

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang  
März 2014  
ISSN 1434-3460

6/2014

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2271, 2254, 2258 – Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments durch übereinstimmende Einzeltestamente der Ehegatten; Wesensmerkmale des gemeinschaftlichen Testaments

InsO § 83; BGB § 2352 – Zuwendungsverzicht durch bindend bedachten Schlusserben während des Insolvenzverfahrens

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

BGB §§ 138, 134, 139, 1361 Abs. 4 S. 4, 1360a Abs. 3, 1614 – Inhaltskontrolle eines Ehevertrags; Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung mit vollständigem Ausschluss des Versorgungsausgleichs; subjektive Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit; unzulässiges *pactum de non petendo* bzgl. Trennungsunterhalt

InsO § 134 – Lastenfreistellung als selbständig anfechtbare unentgeltliche Leistung im Rahmen einer Grundstücksüberlassung

### Literaturhinweise

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 2271, 2254, 2258

#### Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments durch übereinstimmende Einzeltestamente der Ehegatten; Wesensmerkmale des gemeinschaftlichen Testaments

##### I. Sachverhalt

Ehegatten errichteten nach der Eheschließung im Jahre 1964 ein gemeinschaftliches Testament und setzten sich darin gegenseitig zu Erben ein. Für den Schlusserbfall bestimmten sie die – erst in der Folgezeit geborenen – gemeinschaftlichen Kinder untereinander zu gleichen Teilen zu Erben.

Im Januar 2011 errichtete jeder Ehegatte ein privatschriftliches Einzeltestament und widerrief darin jeweils die gemeinschaftliche letztwillige Verfügung im notariellen Testament von 1964 („Hiermit widerrufe ich mein Testament vom ...“). Im Übrigen ordnete jeder für seinen Nachlass gesetzliche Erbfolge an und setzte umfangreiche Vermächtnisse aus.

Der Ehemann verstarb im Oktober 2012.

##### II. Frage

Wurden die wechselbezüglichen Verfügungen der Ehegatten im notariellen gemeinschaftlichen Testament von 1964 durch die beiden 2011 zu gleicher Zeit errichteten privatschriftlichen Einzeltestamente wirksam widerrufen?

##### III. Zur Rechtslage

##### 1. Kein wirksamer einseitiger Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen

Einseitig widerrufen lassen sich wechselbezügliche Verfügungen gem. § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB. Hiernach hat der Widerruf zu Lebzeiten des anderen Ehegatten und nach der für den Rücktritt vom Erbvertrag geltenden Vorschrift des § 2296 BGB zu erfolgen, d. h. **ausschließlich durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten**. Dadurch soll ein heimlicher Widerruf hinter dem Rücken des anderen Ehegatten ausgeschlossen und gewährleistet sein, dass der andere Ehegatte bzgl. seiner eigenen Verfügungen, die durch den Widerruf gem. § 2270 Abs. 1 BGB ebenfalls unwirksam werden, auf die neue erbrechtliche Situation reagieren kann (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2271 Rn. 3).

Ein Widerruf **durch Errichtung einer neuen Verfügung von Todes wegen** ist hingegen nach § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB **ausgeschlossen**, und zwar selbst dann, wenn der andere Ehegatte damit einverstanden ist. Es genügt daher nicht, dass ein Ehegatte seine wechselbezügliche Verfügung durch ein Widerrufstestament (§ 2254 BGB)

oder widersprechendes Testament (§ 2258 BGB) widerruft und dies dem anderen Ehegatten mündlich mitteilt oder dieser formlos zustimmt (J. Mayer, in: Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2271 BGB Rn. 20 f. m. w. N.).

Vorliegend fehlt es an einem einseitigen Widerruf, der den formalen Anforderungen der §§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 BGB Rechnung trägt.

