

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1

Nr. 6

MittRhNotK

Juni 1991

Eingriffe in die Vorerbschaft

(von Notarassessor Dr. Markus Kessel, Aachen)

A. Einleitung

B. Eingriffe durch Gläubiger

I. Nachlaßverbindlichkeiten

II. Eingriffe durch Gläubiger des Nacherben

III. Eingriffe durch Eigengläubiger des Vorerben

1. Die auflösend bedingten Zwangsverfügungen
2. Die unmittelbar wirksamen Zwangsverfügungen in Nutzungen
3. Zwangsverfügungen in den Miterbenanteil

C. Zusätzliche Belastungen durch den Erblasser

I. Die Grenzen der Beschränkungen und Beschwerungen nach § 2306 BGB

II. Die Möglichkeiten der Belastungen

1. Testamentsvollstreckung
2. Vermächtnis

3. Auflage

4. Teilungsanordnung

5. Bedingung

6. Ausschluß der Auseinandersetzung

7. Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht

D. Eingriffe durch den Nacherben

I. Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände

II. Feststellung des Zustandes der Erbschaft, Wirtschaftsplan

III. Auskunft

IV. Sicherheitsleistung und Entziehung der Verwaltung

V. Wertpapiere

VI. Durch Grundpfandrechte gesicherte Forderungen

VII. Geld

A. Einleitung

Das deutsche Recht kennt – im Gegensatz etwa zum französischen Recht¹ – eine weitgehend uneingeschränkte Vor- und Nacherbschaft. Der Erblasser kann gem. § 2100 BGB einen Erben (den Nacherben) in der Weise einsetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer (der Vorerbe) Erbe geworden ist. Sowohl Vor- als auch Nacherbe sind unmittelbar Erben des Erblassers. Es finden daher nach einem Erblasser mehrere Erbfolgen statt. Von Interesse ist die Vor- und Nacherbschaft beispielsweise, wenn der Erblasser zunächst den überlebenden Ehegatten, danach aber eigene Kinder aus einer früheren Ehe oder Partnerschaft bzw. Verwandte bedenken möchte oder wenn der zunächst Bedachte verschwenderisch oder überschuldet ist² oder wenn sonstige Gründe vorliegen, aufgrund derer der Erblasser vermeiden möchte, daß der Vorerbe in den endgültigen Genuß der Nachlaßgegenstände kommt.

Um abwägen zu können, ob die Vor- und Nacherbschaft im Einzelfall das richtige Modell der Nachlaßregelung darstellt, sollte der Notar außer den gesetzlichen Beschränkungen des Vorerben auch die unterschiedlichen Möglichkeiten der Eingriffe Dritter in das der Vorerbschaft unterliegende Vermögen kennen. Deshalb soll im folgenden aufgezeigt werden, inwieweit die Eigengläubiger des Vorerben auf das der Vorerbschaft unterliegende Vermögen zugreifen können und welche Möglichkeiten dem Erblasser zur Verfügung stehen, den Zugriff der Gläubiger über das gesetzliche Maß des § 2115 BGB hinaus zu beschränken oder auszuschließen. Außerdem soll, insbesondere unter dem Aspekt des Pflichtteilsrechts, darauf eingegangen werden, welche Gestaltungen der Erblasser wählen kann, um den Vorerben in dessen Handlungsmöglichkeiten und Nut-

zungen zu beschränken. Schließlich wird untersucht, inwieweit der Nacherbe in das der Vorerbschaft unterliegende Vermögen eingreifen und dadurch den Vorerben beeinträchtigen kann³.

B. Eingriffe durch Gläubiger

I. Nachlaßverbindlichkeiten

Möchte der Erblasser dem Nacherben die Substanz des Nachlasses möglichst ungeschmälert erhalten, interessieren ihn, insbesondere bei ungesicherten Vermögensverhältnissen des Vorerben, die Möglichkeiten der Gläubiger, auf den Nachlaß Zugriff zu nehmen. Drei Gruppen von Gläubigern sind beim Eintritt des Vorerbfalles zu unterscheiden:

1. Die Gläubiger des Erblassers, denen sich die Frage stellt, ob der Erbfall ihre Haftungsgrundlage beeinträchtigt;
2. die Eigengläubiger des Vorerben, die möglicherweise unverhofft eine materielle Basis für die Befriedigung ihrer Ansprüche erlangen und
3. die Gläubiger des Nacherben, für die eine eventuelle Verbesserung der Vermögenssituation des Nacherben von Belang ist.

Zu den erstgenannten Gläubigern kommen diejenigen Gläubiger, die Forderungen infolge des Erbfalls erlangen.

Die Situation der Nachlaßgläubiger wird von der Vor- und Nacherbschaft kaum berührt und soll daher nur kurz aufgezeigt werden. Für Schulden, die bereits in der Person des Erblassers begründet waren (Erblasserschulden, § 1967 Abs. 2 BGB), für Verbindlichkeiten, die aus Anlaß des Erbfalls entstehen (Erb-

¹ Ferid/Firsching, Int. ErbR II, Frankreich, Grdz. F, Rd.-Nr. 188–194.

² Auch im Rahmen des sog. „Behindertentestaments“ spielt die Vor- und Nacherbschaft insbesondere unter dem Aspekt des Zugriffs des Sozialhilfeträgers auf den Nachlaß eine wesentliche Rolle; ausführlich van de Loo,

Die Gestaltung der Verfügung von Todes wegen zugunsten des betroffenen Behinderten, MittRhNotK 1989, 233.

³ Zu den Problemen des grundsätzlich anders gearteten Vor- und Nachvermächtnisses vgl. Bengel, Rechtsfragen zum Vor- und Nachvermächtnis, NJW 1990, 1826.

fallschulden, § 1967 Abs. 2 BGB) und für Verbindlichkeiten, die der Erbe in ordnungsgemäßer⁴ Verwaltung des Nachlasses eingeht (Nachlaßerbenschulden), haftet der Nachlaß uneingeschränkt. Wird aus solchen Verbindlichkeiten die Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung betrieben oder erfolgen aufgrund dessen Verfügungen des Konkursverwalters, sind diese Maßnahmen dem Vor- und dem Nacherben gegenüber wirksam⁵ (§ 2115 S. 2 Alt. 1 BGB); ein Duldungstitel gegen den Nacherben ist nicht erforderlich⁶. Ebenso sind Verfügungen gegenüber dem Vorerben wirksam, wenn sie als Folge der Geltendmachung von Rechten an einem Nachlaßgegenstand vorgenommen werden und im Nacherbfall gegenüber dem Nacherben wirksam sind (§ 2115 S. 2 Alt. 2 BGB), z. B. die Zwangsvollstreckung aufgrund einer vom Erblasser bewilligten Grundsuld oder einer vom befreiten Vorerben entgeltlich bestellten Sicherungshypothek⁷.

Für die persönliche Haftung des Vorerben mit seinem privaten Vermögen gelten während der Dauer der Vorerbschaft die allgemeinen Vorschriften der §§ 1967 ff. BGB und ab dem Eintritt der Nacherbfolge die speziellen Regelungen des § 2145 BGB.

II. Eingriffe durch Gläubiger des Nacherben

Da der Nacherbe an den der Vorerbschaft unterliegenden Vermögenswerten noch nicht unmittelbar berechtigt ist, können Zwangsvollstreckungsmaßnahmen seiner Gläubiger hierin nicht erfolgen⁸.

Pfändbar⁹ ist allerdings die beim Nacherben mit dem Tod des Erblassers entstehende erbrechtliche Anwartschaft¹⁰. Zwar ist der im Rahmen der Verwertung erfolgende Erwerb der Anwartschaft durch einen Dritten¹¹ nicht mit unmittelbaren wirtschaftlichen Nachteilen für den Vorerben verbunden, jedoch tritt der Erwerber – ohne aber selbst Erbe zu sein¹² – uneingeschränkt in die Rechtsstellung des Nacherben ein, so daß nunmehr der Erwerber alle im nachstehenden Abschnitt D. beschriebenen Kontroll-, Sicherungs- und Mitwirkungsrechte hinsichtlich des der Vorerbschaft unterliegenden Vermögens hat¹³ und der Vorerbe der Zustimmung des Erwerbers bedarf, wo er bislang diejenige des Nacherben benötigte. Allerdings kann der Nacherbe das Pfändungspfandrecht bis zur Verwertung der Anwartschaft durch Ausschlagung gem. § 2142 BGB vernichten¹⁴. Seinen Gläubigern auf diese Weise den Zugriff auf den Nachlaß zu nehmen, könnte für ihn interessant sein, wenn durch die Ausschlagung ihm nahestehende Personen in den Genuß der Nacherbschaft gelangen.

Fraglich ist, ob der Erblasser die Pfändung der Nacherbenanwartschaft durch den Ausschluß ihrer Übertragbarkeit von vornherein blockieren kann. Ein Teil des Schrifttums hält den dinglich wirkenden Ausschluß der Übertragbarkeit der Nacherbenanwartschaft aufgrund der Vorschrift des § 137 BGB für unwirksam¹⁵. Demgegenüber steht die wohl herrschende Meinung auf dem Standpunkt, der Erblasser könne die Übertragbarkeit der Anwartschaft, ebenso wie die Vererblichkeit nach § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB, durch letztwillige Verfügung ausschlie-

ßen¹⁶. Ist aber die Anwartschaft nicht abtretbar, kann sie nach § 857 Abs. 3 ZPO auch nicht gepfändet werden. Die Gläubiger des Nacherben können dann erst nach Eintritt des Nacherbfalls in den Nachlaß vollstrecken. Die Abtretung der Nacherbenanwartschaft kann der Erblasser außerdem durch Anordnung einer Nacherben-Testamentsvollstreckung (§ 2222 BGB) unterbinden, weil der Testamentsvollstrecker zur Übertragung der Anwartschaft nicht befugt ist¹⁷.

III. Eingriffe durch Eigengläubiger des Vorerben

1. Die auflösend bedingten Zwangsverfügungen

Nicht selten hat der Erblasser weniger Sorgen hinsichtlich seiner eigenen Verbindlichkeiten als vielmehr bezüglich der Vermögenssituation des Erben. Wenn z. B. eines seiner Kinder oder der Ehegatte in hohem Maße verschuldet ist oder einen Lebensstil pflegt, der eine zukünftige Überschuldung als denkbar oder gar naheliegend erscheinen läßt, besteht die Gefahr, daß die Erbschaft teilweise oder sogar vollständig den Eigengläubigern des Bedachten zugute kommt. In derartigen Fällen bietet das Institut der Vorerbschaft durchaus ein Mittel der Nachlaßsicherung¹⁸.

Das Maß der haftungsrechtlichen Verwertung von Erbschaftsgegenständen bei Anordnung der Vor- und Nacherbschaft regelt § 2115 BGB. Hiernach sind Zwangsverfügungen über Gegenstände der Vorerbschaft, die im Wege der Einzelzwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder beim Konkurs des Vorerben durch den Konkursverwalter erfolgen, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Die Vorschrift bezweckt den Schutz des der Vorerbschaft unterliegenden Nachlasses sowohl vor Einzelzwangsvollstreckungen (§§ 804, 829, 845, 857 und 866 ff. ZPO) und Arrestvollziehungen (§§ 928, 930 ZPO) auf Betreiben von Eigengläubigern des Vorerben als auch vor Maßnahmen des Konkursverwalters im Rahmen eines Konkurses des Vorerben. Die ergriffenen Vollstreckungsmaßnahmen sind zwar für die Dauer der Vorerbschaft wirksam¹⁹, d. h. Einzelzwangsvollstreckung und Arrestvollziehung begründen Pfandrechte und die Konkursöffnung bewirkt die Beschlagnahme des der Vorerbschaft unterworfenen Nachlasses. Jedoch stehen diese Wirkungen unter der auflösenden Bedingung des Eintritts des Nacherbfalls²⁰. Daraus folgt einerseits, daß die Vollstreckungs- und Konkurswirkungen endgültig bestehen bleiben, wenn der Nacherbfall nicht mehr eintreten kann²¹ und andererseits, daß die Zwangsmaßnahmen mit Eintritt des Nacherbfalls unwirksam werden²², so daß der Nacherbe die Beseitigung der Vollstreckungsmaßnahmen von diesem Zeitpunkt ab verlangen kann.

Dabei besteht zwischen befreiter und nicht befreiter Vorerbschaft kein Unterschied. § 2115 S. 1 BGB erfaßt auch solche Gegenstände, über die der befreite Vorerbe rechtsgeschäftlich uneingeschränkt verfügen könnte, weil die Eigengläubiger des Vorerben dessen Erbenstellung grundsätzlich nicht sollen

4 Keine ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses liegt nach Auffassung des BGH (NJW 1990, 1237) vor, wenn der Vorerbe zur Fertigstellung eines in die Vorerbschaft fallenden Gebäudes einen Kredit aufnimmt, den er aufgrund der Ertragsstruktur der Vorerbschaft und seiner eigenen Vermögensverhältnisse nicht tilgen kann.

5 MünchKommBGB/Grunsky, 2. Aufl. 1989, § 2115 BGB, Rd.-Nr. 4.

6 Zeller/Stöber, § 15 ZVG Anm. 30.8; MünchKommBGB/Grunsky, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 4; ist jedoch ohnehin eine Klage gegen den Vorerben anhängig, und muß die Drittwiderspruchsklage des Nacherben befürchtet werden, kann der Gläubiger den Nacherben zugleich auf Duldung der Zwangsvollstreckung mitverklagen, MünchKommBGB/Grunsky, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 24.

7 Baumbach/Lauterbach, 48. Aufl. 1990, § 773 ZPO, Anm. 1.

8 Zeller/Stöber, § 15 ZVG, Anm. 30.9; vgl. auch § 17 ZVG.

9 Wieczorek/Schütze, 2. Aufl. 1981, § 857 ZPO, Anm. C III; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl. 1989, § 26 VII 3 e.

10 Zur Entstehung der Anwartschaft vgl. RGZ 101, 185, 187 f.; BGHZ 87, 367, 369; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 26 VII 3 e; Staudinger/Behrends, 12. Aufl. 1989, § 2100 BGB, Rd.-Nr. 53 ff.

11 MünchKommBGB/Grunsky, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 33.

12 Lange/Kuchinke, a.a.O., § 26 VII 3 e.

13 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 67; MünchKommBGB/Grunsky, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 30, 32.

14 Lange/Kuchinke, a.a.O., § 26 VII 3 e; Wäntig, Verfügungsrecht des Nacherben über seine Rechte vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge, DNotV 1906, 377, 409; Erman/Hense/Schmidt, 8. Aufl. 1989, § 2100 BGB, Rd.-Nr. 11.

15 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 60 und § 2108 BGB, Rd.-Nr. 9; Mezger, Kann der Erblasser die Übertragung des dem Nacherben zustehenden Anwartschaftsrechtes ausschließen?, AcP 152, 382.

16 RGZ 170, 163, 168; Soergel/Harder, 11. Aufl. 1982, § 2108 BGB, Rd.-Nr. 16 (anders noch die 10. Aufl.); RGRK/Johannsen, 12. Aufl. 1974, § 2100 BGB, Rd.-Nr. 11; MünchKommBGB/Grunsky, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 27; Palandt/Edenhofer, 50. Aufl. 1991, § 2108 BGB, Rd.-Nr. 9 (Anm. 5 c); Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 50 I 3; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 26 VII 3 d, Fn. 224 m. w. N.; wohl auch Erman/Hense/Schmidt, a.a.O., § 2108 BGB, Rd.-Nr. 10; Alternativkommentar/Schaper, 1990, § 2100 BGB, Rd.-Nr. 102.

17 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 62 und § 2222 BGB, Rd.-Nr. 11.

18 Der Entwurf einer gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügung von Ehegatten bei Überschuldung eines von ihnen findet sich bei Flük, Gemeinschaftliches Testament bei überschuldetem Ehegatten, BWNotZ 1979, 53.

19 MünchKommBGB/Grunsky, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 10.

20 Zeller/Stöber, § 15 ZVG, Anm. 30.10; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 2 und 16.

21 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 2.

22 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 17.

ausnutzen können²³. Auch eine freiwillige Begleichung von Eigenschulden durch den Vorerben mit Mitteln des Nachlasses wäre als unentgeltliche Verfügung gem. § 2113 Abs. 2 BGB unwirksam und würde den Vorerben außerdem nach § 2138 Abs. 2 BGB zum Schadenersatz verpflichten²⁴. Von den Schranken des § 2115 BGB kann der Erblasser den Vorerben nicht befreien (vgl. § 2136 BGB)²⁵.

Weil Zwangsmaßnahmen der Eigengläubiger des Vorerben auflösend bedingt wirksam sind, bedarf der Nacherbe zur Schadensverhinderung der Möglichkeit, Verwertungsakte der Gläubiger zu verhindern. Das Gesetz hält prozessuale Gegenmittel für den Nacherben bereit. Bei der Einzelzwangsvollstreckung kann der Nacherbe gem. §§ 773, 771 ZPO Drittwiderspruchsklage mit dem Antrag erheben, die Veräußerung oder Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären²⁶. Das Pfändungspfandrecht bleibt gleichwohl weiterhin bestehen; erst nach Eintritt der Nacherbfolge kann der Nacherbe die Aufhebung der Pfändung bzw. Beschlagnahme verlangen²⁷. Die Unzulässigkeit von Verwertungsmaßnahmen ist von Amts wegen zu beachten, wenn die Zugehörigkeit des Gegenstandes zu dem der Vorerbschaft unterliegenden Vermögen feststeht, beispielsweise aufgrund des Nacherbenvermerks im Grundbuch. Auch der Vorerbe kann durch eine Erinnerung nach § 766 ZPO anstreben, die Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären²⁸.

Im Falle des Konkurses des Vorerben fallen zwar die zur Vorerbschaft gehörenden Gegenstände in die Konkursmasse, bilden dort aber ein Sondervermögen, das dem Verwaltungsrecht des Konkursverwalters nur insofern unterliegt, als das Ziel der Verwertung auf die ansonsten ins freie Vorerbenvermögen fallenden Nutzungen der Nachlaßgegenstände gerichtet ist²⁹. Veräußerungen von Nachlaßgegenständen, die im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 BGB dem Nacherben gegenüber unwirksam sind, werden dem Konkursverwalter durch § 128 KO ausdrücklich untersagt. Gegen eine dennoch erfolgende Verwertung kann sich der Nacherbe durch Klage gegen den Konkursverwalter auf Feststellung der Zugehörigkeit des betroffenen Gegenstandes zum Nachlaß wehren (§ 83 KO). Mit Eintritt der Nacherbfolge entsteht ein Aussonderungsanspruch (§ 43 KO) des Nacherben gegen den Konkursverwalter³⁰.

Da es in aller Regel ungewiß ist, ob der Nacherbfall überhaupt eintritt, werden die Eigengläubiger des Vorerben die Zwangsvollstreckung häufig trotz des Umstandes betreiben, daß die Vollstreckungsmaßnahmen beim Eintritt der Nacherbfolge unwirksam werden. Derartige Zwangsverfügungen der Eigengläubiger des Vorerben und des Konkursverwalters sind für den Nacherben gefährlich, weil der Erwerber bei rechtsgeschäftlicher Veräußerung, bei Veräußerung durch den Konkursverwalter entgegen § 128 KO sowie bei freihändiger Veräußerung nach § 825 ZPO gutgläubig und bei Zuschlag durch den Gerichtsvollzieher nach § 817 ZPO kraft Hoheitsaktes Eigentum erwirbt. Der Nacherbe ist dann auf Sekundäransprüche angewiesen, z. B. auf Herausgabe der Bereicherung durch den Gläubiger, Schadensersatz durch den Vorerben, durch die Vollstreckungsorgane bzw. durch den Konkursverwalter oder Geltendmachung eines Masseanspruchs³¹. Bei einem überschul-

deten Vorerben hat der Nacherbe das dauernde Problem, von der Vollstreckung in bewegliche Vermögensgegenstände oder der Veräußerung durch den Konkursverwalter Kenntnis zu erlangen, und außerdem bei jedem Vollstreckungs- und Veräußerungsakt den Aufwand, die erforderlichen prozessualen Maßnahmen hiergegen zu ergreifen³². Diesen Risiken kann der Erblasser durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung entgegenwirken³³.

2. Die unmittelbar wirksamen Zwangsverfügungen in Nutzungen

Wirksam sind jedoch Zwangsverfügungen der Eigengläubiger des Vorerben insofern, als sie das Recht des Nacherben im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nicht beeinträchtigen würden. Hierunter fallen neben denjenigen Gegenständen, die der Erblasser dem Vorerben endgültig zugewendet hat und die demgemäß nicht der Vorerbschaft unterliegen (vgl. § 2110 Abs. 2 BGB), die Nutzungen der Erbschaft³⁴. Daß dem Vorerben die Nutzungen des Nachlasses in der Zeit zwischen dem Anfall der Vor- und der Nacherbschaft gebühren, wird im Gesetz zwar nicht ausdrücklich festgestellt aber in den §§ 2111 S. 1, 2123 Abs. 1 S. 1 und 2133 BGB vorausgesetzt³⁵. Für die Nachlaßgläubiger gehören die Nutzungen, ebenso wie die Nachlaßgegenstände selber, zum Nachlaß³⁶. Da aber die Nutzungen dem Vorerben beim Eintritt des Nacherbfalls verbleiben, können diesbezügliche Zwangsverfügungen der Eigengläubiger des Vorerben das Recht des Nacherben weder vereiteln noch beeinträchtigen. Aus diesem Grunde sind die die Nutzungen betreffenden Zwangsverfügungen der Eigengläubiger des Vorerben uneingeschränkt wirksam³⁷. Der Eigengläubiger kann demnach z. B. die Zwangsverwaltung eines Grundstücks erwirken, sich die Zinsforderungen einer gepfändeten Nachlaßforderung zur Einziehung überweisen lassen oder die Zwangsvollstreckung in sonstige Nutzungen betreiben³⁸. Ist Testamentsvollstreckung angeordnet, kann der Eigengläubiger den Anspruch des Vorerben gegen den Testamentsvollstrecker auf Auskehrung der Nutzungen pfänden³⁹. § 2214 BGB steht der Pfändung nicht entgegen, weil die Nutzungen nicht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen, sondern an den Vorerben herauszugeben sind.

Zu den Nutzungen des Nachlasses zählen auch die vom Vorerben gezogenen Übermaßfrüchte, die gem. §§ 100, 953 BGB ebenfalls in das freie Vermögen des Vorerben übergehen⁴⁰. Dem Nacherben steht zwar nach Maßgabe des § 2133 BGB beim Eintritt der Nacherbfolge gegen den Vorerben ein schuldrechtlicher Anspruch auf Ersatz des Mehrertrages zu⁴¹. Gleichwohl vereiteln oder beeinträchtigen Zwangsverfügungen von Eigengläubigern des Vorerben in den Mehrertrag nicht „das Recht des Nacherben“ i. S. d. § 2115 BGB, denn diese Vorschrift schützt nur das Sondervermögen „Nachlaß“ in seinem Bestand, nicht aber die Realisierbarkeit von schuldrechtlichen Ansprüchen, die zwar mit der Nacherbfolge gegen den Vorerben entstehen, sich aber auf Vermögenswerte beziehen, die aus dem Sondervermögen herausgefallen sind. Demnach sind Zwangsmaßnahmen i. S. d. § 2115 BGB, auch soweit sie in Übermaßfrüchte erfolgen, uneingeschränkt wirksam.

23 RGZ 80, 30, 32; Zeller/Stöber, § 15 ZVG, Anm. 30.10; MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 2 und 8; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 4 (Anm. 2); Lange/Kuchinke, a.a.O., § 26 IV 7. b; Kuhn/Uhlenbruck, 10. Aufl. 1986, § 128 KO, Rd.-Nr. 2 b; a. A. Alternativkommentar/K.-D. Pardey, § 2115 BGB, Rd.-Nr. 1.

24 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2138 BGB, Rd.-Nr. 4.

25 Lange/Kuchinke, a.a.O., § 26 IV 7. b.

26 Palandt/Keidel, 50. Aufl. 1991, § 2115 BGB, Rd.-Nr. 2 (Anm. 1a); Zöller, 15. Aufl. 1987, § 773 ZPO, Rd.-Nr. 2.

27 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 17.

28 Zöller, a.a.O., § 773 ZPO, Rd.-Nr. 2; Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O., § 128 KO, Rd.-Nr. 2 b; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. 1990, Rd.-Nr. 1428.

29 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 21; Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O., § 128 KO, Rd.-Nr. 2.

30 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 17, MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 8.

31 RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 13 ff.; Kuhn/Uhlenbruck,

a.a.O., § 128, Rd.-Nr. 2 a; z. T. a. A. Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 23 ff.

32 Lange/Kuchinke, a.a.O., § 26 IV 7 c.

33 Vgl. unter C. II. 1.

34 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 11.

35 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2111 BGB, Rd.-Nr. 33.

36 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2111 BGB, Rd.-Nr. 35; MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2111 BGB, Rd.-Nr. 15.

37 Erman/Hense/Schmidt, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 3; MünchKomm/Grunsky, a.a.O., Grunsky, a.a.O., § 2155 BGB, Rd.-Nr. 3; MünchKomm/Grunsky, § 2115 BGB, Rd.-Nr. 3; RGZ 80, 1, 7.

38 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 3.

39 MünchKomm/Brandner, a.a.O., § 2214 BGB, Rd.-Nr. 4.

40 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2133 BGB, Rd.-Nr. 1.

41 RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2133 BGB, Rd.-Nr. 2; Kipp/Coing, a.a.O., § 49, VI 2; Soergel/Harder, a.a.O., § 2133 BGB, Rd.-Nr. 1; MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2133 BGB, Rd.-Nr. 1.

3. Zwangsverfügungen in den Miterbenanteil

Die Eigengläubiger des alleinigen Erben sind auf die Zwangsvollstreckung in einzelne Nachlaßgegenstände angewiesen, weil die Erbschaft im Vermögen des Alleinerben aufgeht, so daß der Nachlaß als pfändbares Sondervermögen nicht mehr vorhanden ist⁴². Ebenso ist bei der alleinigen Vorerbschaft, trotz des Umstandes, daß der Nachlaß hier ausnahmsweise doch ein Sondervermögen in der Hand des Vorerben bildet, lediglich die Zwangsvollstreckung in einzelne Nachlaßgegenstände, nicht hingegen in die Vorerbschaft insgesamt, möglich⁴³, denn auch verkauft und übertragen werden kann nicht die Vorerbschaft als solche, sondern nur der der Vorerbschaft unterliegende einzelne Vermögensgegenstand (§ 2371 BGB)⁴⁴. Erfolgen aber Einzelzwangsmaßnahmen, greift die Schutzwirkung des § 2115 BGB und bei Testamentsvollstreckung zudem diejenige des § 2214 BGB.

Demgegenüber können die Eigengläubiger des Mitvorerben nicht in die einzelnen Nachlaßgegenstände vollstrecken, weil sie hierfür einen Titel gegen alle Erben benötigen (§§ 747, 859 ZPO). Ihnen steht aber die Möglichkeit der Pfändung des Erbanteils gem. § 859 Abs. 2 ZPO offen⁴⁵. Durch die Pfändung werden die Rechte des Nacherben nicht beeinträchtigt. Das Pfändungspfandrecht ergreift den Erbanteil insgesamt, ohne jedoch dem Pfandgläubiger die Stellung eines Miterben zu verschaffen. Dem Gläubiger des Vorerben können im Wege einer Verwaltung des Erbanteils nach § 857 Abs. 4 ZPO die Nutzungen zugänglich gemacht werden⁴⁶.

