines besonderen Vertreters für sämtliche Vorstandsgeschäfte ist unzulässig (OLG Hamm OLGZ 1978, 21, 24 = DNotZ 1978, 292, 295 = MDR 1978, 224). Daher kann jedenfalls nach einer Ansicht ein Vereins-/Verbandsgeschäftsführer, der allgemein mit der Erledigung des laufenden Geschäfts betraut ist, kein besonderer Vertreter nach § 30 BGB sein (Kirberger, Rpfleger 1979, 49; Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 313; Stöber, Rn. 385; a. A. Reichert, Rn. 2640 ff., wenn die Satzung dem Geschäftsführer organschaftliche Rechte zuweist; ähnlich LG Chemnitz NotBZ 2001, 427).

Eine **satzungsmäßige Grundlage** ist nicht nur für das Amt des besonderen Vertreters als solches erforderlich, sondern auch sein Aufgabenkreis muss in der Satzung umschrieben sein: „Der besondere Vertreter ist nach § 30 Abs. 1 BGB

„durch die Satzung“ zu bestimmen. Dies bedeutet, dass sein Amt und sein Aufgabenbereich in der Satzung des Vereins eine Grundlage haben müssen.“ (BayObLGZ 1981, 71, 76 = MDR 1981, 668 = MittBayNot 1981, 114 = NJW 1981, 2068 = Rpfleger 1981, 310; vgl. etwa Reichert, Rn. 2649; Stöber, Rn. 385)

Der Geschäftskreis muss allerdings noch nicht abschließend in der Vereinssatzung bestimmt sein. In der Satzung genügt eine blankettartige Ermächtigung, die erst **mit dem Beschluss** über die Bestellung des jeweiligen besonderen Vertreters **konkret ausgefüllt** und begrenzt wird (Staudinger/Weick, § 30 BGB Rn. 3). So hielt das BayObLG eine Satzungsregelung zur Bestellung besonderer Vertreter für „einzelne Projekte“ für zulässig; erst bei der Bestellung und der Registeranmeldung des jeweiligen besonderen Vertreters sei eine auf klaren sachlichen Kriterien beruhende Umschreibung des von ihm wahrzunehmenden Geschäftsbereichs zur Eingrenzung seiner Vertretungsmacht und zur Abgrenzung gegenüber der umfassenden Zuständigkeit des Vorstands erforderlich (BayObLG BayObLG-Report 1999, 56 = FGPrax 1999, 71 = MittBayNot 1999, 305 = Rpfleger 1999, 332; vgl. Reichert, Rn. 2637; Stöber, Rn. 383).

c) Vertretungsmacht

Nach § 30 S. 2 BGB erstreckt sich die Vertretungsmacht des besonderen Vertreters im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihm zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt. Enthält die Satzungsbestimmung, durch welche der Geschäftskreis eines besonderen Vertreters umrissen wird, keine genauere Begrenzung der Vertretungsmacht, ist die Satzung daher dahin zu verstehen, dass der besondere Vertreter innerhalb des Geschäftskreises für alle einschlägigen Rechtsgeschäfte Vertretungsmacht haben soll. Die Satzung kann die Vertretungsmacht jedenfalls beschränken, etwa auf Geschäfte der laufenden Verwaltung (Reichert, Rn. 2651 ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 313).

3. Beschluss über Bestellung des besonderen Vertreters

a) Zuständiges Vereinsorgan

Bestellt wird der besondere Vertreter von der Mitgliederversammlung nach den Bestimmungen über die Berufung des Vorstands (§ 27 BGB), wenn die Satzung keine abweichende Regelung trifft. Die Satzung kann jedoch auch vorsehen, dass der Vorstand den besonderen Vertreter ernennt.

b) Nähere Bestimmung des Aufgabenbereichs

Ergibt sich der genaue Aufgabenbereich des besonderen Vertreters nicht bereits aus der Vereinssatzung, so muss er im Bestellungsbeschluss festgelegt werden (s.o. Ziffer III. 2. b).

4. Eintragungspflicht oder –fähigkeit des besonderen Vertreters im Vereinsregister?

Nach § 64 BGB sind bei der Vereinsregistereintragung der Name und der Sitz des Vereins, der Tag der Errichtung der Satzung, die Mitglieder des Vorstands und ihre Vertretungsmacht anzugeben. Auch Änderungen des Vorstands sind nach § 67 BGB eintragungspflichtig. §§ 30, 64 und 67 BGB treffen aber keine Aussage, ob auch Name und Geschäftskreis des besonderen Vertreters in das Handelsregister eingetragen werden müssen oder zumindest eingetragen werden können.

a) Vereinsregisterverordnung

Die Vereinsregisterverordnung (VRV) enthält in der Fassung vom 10.2.1999 (BGBl. 1999 I, 147) eine ausdrückliche Regelung zur Eintragung besonderer Vertreter im Vereinsregister: „§ 3 (Gestaltung und Benutzung des Registerblatts): Das Registerblatt hat fünf Spalten. Die Einzelheiten ergeben sich aus dem Muster in der Anlage 1 zu dieser Verordnung. Es sind einzutragen: ... 3. in Spalte 3: unter Buchstabe a die allgemeine Vertretungsregelung und unter Buchstabe b die Vertretungsberechtigten (der Vorstand und etwaige Liquidatoren) mit Namen, Vornamen, Wohnort, Geburtsdatum und, soweit zweckmäßig, auch die Stellung im Vorstand sowie besondere Vertretungsbefugnisse ...“