## 2. Gemeinsamer Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments?

### a) Überblick

Es kommt daher lediglich ein Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen durch **gemeinschaftliche Verfügung** der Ehegatten in Betracht. Anerkannt ist, dass ein gemeinschaftliches Testament im Ganzen **nur von beiden Ehepartnern zusammen aufgehoben** werden kann, und zwar durch ein gemeinschaftliches Widerrufstestament (§ 2254 BGB), ein neues widersprechendes Testament (§ 2258 BGB), einen entsprechenden Ehegattenerbvertrag (§ 2289 Abs. 1 S. 1 BGB), die vom Willen beider Ehepartner getragene Vernichtung der Testamentsurkunde (§ 2255 BGB), die gemeinsame Rücknahme eines öffentlichen gemeinschaftlichen Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung (§§ 2256, 2272 BGB; hierzu Gutachten DNotI-Report 2012, 165) oder durch einen Prozessvergleich zwischen den Ehepartnern (vgl. BeckOK-GmbHG/Litzenburger, Std.: 1.2.2014, § 2271 Rn. 3).

Vorliegend ist allenfalls ein gemeinschaftlicher Widerruf durch ein **gemeinschaftliches Widerrufstestaments** i. S. v. § 2254 BGB denkbar oder durch ein **gemeinschaftliches Testament** i. S. v. § 2258 BGB, **das** dem Testament aus dem Jahr 1964 **inhaltlich widerspricht**.

### b) Wesensmerkmale des gemeinschaftlichen Testaments

Problematisch ist jedoch, dass die Ehegatten kein klassisches Ehegattentestament in einer Urkunde errichtet haben, sondern jeweils privatschriftliche Einzeltestamente in getrennten Urkunden. **Unter welchen Voraussetzungen diese Einzelurkunden ein gemeinschaftliches Testament darstellen** können, ist im Gesetz nicht geregelt und in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt. Neben den sog. **subjektiven Theorien**, die allein den Willen der Ehegatten zur gemeinschaftlichen Testamentserrichtung für maßgeblich erachten, wurden früher auch **objektive Ansätze** vertreten, die eher auf formale Kriterien abstellten. Dazwischen existieren diverse vermittelnde Auffassungen (vgl. dazu J. Mayer, Vor §§ 2265 ff. BGB Rn. 12 ff.). Heute vorherrschend ist eine an die subjektive Theorie angelehnte **vermittelnde Auffassung**, die grundsätzlich den **Willen der Ehegatten zum gemeinschaftlichen Testieren** für **maßgeblich** hält. Wie der Wille zum Ausdruck gebracht und nachgewiesen sein muss, ist allerdings im Detail umstritten (vgl. hierzu bb)).

#### aa) Wille der Ehegatten zum gemeinschaftlichen Testieren

Zunächst muss die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments auf einem **gemeinsamen Entschluss der Ehegatten** beruhen. Wenn ein derartiger Entschluss existiert und nachweisbar ist, soll es unschädlich sein, dass die Verfügungen an getrennten Orten, zu verschiedenen Zeiten und in gesonderten Urkunden niedergeschrieben worden sind; entscheidend sind allein Kenntnis und Billigung der

Erklärung des anderen Ehegatten (vgl. Erman/M. Schmidt, BGB, 13. Aufl. 2011, Vor § 2265 Rn. 1). Die inhaltliche Übereinstimmung der beiden letztwilligen Verfügungen ist in diesem Zusammenhang nicht relevant, denn für den maßgeblichen Willen zum gemeinschaftlichen Testieren kommt es nur auf den Errichtungsakt, nicht auf die Abstimmung der beiderseitigen Verfügungen an (vgl. Palandt/Weidlich, Vor § 2265 Rn. 2).

Demnach könnte vorliegend u. U. ein gemeinschaftliches Testament zu bejahen sein, obwohl die beiden Verfügungen in unterschiedlichen Urkunden niedergelegt sind.

#### bb) „Andeutung“ des gemeinsamen Testierwillens in der Testamentsurkunde

Allerdings muss sich der **Wille zum gemeinschaftlichen Testieren in irgendeiner Weise manifestiert** haben. Nach einer streng subjektiven Theorie genügt es, wenn sich die Gemeinschaftlichkeit aus irgendwelchen, nur außerhalb der Urkunde liegenden Umständen herleiten lässt (vgl. OGHBrZ Köln NJW 1949, 304). Dagegen verlangt die überwiegende Auffassung aus Gründen der Rechtssicherheit (in Anlehnung an die sog. Andeutungstheorie), es müsse **aus der Testamentsurkunde selbst erkennbar** sein, dass es sich um eine gemeinschaftliche Erklärung der Ehegatten handle (vgl. Palandt/Weidlich, Vor § 2265 Rn. 2 m. w. N.). Der Errichtungszusammenhang muss danach in den formgerechten Erklärungen irgendwie zum Ausdruck kommen.