Umstritten ist, ob der Erbanteil auch nach den §§ 844, 857 Abs. 5 ZPO veräußert oder dem Gläubiger zur Einziehung mit dem Ziel der Beitreibung des Auseinandersetzungsguthabens⁴⁷ überwiesen werden darf⁴⁸. Für die Möglichkeit einer Veräußerung spricht, daß auch der Vorerbanteil frei veräußert werden kann (§ 2033 Abs. 1 BGB)⁴⁹. Der Erbanteil bleibt in diesem Fall unverändert der Nacherbschaft unterworfen⁵⁰. Der Vorteil für den Eigengläubiger des Vorerben liegt bei einer Veräußerung des Erbanteils darin, daß das Veräußerungsentgelt grundsätzlich in das freie Vermögen des Vorerben fällt und nunmehr aufgrund des Pfändungspfandrechts an den Gläubiger geht. Die Möglichkeit eines Verkaufs ist aber aufgrund der regelmäßig unsicheren Dauer der Vorerbschaft ungewiß⁵¹.

Für die Zulässigkeit der Betreibung der Auseinandersetzung durch den Gläubiger spricht, daß auch der Mitvorerbe grundsätzlich die Auseinandersetzung betreiben kann und ein eventuell vom Erblasser angeordneter Ausschuß der Auseinandersetzung dem Gläubiger gegenüber gem. § 2044 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 751 S. 2 BGB unwirksam ist⁵². Die Auseinandersetzung könnte der Gläubiger entweder nach § 86 Abs. 2 FGG im Wege des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit betreiben oder durch Teilungsklage gem. §§ 2042, 749 ff. BGB bzw. Antrag auf Teilungsversteigerung nach § 180 ZVG. Reine Verwertungsmaßnahmen, wie z. B. die Teilungsversteigerung, ändern lediglich die Zusammensetzung des Nachlasses; das Pfändungspfandrecht bleibt unverändert an dem betroffenen Mitvorerbenanteil bestehen⁵³. Erst mit der eigentlichen Auseinandersetzung erlangt der Gläubiger an allen dem Mitvorerben

zugeordneten Gegenständen ein Pfandrecht⁵⁴. Bei einem nicht mit einer Nacherbschaft belasteten Erbanteil könnte sich der Pfandgläubiger nunmehr aus den einzelnen Gegenständen bzw. dem anteiligen Auseinandersetzungsguthaben befriedigen⁵⁵. Demgegenüber unterliegen die dem Vorerben zugeordneten Gegenstände und der auf ihn entfallende Teil des Auseinandersetzungsguthabens aufgrund der Surrogation gem. § 2111 BGB ebenfalls der Beschränkung durch die Nacherbschaft. Das Recht des Nacherben (§ 2115 BGB, § 773 ZPO) steht also einer Befriedigung des Eigengläubigers des Vorerben aus den einzelnen Gegenständen bzw. dem Anteil am Auseinandersetzungsguthaben entgegen⁵⁶. Demnach entfalten die Schutzvorschriften der §§ 2115 BGB und 773 ZPO ihre Wirkung mit der Auseinandersetzung auch bei der Pfändung des Mitvorerbenanteils⁵⁷.

Da sich der Eigengläubiger eines Mitvorerben auch beim Betreiben der Erbausinandersetzung nicht aus dem Auseinandersetzungsguthaben, sondern letztlich nur durch eine Nachlaßverwaltung nach § 857 Abs. 4 ZPO befriedigen kann⁵⁸, hatte das OLG Celle⁵⁹ dem Eigengläubiger das Rechtsschutzbedürfnis hinsichtlich seines Antrages auf Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks abgesprochen. Es sollte jedoch bedacht werden, daß die Auseinandersetzung für den Gläubiger durchaus vorteilhaft sein kann, z. B. wenn dem betroffenen Vorerben Nachlaßgegenstände zugeordnet werden, die eine gute Rendite ermöglichen oder wenn verbrauchbare Wirtschaftsgüter in Bargeld umgesetzt werden.

C.

Zusätzliche Belastungen durch den Erblasser

I. Die Grenzen der Beschränkungen und Beschwerden nach § 2306 BGB

a) Die Möglichkeiten, die dem Erblasser zur Verfügung stehen, um die Rechte eines pflichtteilsberechtigten Vorerben einzuschränken, werden durch § 2306 BGB begrenzt. In Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts beschneidet die Vorschrift die Testierfreiheit des Erblassers. Der Notar hat sich streng an der Norm zu orientieren, da ihre Nichtbeachtung zu einem vom Erblasser nicht erkannten und nicht gewollten Ergebnis führen kann.

§ 2306 BGB behandelt die Auswirkung von Beschränkungen und Beschwerden, die die Erbenstellung eines Pflichtteilsberechtigten beeinträchtigen. Entsprechend der hier gewählten Thematik werden vornehmlich die Folgen dieser Norm im Rahmen der Vor- und Nacherbschaft behandelt.

b) Setzt der Erblasser einen Pflichtteilsberechtigten lediglich mit der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils (Pflichtteilsquote) oder mit einer noch geringeren Quote zum Vor- oder Nacherben ein und belastet er ihn mit einer Testamentsvollstreckung, Teilungsanordnungen, Vermächtnissen bzw. Auflagen, gelten die Beschränkungen und Beschwerden gem. § 2306 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB als nicht angeordnet. In derartigen Fällen trifft den Notar ein erhebliches Haftungsrisiko, wenn

42 Haegeler, Fragen der Zwangsvollstreckung im Erbrecht, BWNotZ 1975, 129, 132; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 1987, § 21 II 3. Die Möglichkeiten der Herbeiführung der beschränkten Erbenhaftung sollen hier nicht erörtert werden.

43 Haegeler, BWNotZ 1975, 129, 132.

44 Staudinger/Ferid/Cieslar, Einl. zu § 2371 BGB, Rd.-Nr. 52.

45 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 46, 48; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 4.

46 RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 48; Baumbach/Lauterbach, a.a.O., § 859 ZPO, Anm. 2 C b.

47 Baumbach/Lauterbach, a.a.O., § 859 ZPO Anm. 2 C b.

48 So Stöber, Forderungspfändung, 8. Aufl. 1987, Rd.-Nr. 1705; a. A. Haegeler, BWNotZ 1975, 129, 132; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 46, 48; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 4.

49 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 46; Staudinger/Werner, 12. Aufl. 1989, § 2032 BGB, Rd.-Nr. 10; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 26 IV 12 a. Das Recht zur Veräußerung kann nicht mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden.

50 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 46; Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 1705.

51 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 48.

52 Baumbach/Lauterbach, a.a.O., § 859 ZPO, Anm. 2 B; vgl. auch Ernstlicher, Eigengläubiger des Miterben bei Testamentsvollstreckung, Rpfleger 1988, 94.

53 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 14 f.

54 Baumbach/Lauterbach, a.a.O., § 859 ZPO, Anm. 2 B; Wiczorek/Schütze, a.a.O., § 859 ZPO, Anm. B I a 1; kritisch Liemann, Zweifelsfragen bei der Verwertung eines gepfändeten Miterbenanteils, NJW 1962, 2189.

55 BayObLG DB 1983, 708 f.

56 OLG Celle NJW 1968, 801.

57 Mohrbutter/Drischler/Radtke/Tiedemann, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, 7. Aufl. 1990, Bd. 2, Muster 179, Anm. 6.

58 Vgl. auch Baumbach/Lauterbach, a.a.O., § 859 ZPO, Anm. 2 C b; Wiczorek/Schütze, a.a.O., § 859 ZPO, Anm. B V b.

59 NJW 1968, 801; so auch Erman/Hense/Schmidt, a.a.O., § 2115 BGB, Rd.-Nr. 2.

beispielsweise eine Vorerbschaft gewollt war, aber der vermeintliche Vorerbe mit der ihm zugedachten Erbquote unbeschränkter Vollerbe wird und er daneben gegebenenfalls einen Pflichtteilsrestanspruch (§ 2305 BGB) geltend machen kann. Schlägt der Erbe in diesem Fall aus, steht ihm ein Pflichtteilsanspruch nicht zu⁶⁰; ein eventueller Pflichtteilsrestanspruch bleibt von der Ausschlagung jedoch unberührt. Ist der hinterlassene Erbteil hingegen größer als die Pflichtteilsquote, steht dem Vor- bzw. Nacherben das Wahlrecht zu, entweder die Erbschaft mit der Beschränkung anzunehmen oder die Vor- bzw. Nacherbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen (§ 2306 Abs. 1 S. 2 BGB). Dies gilt nach h. M. auch, wenn der Bedachte als alleiniger Vor- oder Nacherbe eingesetzt wurde⁶¹.

§ 2306 BGB ist nicht anwendbar bei aufschiebend bedingter und Ersatz-Nacherbfolge, weil derart Bedachte so behandelt werden, als sei ihnen zunächst nichts hinterlassen, so daß sie ohne Ausschlagung den Pflichtteil verlangen können⁶².

c) Für den *Erbersatzberechtigten* ist die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge ohne Belang, da er als Nachlaßgläubiger hierdurch nicht beschränkt wird. Hat aber der Erblasser den Erbersatzberechtigten zum Erben berufen oder ist er kraft Gesetzes Erbe, gilt § 2306 BGB uneingeschränkt⁶³. Demnach ist der Erbersatzberechtigte, wenn er mit einer der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils entsprechenden oder einer geringeren Quote zum Vor- oder Nacherben berufen wurde, unbeschränkter Vollerbe und kann gegebenenfalls daneben einen Pflichtteilsrestanspruch geltend machen. War er mit einer größeren Quote berufen, kann er entweder die Vor- bzw. Nacherbeinsetzung akzeptieren oder diese ausschlagen und den Pflichtteil geltend machen.

d) Bei Anordnung einer *mehrfachen Nacherbfolge* wird der Pflichtteilsberechtigte, wenn ihm allenfalls die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils zugedacht war (§ 2306 Abs. 1 S. 1 BGB), unbeschränkter Vollerbe, so daß sowohl die ihm vorgesetzten Vorerbfolgen als auch die nach ihm vorgesehenen Nacherbfolgen entfallen⁶⁴. Ist ihm demgegenüber bei mehrfacher Nacherbfolge ein größerer Erbteil zugedacht (§ 2306 Abs. 1 S. 2 BGB), kann der Pflichtteilsberechtigte bei Ausschlagung der Nacherbschaft den Pflichtteil verlangen; die weiteren Nacherbeinsetzungen entfallen, sofern nicht dem Willen des Erblassers etwas anderes zu entnehmen ist⁶⁵.

e) Wurden sowohl zum Vorerben als auch zum Nacherben Pflichtteilsberechtigte mit einer geringeren Quote als ihrem Pflichtteil eingesetzt (§ 2306 Abs. 1 S. 1 BGB), entfallen Vor- und Nacherbschaft; die Pflichtteilsberechtigten erlangen gleiche Anteile an der ihnen zugedachten Quote (§§ 2093, 2091 BGB) und daneben Pflichtteilsrestansprüche⁶⁶. Hat der Erblasser z. B. von seinen beiden Kindern hinsichtlich eines Bruchteils von $\frac{1}{4}$ das eine Kind zum Vor- und das andere Kind zum Nacherben eingesetzt, werden im Falle des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB beide Kinder Erben zu $\frac{1}{8}$ -Anteil. Das gleiche muß gelten, wenn die Ehefrau und ein Kind auf diese Quote als Vor- und Nacherbe gesetzt wurden. Übersteigt jedoch der zugewendete Anteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, schneidet § 2306

Abs. 1 S. 2 BGB die Möglichkeit ab, die Bedachten als Erben mit gleicher Quote zu betrachten. Vor- und Nacherbe haben hier nur die Wahl, ob sie die Vor- und Nacherbeinsetzung akzeptieren oder ob sie ausschlagen sollen, mit der Folge, daß der Ausschlagende den Pflichtteil verlangen kann und der andere unbeschränkter Erbe der gesamten Quote wird⁶⁷.

f) Für die Feststellung, ob dem Bedachten mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils zugewendet wurde, ist grundsätzlich die halbe gesetzliche Erbquote in Relation zur zugewendeten Erbquote ohne Berücksichtigung von Beschwerden und Beschränkungen zu setzen (Quotentheorie⁶⁸). Bei der Zugewinnsgemeinschaft ist der gesetzliche Erbteil des längstlebenden Ehegatten der nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhte Erbteil⁶⁹. Schlägt jedoch der längstlebende Ehegatte aus, kann er lediglich den Pflichtteil nach § 1371 Abs. 2 und 3 BGB verlangen, daneben steht ihm der Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 ff. BGB zu⁷⁰.

Nach h. M.⁷¹ sind bei der Berechnung des Pflichtteils Anrechnungs- und Ausgleichspflichten (§§ 2315, 2316) zu berücksichtigen (Werttheorie), so daß es in diesen Fällen ausnahmsweise auf die Wertrelation zwischen dem rechnerischen Betrag des Pflichtteils unter Berücksichtigung von Ausgleichs- und Anrechnungspflichten einerseits und dem Betrag des hinterlassenen Erbteils ohne Abzug der Beschränkungen und Beschwerden andererseits ankommt.

g) Da die Beschränkungen und Beschwerden ohne weiteres Zutun des Pflichtteilsberechtigten entfallen, wenn der ihm hinterlassene Erbteil nicht größer als der Pflichtteil ist⁷², stellt sich die Frage, ob nicht gleichwohl auch bei einem unzulänglichen Erbteil eine Vorerbschaft (oder eine andere Beschränkung oder Beschwerde) angeordnet werden kann, wenn dies dem Interesse des Pflichtteilsberechtigten entspricht. Ohne weiteres kann ein solches Ergebnis durch erbvertragliche Vereinbarung erzielt werden, weil darin zumindest konkludent ein teilweiser Pflichtteilsverzicht läge. Demgegenüber kommt bei letztwilligen Verfügungen, an denen der Pflichtteilsberechtigte nicht beteiligt ist, die sogenannte *Cautela Socini*⁷³ in Betracht, d. h. der Erblasser wendet dem Pflichtteilsberechtigten einen Erbteil zu, der die Pflichtteilsquote nicht übersteigt, räumt ihm aber zugleich das Wahlrecht ein, diesen Erbteil auszuschlagen und stattdessen den unbeschränkten Pflichtteil geltend zu machen⁷⁴. Schlägt der Pflichtteilsberechtigte die Erbeinsetzung nicht aus⁷⁵, bleibt er an die Belastungen gebunden⁷⁶. Die *Cautela Socini* wird allerdings von einem erheblichen Teil des Schrifttums im Bereich des § 2306 BGB mit der Begründung abgelehnt, die Vorschrift enthalte zwingendes Recht, das eine Wahlpflicht gerade vermeiden wolle⁷⁷. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, daß der unbelastete Pflichtteil niemandem aufgedrängt werden sollte. Außerdem ist die *Cautela Socini* grundsätzlich Bestandteil der Testierfreiheit und ihr Verbot im Bereich des § 2306 BGB würde zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten reichen, der durch die Vorschrift geschützt werden soll; denn der Erblasser wäre ansonsten eventuell genötigt, den Pflichtteilsberechtigten von vornherein auf den Pflichtteil zu verweisen.

60 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 11.

61 Schlüter, Erbrecht, 12. Aufl. 1986, § 46 IV 2 c bb; Erman/Schlüter, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 4 m. w. N.

62 Kipp/Coing, a.a.O., § 10 I 5; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 7.

63 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 19 f.; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 17; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 39 V 5 b; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 12 ff.

64 Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 26.

65 Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 26 m. w. N.

66 Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 27; a.A. Staudenmaier, Konkurrerende Erbteile?, BWNotZ 1986, 279 f.

67 Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 27.

68 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 2.

69 RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 34 ff. und 2; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 2.

70 Zum Meinungsstand vgl. MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2303 BGB, Rd.-Nr. 21 ff., sowie die übrigen Kommentierungen zu § 2303 BGB.

71 Vgl. insbesondere Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 48 ff.; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 2 f.; Kipp/Coing, a.a.O., § 10 I 3.

72 Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 59; a.A. Wolff Gruchot, 67, 261, 262 ff.

73 Nach dem 1556 gestorbenen Sieneser Rechtsgelehrten Marianus Socinus, vgl. auch Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 3 ff.

74 Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 60; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 9 (Anm. 4); RG WarnR 1913, 250.

75 Zur Ausschlagungsfrist vgl. Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 60; von Olshausen, Die Sicherung gleichmäßiger Vermögensteilhaber bei „Berliner Testamenten“ mit nicht-gemeinsamen Kindern als Schlußerben, DNotZ 1979, 707, 711 f.

76 Ausführlich zum Meinungsstand Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 59 f. m. w. N.

77 RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 15; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 12; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 7; v. Lübtow, Erbrecht I, 1971, 577; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 39, Fn. 76.

Ein Teil des Schrifttums, das die Cautela Socini im Bereich des § 2306 BGB grundsätzlich ablehnt, sieht einen zulässigen Ausweg in einer Erbeinsetzung unter der Bedingung, daß der Erbe die Beschränkungen und Beschwerden übernimmt⁷⁸. Dagegen wird wiederum eingewendet, eine solche auflösende Bedingung bedeute eine Vorerbeinsetzung, die an § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB ohne weiteres scheitert⁷⁹. Da die Zulässigkeit der Cautela Socini bzw. einer bedingten (Vor-)Erbeinsetzung im Bereich des § 2306 BGB noch nicht ausdiskutiert ist, sollte diese Gestaltung in der notariellen Praxis allenfalls nach entsprechender Belehrung gewählt werden, es sei, der Pflichtteilsberechtigte hat, zumindest im erforderlichen Umfang, auf seine Pflichtteilsansprüche verzichtet.

h) Der Beginn der Ausschlagungsfrist des pflichtteilsberechtigten Vorerben, dem mehr als seine Pflichtteilsquote zugewendet wurde, setzt nicht nur die Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und vom Berufungsgrund sowie die Eröffnung der letztwilligen Verfügung voraus (§ 1944 BGB), sondern außerdem gem. § 2306 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB die Kenntnis der Belastungen⁸⁰. Die Ausschlagungsfrist beginnt ferner erst, wenn der Vorerbe weiß, daß ihm mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils zugewendet wurde⁸¹. Ist der Vorerbe beispielsweise auf Summen oder bestimmte Gegenstände eingesetzt, muß er sich zunächst Gewißheit über das Wertverhältnis zwischen der Zuwendung und dem Gesamtnachlaß verschaffen, um so den auf ihn entfallenden Bruchteil zu ermitteln⁸². Hat der Vorerbe aufgrund entsprechender letztwilliger Verfügungen Kenntnis von seiner Erbquote, weiß er im Regelfall auch, ob der ihm hinterlassene Erbteil seine Pflichtteilsquote übersteigt. Das ist aber ausnahmsweise dann nicht der Fall, wenn bei der Berechnung des Pflichtteils aufgrund von Anrechnungen nach § 2315 BGB oder Ausgleichungen nach § 2316 BGB die Werttheorie zugrunde zu legen ist⁸³.

Ist der pflichtteilsberechtigte Nacherbe mit einer größeren Quote als der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils, kann er zwar bereits unmittelbar nach dem Erbfall ausschlagen (§ 2142 Abs. 1 BGB), die Ausschlagungsfrist beginnt aber nicht vor Eintritt der Nacherbfolge. Allerdings läuft unabhängig von der Ausschlagungsfrist die Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs (§ 2332 Abs. 1 und 2 BGB), so daß der Pflichtteilsberechtigte innerhalb von drei Jahren ab der Kenntnis vom Anfall und dem Grunde seiner Berufung zum Nacherben (§§ 1944 Abs. 2, 2306 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB) entscheiden muß, ob er ausschlagen und den Pflichtteil verlangen soll oder ob er sich mit seiner Nacherbenstellung abfindet⁸⁴.

i) Der Notar muß demnach darauf achten, daß ein pflichtteilsberechtigter Vor- oder Nacherbe immer eine größere Quote zugewandt erhält als seinem Pflichtteil entspricht. Sofern die Quote den Pflichtteil übersteigt, empfiehlt sich im Rahmen der Beratung des Erblassers ein Hinweis des Notars auf die Möglichkeit der Ausschlagung und Geltendmachung des Pflichtteils, ohne daß allerdings ein entsprechender Vermerk in die Urkunde aufzunehmen ist. Die im folgenden darzustellenden Möglichkeiten des Erblassers, den Vorerben durch letztwillige Verfügungen einzuschränken, setzen beim pflichtteilsberechtigten Vorerben voraus, daß er einen seinen Pflichtteil übersteigenden Erbteil erhält.

II. Die Möglichkeiten der Belastungen

Der Vorerbe ist grundsätzlich unbeschränkt zur Verwaltung des Nachlasses befugt⁸⁵. Gehören zum Nachlaß weder Grundbesitz noch Grundstücksrechte, ist er – von wenigen Ausnahmen

abgesehen – zu jeglicher entgeltlichen Verfügung berechtigt (§ 2112 BGB) und zu jeder unentgeltlichen Verfügung in der Lage. Er kann demnach selbst als nicht befreiter Vorerbe das im Nachlaß befindliche Geld- und Wertpapiervermögen sowie die beweglichen Gegenstände weitgehend umschichten und verwerten. Hierbei hat er, weil er mit der Verwaltung des Nachlasses sein eigenes Vermögen verwaltet, gem. § 2131 BGB dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Der Erblasser benötigt daher Instrumentarien der Beschränkung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Vorerben, wenn dieser überschuldet oder verschwendungssüchtig ist, wenn er nur geringere Vermögensvorteile aus der Vorerbschaft soll ziehen können als ihm nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches möglich wäre oder wenn seine sonstigen Dispositionsbefugnisse hinsichtlich des der Vorerbschaft unterliegenden Vermögens beschnitten werden sollen.

1. Testamentsvollstreckung

a) Einer der umfassendsten Eingriffe in die Vorerbenstellung ist die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, durch die die gesamte Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Vorerben auf den Testamentsvollstrecker übertragen wird (§§ 2205, 2209, 2211 BGB). Gegen die Testamentsvollstreckung ergeben sich keine grundlegenden Bedenken; es ist vielmehr allgemein anerkannt, daß das Wesen der Vorerbschaft kein dem Vorerben unabdingbar verbleibendes Mindestmaß an Verwaltungs- und Verfügungsbefugnissen erfordert⁸⁶, denn auch § 2129 BGB sieht vor, daß dem Vorerben die gesamten Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse entzogen werden können. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist die einzige Möglichkeit des Erblassers, die Beschränkungen des Vorerben mit dinglicher Wirkung zu vermehren; alle zulässigen sonstigen Anordnungen wirken nur schuldrechtlich⁸⁷, denn einer dinglich wirkenden Verstärkung der gesetzlichen Beschränkungen des Vorerben steht § 137 BGB entgegen. Für den Erblasser kann die Testamentsvollstreckung als Mittel zur Nachlaßsicherung aufgrund der selbst dem nicht befreiten Vorerben zustehenden umfangreichen Verfügungsbefugnisse von großem Interesse sein, zumal der Anspruch des Vorerben auf die Nutzungen des Nachlasses durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht beeinträchtigt wird⁸⁸.

Zu unterscheiden ist zwischen

- dem Testamentvollstrecker für den Vorerben,
- dem Testamentvollstrecker zur Wahrnehmung der Nacherbenrechte bis zum Eintritt des Nacherbfalls (§ 2222 BGB),
- dem Testamentvollstrecker für den Nacherben nach Eintritt des Nacherbfalls und
- dem Testamentvollstrecker sowohl für den Vor- als auch den Nacherben.

Der Einschränkung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Vorerben dient ausschließlich die Testamentsvollstreckung über das der Vorerbschaft unterliegende Vermögen. Demgegenüber beschränkt der Nacherbenvollstrecker (§ 2222 BGB) nur den Nacherben, der seine Kontroll-, Sicherungs- und Mitwirkungsrechte nicht selbst wahrnehmen kann⁸⁹. Der Erblasser kann einen Testamentvollstrecker mit mehreren der vorbezeichneten Vollstreckungsaufgaben betrauen, die Testamentsvollstreckung also z. B. sowohl auf die Vorerbschaft als auch

78 v. Lübtow I, 577; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 12.

79 Lange/Kuchinke, a.a.O., § 39 V, Fn. 26; so auch Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 7, der jedoch eine auflösend bedingte Vorerbschaft, verbunden mit einem aufschiebend bedingten Vermächtnis in Pflichtteilshöhe für zulässig hält.

80 Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2306 BGB, Rd.-Nr. 74.

81 RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 23; RGZ 113, 45, 47 f.; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 18; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 9.

82 RGZ 113, 45, 48.

83 RGZ 113, 45, 48; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 7; Münch

Komm/Frank, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 18.

84 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2306 BGB, Rd.-Nr. 6.

85 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 17.

86 BGH LM § 2100 BGB, Nr. 2; Soergel/Harder, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 10; Johannsen, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts, WM 1970, 2.

87 Soergel/Harder, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 10 und § 2112 BGB, Rd.-Nr. 2; Johannsen, WM 1970, 2.

88 BGH WM 1986, 1095; Erman/Hense/Schmidt, a.a.O., § 2216 BGB, Rd.-Nr. 3; MünchKomm/Brandner, a.a.O., § 2216 BGB, Rd.-Nr. 7.

89 Staudinger/Reimann, 12. Aufl. 1989, § 2222 BGB, Rd.-Nr. 4.

auf die Wahrnehmung der Rechte des Nacherben erstrecken⁹⁰, oder allgemein Testamentsvollstreckung für den Vor- und den Nacherbfall anordnen.

Zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten empfiehlt sich für die notarielle Praxis eine eindeutige Bezeichnung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers. Hat nämlich der Erblasser bei Anordnung der Vor- und Nacherbschaft die Aufgaben des Testamentsvollstreckers nicht ausdrücklich festgelegt, muß durch Auslegung ermittelt werden, ob neben der Vorerben-Testamentsvollstreckung die mit dem Nacherbfall beginnende gewöhnliche Testamentsvollstreckung, die Nacherben-Vollstreckung gem. § 2222 BGB oder keine Nacherben-Testamentsvollstreckung gewollt war⁹¹. Ebenso ist klarzustellen, ob der Testamentsvollstrecker lediglich die gewöhnlichen mit der Regelung des Nachlasses verbundenen Aufgaben zu erledigen hat (z. B. Begleichung der Nachlaßverbindlichkeiten, Erfüllung von Vermächtnissen und Auflagen) und den Nachlaß anschließend dem Vorerben auszuhändigen hat oder ob Dauertestamentsvollstreckung gewollt ist. Regelmäßig wird der Erblasser die Testamentsvollstreckung für den Vorerben als Dauertestamentsvollstreckung ausgestalten, unbeschadet seines Rechtes, den Aufgabenbereich des Vollstreckers mehr oder weniger stark zu begrenzen⁹².

b) In der Wahl der Person des Testamentsvollstreckers ist der Erblasser weitgehend frei. Insbesondere kann der Nacherbe selber Testamentsvollstrecker des Vorerben sein⁹³. Es ist grundsätzlich anerkannt, daß auch der Mitvorerbe zum Mittestamentsvollstrecker ernannt werden kann⁹⁴ und eine im Vordergrund befindliche Meinung hält sogar die Testamentsvollstreckung durch den alleinigen Vorerben zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Nacherben für zulässig und beruft sich zur Begründung auf die auch im Erbrecht herrschende Privatautonomie und die Möglichkeit der sachenrechtlichen Typenkombination⁹⁵. Allein das hier untersuchte Ziel des Erblassers, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse des Vorerben einzuschränken, kann nur durch eine Testamentsvollstreckung erreicht werden, die zumindest auch durch Nicht-Vorerben ausgeübt wird.

c) Für den Fall, daß ein Dritter, der weder Vor- noch Nacherbe ist, zum Testamentsvollstrecker für den Vorerben berufen wird, ohne zugleich Nacherben-Vollstrecker i. S. d. § 2222 BGB zu sein, ist umstritten, ob er ebenso den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 und 2114 BGB unterliegt wie der Vorerbe selber. Für die Freiheit des Testamentsvollstreckers von diesen Verfügungsbeschränkungen (mit Ausnahme unentgeltlicher Verfügungen; vgl. § 2205 S. 3 BGB) wird vorgebracht, daß die §§ 2113 und 2114 BGB nur das Innenverhältnis zwischen Vor- und Nacherben regeln würden⁹⁶.