Mit den in § 3 VRV genannten „besonderen Vertretungsbefugnissen“ sind nach der Begründung zur VRV ausdrücklich die Befugnisse des besonderen Vertreters (§ 30 BGB) zur Vertretung des Vereins in Teilbereichen gemeint: „Einzutragen ist auch die besondere Vertretungsbefugnis nach § 30 BGB oder aus anderem Grund.“ (BR-Drucks. 982/98, S. 36)

b) Rechtsprechung

Bereits zuvor bejahte die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung eine **Eintragungspflicht** (KG v. 2.10.1924 - JFG 2, 280, 281 = OLGR 44, 115; OLG Köln MittRhNotK 1986, 225; ebenso in einem *obiter dictum* das OLG Hamm OLGZ 1978, 21 = DNotZ 1978, 292, 295 = MDR 1978, 224). Das BayObLG stellte ausdrücklich jedenfalls die Eintragungsfähigkeit fest – und damit indirekt wohl auch die Eintragungspflicht (BayObLGZ 1981, 71 = MDR 1981, 668 = MittBayNot 1981, 114 = NJW 1981, 2068 = Rpfleger 1981, 310; BayObLGR 1999, 56 = FGPrax 1999, 71 = MittBayNot 1999, 305 = Rpfleger 1999, 332).

c) Literatur

Auch die wohl **h. M.** in der Literatur bejaht eine **Eintragungspflicht**. Sie begründet dies damit, dass das Vereinsregister die organschaftliche Vertretungsregelung des Vereins offenkundig machen soll; der besondere Vertreter sei daher ebenso wie der Vorstand im Register zu verlautbaren (Burhoff, Rn. 329; Reichert, Rn. 2659 ff.; Sauter/Schweyer/Waldner, Rn. 313; Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 2174; Schwarz, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 31 Rn. 11; MünchKomm-Reuter, § 30 BGB Rn. 14; Palandt/Heinrichs, § 30 BGB Rn. 6; Staudinger/Weick, § 30 BGB Rn. 9; Staudinger/Habermann, BGB, 2005, § 64 Rn. 10, 12; Katschinski, in: Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 5 Rn. 30).

Reuter argumentiert etwa: „Wenn es die Aufgabe des § 64 ist, die organschaftlichen Vertretungsverhältnisse beim eingetragenen Verein offenzulegen, lässt sich eine unterschiedliche Behandlung von Vorstand und besonderer Vertretung nicht begründen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man mit der hier vertretenen Ansicht für den besonderen Vertreter die Eigenschaft des Außenorgans fordert. Dass die Vertretungsmacht – anders als beim Vorstand – ausgeschlossen werden kann, verstärkt das Interesse des Rechtsverkehrs an Unterrichtung eher, als dass es dieses Interesse mindert.“ (MünchKomm/Reuter, § 30 BGB Rn. 14)

Jedenfalls für die Eintragungsfähigkeit des besonderen Vertreters wird insbes. auch auf die ausdrückliche Regelung in § 3 VRV verwiesen (Keidel/Krafka/Willer, Rn. 2174; Reichert, Rn. 2659).

Abgelehnt wird die Eintragungsfähigkeit des besonderen Vertreters hingegen etwa von *Stöber* (Handbuch zum Ver-

einsrecht, Rn. 389) sowie in älteren Stellungnahmen, etwa von *Jansen* (FGG, 2. Aufl. 1971, § 159 Rn. 5 – offen hingegen jetzt *Ries*, in: *Jansen*, FGG, 3. Aufl. 2006, § 159 Rn. 11), *Kirberger* (Rpfleger 1979, 10) sowie von *Steffen* (RGRK, 12. Aufl. 1982, § 64 BGB Rn. 3). Sie argumentieren v.a. mit dem Wortlaut des § 64 BGB, der nur die Eintragung des Vereinsvorstandes (§ 26 Abs. 1 BGB) vorsieht. *Stöber* weist darauf hin, dass die Eintragung nie vom Registergericht erzwungen wird – anders als bei Vorstandsänderungen. *Hadding* nimmt eine Eintragungspflicht differenzierend nur für den Fall an, dass die Vertretungsmacht des „besonderen Vertreters“ die des Vorstandes beschränkt (Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl. 2000, § 30 Rn. 14).

5. Ergebnis

Für die Bestellung eines besonderen Vertreters des Vereins nach § 30 BGB mit Vertretungsmacht ist damit eine Rechtsgrundlage in der Vereinsatzung erforderlich (während die Rechtsprechung einen „Haftungsvertreter“ nach § 31 BGB z. T. auch ohne solche Grundlage anerkannte). Auch der Aufgabenbereich muss in der Satzung jedenfalls seine Grundlage haben; die nähere Bestimmung muss dann spätestens im Bestellungsbeschluss erfolgen. Zuständiges Organ für die Bestellung ist die Mitgliederversammlung; die Satzung kann die Bestellung aber dem Vorstand übertragen. Nach der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung und überwiegender Literaturmeinung ist der besondere Vertreter auch nach § 64 BGB in das Vereinsregister einzutragen.

