

letzte Aktualisierung: 18.5.2022

OLG Hamburg, Urt. v. 21.12.2021 – 2 U 11/21

BGB §§ 1812, 1915, 1975

Nachlassgerichtliche Genehmigungspflicht ist auch auf Nachlassverwaltung anzuwenden

Auf die Nachlassverwaltung als besondere Form der Nachlasspflegschaft (§ 1975 BGB) sind die allgemeinen Pflegschaftsvorschriften und über § 1915 BGB die Vormundschaftsrechtsbestimmungen anwendbar, sodass die Rechtshandlungen des Nachlassverwalters grundsätzlich den allgemeinen gerichtlichen Genehmigungspflichten nach den §§ 1810 ff. BGB unterliegen. Dies gilt auch für einen vom Nachlassverwalter erklärten Rücktritt, der – entgegen einer in der Lit. und Rspr. teilweise vertretenen Ansicht – nach § 1812 BGB generell genehmigungspflichtig ist.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 2 U 11/21
328 O 342/18
LG Hamburg

Verkündet am 21.12.2021



H..., JHSekr'in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

G... J...

- Antragsteller und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt **G... J...**

gegen

A... N...

- Antragsgegner und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältin **M... I...**

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 2. Zivilsenat - durch den Vizepräsidenten des Hanseatischen Oberlandesgerichts Dr. C..., den Richter am Oberlandesgericht T... und den Richter am Oberlandesgericht Dr. W...auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 02.11.2021 für Recht:

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 11.03.2021, Az. 328 O 342/18, abgeändert und die Klage hinsichtlich des Klagantrages zu 1.) abgewiesen, im übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Soweit es die vorläufige Vollstreckbarkeit zugunsten des Beklagten betrifft, ist der Kläger berechtigt, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil gegen ihn vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte seinerseits vor der Vollstreckung Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision wird beschränkt auf die Klagabweisung zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 95.750,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt vom Beklagten die Zustimmung zur Löschung einer Vormerkung.

Der Kläger ist Nachlassverwalter. Er verwaltet den Nachlass der am 24.4.2017 verstorbenen M... M... H... K... (im folgenden Erblasserin). Die drei Kinder der Erblasserin schlugen die Erbschaft nach ihrer Mutter aus. Alleinerbin ist daher die Enkeltochter Frau D.... Es wird auf den Erbschein vom 18.10.2017 (Anlage K4) Bezug genommen.

Die Erblasserin war u.a. Erbbauberechtigte an einem in Hamburg in der Halstenbeker Straße ... belegenen Grundstück (Grundbuchauszug Anlage K 1B). Sie schloss mit dem Beklagten am 10.3.2017 einen notariellen Erbbaurechts-Überlassungsvertrag (Anlage K 3) in dessen § 1 sie sich verpflichtete, dem Beklagten ihr Erbbaurecht zu überlassen und in dem beide Vertragsparteien in § 5 die Einigung und Auflassung im Hinblick auf die Übertragung dieses Erbbaurechts erklärten. Der vertragliche Besitzübergang wurde auf den 1.6.2017 festgelegt, der Beklagte ist auch tatsächlich im Besitz des Grundstücks. Der mit „Gegenleistung“ überschriebene § 4 des Vertrages regelt verschiedene vom Beklagten zu erbringende Leistungen. So sollte der Beklagte ab vertraglichem Besitzübergang gem. Ziff. 1 dieses Paragraphen sämtliche Pflichten (aber auch Rechte) aus dem Erbbaurecht übernehmen, insbesondere den Erbbauzins entrichten. Ferner verpflichtete sich der Beklagte in § 4 Ziff. 2 des Vertrages, an die Erblasserin ab dem 1.6.2017 eine monatliche Leibrente von 1.650 € zu leisten. Zur Sicherung dieses Leibrentenanspruchs sollte eine Reallast zugunsten der Erblasserin auf dem Grundbesitz eingetragen werden. Weiter war die Erblasserin gem. § 4 Ziff. 2 des Vertrages berechtigt, „vom schuldrechtlichen Teil dieses Vertrages zurückzutreten und die Rückauflassung zu verlangen, wenn der Übernehmer mit zwei Monatsraten im Verzug ist.“ In § 4 Ziff. 3 verpflichtete sich der Beklagte, 150.000 € zu zahlen, fällig drei Monate nach dem Ableben der Erblasserin. Dieser Betrag sollte zu gleichen Teilen an die drei Kinder der Erblasserin geleistet werden, denen ausweislich der vertraglichen Regelungen ein direkter Anspruch gegen den Beklagten gem. § 328 BGB zustehen sollte. Zur Absicherung dieses Anspruchs sollte eine Buchhypothek in das Grundbuch eingetragen werden. Ferner sollte der Beklagte gem. § 4 Ziff. 4 des Vertrages die laufende Zahlung auf verschiedene, mit einer Grundschuld gesicherte Darlehen übernehmen. Auch insoweit unterwarf sich der Beklagte der sofortigen Zwangsvollstreckung. In § 6 des Vertrages vereinbarten die Vertragsparteien letztlich, eine Vormerkung im Hinblick auf die Übertragung des Erbbaurechts im Grundbuch einzutragen. Diese Vormerkung wurde am 21.3.2017 im Grundbuch eingetragen. Zur Aufnahme der Leibrentenzahlungen kam es aufgrund des vorherigen Todes der Erblasserin nicht mehr. Auch die in § 4 des Vertrages vorgesehenen grundbuchrechtlichen Absicherungen wurden nicht vorgenommen. Die Übertragung des Erbbaurechts wurde bislang im Grundbuch nicht eingetragen.

In einem weiteren notariellen Vertrag vom 7.3.2017 verpflichtete sich die Erblasserin, dem Beklagten das Eigentum an einem ihr gehörenden Grundstück in Schenefeld zu übertragen (Anlage K 2). In § 4 dieses Vertrages verpflichtete sich der Beklagte, an die Erblasserin bis zum 31.5.2017 200.000 € als Gegenleistung für die Übertragung zu zahlen. Zur Sicherung des Übertragungsanspruchs wurde im Grundbuch ebenfalls eine Eigentumsvormerkung eingetragen. Die Übertragung des Eigentums ist ebenfalls noch nicht im Grundbuch eingetragen worden.

Der Beklagte zahlte in der Folgezeit weder die 150.000 € aus dem Erbbaurechts-Überlassungsvertrag an die Kinder noch die 200.000 € aus dem Grundstücksüberlassungsvertrag.