Demgegenüber wird die Auffassung, daß auch der Vorerben-Testamentsvollstrecker uneingeschränkt den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 und 2114 BGB unterliege, damit begründet, daß der Vollstrecker nur die Rechtsmacht des Vorerben ausübe und nicht erkennbar sei, warum der Schutz des Nacherben durch eine weitgehend uneingeschränkte Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers eingeschränkt werden sollte⁹⁷. Die Auffassung, der Testamentsvollstrecker unterliege nicht den besonderen Beschränkungen der §§ 2113 und

2114 BGB, dürfte zur Zeit noch überwiegen. Den Vorzug verdient m. E. die Gegenmeinung, weil die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse grundsätzlich so auf den Testamentsvollstrecker übergehen, wie sie ohne Testamentsvollstreckung dem Erben zustehen würden. Dem steht § 2205 S. 2 BGB nicht entgegen, denn die dort normierte Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ist abgeleitet von der ohne Testamentsvollstrecker bestehenden Verfügungsbefugnis des Erben. Da es sich bei der Vorerbschaft um eine zeitlich und rechtlich beschränkte Erbenstellung handelt, können auch dem Testamentsvollstrecker, der nur für dieses begrenzte Rechtsinstitut zum Vollstrecker ernannt wird, keine weitergehenden Verfügungsbefugnisse zustehen als dem Vorerben selber. Möchte der Erblasser den Vorerben-Testamentsvollstrecker von den Verfügungsbeschränkungen befreien, kann er je nach Interessenlage befreite Vorerbschaft anordnen oder den Testamentsvollstrecker zumindest von bestimmten Beschränkungen ausdrücklich freistellen oder ihn zugleich für den Nacherben ernennen, sei es uneingeschränkt, sei es nach Maßgabe des § 2222 BGB⁹⁸. Für die notarielle Praxis empfiehlt sich bei Verfügungen des Testamentsvollstreckers als Weg der größeren Sicherheit die Annahme, daß der Testamentsvollstrecker den Beschränkungen der §§ 2113 und 2114 BGB in der gleichen Weise unterliegt wie der Vorerbe.

d) Uneins ist sich das Schrifttum auch über die Frage, welche Rechtsfolgen die Anordnung der Testamentsvollstreckung für den befreiten Vorerben hat. Ein Teil des Schrifttums vertritt die Auffassung, daß die Befreiung des Vorerben der Testamentsvollstreckung vorgehe, mit der Folge, daß dem Testamentsvollstrecker dort keine Befugnisse zuständen, wo der befreite Vorerbe handeln darf⁹⁹. Gegen diese Auffassung spricht jedoch, daß nicht recht erkennbar wird, wo dann überhaupt noch die Aufgaben einer Verwaltungstestamentsvollstreckung liegen sollen. Daher steht die h. M. auf dem Standpunkt, daß die Befugnisse des Testamentsvollstreckers durch die befreite Vorerbschaft nicht beschnitten werden. Hiernach hat die Befreiung des Vorerben in erster Linie Bedeutung für sein Verhältnis zum Nacherben, wenn z. B. der Testamentsvollstrecker Nachlaßgegenstände nach § 2217 BGB freigibt oder das Testamentsvollstreckeramt nicht antritt bzw. vorzeitig beendet¹⁰⁰. Die befreite Vorerbschaft beeinflusst aber insoweit auch das Verhältnis des Vorerben zum Testamentsvollstrecker, aber dieser hat darauf zu achten, daß dem Vorerben nicht nur die Nutzungen, sondern außerdem grundsätzlich die Substanz der Erbschaft gebührt¹⁰¹.

e) Im übrigen stehen dem Erblasser hinsichtlich der Testamentsvollstreckung für den Vorerben die gleichen Gestaltungsmöglichkeiten offen wie bei sonstigen Testamentsvollstreckungen. Die Testamentsvollstreckung empfiehlt sich daher insbesondere bei einer Kombination mit Auflagen, deren Mißachtung ohne Testamentsvollstreckung befürchtet werden müßte. Umgekehrt steht es dem Erblasser auch frei, einzelne Nachlaßgegenstände von der Testamentsvollstreckung auszunehmen.

f) Die besondere Bedeutung der Testamentsvollstreckung für den alleinigen Vorerben liegt in der Regelung des § 2214 BGB, nach der sich Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlaßgläubigern gehören, nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände hal-

90 BGHZ 40, 115, 122.

91 Vgl. Staudinger/Reimann, a.a.O., § 2222 BGB, Rd.-Nrn. 2 ff.

92 Vgl. Lange/Kuchinke, a.a.O., § 29 V 1 a, Fn. 104.

93 BGH MittRhNotK 1990, 202 f.; Staudinger/Reimann, a.a.O., § 2222 BGB, Rd.-Nr. 5; MünchKommBBrandner, a.a.O., § 2222 BGB, Rd.-Nr. 9.

94 BayObLG NJW 1976, 1692, 1693.

95 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 37; Rohlf, Nießbraucher und Vorerbe als Testamentsvollstrecker, DNotZ 1971, 518, 530 f.; a. A. RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2112 BGB, Rd.-Nr. 21; Kipp/Coing, a.a.O., § 671 9 d m. w. N.; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 29 IV, Fn. 79.

96 Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2205 BGB, Rd.-Nr. 28 (Anm. 3 a); Haegeler/Winkler, Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 10. Aufl. 1989, Rd.-Nr. 215; OLG Neustadt NJW 1956, 1881; Soergel/Damrau, a.a.O., § 2205 BGB, Rd.-Nr. 48; Soergel/Harder, a.a.O., § 2113 BGB, Rd.-Nr. 1; m. E. nicht eindeutig Staudinger/Reimann, a.a.O., § 2205 BGB, Rd.-Nr. 60; van de Loo, MittRhNotK 1989, 233, 245 f.

97 MünchKomm/Brandner, a.a.O., § 2205 BGB, Rd.-Nr. 55 und § 2222 BGB, Rd.-Nr. 9; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 29 VI 2 a; Brox/Walker, Rd.-Nr. 389; v. Lübtow, Erbrecht II 1971, 892; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2113 BGB, Rd.-Nr. 1; Erman/Hense/Schmidt, a.a.O., § 2113 BGB, Rd.-Nr. 2; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2113 BGB, Rd.-Nr. 7.

98 BGHZ 40, 115, 119; vgl. auch Fn. 96 und 97.

99 MünchKomm/Brandner, a.a.O., § 2222 BGB, Rd.-Nr. 10; Krech, Die Stellung des – befreiten – Vorerben zum Testamentsvollstrecker, DNotZ 1940, 269.

100 Staudinger/Reimann, a.a.O., § 2205 BGB, Rd.-Nr. 61; Erman/Hense/Schmidt, a.a.O., § 2222 BGB, Rd.-Nr. 4 (a. M. noch die 7. Aufl. an der gleichen Stelle); Damrau, JR 1985, 104, 106 mit Verweis auf BGHZ 40, 115, obgleich diese Entscheidung auf die hier in Rede stehende Problematik nicht eingeht.

101 So auch BGH MittRhNotK 1990, 202, 203, in einer Entscheidung zum Behindertentestament.

ten können. Wenn auch die Vorschrift ausschließlich der Durchführung der Testamentsvollstreckung dienen soll, bewirkt sie doch praktisch, daß die Nachlaßgegenstände den Eigengläubigern des Vorerben in der Zeit zwischen dem Erbfall und der Beendigung der Testamentsvollstreckung entzogen sind¹⁰². Demnach kann der Erblasser durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung auch den grundsätzlich nach § 2115 BGB auflösend bedingt wirksamen Zwangsverfügungen entgegenwirken¹⁰³ und den Nacherben auf diese Weise verstärkt schützen.

Der Möglichkeit der Pfändung bleiben jedoch zum einen die Ansprüche des Vorerben gegen den Testamentsvollstrecker auf Auszahlung der Nachlaßerträge und zum anderen geltend gemachte Ansprüche auf Überlassung von Nachlaßgegenständen nach § 2217 BGB unterworfen¹⁰⁴. Im letzten Fall greift allerdings die Vorschrift des § 2115 BGB ein; außerdem werden derartige Herausgabeansprüche bei der im Rahmen der Vorerbschaft in der Regel angeordneten Verwaltungstestamentsvollstreckung nicht gegeben sein.

Vor- und Nacherbe fallen allerdings aus der faktischen Schutzwirkung des § 2214 BGB heraus, wenn der Vorerbe nur auf einen Erbanteil eingesetzt wurde, da der Anteil von den Eigengläubigern des Vorerben gepfändet werden kann¹⁰⁵. Der gepfändete Erbanteil bleibt unverändert der Testamentsvollstreckung unterworfen¹⁰⁶. Der Pfändungspfandgläubiger kann, wie vorstehend bereits geschildert¹⁰⁷, die Abschöpfung der Nutzungen durch eine Verwaltung des Erbanteils nach § 857 Abs. 4 ZPO bzw. die Veräußerung des mit Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung belasteten Erbanteils nach §§ 844, 857 Abs. 5 ZPO anstreben oder die Auseinandersetzung mit dem Ziel einer für ihn günstigen Verteilung des Nachlasses bzw. des Erlöses betreiben. Durch die Erbauseinandersetzung kann er jedoch wegen der Vorschriften der §§ 2115 BGB i. V. m. 773 ZPO nicht mehr erlangen als ein Pfändungspfandrecht an den dem Vorerben zugewiesenen Gegenständen. Außerdem steht nach vollzogener Auseinandersetzung § 2214 BGB allen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Eigengläubigern in die dem Vorerben zugewiesenen Vermögenswerte entgegen.

2. Vermächtnis

Grundsätzlich stehen dem Vorerben die Nutzungen des Nachlasses zu. Der Erblasser kann aber durch Anordnung eines Vermächtnisses zugunsten des Nacherben oder eines Dritten die auf die Zeit der Vorerbfolge entfallenden Nutzungen ganz oder zum Teil einem Vermächtnisnehmer zuwenden¹⁰⁸. Die Zuwendung kann mit der Maßgabe erfolgen, daß die Herausgabe der Nutzungen sofort bei ihrem Anfall oder erst zu einem späteren Zeitpunkt, z. B. beim Eintritt des Nacherbfalles, zu erfolgen hat¹⁰⁹. Letzterenfalls fließen die überschießenden Beträge der Substanz des Nachlasses zu¹¹⁰. Eine Begrenzung der Zuwendung liegt nur in dem etwaigen Pflichtteilsrecht des Vorerben¹¹¹. Die Sicherung des Vermächtnisses kann durch Anordnung einer Verwaltungstestamentsvollstreckung erfolgen.

Durch ein derartiges Vermächtnis kann der Erblasser erreichen, daß dem Vorerben nur eine bestimmte Rente zufließt. Beispiel: Im Nachlaß befindet sich ausschließlich Grundbesitz. Der Erblasser setzt seinen Sohn zum Vorerben ein und wendet dessen Ehefrau für die Dauer des Bestehens der Ehe (oder dessen Abkömmlingen) im Wege des Vermächtnisses die nach Abzug der Unkosten eventuell verbleibenden Miet- und Pachteinkünfte zu, soweit diese einen bestimmten Betrag übersteigen¹¹². Der Erblasser kann es in diesem Fall sogar dem Vorerben überlassen, den Vermächtnisnehmer zu bestimmen (§ 2151 BGB) oder das Vermächtnis unter mehreren Vermächtnisnehmern zu verteilen (§ 2153 BGB).

Da der Vermächtnisnehmer jedoch nur ein Nachlaßgläubiger ist und somit lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Leistung hat (§ 2174 BGB), sind die im Vermächtniswege zugewendeten Nutzungen, solange das Vermächtnis noch nicht erfüllt ist, durch Nachlaßgläubiger und Eigengläubiger des Vorerben pfändbar¹¹³. Fällt der Vorerbe in Konkurs, gehören die Nutzungen zur freien Konkursmasse¹¹⁴.

3. Auflage

Dem Erblasser steht es auch frei, durch Auflagen¹¹⁵ anzuordnen, daß die Nutzungen ganz oder teilweise für bestimmte Leistungen verwendet werden¹¹⁶, z. B. zur Werterhöhung eines im Nachlaß befindlichen Gebäudes oder zur Finanzierung des Studiums des Nacherben. Ebenso kann der Erblasser den Vorerben auf diese Weise verpflichten, über bestimmte Nachlaßgegenstände nicht zu verfügen¹¹⁷. Gegenstände, die ansonsten der freien Verfügungsbefugnis des Vorerben unterliegen, können auf diese Weise dem Nacherben erhalten werden. Hierher gehören auch die Einengung des Bilanzierungs- und Bewertungsspielraums sowie die Aufstellung von Richtlinien für die Gewinnermittlung hinsichtlich im Nachlaß befindlicher Unternehmen¹¹⁸. Solche Auflagen schränken das Maß der dem Vorerben zustehenden Nutzungen ein und begrenzen dadurch die Zugriffsmöglichkeiten seiner Eigengläubiger. Allerdings entfaltet auch die Auflage lediglich schuldrechtliche Wirkungen.

4. Teilungsanordnung

Durch Teilungsanordnungen kann der Erblasser Einfluß auf die Zusammensetzung des der Mitvorerbschaft unterliegenden Nachlasses nehmen und damit einem Mißbrauch der Vorerbenstellung entgegenwirken¹¹⁹. Ordnet der Erblasser etwa an, daß ein Miterbe in seiner Eigenschaft als Vorerbe ausschließlich bestimmte Grundstücke erhalten soll, greift mit der Auseinandersetzung die Schutzwirkung des § 2113 Abs. 1 BGB ein. Wird der Grundbesitz der Anordnung des Erblassers gemäß übertragen, bedarf es hierzu nicht der Zustimmung des Nacherben¹²⁰, weil das Grundstück nach wie vor der Nacherbenbindung unterliegt¹²¹. Eine Zustimmungspflicht wird man jedoch annehmen müssen, wenn die Miterben den Grundbesitz einvernehmlich entgegen der Teilungsanordnung einem

102 RG LZ 1916, 1473; Staudinger/Reimann, a.a.O., § 2214 BGB, Rd.-Nr. 1 ff.; MünchKomm/Brandner, a.a.O., § 2214 BGB, Rd.-Nr. 1.

103 Staudinger/Reimann, a.a.O., § 2214 BGB, Rd.-Nr. 2.

104 MünchKomm/Brandner, a.a.O., § 2214 BGB, Rd.-Nr. 4; Erman/Hense/Schmidt, a.a.O., § 2214 BGB, Rd.-Nr. 1.

105 Staudinger/Reimann, a.a.O., § 2214 BGB, Rd.-Nr. 6; MünchKomm/Brandner, a.a.O., § 2214 BGB, Rd.-Nr. 4; vgl. auch oben B III 3.

106 Staudinger/Reimann, a.a.O., § 2214 BGB, Rd.-Nr. 6; MünchKomm/Brandner, a.a.O., Rd.-Nr. 4; BayObLG DB 1983, 708.

107 Oben B III 3.

108 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 33 f., 45 und § 2112 BGB, Rd.-Nr. 29; Soergel/Harder, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 10; MünchKomm/Grünsky, a.a.O., § 2111 BGB, Rd.-Nr. 15; Johannsen, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf dem Gebiet des Erbrechts, 4. Teil: Einsetzung eines Nacherben, WM 1970, 2; RG Recht 1912, Nr. 887; Bühler, Zum Inhalt der Vermächtnisanwartschaft im Vergleich zur Anwartschaft des Nacherben, BWNöZ 1967, 174, 179.

109 RG Recht 1912, Nr. 887.

110 Kipp/Coing, a.a.O., § 49 VI 3.

111 RG Recht 1912, Nr. 887; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 45.

112 § 850 b Nr. 3 ZPO gewährt dem Vorerben keinen Pfändungsschutz, weil er nicht nur Fruchtziehungsberechtigter, sondern zugleich Eigentümer ist.

RGK/Johannsen, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 45.

113 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 45.

114 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 45.

115 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 45; RGK/Johannsen, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 3.

116 RG Recht 1912, Nr. 887; MünchKomm/Grünsky, a.a.O., § 2111 BGB, Rd.-Nr. 15.

117 RGK/Johannsen, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 3.

118 MünchKomm/Grünsky, a.a.O., § 2111 BGB, Rd.-Nr. 16; Baur, „Nutzungen“ eines Unternehmens bei Anordnung von Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung, JZ 1958, 465, 467; Langenbach, Die Rechtsnachfolge des Vorerben in die personen- und vermögensrechtliche Mitgliedstellung des Gesellschafters einer Personenhandels-gesellschaft, MittRhNotK 1965, 81, 101; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2111 BGB, Rd.-Nr. 39.

119 Nach Beck, Grenzen der Teilungsanordnung, DNotZ 1961, 565, 572 ff., kommt ausschließlich eine Verwaltungsanordnung nach § 2048 BGB in Betracht, da der entsprechende Nachlaßgegenstand bei einer Teilungsanordnung aus der Nacherbenbindung herausfallen würde. Vgl. auch Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2110 BGB, Rd.-Nr. 12 ff.

120 Soergel/Wolf, a.a.O., § 2048 BGB, Rd.-Nr. 2; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2110 BGB, Rd.-Nr. 12; § 2113 BGB, Rd.-Nr. 52; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 26 IV, Fn. 65.

121 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2110 BGB, Rd.-Nr. 12.

anderen Erben als dem benannten Mitvorerben übertragen wollen, da hierdurch die Rechte des Nacherben beeinträchtigt werden. Bei der Formulierung der letztwilligen Verfügung ist darauf zu achten, daß die Teilungsanordnung eindeutig als solche erkennbar ist und die Verwechslung mit einem Vorausvermächtnis ausgeschlossen ist, ferner daß nicht nur eine Berechtigung, sondern auch eine Verpflichtung (Auflage) des Mitvorerben zur Übernahme bestimmter Nachlaßgegenstände in Anrechnung auf sein Erbteil entsteht.

5. Bedingung

Die Vorerbschaft ist begriffsnotwendig immer mit einer auflösenden Bedingung oder einer Befristung verknüpft¹²². Dem Erblasser eröffnet sich hier ein weites Feld der Einflußnahme auf den Vorerben, da er bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit beliebige Forderungen an den Vorerben stellen kann, verbunden mit der Sanktion des Eintritts der Nacherbfolge im Falle der Nichterfüllung. So kann er z. B. anordnen, daß beim Abschluß bestimmter Rechtsgeschäfte durch den Vorerben, die geeignet sind, die Erbschaft auszuhöhlen, die Nacherbfolge vorzeitig eintreten soll¹²³, beispielsweise beim Verkauf besonders werthaltiger Nachlaßgegenstände. Auch der Eintritt des Vorerbfalles kann bereits durch eine Bedingung bestimmt sein¹²⁴, etwa durch die Anordnung, daß eine Vorerbschaft nur eintritt, wenn der Bedachte beim Erbfall pflegebedürftig oder nicht verheiratet ist.

6. Ausschluß der Auseinandersetzung

Ist der Vorerbe nur Miterbe, kann er ebenso wie der Vollerbe jederzeit die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft verlangen (§ 2042 Abs. 1 BGB). Der Zustimmung des Nacherben zur Auseinandersetzung bedarf lediglich der nicht befreite Vorerbe, wenn zum Nachlaß Grundbesitz gehört¹²⁵. Aber auch in diesem Fall ist der Nacherbe zur Zustimmung verpflichtet, wenn die Auseinandersetzung zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist.

Den Umstand, daß der Vorerbe in seinen Verfügungsmöglichkeiten erheblich eingeschränkt ist, wenn er auf Dauer den Bindungen der Gesamthandsgemeinschaft unterliegt, kann sich der Erblasser durch den Ausschluß der Auseinandersetzung der Gemeinschaft nach Maßgabe des § 2044 BGB zunutze machen. Zwar entfaltet das Verbot der Auseinandersetzung nur schuldrechtliche Wirkung (§ 137 S. 1 BGB), jedoch bedarf es zu einer einvernehmlichen Auseinandersetzung entgegen dem Erblasserwillen der Zustimmung auch des Nacherben¹²⁶. Außerdem kann der Erblasser die Vorerbschaft unter die auflösende Bedingung der Verfügung zum Zwecke der Auseinandersetzung stellen¹²⁷. Der Ausschluß der Auseinandersetzung kann für den Erblasser insbesondere dann interessant sein, wenn der Nacherbe neben dem Vorerben bereits zum Miterben (möglicherweise sogar alleinigen Miterben) eingesetzt wird. Allerdings liegt der Nachteil dieser Möglichkeit darin, daß die dauernde gesamthänderische Bindung alle Miterben in gleichem Maße einschränkt.

7. Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht

a) Die in § 2306 BGB unter dem Aspekt der Pflichtteilerhaltung aufgestellten Grenzen der Beschränkungen und Beschwerden des Vorerben durchbricht § 2338 BGB teilweise, allerdings unter sehr engen Voraussetzungen. Nach § 2338

BGB kann der Erblasser¹²⁸ das Pflichtteilsrecht des ehelichen oder nichtehelichen (§ 2338 a BGB) Abkömmlings dadurch beschränken, daß er den Abkömmling zum Vor- und dessen gesetzlichen Erben zu Nacherben (oder Nachvermächtnisnehmern) beruft. Außerdem kann er neben der Vor- und Nacherbschaft (aber auch unabhängig von dieser) Testamentsvollstreckung anordnen¹²⁹. Hingegen sind alle über das Maß des § 2338 BGB hinausgehenden Beschränkungen, insbesondere eine Beschränkung des Betrages des Pflichtteils unzulässig¹³⁰. Der Erblasser kann aber die Beschränkungen mildern, insbesondere befreite Vorerbschaft anordnen¹³¹.

b) Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft nach § 2338 BGB setzt voraus, daß sich der Abkömmling in einem solchen Maße der Verschwendung ergeben hat, oder in einem solchen Maße überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird. Der Erblasser muß den Grund der Pflichtteilsbeschränkung in seiner letztwilligen Verfügung angeben (§ 2338 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 2336 Abs. 2 BGB). Außerdem muß der Beschränkungsgrund sowohl bei Errichtung der letztwilligen Verfügung als auch beim Erbfall vorliegen; andernfalls ist die Anordnung unwirksam (§ 2338 Abs. 2 S. 2 BGB). Hingegen führt ein Wegfall des Grundes nach Eintritt der Erbfolge nur dann zur Unwirksamkeit der Beschränkung, wenn die Auslegung der letztwilligen Verfügung dies ergibt¹³². Der Erblasser wird in seiner Testierfreiheit ferner dadurch eingeengt, daß der Nacherbfall auf den Zeitpunkt des Todes des Abkömmlings zu bestimmen ist und Nacherben nur die gesetzlichen Erben des Abkömmlings nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile sein können. Als zulässig wird jedoch die Beschränkung der Nacherbfolge auf die gesetzlichen Erben der ersten oder der ersten und zweiten Ordnung angesehen¹³³.

c) Da alle diese Voraussetzungen nach § 2338 BGB kumulativ vorliegen müssen, wird die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht nur in seltenen Fällen möglich sein¹³⁴. Hinzu kommt die große Unsicherheit des Erblassers hinsichtlich des Vorliegens der Beschränkungsgründe zum Zeitpunkt des Erbfalls. Gleichwohl kann, insbesondere bei nachhaltiger Überschuldung eines Abkömmlings, durchaus eine Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht in Betracht kommen. Ihre Wirkung erschöpft sich aber nicht in der Einschränkung der Vorschrift des § 2306 BGB, sondern erhält durch § 863 ZPO darüber hinaus einen nachhaltigen Schutz des Vorerben zu Lasten seiner Eigengläubiger. Die dem Vorerben zustehenden und grundsätzlich pfändbaren Nutzungen des Nachlasses werden der Pfändung durch die Eigengläubiger des Vorerben insoweit entzogen, als sie zur Erfüllung der dem Schuldner seinem Ehegatten und seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind. § 863 ZPO geht damit weit über die Wirkungen des § 2115 BGB hinaus, verhindert jedoch weder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der Nachlaßgläubiger, deren Ansprüche auch gegenüber dem Nacherben oder dem Testamentsvollstrecker durchsetzbar sind, noch die Pfändung des Mitvorerbenanteils¹³⁵. Da allerdings durch die Pfändung des Mitvorerbenanteils der Schutzzweck des § 863 ZPO nicht unterlaufen werden darf, kommt im Rahmen der Verwertung ausschließlich die Anordnung einer Verwaltung nach § 857 Abs. 4 ZPO in Frage, mit der Maßgabe, daß die nach § 863 ZPO nicht pfändbaren Nutzungen vorweg an den Vorerben herauszuzahlen sind und dem Gläubiger lediglich die überschießenden Beträge zustehen¹³⁶.

122 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 11.

123 Recker, Schutz des von Todes wegen Bedachten, MittRhNotK 1978, 125, 127.

124 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 11.

125 Ausführlich bei Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2112 BGB, Rd.-Nr. 15 ff.

126 BGHZ 40, 115, 117; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 46 II, Fn. 78.

127 Lange/Kuchinke, a.a.O., § 46 II 3a; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2044 BGB, Rd.-Nr. 9.

128 Ergänzende Vorschriften für Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament enthalten die §§ 2289 Abs. 2 und 2271 Abs. 3 BGB.

129 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 15; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 9.

130 Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 51; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 5.

131 Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB, Rd.-Nr. 41, 50.

132 KG DFG 1942, 86; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 6; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB, Rd.-Nr. 20, 21; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 39 XIII 2 b.

133 Prot. V 378; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB, Rd.-Nr. 35; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 12.

134 Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 4.

135 Wicczorek/Schütze, a.a.O., § 863 ZPO, Anm. A I.

136 Stein/Jonas/Münzberg, 20. Aufl. 1986, Bd. 4, § 863 ZPO, Rd.-Nr. 2.

d) Wird einem Abkömmling ein Erbteil hinterlassen, der größer als sein Pflichtteil ist, kann er wählen, ob er das Erbe mit den Beschränkungen und Beschwerden annimmt oder ausschlägt¹³⁷. Im Fall einer Ausschlagung steht ihm nach überwiegender Ansicht gem. § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB der Pflichtteilsanspruch zu, der mit den angeordneten Beschränkungen und Beschränkungen belastet ist, wenn die Voraussetzungen des § 2338 BGB vorliegen¹³⁸ und nicht die Auslegung des Erblassers willens etwas anderes ergibt. Zur Vermeidung von Auslegungsproblemen empfiehlt sich daher in der notariellen Praxis der klarstellende Zusatz, daß auch ein eventuell geltend gemachter Pflichtteil den angeordneten Beschränkungen unterliegen soll¹³⁹. Nach anderer Auffassung¹⁴⁰ ist zu unterscheiden, ob der Erbteil nur mit den nach § 2338 BGB zulässigen Beschränkungen und Beschwerden belastet ist oder ob noch weitere Belastungen angeordnet waren. Letzterenfalls kann der Abkömmling nach dieser Auffassung den Pflichtteil verlangen, der allerdings mit den zulässigen Belastungen des § 2338 BGB beschwert ist¹⁴¹. Im erstgenannten Fall soll ihm hingegen überhaupt kein Pflichtteilsanspruch zustehen, weil kein Bedürfnis bestehe, den Abkömmling zwischen einer beschränkten Erbenstellung und einem in der gleichen Weise beschränkten Pflichtteilsanspruch wählen zu lassen. Diese Auffassung vernachlässigt jedoch den Umstand, daß der Pflichtteilsberechtigte nicht den Beschränkungen eines Vorerben unterworfen ist, worauf in anderem Zusammenhang noch einzugehen sein wird.

Entspricht der hinterlassene Erbteil dem Pflichtteil oder ist er kleiner als dieser, muß der Abkömmling die nach § 2338 BGB zulässigen Beschwerden und Beschränkungen akzeptieren. Ob die Belastungen auch einen eventuellen Pflichtteilsrestanspruch ergreifen, ist durch Auslegung zu ermitteln¹⁴². Schlägt der Abkömmling aus, steht ihm zwar kein Pflichtteilsanspruch, wohl aber ein Pflichtteilsrestanspruch zu¹⁴³.

