

Die Anwaltsklausur Zivilrecht

VON

Torsten Kaiser, Horst Kaiser, Jan Kaiser

5., neu bearbeitete Auflage

Die Anwaltsklausur Zivilrecht – Kaiser / Kaiser / Kaiser

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Zivilprozess: Gesamtdarstellungen

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 3997 7

erheblich belastet werden könnte. Die Kinder werden sich dann auch auf die grds. möglichen (notariellen) Pflichtteilsverzichtsverträge nach § 2346 BGB nicht einlassen, in der Regel auch nicht bei Zahlung einer Abfindung. Auch ein Entzug des Pflichtteils ist nur in den engen Grenzen des § 2333 BGB möglich. Die Praxis hilft sich hier mit sog. **Verwirkungsklauseln**, die eine unerwünschte Pflichtteilsforderung beim ersten Erbfall sanktionieren.²⁶⁹ Die Klausel bestimmt, dass dasjenige Kind, welches nach dem Tod des Vorversterbenden den Pflichtteil verlangt (nicht: »bekommt«), enterbt wird und auch bei dem Tod des Längerlebenden auf den Pflichtteil gesetzt wird (Beachte: Diesen Wunsch wird der Mandant in der Klausur dann vortragen.). Vor allem bayerische Referendare sollten dazu BGH NJW 2006, 3064 ff., OLG München NJW-RR 2011, 1164 und OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 1515 lesen. Zudem ist in Kombination mit der Verwirkungsklausel an ein bedingtes Vermächtnis in Gestalt der sog. »Jastrowschen Klausel«²⁷⁰ zu denken. Sie bestimmt, dass das Kind, welches den Pflichtteil beim Tod des Vorversterbenden nicht verlangt, aus dem Nachlass des Vorversterbenden ein Vermächtnis erhält, das so groß ist, wie dessen Erbanteil bei gesetzlicher Erbfolge. Dieses Vermächtnis fällt bei Tod des Vorversterbenden an, wird aber erst beim Tod des Längerlebenden ausgezahlt. Diese Regelung bewirkt, dass der Nachlass des Längerlebenden wegen des Vermächtnisses gemindert wird. Das beim Tod des Längerlebenden den Pflichtteil fordernde Kind erhält dann entsprechend weniger aus dem Nachlass des Längerlebenden.

Die Einheitslösung ist auch dann nachteilig, wenn das Kind eines Mandanten aus dessen erster Ehe nicht erben soll. Wenn nämlich der andere Ehegatte zuerst stirbt, wird der Längerlebende Erbe und damit Inhaber des Gesamtvermögens beider Ehegatten. Wenn er später verstirbt, berechnet sich der Pflichtteilsanspruch des enterbten Kindes nach dem Gesamtnachlass beider Ehegatten. Dies wäre bei der Trennungslösung anders, weil das übergegangene Vermögen des Verstorbenen Sondervermögen des Längerlebenden ist und nicht zum Nachlass des Vorerben gehört, wenn dieser später verstirbt.²⁷¹

Beachte: Allgemein gibt es folgende Möglichkeiten, das **Pflichtteilrisiko** der Erben (zB weil enterbte Kinder Pflichtteilsansprüche stellen) **durch letztwillige Verfügung** des Erblassers **zu minimieren**:²⁷²

- Wahl der Trennungslösung, §§ 2113 ff. BGB
- Pflichtteilsverzicht, § 2346 BGB
- Pflichtteilsentziehung, §§ 2333 ff. BGB
- Pflichtteilsbeschränkung bei Verschwendungssucht des Abkömmlings, § 2338 BGB
- Pflichtteilsklausel/Verwirkungsklausel
- Bedingtes Vermächtnis/Jastrowsche Klausel
- Erbeinsetzung exakt in Höhe des Pflichtteils, vgl. § 2305 BGB

Auch **durch lebzeitige Zuwendungen** kann der Pflichtteil zum Schutze der späteren Erben reduziert werden, vor allem durch folgende Maßnahmen:²⁷³

- Zuwendung des Erblassers an Pflichtteilsberechtigten unter Bestimmung der Anrechnung auf Pflichtteil, § 2315 BGB
- Zuwendungen des Erblassers an Dritte (beachte § 2325 III BGB)
- Lebensversicherungen mit Einsetzung eines Dritten als Bezugsberechtigten (derartige Vermögenswerte fallen nicht in den Nachlass)²⁷⁴

Als **familienrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten** bieten sich folgende Maßnahmen an:²⁷⁵

- Schaffung neuer Pflichtteilsberechtigter durch Geburt/Adoption von Kindern oder durch Heirat
- Wechsel des Güterstandes (Beispiel: Beim Übergang von der Gütertrennung zur Zugewinngemeinschaft erhöht sich der Ehegattenerbteil gem. § 1371 I BGB um $\frac{1}{4}$; dadurch wird der Pflichtteil der Abkömmlinge entsprechend kleiner.)