BGB §§ 2100 ff., 2197 ff., 2222

Vorerbe als Testamentsvollstrecker, insbes. Nacherbenvollstrecker

I. Sachverhalt

Eheleute haben zwei bereits verheiratete Söhne, welche ihrerseits auch bereits Kinder haben. Die Eheleute wollen durch Testamentsgestaltung sicherstellen, dass einerseits ihre Söhne den Nachlass des Letztversterbenden bekommen und darüber möglichst frei verfügen können, dass andererseits aber bei einem Versterben der Söhne nichts in die Hände der jeweiligen Schwiegertochter gelangt, sondern weiter an die Enkel, dann an eventuelle Urenkel fließt. Zu diesem Zweck wollen sie anordnen, dass ihre Söhne nur Vorerben werden. Gleichzeitig wollen sie ihnen aber während der Vorerbschaft so viel Freiraum wie möglich lassen. Fraglich ist deshalb, ob dies durch Kombination von Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung möglich ist.

II. Fragen

1. Können mehrere befreite Vorerben zu gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckern über ihre Vorerbschaft eingesetzt werden, mit der Folge, dass sie de facto nur den Beschränkungen von Testamentsvollstreckern und nicht den weitergehenden Beschränkungen der Vorerbschaft unterliegen?

2. Kann ein Vorerbe zum Testamentsvollstrecker über die gemeinschaftliche Vorerbschaft eingesetzt werden, mit der Folge, dass zumindest er de facto nur den Beschränkungen des Testamentsvollstreckers unterliegt?

3. Können mehrere befreite Vorerben zu gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckern für die Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft nach § 2222 BGB eingesetzt werden, mit der Folge, dass sie die Zustimmung des Nacherben zu ihren Verfügungen selbst erteilen können?

4. Könnte bei Vorversterben eines von zwei Vorerben auch der überlebende Vorerbe alleiniger Testamentsvollstrecker über seine Vorerbschaft bzw. für (seinen) Nacherben gem. § 2222 BGB sein, mit den oben genannten Befreiungswirkungen?

III. Zur Rechtslage

1. Handlungsmöglichkeiten des Testamentsvollstreckers

Bei einer Testamentsvollstreckung im Bereich der Vor- und Nacherbfolge kommen folgende Möglichkeiten in Betracht (vgl. dazu D. Mayer, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2001, Kap. 5 Rn. 279 ff.):

a) Testamentsvollstreckung mit Normalbefugnissen

Hier beschränkt sich die Testamentsvollstreckung auf die allgemeine Abwicklung des Nachlasses. Nach Erledigung dieser Aufgaben ist der Nachlass an die Erben herauszugeben.

b) Testamentsvollstreckung für die Vorerbschaft

Hier steht dem Testamentsvollstrecker für die Dauer der Vorerbschaft die allgemeine Verwaltungsvollstreckung gem. § 2209 BGB mit den damit verbundenen Verwaltungs- und Verfügungsrechten zu. Hierbei ist umstritten, ob der Testamentsvollstrecker auch den **Beschränkungen des Vorerben** (insbesondere § 2113 BGB) unterliegt (bejahend J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2005, Rn. 566; Staudinger/Reimann, BGB, 2003, § 2205 Rn. 156; MünchKomm/Zimmermann, BGB, 4. Aufl. 2004, § 2222 Rn. 9; Palandt/Edenhofer, BGB, 66. Aufl. 2007, § 2205 Rn. 28; verneinend: Haegle/Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 16. Aufl. 2001, Rn. 215; D. Mayer, in: Bengel/Reimann, Kap. 5 Rn. 281; vgl. auch OLG Stuttgart BWNotZ 1980, 92). Während die Vertreter einer Beschränkung darauf abstellen, bei einer allgemeinen Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB) mit den damit verbundenen Verwaltungs- und Verfügungsrechten könne der Testamentsvollstrecker nicht mehr Rechte haben als der Vorerbe (vgl. J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld u. a., Rn. 566), betreffen die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach der Gegenansicht nur das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben (Haegle/Winkler, Rn. 215), weswegen der Testamentsvollstrecker in seinem Verfügungsrecht nur nach Maßgabe des § 2205 S. 3 BGB beschränkt sei (D. Mayer, in: Bengel/Reimann, Kap. 5 Rn. 281).

c) Testamentsvollstreckung für die Nacherbschaft

Hier tritt die Testamentsvollstreckung erst nach Eintritt der Nacherbfolge in Kraft und besteht für den Nacherben während der gesamten Dauer der Nacherbschaft.

d) Testamentsvollstreckung für Vor- und Nacherbschaft

In diesen Fällen wird der Testamentsvollstrecker zugleich für den Vor- und Nacherben ernannt, mit der Folge, dass er ab dem Erbfall während der Dauer der Vor- und Nacherbschaft das Verwaltungs- und Verfügungsrecht anstelle des Vor- und danach des Nacherben ausübt. In diesen Fällen ist der Testamentsvollstrecker während der Vorerbschaft unbestritten nur gem. § 2205 S. 3 BGB (**Schenkungsverbot**) in der Verfügung beschränkt, nicht dagegen nach den weitergehenden §§ 2113, 2114 BGB (**BGH DNotZ 1964, 623** = NJW 1963, 2320; BayObLG FamRZ 1991, 984 = MittBayNot 1991, 122 = MittRhNotK 1991, 124; D. Mayer, in: Bengel/Reimann, Kap. 5 Rn. 283; J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld u. a., Rn. 568).