Sofern Belastungen den Pflichtteilsanspruch ergreifen, was der Fall sein kann, wenn dem Abkömmling ein Pflichtteilsrestanspruch zusteht, wenn er eine Erbeinsetzung ausschlägt und ihm gleichwohl der Pflichtteil verbleibt oder wenn er von vornherein auf den Pflichtteilsanspruch verwiesen wird, scheidet diesbezüglich mangels Erbenstellung des Pflichtteilsberechtigten eine Nacherbschaft aus. Daher werden die gesetzlichen Erben wie Nachvermächtnisnehmer behandelt¹⁴⁴, was einerseits zur Folge hat, daß die Eigengläubiger des Abkömmlings in den Gegenstand des Nachvermächtnisses und, weil § 863 ZPO hier keine Anwendung findet, auch in die Nutzungen vollstrecken können und andererseits, daß der Abkömmling den Beschränkungen eines Vorerben nur in den engen Grenzen des § 2191 Abs. 2 BGB unterworfen ist¹⁴⁵. Insbesondere entfallen die gesamten Verfügungsbeschränkungen, denen der Vorerbe unterliegt sowie die Mitwirkungs-, Kontroll- und Sicherungsmöglichkeiten des Nacherben¹⁴⁶; stattdessen wird der Nachvermächtnisnehmer nur schuldrechtlich im Rahmen des § 2179 BGB geschützt. Für den Pflichtteilsberechtigten, dessen Anspruch auf eine Geldleistung gerichtet ist, entsteht insbesondere keine Verpflichtung zur mündelsicheren Anlage nach Maßgabe des § 2119 BGB. Diesen sowohl für den Abkömmling als auch für dessen gesetzlichen Erben bestehenden Risiken

kann der Erblasser durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung begegnen (vgl. § 2214 BGB und § 763 ZPO)¹⁴⁷.

e) Ist neben der Vor- und Nacherbschaft Verwaltungstestamentsvollstreckung angeordnet, geht die Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Nachlaßgegenstände auf den Testamentsvollstrecker über (§§ 2205, 2211 BGB) und die Eigengläubiger des Vorerben sind bereits gem. § 2214 BGB am Zugriff auf die der Vorerbschaft unterliegenden Vermögensgegenstände gehindert. Außerdem unterliegt der dem Abkömmling bei einer Testamentsvollstreckung grundsätzlich zustehende Anspruch auf den jährlichen Reinertrag (§ 2338 Abs. 1 S. 2. HS BGB) der Pfändungsbeschränkung nach § 863 Abs. 1 S. 1 ZPO¹⁴⁸. Sofern der Reinertrag des Nachlasses die Unterhaltsverpflichtungen des Vorerben und seine eigenen Unterhaltsbedürfnisse nach § 863 ZPO voraussichtlich übersteigen wird, stellt sich die Frage, ob der Erblasser gleichwohl auch den überschießenden Betrag dem Zugriff der Gläubiger entziehen kann, z. B. durch uneingeschränkte Übertragung der Verwaltung des Reinertrages auf den Testamentsvollstrecker.

Das Reichsgericht¹⁴⁹ hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der Erblasser einem seiner Söhne zwar den gesetzlichen Erbteil hinterlassen, diesen aber gem. § 2338 BGB durch die Anordnung einer Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung beschränkt hatte. Der Erblasser verfügte ferner, der jährliche Reinertrag dieses Erbteils solle weder abtretbar noch pfändbar sein. Falls gleichwohl eine Abtretung oder Pfändung erfolge, sollten die betroffenen Beträge an den Testamentsvollstrecker mit der Auflage fallen, dieselben zur Naturalverpflegung des Sohnes und dessen Familie zu verwenden. Das Reichsgericht hat hierzu ausgeführt, die Anordnung in § 2338 BGB, wonach dem Vorerben im Falle der Ernennung eines Testamentsvollstreckers der Reinertrag des Hinterlassenen verbleiben müsse, sei nur von Bedeutung, wenn sich der Abkömmling gegen die Beschränkung zur Wehr setzen wolle. Außerdem solle § 863 ZPO lediglich den standesgemäßen Unterhalt des Abkömmlings sichern, nicht aber dessen Gläubigern die Pfändung des Reinertrages in den Grenzen der Regelung garantieren.

Das Schrifttum und – soweit erkennbar – auch die Rechtsprechung haben sich dieser Auffassung angeschlossen unter der Voraussetzung, daß dem Abkömmling die Verwaltung des Reinertrages generell und bedingungslos entzogen wird¹⁵⁰. Danach braucht zwar der Abkömmling eine solche Regelung nicht gegen sich gelten zu lassen, soll sich ihr jedoch unterwerfen können. Auch ist eine derartige Anordnung nicht sittenwidrig, denn das Gesetz sieht, abgesehen von der Regelung in § 2338 BGB selbst, die uneingeschränkte Möglichkeit des Erblassers vor, durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung den Eigengläubigern des Vorerben den Zugriff auf den Reinertrag vollständig zu nehmen¹⁵¹. Allerdings ergibt sich ein Rechtsproblem aus § 2306 BGB. Diese Vorschrift normiert die Regel und § 2338 BGB hiervon die Ausnahme¹⁵², was sowohl bedeutet, daß § 2338 BGB nicht einschlägig ist, wenn eine Anordnung mit § 2306 BGB vereinbar ist, als auch, daß § 2306 BGB zur Anwendung gelangt, wenn die in § 2338 BGB vorgesehenen Möglichkeiten überschritten werden. Demnach sind auch Beschränkungen, die in § 2338 BGB nicht vorgesehen

137 RGZ 85, 347, 350.

138 RGZ 85, 347; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 8; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 6; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 2 (Anm. 1 a).

139 Klug, Die Beschränkung in guter Absicht (§ 2338 BGB) und das Pflichtteilsrecht (§§ 2305–2307 BGB) MittRhNotK 1971, 169, 171 f.

140 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 8; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB, Rd.-Nr. 56; KGJ 40, 60, 63.

141 Dieser Sachverhalt lag der bereits zitierten Entscheidung KGJ 40, 60 zugrunde.

142 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 9; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB, Rd.-Nr. 39.

143 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 9.

144 KGJ 40, 60, 63; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 6; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 8; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 8; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB, Rd.-Nr. 42.

145 Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB, Rd.-Nr. 42.

146 MünchKomm/Skibbe, a.a.O., § 2191 BGB, Rd.-Nr. 6; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2191 BGB, Rd.-Nr. 4 (Anm. 2); vgl. auch Bengel, Rechtsfragen zum Vor- und Nachvermächtnis, NJW 1990, 1826, 1827.

147 MünchKomm/Skibbe, a.a.O., § 2191 BGB, Rd.-Nr. 6; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 4 (Anm. 2); Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB, Rd.-Nr. 70; v. Lübtow I, 610; Lange/Kuchinke, a.a.O., § 29 VI 4 k; Klug, MittRhNotK 1971, 169, 172.

148 RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 9; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 15.

149 WarnR 1919, 71 = SeuffA 74, Nr. 101 (S. 178 f.).

150 Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 47; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 12; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 15; Erman/Schlüter, § 2338 BGB, Rd.-Nr. 4; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 5 (Anm. 2); OLG Bremen FamRZ 1984, 213; Bedenken bei Alternativkommentar/Däubler, 1990, § 2338 BGB, Rd.-Nr. 16, allerdings ohne nähere Begründung.

151 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 15.

152 Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 55 f.

sind, ohne weiteres wirksam, wenn der dem Abkömmling hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt¹⁵³. Der Abkömmling kann nur entscheiden, ob er den belasteten Erbteil annimmt oder ob er ihn ausschlägt und den Pflichtteil ohne die nach § 2338 BGB unzulässigen Beschränkungen, wohl aber mit den in § 2338 BGB vorgesehenen sonstigen Belastungen verlangt¹⁵⁴. Eine „Unterwerfung“ des Abkömmlings unter die Anordnung des Erblassers besteht lediglich in der Annahme der Erbschaft bzw. der Unterlassung einer Ausschlagung¹⁵⁵, nicht aber darin, wie Staudinger/Ferid/Cieslar¹⁵⁶ meinen, daß der Abkömmling den Anspruch auf die Reinerträge nicht geltend macht, denn hat der Abkömmling die Erbschaft einmal angenommen, ist er den Belastungen ohnehin unterworfen.

Übersteigt hingegen der hinterlassene Erbteil nicht die Pflichtteilsquote, verstößt eine Anordnung, nach der dem Testamentsvollstrecker auch die Verwaltung des Reinertrages zustehen soll, gegen § 2338 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB. Daher gilt nach dem Grundsatz des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB die Beschränkung als gestrichen¹⁵⁷. Auch in diesem Zusammenhang kann der Auffassung von Staudinger/Ferid/Cieslar¹⁵⁸, der Abkömmling könne sich einer solchen Anordnung dadurch unterwerfen, daß er den Anspruch auf die Reinerträge nicht geltend macht, schwerlich gefolgt werden. Eine Unterwerfung ist kaum möglich, wenn die Anordnung enthaltende Klausel unwirksam ist. Jedenfalls ist die Folgerung von Staudinger/Ferid/Cieslar, daß die Eigengläubiger des Abkömmlings wegen § 2214 BGB nicht auf die Reinerträge zugreifen können, nicht zwingend; denn wenn die Anordnung, daß der Reinertrag der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen soll, unwirksam ist, steht dem Abkömmling ein Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker auf Auszahlung des Ertrages zu, der von seinem Eigengläubiger in dem nach § 863 ZPO möglichen Umfang gepfändet werden kann.

Wenn die Übertragung der Verwaltung der Reinerträge auf den Testamentsvollstrecker bei einem unzulänglichen Erbteil nicht durch einen entsprechenden Pflichtteilsverzicht des Abkömmlings sanktioniert ist, steht m. E. auch in diesem Zusammenhang die bereits im Rahmen des § 2306 BGB behandelte¹⁵⁹ Problematik im Raum, ob der Erbe – dessen Einverständnis vorausgesetzt – einer Beschränkung i. S. d. § 2306 BGB unterworfen werden kann, obwohl sein Erbanteil die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Es muß daher auch hinsichtlich der in § 2338 BGB nicht vorgesehenen Belastungen zunächst die grundsätzliche Entscheidung getroffen werden, ob eine Cautela Socini oder eine bedingte Erbeinsetzung nach vorstehend erörtertem Muster zulässig ist; denn nur durch derartige Gestaltungen dürfte es vermeidbar sein, daß die Zuweisung der Verwaltung der Reinerträge an den Testamentsvollstrecker ipso jure entfällt. Bejaht man die Möglichkeit der Cautela Socini bzw. der bedingten Erbeinsetzung, kann auf diese Weise eine Unterwerfung des Abkömmlings unter die Anordnung ermöglicht werden.

Ist die Übertragung der Verwaltung der Reinerträge auf den Testamentsvollstrecker grundsätzlich wirksam, etwa weil der hinterlassene Erbteil die Pflichtteilsquote des Abkömmlings übersteigt, stellt sich das weitere Problem, ob es möglich ist, dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung der Reinerträge auch lediglich für den Fall einer Abtretung oder Pfändung zu übertragen, mit der Maßgabe, daß der Reinertrag dann zur Naturalverpflegung des Abkömmlings zu verwenden ist. Das Reichsgericht¹⁶⁰ hatte die vorstehend bereits behandelte letztwillige

Verfügung dahingehend ausgelegt, daß dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich auch die Verwaltung des Reinertrages zustehe und er im Falle einer Pfändung oder Abtretung lediglich von seiner Befugnis Gebrauch mache, an die Stelle der Auszahlung des Reinertrages die Naturalverpflegung des Bedachten treten zu lassen. Das Gericht sah in dieser Verfügungsbeschränkung des Vorerben kein rechtsgeschäftliches Verbot i. S. d. § 137 BGB, sondern nur eine gesetzliche Rechtsfolge der dem Testamentsvollstrecker eingeräumten Machtbefugnisse und kam somit zur Zulässigkeit einer derartigen Regelung.

M. E. sind hier unterschiedliche Sachverhalte zu trennen. Beabsichtigt ist, daß der Reinertrag des Nachlasses grundsätzlich dem (Vor-)Erben zusteht, seine Verfügungsmacht aber dann beschränkt ist, wenn eine Abtretung oder Pfändung erfolgt. Ohne Wirkung ist eine Anordnung, nach der der bereits an den Vorerben ausgekehrte Reinertrag mit seiner Abtretung oder Pfändung an den Testamentsvollstrecker zurückfällt. Gleiches gilt bei einer Pfändung des Anspruchs des Abkömmlings gegen den Testamentsvollstrecker auf den noch nicht ausgekehrten, aber bereits angefallenen Reinertrag, weil hierin eine gem. § 137 BGB unwirksame rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung liegt¹⁶¹. Möglich erscheint mir indes eine Regelung, nach der mit der Abtretung oder Pfändung von Reinerträgen die Verwaltung der zukünftig anfallenden Reinerträge – das Einverständnis des Vorerben vorausgesetzt – ausschließlich der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen soll, weil auch einzelne Zuständigkeiten des Testamentsvollstreckers aufschiebend bedingt angeordnet werden können¹⁶². Da allerdings die Entwicklung der Rechtsprechung nicht absehbar ist, empfiehlt sich für die Praxis eine generelle Übertragung der Verwaltung der Reinerträge auf den Testamentsvollstrecker, vorausgesetzt, eine solche Anordnung ist mit § 2306 BGB vereinbar oder der Abkömmling stimmt ihr zu. Andernfalls steht die offene Rechtsfrage der Zulässigkeit der Cautela Socini im Raum.

D.

Eingriffe durch den Nacherben

§ 2130 BGB verpflichtet den nicht befreiten Vorerben, nach Eintritt der Nacherbfolge die Erbschaft in dem Zustand an den Nacherben herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt. Der befreite Vorerbe hat immerhin die bei ihm noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände einschließlich der Ersatzvorteile herauszugeben (§ 2138 BGB). Verletzt der Vorerbe diese Verpflichtung, z. B. der nicht befreite Vorerbe durch Ziehung von Übermaßfrüchten, ist er dem Nacherben zwar zum Schadensersatz verpflichtet, jedoch kann die Realisierbarkeit derartiger Ansprüche durchaus fraglich sein. Zudem haftet der Vorerbe in Ansehung der Verwaltung nach § 2131 BGB nur für die in eigenen Angelegenheiten anzuwendende Sorgfalt. Da eine Gesamtwürdigung der Verwaltung erst nach Beendigung der Vorerbschaft vorgenommen werden kann und der Vorerbe auch erst zu diesem Zeitpunkt zur Rechenschaft und zum Schadens- bzw. Wertersatz (§ 2134 BGB) verpflichtet ist, dürfte der Nacherbe daran interessiert sein, möglichst umfassend über den Zustand und die Verwaltung des Nachlasses informiert zu sein, damit er notfalls mit dem Ziel der Werterhaltung oder gar Wertsteigerung auf die einzelnen Erbschaftsgegenstände zugreifen kann. Diesem Interesse tragen die §§ 2116–2119,

153 Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 55; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 6.

154 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 15.

155 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 15; OLG Bremen FamRZ 1984, 213.

156 A.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 47.

157 MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 9; Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 56; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 6.

158 A.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 47; ebenso Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 12.

159 Abschnitt C I.

160 WarnR 1919, 71.

161 So auch Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 48; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 12; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 15.

162 Vgl. Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2338 BGB, Rd.-Nr. 48.

2121–2123 und 2127–2129 BGB durch die dort normierten Kontroll-, Sanktions- und Mitwirkungsmöglichkeiten Rechnung. Der Erblasser kann den Vorerben allerdings von diesen Beschränkungen und Verpflichtungen, von wenigen Ausnahmen (§§ 2121 und 2122 BGB) abgesehen, befreien.

I. Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände

Der bzw. die Nacherben können gem. § 2121 BGB einmalig¹⁶³ zu einem beliebigen Zeitpunkt während der Dauer der Vorerbschaft ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verlangen. Für den Inhalt des Verzeichnisses ist der Zeitpunkt seiner Errichtung maßgebend; daher sind Surrogate (§ 2111 BGB) aufzuführen, nicht hingegen ausgeschiedene Nachlaßgegenstände. Ebenso wenig hat der Vorerbe Auskunft über die Veränderungen der Erbschaft seit dem Erbfall, den Wert von Nachlaßgegenständen oder über Nachlaßverbindlichkeiten zu erteilen¹⁶⁴. Der Nacherbe kann verlangen, daß der Vorerbe seine Unterschrift unter dem Verzeichnis öffentlich beglaubigen läßt (Abs. 1 S. 2), ferner, daß er bei der Aufnahme des Verzeichnisses hinzugezogen wird (Abs. 2) und daß das Verzeichnis durch einen Notar oder – soweit das jeweilige Landesrecht dies zuläßt¹⁶⁵ – durch die zuständige Behörde bzw. den zuständigen Beamten aufgenommen wird (Abs. 3). Der Vorerbe braucht hingegen die Richtigkeit und Vollständigkeit des Verzeichnisses nicht an Eides Statt zu versichern¹⁶⁶. Das Verzeichnis ist eine frei zu würdigende Beweisurkunde, die es dem Nacherben ermöglichen soll, den Umfang seiner Ansprüche gegen den Vorerben beim Eintritt des Nacherbfalles festzustellen¹⁶⁷; von der Verpflichtung zur Errichtung des Verzeichnisses kann der Erblasser den Vorerben nicht befreien.

II. Feststellung des Zustandes der Erbschaft, Wirtschaftsplan

Ebenfalls aus Gründen der Beweissicherung kann sowohl der Vorerbe als auch der Nacherbe, jeder auf seine eigenen Kosten, gem. § 2122 BGB den Zustand – nicht den Wert – der zur Erbschaft gehörenden Sachen durch Sachverständige feststellen lassen. Auch dieses Recht des Nacherben kann der Erblasser nicht durch Anordnung befreiter Vorerbschaft ausschließen (§ 2136 BGB). Im Unterschied zum Nachlaßverzeichnis nach § 2121 BGB kann der Nacherbe die Feststellung des Zustandes aller oder einzelner Nachlaßgegenstände auch mehrfach verlangen¹⁶⁸.

Für einen zur Erbschaft gehörenden Wald, ein Bergwerk oder eine andere auf die Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage kann sowohl der Vor- als auch der Nacherbe gem. § 2123 BGB die Errichtung eines Wirtschaftsplans auf Kosten des Nachlasses verlangen, der das Maß der Nutzungen und die Art der wirtschaftlichen Behandlung feststellt. Von dieser Verpflichtung kann der Erblasser den Vorerben befreien.

III. Auskunft

Ungeachtet eines eventuell nach § 2121 BGB errichteten Verzeichnisses kann der Nacherbe gem. § 2127 BGB jederzeit, notfalls auch wiederholt, Auskunft über den Bestand der Erbschaft verlangen, vorausgesetzt, es besteht Grund zu der Annahme, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte

des Nacherben erheblich verletzt. Die Auskunft wird durch Vorlage eines Bestandsverzeichnisses erteilt, dessen Vollständigkeit der Vorerbe auf Verlangen des Nacherben an Eides Statt zu versichern hat, wenn Grund zur Annahme besteht, daß es nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist (§ 260 BGB)¹⁶⁹. Auch diese Kontrollmöglichkeit soll, im Verein mit den Sicherungsmöglichkeiten nach §§ 2128 f. BGB, das Recht des Nacherben auf künftige Herausgabe der Erbschaft (§ 2130 BGB) schützen.

Die Feststellung, ob Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletzt, birgt für den Vorerben große Unsicherheiten, zumal die Gefahr einer erst künftigen Verletzung genügt¹⁷⁰. Eine erhebliche Gefährdung der Rechte des Nacherben wird jedenfalls angenommen bei eigenmächtigen Verfügungen des Vorerben entgegen §§ 2113 und 2114 BGB sowie bei einer Verletzung der besonderen Pflichten bezüglich der Verwaltung von Wertpapieren und Geld nach §§ 2116 und 2119 BGB¹⁷¹. Das Schrifttum nimmt eine Verletzung der Nacherbenrechte zudem bereits an, wenn der Vorerbe ein unvollständiges Nachlaßinventar errichtet, da ein solches Verhalten Grund zur Annahme einer Rechtsverletzung gebe¹⁷². Weitere Ursache, die den Anspruch auf Auskunftserteilung auslösen kann, ist die gänzliche oder teilweise Nichterfüllung von Auflagen oder Vermögens¹⁷³. Diese begründen zusätzliche schuldrechtliche Verwaltungspflichten, zu deren Erfüllung der Vorerbe selbst dann auch dem Nacherben gegenüber verpflichtet ist, wenn die geschuldeten Leistungen nicht ihm, sondern Dritten zustehen, denn bei Nichterfüllung geht die Verpflichtung mit der Nacherbfolge auf den Nacherben über.

Ausgeschlossen ist eine Verletzung der Nacherbenrechte jedoch, wenn die betreffende Verwaltungshandlung des Vorerben zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich war und der Nacherbe daher gem. § 2120 BGB zur Zustimmung verpflichtet gewesen wären¹⁷⁴. Dennoch bleibt für den Vorerben das Risiko, im Rahmen eines Prozesses um seine Auskunftspflicht, die Art und Weise der Nachlaßverwaltung weitgehend aufdecken zu müssen, was z. B. bei zerstrittenen Familienverhältnissen zu einer erheblichen Belästigung des Vorerben führen kann. Allerdings hat der Erblasser die Möglichkeit, den Vorerben von der Auskunftspflichtung des § 2127 BGB zu befreien.

IV. Sicherheitsleistung und Entziehung der Verwaltung

Wird durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet, so kann der Nacherbe gem. § 2128 BGB Sicherheitsleistung¹⁷⁵ verlangen. Dieser Anspruch ist sowohl gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 2127 BGB aufgrund gefährdender Verwaltungshandlungen des Vorerben eingetreten sind, als auch wenn die Gefährdung durch sonstiges Tun oder Lassen des Vorerben herbeigeführt wird, ohne daß es auf Verschulden ankommt¹⁷⁶. Daher begründet auch die schlechte Verwaltung des freien Vermögens des Vorerben oder eines anderen Vermögens objektiv die vom Gesetz geforderte Besorgnis einer Gefährdung¹⁷⁷. Desgleichen genügt die bei Beginn der Vorerbschaft gegebene oder später eintretende ungünstige Vermögenslage des Vor-

163 KG OLG 21, 325; MünchKomm/Grünsky, a.a.O., § 2121 BGB, Rd.-Nr. 3; Soergel/Harder, a.a.O., § 2121 BGB, Rd.-Nr. 4; RGK/Johannsen, a.a.O., § 2121 BGB, Rd.-Nr. 9; einschränkend Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2121 BGB, Rd.-Nr. 1.

164 KG OLG 18, 365; MünchKomm/Grünsky, a.a.O., § 2121 BGB, Rd.-Nr. 5; Soergel/Harder, a.a.O., § 2121 BGB, Rd.-Nr. 2; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2121 BGB, Rd.-Nr. 4.

165 Vgl. MünchKomm/Siegmann, a.a.O., § 2002 BGB, Rd.-Nr. 3; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2002 BGB, Rd.-Nr. 2 (Anm. 2); in den ehemaligen preußischen Staatsgebieten ist neben dem Notar jedes AG zuständig (Art. 31 preuß. FGG).

166 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2121 BGB, Rd.-Nr. 7.

167 MünchKomm/Grünsky, a.a.O., § 2121 BGB, Rd.-Nr. 6; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2121 BGB, Rd.-Nr. 6.

168 Soergel/Harder, a.a.O., § 2122 BGB, Rd.-Nr. 2; MünchKomm/Grünsky, a.a.O., § 2122 BGB, Rd.-Nr. 2.

169 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2127 BGB, Rd.-Nr. 9.

170 MünchKomm/Grünsky, a.a.O., § 2127 BGB, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2127 BGB, Rd.-Nr. 4; Soergel/Harder, a.a.O., § 2127 BGB, Rd.-Nr. 2; a. A. MünchVertragshandbuch/Nieder, Bürgerliches Recht, Bd. 4, 2. Halbbd., 2. Aufl. 1986, VIII 27, Anm. 5 (2) c, allerdings ohne Begründung.

171 RGZ 149, 65, 68; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2127 BGB, Rd.-Nr. 7; Soergel/Harder, a.a.O., § 2127 BGB, Rd.-Nr. 2.

172 Soergel/Harder, a.a.O., § 2127 BGB, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2127 BGB, Rd.-Nr. 7 und § 2128 BGB, Rd.-Nr. 3; Alternativkommentar/F. Pardey, §§ 2127–2129 BGB, Rd.-Nr. 2; RGK/Johannsen, a.a.O., § 2127 BGB, Rd.-Nr. 5.

173 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2100 BGB, Rd.-Nr. 33 ff.

174 RGZ 149, 65, 68.

175 Hierfür gelten die §§ 232 ff. BGB.

176 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 2 ff.

177 RG JW 1920, 380, 381; RG WarnR 1922, Nr. 17; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 3 f.

erben. Unbeschadet der Regelung des § 2115 BGB kann der Nacherbe Sicherheit daher nicht nur dann verlangen, wenn Eigengläubiger des Vorerben Zwangsverfügungen in Nachlaßgegenstände erwirken, sondern bereits dann, wenn derartige Maßnahmen objektiv zu besorgen sind¹⁷⁸. Zwar soll die bloße Überschuldung des Vorerben den Anspruch nach § 2128 BGB noch nicht auslösen¹⁷⁹. Man wird jedoch in solchen Fällen immer davon ausgehen müssen, daß Zwangsverfügungen der Eigengläubiger des Vorerben drohen, weil solche Maßnahmen trotz der Vorschrift des § 2115 BGB aus der Sicht der Eigengläubiger vielfach zweckmäßig sind¹⁸⁰.

Ist der Vorerbe zur Sicherheitsleistung verurteilt worden und läßt er die ihm durch das Prozeßgericht gem. § 2128 Abs. 2 i. V. m. § 1052 Abs. 1 S. 2 BGB oder später durch das Vollstreckungsgericht gem. § 764 ZPO gesetzte Leistungsfrist verstreichen¹⁸¹, kann der Nacherbe beim Vollstreckungsgericht beantragen, daß die Verwaltung des Nachlasses dem Vorerben entzogen und einem vom Gericht zu bestellenden Verwalter übertragen wird. Die Verwaltung ist zwar gem. § 1052 Abs. 3 BGB bei nachträglicher Sicherheitsleistung wieder aufzuheben, jedoch wird der Vorerbe, insbesondere beim Vorliegen einer ungünstigen Vermögenslage i. S. d. § 2128 BGB, regelmäßig nicht zur Sicherheitsleistung in der Lage sein. Sicherheitsleistung und dementsprechend Verwaltung kann auch lediglich hinsichtlich eines Teils des Nachlasses angeordnet werden¹⁸². Wird dem Vorerben die Verwaltung entzogen¹⁸³, geht gem. § 2129 Abs. 1 BGB nicht nur die Verwaltungs-, sondern auch die Verfügungsbefugnis auf den Verwalter über, und zwar in dem Umfang wie sie dem Vorerben zustand¹⁸⁴. Auch der Nacherbe kann zum Verwalter bestellt werden (§ 1052 Abs. 2 S. 2 BGB). Gegen den Verwalter hat der Vorerbe Anspruch auf Herausgabe der ihm nach wie vor zustehenden Nutzungen¹⁸⁵. Der Möglichkeit, daß der Nacherbe Sicherheitsleistung nach § 2128 BGB verlangt, kann der Vorerbe durch Klage auf Feststellung entgegnet werden, daß bestimmte Maßnahmen nicht die Besorgnis der Verletzung der Nacherbenrechte begründen¹⁸⁶.