Diese Voraussetzung ist etwa erfüllt, wenn die Ehegatten in zwei zwar getrennten, aber gleichlautenden Erklärungen vom gleichen Tag unter Benutzung der **Formulierung „wir“ und „uns“** Verfügungen von Todes wegen treffen, die eine gegenseitige Erbinsetzung sowie eine Schlusserbeinsetzung über den „beiderseitigen Nachlass“ enthalten (BayObLG FamRZ 1995, 1447; ähnl. LG Mainz MittRhNotK 2000, 347, bei inhaltlicher Abstimmung).

Andererseits hat es das BayObLG (FamRZ 1991, 1485, 1486 = MDR 1991, 645) nicht genügen lassen, wenn sich Ehegatten auf gesonderten Blättern der gleichen Papiersorte gleichzeitig und wortgleich, aber in der „Ich-Form“ gegenseitig zu Erben einsetzen, obwohl sie dabei jeweils formulieren, dass über „unser gesamtes Hab und Gut“ verfügt werde. Diese Entscheidung wird in der Literatur allerdings überwiegend als zu streng oder zu formalistisch abgelehnt; durch den Bezug auf das gemeinschaftliche Vermögen als Objekt der Testamentsverfügung komme nämlich der Wille zum gemeinschaftlichen Testieren in der Urkunde entsprechend den Anforderungen der Andeutungstheorie klar zum Ausdruck (vgl. J. Mayer, Vor §§ 2265 ff. BGB Rn. 24 m. w. N.).

Auch nach einer neueren Entscheidung des OLG München (MittBayNot 2009, 55 = BWNotZ 2008, 154) reicht es für die Annahme eines gemeinschaftlichen Testaments nicht aus, dass Ehegatten in getrennten Urkunden am selben Tag und Ort im Wesentlichen inhaltsgleiche Verfügungen treffen. Etwas anderes könne jedoch gelten, wenn sich die Ehegatten in getrennten Urkunden jeweils zu Alleinerben einsetzen und in gemeinschaftlich abgefassten, mit „Zusatz zum Testament“ und „Nachtrag zum Testament“ bezeichneten Urkunden weitere Verfügungen träfen. Denn **durch den Zusatz bzw. Nachtrag** hätten die Ehegatten eine **Verbindung zu den beiden gesondert errichteten Einzelurkunden hergestellt** und formgerecht zum Ausdruck gebracht, dass die einzelnen Urkunden nicht voneinander unabhängig unterschiedliche Fallgestaltungen re-

gelten, sondern nach Vorstellung der Ehegatten eine Einheit bildeten. Die so geschaffene Verknüpfung rechtfertigte aus Sicht des OLG München im konkreten Fall die Annahme, dass die Ehegatten insgesamt gemeinschaftlich eine einheitliche Regelung sowohl für den Tod eines Ehegatten als auch für den Schlusserbfall treffen wollten.

Nach herrschender Ansicht ist dem **Andeutungserfordernis jedoch nicht Genüge getan, wenn** in zwei gleichzeitig und wortgleich, aber getrennt errichteten Urkunden mit gegenseitiger Erbeinsetzung – die mutmaßlich abgesprochen ist – **weder die Pluralform noch die Wendung „gemeinsam“ verwendet** wird (BayObLG DNotZ 1993, 450, 451; OLG Zweibrücken MittBayNot 2003, 494 = FamRZ 2003, 1415; J. Mayer, Vor §§ 2265 ff. BGB Rn. 24; vgl. auch KG MittRhNotK 2000, 437 = ZEV 2000, 512, wo die Verhältnisse ähnlich lagen und jede Bezugnahme auf die Verfügungen des jeweils anderen fehlte).

### 3. Ergebnis

Überträgt man die dargestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall, dürfte es an der Andeutung eines gemeinschaftlichen Willens zur Testamentserrichtung fehlen. Auf Grundlage des (knappen) Sachverhalts ist es also unwahrscheinlich, dass sich die beiden Einzeltestamente als gemeinschaftliches Widerrufstestament oder gemeinschaftliches widersprechendes Testament der Ehegatten ansehen lassen. Mangels Widerrufs ist dann weiterhin das gemeinschaftliche Testament aus dem Jahre 1964 für die Beerbung der Ehegatten maßgeblich.