e) Nacherbenvollstreckung gem. § 2222 BGB

Bei ihr hat der Testamentsvollstrecker die Rechte und Pflichten des Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalls wahrzunehmen. Sie beschränkt nicht den Vorerben, sondern nimmt nur die **Rechte der Nacherben** während der Vorerbschaft wahr. Insoweit hat der Nacherbentestamentsvollstrecker nicht die Befugnisse des allgemeinen Testamentsvollstreckers nach den §§ 2203 ff. BGB. Seine Aufgaben und Befugnisse ergeben sich vielmehr aus den Rechten und Pflichten des Nacherben gegenüber dem Vorerben. Die nach § 2113 BGB etwa erforderliche Zustimmung des Nacherben hat daher für ihn allein der Nacherbentestamentsvollstrecker zu erteilen (J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld u. a., Rn. 569; D. Mayer, in: Bengel/Reimann, Kap. 5 Rn. 284). Die Nacherbentestamentsvollstreckung kann mit den vorgenannten Testamentsvollstreckungsarten kombiniert werden.

f) Zwischenergebnis

Der Testamentsvollstrecker kann die zur Verfügung erforderlichen Zustimmungen des Nacherben (§§ 2113 ff. BGB) nur dann nach allen vertretenen Ansichten selbst vornehmen, wenn er entweder Testamentsvollstrecker für die Vor- und Nacherbschaft ist (was die Benennung eines Ersatzvollstreckers erforderlich machen würde, wenn der Nacherbfall erst mit dem Tod des Vorerben eintritt) oder wenn er Testamentsvollstrecker für die Vorerbschaft und Nacherbentestamentsvollstrecker gem. § 2222 BGB ist.

2. Person des Testamentsvollstreckers

a) Grundsatz: Kontrollrechte nicht unterlaufen

Im vorliegenden Sachverhalt besteht jedoch die Besonderheit darin, dass kein Dritter zum Testamentsvollstrecker berufen werden soll, sondern einer der beiden Vorerben oder die beiden Vorerben gemeinsam zu Testamentsvollstreckern berufen werden sollen.

Soll der Vor- oder Nacherbe zum Testamentsvollstrecker bestellt werden, ist im Grundsatz zu beachten, dass **durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung die gesetzlich vorgesehenen Kontrollrechte des Nacherben gegenüber dem Vorerben nicht unterlaufen werden dürfen**. Aus diesem Grund ist z. B. allgemein anerkannt, dass der alleinige Vorerbe nicht zum einzigen Testamentsvollstrecker berufen werden kann (J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld u. a., Rn. 573).

b) Vorerbe kann ein Testamentsvollstrecker innerhalb eines Kollegiums sein

Zu den zulässigen Kombinationen von Testamentsvollstreckung und Vor- und Nacherbfolge gibt es – soweit ersichtlich – kaum Rechtsprechung. Das BayObLG entschied in einem Beschluss v. 29.3.1976 (**BayObLGZ 1976, 67** = NJW 1976, 1692 = Rpfleger 1976, 430), dass **einer von zwei Vorerben „jedenfalls dann zum Testamentsvollstrecker und zugleich zum Nacherbenvollstrecker berufen werden“ kann, wenn die Testamentsvollstreckung durch ein Kollegium ausgeübt wird**. Dem hat sich die Literatur angeschlossen (J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld u. a., Rn. 573; Staudinger/Reimann, § 2197 BGB Rn. 54). Die Literatur zieht daraus den Schluss, dass auch dann, wenn das Kollegium nur aus den Mitvorerben selbst besteht, eine Testamentsvollstreckung über die Vorerbschaft zulässig sein muss (J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld u. a., Rn. 573; Staudinger/Avenarius, § 2100 BGB Rn. 46; zur Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung durch ein Kollegium aus allen Miterben im Allgemeinen: Staudinger/Reimann, § 2197 BGB Rn. 53).

Als **Zwischenergebnis** ist somit festzuhalten, dass ein **Kollegium** aus mehreren Testamentsvollstreckern, an dem **ein Mitvorerbe beteiligt** ist, die Testamentsvollstreckung über die Vorerbschaft wahrnehmen kann. Nach Auffassung der Literatur dürfte es ausreichen, wenn dieses Kollegium nur aus den Mitvorerben besteht. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass, wie in Ziff. 1 erwähnt, dieses Kollegium an die **Beschränkungen des Vorerben** (§§ 2113 ff. BGB) gebunden bleibt, sofern es nicht auch zum Nacherbentestamentsvollstrecker berufen ist (dazu unten c)).

Ob auch **einer** von mehreren Mitvorerben **allein** zum Testamentsvollstrecker über die Vorerbschaft bestellt werden kann, wird – soweit ersichtlich – in der Literatur nicht erörtert. Außerhalb der Vor- und Nacherbfolge ist jedoch anerkannt, dass einer von mehreren Miterben zum alleinigen Testamentsvollstrecker bestellt werden kann (Staudinger/Reimann, § 2197 BGB Rn. 53). Aus dem bereits erwähnten Urteil des BayObLG (BayObLGZ 1976, 67 = NJW 1976, 1692) kann u. E. nicht zwingend ein Gegenschluss gezogen werden, da in dem genannten Urteil der Testamentsvollstrecker zugleich auch Nacherbenvollstrecker war. Aus diesem Grund müsste daher auch einer von mehreren Mitvorerben zum alleinigen Testamentsvollstrecker über die Vorerbschaft ernannt werden können (ob dies auch dann möglich ist, wenn er zugleich als Nacherbenvollstrecker fungieren soll, wird unter c) erörtert).

c) Kollegium von Vorerben als Nacherbenvollstrecker

Dem genannten Urteil des BayObLG (BayObLGZ 1976, 67 = NJW 1976, 1692) kann entnommen werden, dass ein **Kollegium** unter Beteiligung eines Mitvorerben auch zum **Nacherbenvollstrecker** nach § 2222 BGB bestellt werden kann. Die Literatur folgert auch hier daraus, dass es ausreichend ist, wenn das Kollegium nur aus Vorerben besteht (J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld u. a., Rn. 573; Staudinger/Avenarius, § 2100 BGB Rn. 46).