Mit Schreiben vom 20.11.2017 (Anlage K6) forderte der Kläger den Beklagten auf, die 150.000 €

an die Kinder und die 200.000 € an den Nachlass bis zum 8.12.2017 zu zahlen. Mit weiterem Schreiben vom 12.12.2017 (Anlage K 8) setzte der Kläger dem Beklagten eine Nachfrist bis zum 29.12.2017 zur Zahlung der beiden Beträge und drohte bei fruchtlosem Verstreichen der Frist den Rücktritt von beiden Verträgen an. Nachdem auch diese Frist fruchtlos verstrich, erklärte der Kläger gegenüber dem Beklagten am 8.1.2018 und erneut am 8.2.2018 den Rücktritt von beiden Verträgen und forderte den Beklagten auf, eine notarielle Löschungsbewilligung im Hinblick auf die eingetragenen Vormerkungen abzugeben (Anlage K 10, Anlage K 12). Der Rücktrittserklärung vom 8.1.2018 war die Bestellsurkunde des Klägers nicht beigelegt. Der Beklagte wies die Rücktrittserklärung vom 8.1.2018 über seine Rechtsanwältin mit Schreiben vom 21.1.2018 (Anlage K 11) nach § 174 BGB zurück.

Mit Schreiben vom 8.2.2019 teilte das Nachlassgericht dem Kläger mit, dass die Erklärung des Rücktritts keiner nachlassgerichtlichen Genehmigung bedürfe (Anlage K 16). Mit Beschluss vom 2.9.2020 genehmigte das Nachlassgericht die Rücktrittserklärung vom 8.1.2018 dennoch (Anlage K 22). Gegen diesen Beschluss hat der Beklagte mit Schreiben vom 22.9.2020 (Anlage B 28) Beschwerde eingelegt, die vom Nachlassgericht bislang dem Oberlandesgericht nicht zur Entscheidung vorgelegt wurde. Das Nachlassgericht hat den Beklagten mit Schreiben vom 27.1.2021 darauf hingewiesen, dass der ausgesprochene Rücktritt keiner nachlassgerichtlichen Genehmigung bedürfe, der angefochtene Genehmigungsbeschluss daher nur zum Ausdruck bringe, dass das Nachlassgericht mit dem Vorgehen des Nachlassverwalters einverstanden sei. Der Beklagte sei am Genehmigungsverfahren zudem nicht beteiligt (Anlage K 26).

Im vorliegenden Verfahren begehrt der Kläger vom Beklagten die Zustimmung zur Löschung der Vormerkung bzgl. der Übertragung des Erbbaurechts. In einem parallel vor dem Landgericht Itzehoe geführten Verfahren begehrt der Kläger die Zustimmung des Beklagten zur Löschung auch der Vormerkung bzgl. der Eigentumsübertragung an dem Grundstück in Schenefeld.

Der Kläger hat vorgetragen: Ihm stehe ein Anspruch auf Zustimmung zu Löschung der eingetragenen Grundschild zu, weil er wirksam vom notariellen Vertrag zurückgetreten sei. Er sei aufgrund des Zahlungsverzuges des Beklagten im Hinblick auf die 150.000 € gem. § 323 Abs. 1 BGB zum Rücktritt berechtigt gewesen. Der Zustimmung der Kinder zum Rücktritt habe es ebenso wenig bedurft wie einer nachlassgerichtlichen Genehmigung. Erstere hätten dem Rücktritt zudem zugestimmt. Eine nachlassgerichtliche Genehmigungspflicht hätte allenfalls für einen Nachlasspfleger bestanden, nicht aber für ihn, den Kläger, als Nachlassverwalter. Sinn und Zweck der Genehmigungsvorbehalte (nur) für den Nachlasspfleger sei, dass der Nachlasspfleger den Nachlass nicht ohne Kenntnis des Nachlassgerichts schmälern solle. Die hierdurch bewirkte Kontrollfunktion des Nachlassgerichts sei erforderlich, weil bei der Nachlasspflegschaft die Erben regelmäßig nicht (vollständig) bekannt seien und daher das Nachlassgericht die Kontrolle der Tätigkeit des Nachlasspflegers übernehme. Im Rahmen der Nachlassverwaltung würden diese Überlegungen aber nicht greifen, weil bei der Nachlassverwaltung die Erben bekannt seien. Sie könnten die Tätigkeit des Verwalters selbst kontrollieren, das Nachlassgericht werde als Kontrollinstanz insoweit nicht benötigt. Die Tätigkeit des Nachlassverwalters sei zudem in ihrem Kern auf eine Befriedigung der Nachlassgläubiger gerichtet. Hiermit sei es aber nicht zu vereinbaren, wenn das Nachlassgericht die einzelnen Verwaltungshandlungen des Verwalters, sofern sie von §§ 1812 f. BGB erfasst würden, in jedem Einzelfall genehmigen müsse. Die Alleinerbin habe dem Rücktritt zudem zugestimmt. Zudem handele es sich bei dem Rücktritt um ein rechtlich, aber auch wirtschaftlich lediglich vorteilhaftes Geschäft, weil durch den Rücktritt das Erbbaurecht endgültig in den Nachlass zurückfalle. Der Beklagte habe ihn, den Kläger, letztlich von vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren freizuhalten.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. zuzustimmen, dass die zu seinen Gunsten im Grundbuch des Amtsgerichts Hamburg, Grundbuch von Schnelsen, Bd. ..., Blatt ..., unter der laufenden Nr. ... eingetragene Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Erbbaurechts für den Beklagten gemäß Bewilligung vom 10.3.2017 – URNr. ... – der Notarin M... T... in Hanerau-Hademarschen, gelöscht wird;
2. den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 1.954,46 € frei zu halten.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen und

hilfsweise, für den Fall, dass der Kläger mit seiner Rücktrittserklärung durchdringt,

den Kläger Zug-um-Zug zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 174.704,88 € zu verurteilen.

Der Kläger hat beantragt,

die Hilfswiderklage abzuweisen.

Der Beklagte hat vorgetragen: Dem Kläger stehe der Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Vormerkung nicht zu, weil er nicht wirksam vom Vertrag zurückgetreten sei. Aus den vertraglichen Regelungen ergebe sich, dass der Erblasserin im Hinblick auf die 150.000 € schon kein Rücktrittsrecht habe zustehen sollen. Als höchstpersönliche Erklärung habe der Rücktritt zudem vom Nachlassverwalter nicht abgegeben werden können. Allenfalls hätten die Kinder als Drittbegünstigte den Rücktritt selbst erklären können. Mindestens hätten sie dem Rücktritt des Klägers zustimmen müssen. Zudem habe der Rücktritt der nachlassgerichtlichen Genehmigung bedurft, was aber ebenfalls nicht erfolgt sei. Sollte der Rücktritt wirksam sein, stünden dem Beklagten im Hinblick auf verschiedene von ihm zugunsten des Grundstücks und der Immobilie getätigten Aufwendungen Ansprüche gegen den Nachlass zu. Er berufe sich insoweit auf ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch auf Zustimmung zur Löschungsbewilligung. Sollte der Rücktritt wirksam sein und ihm auch kein Zurückbehaltungsrecht zustehen, mache er diese Gegenansprüche im Wege der Hilfswiderklage geltend. Hinsichtlich der Einzelheiten zu den Gegenansprüchen wird auf die schriftsätzlichen Ausführungen des Beklagten Bezug genommen. Der weiter geltend gemachte Anspruch des Klägers auf Freihaltung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten würde schon deswegen nicht bestehen, weil der Kläger nicht vorgetragen habe, dass seine Beauftragung erst nach Verzugseintritt erfolgt sei.