269 Palandt/Weidlich § 2269 Rn. 13 ff.

270 Palandt/Weidlich § 2269 Rn. 12. Danach wird gerne in der Mündlichen in Bayern gefragt!

271 Palandt/Weidlich § 2100 Rn. 10.

272 Jülicher/Klinger NJW-Spezial 2007 Heft 4, 157 f.; Keim NJW 2008, 2072 ff.

273 Klinger NJW-Spezial 2007 Heft 7, 301 f.

274 Kaiser/Kaiser/Kaiser Materielles Zivilrecht, Rn. 99 und Palandt/Weidlich § 2325 Rn. 13.

275 Klinger NJW-Spezial 2007, 397 f.

- Modifikationen der Gütertrennung/sog. Gütertrennungsmodell (Beispiel: Im gesetzlichen Güterstand wird zunächst Gütertrennung vereinbart und der bis dahin entstandene Zugewinn durch die Übertragung von Vermögensgegenständen ausgeglichen. Sofern deren Wert nicht erheblich über dem rechnerischen Zugewinn liegt, ist die Übertragung entgeltlich und damit nicht ergänzungspflichtig iSd § 2325 BGB.)
- Modifikationen der Gütergemeinschaft/sog. Gütergemeinschaftsmodell (Beispiel: Hier überträgt der vermögende Ehegatte die Hälfte seines Vermögens als Gesamtgut auf den anderen Ehegatten und kann dadurch die pflichtteilsrelevante Bemessungsgrundlage deutlich reduzieren. Nach dem BGH liegt hierin keine ergänzungspflichtige Schenkung, sofern keine außerehelichen Zwecke verfolgt werden.)²⁷⁶

Auch auf **gesellschaftsrechtlicher Ebene** können Gestaltungsvarianten gewählt werden, wenn sich im Vermögen des Erblassers eine Gesellschaft befindet.²⁷⁷ Bei Personengesellschaften ist an die Aufnahme einer Fortsetzungsklausel zu denken, ggf. sogar mit Ausschluss des Abfindungsanspruches.²⁷⁸

Schließlich ist auch die **Vermögensauslagerung ins Ausland** denkbar. Dies macht allerdings nur Sinn, wenn das Erbrecht des ausländischen Staates ein Pflichtteilsrecht nicht kennt, wie zB in einigen Staaten der USA.

Ein weiterer Nachteil der Einheitslösung ist, dass für den Längerlebenden (außer analog § 2287 BGB bei »böswilligen Schenkungen«²⁷⁹) keine Beschränkungen in dem Umgang mit der Erbschaft bestehen, sodass die Gefahr besteht, dass am Ende die den Schlusserben zufallende Erbschaft wirtschaftlich ausgehöhlt ist.

Der **Vorteil der Trennungslösung** dagegen ist, dass der Längerlebende durch § 2113 BGB gewissen Beschränkungen in der Verfügungsmöglichkeit über die Vorerbschaft unterliegt und so der Schutz der Kinder gewährleistet ist (eine Befreiung von § 2113 BGB ist nach § 2136 BGB auch möglich, dann spricht man vom sog. befreiten Vorerben). Die Vor- und Nacherbfolge bietet sich also als Regelungsinstrument an, wenn der Erblasser sein Vermögen möglichst ungeschmälert dem Nacherben erhalten möchte (zB weil das Familienvermögen im Wesentlichen aus seinem Familienstamm kommt und es diesem erhalten bleiben soll oder weil die Ehegatten Kinder aus unterschiedlichen Verbindungen haben). Die Kinder werden gerade nicht enterbt, sodass zudem die Gefahr der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen geringer ist als bei der Einheitslösung. Werden diese dennoch geltend gemacht, so berechnet sich der Pflichtteil jeweils nur nach dem Einzelvermögen, nicht nach der vereinigten Erbmasse. Auch für den Fall des überschuldeten Ehegatten bietet sich die Trennungslösung an, da durch § 2115 BGB, § 773 ZPO und § 83 II InsO ein gewisser Vollstreckungsschutz der Nacherben vor Gläubigern des überlebenden Ehegatten gewährleistet ist. Dann bietet sich auch flankierend eine Anordnung der Testamentsvollstreckung an, vgl. § 2214 BGB.

Bei Bedarf kann auch geregelt werden, ob bei Vorversterben des Nacherben vor dem Vorerben die Nacherbenanwartschaft iSv § 2108 II BGB auf den Erben des Nacherben übergehen oder stattdessen ein anderer die Nacherbenstellung einnehmen soll.

Beachte: In der **mündlichen Prüfung** kann es Ihnen gerade im Assessorexamen wegen der hohen Praxisrelevanz passieren, dass der Anwalt Fragen aus dem Erbrecht stellt. Beliebte sind dann sowohl die hier dargestellten Abgrenzungskonstellationen und die Beschränkungen des § 2113 BGB (lesen!). Im Zusammenhang damit steht auch der sog. **Nacherbenvermerk** im Grundbuch nach Maßgabe von § 51 GBO sowie im Erbschein nach § 2363 BGB. Dadurch kann verhindert werden, dass Dritte nach § 2113 III BGB Gegenstände aus der Vorerbschaft gutgläubig erwerben.

Auch bei der Trennungslösung ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass ein Kind die Nacherbschaft ausschlägt und seinen Pflichtteil aus dem Erbe des Vorversterbenden verlangt. Für diese

²⁷⁶ BGH NJW 1992, 558.

²⁷⁷ Klinger NJW-Spezial 2007, 397 f.

²⁷⁸ Kaiser/Kaiser/Kaiser Materielles Zivilrecht, Rn. 114.