Als **Zwischenergebnis** ist somit festzuhalten, dass nach der Literatur beide Mitvorerben als Kollegium auch zu Nacherbenvollstreckern bestellt werden können, so dass insoweit eine Befreiung von den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB erreicht werden kann.

In diese Richtung lässt sich auch ein Beschluss des BayObLG v. 1.6.1989 (**BayObLGZ 1989, 183** = DNotZ 1990, 56 = FamRZ 1989, 1123 = MittBayNot 1989, 320 = NJW-RR 1989, 1066 = Rpfleger 1989, 412) deuten. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt waren zwei Mitvorerben auch zu Nacherbenvollstreckern benannt, und zwar dergestalt, dass Mitvorerbe A zum Nacherbenvollstrecker für die Nacherben nach B und Mitvorerbe B zum Nacherbenvollstrecker für die Nacherben nach A ernannt war. Diese Konstruktion hat das BayObLG für zulässig erachtet.

Ob allerdings, wie dies in der Literatur teilweise getan wird, diesem Urteil entnommen werden kann, dass auch einer von mehreren Mitvorerben zum **alleinigen Nacherbenvollstrecker** benannt werden kann, ist u. E. fraglich (bejahend J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld u. a., Rn. 573; J. Mayer, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 2197 Rn. 33; Staudinger/Reimann, § 2222 BGB Rn. 16; verneinend: Soergel/Damrau, § 2222 BGB Rn. 6). In dieser Pauschalität übersieht die Aussage u. E., dass das BayObLG nicht generell davon gesprochen hat, dass einer von mehreren Vorerben zum alleinigen Nacherbenvollstrecker benannt werden kann. Vielmehr war in dem geschilderten Sachverhalt die

gegenseitige Kontrolle dadurch gesichert, dass die Vorerben für die jeweils anderen Nacherben die Rechte wahrnehmen konnten. Ein Vorerbe konnte somit nicht allein handeln. Unseres Erachtens erscheint es daher **zweifelhaft**, dass nach dem Tod eines der beiden Vorerben der verbleibende Vorerbe zum alleinigen Nacherbenvollstrecker für seine Nacherben bestellt werden kann.

Als **weiteres Zwischenergebnis** ist somit festzuhalten, dass ein Kollegium auch unter Beteiligung des Vorerben die Nacherbenrechte wahrnehmen kann. Dabei dürfte es nach der Literatur auch hier ausreichend sein, wenn das Kollegium nur aus den Vorerben besteht. Nach dem Tod eines der beiden Vorerben kann der verbleibende Vorerbe u. E. wohl nicht zum alleinigen Nacherbenvollstrecker bestellt werden.

3. Ergebnis

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die bloße Bestellung der Testamentsvollstrecker zu Vorerbentestamentsvollstreckern nicht zu einer über § 2136 BGB hinausgehenden Befreiung führt, sondern nur, wenn entweder **Nacherbenvollstreckung nach § 2222 BGB** oder Testamentsvollstreckung für die Vor- und die Nacherbschaft angeordnet wird.

Die Testamentsvollstreckung für die Vorerbschaft dürfte dergestalt möglich sein, dass sie durch ein **Kollegium unter Beteiligung der Vorerben** ausgeübt wird. Dabei geht die Literatur davon aus, dass auch ein Kollegium nur aus den Vorerben möglich sein dürfte. Auch ein Vorerbe allein dürfte die Testamentsvollstreckung für die Vorerbschaft wahrnehmen können.

Soll durch eine Nacherbenvollstreckung nach § 2222 BGB eine weitergehende „Befreiung“ der Vorerben erreicht werden, dürfte dies ebenfalls dergestalt möglich sein, dass das **Testamentsvollstreckerkollegium nur aus den Vorerben** besteht. Nach dem Tod eines der Vorerben dürfte jedoch der verbleibende Vorerbe nicht zum alleinigen Nacherbenvollstrecker bestellt werden können. Nach allen vertretenen Ansichten zulässig ist die Testamentsvollstreckung durch ein Kollegium, an dem auch ein „neutraler“ Dritter beteiligt ist.

BGB §§ 1104, 1170, 1094, 1097, 463, 469, 1911; GBBerG § 6; ZPO § 185 **Löschung eines Vorkaufsrechts bei unbekanntem Aufenthalt des Vorkaufsberechtigten - Berichtigung zu Gutachten, DNotl-Report 2007, 9**

Zu Ziffer III. 2. c) ist eine **Fundstelle** zu berichtigen: In **Bayern** ergibt sich die Geltung von § 6 GBBerG jetzt aus der Verordnung vom 5.4.1995 (BayGVBl. 1995, 157) i.d.F. vom 27.12.1996 (BayGVBl. 1996, 577 - Aufhebung der ursprünglich nur befristeten Geltung), die die Verordnung v. 6.9.1994 (BayGVBl. 1994, 928) ersetzte. Die Verordnung von 1995 ordnet die Anwendung von § 6 GBBerG insgesamt an - ebenso wie in **Bremen** (Verordnung v. 23.10.2001, GBl. Bremen 2001, 363), **Nordrhein-Westfalen** (Verordnung v. 13.2.2001, GVBl. NW 2001, 69) sowie **Rheinland-Pfalz** (Verordnung v. 23.6.2003, GVBl. RP 2003, 129 - dort befristet bis zum 31.12.2008) (vgl. Böhringer, NotBZ 2001, 197, 201; Wehrstedt, RNotZ 2001, 516).