Der Erblasser kann den Vorerben nach §§ 2136, 2137 BGB von den Verpflichtungen der §§ 2127–2129 BGB befreien und dem Nacherben damit die korrespondierenden Ansprüche und Rechte nehmen¹⁸⁷. Aber auch in diesem Fall kann der Nacherbe auf die allgemeinen Sicherungsmittel der ZPO – Arrest und einstweilige Verfügung – zurückgreifen¹⁸⁸, wenn deren Voraussetzungen vorliegen, z. B. bei unentgeltlichen Verfügungen entgegen § 2113 Abs. 2 BGB.

V. Wertpapiere

Die §§ 2116–2119 BGB geben dem Nacherben weitere Sicherungsmöglichkeiten hinsichtlich der im Nachlaß befindlichen Geldbeträge und besonders verkehrsgängiger Papiere. Nach § 2116 BGB hat der Vorerbe auf Verlangen des Nacherben die zur Erbschaft gehörenden Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen und die Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind, mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur mit Zustimmung des Nacherben verlangt werden kann. Zu den Inhaberpapieren zählen insbesondere Inhaberkonten und Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793 BGB), wie z. B. Schuldverschreibungen des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der öffentlich-rechtlichen Körperschaften nebst den Zinsscheinen zu den Orderpapieren Wechsel,

Scheck, kaufmännische Orderpapiere, Orderschuldverschreibungen und Namensaktien. Hinterlegung kann ausdrücklich nicht verlangt werden für Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine (Coupons), weil diese lediglich das Nutzungsrecht des Vorerben verkörpern¹⁸⁹. Auch Sparkassenbücher (Legitimationspapiere) sind vom Gesetzgeber nicht in den Kreis der betroffenen Papiere aufgenommen worden, so daß der Vorerbe über die Sparguthaben grundsätzlich frei verfügen kann¹⁹⁰.

§ 2116 BGB normiert Mitwirkungs- und Mitverwaltungsrechte des Nacherben ähnlich denjenigen bei Kündigung und Einziehung von durch Grundpfandrechte gesicherten Forderungen nach § 2114 BGB. Die Hinterlegung bewirkt eine unmittelbare, gegenwärtige Verfügungsbeschränkung, so daß Verfügungen ohne Zustimmung des Vorerben unwirksam sind¹⁹¹. Dem Hinterlegungsverlangen kann der Vorerbe bei Inhaberpapieren gem. § 2117 BGB begegnen durch Umschreibung auf seine Namen mit der Bestimmung, daß er über sie nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann.

Da der Vorerbe zur Hinterlegung nur auf Verlangen des Nacherben verpflichtet ist, kann er bis zu einer Hinterlegung, abgesehen von unentgeltlichen Verfügungen, frei über Papiere verfügen¹⁹². Der Vorerbe kann sich daher durch unverzügliche Umwandlung der in Betracht kommenden Papiere in andere Wirtschaftsgüter der eventuellen Hinterlegungsverpflichtung entziehen, wobei er allerdings die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses zu beachten hat. Zwar besteht die Verfügungsbefugnis des Vorerben auch noch nach der Geltendmachung eines Hinterlegungsverlangens, die Nichterfüllung des Anspruchs macht ihn jedoch schadensersatzpflichtig¹⁹³. Da der Schaden des Nacherben in dem Verlust einer ihm nach dem Gesetz zustehenden Sicherung besteht, wird man hier einen Schadensersatzanspruch annehmen dürfen, der sofort – und nicht erst nach Eintritt der Nacherbfolge – geltend gemacht werden kann¹⁹⁴. Gem. § 249 S. 1 BGB kann der Nacherbe beispielsweise die Wiederbeschaffung gleichartiger Inhaberpapiere und deren Hinterlegung geltend machen.

VI. Durch Grundpfandrechte gesicherte Forderungen

Ein der Regelung des § 2116 BGB verwandtes Mitwirkungs- und Verwaltungsrecht enthält der vorstehend bereits erwähnte § 2114 BGB für die Einziehung von Hypothekenforderungen sowie von Grund- und Rentenschulden. Der Vorerbe kann die Zahlung des Kapitals an sich nur verlangen, wenn er die Einwilligung des Nacherben beibringt; anderenfalls kann er lediglich Hinterlegung für sich und den Nacherben verlangen, wodurch die Hauptsomme der alleinigen Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Vorerben entzogen wird.

VII. Geld

Nach § 2119 BGB darf der Vorerbe Geld, das nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft dauernd anzulegen ist, nur nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften anlegen. Die Verpflichtung zur mündelsicheren Anlage (§§ 1807 f. BGB) trifft den Vorerben ohne besonderes Verlangen durch den Nacherben¹⁹⁵, und zwar sowohl für das bei Beginn der Vorerbschaft im Nachlaß befindliche als auch das später im Wege der Surrogation hineinfließende Geld.

178 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 2; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 6; enger Erman/Hense/Schmidt, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 1, die darauf abstellen, ob die ungünstige Vermögenslage des Vorerben Besorgnis hinsichtlich der Verwaltung des Nachlasses erzeugt.

179 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 2; ähnlich RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 4.

180 Vgl. oben unter B III 1 am Ende.

181 RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 9.

182 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 4.

183 Die Wirkung tritt sofort mit dem Erlass der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts ein, vgl. §§ 793, 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.

184 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2129 BGB, Rd.-Nr. 1.

185 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 5; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2129 BGB, Rd.-Nr. 1 und § 2111 BGB, Rd.-Nr. 13.

186 Soergel/Harder, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 7.

187 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2127 BGB, Rd.-Nr. 3; § 2128 BGB, Rd.-Nr. 1, § 2129 BGB, Rd.-Nr. 3.

188 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 17; MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 5; Soergel/Harder, a.a.O., § 2128 BGB, Rd.-Nr. 6.

189 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2116 BGB, Rd.-Nr. 9.

190 Prot. V 108 f.; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2116 BGB, Rd.-Nr. 9; MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2116 BGB, Rd.-Nr. 3.

191 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2116 BGB, Rd.-Nr. 10.

192 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2116 BGB, Rd.-Nr. 1.

193 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2116 BGB, Rd.-Nr. 1.

194 Zur Klagebefugnis vgl. auch RGZ 73, 4, 7 f.

195 MünchKomm/Grunsky, a.a.O., § 2119 BGB, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2119 BGB, Rd.-Nr. 2.

Die meisten Praxisprobleme dürften in der Ausfüllung des Rechtsbegriffs „Geld, das nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft dauernd anzulegen ist“ liegen. Nicht maßgeblich hierfür sind die persönlichen Verhältnisse und Bedürfnisse des Vorerben¹⁹⁶. Es kommt vielmehr darauf an, inwieweit die Zusammensetzung und die Größe des Nachlasses im konkreten Einzelfall die Bereithaltung oder den Einsatz von Geldbeträgen rechtfertigen. Besteht der Nachlaß beispielsweise weitgehend aus Wertpapieren, sind nur relativ geringe Geldbeträge für deren Verwaltung erforderlich; wesentlich größere Beträge sind angemessen, wenn sich im Nachlaß z. B. ein renovierungsbedürftiges Gebäude oder ein Unternehmen befindet¹⁹⁷. Führt die Prüfung im Einzelfall zu dem Ergebnis, daß Geldbeträge für den sonstigen Nachlaß weder bereitgehalten noch eingesetzt zu werden brauchen, sind diese mündelsicher anzulegen, was der Nacherbe notfalls auch klageweise gegen den

Vorerben geltend machen kann¹⁹⁸.

Das enge Spektrum der in den §§ 1807 f. BGB vorgesehenen mündelsicheren Anlageformen und die Erfahrung, daß auch die mündelsicheren Anlagen inflationsbedingt wertlos werden können, haben Kritik an der Vorschrift laut werden lassen¹⁹⁹. Der Notar sollte den Erblasser, der eine nicht befreite Vorerbschaft anordnen möchte, auf die eingeschränkten Anlagemöglichkeiten hinweisen und klären, ob nicht zumindest eine Befreiung des Vorerben von der Anwendung des § 2119 BGB oder die Festlegung anderer Anlagegrundsätze gewünscht werden. Die Problematik entfällt bei einer Testamentsvollstreckung, weil der Testamentsvollstrecker nur an den in § 2216 BGB niedergelegten allgemeinen Maßstab ordnungsmäßiger Verwaltung gebunden ist²⁰⁰. Auch das bereits vom Erblasser angelegte Geld unterfällt nicht der Regelung des § 2119 BGB.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht/Schuldrecht – Schuldübernahme in einem Grundstückskaufvertrag als Erfüllungsübernahme bei Verweigerung der Genehmigung des Gläubigers (BGH, Urteil vom 18.1.1991 – V ZR 315/89)

BGB §§ 415 Abs. 3; 326

Wird die Genehmigung zu der im Grundstückskaufvertrag unter Anrechnung auf den Kaufpreis vereinbarten Übernahme eines Grundpfandrechts und der persönlichen Schuld des Verkäufers verweigert, so ist entgegen der Auslegungsregel des § 415 Abs. 3 BGB eine bloße Erfüllungsübernahme auch dann nicht gewillt, wenn die Parteien für diesen Fall zwar keine ausdrückliche anderweitige Regelung getroffen haben, jedoch aus dem Vertrag hervorgeht, daß der Käufer das Risiko eines Scheiterns der Schuldübernahme tragen soll.

Zum Sachverhalt:

Der Kl. verkaufte der Bekl. durch notariellen Vertrag ein Hausgrundstück zum Preis von 285.000,- DM. Zugleich wurde die Auflassung erklärt. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm die durch Auflassungsvormerkung gesicherte Bekl. von den in Abt. III des Grundbuches eingetragenen Grundpfandrechten die Hypotheken lfd. Nrn. 4 und 5 über 55.300,- DM und 25.552,80 DM sowie die Grundschuld lfd. Nr. 7 von 50.000,- DM, jeweils einschließlich der zugrunde liegenden persönlichen Verpflichtungen des Kl. Die weiteren Grundpfandrechte, darunter die unter lfd. Nrn. 2 und 3 für die D-Bank eingetragenen Darlehenshypotheken von 54.400,- DM und von 28.000,- DM, hatte der Kl. zur Löschung zu bringen. Nachträglich vereinbarten die Parteien jedoch, daß die Bekl. auch diese Rechte sowie die persönlichen Verbindlichkeiten übernimmt.

Mit Schreiben an die Bekl. bestätigte der Notar, daß die vertraglichen Voraussetzungen für die Eigentumsumschreibung vorlägen und damit der nach dem Valutierungsstand der übernommenen Grundpfandrechte Nrn. 2 bis 5 und 7 verbleibende Restkaufpreis von 75.590,76 DM fällig sei. Hierauf zahlte die Bekl. einen Betrag von 30.000,- DM. In einem weiteren Schreiben teilte ihr der Notar mit, daß die Gläubiger der Grundpfandrechte Nrn. 2 bis 5 die Genehmigung der Übernahme abgelehnt hätten und daß daher der gesamte vereinbarte Kaufpreis, mit Ausnahme des auf die Grundschuld Nr. 7 entfallenden Betrages von 50.000,- DM, in bar zu zahlen sei. Unter Bezugnahme darauf verlangte der Kl. von der Bekl. Zahlung und setzte eine Zahlungsfrist. Nach deren Verstreichen erklärte er der Bekl. gegenüber den Rücktritt vom Kaufvertrag und kündigte gleichzeitig Schadensersatzansprüche an.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kl. beantragt, die Bekl. zu verurteilen, die Löschung der für sie an dem Kaufgrundstück eingetragenen Auflassungsvormerkung zu bewilligen. Die Bekl. hat ein Zurückbehaltungsrecht aus Gegenforderungen geltend gemacht.

Das LG und das OLG haben der Klage Zug um Zug gegen Zahlung eines bestimmten Geldbetrages stattgegeben.

Mit der Revision will die Bekl. Abweisung der Klage erreichen. Der Kl. beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hält die Bekl. aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung gem. § 326 BGB für verpflichtet, die Löschung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen. Es ist der Meinung, die Vorschrift des § 415 Abs. 3 BGB, wonach eine vom Gläubiger nicht genehmigte Schuldübernahme im Zweifel als Erfüllungsübernahme gilt, greife regelmäßig dann nicht ein, wenn ein Grundstückskäufer – wie hier die Bekl. – Grundpfandrechte in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehme. Darin liege grundsätzlich die Vereinbarung einer *befreienden* Übernahme auch der persönlichen Schuld. Der Wille der Parteien sei dahin gegangen, daß die Bekl. im Falle einer Nichtgenehmigung der Schuldübernahme den entsprechenden Teil des Kaufpreises auf Notaranderkonto zur Ablösung des betreffenden Grundpfandrechts zu zahlen habe. Diese Auslegung werde gestützt durch das Schreiben des beurkundenden Notars, der dort den gesamten noch offenen Kaufpreis von 205.000,- DM angefordert habe. Mit dieser fälligen Zahlung sei die Bekl. in Verzug gekommen. Eine Ablehnungsandrohung nach § 326 Abs. 1 BGB sei entbehrlich schon deswegen gewesen, weil die Bekl. die vom Kl. im Vorprozeß geltend gemachte Kaufpreiszahlung ernstlich und endgültig verweigert habe.

2. Diese Ausführungen halten der Revision nicht stand.

Nach § 415 Abs. 3 BGB ist eine Schuldübernahme, deren Genehmigung der Gläubiger ablehnt, im Zweifel als Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) gewollt. Der Standpunkt des Berufungsgerichts, diese Auslegungsregel gelte nicht, wenn ein Grundstückskäufer Grundpfandrechte in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehme, weil darin eine *befreiende* Übernahme der persönlichen Schuld liege, ist rechtsirrig. Denn § 415 BGB betrifft überhaupt nur die befreiende Schuldübernahme, wie sie hier vereinbart worden ist.

Soweit das Berufungsgericht aus dem Schreiben des Notars auf den Willen der Parteien schließt, daß die Bekl. bei Verweigerung der Genehmigung den der übernommenen Schuld entsprechenden Teil des Kaufpreises zwecks Ablösung der

196 RGZ 73, 4.

197 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2119 BGB, Rd.-Nr. 4; Soergel/Harder, a.a.O., § 2119 BGB, Rd.-Nr. 2; Coing, Die Anlagevorschriften des deutschen Erbrechts, Festschrift H. Kaufmann, 1972, 127, 135.

198 RGZ 73, 4; Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2119 BGB, Rd.-Nr. 2; Münch

Komm/Grunsky, a.a.O., § 2119 BGB, Rd.-Nr. 3; Erman/Hense/Schmidt, a.a.O., § 2119 BGB, Rd.-Nr. 1.

199 Coing, a.a.O., § 136 f.

200 Staudinger/Behrends, a.a.O., § 2119 BGB, Rd.-Nr. 3.

Grundpfandrechte auf Notaranderkonto habe zahlen sollen, enthält das angefochtene Urteil keine Gründe, auf die sich diese Überzeugung stützt (§ 286 Abs. 1 S. 2 ZPO). Für sich allein gibt jenes Schreiben nur die Meinung des Notars wieder, die Bekl. müsse, da die Schuldübernahme nicht genehmigt worden sei, in Höhe dieser Schuld den Kaufpreis zahlen. Warum aber diese Ansicht ein Indiz dafür sein soll, daß die Parteien übereinstimmend den Willen hatten, bei einem Scheitern der Schuldübernahme diese durch die Verpflichtung der Bekl. zur Barzahlung des Kaufpreises zu ersetzen, zeigt das Berufungsgericht nicht auf.

3. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß im Falle der Nichtgenehmigung keine bloße Erfüllungsübernahme, sondern in entsprechender Höhe Barzahlung gewollt gewesen sei, ist jedoch aus einem anderen Grunde im Ergebnis richtig.

Die Vermutung des § 415 Abs. 3 BGB gilt nur im Zweifel. Sie ist auch dann widerlegt, wenn die Parteien zwar nicht ausdrücklich eine Regelung für den Fall der Genehmigungsverweigerung getroffen haben, jedoch aus dem Vertrag hervorgeht, daß eine der Parteien das Risiko der Auswirkung eines Scheiterns der Schuldübernahme auf die vereinbarte Vertragsabwicklung tragen soll. So liegt die Sache hier.

Die Revisionserwiderung verweist zutreffend auf § 13 Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 2 des Vertrages. Unter Nr. 1 hat der Kl. einer weiteren dinglichen Belastung des Kaufgrundstücks bis zur Höhe von 250.000,— DM zugestimmt. Unter Nr. 2 hat die Bekl. ihm den Auszahlungsanspruch gegen die Grundpfandrechtsgläubiger bis zu dieser Höhe abgetreten. Die Auslegung dieser Vertragsbestimmungen ergibt, daß die in der notariellen Urkunde vereinbarte Schuldübernahme nur im Falle ihrer Genehmigung auf den Kaufpreis angerechnet werden sollte.

Nach § 2 des Vertrages sollte der Kaufpreis von 285.000,— DM in einer Höhe von 130.852,80 DM durch Übernahme der Grundpfandrechte Nrn. 4, 5, 7 und der ihnen zugrunde liegenden persönlichen Verbindlichkeiten sowie in der restlichen Höhe von 154.147,20 DM durch Zahlung „belegt“ werden. Der Möglichkeit, daß die Gläubiger dieser Rechte die zu der Übernahme der persönlichen Schuld erforderliche Genehmigung verweigern könnten, trägt § 13 des Vertrages Rechnung. Dort sind die Parteien davon ausgegangen, daß die Bekl. genötigt sein könnte, den Kaufpreis bis zu einer Höhe von 250.000,— DM durch Fremdfinanzierung aufzubringen. Dementsprechend haben sie vereinbart, daß der Kl. einer diesem Zweck dienenden Belastung des Kaufgrundstücks bis zu dem Betrag von 250.000,—DM zustimmt und daß dafür die Bekl. ihm ihren Auszahlungsanspruch gegen die Grundpfandrechtsgläubiger abtritt. Das vermag sich bei dieser Höhe des in Betracht gezogenen Fremdfinanzierungsbedarfs allein daraus zu erklären, daß die Bekl. das Risiko einer Nichtgenehmigung der Schuldübernahme tragen und gegebenenfalls den entsprechenden Kaufpreisteil in bar zahlen sollte. Hätte an die Stelle der Schuldübernahme eine bloße Erfüllungsübernahme treten sollen, so hätte es genügt, Belastungszustimmung und Abtretung auf einen Betrag von 154.147,20 DM zu begrenzen, weil dann die Bekl. nur diesen über den Nominalwert der Grundpfandrechte Nrn. 4, 5 und 7 hinausgehenden Teil des Kaufpreises hätte aufbringen müssen, im übrigen aber lediglich verpflichtet gewesen wäre, den Gläubigern des Kl. rechtzeitig die von ihm geschuldeten Tilgungs- und Zinsraten zu zahlen.

Unstreitig hat die Bekl. durch eine mit dem Kl. nach Abschluß des notariellen Vertrages mündlich getroffene Abrede auch die für die D-Bank eingetragenen Hypotheken Nrn. 2 und 3 einschließlich der persönlichen Darlehensverbindlichkeiten übernommen. Diese Vereinbarung bedurfte, obwohl sie die beurkundete Regelung änderte, nicht der Form des § 313 S. 1 BGB, weil schon die Auflassung erklärt war (BGH NJW 1985, 266 = DNotZ 1985, 284). Auch die Übernahme dieser persönlichen Schuld war für den hier eingetretenen Fall der Genehmigungsverweigerung nicht als Erfüllungsübernahme gewollt. Den Parteien ging es dabei lediglich, wie die Bekl. vorgetragen hat, um eine „Vereinfachung“ der Abwicklung des Kaufvertrages.

Die Bekl. sollte also nur dann, wenn die D-Bank der Schuldübernahme zustimmte, einen entsprechend geringeren Kaufpreis zahlen und damit insoweit der Notwendigkeit einer Fremdfinanzierung entoben sein.

4. Somit hatte die Bekl. auf den vereinbarten Kaufpreis von 285.000,— DM einen Betrag von 235.000,— DM zu zahlen, weil die Schuldübernahme nur hinsichtlich der Grundschuld Nr. 7 von 50.000,— DM genehmigt worden ist. Nach Abzug der bereits geleisteten 30.000,— DM verblieb ein Zahlungsanspruch des Kl. von 205.000,— DM.

Diese Forderung ist aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht fällig geworden (wird ausgeführt). Mangels Fälligkeit konnte insoweit die im Vertrag bestimmte Nachfristsetzung keine Wirkung entfalten und damit auch Verzug nicht eintreten.

2. Liegenschaftsrecht/WEG – Zustimmungserfordernis bei Veräußerung durch den teilenden Eigentümer nach Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft

(BGH, Beschluß vom 21. 2. 1991 – V ZB 13/90 – mitgeteilt von Notar Reinhard Döbler, Wuppertal-Elberfeld)

WEG §§ 8; 12

Macht die Teilungserklärung die Veräußerung des Wohnungseigentums von der Zustimmung des Verwalters abhängig, so gilt dies auch für die Veräußerung aus der Hand des teilenden Eigentümers nach Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) und 2) teilten 1973 ihr Grundstück in acht Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an je einer Wohnung, und in sechs weitere Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an je einem Garageneinstellplatz, auf. Sie wurden als Mitberechtigte zu je 1/2 Anteil in die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher eingetragen. In der Teilungserklärung, die insoweit als Inhalt des Sondereigentums Gegenstand der Grundbucheintragungen ist, ist bestimmt:

„Die Veräußerung bedarf der Zustimmung des Verwalters. Dies gilt nicht im Falle der Veräußerung an den Ehegatten, Verwandte in gerader Linie oder Verwandte zweiten Grades in der Seitenlinie oder bei einer Veräußerung des Wohnungseigentums im Wege der Zwangsvollstreckung, durch den Konkursverwalter oder einen Grundpfandgläubiger, der das Wohnungseigentum im Wege der Zwangsvollstreckung erworben hat und dieses alsdann veräußert.“

Nachdem die Bet. zu 1) und 2) bereits 1983 eine Wohnung veräußert hatten, verkauften sie im Februar 1990 ihre mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 4 bezeichneten Wohnung und an dem mit Nr. 13 bezeichneten Einstellplatz verbundenen Miteigentumsanteile an die Bet. zu 3) und 4) und ließen sie an diese auf.

Das GBA hat die beantragte Eintragung des Eigentumswechsels von der Vorlage der Zustimmungserklärung des Verwalters abhängig gemacht. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Bet. ist erfolglos geblieben. Das OLG möchte die weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich daran jedoch durch die Beschlüsse des BayObLG (Rpflger 1983, 350 = DNotZ 1984, 559 und Rpflger 1988, 95 = DNotZ 1988, 312) sowie des OLG Frankfurt (OLGZ 1989, 44 = DNotZ 1990, 45 = MittRhNotK 1989, 57 und OLGZ 1990, 149) gehindert. Es hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

I. Der Vorlagebeschluß ist gem. § 79 Abs. 2 GBO statthaft.

Das OLG ist der Auffassung, im Falle der Vorratsteilung (§ 8 WEG) sei die Erstveräußerung von Wohnungs- und Teileigentum von der Zustimmung des Verwalters abhängig, wenn das Zustimmungserfordernis zum Inhalt des Sondereigentums gemacht und die Erstveräußerung hiervon nicht ausdrücklich ausgenommen ist. Demgegenüber sind das BayObLG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1983 (a.a.O.) und das OLG Frankfurt in den angeführten Entscheidungen der Meinung, ein im

Grundbuch eingetragenes Zustimmungserfordernis gelte nicht für die Erstveräußerung durch den Grundstückseigentümer, der Wohnungseigentum nach § 8 WEG bildet. Damit will das vorliegende OLG von den anderen, auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidungen abweichen, denn unter „Erstveräußerung“ wird jeweils dasselbe verstanden. Hier wie dort geht es nicht um die erste Veräußerung einer der nach § 8 WEG gebildeten Einheiten überhaupt, die erst zur Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft führt. Gegenstand der Entscheidungen ist vielmehr jeweils die Veräußerung von Wohnungseigentum aus der Hand des teilenden Grundstückseigentümers nach Bildung der Gemeinschaft.

Die in der Teilungserteilung enthaltene Veräußerungsbeschränkung (Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG) ist zwar keine bundesrechtliche Vorschrift; sie ist einer solchen aber für die Frage, ob eine Vorlagepflicht nach § 79 Abs. 2 GBO besteht, wegen ihres normähnlichen Charakters und ihres über den Bezirk eines OLG hinausgehenden Verwendungsbereichs gleichgestellt (BGHZ 88, 302, 304). Als Inhalt des Sondereigentums wirkt das Zustimmungserfordernis auch gegen Sondernachfolger (§§ 8, 12 Abs. 1 und 3, 10 Abs. 2 WEG). Es ist Teil der Gemeinschaftsordnung und gehört, ähnlich den Bestandteilen einer Satzung, zu den Grundlagen des Zusammenlebens der Wohnungseigentümer. Ein Zustimmungserfordernis der hier angeordneten Art ist nicht auf eine konkrete Wohnungseigentümergeinschaft zugeschnitten, sondern stellt eine allgemein für Wohnungseigentumsanlagen verwendete Regelung dar. Sie wie eine bundesgesetzliche Vorschrift zu behandeln, begegnet der Gefahr einander widersprechender Auslegungen und ist daher im Interesse der Rechtssicherheit geboten.

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO), aber nicht begründet.

1. Die vom BayObLG und vom OLG Frankfurt vertretene Auffassung wird von der überwiegenden Meinung in Rspr. und Lit. geteilt (OLG Hamburg OLGZ 1982, 53 f.; KG Rpfleger 1988, 480; RGRK/Augustin, 12. Aufl., § 12 WEG, Rd.-Nr. 7; Erman/Ganten, 8. Aufl., § 12 WEG, Rd.-Nr. 2; MünchKomm/Röll, 2. Aufl., § 12 WEG, Rd.-Nr. 3; Palandt/Bassenge, 50. Aufl., § 12 WEG, Anm. 3; Soergel/Stürner, 12. Aufl., § 12 WEG, Rd.-Nr. 6; Weitnauer, 7. Aufl., § 12 WEG, Rd.-Nr. 2; Bub, Wohnungseigentum von A–Z, 5. Aufl., 457; Diester, Rpfleger 1974, 245; Böttcher, Rpfleger 1985, 1, 6; Hallmann, MittRhNotK 1985, 1; unklar: Bärmann/Pick/Merle, 6. Aufl., § 12 WEG, Rd.-Nr. 6). Sie geht auf die Überlegung zurück, es könne nicht angenommen werden, der teilende Eigentümer wolle sich bei der Erstveräußerung des von ihm geschaffenen Wohnungseigentums selbst den Beschränkungen des § 12 WEG unterwerfen. Sein Interesse an einem, von der Veräußerungsbeschränkung freien, Absatz bestimme den objektiven Erklärungswert der Zustimmungsklausel. Diese, gelegentlich als Privileg des teilenden Eigentümers bezeichnete Auslegung (Hallmann, a.a.O.; Sohn, Die Veräußerungsbeschränkung im Wohnungseigentumsrecht, PiG 12, 38) wird zum Teil dann nicht mehr für gerechtfertigt angesehen, wenn zwischen der Schaffung des Wohnungseigentums und der Veräußerung eine längere Zeit verstrichen ist; dann habe sich der teilende Eigentümer erkennbar in die Wohnungseigentümergeinschaft eingefügt, sein Absatzinteresse trete als, den Umfang des Zustimmungserfordernisses bestimmendes Auslegungsmerkmal zurück (LG Wuppertal Rpfleger 1985, 190 = MittRhNotK 1985, 11; LG Köln MittRhNotK 1988, 209, 210; Soergel/Stürner, a.a.O.; Diester, a.a.O.; Schopp, Anm. zu LG Bielefeld, Rpfleger 1974, 111, 112; Sohn, a.a.O.).