---

## InsO § 83; BGB § 2352 Zuwendungsverzicht durch bindend bedachten Schlusserben während des Insolvenzverfahrens

### I. Sachverhalt

Ehegatten haben sich in einem Erbvertrag gegenseitig zu Alleinerben und ihre drei Kinder zu Schlusserben eingesetzt. Alle Verfügungen im Erbvertrag sind vertragsmäßig bindend vereinbart. Jedem Ehegatten ist das Recht zum Rücktritt vom Erbvertrag vorbehalten. Der erste Ehegatte ist vor zehn Jahren verstorben; der überlebende Ehegatte hat die Erbschaft angenommen. Über das Vermögen eines bindend eingesetzten Kindes ist nunmehr das Insolvenzverfahren eröffnet worden.

### II. Frage

Kann ein bindend bedachter Schlusserbe, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters einen Zuwendungsverzichtsvertrag mit dem Erblasser abschließen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Ausgangspunkt: § 83 Abs. 1 S. 1 InsO in der BGH-Rechtsprechung

Grds. fällt während des Insolvenzverfahrens der sog. Neuerwerb gem. § 35 Abs. 1 InsO in die Insolvenzmasse. Maßgebende Vorschrift für die Behandlung erbrechtlicher Positionen im Insolvenzverfahren ist jedoch § 83 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 InsO. Unmittelbar regelt diese Vorschrift lediglich, dass die Annahme oder Ausschlagung einer vor oder während des Insolvenzverfahrens anfallenden Erbschaft nur dem Schuldner zusteht. Daraus leitet der BGH indes ab, dass

**weder** die Mitwirkung des (späteren) Insolvenzschuldners an der **Aufhebung einer** mit ihm erbvertraglich vereinbarten **Erbeinsetzung** gem. § 2290 Abs. 1 BGB **noch der Verzicht auf eine Erbschaft**, auch mit der Wirkung des Verlusts des Pflichtteilsrechts, **noch die Nichtgeltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs der Insolvenzanfechtung unterliegen** (DNotZ 2013, 541). Ebenso wenig soll hierin eine Obliegenheitsverletzung während der Wohlverhaltensperiode im Restschuldbefreiungsverfahren gem. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu sehen sein (BGH DNotZ 2013, 541, 544; ebenso BGH DNotZ 2009, 862, 863 f., zum Verzicht auf einen bereits entstandenen, aber noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch).

### 2. Folgerungen für den Zuwendungsverzicht in der Insolvenz

Wenn es dem insolventen Schuldner freisteht, die ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen, und der BGH die Vorschrift des § 83 Abs. 1 S. 1 InsO in der vorbeschriebenen Weise teleologisch extensiv interpretiert, muss es dem Schuldner als einem vertragsmäßig bindend eingesetzten Erben u. E. **ebenso möglich** sein, **während des laufenden Insolvenzverfahrens ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters einen Zuwendungsverzicht** abzuschließen. Denn wer die Erbschaft nach Belieben ausschlagen und insbesondere eine erbvertragliche Erbeinsetzung vertraglich aufheben kann, muss auch berechtigt sein, auf die noch gar nicht angefallene Erbschaft im Wege eines Zuwendungsverzichtsvertrags zu verzichten (so wohl einhellig die Literatur, s. Staudinger/Schotten, BGB, Neubearb. 2010, § 2346 Rn. 8; BeckOK-BGB/J. Mayer, Std.: 1.2.2014, § 2346 Rn. 2; Ivo, ZErB 2003, 250, 253; Reul, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2012, Kap. P Rn. 197, 192 f. – je m. w. N.).