²⁷⁹ Kaiser/Kaiser/Kaiser Materielles Zivilrecht, Rn. 97

Konstellation kann ebenfalls eine Verwirkungsklausel in die letztwillige Verfügung mit aufgenommen werden.

Beachte: Lesen Sie zum Verhältnis Vor- u. Nacherbschaft und der Erbeinsetzung mit der Anordnung eines Herausgabevermögens bei Bedarf (vor allem Referendare aus Bayern!) den sehr lehrreichen Beitrag von *Klinger/Scheuber* in NJW-Spezial Heft 10/2006, 445 f. Dort sind für einige typische Fallgruppen aus der Praxis die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt.

Bei der gegenseitigen Erbeinsetzung ist es ratsam, im Testament konkret zu bezeichnen, welche Verfügung **wechselseitig** iSd § 2270 BGB sein soll, um Auslegungsfragen auszuschließen.

Ggf. ist es auch ratsam, bei entsprechendem Hinweis im Sachverhalt eine sog. **Wiederverheirathungsklausel** aufzunehmen. Die hierbei möglichen Gestaltungskonstellationen ergeben sich aus der guten Kommentierung im Palandt **bei § 2269 Rn. 16 ff.** Machen Sie in der Klausur unbedingt davon Gebrauch und lernen Sie hier nichts auswendig!

Klausurtyp: Die hier angestellten Überlegungen sollten Sie sich mehrmals durchlesen, da diese sicher nicht ganz leicht zu verstehen sind. Aber seien Sie unbesorgt: Bei Palandt/*Weidlich* **§ 2269 Rn. 1 ff.** findet sich eine perfekte Kommentierung zu den meisten der hier genannten Punkte.

Sind die Kinder noch minderjährig (oder bei entsprechendem Hinweis durch den Mandanten), kann in die letztwillige Verfügung mit aufgenommen werden, dass bis zum Eintritt der Volljährigkeit der Kinder die **Testamentsvollstreckung** angeordnet wird, vgl. §§ 2197 ff. BGB. In diesem Fall müssen Sie neben der Anordnung der Testamentsvollstreckung als solche auch einen Testamentsvollstrecker ernennen oder die Ernennung nach § 2200 BGB dem Nachlassgericht überlassen.

Die Mandanten werden oft auch **weitere Anordnungen** aufnehmen wollen. Hier kommen dann Teilungsanordnungen, Vorausvermächtnisse, Vermächtnisse oder Auflagen in Betracht (siehe oben).

Neben den inhaltlichen Fragen der Testamentsgestaltung sollte der Mandant dann auch hinsichtlich der **Formvorschriften** der §§ 2247, 2064, 2065 II BGB beraten werden (höchstpersönliche und handschriftliche Abfassung, eigenhändige Unterschrift mit Vor- u. Nachnamen, Angabe des Datums und des Orts der Abfassung, auch Nachträge sind zu unterschreiben, keine Erbeinsetzung durch Dritte). Auch die Verwahrungsmöglichkeit des Testaments nach §§ 2248, 2258a f. BGB sollten Sie ansprechen. In diesem Zusammenhang wurde das sog. Zentrale Testamentsregister eingeführt.²⁸⁰

b) Testamentsgestaltung bei Enterbungswunsch

Es kann auch vorkommen, dass der Mandant den Entwurf eines Testamentes wünscht, in dem er zB seine **Frau** (zugunsten der Kinder) **enterben möchte** und danach fragt, was die verschiedenen Rechtsfolgen einer Nichtberücksichtigung der Ehefrau sind. In der Regel wird es sich dann um ein Ehepaar in gesetzlichem Güterstand, also Zugewinnngemeinschaft handeln. 144

Wenn der Güterstand durch den Tod des einen Ehegatten beendet wird, ohne dass eine gewillkürte Erbfolge vorliegt (dh hier würde der Mandant keine gewillkürte Erbfolge veranlassen), so wird der Zugewinn gerade nicht nach §§ 1371 ff. BGB ausgeglichen. Vielmehr erfolgt hier der Ausgleich über das Erbrecht, nämlich durch die pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbteils der Ehefrau um $\frac{1}{4}$ der Erbschaft, vgl. §§ 1931 III, 1371 I BGB (sog. erbrechtlicher Zugewinnausgleich).

Wenn nun der Mandant seine Frau durch eine letztwillige Verfügung ausdrücklich enterben würde, so kann er dadurch das gesetzliche Erbrecht der Frau und den erbrechtlichen Zugewinnausgleich ausschließen. In diesem Fall wird der während der Ehe erwirtschaftete Zugewinn aber nach familienrechtlichen Grundsätzen, nämlich über §§ 1931 III, 1371 II, 1373 ff. BGB ausgeglichen (sog. güterrechtlicher Zugewinnausgleich wie bei einer Scheidung). Den Pflichtteilsanspruch behält die Ehefrau daneben natürlich auch. Dieser bemisst sich aber

²⁸⁰ *Diehm* NJW 2011, 481 ff.

nach dem gesetzlichen Erbteil der Ehefrau gemäß § 1931 BGB ohne die oben dargestellte Erhöhung (sog. kleiner Pflichtteil).