2. Diesen Auffassungen vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Die Auslegung der durch die Teilungserklärung angeordneten Verfügungsbeschränkung als einer Grundbucherkklärung hat den für Grundbucheintragungen maßgeblichen Regeln zu folgen. Nach der Rechtsprechung des Senats ist bei der Auslegung einer Grundbucheintragung vorrangig auf deren Wortlaut

und Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt, abzustellen. Umstände außerhalb der Eintragung und der in ihr in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Umständen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. SenatsRspr. vgl. BGHZ 47, 190, 195 = DNotZ 1967, 756; 92, 351, 355; BGH WM 1991, 143). Hiervon kann bei der Auslegung des Erfordernisses der Verwalterzustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums nicht abgewichen werden. Das Bestehen oder Nichtbestehen der Verfügungsbeschränkung und ihr Umfang nehmen am öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892 BGB) teil. Ihrer besonderen Bedeutung im Rechtsverkehr trägt § 3 Abs. 2 der Verfügung über die grundbuchmäßige Behandlung der Wohnungseigentums-sachen vom 1. 8. 1951 (BANz. Nr. 152), zuletzt geändert durch Verordnung vom 23. 7. 1984 (BGBl. I, 1025), dadurch Rechnung, daß er ihre ausdrückliche Eintragung in das Grundbuch anordnet. Die Gründe, die für eine Beschränkung der Umstände maßgeblich sind, die bei der Auslegung einer Grundbucherklärung herangezogen werden dürfen, gelten für das zum Inhalt des Sondereigentums zählende Zustimmungserfordernis in vollem Umfang; die Eintragung und die – soweit nach §§ 874 BGB, 3 Abs. 2 der Verfügung zulässig – in Bezug genommene Bewilligung müssen als solche geeignet sein, jedem Gutgläubigen und jedem der unbestimmten Rechtsnachfolger und Rechtsverpflichteten maßgeblich Auskunft über Bestehen und Umfang der Verfügungsbeschränkung zu erteilen (vgl. BGH LM § 1018 BGB, Nr. 4; BGH WM 1991, 143).

b) Die vom Senat im Rechtsbeschwerdeverfahren selbständig vorzunehmende Auslegung der Grundbucherklärung führt zudem mit der Auffassung des vorliegenden OLG übereinstimmenden Ergebnis, daß die Wirksamkeit des Veräußerungsgeschäfts zwischen den Bet. von der Zustimmung des Verwalters abhängig ist.

aa) Der Wortlaut der Grundbucheintragung ist eindeutig. Danach ist die Verwalterzustimmung zur Veräußerung des Wohnungs- und Teileigentumsrechts grundsätzlich unentbehrlich. Einer der vorgesehenen Ausnahmefälle liegt nicht vor.

Die Veräußerung durch den teilenden Eigentümer ist auch nicht deshalb von dem Zustimmungserfordernis ausgenommen, weil der von den Bet. zu 1) und 2) gewählte Fassung der Teilungserklärung, abweichend von ihrem Wortlaut, typischerweise im Verkehr diese Bedeutung zukäme. Wäre dem so, so entspräche die Zustimmungsfreiheit des Veräußerungsgeschäfts allerdings dem nächstliegenden Sinn der Grundbucheintragung. Im Verkehr sind indessen Fassungen in Gebrauch, die die Erstveräußerung durch den teilenden Eigentümer ausdrücklich vom sonst geltenden Zustimmungserfordernis ausnehmen und diesen Ausnahmefall in eine Reihe mit anderen Veräußerungsvorgängen, etwa im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter, stellen, für die die Beschränkung ebenfalls nicht gelten soll (vgl. z. B. die Teilungserklärung nach dem vom Bayerischen Staatsministerium des Innern herausgegebenen Muster, abgedruckt bei Bärmann/Seuss, Praxis des Wohnungseigentums, 3. Aufl., 627).

bb) Umstände außerhalb der Grundbucheintragung lassen ein Interesse der Bet. zu 1) und 2) als teilende Grundstückseigentümer von dem Zustimmungserfordernis befreit zu sein, nicht für jedermann ohne weiteres erkennbar werden. Die Vorratsteilung als solche läßt noch nicht auf ein Absatzinteresse schließen, welches der Bindung des ersten Eigentümers an die Verwalterzustimmung zuwiderliefe. Der tatsächliche Anwendungsbereich des § 8 WEG ist nicht auf die gewerbliche Erstellung und Veräußerung von Wohnungseigentum, etwa aus der Hand eines Bauträgers, beschränkt; auch der private Verkehr bedient sich dieser Möglichkeit, z. B. zur Schaffung von Wohnraum für Familienangehörige oder zur dauernden Erzielung von Mieteinkünften aus dem nicht veräußerten Teil der Wohneinheiten. Aber auch soweit ein, insbesondere gewerbliches, Absatzinteresse hervortritt, ist dem noch kein für jedermann

eindeutiger Hinweis darauf zu entnehmen, das Zustimmungserfordernis solle für die Veräußerung aus der Hand des Teilenden nicht gelten. Einer ausdrücklichen Beschränkung der Verwalterzustimmung auf spätere Veräußerungsfälle steht rechtlich nichts im Wege; ein unbefangener Betrachter geht davon aus, daß der Grundstückseigentümer als Ausgeber des Wohnungseigentums, wenn er selbst von einer sonst geltenden Beschränkung der Veräußerungsbefugnis befreit sein will, dies in der Teilungserklärung auch zum Ausdruck bringt. Dies gilt, worauf das vorliegende OLG zu Recht hinweist, zumal deshalb, weil der Eigentümer den ersten Verwalter selbst bestimmen kann und bei sukzessivem Absatz des Wohnungseigentums zunächst noch die Mehrheit in der Eigentümerversammlung behalten wird. Eine zeitliche Aufteilung des Zustimmungserfordernisses bis zur Einordnung des teilenden Eigentümers in die Gemeinschaft und danach wäre vollends mit den für die Auslegung von Grundbucheintragungen maßgeblichen Grundsätzen unvereinbar.

III. Somit ist für die Veräußerung des Wohnungs- und Teileigentums von den Bet. zu 1) und 2) an die Bet. zu 3) und 4) die Zustimmung des Verwalters erforderlich. Die angefochtene Entscheidung des LG erweist sich im Ergebnis als richtig; die weitere Beschwerde ist daher zurückzuweisen (§ 78 GBO i. V. m. § 563 ZPO).

3. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Größenunterschiede zwischen verkauftem und vermessenem Grundstück bei Teilflächenverkauf

(LG Köln, Beschluß vom 11. 3. 1991 – 11 T 92/91 – mitgeteilt von Notar Dr. Karl-Heinz Berzdorf, Frechen)

GBO § 28

Stimmen Lage und Zuschnitt des vermessenen Grundstücks mit der Beschreibung der Teilfläche im schuldrechtlichen Vertrag überein, ist auch eine erhebliche Abweichung in der Größe im Regelfall unschädlich.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag veräußerte die Bet. zu 1) im Juli 1990 an die Bet. zu 2) Grundbesitz. In der Urkunde heißt es hierzu wie folgt:

„Die X-Wohnungsbaugesellschaft mbH verkauft an die Stadt S. aus dem vorgenannten Grundstück eine noch zu vermessende Teilfläche von etwa 90 qm; die Bet. verweisen auf die dieser Niederschrift beigefügte Karte, in der die verkaufte Teilfläche schwarz umrandet und mit den Buchstaben A-B-C zu A umschrieben ist; diese Karte wurde den Bet. anstelle des Vorlesens zur Durchsicht vorgelegt.“

Im Anschluß an die Auflassungserklärung lautet der Vertragstext:

„Die Bet. bevollmächtigen – auch bei Größenunterschieden – unwiderruflich sich gegenseitig, den amtierenden Notar und Herrn Bürovorsteher B., den aufgelassenen Grundbesitz nach der Vermessung entsprechend dem Veränderungsnachweis zu bezeichnen, ihn erneut aufzulassen und ausnahmslos alle Erklärungen abzugeben, die zum Vollzug des Veränderungsnachweises und dieser Urkunde erforderlich oder zweckmäßig sind.“

Im Dezember 1990 legte der Notar die Unbedenklichkeitsbescheinigung, eine beglaubigte Fotokopie der Genehmigungserklärung der Stadt S. bzgl. des notariellen Vertrages, das Unschädlichkeitszeugnis sowie die Identitätserklärung, d. h. die Feststellung nach § 28 GBO der Stadt S. vor. Hierin stellt diese fest, daß der aufgelassene Grundbesitz nach Vermessung gem. Veränderungsnachweis des Katasteramtes neue Bezeichnungen erhalten hat; als Größe des vermessenen Grundbesitzes ergeben sich 60 qm.

Unter Vorlage der genannten Urkunden hat der Notar die Eintragung des Eigentumswechsels beantragt.

Hiergegen hat das GBA Bedenken angemeldet und darauf hingewiesen, der Größenunterschied zwischen aufgelassenem Grundstück von ca. 90 qm und vermessenem Grundstück bewirke, daß die Auflassung infällig sei, weshalb eine neue Auflassung angefordert werde.

Hiergegen richtet sich die Erinnerung der Bet., der das AG nicht abgeholfen und die es dem LG zur Entscheidung vorgelegt hat.

Aus den Gründen:

Die Erinnerung gegen das als Zwischenverfügung anzusehende Schreiben des Rechtspflegers ist zulässig und das nunmehr als Beschwerde anzusehende Rechtsmittel auch erfolgreich. Die von den Bet. erklärte Auflassung ist – auch angesichts der unterschiedlichen Grundstücksgröße – wirksam und bedarf daher keiner erneuten Erklärung.

Beim Verkauf einer nicht vermessenen Teilfläche – wie hier – wird diese Fläche in der Regel dadurch gekennzeichnet, daß die Grundstücksgröße ungefähr angegeben wird, zusätzlich zur Beschreibung des Trennstücks in Worten oder Buchstaben und durch Bezugnahme auf einen Lageplan. In dieser Weise sind die Bet. auch hier vorgegangen.

Für die Frage der Identität zwischen dem vermessenen und dem urkundlich beschriebenen Trennstück ist zunächst der reale Zuschnitt des Grundstücks und seine Lage in der Natur im Verhältnis zur Beschreibung des Grundstücks im Kaufvertrag entscheidend; die Größe der Parzellen kann daneben ebenfalls eine Rolle für die Festlegung der Fläche spielen (Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rd.-Nr. 880). Ob diese Identität vorliegt, richtet sich nach den Festlegungen der Bet. im schuldrechtlichen Vertrag. Stimmen Lage und Zuschnitt des vermessenen Grundstücks mit der Beschreibung der Teilfläche im schuldrechtlichen Vertrag überein, weicht aber die Größe des vermessenen Grundstücks von der angenommenen Ca.-Fläche ab, so ist im Regelfall für die Übereignungspflichtung die Umgrenzung allein entscheidend und die Flächendifferenz ohne Bedeutung, da davon auszugehen ist, daß die Quadratmeterangabe nicht der Identifizierung der Grundstücksteilfläche dient, wenn diese durch Flächenangabe und durch Bezugnahme auf einen Lageplan beschrieben ist (vgl. BGH MDR 1967, 477 = DNotZ 1968, 22; BGH DNotZ 1981, 235; LG Wuppertal MittRhNotK 1984, 167).

Bei Beachtung dieser Grundsätze kann an der Identität der veräußerten Teilfläche und damit an der Wirksamkeit der bereits vor der Vermessung erklärten Auflassung kein ernsthafter Zweifel bestehen. Die Teilfläche ist im Lageplan mit Buchstaben gekennzeichnet, die jeweils einem bestimmten Punkt zugeordnet sind. Diese Buchstaben sind durch eine ununterbrochene schwarze Linie miteinander verbunden und grenzen so die von den Parteien veräußerte Teilfläche deutlich ein. Die Erwerberin selbst hat unter Bezugnahme auf den Kaufvertrag die Feststellung nach § 28 GBO vorgelegt, die die Quadratmeterzahl des aufgelassenen Grundbesitzes nach der Vermessung eindeutig enthält. Schließlich ergibt sich aus dem notariellen Vertrag, daß die Parteien eventuelle Größenunterschiede deutlich vor Augen hatten; allein dies erklärt ihre übereinstimmende Vollmacht an den Notar, auch bei Größenunterschieden den aufgelassenen Grundbesitz nach der Vermessung entsprechend dem Verwendungsnachweis zu bezeichnen und erneut aufzulassen.

Nach allem waren die Bedenken hinsichtlich der Eintragung des Eigentumswechsels nicht angebracht.

4. Erbrecht – Vergleich als unentgeltliche Verfügung i. S. d. § 2205 S. 3 BGB

(BGH, Urteil vom 24.10.1990 – IV ZR 296/89)

BGB §§ 2205; 2113; 779

Auch ein Vergleich kann eine unentgeltliche Verfügung i. S. v. § 2205 S. 3 BGB enthalten und daher unwirksam sein.

Zum Sachverhalt:

Der Bekl. war bis November 1986 Testamentsvollstrecker nach dem 1979 verstorbenen Rentner Z. (Erblasser); inzwischen ist es der Kl. Dieser verlangt Schadensersatz, weil der Bekl. seine Pflichten als Testamentsvollstrecker verletzt und dadurch den Nachlaß vermindert habe.

Die Erbfolge nach dem Erblasser war zunächst unklar: Der 1941 geborene Enkel des Erblassers Dieter S. beanspruchte die Alleinerbschaft

für sich und stützte sich dabei auf den Erbvertrag, den er 1971 mit dem Erblasser und dessen vorverstorbenen Ehefrau geschlossen hatte. Demgegenüber belief sich der 1969 geborene Urenkel des Erblassers Thomas S. (Sohn des Enkels Hans-Joachim S.) auf das gemeinschaftliche Testament der Urgroßeltern aus dem Jahr 1977, wonach er Alleinerbe sein sollte. Das Nachlaßgericht hielt den Erbvertrag für maßgeblich, weil der Vertrag aus dem Jahr 1976, mit dem die Vertragspartner des Erbvertrages dessen Aufhebung – gegen eine Abfindung für Dieter – vereinbart hatten, wegen Nichtbeachtung von § 2290 Abs. 1 S. 1 und § 2276 Abs. 1 S. 1 BGB formnichtig sei. Dementsprechend erteilte es Dieter S. einen Erbschein, der ihn als Alleinerben auswies. Gestützt auf diesen Erbschein verkaufte Dieter S. 1980 das Hausgrundstück des Erblassers, das dessen wesentliches Vermögensstück darstellte, für 163.000,- DM. Thomas, vertreten durch seine Eltern, erhob Erbschaftsklage und erwirkte ein rechtskräftiges Urteil, durch das Dieter S. verurteilt wurde, die genannten 163.000,- DM nebst Zinsen an ihn zu zahlen, weil Thomas den Erbvertrag wirksam angefochten habe. Diese Entscheidung veranlaßte das Nachlaßgericht, den Erbschein zugunsten von Dieter S. als unrichtig einzuziehen. Seitdem sind die Bet. einig, daß Thomas S. aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments Alleinerbe geworden ist.

Im Oktober 1983 schlossen der Bekl., Dieter und Hans-Joachim S. einen Vergleich, aufgrund dessen die titulierte Forderung über 163.000,- DM dadurch erledigt werden sollte, daß Thomas S. von Dieter eine Eigentumswohnung in P. erhielt und Hans-Joachim wegen eines ihm vermachten Wohnrechts am Hausgrundstück des Erblassers von Dieter mit 50.000,- DM abgefunden wurde.

Der Kl. macht geltend, der Bekl. habe seine Pflichten als Testamentsvollstrecker schuldhaft verletzt, weil er ohne vernünftigen Grund auf einen Großteil der für Thomas S. titulierten Forderung verzichtet habe. Er hat zunächst beantragt, den Bekl. zur Zahlung von 69.000,- DM nebst Zinsen zu verurteilen; vor dem Berufungsgericht hat er die Klage auf insgesamt 96.500,- DM erweitert. Das LG hat der Klage in Höhe von 67.000,- DM nebst Zinsen stattgegeben, das Berufungsgericht nur in Höhe von 52.000,- DM. Mit seiner Revision begehrt der Bekl. die vollständige Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht geht ohne weiteres davon aus, daß der Kl. befugt ist, den eingeklagten Schadensersatzanspruch aus § 2219 BGB gegen den Bekl. geltend zu machen. Das erweist sich im Ergebnis als zutreffend, weil der Klageanspruch, wenn er denn bestünde, zum Nachlaß gehören und damit der Verwaltung des klagenden Testamentsvollstreckers unterliegen würde und daher nur von diesem gerichtlich geltend gemacht werden könnte (§ 2212 BGB).

Der titulierte Zahlungsanspruch des Erben Thomas S. gegen Dieter S., den der Bekl. gegen eine zu geringe Gegenleistung aufgegeben haben soll, war gem. § 2019 Abs. 1 BGB an die Stelle des von dem Erbschaftsbesitzer Dieter S. veräußerten Nachlaßgrundstücks getreten (Mittelsurrogation) und unterlag daher der Verwaltung des Bekl. als des früheren Testamentsvollstreckers. Das galt unabhängig davon, ob die Testamentsvollstreckung in dem damaligen Rechtsstreit Beachtung gefunden hatte oder nicht. Hat der Bekl. diesen Anspruch ganz oder teilweise wirksam aufgegeben, dann tritt ein aus diesem Grunde entstandener Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. als Ersatz für diesen entsprechend § 2041 S. 1 BGB an dessen Stelle (Ersatzsurrogation). Daß § 2041 BGB im Bereich der Testamentsvollstreckung auch dann entsprechend anzuwenden ist, wenn es sich um einen Alleinerben handelt, ist seit langem anerkannt (RGZ 138, 132, 134; Wolf, JuS 1975, 710, 715).

2. Ebenfalls unbedenklich ist es, wenn das Berufungsgericht den Urenkel Thomas S. des Erblassers als dessen Alleinerben ansieht. Nachdem Thomas S. ein rechtskräftiges Urteil gegen seinen Onkel Dieter S. erstritten hat, durch das seiner Erbschaftsklage in bezug auf den wesentlichen Nachlaßgegenstand stattgegeben worden ist, steht im Verhältnis zwischen den beiden möglichen Erbprätendenten insoweit fest, daß Thomas S. der Alleinerbe ist. Eine derartige Feststellung muß ein Testamentsvollstrecker im Umfang ihrer Rechtskraft jedenfalls im allgemeinen hinnehmen. Deshalb konnte das Berufungsgericht sie seiner Entscheidung hier zugrundelegen.

3. Das Berufungsgericht hat festgestellt, infolge des vom Bekl. abgeschlossenen Vergleichs habe der Nachlaß 102.000,- DM eingebüßt. Die titulierte Forderung gegen Dieter S. in Höhe von 163.000,- DM sei infolge Verzinsung bis zu dem Wirksamwerden des Vergleichs im März 1984 auf 183.500,- DM angewachsen gewesen. Sie habe im Hinblick auf Vollstreckungsmöglichkeiten bei dem Schuldner keinen geringeren Wert verkörpert, als ihr Nennbetrag ausdrücke. Die dem gegenüberstehende Eigentumswohnung in P. habe seinerzeit einen Verkehrswert von 95.000,- DM gehabt. Diesen Betrag hat das Berufungsgericht um eine darauf ruhende und von Thomas S. übernommene Belastung von 13.500,- DM vermindert, so daß die an Thomas fallende Gegenleistung sich auf nur 81.500,- DM belaufe. Die darüber hinaus geleistete Entschädigung an Hans-Joachim S. dafür, daß dieser nicht in den Genuß des ihm vermachten Wohnrechts gekommen sei, sei Thomas S. nicht zugute gekommen, weil dieses Vermächtnis infolge der Veräußerung des Hausgrundstücks des Erblassers ersatzlos weggefallen gewesen sei.

Auf der Grundlage dieser Feststellungen kann das angefochtene Urteil, ohne daß es auf weiteres ankommt, nicht bestehen bleiben. Bei einer derartigen Sachlage hätte das Berufungsgericht nicht ungeprüft lassen dürfen, ob es sich bei dem Vergleich um ein unentgeltliches Geschäft i. S. v. § 2205 S. 3 BGB handelt; eine solche Prüfung dränge sich geradezu auf. Auch ein Vergleich kann im Einzelfall eine unentgeltliche Verfügung enthalten (vgl. näher dazu unten). Handelt es sich um eine unentgeltliche Verfügung in diesem Sinne, dann ist diese im Grundsatz unwirksam. Das hätte zur Folge, daß dem Kl. eine Zwangsvollstreckung aus dem Zahlungstitel über 163.000,- DM nebst Zinsen gegen Dieter S. nach wie vor offen stünde, was, soweit die Zwangsvollstreckung nicht erfolglos bliebe, den vom Kl. behaupteten Schaden in Frage stellte. Das Berufungsgericht wird diese Prüfung nachzuholen haben. Sollte es sich um eine unentgeltliche Verfügung handeln, dann wird ferner auf die höchstrichterliche Rspr. zu § 2206 BGB (vgl. BGH LM § 2206 BGB, Nr. 3) zu achten sein.

4. Hierzu weist der Senat auf folgendes hin:

a) Entgegen einer in dem Verfahren zum Ausdruck gebrachten Auffassung kommt es für die Frage der Unentgeltlichkeit i. S. v. § 2205 S. 3 BGB nicht darauf an, ob sich die Bet. über (vollständige oder teilweise) Unentgeltlichkeit geeinigt haben. Eine derartige Einigung (vgl. § 516 BGB) hat zwar im Rahmen von §§ 2287, 2325 BGB Bedeutung und wird dort bei einem auffallenden, groben Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen in der Regel sogar vermutet (BGHZ 59, 132, 136 = DNotZ 1973, 426). Sie ist aber nicht auch in den Fällen der §§ 2205 S. 3, 2113 Abs. 2 BGB vorausgesetzt.

Unentgeltlichkeit i. S. v. § 2205 S. 3 BGB setzt nach höchstrichterlicher Rspr. – ebenso wie bei § 2113 Abs. 2 BGB – objektiv nur voraus, daß aus dem Nachlaß ein Wert hingegeben, ein Opfer gebracht wird, ohne daß die dadurch eingetretene Verringerung des Nachlasses durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteils ausgeglichen wird (BGHZ 57, 84, 89 = DNotZ 1972, 90; BGHZ 7, 274, 277 = DNotZ 1953, 477; BGH NJW 1963, 1613, 1614 = LM § 2205 BGB, Nr. 10). Hinzukommen muß ferner subjektiv, daß der Testamentsvollstrecker (bzw. Vorerbe) weiß oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung hätte erkennen müssen, daß die Leistung der Gegenseite unzulänglich war (BGHZ 57, 84, 90 = DNotZ 1972, 90).

Auch für einen Vergleich kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, daß er eine (ganz oder teilweise) unentgeltliche und daher unwirksame Verfügung enthält. Dementsprechend hat das Reichsgericht es in RGZ 81, 364, 366 als falsch bezeichnet, den Schuldverlaß durch einen Vorerben schon deshalb als entgeltlich anzusehen, weil er nach dem Willen der Bet. die Abfindung für Gegenansprüche habe bilden sollen. Wenn es dem rein subjektiven, sei es auch gutgläubigen Ermessen des Vorerben anheimgestellt bleibe, über die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zu befinden, dann werde das unter Umständen zur schwersten Benachteiligung des Nach-

erben und damit zur Vereitelung des Gesetzeszwecks führen können. Dem ist nichts hinzuzufügen. Für § 2205 S. 3 BGB kann nichts anderes gelten.

Wo genau die Grenze verläuft, von der an eine Verfügung, die ein Vorerbe (oder hier der Testamentsvollstrecker) in einem Vergleich trifft, als unentgeltlich anzusehen ist, bedarf hier keiner näheren Prüfung. Die Grenze ist jedenfalls überschritten, wenn der Nachlaß infolge des Vergleichs nahezu zwei Drittel des Wertes der aufgegebenen Forderung eingebüßt hat. Davon ist nach den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts revisionsrechtlich auszugehen.

Sollte es nach erneuter Prüfung durch das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der gegen die Feststellungen erhobenen Revisionsrügen auf das Verhältnis der Werte von Leistung und Gegenleistung ankommen, dann wird auch zu beachten sein, daß dem Testamentsvollstrecker die Möglichkeit zum Abschluß von Vergleichen nicht gänzlich abgeschnitten und nicht über Gebühr genommen werden darf, und daß es dazu eines gewissen Ermessensspielraums für ihn bedarf. Andererseits sieht das Gesetz ausdrücklich vor, daß der Testamentsvollstrecker die Einwilligung des Erben zu einer von ihm beabsichtigten Verpflichtung des Nachlasses einholt und daß der Erbe diese unter Umständen nicht verweigern darf (§ 2206 Abs. 2 BGB). Macht der Testamentsvollstrecker von dieser Möglichkeit Gebrauch, dann ist er vor späteren Vorwürfen sicher.

b) Sollte das Berufungsgericht den Erlaß der titulierten Forderung des Erben nach erneuter Prüfung als eine unentgeltliche Verfügung i. S. d. § 2205 S. 3 BGB ansehen, dann wird weiter zu prüfen sein, ob die behauptete Zustimmung der Eltern des Erben geeignet war, die Unwirksamkeitsfolge des Gesetzes nicht eintreten zu lassen. Insoweit ist zu beachten, daß der Testamentsvollstrecker auch über den Rahmen von Pflicht- und Anstandsschenkungen hinaus unentgeltlich über Nachlaßgegenstände verfügen kann, wenn die Erben und die Vermächtnisnehmer zustimmen (BGHZ 57, 84 = DNotZ 1972, 90). Für einen minderjährigen Erben, wie hier für Thomas S., kommt es insoweit auf die Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter an. Soweit das Berufungsgericht die Vertretungsmacht der Eltern des Erben in anderem Zusammenhang gem. § 1638 BGB als ausgeschlossen ansieht, ist das nicht unbedenklich. Der Senat ist der vorschleunigen Annahme einer Anordnung des Erblassers i. S. d. § 1638 Abs. 1 BGB deutlich entgegengetreten (BGHZ 104, 1, 3). Die bloße Einrichtung einer Testamentsvollstreckung reicht dazu, wie der Senat betont hat, nicht aus.

5. Erbrecht/Grundbuchrecht – Rechtsfolgen der Veräußerung der Bruchteile eines Gesamthandsanteils

(BayObLG, Beschluß vom 20. 3. 1991 – BReg. 2 Z 159/90 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

BGB § 2033 GBO § 47

Überträgt ein Miterbe einen Bruchteil seines Anteils auf einen anderen Miterben, so entsteht zwischen diesen Miterben an dem Anteil keine Gemeinschaft (Untergemeinschaft) nach den §§ 741 ff. BGB. Die Übertragung führt vielmehr im Wege einer Anwachsung zur Vergrößerung des Erbteils, den der Erwerber bereits innehatte.

Offen bleibt, ob die Beteiligten in diesem Fall eine Bruchteils-gemeinschaft vereinbaren können.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. waren zusammen mit 17 Verwandten Anteilsberechtigte an dem zum ehemaligen Condominats-Familienfideikommiß ihrer vormals gräflichen und freiherrlichen Familie gehörenden Vermögen. In den Grundbüchern waren die Berechtigten „als Gesamthandsgemeinschaft am früheren Familienfideikommiß“ eingetragen.

Der Bet. zu 1) und seine Ehefrau schlossen 1990 mit ihrem Sohn, dem Bet. zu 2), einen notariellen Überlassungs-, Erb- und Pflichtteilsrege-

lungsvertrag. In Abschnitt A I („Überlassung“) erklärten die Vertragsparteien, daß der Bet. zu 1) rechnerisch an der Gesamthandsgemeinschaft derzeit noch mit $\frac{7}{36}$ beteiligt sei.

Abschnitt A III der notariellen Urkunde lautet:

Der Bet. zu 1) überläßt und überträgt hiermit im Wege der vorweggenommenen Erbfolge von seinem Anteil an der Gesamthandsgemeinschaft $\frac{7}{36}$ (also rechnerisch $\frac{7}{36}$ der ihm gehörigen $\frac{7}{36}$) an seinen Sohn (den Bet. zu 2), der die Übertragung hiermit annimmt; dem Übergeber verbleiben somit $\frac{29}{36}$ seiner bisherigen Beteiligung.