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

GBBerG §§ 5, 6; GBO § 49; BGB §§ 1104, 1112, 1170; ZPO §§ 946, 982-986

Aufgebotsverfahren zur Löschung von Dienstbarkeiten und Reallasten als Bestandteilen eines Altenteilsrechts (Leibgeding) bei unbekanntem Aufenthalt des Berechtigten (Bezug auf Gutachten, DNotI-Report 2007, 7)
Fax-Abruf-Nr.: **1641**

BGB §§ 2199 Abs. 2, 2197

Benennung des Ersatztestamentsvollstreckers (Nachfolgers) durch Dauertestamentsvollstrecker; Widerruf der Benennung
Fax-Abruf-Nr.: **12141**

KostO §§ 154, 155; EuGVO Art. 38, 57; EuZVO Frankreich: Vollstreckung von Kostenforderungen (Bezug auf Gutachten, Fax-Abruf-Nr. 14203 und 14212)
Fax-Abruf-Nr.: **14253**

EGBGB Art. 25, 26

Japan: Erbvertrag
Fax-Abruf-Nr.: **14254**

EGBGB Art. 14, 15, 25, 26

Ukraine: Ehevertrag mit Rechtswahl, Erbvertrag und Pflichtteilsverzicht
Fax-Abruf-Nr.: **14255**

Rechtsprechung

BGB §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 123, 138 Abs. 1, 358 Abs. 3

Aufklärungspflicht der finanzierenden Bank über eine von ihr erkannte arglistige Täuschung durch den Verkäufer

Die Bank muss den kreditsuchenden Kunden nicht nur auf eine erkannte Sittenwidrigkeit der Kaufpreisvereinbarung, sondern auch auf eine erkannte arglistige Täuschung des Verkäufers gemäß § 123 BGB über wesentliche Eigenschaften der Kaufsache und/oder auf eine damit häufig verbundene vorsätzliche culpa in contrahendo ungefragt hinweisen.

BGH, Urt. v. 17.10.2006 – XI ZR 205/05

Kz.: L I 1 – § 311 Abs. 2 BGB

Fax-Abruf-Nr.: **10682**

Problem

Von einem Bekannten ihrer Tochter erworben, kauften Eheleute im Jahr 1993 eine Eigentumswohnung zum Kauf-

preis von 256.000.– DM (wobei auf Anweisung des Verkäufers 108.000.– DM als Provision an die Vermittlerin flossen). Nach einem später eingeholten Sachverständigen Gutachten war die Wohnung zum damaligen Zeitpunkt lediglich 107.000.– DM wert. Nachdem die Ehegatten 1996 erstmals Vorwürfe gegen die finanzierende Bank wegen Aufklärungsverschulden erhoben hatten, erklärten sie im Jahr 2002 den Widerruf nach Haustürwiderrufsrecht und verlangten Schadensersatz von der Bank Zug um Zug gegen Übertragung der Eigentumswohnung.

Entscheidung

Objektiv lag ein wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB vor, da der Kaufpreis mehr als das Doppelte des Verkehrswertes betrug. Außerdem war eine arglistige Täuschung hinsichtlich des Alters, des Bauzustands und der Wohnungsgröße geltend gemacht. Es stand nicht fest, ob auch die finanzierende Bank davon wusste. Jedoch galt zu ihren Lasten eine widerlegliche Vermutung der Kenntnis, da sie in institutionalisiertem Zusammenwirken mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts gehandelt hatte.

ZPO §§ 829, 857; BGB §§ 1066, 743, 745
Pfändung eines Bruchteilsnießbrauchs

Zu den Rechten eines Gläubigers, der einen Nießbrauch an einem ideellen Grundstücksteil (Bruchteilsnießbrauch) gepfändet hat.

BGH, Beschl. v. 25.10.2006 – VII ZB 29/06

Kz.: L II 1 – § 857 ZPO

Fax-Abruf-Nr.: **10683**

Problem

Dem Ehemann stand der Nießbrauch an einem hälftigen ideellen Grundstücksteil an dem im Alleineigentum seiner Ehefrau stehenden Grundstück zu. Eine Gläubigerin des Ehemannes pfändete den Nießbrauch und beantragte die Anordnung der Zwangsverwaltung.

Entscheidung

Der BGH hatte erst kürzlich entschieden, dass die Pfändung des Nießbrauchs an einem Grundstück dem Pfändungsgläubiger keinen Anspruch gegen die Nießbraucher auf Räumung und Herausgabe des Grundstücks gibt, sondern dass die Verwertung nur durch Anordnung der Zwangsverwaltung nach §§ 146 ff. ZVG erfolgen kann (BGHZ 166, 1 = DNotI-Report 2006, 65 = NJW 2006, 1124 = NotBZ 2006, 136).