### 3. Ergebnis

Ein bindend eingesetzter (**Schluss-)Erbe**, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, **darf** u. E. wegen der in § 83 Abs. 1 S. 1 InsO enthaltenen Wertentscheidung des Gesetzgebers **ohne Weiteres** einen **Zuwendungsverzichtsvertrag abschließen**.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

#### WEG § 26 Abs. 3

**Nachweis der Verwalter- und Verwaltungsbeirats-eigenschaft**

Abruf-Nr.: **130124**

#### EGBGB Art. 26

**Tschechische Republik: Testamenterrichtung; Änderung des scheidenden IPR-Erbrechts zum 1.1.2014**

Abruf-Nr.: **129928**

**BGB §§ 138, 134, 139, 1361 Abs. 4 S. 4, 1360a Abs. 3, 1614**

**Inhaltskontrolle eines Ehevertrags; Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung mit vollständigem Ausschluss des Versorgungsausgleichs; subjektive Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit; unzulässiges *pactum de non petendo* bzgl. Trennungsunterhalt**

a) Der vollständige Ausschluss des Versorgungsausgleichs kann auch bei einer Alleinverdienerregelung der ehevertraglichen Wirksamkeitskontrolle standhalten, wenn die wirtschaftlich nachteiligen Folgen dieser Regelung für den belasteten Ehegatten durch die ihm gewährten Kompensationsleistungen (hier: Finanzierung einer privaten Kapitalversicherung; Übertragung einer Immobilie) ausreichend abgemildert werden.

b) Zu den subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit im Rahmen der Gesamtwürdigung eines objektiv einseitig belastenden Ehevertrages (Fortführung der Senatsurteile vom 31. Oktober 2012 – XII ZR 129/10 – FamRZ 2013, 195 und vom 21. November 2012 – XII ZR 48/11 – FamRZ 2013, 269).

c) Das gesetzliche Verbot des Verzichts auf Trennungsunterhalt kann durch ein *pactum de non petendo* nicht umgangen werden.

BGH, Beschl. v. 29.1.2014 – XII ZB 303/13

### Problem

Die beteiligten Eheleute, aus deren Beziehung ein mittlerweile volljähriger Sohn hervorgegangen ist, streiten im Scheidungsverbund um Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich, dabei insbesondere um die Wirksamkeit eines Ehevertrags. Die Ehe wurde im Juni 1991 geschlossen. Der 1963 geborene Ehemann ist seit den 1980er Jahren für eine Versicherungstätig und leitet seit 1988 als selbständiger Versicherungsvertreter eine Generalagentur. Die 1958 geborene Ehefrau, die über keine abgeschlossene Berufsausbildung verfügt, war bis zur Geburt des gemeinsamen Sohnes im Jahre 1989 selbständig; während der Ehe führte sie vorwiegend den Haushalt und betreute das Kind.

Im Januar 2007 errichteten die Ehegatten anlässlich einer Ehekrise wegen Ehebruchs der Ehefrau einen notariellen Ehevertrag mit Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung. Darin schlossen die Ehegatten die gesetzlichen Scheidungsfolgen im Wesentlichen aus: Bei Aufrechterhaltung des gesetzlichen Güterstands sollte im Scheidungsfall kein Ausgleich des Zugewinns stattfinden. Im Rahmen der Auseinandersetzung ihres sonstigen Vermögens teilten die Eheleute das Guthaben auf einem gemeinsamen Wertpapierdepot i. H. v. seinerzeit 260.000 € hälftig auf. Die Ehefrau erhielt ferner eine der beiden – im hälftigen Miteigentum der Ehegatten stehenden – gleich großen Eigentumswohnungen zu Alleineigentum übertragen. Die Wohnungen waren während der Ehezeit zur Kapitalanlage angeschafft worden. Der Ehemann verpflichtete sich zur alleinigen Schuldentilgung auch im Hinblick auf die

übertragene Eigentumswohnung. Für den Trennungsfall vereinbarten die Eheleute, dass keine der Parteien gegen die andere Getrenntlebensunterhaltsansprüche geltend machen werde. Der Ehemann verpflichtete sich aber für einen Zeitraum von einem Jahr nach der Trennung zur Leistung eines fixen Unterhaltsbetrags i. H. v. 1.500 €. Ferner verzichteten die Ehegatten vorsorglich auf nachehelichen Unterhalt und schlossen den öffentlich-rechtlichen und schuldrechtlichen Versorgungsausgleich vollständig aus. Der Ehemann verpflichtete sich im Gegenzug, auf eine von der Antragsgegnerin abzuschließende und mit Vollendung ihres 65. Lebensjahres fällig werdende Lebensversicherung auf Kapital- oder Rentenbasis für die Dauer der Laufzeit der Versicherung monatliche Beiträge i. H. v. 500 € einzuzahlen.