Die Berichtigung des Grundbuchs an den vorerwähnten Grundbuchstellen und allerorts im Grundbuch, wo dieselbe Gesamthandsgemeinschaft noch vorgetragen ist ... wird bewilligt und beantragt...

Auf den vom Notar gem. § 15 GBO gestellten Antrag hat das GBA die Eintragung des Bet. zu 1), nicht aber des Bet. zu 2) in der ersten Abteilung aller Grundbuchblätter rot unterstrichen und unter der lfd. Nr. 7 Buchst. a und b die Bet. zu 1) und 2) vorgetragen. Als „Grundlage der Eintragung“ hat es angegeben:

Anteil 7 b: Anteilsübertragung

Im übrigen sind die Eintragungsvermerke unverändert geblieben.

Daraufhin haben die Bet. beantragt, in den Grundbüchern noch das Anteilsverhältnis $\frac{7}{36}$ (Bet. zu 1) zu $\frac{29}{36}$ (Bet. zu 2) zu ergänzen. Wenn ein Gesamthänder von seinem Anteil einen Bruchteil übertrage und selbst einen Bruchteil zurückbehalte, müsse das Bruchteilsverhältnis an diesem Anteil eingetragen werden.

Das GBA hat diesen Antrag zurückgewiesen. Eine etwaige Bruchteils-gemeinschaft, in der die Berechtigten des geteilten Fideikommißanteils stünden, sei nicht in das Grundbuch einzutragen. Die Angabe eines Anteilsverhältnisses könne gerade in diesem Falle zu einer nicht hinnehmbaren Unübersichtlichkeit und zu Fehlern in den Eintragungen führen, da sich die Anteile der Fideikommißberechtigten ständig veränderten.

Das dagegen gerichtete Rechtsmittel hat das LG zurückgewiesen. Die Bet. haben weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das LG hat ausgeführt:

Das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis sei mit „als Gesamthandsgemeinschaft am früheren Familienfideikommiß“ gem. § 47 GBO richtig und ausreichend bezeichnet. Es habe deshalb genügt, Bruchteilseigentümer an Gesamthandsanteilen ohne Angabe der Höhe der Anteile einzutragen. Die Bruchteilseigentümer an Gesamthandsanteilen seien nicht Mitglieder der Gesamthandsgemeinschaft, weil sich bei keinem dieser Bruchteilseigentümer Bruchteile in Höhe eines Gesamthandsanteils angesammelt hätten. Ließe man die Eintragung der Höhe der einzelnen Bruchteile an Gesamthandsanteilen zu, so würde das Grundbuch überfrachtet und unübersichtlich, es entstünde zudem die Gefahr von Unrichtigkeiten, die nicht mehr behoben werden könnten. Jeder der vielen Gesamthandsberechtigten könne über Bruchteile seines Gesamthandsanteils verfügen, die Bruchteilsberechtigten könnten ihrerseits wieder verfügen, so daß ein Bruchteilsanteils-rechenwerk benötigt werde, das die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse mehr verschleierte als erhelle. Es genüge, daß aus dem Grundbuch die Gesamthandsberechtigten ersichtlich seien; bei teilweiser Verfügung über einen Gesamthandsanteil müsse weiter ersichtlich sein, wer an diesem Anteil berechtigt sei. Es bleibe den Gesamthandsberechtigten unbenommen, über ihre Anteile so zu verfügen, daß unmittelbar aus dem Grundbuch alle wünschenswerten, jedoch bei Bruchteilsverfügung aus der Systematik und Übersichtlichkeit des Grundbuchs nicht leistbaren und aus § 47 GBO auch nicht geforderten Angaben ersichtlich seien.

2. Die Entscheidung des LG hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Voraussetzungen für die beantragte Berichtigung oder Ergänzung des Eintragungsvermerks sind nicht gegeben. Das GBA hat es zu Recht abgelehnt, aufgrund der Erklärungen der Bet. in der notariellen Urkunde ein Bruchteilsverhältnis zwischen ihnen im Grundbuch anzugeben. Denn ein solches Verhältnis besteht nicht.

a) Voraussetzung für die Angabe eines Gemeinschaftsverhältnisses ist nach § 47 GBO, daß ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen wird. Das Gemeinschaftsverhältnis muß sich grundsätzlich aus der Bewilligung ergeben, aufgrund derer die Eintragung vorgenommen werden soll. Dabei brauchen das maßgebliche Gemeinschaftsverhältnis und die Größe der Anteile in der Eintragungsbewilligung nicht ausdrücklich angegeben zu werden; es muß sich den urkundlichen Grundlagen der Eintragung einschließlich des materiell-rechtlichen Verfügungs-, unter Umständen auch des Verpflichtungsgeschäfts aber durch Auslegung unzweideutig entnehmen lassen (Horber/Demharter, 18. Aufl., § 47 GBO, Anm. 4 a m. w. N., vor allem BayObLGZ 1952, 111, 122 f.).

b) Aus dem Inhalt der notariellen Urkunde ergibt sich nicht, daß zwischen den Bet. eine Gemeinschaft nach Bruchteilen im Verhältnis von $\frac{1}{2}$ zu $\frac{1}{2}$, an dem Anteil besteht, den der Bet. zu 1) teilweise auf den Bet. zu 2) übertragen hat. Die Übertragung hat vielmehr zu einer Vergrößerung des Anteils geführt, den der Bet. zu 2) bereits vorher an dem Condominationsvermögen innehatte.

(1) Steht ein ehemaliges Fideikommißvermögen seit der Aufhebung des Fideikommisses mehreren Personen als „Mitbesitzern“ zu, so sind sie nach § 40 Abs. 1 S. 2 der Verordnung, Ausführungsvorschriften zu dem Gesetz über die Aufhebung der Fideikommission betreffend, vom 26. 9. 1919 (GVBl., 647 = BayBS III, 118; in der BayRS wurde gem. Art. 8 Abs. 3 BayRSG vom Abdruck abgesehen) berechtigt, über ihre Anteile am Fideikommißvermögen unter Lebenden und von Todes wegen frei zu verfügen. Nach § 40 Abs. 2 S. 1 der genannten Verordnung finden auf das Rechtsverhältnis der Mitbesitzer untereinander die Vorschriften der §§ 2032 bis 2044, 2046 bis 2048 BGB über die Erbengemeinschaft Anwendung. Es ist in der neueren Literatur und in der Rechtsprechung einhellig anerkannt, daß die Befugnis eines Miterben, über seinen Anteil an dem Nachlaß zu verfügen (§ 2033 Abs. 1 S. 1 BGB), auch das Recht umfaßt, einen Bruchteil dieses Anteils zu veräußern (vgl. nur Staudinger/Werner, 12. Aufl., § 2033 BGB, Rd.-Nr. 7 und aus der Rspr. RG WarnRspr. 1913, Nr. 234; BGH NJW 1963, 1610 f. = DNotZ 1964, 622; BayObLGZ 1990, 188, 190 = MittRh-NotK 1990, 249; KG KGJ 46 A 181 f.; OLG Düsseldorf Rpfleger 1968, 188). Die Vorinstanzen erörtern, ob die Übertragung eines Bruchteils seines Anteils durch den Bet. zu 1) zur Folge hatte, daß zwischen ihm und dem Bet. zu 2) eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff. BGB) an dem Anteil entstand und ob diese Gemeinschaft gem. § 47 GBO im Grundbuch verlaubar sein muß (eingehend dazu Haegel, Rpfleger 1968, 173 ff. und ders., BWNtZ 1971, 129 ff.). Diese Fragen stellen sich indessen im vorliegenden Fall anders als in den von den Bet. angeführten Entscheidungen des BayObLG (BayObLGZ 1967, 405 = Rpfleger 1968, 187 = DNotZ 1968, 442) und des OLG Köln (Rpfleger 1974, 109) sowie in der Entscheidung des OLG Düsseldorf (Rpfleger 1968, 188) nicht.

(2) Die Vorinstanzen haben sich mit der rechtlichen Wirkung der teilweisen Anteilsübertragung nicht näher beschäftigt; sie gehen ohne weiteres davon aus, daß zwischen den Bet. eine Bruchteilsgemeinschaft (Untergemeinschaft) an dem Anteil entstehe. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Die Übertragung führte vielmehr dazu, daß sich der bisherige Anteil des Bet. zu 2) entsprechend vergrößerte, der des Bet. zu 1) verkleinerte; dies läßt sich, was den Anteil des Bet. zu 1) betrifft, mit der Erhöhung eines Erbteils (vgl. § 1935 BGB) oder mit der Anwachsung (vgl. § 2094 BGB) vergleichen. Diese Rechtsfolge ist in Rechtsprechung und Literatur für den Fall allgemein anerkannt, daß ein Erbe den ganzen Anteil auf einen oder mehrere Miterben überträgt (vgl. BayObLGZ 1980, 328 = DNotZ 1981, 292; Haegel, BWNtZ 1971, 129, 136; zur Übertragung eines Erbteils nach Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts des § 2034 BGB; MünchKomm/Dütz, 2. Aufl., Rd.-Nr. 36; Staudinger/Werner, Rd.-Nr. 19, je zu § 2034 BGB; RGRK/Kregel, 12. Aufl., Rd.-Nr. 3; Erman/Schlüter, 8. Aufl., Rd.-Nr. 4; Palandt/Edenhofer, 50. Aufl., Anm. 3, je zu § 2035 BGB; vgl. auch BGH LM § 2034 BGB, Nr. 1). Die gleiche Rechtsfolge tritt aber

ein, wenn der Miterbe einen Teil des Erbteils eines anderen Miterben hinzuerwirbt (so ausdrücklich Lange/Kuchinke, Erb-recht, 3. Aufl., § 44 II 2 a = 854; Kretzschmar, ZBIFG 18, 111 f.; Staudenmaier, DNotZ 1966, 724, 733). Auf der Seite des Erwerbers stellt sich die Rechtslage so dar wie bei dem Erwerb des ganzen Erbteils durch einen oder mehrere Miterben; daß der Veräußerer einen Teil seiner Berechtigung behält, führt nicht zu einer Untergemeinschaft zwischen diesem und dem Erwerber des Bruchteils. Die Rechtslage ist nicht vergleichbar mit der Teilveräußerung eines Erbteils an mehrere Dritte (OLG Köln Rpfleger 1974, 109) oder an einen Miterben und einen Dritten zusammen (BayObLGZ 1987, 405), mit der Weitervererbung eines Erbteils an mehrere Miterben (BayObLGZ 1990, 188 = MittRhNotK 1990, 249), mit der Aufteilung eines solchen Erbteils in Bruchteile oder mit der Veräußerung eines Bruchteils an einen Dritten. Die Rechtslage entspricht eher der in den Entscheidungen RG WarnRspr. 1911, Nr. 234 und BayObLGZ 1980, 328 = DNotZ 1981, 292, in denen es ebenfalls um die Übertragung von Anteilen oder Bruchteilen davon innerhalb der Gemeinschaft zur gesamten Hand ging. Daß der Veräußerer bei der Übertragung eines Teils seines Anteils Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft bleibt, fällt nicht entscheidend ins Gewicht.

Zwischen den Bet. besteht somit als Folge der teilweisen Anteilsübertragung keine Gemeinschaft nach Bruchteilen. Ob sie durch besondere Vereinbarung eine solche Gemeinschaft hätten begründen können (vgl. BayObLG a.a.O.), kann offen bleiben, denn sie haben es nicht getan. Die Angabe der Bruchteile von $\frac{1}{2}$ und $\frac{2}{2}$ rechtfertigt eine solche Auslegung nicht, denn die Angabe war für das Rechtsverhältnis der Bet. untereinander und für die Rechtsverhältnisse in der Gesamthandsgemeinschaft insgesamt zwingend erforderlich. Es ist auch kein Grund dafür ersichtlich, daß die Bet. neben der Gesamthandsgemeinschaft aller Mitberechtigten eine weitere „Untergemeinschaft“ begründen wollten, zumal dies nur zusätzliche rechtliche Komplikationen mit sich brächte.

b) Die Vorinstanzen haben somit die Angabe von Bruchteilen bei der Eintragung (in Spalte 2 der Abt. I) zu Recht abgelehnt.

6. Gesellschaftsrecht/Handelsregisterrecht – Örtliche Zuständigkeit für die Prüfung weiterer Satzungsänderungen bei der Anmeldung der Sitzverlegung einer GmbH
(OLG Hamm, Beschluß vom 25. 3. 1991 – 15 Sbd 4/91 – mitgeteilt von Richter am OLG Konrad Arps, Hamm)

HGB § 13 c
GmbHG § 54

Wird mit der Anmeldung der Sitzverlegung einer GmbH die Anmeldung weiterer Satzungsänderungen verbunden, ist das Registergericht des neuen Sitzes für die Prüfung der Anmeldung insgesamt örtlich zuständig (gegen LG Mannheim Rpfleger 1990, 301).

Zum Sachverhalt:

Die vorgenannte Gesellschaft mit dem Sitz in D. ist seit dem 2. 1. 1989 im Handelsregister Abt. B des dortigen AG eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 2. 11. 1990 vereinbarten die Gesellschafter eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages. Dabei wurde durch Neufassung des § 1 der Satzung der Sitz der Gesellschaft von D. nach S. (im Bezirk des AG E.) verlegt. Weitere Änderungen des Gesellschaftsvertrages betreffen die Veränderung der Stammeinlagen der Gesellschafter und das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung (§§ 3 und 5 des Gesellschaftsvertrages). Mit notariell beglaubigter Erklärung vom gleichen Tage hat der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer die Änderung des Gesellschaftsvertrages beim AG D. zur Eintragung im Handelsregister angemeldet. Der Anmeldung ist der vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrages entsprechend § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG beigelegt.

Der Rechtspfleger des AG hat die Akten und einen beglaubigten Registerauszug dem AG E. gem. § 13 c HGB mit der Bitte übersandt, auch die übrigen beantragten Eintragungen vorzunehmen. Der Richter des AG E. hat die Akten an das AG D. zurückgesandt. Er vertritt die Auffassung,

daß das Registergericht des bisherigen Sitzes ausschließlich dafür zuständig sei, zunächst die übrigen beantragten Eintragungen zu erledigen.

Der Registerrichter des AG D. hat an seiner Auffassung festgehalten, daß das AG E. insgesamt zur Erledigung der Anmeldung berufen sei, und die Vorlage der Akten an den Senat gem. § 5 FGG veranlaßt. Mit weiterer Verfügung hat der Registerrichter des AG D. auf Veranlassung des Senats festgestellt, daß gegen die formelle Ordnungsgemäßheit der Anmeldung des Geschäftsführers keine Bedenken bestehen.

Aus den Gründen:

Der Senat ist gem. § 5 Abs. 1 FGG zur Bestimmung des örtlich zuständigen Registergerichtes berufen. Zwischen den AG D. und E. besteht ein negativer Kompetenzkonflikt, weil sich beide für die Bearbeitung der über die Sitzverlegung hinaus beantragten Eintragungen im Handelsregister für örtlich unzuständig halten. Die beteiligten AG gehören zu verschiedenen OLG-Bezirken. Die Zuständigkeit des Senats wird dadurch begründet, daß das zum Bezirk des OLG Hamm gehörende AG D. zuerst mit der Sache befaßt war.

Die Zuständigkeit des Registergerichts im Falle einer über die Grenzen des Gerichtsbezirks hinausgehenden Sitzverlegung ist in § 13 c Abs. 2 HGB geregelt. Danach hat das Gericht des bisherigen Sitzes die Verlegung unverzüglich dem Gericht des neuen Sitzes mitzuteilen. Dieses hat dann zu prüfen, ob der Sitz ordnungsgemäß verlegt und § 30 HGB beachtet ist (§ 13 c Abs. 2 S. 1 und 3 HGB). Das Gesetz grenzt die Zuständigkeit in der Weise ab, daß das Gericht des bisherigen Sitzes nur die förmliche Richtigkeit der Anmeldung zu prüfen hat, während die sachliche Richtigkeit der Sitzverlegung vom Gericht des neuen Sitzes zu prüfen ist (OLG Köln Rpfleger 1975, 251 f.; Baumbach/Duden/Hopt, 28. Aufl., § 13 c HGB, Anm. 2 und 3).

Für den Fall, daß mit der Sitzverlegung weitere eintragungsbedürftige Vorgänge zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, ist der Senat bislang für den gesamten Anwendungsbereich des § 13 c HGB in st. Rspr. von folgenden Grundsätzen ausgegangen (vgl. etwa OLGZ 1974, 149, 151 = Rpfleger 1974, 196 = DNotZ 1974, 476): Das Registergericht des bisherigen Sitzes kann zwar die Anmeldungen, die die anderen Vorgänge betreffen, prüfen, deren Eintragung vornehmen und diese bekanntmachen und erst dann die Akte dem Registergericht des neuen Sitzes übersenden. Es liegt aber auch im Ermessen des Registergerichtes, diese zusätzlichen Anmeldungen dem neuen Registergericht zur Prüfung und Eintragung zu übersenden. Diese Grundsätze entsprechen den Stellungnahmen in der älteren Kommentarlit. (GroßKomm/Würdinger, 3. Aufl., § 13 c HGB, Anm. 7; GroßKomm/Fischer, 2. Aufl. 1937, § 38 AktG, Anm. 7; GroßKomm/Barz, 3. Aufl., § 45 AktG, Anm. 7; Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 3. und 4. Aufl., Rd.-Nr. 58). Grundlage dieser Auffassung, die eine Gesamtprüfung der Anmeldung durch das neue Registergericht ermöglicht, sind Erwägungen der Zweckmäßigkeit. Denn die Vornahme anderer Eintragungen im bisherigen Register könnte die Eintragung der Sitzverlegung verzögern. Beim bisherigen Registergericht vorgenommene Eintragungen unterlägen ohnehin einer Nachprüfung durch das neue Registergericht gem. § 142 FGG. Es ist deshalb sachgerecht, dem – im übrigen regelmäßig ortsnäheren – neuen Registergericht von vornherein die Sachprüfung im Hinblick auf die beantragten weiteren Eintragungen zu übertragen. Macht das Registergericht des bisherigen Sitzes von dieser Möglichkeit Gebrauch, führt dies zu einem Wechsel der örtlichen Zuständigkeit auch in bezug auf die Anmeldung weiterer eintragungsbedürftiger Vorgänge.

An diesen Grundsätzen hält der Senat fest. In der neuen Kommentarliteratur wird die Frage durchweg nicht mehr behandelt, jedoch sind auch ablehnende Stellungnahmen nicht ersichtlich. Insbesondere kann der Auffassung des LG Mannheim (Rpfleger 1990, 301) nicht gefolgt werden, die konstitutive Wirkung der Eintragung der Sitzverlegung einer GmbH als Satzungsänderung (§ 54 Abs. 3 GmbHG) stehe der Anwendung dieser Grundsätze entgegen. Der Senat hat bereits in seiner Entscheidung in OLGZ 1974, 149, 151 = Rpfleger 1974, 196 =

DNotZ 1974, 476 im Anschluß an Großkomm/Würdinger (a.a.O.) ausgeführt, daß der Wortlaut des § 54 Abs. 3 GmbHG seiner Auffassung nicht entgegenstehe. Es handelt sich insoweit um eine Vorschrift des materiellen Rechts, der eine Aussagekraft über die örtliche Zuständigkeit des Registergerichtes nicht zukommt. Vielmehr beruft § 13 c Abs. 2 HGB das Registergericht des neuen Sitzes zur abschließenden formellen und materiellen Prüfung der Satzungsänderung, obwohl die Sitzverlegung erst mit der durch das neue Registergericht bewirkten Eintragung im Handelsregister wirksam wird. Die Fassung beider gesetzlichen Vorschriften steht deshalb der Annahme, daß das Registergericht des neuen Sitzes auch gleichzeitig beantragte weitere Eintragungen zu bearbeiten hat, nicht entgegen.

Im übrigen hat Buchberger (Rpfleger 1990, 513 f.) zutreffend darauf hingewiesen, daß aus verfahrensrechtlichen Gründen über die Anmeldung einer Satzungsänderung, die neben der Bestimmung über den Sitz der Gesellschaft weitere Vorschriften des Gesellschaftsvertrages betrifft, nur einheitlich entschieden werden kann. Es handelt sich alsdann um eine einheitliche Anmeldung, deren verfahrensrechtliche Behandlung von dem Grundsatz beherrscht wird, daß eine solche Anmeldung nicht teilweise vollzogen und ggf. teilweise zurückgewiesen werden darf (KG JFG 5, 236 f.; OLG Hamm, NJW 1963, 1554 = DNotZ 1964, 421; BayObLGZ 1970, 235, 238 sowie DNotZ 1988, 50, 52; Jansen, 2. Aufl., § 128 FGG, Rd.-Nr. 31; Keidel/Kuntze/Winkler, 12. Aufl., § 127 FGG, Rd.-Nr. 12). Dazu könnte es jedoch auf der Grundlage der Auffassung des LG Mannheim kommen, wenn die örtliche Zuständigkeit des neuen Registergerichtes sich auf die Prüfung der Wirksamkeit der Sitzverlegung beschränkt, während die Eintragung der übrigen Satzungsänderungen dem bisherigen Registergericht vorbehalten bliebe. Darüber hinaus bestünde die Gefahr einander widersprechender Sachentscheidungen, soweit es um die Beurteilung von Wirksamkeitsvoraussetzungen geht, die die Satzungsänderung insgesamt betreffen. Diese verfahrensrechtlichen Gründe führen deshalb dazu, daß im Falle der Anmeldung der Satzungsänderung einer GmbH, von der über die Sitzverlegung hinaus weitere Vorschriften des Gesellschaftsvertrages betroffen sind, die örtliche Zuständigkeit des neuen Registergerichtes für die Gesamtprüfung dieser Anmeldung als zwingend anzusehen ist.

Da der Registerrichter des AG D. zwischenzeitlich die formelle Ordnungsgemäßheit der Anmeldung bejaht hat, ist nunmehr das AG E. als örtlich zuständiges Gericht zu bestimmen.

7. Gesellschaftsrecht/Handelsregisterrecht — Eintragungsfähigkeit der auf Satzung beruhenden Möglichkeit der Befreiung des GmbH-Geschäftsführers von § 181 BGB
(LG Köln, Beschluß vom 21.12.1990 — 87 T 30/90 — mitgeteilt von Notarassessor Dr. Peter Baumann, Frechen)

GmbHG § 10 Abs. 1 BGB § 181

Die in der Satzung einer GmbH vorgesehene Möglichkeit, einen oder mehrere Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien, ist zumindest eintragungsfähig.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Im Rahmen der Neueintragung der GGmbH hat der Geschäftsführer der Gesellschaft unter Hinweis auf die Satzung zur Vertretungsbefugnis u. a. unter 2.b.) angemeldet:

„Durch Gesellschafterbeschuß kann bestimmt werden, daß alle oder einzelne Geschäftsführer alleinvertretungsberechtigt und/oder befugt sind, im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vorzunehmen.“

Der Registerrichter hat beanstandet, Nr. 2 b 2. HS der Anmeldung sei nicht eintragungsfähig. Mangels Behebung der Beanstandung hat er dann durch den angefochtenen Beschluß die Anmeldung zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, § 10 Abs. 2 S. 2 GmbHG schreibe nur vor und lasse nur zu, daß die Vertretungsmacht eingetragen werde, welche die Geschäftsführer *haben*, nicht aber, welche sie bekommen können.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde, welcher der Registerrichter nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Nach aufgrund der Entscheidung des BGHZ 87, 59 = DNotZ 1983, 633 inzwischen wohl einhelliger Rechtsprechung ist davon auszugehen, daß die Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB eintragungspflichtig ist. Denn es handelt sich hierbei um eine die Vertretungsmacht betreffende „einschlägige Angabe“, deren Eintragung in das Handelsregister nach der ersten EG-Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechtes vom 9. 3. 1969 i. V. m. der Entscheidung des EuGH (BB 1974, 1500) geboten ist.

Der Sinn dieser Regelung ist die klare Offenlegung der Vertretungsverhältnisse und Gewährleistung von Rechtssicherheit. Der interessierte, das Register einsehende Teilnehmer am Rechtsverkehr soll darüber aufgeklärt werden, daß im Wege des Selbstkontrahierens durch möglicherweise undurchsichtige Geschäfte Gefahren zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger entstehen können.

Dieselbe Begründung gilt auch im vorliegenden Fall. Die Ermächtigung der Gesellschafterversammlung im Statut, den Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien, birgt die latente Gefahr in sich, daß dem oder den Geschäftsführern das Selbstkontrahieren ohne förmliche Satzungsänderung gestattet werden kann und hierdurch der Zustand eintritt, vor dem der Geschäftsverkehr gewarnt werden soll. Die Eintragung der Befreiungsmöglichkeit durch bloßen Gesellschafterbeschluß ist damit eine den Geschäftsführer betreffende „einschlägige Angabe“, deren Eintragung zumindest zulässig ist (vgl. Kanzleiter, Rpfleger 1984, 1; a. A. OLG Frankfurt, BB 1984, 238 = DNotZ 1984, 633 = MittRhNotK 1983, 224 und OLG Karlsruhe BB 1984, 238; Scholz/Winter, § 10 GmbHG, Rd.-Nr.14). A. A. scheint auch das BayObLG Rpfleger 1982, 188 und 1990, 25 zu sein. Die dortigen Ausführungen lassen jedoch nicht eindeutig erkennen, ob nur die Eintragungspflicht verneint wird oder auch die Eintragungsfähigkeit. Die Formulierung in der ersten Entscheidung „muß nicht . . . angemeldet werden“ bzw. „bedarf weder der Anmeldung noch der Eintragung“ könnte durchaus i. S. d. ersten Alternative (Eintragungsfähigkeit) verstanden werden.

Der hier vertretenen Ansicht kann nicht entgegengehalten werden, es handle sich um die unzulässige Eintragung einer zukünftigen ungewissen Tatsache. Denn eingetragen wird nicht etwa ein zukünftiges ungewisses Ereignis, sondern der Inhalt einer z. Zt. schon gültigen Satzungsbestimmung.

Die Entscheidung der Kammer steht aber auch im übrigen nicht im Widerspruch zu § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG. Bei der beantragten Eintragung der Regelung nach § 181 BGB handelt es sich um einen abstrakten Vorgang. Derartige generelle Regelungen beziehen sich ihrer Natur nach nicht nur auf die Gegenwart, sondern auch auf die Zukunft.

Eine abstrakte Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer gilt somit nicht allein für die derzeitige, sondern auch für zukünftig zu bestellende Geschäftsführer. Im Gegensatz zur Rechtsansicht des Registerrichters ist daher § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG für abstrakte Eintragungen nicht dahin auszulegen, daß die Vertretungsbefugnis einzutragen ist, welche die Geschäftsführer (bereits) haben. Die Bestimmung muß vielmehr bei generellen Regelungen dahin gelesen werden, daß einzutragen ist die Vertretungsbefugnis, welche die (jeweiligen) Geschäftsführer haben.

Anmerkung (von Notarassessor Dr. Peter Baumann, Frechen)

Die Entscheidung des LG Köln betrifft den bekannten Problembereich „Befreiung des oder der GmbH-Geschäftsführer von den Verboten des § 181 BGB“, der immer wieder neue Einzelfragen aufwirft. (Vgl. z. B. BayObLGZ 1989, 375, 378 ff. = BB 1989, 24, 26 ff. Nach Ansicht des BayObLG erlischt die Befreiung des Geschäftsführers einer GmbH von den Verboten des § 181 BGB, wenn diese als mehrgliedrige GmbH gegründet wurde und sich später alle Anteile in der Hand des Gesellschafters/Geschäftsführers vereinigen. Dagegen zu Recht Reinicke/Tiedtke, GmbHR 1990, 200 ff. Anders als das BayObLG nunmehr auch der BGH MittRhNotK 1991, 119). Das LG hatte die Frage zu entscheiden, ob in das Handelsregister eingetragen werden kann, daß ein Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluß von den Verboten des § 181 BGB befreit werden kann. Es bejaht diese Frage zu Recht.