Hier kam jedoch nach der Entscheidung des BGH die Anordnung der Zwangsverwaltung zum Zwecke der Verwertung des Nießbrauchs **derzeit** nicht in Betracht. Da der Schuldner und seine Ehefrau das Haus gemeinsam als Ehe- wohnung nutzten, hatten sie stillschweigend eine Vereinbarung über die Nutzung nach § 745 Abs. 1 BGB getroffen. Aufgrund der Nießbrauchspfändung konnte der Gläubiger die dem Nießbraucher im Rahmen dieser Nutzungs- und Verwaltungsgemeinschaft zustehenden Rechte und Befugnisse ausüben. Der Gläubiger kann daher nach § 745 Abs. 2 BGB eine Neuregelung der Benutzung verlangen und notfalls gerichtlich durchsetzen, bei der er einen Teil des Grundstücks allein nutzen kann.

**ErbbauVO § 9a Abs. 1; BGB § 157
Wertsicherungsklausel und gesetzliche Erhö-
hungsgrenze für Erbbauzins**

Ist in einem vor dem Inkrafttreten des § 9a ErbbauVO (23. Januar 1974) geschlossenen Erbbaurechtsvertrag die Höhe des Erbbauzinses in der Weise an den Grundstückswert gekoppelt, dass in bestimmten Zeitabständen die Änderung des Erbbauzinses verlangt werden kann, wenn sich der Grundstückswert um einen bestimmten Prozentsatz geändert hat, kann die ergänzende Vertragsauslegung ergeben, dass eine Erhöhung des Erbbauzinses auch dann möglich ist, wenn seit der letzten Erhöhung der Grundstückswert nicht oder nicht in dem vereinbarten Maß gestiegen ist, die vorhergehende Erhöhung jedoch wegen der Kappungsgrenze in § 9a Abs. 1 ErbbauVO nicht die nach der Vereinbarung mögliche Höhe erreicht hat.

BGH, Urt. v. 6.10.2006 – V ZR 20/06
Kz.: L I 5 – § 9a ErbbauVO
Fax-Abruf-Nr.: 10684

Problem

Bei Bestellung eines Erbbaurechtes war ein Erbbauzins von 6 % des Grundstückswertes vereinbart worden. Zugleich war eine Wertsicherungsklausel vereinbart worden, nach der der Erbbauzins jeweils 6 % des jeweiligen Grundstückswertes betragen sollte; allerdings könnten Änderungen unter 5 % nicht verlangt werden.

Infolge der später in Kraft getretenen Kappungsgrenze des § 9a ErbbauVO für den Erbbauzins bei Wohnzwecken konnte die eigentlich vereinbarte Anpassung an steigende Grundstückswerte nicht vollständig nachvollzogen werden. Der Grundstückseigentümer verlangte nunmehr eine Zinserhöhung, da der sich aus der Vereinbarung unter Berücksichtigung der Kappungsgrenze des § 9a ErbbauVO ergebende Erbbauzins mehr als 5 % gestiegen sei. Der Erbbauberechtigte wandte ein, der Grundstückswert sei aber nicht gestiegen, sondern gleichgeblieben.

Entscheidung

Die ursprünglich vertraglich vereinbarte Anpassung des Erbbauzinses konnte infolge der gesetzlichen Kappungsregel des § 9a ErbbauVO nicht in vollem Umfang erfolgen. Damit war die vertragliche Anpassungsregel ergänzend dahingehend auszulegen, dass die nach dem Vertrag schon früher vorgesehene Anpassung jedenfalls später nachgeholt werden durfte, soweit sich daraus auch eine Änderung in dem vertraglich vorgesehenen Mindestumfang von 5 % ergab.

**BGB §§ 1408, 138 Abs. 1, 1572 Nr. 1
Wirksamkeit eines gegenseitigen Unterhalts-
verzichts zweier Sozialhilfeempfänger im Ehe-
vertrag**

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein ehevertraglicher Verzicht auf nachehelichen Unterhalt den Träger der Sozialhilfe belastet und deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist.

BGH, Urt. v. 25.10.2006 – XII ZR 144/04
Kz.: L I 1 – § 1408 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10685

Problem

Im vorehelichen Ehevertrag schlossen der damals 30-jährige, ausländische Staatsangehörige und seine 45-jährige Ehefrau den nachehelichen Unterhalt und den Versorgungsausgleich aus und vereinbarten Gütertrennung. Die Frau war zu diesem Zeitpunkt erheblich erwerbsgemindert und bezog Sozialhilfe, der Mann besaß keine Aufenthalts- und keine Arbeitserlaubnis, erhielt später aber auch Sozialhilfe. Nach der Eheschließung verschlechterte sich der gesundheitliche Zustand der Ehefrau. Im Rahmen der Scheidung der kinderlosen Ehe verlangte die Ehefrau unter Berufung auf die Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichts nachehelichen Unterhalt gem. § 1572 Nr. 1 BGB.