Der Kläger hat erwidert, dem Beklagten stünden die Gegenansprüche schon deswegen nicht zu, weil es sich um keine ersatzfähigen Aufwendungen handle. Es werde bestritten, dass diese Aufwendungen überhaupt getätigt wurden, im Zusammenhang mit dem hier streitgegenständlichen Grundstück stünden und zu einer Wertsteigerung des Objekts geführt hätten. Soweit Leistungen durch Dritte ohne Rechnungsausstellung erfolgt seien, stünde allein dieser Umstand der Geltendmachung der Ansprüche entgegen, weil es sich offenbar um Schwarzarbeit handle.

Am 28.1.2021 erklärte der Kläger in einem Schriftsatz zu diesem Verfahren erneut den Rücktritt vom Vertrag. Dieser Schriftsatz ist ausweislich des Transfervermerks vom 28.1.2021 (Bl. 220 d.A.) auf sicherem Übermittlungsweg an das Gericht übersandt worden, enthält aber keine qualifizierte Signatur. Der Kläger hat dieses Schreiben erneut auf sicherem Übertragungsweg, nun qualifiziert signiert, am 3.3.2021 an das Gericht übermittelt. Es wird insofern auf den Transfervermerk vom 3.3.2021 Bezug genommen (Bl. 244 d.A.). Die Beklagte meint, dieser erneute Rücktritt sei schon deswegen unwirksam, weil der Rücktrittsschriftsatz nicht der Form des § 130a ZPO genügt habe.

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 11.3.2021 stattgegeben und die Hilfswiderklage abgewiesen. Dem Kläger stehe der Anspruch auf Zustimmung zur Löschung zu, weil der Rücktritt wirksam sei. Eine Zustimmung der Kinder sei ebenso wenig erforderlich gewesen wie eine nachlassgerichtliche Genehmigung. Die mit der Hilfswiderklage geltend gemachten Gegenansprüche könnten weder im Wege des Zurückbehaltungsrechts dem Zustimmungsanspruch entgegengehalten werden, noch könne der Hilfswiderklage stattgegeben werden. Der Beklagte habe die diversen Gegenansprüche teilweise schon nicht hinreichend substantiiert dargelegt, jedenfalls aber könne er wegen §§ 815, 162 BGB keinen Ersatz verlangen, weil er durch die Nichtleistung der geschuldeten 150.000 € eine Zweckverfehlung seiner Aufwendungen selbst herbeigeführt habe.

Gegen dieses, dem Beklagten am 15.3.2021 zugestellte Urteil hat der Beklagte mit beim Oberlandesgericht am 13.4.2021 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung mit am 15.6.2021 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Der Beklagte wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Rechtsfehlerhaft sei das Landgericht davon ausgegangen, dass der ausgesprochene Rücktritt wirksam sei. Die Zustimmungspflicht der Kinder folge schon daraus, dass die an die Kinder zu leistenden 150.000 € nach der vertraglichen Konstruktion erst drei Monate nach dem Eintritt des Todes der Erblasserin hätte gezahlt werden müssen. Die Erblasserin selbst habe also zu keinem Zeitpunkt den Rücktritt wegen der Nichtzahlung der 150.000 € erklären können. Daraus könne nur folgen, dass der Rücktritt allein durch die Kinder, jedenfalls aber nur mit deren Zustimmung habe erfolgen dürfen. Aus dem Umstand, dass sich der Beklagte im Rahmen des notariellen Vertrages der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe, hätten die Vertragsparteien die Rechtsfolgen einer nicht fristgerechten Zahlung zudem abschließend geregelt. Hinzu komme, dass es sich bei den 150.000 € nicht um eine Gegenleistung für die Übertragung des Erbbaurechts handele. Gegenleistung sei allein die an die Erblasserin zu leistende Leibrente. Der Rücktritt sei zudem auch deswegen unwirksam, weil es an der vorherigen Genehmigung des Nachlassgerichts gefehlt habe. Eine Genehmigungspflicht ergebe sich zum einen aus § 1831 BGB. Nach dieser Norm bedürften alle einseitigen Rechtsgeschäfte der nachlassgerichtlichen Genehmigung. Jedenfalls sei eine Genehmigung auch nach § 1812 BGB erforderlich gewesen. Darauf, dass der Beklagte sich den ausgesprochenen Rücktritt später habe durch das Nachlassgericht genehmigen lassen, komme es nicht an, weil der zuvor ausgesprochene Rücktritt endgültig unwirksam sei.

Letztlich habe das Landgericht zu Unrecht ein Zurückbehaltungsrecht wegen der geltend gemachten Gegenansprüche verneint und auch die Hilfswiderklage zu Unrecht abgewiesen. Das Landgericht überspanne die Darlegungsanforderungen. Auch ein Fall der §§ 815,162 BGB liege nicht vor. Nicht der Beklagte, sondern der Kläger hätte mit dem Ausspruch eines Rücktritts die Zweckverfehlung der getätigten Aufwendungen herbeigeführt.

Der Beklagte beantragt

1. unter Aufhebung des am 11.3.2021 verkündeten Urteils des Landgerichts Hamburg, Aktenzeichen 328 O3 142/18, die Klage abzuweisen,
2. Hilfsweise, den Kläger bzw. Berufungsbeklagten Zug um Zug zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 174.704,88 € zu verurteilen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zu Recht und mit zutreffender Begründung habe das Landgericht der Klage stattgegeben und die Hilfswiderklage abgewiesen. Dem Kläger habe ein gesetzliches Rücktrittsrecht wegen der Nichtleistung der 150.000 € zugestanden. Ein vertraglicher Ausschluss liege nicht vor. Die Kinder seien vollumfänglich über den Sachverhalt unterrichtet worden und mit dem Rücktritt einverstanden gewesen. Einer Zustimmung der Kinder habe es aber ebenso wenig bedurft wie einer nachlassgerichtlichen Genehmigung zum Rücktritt. Insbesondere würden die §§ 1812, 1813 BGB auf die Nachlassverwaltung keine Anwendung finden. Die Stellung und die Aufgaben eines Nachlassverwalters seien andere als die des Nachlasspflegers. Im konkreten Fall sei zudem eine Genehmigungspflicht nicht notwendig, weil sich der Rücktritt vom Vertrag als für den Nachlass lediglich rechtlich vorteilhaft erweise. Zudem sei eine Genehmigung durch das Nachlassgericht am 2.9.2020 wirksam erteilt worden. Das Berufen auf die Genehmigungspflicht sei auch rechtsmissbräuchlich, da der Beklagte zu keinem Zeitpunkt in der Lage gewesen sei, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen.

Zu Recht habe das Landgericht auch erkannt, dass dem Beklagten die geltend gemachten Gegenansprüche nicht zustehen würden.

II.