1. Nach § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG ist in das Handelsregister einzutragen, welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer haben. Dies geschieht grundsätzlich in der Weise, daß die nach dem GmbHG oder dem Gesellschaftsvertrag geltende generelle Regelung der Vertretungsbefugnis eingetragen wird. Weitere Eintragungen sind nur dann erforderlich, wenn die konkrete Vertretungsbefugnis einzelner oder aller Geschäftsführer hiervon abweicht, sog. generell-konkrete Methode (Kanzleiter, Rpfleger 1984, 1; Scholz/Winter, 7. Aufl. 1986, § 10 GmbHG, Rd.-Nr.12).

Häufig sieht der Gesellschaftsvertrag als generelle Regelung vor, daß die Gesellschafter den Geschäftsführer durch Beschluß von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien können. Machen die Gesellschafter von dieser Ermächtigung Gebrauch, so ist nach heute h. M. anerkannt, daß die Befreiung des Geschäftsführers von den Verboten des § 181 BGB in das Handelsregister einzutragen ist (BGHZ 87, 59 = DNotZ 1983, 633; OLG Stuttgart, Rpfleger 1985, 116; OLG Frankfurt BB 1983, 147 = DNotZ 1983, 639; Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl. 1990, § 10 GmbHG, Rd.-Nr.11; Scholz/Winter, 7. Aufl. 1986, § 10 GmbHG, Rd.-Nr.13; a. A. die früher h. M. BGHZ 33, 189, 191 f. = NJW 1960, 2283 = DNotZ 1961, 488; OLG Karlsruhe NJW 1963, 2328); dies gilt wegen § 35 Abs. 4 GmbHG auch dann, wenn es sich um die Befreiung des alleinigen Gesellschafters und Geschäftsführers handelt (BGHZ 87, 59 = DNotZ 1983, 633).

2. Dagegen ist umstritten, ob bereits die Ermächtigung, von den Verboten des § 181 BGB Befreiung zu erteilen, in das Handelsregister eingetragen werden kann. Viele Registergerichte nehmen diese Eintragung vor. Die obergerichtliche Rechtsprechung und das Schrifttum lehnten jedoch bisher solche Eintragung mit der Begründung ab, nach § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG sei lediglich anzumelden und einzutragen, welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer haben und nicht, welche sie bekommen könnten (OLG Karlsruhe BB 1984, 238; OLG Frankfurt BB 1984, 238 = DNotZ 1984, 633 = MittRhNotK 1983, 224; ebenso Scholz/Winter, a.a.O., § 10 GmbHG, Rd.-Nr.14; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 10 GmbHG, Rd.-Nr.10; offengelassen von BayObLG Rpfleger 1982, 188 f.).

Dem hat nunmehr das LG Köln zu Recht widersprochen. Nach Ansicht der Kammer birgt die statuarische Ermächtigung die latente Gefahr in sich, daß dem oder den Geschäftsführern das Selbstkontrahieren ohne förmliche Satzungsänderung gestattet werden könne; die Eintragung der Befreiungsmöglichkeit sei deshalb zumindest zulässig.

Die Begründung der Kammer setzt konsequent den Weg fort, den die h. M. bei der Befreiung des Geschäftsführers von den Verboten des § 181 BGB eingeschlagen hat. Es ist unbestritten, daß die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens auch nur für ein einziges Geschäft möglich ist und in diesem Fall nicht der Eintragung in das Handelsregister bedarf (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 10 GmbHG, Rd.-Nr.12). Im übrigen ist unklar, ab welchem Befreiungsumfang eine Eintragung erforderlich ist (vgl. Bühler, DNotZ 1983, 588, 593). Die Publizität des Selbstkontrahierens wird also nur dann wirklich verwirklicht, wenn bereits die Ermächtigung in das Handelsregister eingetragen wird. Billigt man den Ausgangspunkt der h. M. — die Ein-

tragungsbedürftigkeit der Befreiung von § 181 BGB — so muß man mithin auch die Folgerungen des LG Köln ziehen und schon die Eintragung der Befreiungsmöglichkeit zulassen.

§ 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG steht dem nicht entgegen. Die Möglichkeit, einem Geschäftsführer durch einfachen Gesellschafterbeschuß das Selbstkontrahieren zu ermöglichen, stellt in ihrem Kern bereits eine Erweiterung der sich aus dem Gesetz ergebenden Vertretungsbefugnis dar. Diese Erweiterung der Vertretungsbefugnis bedarf der Aufnahme in die Satzung (Scholz/Schneider, § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 118 f.). Es wird also nicht ein zukünftiges ungewisses Ereignis, sondern eine aktuelle, sich aus der Satzung ergebende Erweiterung der abstrakten Vertretungsbefugnis in das Handelsregister eingetragen.

8. Gesellschaftsrecht/Handelsregisterrecht – Anmeldung des Wegfalls eines von zwei gemeinschaftlich vertretungsberechtigten Geschäftsführern

(LG Wuppertal, Beschluß vom 5. 3. 1991 – 11 T 2/91 – mitgeteilt von Notar Walter Jung, Wuppertal-Elberfeld)

GmbHG §§ 38; 39; 78; 35; 43

Die Anmeldung des Widerrufs der Bestellung eines von zwei gemeinschaftlich vertretungsberechtigten Geschäftsführern einer GmbH durch den verbleibenden Geschäftsführer und den gemeinschaftlich vertretungsberechtigten Prokuristen ist unwirksam, da die anmeldenden Personen die Gesellschaft nicht wirksam vertreten können.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Nach dem Gesellschaftsvertrag der beschwerdeführenden GmbH hat die Gesellschaft mindestens zwei Geschäftsführer. Vertreten wird die Gesellschaft nach § 9 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages durch zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich oder durch einen Geschäftsführer gemeinschaftlich mit einem Prokuristen. Durch Gesellschafterbeschuß wurde die Bestellung eines der beiden vorhandenen Geschäftsführer widerrufen. Der noch vorhandene Geschäftsführer meldete gemeinsam mit einem Prokuristen das Ausscheiden des anderen Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister an.

Das AG (Rechtspfleger) lehnte die Eintragung ab mit der Begründung, die GmbH sei nicht mehr ordnungsgemäß vertreten. Der Amtsrichter half der hiergegen eingelegten Beschwerde nicht ab.

Aus den Gründen:

Die nach § 19 FGG zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Die nach §§ 39 Abs. 1, 78 GmbHG gebotene Anmeldung des Widerrufs der Geschäftsführerbestellung ist nicht wirksam erfolgt. Die anmeldenden Personen waren nicht gesetzliche Vertreter der beschwerdeführenden GmbH.

Jeder Geschäftsführer muß allein oder mit anderen Geschäftsführern in der Lage sein, die Gesellschaft ohne Mitwirkung eines Prokuristen vertreten zu können; denn die zwingende organschaftliche Verantwortung des Geschäftsführers nach § 43 GmbHG setzt voraus, daß er von der – von Dritten unabhängigen – Mitwirkung am organschaftlichen Handeln jedenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann (Hachenburg/Mertens, 7. Aufl., § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 253; Scholz/Schneider, 7. Aufl., § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 72; Roth, 2. Aufl., § 35 GmbHG, Anm. 4.3.1). Nach Ausscheiden des zweiten Geschäftsführers wäre nach dem Gesellschaftsvertrag der Bf. diese nur noch vertreten durch den verbleibenden Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen, was mit der dargestellten zwingenden organschaftlichen Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers nicht vereinbar ist.

Die Bf. weist auf die Schrifttumsmeinung von Scholz/Schneider, a.a.O., hin, nach der bei der vorliegenden Sachgestaltung ausnahmsweise die GmbH durch den noch vorhandenen Geschäftsführer mit einem Prokuristen vertreten werden könne;

eine solche „vorübergehende Regelung“ diene dem Interesse der Gesellschaft und dem Verkehrsschutz. Dem vermag sich die Kammer nicht anzuschließen. Gegen diese Auffassung spricht, daß sich eine Zulassung einer solchen gesetzlichen Vertretung zeitlich nicht exakt begrenzen läßt, was dann gerade zu weiteren rechtlichen Unsicherheiten führen würde. Im übrigen spricht auch kein praktisches Bedürfnis dafür, für eine „vorübergehende“ Zeit diese Form der gesetzlichen Vertretung zuzulassen. Hachenburg/Mertens, a.a.O., weisen zutreffend darauf hin, daß es die Gesellschafter in der Hand haben, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen oder einen Notgeschäftsführer bestellen zu lassen, der die Gesellschaft wieder handlungsfähig machen würde. Auch besteht die Möglichkeit, den Gesellschaftsvertrag so zu ändern, daß bei Wegfall des zweiten Geschäftsführers der verbleibende Geschäftsführer allein die Vertretungsbefugnis hat, bis wieder ein weiterer Geschäftsführer bestellt ist.

Die bei Roth, a.a.O., vertretene Auffassung, bei Wegfall des zweiten Geschäftsführers und einer dann nach dem Gesellschaftsvertrag gebotenen Gesamtvertretung des verbliebenen Geschäftsführers mit einem Prokuristen erstarke die Vertretungsmacht des verbleibenden Geschäftsführers dahin, daß er alleinvertretungsbefugt sei, wird auch von Scholz/Schneider, a.a.O., abgelehnt. Diese rechtliche Lösung ist auch mit dem Gesellschaftsvertrag nicht zu vereinbaren.

Danach bleibt die Beschwerde ohne Erfolg.

9. Steuerrecht/Einkommensteuerrecht – Entnahme von Betriebsvermögen

(BFH, Urteil vom 10. 4. 1990 – VIII R 133/86)

EStG § 4 Abs. 1 S. 2

Ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück wird aus dem Betriebsvermögen der Personengesellschaft nicht dadurch entnommen, daß es zugunsten eines Gesellschafters mit einem Erbbaurecht belastet und von dem Gesellschafter mit einem für seine eigenen Wohnzwecke bestimmten und später benutzten Gebäude bebaut wird.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. ist eine GmbH & Co. KG. Als Kommanditist war an ihr M beteiligt. 1974 bestellte die Kl. dem M an einem zu ihrem Betriebsvermögen gehörenden unbebauten Grundstück ein Erbbaurecht. Der Erbbauzins betrug 1.020,60 DM pro Jahr. M errichtete auf dem Grundstück ein Wohnhaus. Er bewohnt dieses selbst.

Das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück wurde von der Kl. weiterhin bilanziert. Sie behandelte die Erbbauzinsen als Betriebseinnahmen. Erstmals im Wirtschaftsjahr 1981 zog die Kl. die Erbbauzinsen außerhalb ihrer Bilanz vom Gewinn ab. Sie vertrat die Ansicht, das Grundstück sei fälschlicherweise dem Betriebsvermögen zugerechnet worden. In der Erbbaurechtsbestellung sei eine Entnahme zu erblicken, weil das Grundstück durch die Erbbaurechtsbestellung und die anschließende Bebauung notwendiges Privatvermögen geworden sei.

Der Bkl. (das FA) folgte dem nicht und behandelte den Erbbauzins weiterhin als Betriebseinnahme der Kl.

Nach erfolglosem Einspruch wies das FG die Klage ab.

Mit der Revision rügt die Kl. die Verletzung materiellen Rechts.

Die Kl. beantragt, das FG-Urteil aufzuheben und die Gewinne in den Gewinnfeststellungsbescheiden 1979 bis 1981 jeweils um 1.020,60 DM herabzusetzen.

Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Der BFH hat bereits 1970 (BFHE 98, 486 = BStBl. II 1970, 419) und 1987 (BFHE 152, 95 = BStBl. II 1988, 490) entschieden, daß die Belastung eines Betriebsgrundstücks mit einem Erbbaurecht selbst dann keine Entnahme des Grundstücks aus

dem Betriebsvermögen zur Folge hat, wenn das Erbbaurecht von dem Betriebsinhaber zugunsten seines Ehegatten bestellt wird und dieser aufgrund seines Erbbaurechts auf dem belasteten Grundstück für eigene Wohnzwecke ein Einfamilienhaus errichtet.

2. Der Senat ist der Ansicht, daß dies auch für den Fall gelten muß, in dem das Grundstück zum Gesellschaftsvermögen einer Personengesellschaft gehört, mit einem Erbbaurecht zugunsten eines Gesellschafters belastet wird und der Gesellschafter auf dem belasteten Grundstück für eigene Wohnzwecke ein Gebäude errichtet.

a) Hinsichtlich der Bestellung des Erbbaurechts und der Bebauung des belasteten Grundstücks mit einem für eigene Wohnzwecke des Erbbauberechtigten bestimmten Gebäude unterscheidet sich dieser Fall durch nichts von den beiden vorgenannten Urteilsfällen.

Ebenso wie die private Nutzung durch den mit dem Betriebsinhaber nicht identischen Erbbauberechtigten (BFHE 152, 95 = BStBl. II 1988, 490) führt auch die private Nutzung eines erbauberechtigten Gesellschafters nicht dazu, daß das Grundstück, das Erträge in Form von Erbbauzinsen abwirft, bei der Kl. notwendigerweise zum Privatvermögen gerechnet werden muß. Die Grundstücksnutzung verhält sich vielmehr wie vergleichsweise die Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks zum Betrieb der Kl. neutral (vgl. BFHE 152, 95 BStBl. II 1988, 490, m. w. N.).

b) In dem Urteil des IV. Senats in BFHE 152, 95 = BStBl. II 1988, 490 wird zutreffend darauf hingewiesen, daß die Entscheidung des erkennenden Senats (BFHE 148, 466 = BStBl. II 1987, 261) nicht einschlägig sei, weil sie keinen Fall der Einräumung eines Erbbaurechts betreffe.

c) Das Vorbringen der Kl. führt zu keinem anderen Ergebnis.

aa) Es kann dahingestellt bleiben, ob ein mit einem Erbbaurecht belastetes Grundstück wirtschaftlich mit einem Grundpfandrecht belastet werden kann. Selbst wenn dies – wie die Kl. meint – nicht der Fall sein sollte, ändert dies nichts an der Tatsache, daß das Grundstück durch die Erbbaurechtsbestellung und die Bebauung mit einem Wohnhaus für einen erbauberechtigten Gesellschafter kein notwendiges Privatvermögen wird. Denn da Grundstück und Erbbaurecht zwei selbständige Wirtschaftsgüter sind, verliert es durch die Bebauung nicht die Fähigkeit, auf Dauer dem Betrieb der Kl. zu dienen, wie sich an der Erzielung von Einnahmen in Form des Erbbauzinses zeigt.

bb) Dieser Betrachtung steht nicht entgegen, daß – wie die Kl. vorträgt – bei der Bebauung eines zum Gesellschaftsvermögen einer Personengesellschaft gehörenden Grundstücks mit einem eigenen Wohnzwecken eines Gesellschafters dienenden Haus den übrigen Gesellschaftern Ausgleichsansprüche zustünden. Diese Ausgleichsansprüche können nicht mit Erbbauzinsen gleichgestellt werden. Bei ihnen handelt es sich um Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Bei dem Anspruch auf Zahlung des Erbbauzinses hingegen handelt es sich um den Ausfluß einer zwischen der Kl. und dem erbauberechtigten Gesellschafter bestehenden reallastartigen dinglichen oder obligatorischen Verpflichtung (vgl. Palandt, 49. Aufl., § 9 der Verordnung über das Erbbaurecht, Anm. 2b), die nichts mit dem Gesellschaftsverhältnis zu tun hat.

10. Steuerrecht/Schenkungsteuer – Gegenstand einer unentgeltlichen Zuwendung

(BFH, Urteil vom 26. 9. 1990 – II R 50/88)

**ErbStG 1959 §§ 3 Abs. 1 Nrn. 1 u. 2; 23 Abs. 2
BGB § 516 Abs. 1**

Kann der Beschenkte im Verhältnis zum Schenker tatsächlich und rechtlich nur über den Erlös aus dem Verkauf eines

Grundstücks frei verfügen, so ist der Wille der Parteien des Schenkungsvertrages, daß nicht der Verkaufserlös, sondern das Grundstück geschenkt sein soll, für die Erhebung der Schenkungsteuer unerheblich.

Zum Sachverhalt:

Der Kl. und seine Schwester waren je zur Hälfte Eigentümer eines Grundstücks. Durch Vertrag verkauften sie das Grundstück für 110.000,- DM; die Schwester überließ anschließend ihrem Bruder, dem Kl., den auf sie entfallenden Anteil des Erlöses.

Der Bekl. (das FA) setzte gegen den Kl. Schenkungsteuer in Höhe von 7.425,- DM aus einer Bemessungsgrundlage von 55.000,- DM herab.

Nach vergeblichem Einspruch erhob der Kl. – erfolgreich – Klage. Das FG entsprach seinem Antrag, die Schenkungsteuer nach dem anteiligen Einheitswert des Grundstücks zu bemessen, und setzte die Schenkungsteuer auf 1.398,- DM herab.

Für die Frage, was als Gegenstand einer unentgeltlichen Zuwendung anzusehen sei, so führte das FG aus, sei der Parteiwille maßgebend. Überlasse jemand einem anderen unentgeltlich einen Geldbetrag zum Erwerb eines Grundstücks, so hänge die Entscheidung, ob Geld oder aber ein Grundstück geschenkt worden sei, davon ab, auf welchen Zuwendungsgegenstand sich die in § 516 BGB geforderte Einigung der Parteien beziehe. Auch der BFH (BFHE 143, 291 = BStBl. II 1985, 382) gehe davon aus, daß eine Schenkung ausgeführt sei, wenn der Bedachte das erhalten habe, was ihm nach der Schenkungsabrede nach dem Willen des Zuwendenden verschafft werden sollte; danach richte sich auch der Gegenstand der Schenkung.

Im Streitfall sei es ersichtlich so gewesen, daß die Schwester des Kl. diesem das – von der Mutter geerbte – Grundstück belassen wollte. Sie habe diesen Willen nicht nur geäußert, sondern sogar in einem Erbvertrag festgelegt, durch den sie ihren Miteigentumsanteil an dem Grundstück dem Kl. vermachte. Aus diesem Erbvertrag in Verbindung mit dem Grundstücksveräußerungsvertrag und der anschließenden Überlassung des Erlöses an den Kl. ergebe sich deutlich, daß der Kl. und seine Schwester darüber einig gewesen seien, daß der Grundstücksanteil der Schwester dem Kl. zustehen sollte.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung materiellen Rechts und beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen. Der Kl. beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet.

1. Die Vorentscheidung ist wegen Verletzung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1959 i. V. m. § 516 Abs. 1 BGB, § 23 Abs. 2 ErbStG 1959 aufzuheben.

a) Zu Unrecht hat das FG angenommen, daß sich der Gegenstand der Zuwendung allein aus der Schenkungsabrede ergebe; entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Bereicherung, die sich danach richtet, was der Bedachte – endgültig – erhalten hat. Richtig ist zwar, daß das Zuwendungsobjekt der Schenkung nach bürgerlichem Recht zu bestimmen und dementsprechend auf den Parteiwillen (im Falle der freigebigen Zuwendung auf den Willen des Zuwendenden) zurückzugreifen ist (§ 516 Abs. 1 BGB; BFHE 126, 318 = BStBl. II 1979, 201; BFHE 142, 166 = BStBl. II 1985, 73, und BFHE 143, 291 = BStBl. II 1985, 382). Haben die Parteien des Schenkungsvertrages diesen Willen jedoch nicht vollzogen, so kann er für die Erhebung der Schenkungsteuer auch nicht erheblich sein (BFHE 143, 287 = BStBl. II 1985, 380, zu II. a, am Ende), denn eine Schenkung ist (erst) ausgeführt, wenn der Beschenkte das erhalten hat, was ihm nach der Schenkungsabrede verschafft werden sollte. Das ist der Fall, wenn die Vermögensverfügung endgültig ist, der Bedachte also im Verhältnis zum Schenker über das Zugewendete tatsächlich und rechtlich (frei) verfügen kann (BFHE 142, 511 = BStBl. II 1985, 159 = MittRhNotK 1985, 186; BFHE 157, 572 = BStBl. II 1989, 1034 = MittRhNotK 1990, 89 und in BFHE 143, 291 = BStBl. II 1985, 382). Im Urteil vom 30. 1. 1968 (BFHE 91, 431 = BStBl. II 1968, 371) hat der Senat bereits unter Hinweis auf § 518 Abs. 2 BGB und § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1959 ausgeführt, daß bei der Schenkung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1959 i. V. m. § 516 Abs. 1 BGB auf die Zuwendung selbst und nicht auf das Versprechen der Zuwendung abgestellt werde.

b) Nach den Ausführungen zu a) durfte das FG die Schenkungsteuer nicht nach dem anteiligen Einheitswert des Grundstücks bemessen (§ 23 Abs. 2 ErbStG 1959), denn die der Schwester des Kl. bis zum Verkauf als Eigentümerin gehörende Grundstückshälfte war – selbst wenn man einen entsprechenden Schenkungswillen annähme – nicht Gegenstand der Schenkung. Der Kl. war im Verhältnis zu seiner Schwester nicht berechtigt gewesen, über deren Grundstücksanteil frei zu verfügen, insbesondere hatte er aufgrund des Erbvertrages zu Lebzeiten seiner Schwester kein Verfügungsrecht erlangt (vgl. § 2278 Abs. 1, § 2286 BGB).

2. Die Sache ist spruchreif. Entsprechend dem Revisionsantrag ist die Klage abzuweisen.

Die Überlassung des anteiligen Verkaufserlöses an den Kl. unterliegt als Schenkung unter Lebenden gem. § 3 Abs. 1 ErbStG 1959 der Schenkungsteuer. Dabei ist es unerheblich, ob, wie der Kl. und ihm folgend das FG meinen, der Wille der Vertragsparteien auf die Zuwendung des Grundstücks und nicht auf

einen Geldbetrag gerichtet gewesen sei. Denn der Schenkungsteuer unterliegt nicht nur die Schenkung i. S. d. bürgerlichen Rechts (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1959), sondern jede andere freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert ist (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1959). Einer Einigung über die Unentgeltlichkeit und den Gegenstand der Zuwendung bedarf es dabei nicht. Erforderlich und ausreichend ist es, wenn ein bestimmter Gegenstand unentgeltlich, also weder in rechtlichem Zusammenhang mit einer Gegenleistung noch in Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit, zugewendet wird (vgl. BFHE 128, 266 = BStBl. II 1979, 631 = MittRhNotK 1980, 17). Im Streitfall ergibt sich diese Voraussetzung aus der Feststellung des FG, daß die Schwester ihrem Bruder – dem Kl. – den anteiligen Verkaufserlös überlassen hat. Gegenstand der Zuwendung ist danach der anteilige Verkaufserlös, ggf. die Kaufpreisforderung, die mit dem Nennbetrag anzusetzen ist (§ 23 Abs. 1 ErbStG 1959 i. V. m. § 12 Abs. 1 BewG); abziehbare Schulden oder Lasten hat das FG nicht festgestellt.

Mitteilungen

1. Steuerrecht/Schenkungssteuer – Zeitpunkt der Ausführung einer Grundstücksschenkung

(FinMin. NW, Erlaß vom 28.1.1991 – S 3808 – 1 – V A 2)

Der BFH hat in st. Rspr. (zuletzt DB 1991, 789) entschieden, daß eine Grundstücksschenkung ausgeführt ist, wenn die Vertragsparteien die für die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben und der Beschenkte aufgrund dieser Erklärungen in der Lage ist, beim GBA die Eintragung der Rechtsänderung zu bewirken.

Eine Grundstücksschenkung ist danach ausgeführt, wenn die Auflassung i. S. des § 925 BGB sowie die Eintragungsbewilligung vorliegen. Die Erteilung einer dazu berechtigenden Vollmacht, die Auflassung als dinglichen Vertrag später zu erklären, genügt nicht. Denn damit ist der dingliche Rechtsübergang noch nicht unmittelbar eingeleitet. Ein Eintragungsantrag, der die schützenden Wirkungen des § 17 GBO eintreten läßt, ist nicht erforderlich. Sofern die Vertragspartner einen Dritten bevollmächtigt haben, die für die Rechtsänderung erforderlichen Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, ist die Schenkung ausgeführt, wenn mit der Auflassung auch die Besitzverschaffung des Grundstücks erfolgt sowie Nutzungen und Lasten auf den Beschenkten übergehen.

Dieser Erlaß ist im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangen.

2. Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Steuerberatungskosten für die Erstellung der Erbschaftsteuererklärung als Nachlaßregelungskosten i. S. d. § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG

(FinMin. NW, Erlaß vom 25.1.1991 – S 3810 – 13 – V A 2)

Nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG sind als sog. Erbfallverbindlichkeiten solche Kosten abzugsfähig, die dem Erwerber unmittelbar im Zusammenhang mit der Abwicklung, Regelung oder Verteilung des Nachlasses oder mit der Erlangung des Erwerbs entstehen. Steuerberatungskosten für die Erstellung der Erbschaftsteuererklärung waren nach der bisher vorliegenden Rechtsprechung dann abzugsfähig, wenn der Erwerber im Ausland wohnt und ein inländischer Bevollmächtigter im engen Zusammenhang mit der Nachlaßregulierung auch die Erbschaftsteuererklärung anfertigt (BFH BStBl. II 1961, 102) oder wenn ein Testamentsvollstrecker einen Steuerberater mit der Erstellung der Erklärung beauftragt hat (FG München EFG 1983, 243).

Das FG Münster hat nunmehr in seiner rechtskräftigen, bisher nicht veröffentlichten Entscheidung vom 5.4.1990

– III 9206/Erb – die Steuerberatungsgebühren für die von den Erben in Auftrag gegebene Erstellung der Erbschaftsteuererklärung mit dem Hinweis auf die den Erben unmittelbar durch den Erbfall treffende, von der späteren Verwaltung und Verwertung des Nachlasses unabhängige öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Abgabe einer Erbschaftsteuererklärung, ohne Einschränkung als Nachlaßregelungskosten zum Abzug zugelassen.

Dieser Auffassung wird gefolgt. Neben den Steuerberatungskosten für die Erstellung der Erbschaftsteuererklärung können künftig auch die Kosten als Nachlaßregelungskosten zum Abzug zugelassen werden, die in einem sich anschließenden Rechtsbehelfsverfahren oder einem finanzgerichtlichen Verfahren anfallen und vom Erwerber zu tragen sind.

Dieser Erlaß ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder.

3. Steuerrecht/Körperschaftsteuer – Übergangsregelung zur steuerrechtlichen Anerkennung von Gewinnabführungsverträgen bei Organgesellschaften i. S. d. § 17 KStG (OFD Münster, Verfügung vom 11.9.1990 – S 2770 – 135 – St 13 – 31)

Nach dem BMF-Schreiben vom 31.10.1989 (MittRhNotK 1989, 256) bleibt ein Gewinnabführungsvertrag für die bis dahin abgelaufenen Jahre steuerrechtlich wirksam, wenn er bis zum Ablauf der Übergangsfrist nicht an die nach dem BGH-Beschluß vom 24.10.1988 (MittRhNotK 1988, 261) erforderlichen strenger zivilrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen angepaßt oder im Hinblick auf diese strenger Voraussetzungen durch Kündigung oder im gegenseitigen Einvernehmen zum Schluß des letzten im Jahre 1992 endenden Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft beendet wird. Das gilt auch dann, wenn er in diesem Zeitpunkt noch nicht fünf aufeinanderfolgende Jahre durchgeführt worden ist.

Nach dem Ergebnis der Abstimmung zwischen dem BMF und den obersten Finanzbehörden der Länder bitte ich die Auffassung zu vertreten, daß ein noch nicht fünf aufeinanderfolgende Jahre durchgeführter Gewinnabführungsvertrag unter Berufung auf die strenger Wirksamkeitsvoraussetzungen nach der neuen BGH-Rspr. auch auf einen früheren Zeitpunkt als den Schluß des in 1992 endenden Wirtschaftsjahres gekündigt bzw. in gegenseitigem Einvernehmen beendet werden kann, ohne daß deshalb die steuerrechtliche Anerkennung des Gewinnabführungsvertrages wegen Verstoßes gegen § 14 Nr. 4 KStG auch für die Vorjahre zu versagen ist.