c) Klausuren nach Eintritt des Erbfalls

- 145 Hier wird die Klausur idR so konzipiert sein, dass zB die Ehefrau oder die Tochter nach den verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten fragt, nachdem Sie durch den Erblasser **als Erbin eingesetzt** wurde. Die Ehegatten werden dabei idR im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt haben. Zuvorderst kommt natürlich die Annahme der Erbschaft in Betracht. Dies wird die Mandantin (zB weil der Nachlass überschuldet ist) idR nicht wollen, sodass untersucht werden muss, ob eine Loslösung in Frage kommt. Die Ausschlagung ist in §§ 1942 ff. BGB geregelt (6 Wochen-Frist!). Ist die Erbschaft bereits angenommen worden, so muss inzident geprüft werden, ob eine Anfechtung der Annahme in Betracht kommt.²⁸¹

Hier kommt es öfters zu folgender Klausurfalle: Die Mandantin wünscht eine Ausschlagung, weil ihr als Pflichtteilsberechtigter (neben anderen Erben) ein Erbteil hinterlassen wurde, der geringer ist als der Pflichtteil. Eine Ausschlagung ist hier aber gerade nicht ratsam. Nach hM erhält der Ausschlagende in diesen Fällen nämlich lediglich den Rest-Pflichtteil nach § 2305 BGB,²⁸² diesen würde die Mandantin aber auch bekommen, wenn sie nicht ausschlägt. Will die Mandantin ausschlagen, weil ihr Erbteil (zB durch Vermächtnisse) erheblich beschränkt und beschwert ist, gilt die gesetzliche Regelung in § 2306 BGB. Relevant sind schließlich die Fälle von § 1371 III BGB bei in Zugewinnngemeinschaft lebenden Ehegatten (siehe unten). Wie sich der Anwalt dann entscheidet, hängt maßgeblich von den wirtschaftlichen Umständen des Einzelfalls ab.

Hat der Erblasser die Ehefrau **letztwillig nicht bedacht**, so greift die gesetzliche Erbfolge. Der gesetzliche Erbteil der Ehefrau erhöht sich um ein Viertel, vgl. §§ 1931 I, III, 1371 I BGB (sog. erbrechtliche Lösung). Alternativ kann die Erbschaft auch ausgeschlagen werden, sodass dann ein Anspruch auf Zugewinnausgleich geltend gemacht werden kann, vgl. §§ 1371 II, 1372 ff. BGB. Zusätzlich gewährt § 1371 III BGB dem ausschlagenden Ehegatten einen Pflichtteilsanspruch. Da sich dieser nach § 1371 II BGB nach dem nicht um das pauschale Viertel aus § 1371 I BGB erhöhten gesetzlichen Erbteil iSd § 1931 BGB bestimmt, spricht man vom sog. »kleinen Pflichtteil«.²⁸³

Eine weitere klausurrelevante Konstellation ist die Frage des Mandanten nach den Möglichkeiten der **Abwicklung einer entstandenen Erbengemeinschaft**, dessen Mitglied er ist. Grundsätzlich sind drei Möglichkeiten anerkannt: Die Auseinandersetzung der gesamten Erbengemeinschaft nach § 2042 BGB, die notarielle Übertragung des Erbteils nach § 2033 I BGB und die formfrei zulässige sog. persönliche Abschichtung.²⁸⁴

d) Ausstieg aus einem gemeinschaftlichen Testament

- 146 Möglich sind auch Klausuren, bei denen es um den »Ausstieg« aus einem gemeinschaftlichen Testament geht, dies vor allem nach dem Tod eines der Ehegatten. Hier wird es dann um Fragen des Widerrufs nach §§ 2254 ff., 2271 BGB, der Ausschlagung nach § 2271 II 1 BGB und der Anfechtung analog § 2281 BGB gehen.²⁸⁵

e) Wunsch nach lebzeitiger Vermögensübertragung

- 147 Hier handelt es sich idR um die Gestaltungsmöglichkeiten bei der Übertragung von Grundvermögen auf Dritte zu Lebzeiten (vgl. → Rn. 140).²⁸⁶ Ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden gewollt, so bietet sich idR eine an die speziellen Umstände angepasste Schenkung nach §§ 516 ff. BGB an (oft »*Übergabevertrag*« oder »*Überlassungsvertrag*« genannt, vgl. das Muster bei → Rn. 154).

281 *Kaiser/Kaiser/Kaiser* Materielles Zivilrecht, Rn. 98.

282 *Palandt/Weidlich* § 2305 Rn. 5.

283 *Herrler* JA 2008, 450 ff.

284 Vgl. den guten Aufsatz von *Fest* JuS 2007, 1081 ff.; *Palandt/Weidlich* § 2042 Rn. 6 ff.

285 *Kaiser/Kaiser/Kaiser* Materielles Zivilrecht, Rn. 97.