Entscheidung

Der BGH stellt zunächst fest, dass der Unterhaltsverzicht nach den neuen Grundsätzen für die Inhaltskontrolle von Eheverträgen weder unwirksam noch eine Berufung auf den Unterhaltsverzicht nach § 242 BGB ausgeschlossen sei, da es an einer evident einseitigen Lastenverteilung fehle. Der Unterhaltsverzicht sei nach Ansicht des BGH aber auch nicht wegen Belastung des Sozialhilfeträgers sittenwidrig und damit nichtig (vgl. dazu grundlegend BGHZ 86, 82, 88 = FamRZ 1982, 137 = MittBayNot 1983, 129 = NJW 1983, 1851). Denn hierfür genüge es nicht, dass der ehevertragliche Unterhaltsverzicht bewirke, dass ein Ehegatte im Scheidungsfall auf Sozialhilfe angewiesen bleibe. Vielmehr sei für die Annahme der Sittenwidrigkeit erforderlich, dass die Ehegatten **ehebedingte Nachteile**, die das Recht des nachehelichen Unterhalts angemessen zwischen ihnen ausgleichen will, durch einen Unterhaltsverzicht **auf den Träger der Sozialhilfe verlagern** und damit die wirtschaftlichen Risiken ihrer individuellen Ehegestaltung gleichsam „sozialisieren“. Dies sei hier nicht erfolgt.

**BGB §§ 2352, 2069, 2270, 2271, 2348
Wiedererlangung der Testierfreiheit durch Zu-
wendungsverzicht nur des unmittelbar beru-
fenen Schlusserben**

Das Verbot einer Kumulation der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB mit der des § 2069 BGB ist auch im Anwendungsbereich des § 2352 BGB zu berücksichtigen.

OLG München, Beschl. v. 21.12.2006 – 31 Wx 071/06
Kz.: L I 1 – § 2352 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10686

Problem

Der Erblasser hinterließ bei seinem Ableben mehrere Verfügungen von Todes wegen, u. a. das zeitlich zuerst errichtete gemeinschaftliche Testament mit seiner ersten Ehefrau aus dem Jahre 1964. Hierin hatten sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und zu Erben des Letztversterbenden die gemeinsamen Kinder Sohn S und Tochter T bestimmt. Anordnungen zu einer Ersatzerbschaft enthielt das Testament nicht. Nach dem Tod der ersten Ehefrau schloss der Erblasser mit S und T einen notariellen Vertrag, in dem diese u. a. gem. § 2352 BGB auf alle Zuwendungen aus dem gemeinschaftlichen Testament der Eltern verzichteten.

Nach dem Tod des Erblassers entstand Streit über die Frage, ob dieser an eine etwaige Ersatzberufung der Abkömmlinge der verzichtenden Kinder (vgl. § 2069 BGB) erbrechtlich gebunden war.

Entscheidung

Das OLG München vertritt, dass die nach § 2069 BGB mögliche Ersatzberufung der Abkömmlinge durch den Erblasser jedenfalls **abänderbar** war. Es schließt sich damit der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung an, wonach die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB auf die **Ersatzerbenberufung der Abkömmlinge** nur dann Anwendung findet, wenn die Ersatzerbeneinsetzung nicht allein auf der Auslegungsregel des § 2069 BGB, sondern auf einem **individuell feststellbaren Willen der Ehegatten** beruht (BGHZ 149, 363 = DNotI-Report 2002, 46 = DNotZ 2002, 665 m. Anm. Schmucker; BayObLG FGPrax 2001, 248 = DNotI-Report 2002, 14). Das OLG München erstreckt die neue Rechtsprechung damit ausdrücklich auf die praxiswichtigen Fälle, in denen der primär berufene Abkömmling wie im vorliegenden Fall durch Abschluss eines **Zuwendungsverzichtsvertrags** mit dem Erblasser als Erbe wegfällt.

Literaturhinweise

D. Reinicke/K. Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Aufl., Neuwid (Luchterhand Verlag), 2006, 482 Seiten, 27.– €

Das **Standardwerk zum Kreditsicherungsrecht** von *Reinicke/Tiedtke* behandelt Schuldbeitritt, Bürgschaft, Patronatserklärung und Garantie, Sicherungsübereignung,

Sicherungsabtretung, Eigentumsvorbehalt, Pfandrechte an beweglichen Sachen und Rechten sowie Hypothek und Grundschuld. Auf die Personalsicherheiten, insbesondere die Bürgschaft, entfällt nahezu die Hälfte des Werkes. Mobilsicherheiten und Immobiliarsicherheiten machen jeweils etwa ein Viertel aus. Nicht behandelt ist das abstrakte Schuldversprechen (bzw. die persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung), da es keine zusätzliche Sicherheit, sondern nur eine erleichterte Vollstreckung ermöglicht. Insbesondere zum Bürgschaftsrecht dürfte es keine umfassendere monografische Darstellung als die von *Reinicke/Tiedtke* geben. Ausführlich behandelt ist etwa höchstrichterliche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften vermögens- und einkommensloser Angehöriger. Gesondert behandelt sind auch Bürgschaften in Bauverträgen, insbesondere Bürgschaften nach § 7 MaBV; entgegen der Rechtsprechung des BGH sieht *Tiedtke* Mängelbeseitigungsansprüche hiervon nicht erfasst (Rn. 515).

Der *Reinicke/Tiedtke* bietet damit einen umfassenden Überblick über das Kreditsicherungsrecht, in dem auch der notarielle Praktiker zu vielen Einzelfragen Antworten findet.

Notar a. D. Christian Hertel

Hinweis

Jahresregister 2005/2006 in DNotI-Report 6/2007

Wegen der diesem Heft beigelegten Ausgabe von BNotK-Intern erscheint das Inhaltsverzeichnis/Jahresregister 2005/2006 erst in Heft 6/2007 des DNotI-Reports.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

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