Die zulässige (1.) Berufung erweist sich im Hinblick auf den Klagantrag zu 1.) als begründet und führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils und Abweisung der Klage insoweit (2.), im übrigen ist die Berufung im Hinblick auf die mit dem Klagantrag zu 2.) geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten unbegründet und zurückzuweisen (3.). Über die nur hilfsweise erhobene Widerklage ergeht keine Entscheidung, auch insoweit war das

angefochtene Urteil abzuändern (4.).

1.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt worden, Zulässigkeitsmängel sind weder für den Senat erkennbar noch werden solche von den Parteien geltend gemacht.

2.

Die Berufung ist hinsichtlich des Klagantrages zu 1.) begründet und führt zu Abänderung des angefochtenen Urteils. Dem als Nachlassverwalter verwaltungs- und verfügungsbefugten Kläger (§ 1984 Abs. 1 S. 1 BGB) steht der geltend gemachte Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der im Grundbuch eingetragenen Vormerkung gemäß § 894 BGB nicht zu. Das Grundbuch ist in Bezug auf die Vormerkung nicht unrichtig geworden. Denn alle vom Kläger bislang abgegebenen Rücktrittserklärungen sind unwirksam und haben damit nicht zum Erlöschen des im Vertrag geregelten Anspruchs auf Übertragung des Erbbaurechts geführt.

a) Gem. § 883 BGB sichert die Vormerkung einen Anspruch auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück. Sie sichert vorliegend den Übertragungsanspruch des Beklagten aus § 1 des notariellen Vertrages. Die Vormerkung steht zu dem mit ihr gesicherten Anspruch in strenger Akzessorietät (vgl. BGH, NJW-RR 2015, 565 Rn. 12; BGH, NJW 1994, 2947). Besteht der zu sichernde Anspruch nicht (mehr), ist auch die Vormerkung wirkungslos (BGH, NJW-RR 2015, 565 Rn. 12). Mit dem Untergang des gesicherten Anspruchs wird das Grundbuch daher unrichtig im Sinne des § 894 BGB (BGH, NJW-RR 2015, 565 Rn. 12).

b) Die grundsätzlichen Voraussetzungen des § 323 Abs. 1 BGB für den Ausspruch eines Rücktritts von dem Vertrag liegen vor. Voraussetzung für einen Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB ist lediglich, dass bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß trotz angemessener Fristsetzung erbringt. Dies ist hier der Fall. Nach § 4 Ziff. 3 des Vertrages hat der Beklagte an die drei Kinder zu je gleichen Teilen insgesamt 150.000 € spätestens 3 Monate nach dem Ableben der Erblasserin zu zahlen. Dieser Zahlungspflicht ist der Beklagte bis heute trotz angemessener Fristsetzung durch den Kläger nicht nachgekommen.

Bei dem notariellen Vertrag handelt es sich auch um einen gegenseitigen Vertrag und die im Raume stehende Zahlungspflicht von 150.000 € steht auch im Gegenseitigkeitsverhältnis zum Überlassungsanspruch. Dass es sich bei dem Vertrag um einen gegenseitigen Vertrag handelt, folgt schon unschwer daraus, dass § 4 des Vertrages ausweislich seiner Überschrift ausdrücklich die „Gegenleistung“ regelt. Daher handelt es sich auch bei der in § 4 Ziff. 3 des Vertrages geregelten Zahlungspflicht von 150.000 € um eine im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Hauptleistungspflicht. Darauf, dass dieser Betrag nicht an die Erblasserin bzw. ihre Erben, sondern die Kinder der Erblasserin zu leisten ist, kommt es nicht an. Auch das Leistungsversprechen an einen Dritten kann im Vertragsverhältnis des Versprechensempfängers zum Versprechenden eine Hauptleistungspflicht darstellen.

Die Nichtleistung der 150.000 € stellt auch keine nur unerhebliche Pflichtverletzung i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB dar und ist auch nicht von der Erblasserin, ihrer Erbin oder dem Nachlassverwalter zu vertreten (§ 323 Abs. 6 BGB).

Das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 1 BGB ist auch nicht vertraglich ausgeschlossen worden. Zwar kann das Rücktrittsrecht des § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich vertraglich ausgeschlossen werden (jurisPK/Beckmann, § 323 Rn. 67). Ein solcher vertraglicher Ausschluss des Rücktrittsrechts liegt hier aber nicht vor. Daraus, dass der Vertrag für den Fall der Nichterbringung der in § 4 Ziff. 3 geregelten Zahlung der 150.000 € keine eigenen Rechtsfolgen vorsieht, lässt sich nichts für einen vertraglichen Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 1 BGB herleiten. Ein vertraglicher Ausschluss des Rücktrittsrechts lässt sich auch den übrigen Regelungen des Vertrages nicht entnehmen. Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang auf die in § 4 Ziff. 2 und

4 geregelte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung abstellt, überzeugt dies schon deswegen nicht, weil sich beide Ziffern nicht auf die hier streitgegenständlichen 150.000 € beziehen. Aus diesen Regelungen lässt sich allein der Schluss ziehen, in Bezug auf die 150.000 € sollte keine sofortige Zwangsvollstreckung stattfinden, nicht aber, dass im Falle der Nichtleistung der 150.000 € das gesetzliche Rücktrittsrecht ausgeschlossen wäre. Auch aus der ausdrücklichen Erwähnung eines Rücktrittsrechts im Falle der Nichtzahlung der Leibrente in § 4 Ziff. 2 des Vertrages lässt sich nicht herleiten, dass im übrigen ein Rücktritt ausgeschlossen ist. Diese Vertragsklausel ist vor dem Hintergrund der Regelung in § 323 Abs. 5 S. 2 BGB zu sehen, nach der ein Rücktritt vom Vertrag nicht möglich ist, wenn es sich um eine lediglich unwesentliche Pflichtverletzung handelt. Mit dieser allein auf die Leibrentenzahlung bezogenen Rücktrittsklausel haben die Vertragsparteien definiert, ab wann eine Nichtzahlung der Leibrente die Wesentlichkeitsgrenze überschreitet und daher ein Rücktritt möglich ist. Ihr kann demgegenüber nicht im Umkehrschluss entnommen werden, dass in allen anderen Fällen ein Rücktritt ausgeschlossen sein soll.

Es handelt sich bei dem Rücktritt auch um kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft, welches durch einen Nachlassverwalter nicht ausgeübt werden könnte. Auch enthält der Vertrag keine Regelung dahingehend, dass der Rücktritt nur durch die Kinder und nicht durch die Erben bzw. den an ihrer Stelle handlungsbefugten Nachlassverwalter ausgeübt werden könnte. Allein aus der vertraglichen Regelung, dass die 150.000 € erst nach dem Ableben der Erblasserin zur Zahlung fällig sein sollten, folgt nicht, dass im Falle des Zahlungsverzuges nur die Kinder und nicht die ggfs. personenverschiedenen Erben rücktrittberechtigt sein sollten.

c) Die ausgesprochenen Rücktrittserklärungen sind auch nicht deswegen unwirksam, weil sie jeweils der Zustimmung der begünstigten Kinder bedurft hätten. Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob eine solche Zustimmung vorliegend erteilt wurde, kommt es daher nicht an. Allerdings handelt es sich bei der in § 4 Ziff. 4 des Vertrages geregelte Verpflichtung, den drei Kindern der Erblasserin insgesamt 150.000 € zu zahlen, um einen Vertrag zugunsten Dritter, nämlich der Kinder (§§ 328 ff. BGB). Der Rücktritt von einem solchen Vertrag zugunsten Dritter erfolgt nach einhelliger Meinung durch den Versprechensempfänger und nicht den begünstigten Dritten. Umstritten ist lediglich, ob der vom Versprechensempfänger ausgesprochene Rücktritt der Zustimmung des begünstigten Dritten bedarf, wenn dem Dritten ein unwiderrufliches Bezugsrecht eingeräumt wurde. Die eine solche Zustimmungspflicht des Dritten befürwortende Ansicht stellt darauf ab, dass dies zum Schutz des Dritten erforderlich sei. Es müsse sichergestellt werden, dass das unwiderruflich eingeräumte Bezugsrecht nicht nachträglich einseitig durch den Versprechensempfänger wieder entzogen werden könne (so Palandt/Grüneberg, § 328 Rn. 6; MüKo/Gottwald, § 335 Rn. 10; auch RG v. 2.2.1921, V 354/20, RGZ 275, 276 f., wenn der Versprechensempfänger kein eigenes Interesse an der Leistungserbringung gegenüber dem Dritten hat). Die Gegenansicht hält auch im Falle eines unwiderruflich eingeräumten Bezugsrechts eine Zustimmung des Dritten zum Rücktritt für entbehrlich. Die Rechte des Dritten seien ausreichend über das Valutaverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten geschützt. Stelle sich der Rücktritt im Verhältnis zum Dritten als pflichtwidrig dar, mache sich der Versprechensempfänger gegenüber dem Dritten schadensersatzpflichtig und trete damit der hieraus folgende Schadensersatzanspruch an die Stelle der vom Versprechenden zugesagten Leistung (Staudinger/Klumpp, § 335 Rn. 22; BeckOGK/Mäsch, § 328 Rn. 50; Erman/Bayer, § 328 Rn. 38).

Der Senat folgt der letztgenannten Ansicht. Es bedarf daher auch keiner weiteren Aufklärung, ob hier überhaupt ein unwiderrufliches Bezugsrecht vorliegt. Zu Recht stellt die die Zustimmungspflicht verneinende Ansicht darauf ab, dass der Versprechensempfänger auch im Falle der Unwiderruflichkeit des Bezugsrechts Herr des Synallagmas bleibt. Wie der vorliegende Vertrag zeigt, muss es sich bei der dem Dritten zugesagten Leistung nicht um die einzige Gegenleistung handeln. Würde man eine Zustimmungspflicht des Dritten annehmen, wäre ein Rücktritt aber selbst dann ohne Zustimmung des Dritten nicht möglich, wenn der Versprechende mit einer anderen, dem

Dritten gerade nicht zugesagten Leistung wie z.B. hier die Bedienung der Darlehen in Verzug geraten würde. Zu Recht führt die die Zustimmungspflicht ablehnende Ansicht weiter aus, dass eine Zustimmungspflicht zum Schutz des Dritten auch nicht erforderlich ist. Der Dritte ist durch das Valutaverhältnis zum Versprechensempfänger ausreichend geschützt. Stellt sich der Rücktritt im (Valuta-)Verhältnis zum Dritten als pflichtwidrig dar, stehen dem Dritten Schadensersatzansprüche gegen den Versprechensempfänger zu, die an Stelle der versprochenen Leistung treten. In diesem Fall kommt es mithin lediglich zu einem Wechsel des Schuldners der versprochenen Leistung. Diese hat nunmehr (als Sekundäranspruch) der Versprechensempfänger und nicht mehr der Versprechende zu erbringen. Dass der Dritte nunmehr das Insolvenzrisiko des Versprechensempfängers und nicht des Versprechenden trägt, ist hinzunehmen. Dies findet seine Rechtfertigung darin, dass der Dritte ohnehin nur aufgrund des vertraglich ausgestalteten Valutaverhältnisses mit dem Versprechenden in den Genuss der zugesagten Leistung gekommen ist. Ihm in diesem Fall nach einem Rücktritt des Versprechensempfängers das Insolvenzrisiko seines Vertragspartners im Valutaverhältnis aufzuerlegen, erscheint nicht unbillig, sondern systemgerecht.

d) Die Rücktrittserklärungen sind aber deswegen unwirksam, weil es ihnen jeweils an der notwendigen nachlassgerichtlichen Genehmigung gefehlt hat.

aa) Bei der Nachlassverwaltung handelt es sich um eine besondere Form der Nachlasspflegschaft (§ 1975 BGB). Auf sie sind daher die Vorschriften der Nachlasspflegschaft anzuwenden und auf diese wiederum die allgemeinen Vorschriften der Pflegschaft. Es tritt lediglich das Nachlassgericht an die Stelle des Betreuungs- oder Familiengerichts (§ 1962 BGB). Da § 1915 BGB für die Pflegschaft die Vorschriften des Vormundschaftsrechts für anwendbar erklärt, unterliegen die Rechtshandlungen des Nachlassverwalters grundsätzlich den allgemeinen gerichtlichen Genehmigungspflichten nach den §§ 1810 ff. BGB.

bb) Eine Genehmigungspflicht für die hier gegenständlichen Rücktrittserklärungen folgt allerdings nicht aus § 1831 BGB. Diese Norm regelt keine eigenständige Genehmigungspflicht für alle einseitigen Rechtsgeschäfte, sondern bestimmt nur, dass ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches ohne die erforderliche Genehmigung vorgenommen wurde, (endgültig) unwirksam ist. Die Norm regelt mithin nur die Rechtsfolgen, nicht aber die Voraussetzungen, wann ein Rechtsgeschäft der Genehmigungspflicht unterliegt. Dies ergibt sich eindeutig aus der Formulierung in § 1831 S. 1 BGB („ohne die erforderliche Genehmigung“). Die §§ 1810 ff. BGB regeln mithin, welche Rechtsgeschäfte der Genehmigungspflicht durch das Gericht unterliegen, die §§ 1828 – 1831 BGB die Rechtsfolgen einer solchen Genehmigungspflicht. Würde man der Rechtsauffassung des Beklagten folgen, würde aus § 1831 BGB im Zusammenspiel mit der Regelung des § 1829 BGB eine allumfassende Genehmigungspflicht für jegliche Rechtsgeschäfte des Vormundes folgen. Die differenzierenden Regelungen der §§ 1810 ff. BGB wären gegenstandslos.

cc) Eine Genehmigungspflicht folgt vorliegend auch nicht aus §§ 1821 f. BGB. Zwar erfasst die Genehmigungspflicht des § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 2 BGB auch das Erbbaurecht (MüKo/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rn. 20). Die Genehmigungstatbestände der § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB setzen aber jeweils eine Verfügung über das Erbbaurecht bzw. über eine Forderung auf Übertragung dieses Rechts voraus. Der hier im Raume stehende Rücktritt von dem Vertrag beeinträchtigt die Rechtsstellung des Nachlasses im Hinblick auf das Erbbaurecht aber nicht, sondern führt vielmehr zum Rückfall dieses Rechts in den Nachlass.

dd) Es besteht aber eine Genehmigungspflicht für den Rücktritt nach § 1812 BGB. Nach dieser Norm bedarf die Verfügung über eine Forderung oder über ein anderes Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann, sowie über ein Wertpapier des Mündels der Genehmigung durch das Gericht. Bei dem vom Kläger ausgesprochenen Rücktritt handelt es sich um eine solche Verfügung über ein Recht. Denn der Rücktritt führt dazu, dass sich das aus dem Notarvertrag ergebende vertragliche Schuldverhältnis in ein gesetzliches Rückabwicklungsverhältnis wandelt (§ 346 Abs. 1 BGB). Der Rücktritt führt mithin zum Erlöschen der dem Nachlass aus dem

Vertrag zustehenden Ansprüche, insbesondere der in § 4 des Vertrages geregelten Gegenleistung. Dies betrifft sowohl den Anspruch des Nachlasses auf Zahlung der zugesagten 150.000 € an die Kinder als auch und insbesondere die in § 4 Ziff. 1 und 4 geregelte Tragung der laufenden Kosten.

Es liegt auch kein Ausnahmetatbestand nach § 1813 BGB vor. § 1813 BGB erfasst seinem Wortlaut nach nur die „Annahme einer geschuldeten Leistung“, mithin eine Verfügung in Form der Erfüllungsannahme. Hierum geht es vorliegend aber nicht. Selbst wenn man § 1813 BGB erweiternd auf alle Verfügungen i.S.d. § 1812 BGB anwenden wollte, läge vorliegend jedenfalls kein Ausnahmetatbestand der Nr. 1 – 5 vor.

Der von Teilen der Literatur zu § 1812 BGB vertretenen Ansicht, dass die Norm dann generell keine Anwendung finde, wenn eine Veruntreuung von Mündelvermögen nicht drohe (so RGRK-BGB/Dickescheid Rn. 6; LG Hamburg NJW-RR 2011, 513; LG Meiningen ZEV 2013, 513), folgt der Senat nicht. Gegen diese Auffassung spricht maßgeblich, dass sich bei vielen Geschäften ohne Durchbrechung des Abstraktionsprinzips nicht feststellen lassen wird, ob die Veruntreuung von Mündelvermögen droht. Oft lässt sich diese Frage auch nicht mit einem eindeutigen Ja oder Nein zu beantworten, sodass in jedem Einzelfall geprüft werden müsste, ob der Grad der Gefährdung so hoch ist, dass von einer Genehmigungspflicht auszugehen ist (BeckOGK-BGB/Fröschle § 1812 Rn. 17.2). Wenn dann aber ohnehin eine konkrete Beurteilung der Gefährdung des Mündelvermögens im Einzelfall vorzunehmen wäre, ist es aus Gründen der Rechtssicherheit vorzugswürdig, von einer generellen Genehmigungspflicht auszugehen und die Gefährdungsprüfung auf die Ebene der Entscheidung über die konkrete Genehmigung zu verlagern.

ee) Für den Senat sind auch keine hinreichenden Gründe erkennbar, § 1812 BGB im Rahmen der hier vorliegenden Nachlassverwaltung nicht zur Anwendung zu bringen.

Gegen die Anwendbarkeit des § 1812 BGB im Rahmen der Nachlassverwaltung wird angeführt, dass § 1812 BGB seiner Grundstruktur nach davon ausgehe, dass entsprechend § 1795 Abs. 2 BGB im Regelfall ein Gegenvormund bestellt werde, der die unter § 1812 BGB fallen Rechtsgeschäfte ohne Einschaltung des Gerichts genehmige. Nur wenn ausnahmsweise kein Gegenvormund bestellt sei, habe das Gericht anstelle des Gegenvormunds über die Genehmigung zu befinden (§ 1812 Abs. 3 BGB). Da es sich bei der Nachlassverwaltung aber um keine Vormundschaft, sondern eine Pflegschaft handele, gelange § 1915 BGB zur Anwendung, der in Abs. 2 regelt, dass die Bestellung eines Gegenvormundes nicht erforderlich sei. Wenn aber die Bestellung eines Gegenvormundes nicht erforderlich sei, greife auch die auf die Genehmigung durch den Gegenvormund abzielende Vorschrift des § 1812 BGB nicht (OLG Hamm v. 27.3.1995, 22 U 74/94, NJW-FER 1996, 37; MüKoBGB/Küpper, § 1985 Rn. 2; Palandt/Weidlich, § 1985 Rn. 2; Erman/Horn, § 1985 Rn. 1). Dies überzeugt aber nicht (so auch OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 10. 1. 1974 – 16 U 78/73, WM 1974, 473 f.; Staudinger/Dobler, § 1985 Rn. 34; Soergel/Stein § 1985 Rn. 3; Weißler, Das Nachlaßverfahren, Bd. I, 1920, 438; Joachim in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 1985 Rn. 4; zweifelnd ebenfalls BeckOGK/Fröschle, § 1812 Rn. 97). § 1812 Abs. 3 BGB bestimmt, dass dann, wenn kein Gegenvormund bestellt ist, die von § 1812 BGB erfassten Rechtsgeschäfte nicht genehmigungsfrei werden, sondern die Genehmigung in diesen Fällen durch das Gericht zu erteilen ist. Die Genehmigungspflicht besteht nach dem Willen des Gesetzgebers mithin unabhängig davon, ob ein Gegenvormund bestellt worden ist oder nicht. Hinzu kommt, dass § 1915 Abs. 2 BGB der Bestellung eines Gegenvormundes im Rahmen einer Pflegschaft nicht entgegensteht, sondern lediglich anordnet, dass ein solcher Gegenvormund im Rahmen einer Pflegschaft in der Regel nicht erforderlich ist. Die Regelung in § 1915 Abs. 2 BGB beruht auf Praktikabilitätserwägungen des Gesetzgebers dahingehend, dass es Pflegschaften gibt, die von ihrer Natur her schon keine Aufgaben zum Gegenstand haben, für die die Einrichtung einer Gegenvormundschaft erforderlich ist. In den Motiven zum BGB (Bd. 4 S. 1269 f.) lautet es „Die .. Norm .. beruht auf der Erwägung, dass ein Gegenvormund bei vielen Pflegschaften ganz entbehrlich, bei anderen, welche mit einer größeren, insbesondere mit einer dauernden, Vermögensverwaltung verbunden sind, von Nutzen sein wird (abrufbar unter:

<https://ia902605.us.archive.org/22/items/motivezudementw02germgoog/motivezudementw02germgoog.pdf>).

Die Anwendung der §§ 1812 f. BGB steht dem Zweck der Nachlassverwaltung, nämlich der Befriedigung der Nachlassgläubiger, auch nicht entgegen. Dabei ist im Ausgangspunkt die nach der Legaldefinition in § 1975 BGB zum Ausdruck kommende Entscheidung des Gesetzgebers, dass es sich bei der Nachlassverwaltung um eine besondere Art der Nachlasspflegschaft handelt, zu respektieren (vgl. auch OLG Düsseldorf v. 8.7.2013, 25 Wx 29/13, BeckRS 2013, 198410). Die Nachlassverwaltung steht nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht den übrigen Verwaltungen wie der Zwangsverwaltung nach dem ZVG oder der Insolvenzverwaltung nach der InsO gleich. Ein schlichter Vergleich mit den gesetzlichen Regelungen zu diesen Verwaltungen vermag die Nichtanwendung der §§ 1812 f. BGB auf die Nachlassverwaltung daher nicht zu begründen. Zutreffend hat das Reichsgericht ausgeführt, dass nur diejenigen Vorschriften des Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht auf die Nachlassverwaltung keine Anwendung finden können, die dem Zweck der Nachlassverwaltung, der Befriedigung der Nachlassgläubiger, entgegenstehen (RG v. 4.1.1932, IV 353/31; RGZ 57, 305, 307). Ein solches Entgegenstehen setzt also mehr als reine Zweckmäßigkeitserwägungen voraus. Nicht im Einklang mit dem Zweck der Befriedigung der Nachlassgläubiger stehen nur solche Regelungen des Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts, die die Gläubigerbefriedigung entweder ausschließen oder soweit erschweren würden, dass sich die Nachlassverwaltung als praktisch undurchführbar erweist. Die im Raume stehende Genehmigungspflicht nach den §§ 1812, 1813 BGB macht die Gläubigerbefriedigung aber weder unmöglich noch praktisch undurchführbar. Sie ermöglicht dem Nachlassgericht lediglich eine laufende Kontrolle der Tätigkeit des Nachlasspflegers und dient damit sowohl dem Schutz der Erben als auch der Nachlassgläubiger. Die damit verbundenen zeitlichen Verzögerungen sind sowohl für die Erben als auch die Nachlassgläubiger hinnehmbar. Die Durchführung des Genehmigungsverfahrens stellt auch an den Nachlassverwalter keine unzumutbaren Anforderungen. Zwar muss er jeweils entsprechende Genehmigungsanträge an das Nachlassgericht stellen und deren Bescheidung abwarten. Auf der anderen Seite muss der Nachlassverwalter dem Nachlassgericht gegenüber ohnehin jederzeit über den Stand seiner Verwaltungstätigkeit Auskunft erteilen (§ 1915, 1839 BGB), hat ein Nachlassverzeichnis zu fertigen (§§ 1915, 1802 BGB) und spätestens mit Beendigung der Nachlassverwaltung Rechenschaft über seine Tätigkeit abzulegen (§§ 1915, 1890 BGB). Die nachlassgerichtliche Genehmigungspflicht entfällt auch nicht deswegen, weil die Erben bei Einrichtung einer Nachlasspflegschaft bekannt sind und deswegen die Tätigkeit des Nachlassverwalters selbst kontrollieren könnten. Dagegen spricht schon, dass die Erben von der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis während der bestehenden Nachlasspflegschaft gem. § 1984 Abs. 1 S. 1 BGB gerade ausgeschlossen sind und sie daher keine Möglichkeiten haben, das laufende Verwaltungshandeln des Nachlassverwalters zu kontrollieren. Der Nachlassverwalter muss die Erben gerade nicht in die laufende Verwaltung einbinden und sich von ihnen insbesondere auch keine Zustimmung zu einzelnen Verwaltungshandlungen einholen. Zudem wird der Nachlassverwalter gerade nicht nur im Interesse der Erben, sondern auch und gerade im Interesse der Nachlassgläubiger tätig. Die Nachlassgläubiger haben aber keinerlei Möglichkeiten, das Verwaltungshandeln des Nachlassverwalters zu kontrollieren, so dass sie vollständig auf seine ordnungsgemäße Verwaltung vertrauen müssen. Wegen des zumindest abstrakt bestehenden Interessengegensatzes können sie auch nicht auf die den Erben zustehenden (eingeschränkten) Kontrollmöglichkeiten verwiesen werden. Diese Kontrolldefizite durch einen präventiv wirkenden Genehmigungsvorbehalt des Nachlassgerichts abzumildern, steht dem Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger daher nicht entgegen.

Hinzu kommt, dass ein Ausschluss nur bezogen auf die Genehmigungspflicht nach § 1812 BGB inkonsequent wäre. Denn wenn die nachlassgerichtliche Genehmigungspflicht dem Zwecke der Nachlassverwaltung entgegenstehen würde, müsste dies konsequenterweise auch für die Genehmigungspflichten nach den §§ 1821 f. BGB gelten (dafür Staudinger/Coester, § 1821 Rn. 21; MüKo/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rn. 16 - allerdings nicht weiter zw. den verschiedenen Arten der Verwaltung

differenzierend; a.A. ausdrücklich zur Nachlassverwaltung aber BGH, Urteil vom 7. 12. 1999 - XI ZR 67/99, ZEV 2000, 1551 157). Eine generelle Freistellung des Nachlassverwalters von jeglicher Genehmigungspflicht würde ihn aber letztlich sogar weitergehend der gerichtlichen Kontrolle entziehen, als dies in Bezug auf den Insolvenzverwalter der Fall ist. Denn selbst dieser bedarf noch für bestimmte Rechtshandlungen der Genehmigung durch das Insolvenzgericht, vgl. §§ 149 Abs. 1 S. 2, 158 Abs. 2 S. 2, 161 S. 2, 163 Abs. 1, 196 Abs. 2 InsO, obwohl es sich beim Insolvenzverwalter anders als beim Nachlassverwalter um eine reine Verwaltung und keine „Verwaltungspflegschaft“ handelt.

ff) Die Genehmigungspflicht entfällt vorliegend auch nicht aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles. Der Rücktritt vom Vertrag stellt sich nicht als lediglich rechtlich vorteilhaft für den Nachlass dar. Wie ausgeführt, verliert der Nachlass durch den Rücktritt die Ansprüche auf die Gegenleistung nach § 4 des Vertrages. Ob der Rücktritt ansonsten zweckmäßig erscheint und für den Nachlass wirtschaftlich günstig ist, unterfällt nicht der Beurteilung des Senats in diesem Verfahren, sondern ist dem Genehmigungsverfahren vorbehalten. Das Berufen des Beklagten auf die Genehmigungspflicht ist auch nicht rechtsmissbräuchlich. Zwar trifft es zu, dass der Beklagte durch sein Verhalten, nämlich die Nichtzahlung der 150.000 €, den Rücktritt erst verursacht hat, dies hindert ihn in rechtlicher Hinsicht aber nicht daran, sich auf die fehlende nachlassgerichtliche Genehmigung zu berufen.

gg) Es liegt letztlich auch keine Genehmigung des Nachlassgerichts vor, und zwar weder bezogen auf den Rücktritt vom 8.1.2018, 8.2.2018 noch 28.1.2021

aaa) Zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärungen vom 8.1.2018 und 8.2.2018 lag unstreitig keine Genehmigungsentscheidung des Nachlassgerichts vor. Die nachträgliche Genehmigung des Rücktritts vom 8.1.2018 mit Beschluss vom 2.9.2020 führt nicht zur nachträglichen Wirksamkeit des Rücktritts, weil dieser aufgrund der Regelung in § 1831 BGB endgültig unwirksam ist. Auch der Umstand, dass das Nachlassgericht ausweislich seines Schreibens vom 8.2.2019 die Auffassung vertritt, dass der Rücktritt nicht der Genehmigungspflicht des § 1812 BGB unterliegt, führt nicht zur Wirksamkeit des Rücktritts. Denn entscheidend ist nicht die Rechtsauffassung des Nachlassgerichts, sondern die materielle Rechtslage.

bbb) Eine Genehmigung durch das Nachlassgericht lag auch nicht im Hinblick auf den am 28.1.2021 erklärten Rücktritt vor. Selbst wenn man die Genehmigungsentscheidung des Nachlassgerichts in seinem Beschluss vom 2.9.2020 dahingehend auslegen wollte, dass sie auch die Rücktrittserklärung vom 28.1.2021 erfasst, verhilft dies der Erklärung nicht zur Wirksamkeit. Denn der Genehmigungsbeschluss entfaltet erst mit seiner Rechtskraft Wirksamkeit (§ 40 Abs. 2 S. 1 FamFG). Der Beklagte hat gegen den Genehmigungsbeschluss aber Beschwerde eingelegt, über die noch nicht abschließend entschieden worden ist. Rechtskraft ist damit nicht eingetreten. Darauf, dass diese Beschwerde möglicherweise unzulässig ist, weil es dem Beklagten an der Beschwerdeberechtigung fehlt, kommt es nicht an. Die Rechtskraft einer Entscheidung wird so lange gehemmt, solange über ein prinzipiell statthaftes Rechtsmittel, auch wenn es im Einzelfall unzulässig sein sollte, noch nicht entschieden wurde (Keidel/Engelhardt, FamFG, § 45 Rn. 12, 17). Vorliegend hat der Beklagte das an sich statthafte Rechtsmittel der Beschwerde gegen die Genehmigungsentscheidung eingelegt, so dass diese bislang noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist und damit noch keine Wirksamkeit entfaltet. Der Rechtsstreit war auch nicht im Hinblick auf das noch laufende Beschwerdeverfahren vor dem Nachlassgericht auszusetzen, weil selbst eine später eintretende Rechtskraft dem bereits erklärten Rücktritt nicht zur Wirksamkeit verhelfen würde, weil er gem. § 1831 BGB endgültig unwirksam ist.

e) Auf die weiteren Einwendungen des Beklagten im Hinblick auf die Unwirksamkeit der einzelnen Rücktrittserklärungen wegen § 174 BGB und § 130a ZPO kommt es nicht an. Der Senat merkt nur ergänzend an, dass § 174 BGB auf den Nachlassverwalter keine Anwendung findet und die Übermittlung eines Schriftsatzes auf gesichertem

Übertragungsweg den Anforderungen des § 130a ZPO auch ohne zusätzliche qualifizierte Signatur genügt.

3.

Unbegründet ist die Berufung hingegen, soweit sie sich gegen die Verurteilung des Beklagten zur Freihaltung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten richtet. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Freihaltung in der geltend gemachten Höhe zu. Ein Anwalt kann in eigener Sache für seine eigenen außergerichtlichen Tätigkeiten Gebührenansprüche als Schadensersatz geltend machen (Palandt, BGB, § 249 Rn. 56, für die anwaltliche Tätigkeit im Prozess siehe § 91 Abs. 2 S. 3 ZPO). Voraussetzung hierfür ist nur, dass die vorgerichtliche Einschaltung eines Anwalts notwendig ist. Zu fragen ist also, ob der Kläger, wäre er nicht selbst Anwalt, sich zur Verfolgung seiner Ansprüche anwaltlicher Hilfe bedient hätte. Dies ist hier angesichts der schwierigen Rechtslage der Fall. Darauf, dass der letztlich ausgesprochene Rücktritt keinen Erfolg hatte, kommt es nicht an, weil die Einschaltung eines Anwalts schon aufgrund des Verzuges des Beklagten mit den 150.000 € erforderlich war. Bei einem Gegenstandswert von 150.000 € sind die auf einen Streitwert von nur 59.600 € berechneten Rechtsanwaltskosten jedenfalls nicht zu beanstanden. Da der Kläger hier eigene Kosten geltend macht, kommt es auf den Zeitpunkt seiner (Selbst-)Beauftragung nicht an. Ausweislich des Schriftsatzes vom 30.10.2019 macht der Beklagte sein Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf die Gegenansprüche nur für den Fall geltend, dass der Kläger mit seiner Rücktrittserklärung durchdringt, so dass über die Gegenansprüche im Rahmen des Klagantrages zu 2. nicht zu entscheiden ist.

4.

Über die hilfsweise erhobene Widerklage ergeht keine Entscheidung, weil die Bedingung hierfür, dass dem Klagantrag zu 1. des Klägers stattgegeben wird, nicht erfüllt ist. Auch insoweit war die Entscheidung des Landgerichts abzuändern, damit die Abweisung der Widerklage nicht in Rechtskraft erwächst.

5.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, da er mit dem Klagantrag zu 1. unterlegen ist. Der Zuspruch der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten stellt sich als verhältnismäßig geringfügig dar und hat als Nebenforderung keine höheren Kosten verursacht. § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist sinngemäß auch zugunsten des Beklagten anwendbar (Zöller/Herget, ZPO, § 92 Rn. 11).

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird bezüglich des Klagantrages zu 1.) zugelassen, weil der Rechtssache sowohl im Hinblick auf die Frage der Zustimmungspflicht des Dritten als auch der Genehmigungspflicht des Nachlassgerichts grundsätzliche Bedeutung zukommt (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf der Erwägung, dass eine Entscheidung nur über die Klage ergangen ist. Der Wert der Hilfswiderklage ist daher nicht streitwerterhöhend zu berücksichtigen (§§ 47, 45 GKG). Streitwertrelevant in Bezug auf die Klage war hier zudem nur der Klagantrag zu 1), weil der Klagantrag zu 2.) lediglich Nebenforderungen betrifft (§ 43 GKG). Der Streitwert auf Zustimmung zur Löschung einer Vormerkung ist auf $\frac{1}{4}$ des Verkehrswertes des Grundstücks festzusetzen (BGH Beschl. v. 2.2.2017 – V ZR 49/15, BeckRS 2017, 102002). Dies ergibt bei einem Verkehrswert des Erbbaurechts von vorliegend 383.000 € (vgl. Gutachten Anlage BB1) einen Betrag von 95.750 €.

Dr. C...

Vizepräsident
des Hanseatischen
Oberlandesgerichts

T...

Richter
am Oberlandesgericht

Dr. W...

Richter
am Oberlandesgericht