286 Vgl. dazu die guten Aufsätze von *Sikora* JA 2012, 53 ff. und 2006, 524 ff. sowie von *Herrler* JA 2007, 120 ff.

Beachte: Oft handelt es sich bei derartigen Klausuren um die »*verwitwete reiche Seniorin S*« (die Mandantin), die ihrem »*Neffen N*« Grundbesitz übertragen will, ohne sich aber bereits hinsichtlich der Erbfolge endgültig festlegen zu wollen und ohne bereits zu Lebzeiten alle Rechtspositionen zu verlieren. Zum Teil sollte der Beschenkte zu Lebzeiten der Mandantin noch gewisse Dienste verrichten (Gartenpflege etc.). Im Gutachten sind dann die verschiedenen Möglichkeiten abzuarbeiten und der Weg zu wählen, der den Wünschen der Beteiligten am besten entspricht. Wichtig war es stets, sowohl die Möglichkeit der **Verfügung unter Lebenden als auch die Verfügung nach Formen des Erbrechts sauber zu trennen** und jeweils getrennt darzustellen. Welche Lösung gewählt werden soll, hängt vom Klausursachverhalt ab. Der Vorteil des Rechtsgeschäfts unter Lebenden (hier: Schenkung nach §§ 516 ff. BGB) ist in jedem Fall, dass die Erben, gegen die ggf. ein Auseinandersetzungsverfahren angestrengt werden müsste, nicht zwischengeschaltet sind.

Nun kurz zu den Regelungsmöglichkeiten nach Erbrecht: Eine Einsetzung des Neffen als Erben entspricht idR nicht dem Wunsch der Mandantin, vielmehr bietet sich erbrechtlich höchstens eine Vermächtnisanordnung an. Da ein Testament jederzeit widerrufen werden könnte, kommt vor allem eine Anordnung in einem Erbvertrag in Frage, der aufgrund seiner stärkeren Bindungswirkung bei vertragsgemäßen Verfügungen eine angemessene Lösung darstellt. Der Vertragspartner muss nicht gleichzeitig Erbe sein, zudem ist eine Vermächtnisanordnung im Erbvertrag auch ohne gleichzeitige Erbeinsetzung möglich, vgl. § 2278 II BGB. Eine Loslösung der Mandantin vom Erbvertrag ist nach §§ 2281 ff., 2290 ff. BGB möglich. Die Sicherung des Vermächtnisnehmers sieht das Gesetz in §§ 2286, 2288 II, 2287 BGB nur bedingt vor. Möglich ist aber die Vereinbarung eines Verfügungsverbotes. Dieses wirkt nach § 137 BGB aber nur schuldrechtlich, nicht dinglich. Bei einem Verstoß hat der Neffe einen Unterlassungsanspruch, der durch eine einstweilige Verfügung gesichert werden kann (Inhalt der einstweiligen Verfügung: Eintragung des Veräußerungsverbotes im Grundbuch). Zudem sollte das Verfügungsverbot durch einen bedingten Auflassungsanspruch des Neffen abgesichert werden (Übereignungspflicht bei Verstoß gegen Verfügungsverbot), der wiederum durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert werden kann.²⁸⁷

Zu beachten ist die **Beurkundungspflicht** nach §§ 518, 311b I 1 BGB bei Übertragung von Grundstücken. Das Beurkundungserfordernis erstreckt sich dabei nicht nur auf die Vermögensübertragung, sondern auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Parteiwillen das Rechtsgeschäft zusammensetzt.

Entsprechende Klausuren können zB mit **Minderjährigenrecht** angedickt werden. So kann die Mandantin zB den Wunsch haben, ein (idR grundschuldbelastetes) Grundstück auf ihren minderjährigen Enkel zu übertragen. Hier sind dann Fragen der Vertretung des Minderjährigen relevant, vor allem §§ 107, 1629 ff., 1795, 181 BGB. Die §§ 1643, 1821 I BGB sind dagegen nicht betroffen.

Oft spielen in der Klausur auch die **Sicherungsmöglichkeiten** des Schenkers eine Rolle. Die Sicherung des Schenkers kann neben den gesetzlichen Regelungen (§§ 528, 530 BGB) vor allem durch die vertragliche Vereinbarung eines Rückübertragungsanspruches erreicht werden (zB für den Fall, dass es zu Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Beschenkten kommt, bei Verstoß des Beschenkten gegen Auflagen, bei Vorversterben des Beschenkten, bei einer nicht gewünschten Veräußerung des Grundstücks durch den Beschenkten etc.). Ein dinglich wirkendes Veräußerungsverbot wäre wegen § 137 S. 1 BGB unwirksam. Die schuldrechtliche Unterlassungsverpflichtung nach § 137 S. 2 BGB wird nach einer neueren Entscheidung des BGH nicht automatisch nach 30 Jahren unwirksam.²⁸⁸ Dieser vertragliche Rückauflassungsanspruch kann dinglich durch eine Vormerkung nach §§ 883 ff. BGB gesichert werden (vgl. *Kaiser/Kaiser/Kaiser* Materielles Zivilrecht, Rn. 45). Zudem sollten für den Fall der Rückabwicklung dessen Modalitäten möglichst genau geregelt werden (Ersatz von Nutzungen, Erstattung von Aufwendungen, Rechtsfolgen bei Veränderung des Grundstücks etc.). Soll eine Überlebensbedingung eingebaut werden, so ist an §§ 2301, 2276 BGB zu denken (Schenkungen auf den Todesfall).

²⁸⁷ Palandt/Weidlich § 2278 Rn. 6.

²⁸⁸ BGH NJW 2012, 3162 ff., dort auch zur Frage der Sittenwidrigkeit.