Die Ehegatten trennten sich im April 2010; der Scheidungsantrag wurde der Ehefrau im Juli 2011 zugestellt. Die Ehefrau beantragte im Scheidungsverbund die Durchführung des Versorgungsausgleichs und verlangte Auskunft über das Anfangs- und Endvermögen ihres Ehemannes im Rahmen des durchzuführenden Zugewinnausgleichs.

Die Ehe der Beteiligten wurde im Oktober 2012 geschieden, wobei das Amtsgericht weder einen Versorgungsausgleich noch einen Zugewinnausgleich durchführte. Die hiergegen gerichteten Beschwerden der Ehefrau wurden vom Oberlandesgericht zurückgewiesen.

### Entscheidung

Auf die Rechtsbeschwerde der Ehefrau hin hob der BGH die angefochtene Entscheidung auf und verwies die Sache an das Oberlandesgericht zurück.

Der XII. Zivilsenat beanstandete, dass das Beschwerdegericht nicht nach der Wirksamkeit der Vereinbarung zum Trennungsunterhalt unter dem Gesichtspunkt des § 134 BGB gefragt habe und nach den Auswirkungen einer etwaigen Nichtigkeit dieser Abrede auf die Wirksamkeit des Gesamtvertrags (§ 139 BGB). Ein Verzicht auf künftigen Trennungsunterhalt sei nämlich nach den §§ 1361 Abs. 4 S. 4, 1360a Abs. 3 i. V. m. § 1614 BGB unwirksam und daher gem. § 134 BGB nichtig. Vorliegend sei zwar nicht ausdrücklich auf den Trennungsunterhalt verzichtet worden. Allerdings enthalte der Vertrag möglicherweise ein *pactum de non petendo*, d. h. die Verpflichtung oder das Versprechen des unterhaltsberechtigten Ehegatten, Trennungsunterhalt nicht geltend zu machen; auch wenn dieses *pactum* nicht den Bestand des Unterhaltsanspruchs berühre, begründe es eine Einrede gegen den Unterhaltsanspruch, die wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis führe wie ein Unterhaltsverzicht. Daher sei ein *pactum de non petendo* nach ganz h. M. unzulässig und als Umgehungsgeschäft unwirksam (vgl. nur OLG Karlsruhe FamRZ 1992, 316, 317 = NJW-RR 1992, 1094; Kilger/Pfeil, in: Göppinger/Börger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 10. Aufl. 2013, 5. Teil Rn. 140 m. w. N.).

Im Übrigen ist das Beschwerdegericht nach Ansicht des BGH zu Recht davon ausgegangen, dass die im Ehevertrag enthaltenen Abreden zu Versorgungs- und Zugewinnausgleich sowohl für sich genommen als auch im Rahmen der Gesamtwürdigung aller zu den Scheidungsfolgen getroffenen Einzelregelungen einer Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB standhalten: Für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs, der zum

An alle Mitglieder  
der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.

**Einladung  
zur 17. Mitgliederversammlung in Würzburg 2014**

Sehr geehrtes Mitglied,

der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder herzlich zur  
17. ordentlichen Mitgliederversammlung am **Freitag, dem 23. Mai 2014**,  
in die **Julius-Maximilians-Universität Würzburg – Neubaukirche**,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg, ein.

Die Veranstaltung beginnt im Anschluss an das 14. Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht  
an der Universität Würzburg um **17.00 Uhr** mit folgender **Tagesordnung**:

1. Begrüßung
2. Bericht des Vorsitzenden
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht der Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung des Gesamtvorstandes
7. Verschiedenes

Wir freuen uns über ein zahlreiches Erscheinen unserer Mitglieder!

gez.  
Notar a. D. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter  
(Vorsitzender)

gez.  
Rechtsanwalt und Notar Burkard Scherrer  
(stellv. Vorsitzender)

---

**14. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg zum Thema  
„Notarielle Vertragsgestaltung im Immobilienrecht“, Freitag, 23. Mai 2014, Julius-Maximilians-Universität  
Würzburg, Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg**

**Die formularmäßige Bindung an Vertragsangebote – Probleme und Gestaltungsoptionen**

Prof. Dr. Andreas Piekenbrock, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg,  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht

**Rechtsfragen der Notarhaftung und des Beurkundungsverfahrens**

Wolfgang Schlick, Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Karlsruhe

**Städtebauliche Verträge, Erschließungsrecht und Einheimischenmodelle –  
Vertragsinhalte nach der BauGB-Novelle und der aktuellen Rechtsprechung**

Christian Hertel, Notar in Weilheim i.OB

**Probleme bei Rechten in Abteilung II**

Dr. Christian Kessler, Notar in Düren

**Blockheizkraftwerk und Gestaltung der Teilungserklärung**

Dr. Martin Suilman, Vorsitzender Richter am Landgericht, Berlin

Kernbereich der Scheidungsfolgen zähle, folge dies unter Berücksichtigung der konkreten Versorgungssituation beider Ehegatten daraus, dass sich schon objektiv nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen lasse, dass die erhaltene Abfindung der Ehefrau ein wirtschaftlich gänzlich unzureichender Ausgleich sei. Die **Wahrung des Halbteilungsgrundsatzes** sei insoweit **nicht erforderlich**.

Auch der **Verzicht auf Zugewinnausgleich**, der innerhalb der Scheidungsfolgen am weitesten der ehevertraglichen Disposition unterliege, sei **nicht zu beanstanden**, zumal er nicht kompensationslos erfolgt sei, sondern der Ehemann sich zur Tilgung der i. H. v. 70.000 € valutierenden Verbindlichkeiten auf der Wohnung der Ehefrau verpflichtet habe. Der Senat ließ in diesem Zusammenhang **ausdrücklich offen, ob** trotz der grundsätzlichen Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs **im Einzelfall** – wie dies in der Literatur zum Teil diskutiert wird – eine **strengere Inhaltskontrolle** geboten ist, soweit der Ehevertrag zu einem Verzicht auf bereits begründete Rechtspositionen führt – insbesondere wenn der haushaltsführende Ehegatte nach langjähriger Ehe auf den Zugewinn auch für die Vergangenheit verzichtet (vgl. Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 2011, Rn. 802).

**Für sich** betrachtet ebenso **unbedenklich** findet der BGH den vollständigen **Verzicht auf nachehelichen Unterhalt**, zumal die Ehefrau bei Vertragsschluss aus ihrer Sicht im Hinblick auf die erworbene Eigentumswohnung und weiteres Privatvermögen nicht vermögenslos gewesen sei.

Schließlich nimmt der XII. Zivilsenat im Rahmen der Gesamtwürdigung des Ehevertrags noch zu den **subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit** Stellung. Allein das Ansinnen eines Ehegatten, eine Ehe nur unter der Bedingung eines Ehevertrags eingehen oder – wie hier – fortsetzen zu wollen, begründe für sich genommen für den anderen Ehegatten noch keine Lage, aus der sich ohne Weiteres auf dessen unterlegene Verhandlungsposition schließen lasse. Unter Umständen möge etwas anderes bei einem erheblichen Einkommens- oder Vermögensgefälle zwischen den Ehegatten gelten, dieses sei konkret aber nicht gegeben. Außerdem sei davon auszugehen, dass Ehegatten ihre gegenläufigen vermögensrechtlichen Interessen zu einem **angemessenen Ausgleich** gebracht hätten und keine Störung der subjektiven Vertragsparität vorliege, wenn sie **im Hinblick auf** eine **Ehekrise** oder bevorstehende Scheidung **unter anwaltlichem Beistand auf beiden Seiten nach langen Verhandlungen und genügender Überlegungszeit** einen Vertrag zur umfassenden Regelung aller Scheidungsfolgen abschließen.