Will der Schenkende vor allem bei Grundstücksschenkungen **noch bestimmte Rechte** behalten (klausurrelevant ist zB der Wunsch, in der obersten Etage wohnen zu bleiben), so kommt neben einer schuldrechtlichen Vereinbarung (Miete, Leihe) auf dinglicher Ebene vor allem ein Wohnrecht (§§ 1018 ff., 1093 BGB) oder ein Nießbrauchsvorbehalt (§§ 1030 ff. BGB) in Betracht, weil eine Wohnungsreallast nach § 1105 BGB idR nicht gewollt ist.²⁸⁹ Ein Nießbrauch ist idR sinnvoll, weil dann im Falle eines Auszuges in ein Pflegeheim eine Vermietung durch den Nießbrauchsberechtigten möglich bleibt. Auch ist ein Nießbrauch – anders als das Wohnrecht – übertragbar und pfändbar.²⁹⁰ Die Zuwendung unter Vorbehalt eines Nießbrauchs oder Wohnrechts am Grundstück wird rechtlich als Schenkung unter Auflage qualifiziert.²⁹¹ Die Miete oder Leihe ist wegen ihrer lediglich schuldrechtlichen Wirkung und Kündbarkeit nicht gleichermaßen ratsam. Insgesamt kommt es aber stets auf die konkreten Wünsche der Beteiligten an. Wenn ein Nießbrauch/dingliches Wohnrecht vereinbart werden soll, so ist zu beachten, dass eine Regelung über die Kostentragungspflicht sinnvoll ist (zB Steuern, Heiz- u. Betriebskosten, größere Reparaturen), um spätere Streitigkeiten zu vermeiden.

Auch kann die **finanzielle und tatsächliche Versorgung** des Schenkers eine Rolle spielen. Möglich ist hier die Einräumung einer Leibrente nach §§ 759 ff. BGB oder einer sog. »dauernden Last«. Beide Begriffe sind gesetzlich nicht definiert. Es handelt sich bei beiden um Zahlungen auf Lebensdauer, wobei die Leibrente in der Höhe gleich bleibend oder nur in bestimmtem Ausmaß veränderbar ist (zB durch die Koppelung an einen Lebenshaltungsindex), die dauernde Last dagegen in ihrer Höhe sich nach den Bedürfnissen des Bedachten oder/und nach der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten richtet. Sinnvoll ist die dingliche Absicherung der Leibrente/dauernden Last durch eine Reallast iSv §§ 1105 ff. BGB, da dann eine Vollstreckung ins Grundstück möglich ist.²⁹² Auch kann eine **schuldrechtliche Verpflichtung des Beschenkten** zur Übernahme bestimmter weiterer Leistungen (zB Pflegeleistungen, Gartenarbeit, Einkaufen, Grabpflege, Zahlungen an Geschwister etc.) vereinbart werden.²⁹³ Wichtig ist die exakte Beschreibung der Pflegeverpflichtung. Weil ggf. zu erwartende Sozialleistungen der Behörden (insbesondere ergänzende Hilfe zur Pflege nach §§ 61 ff. SGB XII) an die Schenkerin nachrangig sind (§ 2 I SGB XII), sollte die Pflegeverpflichtung nicht so formuliert werden, dass sie an die Stelle möglicher Sozialleistungen tritt. Auch sollte ggf. geregelt werden, ab welcher Pflegestufe der Beschenkte von der Verpflichtung frei wird (Zumutbarkeitsvorbehalt). Es bietet sich zB an, höhere Pflegestufen als Pflegestufe I (vgl. §§ 14 f. SGB XI) als nicht mehr zumutbar festzumachen. Für den Fall, dass die Pflegeleistung wegen Umzugs des Berechtigten in ein Pflege- oder Altersheim nicht mehr durchgeführt werden kann, sollten im Vertrag Regelungen aufgenommen werden. Im Falle von Gegenleistungspflichten des Beschenkten liegt idR eine gemischte Schenkung vor.

Ist der **Beschenkte Erbe**, so ist zu prüfen, ob der Gegenstand auf die Erbquote angerechnet werden soll oder nicht (Teilungsanordnung/Vorausvermächtnis). Auch ein Erb- und Pflichtteilsverzicht durch den Beschenkten ist möglich, vgl. § 2346 BGB.

Problematisch sind die Fälle, in denen der **Vollzug der Schenkung** noch nicht zu Lebzeiten des Schenkers eintreten soll, es soll also jetzt noch keine Übereignung nach §§ 873, 925 BGB erfolgen (vgl. *Kaiser/Kaiser/Kaiser* Materielles Zivilrecht, Rn. 44). Eine solche sog. »betagte Schenkung« ist möglich, eine Bedingung der dinglichen Einigung ist aber wg. § 925 II BGB nicht möglich. Eine zulässige Gestaltungsmöglichkeit wäre die sofortige Auflassung iSv § 925 BGB mit unwiderruflicher Anweisung an den Notar, die Schenkung erst nach dem Tod des Schenkers gegen Vorlage der Sterbeurkunde zu vollziehen. Möglich ist auch eine Vollmachtserteilung auf den Todesfall an den Beschenkten unter Befreiung von § 181 BGB. Der Beschenkte kann nach Eintritt des Todesfalls dann die Auflassung selbst erklären.²⁹⁴ Die in

289 Vgl. zur Wohnungsreallast Palandt/*Bassenge* Überbl v § 1105 Rn. 3.

290 Palandt/*Bassenge* § 1018 Rn. 34; *Brückner* NJW 2008, 1111 ff. zum Wohnrecht bei Umzug in ein Altenheim.

291 Palandt/*Weidenkaff* § 525 Rn. 7 mwN.

292 Vgl. zur Reallast bei Bedarf den Überblicksaufsatz von *Becker* JA 2013, 171 ff.

293 Auch diese Pflichten können durch eine Reallast dinglich abgesichert werden.

294 Palandt/*Weidlich* Einf v § 2197 Rn. 9 ff.

diesen Fällen bestehende Schutzbedürftigkeit des Beschenkten kann durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung gesichert werden, § 885 BGB.

Denken Sie bei Vermögensübertragung größeren Ausmaßes bei Ehegatten im gesetzlichen Güterstand an § 1365 BGB (Zustimmung des anderen Ehegatten).

IV. Klausuren aus dem Familienrecht

1. Gestaltungsmöglichkeiten bei einem Ehevertrag

Bei Klausuren aus dem Familienrecht geht es häufig um die Regelungsmöglichkeiten in einem notariellen **Ehevertrag**, §§ 1408 ff. BGB. So kann zB ein junges Doppelverdienerhepaar mit Kinderwunsch in der Klausur auftreten. Beide wollen weiterhin berufstätig bleiben und bestimmte gesetzliche Scheidungsfolgen (Zugewinnausgleich, Versorgungsausgleich, nachehelichen Unterhalt) vertraglich ausschließen bzw. modifizieren. 148

Die dann bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten können aufgrund der großen Bandbreite von Konstellationsvarianten nur angedeutet werden. Oft geht es materiellrechtlich um folgende Aspekte: In vielen Fällen muss auf die güterrechtliche Gestaltung eingegangen werden. Hier sollten Sie die verschiedenen Möglichkeiten aufzeigen und je nach Klausursachverhalt auswählen (Gütertrennung nach § 1414 BGB, Gütergemeinschaft nach §§ 1415 ff. BGB, Zugewinnausgleich nach §§ 1371 ff. BGB). In der Regel läuft es in der Klausur auf eine sog. **modifizierte Zugewinnngemeinschaft** hinaus. Solche Vereinbarungen sind nach der von der Rspr. praktizierten weiten Auslegung von § 1378 III 2 BGB auch vor der Rechtshängigkeit eines Verfahrens auf Scheidung zulässig.²⁹⁵

Klausurtyp: Es kann auch sein, dass einige der hier dargestellten Aspekte nicht iRe Ehevertrages sondern in einer sog. »**Scheidungsfolgenvereinbarung**« aufgenommen werden. Diese wird idR wegen §§ 1378 III 2, 1587o II, 1585c S. 2 BGB, § 7 VersAusglG in notarieller Form geschlossen. Neben den hier aufgezählten möglichen Inhalten können in dieser beliebig viele sonstige Regelungen getroffen werden. Relevant werden hier vor allem Vereinbarungen über das Sorgerecht für das gemeinsame Kind nach §§ 1626, 1687, 1671 f. BGB (lesen!) und/oder das Umgangsrecht nach § 1684 BGB (lesen!). Bei der Frage der Unwirksamkeit von Scheidungsfolgeregelungen kann auf die Rspr. zur gestörten Vertragsparität bei Eheverträgen zurückgegriffen werden.²⁹⁶ Ggf. ist zugleich bei Vorliegen der Scheidungsvoraussetzungen ein **Scheidungsantrag** zu formulieren (vgl. → Rn. 46). Achten Sie darauf, dass nach § 3 BORA, § 43a IV BRAO die Vertretung eines scheidungswilligen Ehepaares nicht zulässig ist (zugleich **Parteiverrat gemäß § 356 StGB!**). Daher darf stets nur ein Ehegatte Auftraggeber des Anwalts sein. Unschädlich ist es, wenn dann auch der andere Ehegatte an der Beratung teilnimmt.

In Frage kommt zB die Vereinbarung, dass der **Zugewinnausgleich** auf eine bestimmte Summe begrenzt ist oder dass bestimmte Gegenstände nicht in den Zugewinnausgleich fallen sollen. Wenn ein in der Ehe ggf. zu erwartender Erwerb von Todes wegen (vor allem Erbschaft) nicht in den Zugewinnausgleich fallen soll, so kann auch dies bestimmt werden. Beachten Sie, dass der Verzicht auf den Zugewinn ggf. nach § 138 I BGB sittenwidrig sein kann, wenn im Zeitpunkt der Vereinbarung eine evident unangemessene einseitige Benachteiligung des verzichtenden Ehegatten gegeben ist (zB Ehepartner drängt den anderen in den Verzicht; nicht aber schon dann, wenn verzichtender Ehegatte sich allein um die Kinder und den Haushalt kümmert).²⁹⁷

Oft geht es in den Klausuren auch um die Behandlung von **Zuwendungen unter Ehegatten**. Eine Rückforderung der Zuwendung nach Schuldrecht, Bereicherungsrecht oder nach § 313 BGB scheidet wegen des Vorrangs des Zugewinnausgleichs idR aus.²⁹⁸ Um eine auch bei § 313 BGB unter engen Voraussetzungen mögliche Rückforderung sicher auszuschließen

²⁹⁵ Palandt/*Brudermüller* § 1378 Rn. 13.

²⁹⁶ *Muscheler* Rn. 397.

²⁹⁷ BGH NJW 2008, 1076 ff.

²⁹⁸ *Kaiser/Kaiser/Kaiser* Materielles Zivilrecht, Rn. 95.

(dies wird idR dem Mandantenwunsch entsprechen), kann zB vereinbart werden, dass Zuwendungen nur bei entsprechender Vereinbarung rückforderbar sind (dann ggf. mit der sich daran anschließenden Regelung, dass etwaige Verwendungen des Rückerstattungsschuldners zu ersetzen sind). In der Klausur sollten Sie in diesem Zusammenhang kurz auf die Regelung in § 1380 BGB eingehen, nach der unbenannte Zuwendungen (wie nach hM auch jede andere Schenkung zwischen den Ehegatten) bei der Berechnung des Zugewinns angerechnet werden. Da die Regelung in § 1380 BGB nach hM zumindest für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden kann, können die Parteien zumindest vereinbaren, dass abweichend von § 1380 BGB für bisherige Zuwendungen eine Anrechnung nicht stattfindet. Es bleibt zudem stets die Möglichkeit offen, bei der Zuwendung selbst vertraglich zu bestimmen, dass das Zuwendungsobjekt vom Zugewinnausgleich und von der Anrechnung nach § 1380 BGB ausgenommen ist. Soll die Zuwendung nach einem Scheitern der Ehe rückforderbar sein, so kann dies vereinbart werden.

Zum Teil sollen auch die strengen Folgen der §§ 1365 ff. BGB (Verpflichtungs- u. Verfügungsbeschränkungen) beim gesetzlichen Güterstand ausgeschlossen werden. Eine vertragliche Vereinbarung diesbezüglich ist zulässig.

Die Vereinbarung **scheidungserleichternder Abreden** ist nach § 134 BGB iVm §§ 1564 ff. BGB und Art. 6 GG grds. unwirksam. Gleiches gilt idR für scheidungserschwerende Vereinbarungen.²⁹⁹

Soll im Ehevertrag der **Versorgungsausgleich** ausgeschlossen werden, so ist dies nunmehr nach § 6 VersAusglG möglich.

Bei der Frage des **Verzichts auf Unterhaltsansprüche** ist zu differenzieren: Für die Zeit nach der Scheidung ist es den Parteien grds. nicht verwehrt, Vereinbarungen über den nachehelichen Ehegattenunterhalt/Scheidungsunterhalt iSv §§ 1569 ff. BGB zu treffen, vgl. § 1585c BGB. Bei gestörter Vertragsparität zwischen den Ehegatten kann es jedoch zu Konflikten mit Art. 6 GG und §§ 138, 242 BGB kommen. In der Klausur können Sie traumhaft mit **Palandt/Brudermüller § 1408 Rn. 9 ff. und § 1585c Rn. 16 f. arbeiten** (nichts auswendig lernen!). Bei ausreichend Zeit sollten Sie **BGH NJW 2013, 457 ff.** lesen. Auf den Trennungsunterhalt nach § 1361 BGB (Unterhalt zwischen Ehegatten während der Trennung vor der Scheidung), auf den Familienunterhalt nach § 1360 BGB (Unterhalt während der Ehe) und auf den Verwandtenunterhalt nach §§ 1301 ff. BGB (zB Unterhaltsanspruch des Kindes gegenüber den Eltern) kann für die Zukunft nicht verzichtet werden, vgl. §§ 1360a III, 1361 IV, 1614 BGB.

Wollen die Parteien verbindlich festlegen, wer die **Führung des Haushaltes** zu übernehmen hat (putzen, waschen etc.), so sollten Sie auf § 888 II ZPO (analog) hinweisen: Derartige Verpflichtungen wären auch im Falle der Titulierung nicht vollstreckbar. Eine diesbezügliche Vereinbarung macht also keinen Sinn. Verpflichtungen bzgl. der **Familienplanung** (Anzahl der Kinder, Gebrauch oder Unterlassung der Empfängnisverhütung etc.) sind von vorneherein unwirksam.³⁰⁰ Grundsätzlich unbedenklich sind dagegen Abreden über die **Namensführung** nach der Scheidung.³⁰¹

Vor allem bayerische Referendare sollten vor ihrem Examen **Langenfeld NJW 2011, 966 ff.** lesen.

2. Klausuren mit einer neLG

- 149 Vereinzelt gab es Klausuren, bei denen die Partner einer neLG um Beratung bzgl. ihrer weiteren Lebensgestaltung baten.³⁰² Oft wurden dann **mietrechtliche** (vor allem §§ 540, 535 BGB: Einzug in die Wohnung eines Partners, Alternative: Aufnahme in den Mietvertrag bei Zustimmung durch den Vermieter; § 563 BGB: Rechtsfolgen bei Tod eines Partners) oder **sachen-**

²⁹⁹ Palandt/Brudermüller § 1564 Rn. 4 auch zu den Ausnahmen; *Muscheler* Rn. 397.

³⁰⁰ Palandt/Brudermüller § 1353 Rn. 7

³⁰¹ BGH NJW 2008, 1528 ff.; wohl anders bei Verzicht gegen Entgelt.

³⁰² Arbeiten Sie dazu bei Interesse die Musterklausur bei *Mürbe/Geiger/Haidl* S. 269 ff. durch.