---

## InsO § 134

### Lastenfreistellung als selbständig anfechtbare unentgeltliche Leistung im Rahmen einer Grundstücksüberlassung

**Hat sich der spätere Insolvenzschuldner zur unentgeltlichen lastenfreien Übertragung eines Grundstücks verpflichtet, ist die innerhalb von vier Jahren vor dem Insolvenzantrag erfolgte Ablösung eines bei der Übertragung bestehen gebliebenen Grundpfandrechts selbständig als unentgeltliche Leistung anfechtbar.**

BGH, Urt. v. 13.2.2014 – IX ZR 133/13

## Problem

Die Erblasserin war Eigentümerin einer Wohnung, die mit einer Grundschuld belastet war. Die Grundschuld sicherte Ansprüche aus einem Darlehensvertrag, den die Bank mit der Erblasserin und ihrem Ehemann abgeschlossen hatte. Die Erblasserin übertrug das Eigentum an der Wohnung im Wege der vorweggenommen Erbfolge auf den Erwerber, behielt sich aber einen Nießbrauch vor. Der Erwerber übernahm die Grundschuld in dinglicher Hinsicht. Eine persönliche Schuldübernahme erfolgte nicht.

Im Überlassungsvertrag heißt es, dass die Grundschuld von den „bisherigen persönlichen Schuldnern [...] weiterhin verzinst und getilgt“ werde. Die Ansprüche auf Rückgewähr der Grundschuld wurden an den Erwerber abgetreten. Einige Zeit nach dem Vollzug des Vertrags lösten die Erblasserin und ihr Ehemann das Darlehen mit einer Sonderzahlung ab. Die Grundschuld wurde daraufhin gelöscht.

Nach dem Tod der Erblasserin wurde ein Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet. Der Nachlassinsolvenzverwalter verlangt vom Erwerber die Zahlung des hälftigen Betrags der Sonderzahlung.

## Entscheidung

Nach Auffassung des BGH besteht der vom Insolvenzverwalter gegen den Erwerber geltend gemachte Anspruch auf Zahlung des hälftigen Betrags der Sonderzahlung gem. § 143 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. § 134 Abs. 1 InsO. Die **Ablösung des Darlehens** stelle sich als **eigenständig anfechtbare unentgeltliche Leistung** der Erblasserin an den Beklagten dar. Dass die Erblasserin ihre eigene Darlehensverbindlichkeit gegenüber der Bank getilgt habe (§ 362 Abs. 1 BGB), ändere nichts daran, dass in der Zahlung zugleich eine Leistung an den Beklagten liege. Der anfechtungsrechtliche Leistungsbegriff unterscheide sich von dem des Zivilrechts. Hinzu kommt, dass die Erblasserin nach der nicht zu beanstandenden Auslegung des Berufungsgerichts gegenüber dem Erwerber dazu verpflichtet war, das Darlehen abzulösen. Unmaßgeblich sei, dass der Erwerber nicht persönlich für das Darlehen gehaftet habe. Der maßgebliche erlangte **Vorteil des Erwerbers** liege darin, dass die auf seinem Eigentum lastende **Grundschuld** infolge der Sondertilgung **nicht mehr valutierte** und damit kein Gläubigerzugriff auf das Grundstück mehr drohe.

Die Leistung sei im Verhältnis zum Erwerber als **unentgeltlich** zu qualifizieren. Die Entgeltlichkeit der Darlehensrückzahlung im Verhältnis zur Bank spiele keine Rolle. Es komme allein darauf an, dass der Erwerber für die erlangte Leistung keine Gegenleistung habe erbringen müssen. Der vorbehaltene Nießbrauch schließe die Unentgeltlichkeit der Leistung ebenfalls nicht aus; der Nießbrauch könne allenfalls den Wert der Zuwendung mindern.

Der Senat bejaht auch eine **Gläubigerbenachteiligung** gem. **§ 129 Abs. 1 InsO**, weil „die von der Erblasserin aufgewandten Mittel endgültig aus ihrem Vermögen ausschieden und für eine Befriedigung der Gläubiger nicht mehr zur Verfügung standen.“

Die **vierjährige Anfechtungsfrist** des § 134 Abs. 1 InsO war vorliegend noch nicht abgelaufen. **Maßgeblich** sei der **Zeitpunkt der Zahlung**, nicht der des Vertragsschlusses;

(erst) mit dem Erlöschen der gesicherten Forderung habe der Erwerber den ihm vorsorglich abgetretenen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld und damit „*im Ergebnis unbelastetes Eigentum an der Wohnung*“ erworben.

## Literaturhinweise

---

---

## Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

## Veranstaltungen

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

### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

### Hinweis:

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Sebastian Herrler

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

### Bezugsbedingungen:

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

### Bezugspreis:

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

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

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

### Verlag:

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

### Druck:

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg