



## Bayerisches Assessorexamen - Themen der Kautelarklausuren -

Die Kautelarklausur am vierten Examenstag: Im bayerischen Assessorexamen war dies unter Geltung der früheren JAPO (bis Herbstexamen 2021) praktisch schon „Gewohnheitsrecht“. In praktisch jedem Termin wurden die bayerischen Examenkandidat\*innen mit derartigen Aufgabenstellungen konfrontiert. Die weitere Entwicklung mit nun nur noch vier Zivilrechtsklausuren (statt bisher fünf) bleibt abzuwarten. Diese mag dazu führen, dass es künftig *einzelne* Termine mit keiner oder geringerer Bedeutung der Kautelarbeit geben wird. Die Erwartung, dass die Examensbedeutung der Kautelarbeit *entscheidend* zurückgehen könnte, wurde aber – für uns aus mehreren Gründen nicht überraschend – inzwischen bereits krass widerlegt. Ein solcher Bedeutungsverlust würde auch den genau gegenläufigen Tendenzen im Rest Deutschlands widersprechen.

Einige Themenstellungen stechen in der der nachfolgenden Auflistung ganz besonders hervor. Hierzu ein paar Hintergründe, die diese für Neulinge im Referendariat (und leider auch für manche Examenkandidat\*innen!) wohl überraschenden Schwerpunkte der Themen erklären: Die Aufgaben stammen überwiegend von bayerische Notar\*innen bzw. v.a. Notarassessor\*innen, also Jurist\*innen, die schon in ihrem Examen Spitzenleistungen ablieferten und ihre Spezialkenntnisse im Kautelarbereich in der täglichen Arbeit ständig ausbauen und trainieren. Nur ganz selten scheinen sich Aufgabensteller\*innen aus einem anderen Tätigkeitsbereich zu finden, die dann auch andere, für Referendar\*innen weniger ungewohnte Themen v.a. aus dem Schuldrecht ansteuern.

Die abgeprüften Probleme sind daher zwangsläufig auch recht anspruchsvoll. Aber, die gute Nachricht: Da eine Examensklausur nicht die Aufgabe hat, völlig weggedrehte Sonderfälle zu prüfen, sondern die Fragen des „täglichen Lebens“ einer normalen Kanzlei, stehen in den Klausuren immer wieder *dieselben* Grundkonstellationen mit geänderter „Mischung“ oder Modifikation in den *Rand*problemen zur Prüfung an.

Folge für die Examensvorbereitung: Notwendig ist neben der Beibehaltung von „Überblickswissen“ v.a. im Erbrecht, Immobiliarsachenrecht, Gesellschaftsrecht und Güterrecht eine spezielle Vorbereitung auf *ganz bestimmte* und eingrenzbar Spezialfragen, die als „Klausurklassiker“ besonders wichtig sind. Diese „Klausurklassiker“ liegen oft in Bereichen, mit denen man in der sonstigen juristischen Ausbildung nicht oder kaum konfrontiert wird (z.B. dingliche Nutzungsrechte, Pflichtteilergänzung, Spezialfragen der Gesellschaftsgründung). Das fordert einen gewissen Arbeitsaufwand in der Vorbereitung. Aber: Im Verhältnis zum notwendigen Aufwand ermöglicht es im Examen – wie auch in anderen Spezialgebieten (etwa dem ArbR) – einen überdurchschnittlichen „Ertrag“.

**Vergleichen Sie diese Themenzusammenstellung mit den Themen unserer Kurse, insbesondere unseres Intensivkurses Kautelarrecht, und sie werden selbst die hohe Trefferquote feststellen!**

November 2024 / Klausur Nr. 3:

**Formale Aufgabenstellung:** Zweiteilige Kautelarklausur aus dem Erbrecht und Familienrecht (Teil 1) und dem Gesellschaftsrecht (Teil 2).

**Materiell-rechtliche Probleme: Teil 1:** Prüfung des „Ausstiegs“ aus einem früheren Ehegattentestament mit inzwischen verstorbener früherer Ehefrau: Prüfung der Wirksamkeitsvoraussetzungen gemäß § 2265 BGB und §§ 2267, 2247 BGB mit hier bedeutungsloser Missachtung der Sollregelung in § 2267 S. 2 bzw. § 2247 II, V BGB – Abgrenzung zwischen Trennungslösung (§§ 2100 ff, v.a.



§ 2113 BGB) und hier (wohl schon unabhängig von § 2269 BGB) gegebener Einheitslösung (v.a. keine Verfügungsbeschränkungen gewünscht, vgl. §§ 2113, 2136 BGB) ⇒ Prüfung der Bindungswirkung gemäß §§ 2271 II, 2289 I S. 2 BGB analog, also der Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeinsetzung des gemeinsamen Abkömmlings, dabei Auslegungsregel des § 2270 II Alt. 2 BGB hier nicht widerlegbar mit Folge des Verlustes der Testierfreiheit der §§ 2254 ff BGB infolge § 2271 II BGB – Prüfung der Möglichkeit einer sog. Selbstanfechtung des gemeinschaftlichen Testaments durch den Erblasser: analoge Anwendbarkeit der §§ 2281 ff BGB (nur auf wechselbezügliche Verfügungen nach dem ersten Todesfall (Grüneberg § 2271, RN 28); dabei Anfechtungsgrund gemäß § 2079 BGB infolge einer erfolgten Erwachsenenadoption, da gemäß §§ 1754 II, 1767 II S. 1 BGB Fall der Entstehung des Abkömmlingen-Pflichtteilsrechts des § 2303 I BGB vorliegt; aber Verfristung gemäß § 2283 I, II S. 1 BGB, da grds. Kenntnis der *Tatsachen* entscheidet (Grüneberg § 2283, RN 1) – (hier mögliche) Schaffung eines neuen Anfechtungsgrundes durch Heirat (oder ggf. Kindesgeburt) ausdrücklich nicht gewünscht – Prüfung einer Anfechtung nach § 2078 II BGB (Motivirrtum wegen Zerrüttung mit dem Schlusserben und/oder betrieblicher Mitarbeit von Lebensgefährtin und Adoptivtochter) – keine Aufhebungsmöglichkeit nach § 2271 II S. 2 i.V.m. §§ 2294, 2336 BGB (hohe Anforderungen, hier bei weitem nicht erfüllt) – keine realistische Chance auf Verzicht i.S.d. § 2346 BGB oder § 2352 BGB, auch nicht gegen Abfindung – ggf. noch Hinweis auf vorhandene Belastung des Schlusserben durch ein Pflichtteilsrecht des adoptierten Kindes gemäß §§ 2303 I, 1754 II, 1767 II S. 1, 1770 I BGB (Grüneberg § 1770, RN 1), überdies Auswirkung von Leistungen i.S.d. § 2057a BGB auf Pflichtteilsansprüche (vgl. § 2316 I BGB).

Prüfung der Möglichkeiten von Rechtsgeschäften unter Lebenden zur Umgehung der Wirkung des Ehegattentestaments: Hier neben den (im Fall dann deutlich geringeren) Ansprüchen auf Pflichtteilergänzung v.a. Gefahr der Entstehung von Kondiktionsansprüchen analog § 2287 BGB (Grüneberg § 2271, RN 10), da hier keine Gegenleistung gewünscht und Beeinträchtigungsabsicht i.d.S. bei Fehlen von „*lebzeitigem Eigeninteresse*“ vermutet wird (Grüneberg, RN 6 ff.); allerdings nachträgliche Vergütung für geleistete Mitarbeit im Betrieb möglich (wäre keine Schenkung i.S.d. §§ 2287, 2325 BGB), überdies „*lebzeitiges Eigeninteresse*“, wenn Zuwendung für eigene künftige Pflege, Versorgung u.a. erfolgt.

Prüfung der Gefahr von etwaigen Unterhaltsverpflichtungen der Adoptivtochter gegenüber deren leiblichen Vater: Anspruch gemäß §§ 1601 ff, 1608 S. 2 BGB wegen der gemäß § 1770 II BGB (Sonderregel zu § 1755 BGB) fortbestehenden Verwandtschaft.

**Teil 2:** Prüfung der Möglichkeiten der Weiterführung einer derzeit zweiköpfigen Gesellschaft im Todesfall eines Gesellschafters: Prüfung des Vorliegens einer OHG trotz fehlender HReg-Eintragung (hier istkaufmännisches Unternehmen i.S.d. § 1 HGB) – Prüfung der Rechtslage kraft Gesetzes, also Ausscheiden gemäß § 130 I Nr. 1 HGB mit Erlöschen der Gesellschaft und Übergang auf Einzelkaufmann (§§ 712a BGB, 105 III HGB) sowie Abfindungsansprüchen für die Erben nach §§ 135 HGB, 1922 BGB – Prüfung der davon abweichenden Regelungsmöglichkeiten bei Tod von Gesellschaftern: insbesondere Nachfolgeregelung (⇒ Abbedingung von § 130 I Nr. 1 HGB durch „qualifizierte“ Nachfolgeklausel, also Sondererbfolge einzelner Erben (Modifikation von § 711 II S. 2 BGB i.V.m. §§ 105 III HGB) – Auswirkungen des Erbrechts (§§ 2042 ff BGB), hier gewünschter Ausgleich dieser Zuwendung im Rahmen der Verteilung der „*Resterbenschaft*“ – Prüfung der Aufnahme eines (offenbar volljährigen) Kindes, hier als Kommanditistin, da kein Haftungsrisiko gewünscht ⇒ Ausschluss der Haftung nach §§ 171, 172 HGB über Vereinbarung eines geringen (leicht zu erbringenden) Kommanditanteils und Ausschluss der Haftung aus §§ 176 II, 126 HGB über aufschiebende Bedingung der HReg-Eintragung – derzeit noch weitreichender Ausschluss der „*Mitspracherechte*“ der Kommanditistin: schon Beschränkungen kraft Gesetzes gemäß § 164 HGB (Geschäftsführung) und § 170 HGB (Vertretung) gegeben, bei „*wichtigen Unternehmensentscheidungen*“ gemäß § 164 Hs. 2 HGB Zustimmung nötig, aber weitere Einschränkungen möglich (Hopt HGB § 164, RN 6 ff) – Regelung des Entnahmerechts, dabei über § 169 HGB hinausgehende Einschränkung (hier: nur nach Gesellschafterschluss) zulässig (Hopt HGB § 169, RN 5), aber kaum vollständig ausschließbar.



Juni 2024:

Ein in mehrfacher Hinsicht völlig seltsam bzw. atypisch zusammengestellter Examenstermin, in dem auch keine Kautelararbeit enthalten war.

November 2023 / Klausur Nr. 3:

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarklausur aus dem Immobiliarsachenrecht, Familienrecht und Gesellschaftsrecht.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Teil 1: Übertragung zweier Grundstücke auf zwei verschiedene minderjährige Enkel (mit jeweils unterschiedlichen Detailproblemen, aber unter Ausklammerung erbrechtlicher Auswirkungen und Fragen): Übertragung eines (nicht vermieteten) Hauses an die minderjährige Enkelin: keine Regelbarkeit eines Veräußerungs- oder Belastungsverbots (§ 137 BGB), aber Regelung von schuldrechtlichen Rückforderungsrechten für mehrere Fälle und dingliche Absicherung derselben durch Vormerkung (§§ 883 II, 888 I BGB ⇒ Problem des Bestimmtheitsgrundsatzes und der künftigen Forderung i.S.d. § 885 BGB) – Prüfung der Notwendigkeit einer Mitwirkung der Mutter der Enkelin (= finanziell ungeschickte eigene Tochter): hier Fall von §§ 1629 II S. 1, 1821 Nr. 1 BGB (Verwandter in gerader Linie) mit Folgeprüfung der Ausnahme wegen eines ausschließlichen rechtlichen Vorteils (Grüneberg § 1821, RN 3 a.E.) trotz öffentlicher Lasten und Rückforderungsanspruch, zudem Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1643 I i.V.m. § 1850 Nr. 1, Nr. 5 BGB n.F.: hier nur Teil bzw. Beschränkung des grds genehmigungsfreien *Erwerbs* (Grüneberg § 1850, RN 4, RN 8). – Prüfung eines Verwaltungsausschlusses der (hier wegen Todes des Vaters alleinsorgeberechtigten) Mutter einer minderjährigen Erbin nach § 1638 I BGB ⇒ dann Zuwendungspflegschaft gemäß § 1811 BGB n.F. – Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem mit einem lebzeitigen Nießbrauch einer Dritten belasteten Grundstücks, das die Nießbraucherin vermietet hat, an einen anderen mdj. Enkel: Prüfung eines ausschließlichen rechtlichen Vorteils i.S.d. § 107 BGB trotz § 566 BGB: Vermieter-Pflichten aus dem Mietvertrag werden zunächst nicht das Kind als Eigentümer treffen, können aber mit Nießbrauchsende entstehen (BGH V ZB 4/21 = Life & Law 2022, 581; Grüneberg § 1824, RN 8) – keine Anwendung von § 1643 I i.V.m. § 1850 Nr. 1, Nr. 5 BGB n.F., auch keine (ggf. entsprechende) Anwendung von § 1850 Nr. 4 BGB auf Miteigentum i.S.d. §§ 1008, 741 ff BGB (keine vergleichbaren Haftungsrisiken wie nach §§ 1, 9 WEG), keine Anwendung von § 1850 Nr. 6 BGB, da Unentgeltlichkeit trotz des Nießbrauchs gegeben (Grüneberg § 1850, RN 9).

Teil 2: Prüfung der Vorteile der Gründung einer Kommanditgesellschaft (§§ 161 ff HGB) zur Vermögensverwaltung zusammen mit den beiden Minderjährigen (vgl. § 1809 BGB wegen §§ 1629 II, 1824 II, 181 BGB sowie §§ 1813 I, 1799, 1852 Nr. 2 BGB), schenkweise Zuwendung der Kommanditanteile an diese: Prüfung eines ausschließlichen rechtlichen Vorteils bei voller Einbezahlung der Anteile (str.; vgl. Grüneberg § 1824, RN 8), Abgrenzung zwischen „Erwerbsgeschäft“ und Vermögensverwaltung (Grüneberg § 1852, RN 6) – gemäß § 170 HGB keine Vertretungsmacht der Kommanditisten (wie gewünscht), sondern Alleinvertretung durch die Komplementärin (§§ 125, 161 II HGB a.F., nun §§ 124, 161 II HGB n.F.) – Ausschluss von Kontrollrechten der Kommanditisten (§§ 164, 166 HGB). ⇒ insgesamt viel einfachere Verwaltung durch die Mandantin als bei Eigentum der Minderjährigen, die Übertragung der Gesellschaftsanteile ist künftig formfrei möglich, selbst wenn das Vermögen im Wesentlichen aus Grundbesitz besteht.



Juni 2023:

Eine regelrechte Sensation: Seit mehreren Jahrzehnten der erste Examenstermin ohne jede Kautelararbeit!

November 2022 / Klausur Nr. 3:

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarklausur aus dem Erbrecht, Immobiliarsachenrecht und Güterrecht.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Teil 1: Übertragung eines Grundstücks, das je zur Hälfte im Eigentum der Übertragenden und zur Hälfte im Gesamthandseigentum einer Erbengemeinschaft (bestehend aus der Übertragenden und ihren beiden Kindern) steht, an eines der beiden Kinder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge: u.a. Formalien und Art der Durchführung – Zurückbehaltung eines dinglichen Wohnrechts (§ 1093 BGB): Abgrenzung zwischen Nießbrauch, persönlicher Dienstbarkeit in Form eines Wohnungsrechts und dem nicht gewünschten Dauerwohnrecht nach den §§ 31 ff WEG – Regelung eines vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechts für bestimmte Fälle (Weiterveräußerung an Dritte, Belastung mit Grundpfandrechten, Überschuldung): Anforderungen an künftigen Anspruch und Bestimmtheit gemäß §§ 883, 885 BGB – Rückforderungsrecht (oder andere Regelung) zur Verhinderung des Profitierens einer künftigen Ehefrau des Empfängers für den Fall der Scheidung (Wertsteigerung der Immobilie als Zugewinn!): Rückforderungsanspruch als Belastung des Endvermögens i.S.d. § 1375 BGB – Ausgleich der anderen Miterbin bei der Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft über eine Bevorzugung bei anderen Vermögensgegenständen – Möglichkeit der Vertretung beim Notartermin mit Formalien der Vollmachtserteilung bzw. Genehmigung, dabei Unterschied von „gleichzeitig“ zu „persönlich“ (vgl. § 313b BGB, § 925 I S. 2 BGB und v.a. auch § 29 GBO).

Teil 2 (vorweggenommene Erbfolge bei einem anderen Mandanten): Erb- und Pflichtteilsverzicht als Gegenleistung für eine Immobilienübertragung an einen Abkömmling – Ausschluss von Ausgleichsansprüchen des anderen Abkömmlings, der aber nicht an Verzicht auf gesamten Pflichtteil mitwirken wird. ⇒ Hinweis auf etwaige Pflichtteilergänzungsansprüche nach § 2325 BGB sowie Regelung des Verzichts auf einen solchen (nur) für einen ganz bestimmten Übertragungsvorgang als Sonderfall von § 2346 II BGB (Grüneberg § 2346, RN 15) – Prüfung der formalen Umsetzung, insbesondere der persönlichen und gleichzeitigen Anwesenheit beim Notartermin, also Ausschluss der Vertretung (vgl. § 2347 II, 2348 BGB; Grüneberg § 2347, RN 2).

Juni 2022 / Klausur Nr. 3:

Im Rahmen einer mehrteiligen Anwaltsklausur war zum einen die Fertigung eines Anwaltschriftsatzes gefordert (und zwar im Berufungsverfahren mit v.a. Problemen aus dem Werkvertragsrecht und einer aktuellen BGH-Entscheidung zu einem Anspruch auf Rücknahme eines Hausverbots). Ein Teil der Klausur war Kautelararbeit.

**Inhalt des Beratungs- und Kautelartels der Klausur** (Fragen zu einer Sicherungsgrundschuld): Klarzustellen war, dass eine Grundschuld nur dann Eigentümergrundschuld wird, wenn der Eigentümer auf die Grundschuld gezahlt hat (laut Sachverhalt so nicht vereinbart) ⇒ daher bedurfte es zur Löschung nach § 19 GBO der Löschungsbewilligung durch den Gläubiger in der Form des § 29 GBO (öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden). ⇒ Grundsätzlich ersetzt ein korrekt protokollierter gerichtlicher Vergleich die notarielle Beglaubigung (ist selbst öffentliche Urkunde, § 160 III Nr. 1



ZPO, 415 ZPO), ebenso ein im schriftlichen Vergleichsverfahren nach § 278 VI ZPO ergangener Vergleich. Aber: dies gilt nur, wenn das Gericht im Verfahren zuständig war. ⇒ hier wegen des fehlenden sachlichen Zusammenhangs problematisch (vgl. OLG München, 28.01.2014 - 34 Wx 318/13).

#### Termin November 2021 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarjuristisches Gutachten mit Problemen aus dem Erbrecht, Familienrecht und Immobilienrecht.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Veräußerung eines Grundstücks durch verschiedene Miteigentümer, bei denen unterschiedliche Probleme im Hinblick auf ihre jeweilige Verfügungsbefugnis bestehen – Auslegung eines einfachen Testaments mit Wiederverheiratungsklausel – Verfügungsbeschränkung eines bedingten Vorerben über Grundstück und Zustimmungserfordernis durch die Nacherben (§§ 2113 I, 185 I BGB) – Verfügungsbefugnis über Miteigentumsanteil bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über Vermögen (§§ 80, 81 InsO) – Verfügung über Miteigentumsanteil durch Erbengemeinschaft bei dem ein Miterbe in Gütergemeinschaft verheiratet ist und der Anteil des anderen Miterben im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet wurde – Veräußerung durch geschäftsunfähigen Miteigentümer (§§ 104 Nr. 1, 105 BGB) in Vertretung durch Elternteil nach Vorversterben der Mutter (§§ 1626, 1629 I S. 3, 1680 I BGB) sowie Frage nach Ergänzungspfleger (§§ 1629 II, 1795, 1693, 1909 I BGB) und familiengerichtlicher Genehmigung (§§ 1643 I, 1821 Nr. 1, Nr. 4 BGB) – Erlöschen eines Nießbrauchsrechts an Grundstück nach Tod des Nießbrauchsberechtigten (§ 1061 BGB) – Vererblichkeit eines befristeten dinglichen Vorkaufsrechts (§§ 1098 I, 473 S. 2 BGB) und antizipierter Verzicht auf Ausübung des Vorkaufsrechts vor dem Vorkaufsfall – Vermietung eines Wohngebäudes durch Nießbrauchsrechtsinhaber und Auswirkung des Erlöschens des Nießbrauchs auf Mietverhältnis (§ 566 BGB analog) – Frage nach der Kündigungsmöglichkeit eines Wohnraummietverhältnisses wegen Eigenbedarfs (§ 573 II BGB) eines künftigen Grundstückserwerbers.

#### Termin Juni 2021 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarjuristisches Gutachten mit Schwerpunkt im Gesellschaftsrecht mit erbrechtlichen Bezügen und kleinem Anhang im Verbraucherschutzrecht.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Teil 1: Gründung einer Kommanditgesellschaft aus einem bestehenden kaufmännischen Einzelunternehmen mit dem bisherigen Inhaber als Komplementär und zwei Kommanditistinnen – Aufnahme einer minderjährigen Tochter in der KG durch schenkweise Erbringung der Einlage: Prüfung von §§ 1629 II, 1795 II, 181 sowie Notwendigkeit einer familienrechtlichen Genehmigung – Vermeidung der persönlichen Haftung gemäß § 176 HGB durch aufschiebend bedingten Beitritt (vgl. Baumbach/Hopt § 176, RN 1) – Fortführung der Firmierung gemäß § 24 HGB – Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit durch Befristung. ⇒ Frage der Anwendbarkeit des außerordentlichen Kündigungsrechts der minderjährigen Gesellschafterin (§ 723 I Nr. 2 BGB) auch bei KGs – Unterlassen eines Ehevertrages, der den Gesellschaftsanteil aus dem Zugewinn ausnimmt, als vereinbarter (Hinaus-)Kündigungsgrund – Qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel beim Tod des Komplementärs, um zu vermeiden, dass der Sohn als Miterbe in die Gesellschaft einrückt (BGHZ 68, 225; Pal./Weidlich § 1922, RN 17 f.); dabei evtl. Abgrenzung zur rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel, die zumindest bei der minderjährigen Tochter nicht funktionieren würde – Gründung einer (Vorrats-) GmbH, die bei frühzeitigem Tod die Rolle des Komplementärs übernehmen soll, so dass eine GmbH & Co KG entsteht – Vererblichkeit der GmbH-Gesellschaftsanteile (§ 15 GmbHG).

Teil 2: Probleme der künftigen Kaufverträge des Unternehmens infolge Anwendung des Verbraucherschutzrecht: Risiko der §§ 358 II, 495 BGB bei verbundenen Verträgen, wenn eine Bank zur Kreditfinanzierung eingeschaltet wird; dies auch bei null-Prozent-Finanzierung (§ 514 III BGB).



Prüfung der Alternative eines Zahlungsaufschubs mit oder ohne Verzinsung. ⇒ ähnliche Risiken über §§ 495, 506 BGB (ggf. i.V.m. § 515 BGB). ⇒ künftig evtl. Lieferung der Ware (Whirlpools) erst nach Ablauf der Widerrufsfrist (vgl. § 356b BGB bzw. § 356d BGB).

#### Termin November 2020 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Zweiteiliges kautelarjuristisches Gutachten mit Problemen aus dem Erbrecht und Familienrecht.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Teil 1: Prüfung der Neuregelung der Erbfolge des Mandanten: Vorabprüfung der Bindung (§ 2271 II BGB) eines früheren gemeinsamen Ehegattentestaments i.S.d. § 2265 BGB mit der vorverstorbenen ersten Ehefrau (hier entsprechend der Auslegungsregel des § 2269 BGB mit Einheitslösung: Schlusserschaft des gemeinsamen Kindes) ⇒ Form und Zugangserfordernis des Widerrufs der wechselbezüglichen Verfügung der Ehefrau (§§ 2271 I, 2296, 130 BGB), hier nachträglicher Zugang trotz einschränkender Auslegung von § 130 II BGB wirksam (keine bewusste Zurückhaltung, Schreiben bei Tod bereits auf dem Postweg; vgl. Pal. § 2271, RN 7) ⇒ Totalunwirksamkeit des Testaments über § 2270 I BGB, da hier Wechselbezüglichkeit *aller* Verfügungen. – Neugestaltung mit jetziger Ehefrau: Vereinbarung eines Erbvertrags zwecks Erreichens einer Bindung bereits zu Lebzeiten beider (= einer der Unterschiede von §§ 2278, 2289 I 2 BGB zu § 2271 BGB) – Regelung einer Vollerbschaft zugunsten der Ehefrau (keine Beschränkungen erwünscht) sowie einer befreiten Vor-/Nacherbschaft gemäß §§ 2100, 2136 BGB zugunsten des Mannes (hier war eine Beschränkung i.S.d. § 2113 II BGB gewünscht), Abgrenzung zu einem Nießbrauchsvermächtnis (§§ 2147, 2174, 1030 ff BGB: umfassendes Nutzungs- und Fruchtziehungsrecht, aber kein *Verfügungsrecht*) – Regelung einer Schlusserschaft / Nacherbschaft für zwei (der drei) Kinder des Erblassers mit Änderungsvorbehalt (⇒ Abgrenzung zum Rücktrittsvorbehalt; vgl. Pal. § 2289, RN 8) zugunsten des jeweils überlebenden Ehegatten mit Begrenzung der Änderungskompetenzen. – Berechnung der Pflichtteilsquote und Maßnahmen zur Reduzierung der Pflichtteilsansprüche eines dritten Abkömmlings des Mandanten für den Fall der Erbfolge der Ehefrau: Anwendbarkeit des § 2325 BGB auch bei etwaigen unbenannten Zuwendungen, Nichtanwendbarkeit der „Abschmelzung“ des Anspruches nach § 2325 III S. 1 und S. 2 BGB bei Zuwendungen an den Ehegatten (§ 2325 III S. 3 BGB), Verhinderung der Erfassung künftiger Wertsteigerungen von Wertpapieren durch Abstellen auf Zeitpunkt der Zuwendung gemäß § 2325 II S. 1 BGB (aber: Niederwertprinzip gemäß § 2325 II S. 2 BGB gilt nicht, da Wertpapiere als verbrauchbare Sache, vgl. Pal. § 2325, RN 18).

Teil 2: Vorschläge zur Gestaltung eines Ehevertrages, hier mit dem Ziel der Ausklammerung einer *künftigen* Wertsteigerung eines kürzlich geerbten Grundstücks (Bauerwartungsland, offenbar im Raum München!): Untauglichkeit der gesetzlichen Regelung (§ 1374 II BGB) zur Erreichung des Zieles (⇒ Regelungsbedarf!) – Untauglichkeit der reinen Gütertrennung wegen ungewünschter Nebenfolgen: Erhöhung des Pflichtteils des ungeliebten Abkömmlings wegen Quotenberechnung nach §§ 2303, 1924, 1931 I, **IV** BGB statt bisher §§ 2303, 1924, 1931 I, III, 1371 I BGB. ⇒ Konfliktlösung möglich über Mischform: Gütertrennung nur für den Fall der Scheidung der Ehegatten, aber Zugewinnngemeinschaft bei Tod (Teil der Vertragsfreiheit, vgl. Pal. § 1408, RN 24). ⇒ zusätzliche Überprüfung auf Zweifel bezüglich sog. Inhaltskontrolle nach § 138 I BGB: hier schon „einseitige Benachteiligung“ i.S.d. BGH zweifelhaft: Güterrecht steht nicht im „Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts“ (vgl. Pal. § 1408, RN 8 ff, v.a. RN 10), deutlich größeres Vermögen des Mannes begründet grds. kein Ungleichgewicht, da es nach Berechnung gemäß § 1373 BGB ohnehin keinen Anspruch begründen würde, soweit es schon Anfangsvermögen der (hier erst zwei Jahre dauernden) Ehe war; jedenfalls aber keine Ausnutzung einer Unterlegenheitssituation o.Ä. (vgl. Pal. § 1408, RN 11).



**Termin Juni 2020 / Klausur Nr. 4:**

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarjuristisches Gutachten, überwiegend aus dem Erbrecht, teilweise Immobiliarsachenrecht.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Teil 1: Beratung über die Ausschlagung einer Erbschaft gemäß §§ 1942 ff BGB (Form, Fristen u.a.), und zwar auch für den minderjährigen Sohn, der andernfalls gemäß § 1924 BGB nachrücken würde: vgl. §§ 1626, 1629, 1643 II (v.a. Satz 2) BGB. – Überdies Regelung der eigenen Erbfolge der Mandanten: Notwendigkeit eines Erbvertrags gemäß §§ 2274 ff BGB, da die §§ 2265 ff BGB mangels Eheschließungsabsicht ausschieden, dabei Notwendigkeit von vertragsmäßigen Verfügungen, um gewünschte Bindung herbeizuführen (⇒ insoweit Verhinderung von §§ 2279 II, 2254 ff BGB). – Bindung *nur für einen* der beiden Erblasser: bei „vertragsmäßig“ im Unterschied zu „wechselbezüglich“ i.S.d. §§ 2270, 2271 BGB möglich (⇒ weiteres Arg. für Erbvertrag)! – Regelung der Details der (bei einem Erblasser) gewünschten Bindung: Wunsch nach einer strengen Bindung *zu Lebzeiten* (nur) des Mannes im Falle seines Überlebens bzgl. einer Immobilie bei gleichzeitigem Wunsch nach Verfügungsfreiheit über das Restvermögen (v.a. Bargeld): Abgrenzung der Nacherbschaft gemäß § 2100 BGB zur Schlusserschaft: § 2113 BGB würde (anders als §§ 2286, 2287 BGB) bei der Immobilie dem Wunsch entsprechen (hier sogar ohne Befreiung i.S.d. § 2136 BGB), nicht aber beim Restvermögen: ⇒ dort aber Regelung über zusätzliches Vorausvermächtnis (§ 2110 II BGB) bzgl. des Barvermögens möglich (zur Konstruktion siehe Pal. § 2110, RN 2). – Regelung der Erbfolge nach dem Mann als Überlebendem: Einsetzung des Kindes mit Korrekturmöglichkeit nur bzgl. des vom Mann stammenden Vermögens (insoweit nicht von Vor-/Nacherbschaft erfasst, sondern unmittelbar vererbt) ⇒ Abgrenzung von bloß einseitiger Verfügung, Änderungsvorbehalt und Rücktrittsvorbehalt i.S.d. § 2293 BGB (vgl. Pal. § 2289, RN 8). – Prüfung von Pflichtteilsansprüchen des Kindes beim ersten Erbfall (nur) bei Vorversterben seiner Mutter (§§ 2303 I, 2306, 1924 BGB), Quotenberechnung ohne Berücksichtigung von §§ 1931, 1371 BGB (keine Heirat gewünscht). – Zuwendung eines dinglichen Wohnrechts an einem Teil des Hauses (§ 1093 BGB) an den Sohn der Frau (wird nur Nacherbe, s.o.!) unmittelbar nach deren Tod: Vermächtnis gemäß §§ 2174, 2174 BGB, evtl. bereits jetzt Erklärung der dinglichen Einigung gemäß § 873 I BGB mit (bedingter) Bevollmächtigung des Notars zur späteren Antragstellung beim Grundbuchamt (Grundbucheintragung noch nicht jetzt, sondern erst nach Tod der Frau gewünscht). – keine Kollision des jetzigen Erbvertrags mit früherem Erbvertrag des Mannes (vgl. § 2289 I 2 BGB) wegen dessen Außerkrafttreten nach §§ 2077, 2269 II BGB („auch“), zudem Prüfung eines dort vorbehaltenen (und wegen Streitpotentials um § 2077 III BGB ggf. sicherheitshalber [Gebot des sichersten Weges!] zu erklärenden) Rücktritts gemäß § 2293 BGB in Form der §§ 2296, 130 I BGB.

Teil 2: Fragen zu einem geplanten Immobilienverkauf. Zum einen: Regelung eines Wegerechts zur Vermeidung eines Notwegerechts (enormes Konfliktpotential von § 917 BGB!): Abgrenzung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß §§ 1090 ff BGB zur (hier geeigneten) Grunddienstbarkeit gemäß § 1018 ff BGB, Eintragbarkeit (§ 873 I BGB) auch bei derzeitiger Eigentümeridentität bzgl. herrschenden und dienendem Grundstück, Wirkung zugunsten eines jeden (künftigen) Eigentümers. – Zum anderen: Lösungen zum Schutz des Käufers gegen Eigentumsverlust vor vollständiger Zahlung des Kaufpreises trotz § 925 II BGB: u.a. sog. Bewilligungslösung bzgl. § 19 GBO als praxistauglichstes Mittel in Abgrenzung zu anderen Ansätzen.

**Termin November 2019 / Klausur Nr. 4:**

**Formale Aufgabenstellung:** Zweiteiliges kautelarjuristisches Gutachten mit Problemen aus dem Erbrecht, Gesellschaftsrecht und Immobiliarsachenrecht.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Teil 1: Prüfung der Rechtsfolgen eines gemeinsamen Ehegattentestaments i.S.d. § 2265 BGB (hier entgegen § 2269 BGB mit Trennungslösung) nach dem Tod des



Zweitversterbenden (Nacherbfall) bei Vorversterben eines der Nacherben: hier Ersatznacherbschaft des Enkels (§ 2069 BGB, hier bestätigt durch Wortlaut des Testaments) statt Anwachsung gemäß § 2096 BGB an die Geschwister des vorverstorbenen Kindes oder gar Eintritt von dessen Ehefrau (= Alleinerbin des vorverstorbenen Nacherben). – Auswirkung der Erbfolge auf einen in der Erbmasse befindlichen Gesellschaftsanteil von 50 % an einer OHG zum Betrieb einer Photovoltaikanlage (die anderen 50 % gehörten einer Miterbin bereits zuvor): hier gesellschaftsvertragliche Abbedingung von § 131 III Nr. 1 HGB bzw. §§ 738 BGB, 105 III HGB (Fortsetzung durch andere Altgesellschafter mit Abfindungsansprüchen für Erben) durch eine sog. erbrechtliche Nachfolgeklausel (BGHZ 68, 225; Pal./Weidlich § 1922, RN 16). ⇒ mangels namentlicher Bestimmung eines konkreten Nachfolgers (dann Sondererbfolge wegen Prinzip der qualifizierten Vollnachfolge) werden alle jeweiligen Miterben *einzelnen* Gesellschafter (und nicht die Miterbengemeinschaft; Grund: Ungeeignetheit der §§ 2038 I 1, 2040 BGB für „werbende“ Gesellschaften), für den minderjährigen Erben gilt dies ohne Erfordernis familiengerichtlicher Zustimmung (kein Rechtsgeschäft; vgl. Baumbach-Hopt § 139, RN 12, 14). ⇒ Folge: Ziel der Mandantin, Alleininhaberin der OHG zu werden, erfolgt durch Erwerb der Gesellschaftsanteile, nicht durch Erwerb (Übertragung bzw. „Abschichtung“) der Miterbenanteile! – keine Anwendung von § 873 BGB (ein Vertragsinhalt i.S.d. § 311b I BGB läge ohnehin nicht vor) bzgl. der Grunddienstbarkeit, da kein Wechsel des Rechtsträgers durch Erwerb der OHG-Anteile (⇒ keine *rechtsgeschäftliche* Übertragung der dinglichen Berechtigung *selbst*): zunächst bleibt OHG (rechtsfähig gemäß § 124 HGB!) Vertragspartner des Dienstverpflichteten, dann sog. Anwachsung (= hier Umwandlung in ein einzelkaufmännisches Unternehmen) beim letzten Anteilserwerb (vgl. Baumbach-Hopt § 105, RN 69; § 131, RN 35; Pal./Sprau § 719, RN 1) ⇒ bloße Grundbuchberichtigung (Pal./Herrler § 873, RN 9), keine Mitwirkung des Dienstverpflichteten an der Rechtsübertragung nötig. – Notwendige Zustimmung des FamG zur Anteilsübertragung durch einen noch minderjährigen Erben / Gesellschafter: Anwendbarkeit von §§ 1643 I, 1822 Nr. 3 BGB auf Ausscheiden aus OHG (Pal./Götz § 1822, RN 7).

Teil 2: Übertragung eines Mietshauses an ein (diesmal volljähriges) Kind: Unanwendbarkeit von § 137 BGB, aber Regelung von vertraglichen Rückforderungsmöglichkeiten (entsprechend § 346 BGB, also nicht auflösende Bedingung oder Vorkaufsrecht) und dingliche Absicherung derselben durch Vormerkung: Vorliegen eines ausreichend sicheren künftigen Anspruchs i.S.d. §§ 883 I, 885 I BGB (vgl. BGHZ 16, 153; Pal./Herrler § 883, RN 15). ⇒ Schutz der §§ 883 II, 888 I BGB gegenüber Dritten. – Absicherung des Weitererhalts der Mieteinnahmen, am besten durch Nießbrauch gemäß §§ 1030 ff BGB, Prüfung der gesetzlichen Regelung dazu auf bestimmte Mandantenziele hin (Erhaltungskosten u.a.) und etwaige Abdingbarkeit.

**Termin Juni 2019 / Klausur Nr. 4:**

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarjuristisches Gutachten, überwiegend aus dem Erbrecht.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Prüfung der Erbfolge bei Vorliegen eines Erbvertrags, eines notariell beurkundeten Nachtrags dazu sowie eines späteren Einzeltestaments der länger lebenden Ehefrau: Schlusserebeneinsetzung der drei Abkömmlinge mit Ersatzerbschaft für einen Vorverstorbenen durch seinen mdj. Sohn (nicht die Ehefrau: konkrete Auslegung, jedenfalls § 2069 BGB nicht widerlegt). – Wirksamkeit des Erbvertragsnachtrags aufgrund erneut gemeinschaftlicher Verfügung (kein Fall von § 2289 BGB; vgl. etwa Erst-recht-Schluss aus § 2290 BGB) und Prüfung von dessen Auswirkung: Erläuterung der schuldrechtlichen und dinglichen Lage bei einem Vorausvermächtnis (§§ 2150, 2174 BGB) bzgl. eines Grundstücks, etwa Notwendigkeit der Durchsetzung von §§ 873 I, 925 BGB gegen Erbengemeinschaft (§ 2059 BGB). – Behandlung einer auf diesem Grundstück lastenden Sicherungsgrund und der zugrunde liegenden Darlehensforderung: Derzeit Haftung aller Mitglieder der Erbengemeinschaft im Außenverhältnis (§§ 2058, 421 ff BGB), aber wohl Alleinverantwortlichkeit des Vermächtnisnehmers im Innenverhältnis (Auslegung des Vorausvermächtnisses; Darlehen kam Gebäude zugute). – Wirksamkeit einer Zuwendung an den Ersatzerben in einem späteren



Einzeltestament: Regelung innerhalb der Grenzen eines im Erbvertrag geregelten sog. Änderungsvorbehalts (hierzu siehe Pal. § 2289, RN 8 ff). ⇒ Auslegung des Inhalts als weiteres Vorausvermächtnis (statt Teilungsanordnung gemäß § 2048). ⇒ Prüfung der Umsetzung gegenüber dem minderjährigen Vermächtnisnehmer: Vertretung durch die Mutter (§§ 1626, 1629 BGB) wohl kein Fall von §§ 1643 IV, 1822 Nr. 5 BGB (unbefristet vermietet, Problem aber wegen Mieterschutz gemäß §§ 573 ff BGB) – Prüfung einer Beschränkung gemäß §§ 181, 1795 II, 1629 II 1 BGB, weil Mutter ihren Sohn beim Vorgehen gemäß §§ 873 I, 925 BGB auf Veräußererseite (Erbengemeinschaft) und Erwerberseite vertreten müsste: wegen Vermietung kein ausschließlicher rechtlicher Vorteil i.S.d. § 107 BGB (⇒ keine teleologische Einschränkung von § 181 BGB), allerdings geht es bei Vermächtnis um bloße Erfüllung einer *bereits bestehenden* Verbindlichkeit i.S.d. § 181 BGB a.E. (Pal. § 181, RN 22). ⇒ kein Ergänzungspfleger gemäß § 1909 BGB nötig! – Vorgehen aus einem von der Erblasserin gegen Dritte erlangten Vollstreckungsbescheid i.S.d. §§ 699, 700 ZPO: Umschreibung der Vollstreckungsklausel gemäß §§ 727, 795, 794 I Nr. 4 ZPO (Erbschein als öffentliche Urkunde i.d.S.), Zuständigkeit des zentralen Mahngerichts (vgl. ThP § 796, RN 2).

#### Termin November 2018 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Zweiteiliges Kautelarjuristisches Gutachten mit Problemen aus dem Immobilienrecht und Erbrecht.

**Probleme des Teils 1:** gutachtliche Prüfung von Übereignungsvorgängen gemäß §§ 873, 892 ff BGB, nämlich zweimal Sondereigentum nach WEG. Einmal Erwerb von einer im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Zwei-Gesellschafter-GbR in Unkenntnis des Erlöschens der GbR wegen vorheriger Anteilsübertragung (vgl. § 719 BGB, dazu Pal. § 719, RN 6 ff) von einer Gesellschafterin auf die andere: Reichweite von §§ 899a S. 2, 892 BGB, 47 II 1 GBO mit Streit um Geltung im Falle des Erlöschens der GbR (Pal. § 899a, RN 7). – Prüfung des Eigentums an Zubehörstücken, mit der Frage ob § 899a BGB auch bei § 926 BGB greift (Pal. § 899a, RN 6). – Prüfung des gutgläubigen Erwerbs der anderen Eigentumswohnung von einem scheinbaren Erben, der nicht ins Grundbuch eingetragen worden war (⇒ kein Erwerb nach §§ 873 I, 892 I BGB) und auch keinen Erbschein hatte (⇒ kein Erwerb nach §§ 873 I, 2366 BGB), sondern die Veräußerung über §§ 35 I, 40 GBO unter Vorlage eines notariellen Testaments i.S.d. §§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB durchgeführt hatte: kein gesetzlich ausreichender Rechtsschein!

**Probleme des Teils 2:** Regelung einer entgeltlichen vorübergehenden Weiternutzung einer zu veräußernden Wohnung durch die Verkäuferin. ⇒ Prüfung von Alternativen zur Vermietung (bei gleichzeitigem Ausschluss der Vereinbarung von Dienstbarkeiten i.S.d. §§ 1018 ff BGB): Fälligkeitsaufschub bezüglich der Übergabepflicht aus § 433 I BGB ergänzt um eine gegenüber § 433 II BGB zusätzliche Zahlungspflicht (Nutzungsentschädigung dafür). ⇒ mehr Gestaltungsspielraum wegen Nichtanwendbarkeit der bei Wohnraummiete weitgehend zwingenden §§ 535 ff, 549 ff BGB sowie Nichtgeltung der Sperre in § 794 I Nr. 5 ZPO. – Schaffung einer schnellen Vollstreckungsmöglichkeit für den Zahlungs- und den Herausgabe- bzw. Räumungsanspruch: Möglichkeit einer notariellen Urkunde gemäß § 794 I Nr. 5 ZPO auch für Herausgabe von Wohnraum, soweit der Anspruch nicht auf Miete beruht (ThP § 794, RN 51), aber andererseits Notwendigkeit eines Räumungs- und Herausgabtitels i.S.d. §§ 885, 885a ZPO gegen *jeden* Besitzer, nur nicht gegen Besitzdiener (⇒ gegen den Ehegatten also auch ohne dessen Mitwirkung am Vertrag nötig; vgl. ThP § 885, RN 4 ff).

#### Termin Juni 2018 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Zweiteiliges Kautelarjuristisches Gutachten, überwiegend aus dem Erbrecht, teilweise mit immobilienrechtlichen Fragen.



**Probleme des Teils 1:** Prüfung der Möglichkeit des „Ausstiegs“ des überlebenden Ehegatten nach Tod des Erstversterbenden aus einem gemeinschaftlichen Ehegattentestaments: hier Vorliegen der „Einheitslösung“ mit *wechselbezoglicher* Schlusserbeneinsetzung (vgl. etwa § 2270 II 2. Alt. BGB), daher Verlust der Möglichkeiten der § 2254 ff BGB wegen § 2271 Abs. II i.V.m. § 2289 I 2 BGB analog. – Prüfung von Möglichkeiten einer Neuregelung zugunsten des Lebensgefährten trotz der vorhandenen Bindung in mehreren Varianten: Prüfung der Voraussetzungen der Selbstanfechtung gemäß §§ 2281 analog i.V.m. § 2079 BGB (vgl. Pal./Weidlich § 2271, RN 28) im Falle der Heirat des neuen Partners und der jeweiligen Detailfolgen: u.a. (wegen Verlust des Alleigentums am Haus eigentlich nicht gewünschter) Wegfall der eigenen Alleinerbenstellung wegen § 2270 I BGB mit Eintritt einer gesetzlichen bloßen Miterbschaft neben den Kindern (§§ 1924, 1931, 1371 BGB). – Prüfung der vorhandenen Absicherungsmöglichkeiten des Lebenspartners („Bleiberecht“) im Falle der Beibehaltung des Ehegattentestaments: Regelung eines schuldrechtlichen Nutzungsrechts: unentgeltliche Gebrauchsüberlassung von Räumen auch bei Ausschluss der Eigenbedarfskündigung (§ 605 Nr. 1 BGB) als Leihe, nicht als Schenkung (BGH, Urteil vom 27. Januar 2016, Az. XII ZR 33/15 = Life & Law 2016, 379), keine Anwendbarkeit des Schutzes von § 566 BGB bei unentgeltlicher Überlassung, wohl aber Wirkung des Besitzrechts gegen die Erben über § 1922, 1967 BGB – Möglichkeiten einer „dinglichen Absicherung“ eines schuldrechtlichen Anspruchs: sog. Sicherungsdienstbarkeit nach § 1090 BGB (Pal./Herrler vor § 1018, RN 3): Rechte und Pflichten der *Vertragsparteien* richten sich nach dem *schuldrechtlichen* Nutzungsverhältnis, die Sicherungsdienstbarkeit dient nach der Sicherungsabrede grds. nur für den Schutz gegen Dritte, v.a. wegen § 57a ZVG, § 111 InsO). – Alternativ Prüfung eines dinglichen Nutzungsrechts: Abgrenzung zwischen Nießbrauch und (hier gewollten) weniger umfassenden Regelungen (§ 1093 BGB) mit Detailfragen zu den Auswirkungen bei Vorversterben (keine Vererblichkeit gewünscht, vgl. dazu etwa § 1092 I bzw. § 1059 BGB) bzw. Trennung der Partner (⇒ Kündigungsgrund). – Dabei Berücksichtigung der Auswirkungen der jeweiligen Gestaltung auf die Reaktionsmöglichkeiten der künftigen Schlusserven: einerseits § 2286 BGB analog, andererseits § 2287 BGB analog (Pal./Weidlich § 2271, RN 10), soweit die jeweilige Gestaltung eine (teilweise) Schenkung darstellen würde und das sog. „lebzeitige Eigeninteresse“ (Pal./Weidlich § 2287, RN 7) fehlt.

**Probleme des Teils 2:** Regelung der Erbfolge eines anderen vermögenden Mandanten zu Gunsten seiner Schwester und zeitversetzt deren Abkömmlingen unter Ausschluss von Rechten des Schwagers. ⇒ Gestaltung eines Einzeltestaments (jederzeitige Widerruflichkeit gewünscht, §§ 2254 ff BGB) mit Regelung einer Vor-/Nacherbfolge ohne Befreiung gemäß § 2136 BGB: § 2113 I BGB ausdrücklich gewünscht! Zusätzlich Anordnung einer Beschränkung gemäß § 1638 BGB zu Lasten des Schwagers als gesetzlicher Vertreter der derzeit fünfjährigen Nacherben (erfasst nach BGH auch Ausschlagungsmöglichkeit und Pflichtteilsansprüche, BGH NJW 2016, 3032).

#### Termin November 2017 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarjuristisches Gutachten aus dem Erbrecht.

**Probleme des Falles:** Beseitigung der Bindung eines gemeinschaftlichen Ehegattentestaments (§ 2289 I 2 BGB analog) nach Tod des Erstversterbenden (also § 2271 Abs. II BGB, und zwar nach bereits erfolgter Annahme) und Neugestaltung: Abgrenzung der hier gegebenen Einheitslösung zur sog. Trennungslösung – Enterbung eines der drei Schlusserven, dabei Abgrenzung eines (hier im Umfang begrenzten) Änderungsvorbehalts bei einer i.S.d. § 2270 BGB wechselbezüglichen Verfügung (vgl. Pal. § 2271, RN 20) zur frei widerruflichen (§§ 2254 ff BGB) einseitigen Verfügung – Entstehung von Pflichtteilsansprüchen bereits beim ersten Erbfall (§ 2303 I BGB), keine Möglichkeit von deren Entziehung – keine Anrechnung einer früheren Zuwendung von 20.000 € (Fehlen der Voraussetzungen von §§ 2315, 2316 BGB) – Prüfung einer vorweggenommenen Erbfolge zwecks „Kaltstellens“ eines Abkömmlings: Reduzierung der potentiellen Ansprüche des Betroffenen aus § 2325 BGB mit gleichzeitigen Zielkonflikten, die sich aus dem Wunsch nach Absicherung der



Zuwenderin hinsichtlich ihrer Immobilie ergeben: Fristbeginn gemäß § 2325 III BGB grds. nicht bei Zurückbehaltung „wirtschaftlichen Eigentums“, so i.d.R. bei Nießbrauchsvorbehalt, nach BGH (NJW 2016, 2957 mit Besprechung in Life & Law Bayern Spezial 2016, Heft 12; Pal. § 2325, RN 27) nicht aber bei Zurückbehaltung eines bloßen Wohnrechts nach § 1093 I BGB (im Fall aber nicht geeignet, um das zusätzliche Ziel des Einhalts von Mieterträgen sicherzustellen), aber zumindest gestalterische Ausnutzung des sog. Niederstwertprinzips (Pal. § 2325, RN 18): Wertsteigerungen wirken meist nicht anspruchserhöhend, Anspruchsreduzierung durch „Ableben“ des dinglichen Nutzungsrechts – Anrechnung der früheren Zuwendung von 20.000 € über § 2327 BGB – Prüfung einer entgeltlichen Vereinbarung zur Umgehung von § 2325 BGB: Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs des bevorzugten Abkömmlings als Ansatzpunkt, allerdings § 2325 BGB auch bei einer gemischten Schenkung bezüglich des Überschusses anwendbar (Pal. § 2325, RN 9). – Neuregelung der Verfügung zugunsten einer eigentlich unabänderlich und unwiderruflich eingesetzten dritten Schlusserbin, die „hoffnungslos überschuldet“, aber selbst kooperationsbereit ist: Ungeeignetheit einer Testamentsanfechtung (selbst bei Beweisbarkeit eines Irrtums ist jedenfalls §§ 142 I, 2270 I BGB nicht gewollt), Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB in Abgrenzung zu Erbverzicht bzw. Pflichtteilsverzicht gemäß § 2346 BGB (Schlusserbe ist nicht gesetzlicher Erbe i.d.S.), dabei eigenständige Urkunde gemäß §§ 2347 II 1, 2348, 2352 S. 3 BGB, aber Möglichkeit einer Abhängigkeit von anderen günstigen Regelungen (Bedingung) – Davon abhängig: Sicherstellung der Versorgung der überschuldeten bisherigen Schlusserbin, um Gläubigerzugriff zu verhindern (sog. „Bedürftigentestament“). ⇒ Gestaltungsmöglichkeiten: wiederkehrende Vermächtnisse unterhalb der Pfändungsfreigrenzen oder Vor- und Nacherbfolge (⇒ § 2113 ff BGB!) mit Anordnung der Testamentsvollstreckung (⇒ § 2214 BGB!).

#### Termin Juni 2017 / Klausur Nr. 4:

Kautelarjuristisches Gutachten aus dem Immobilienrecht mit drei Teilen.

**Probleme des Falles:** Teil 1: Veräußerung einer Immobilie durch eine Erbengemeinschaft aus Mutter und minderjähriger Tochter: Notwendigkeit gemeinschaftlichen Vorgehens (§§ 2032, 2038, 2040 BGB), Grenzen der Vertretungsmöglichkeiten durch die Mutter: trotz „Doppelrolle“ kein Ausschluss der Vertretungsmacht der Mutter nach §§ 181, 1795 II, 1629 BGB (sog. gleichgerichtete Willenserklärungen; vgl. Pal. § 2040, RN 4; OLG Hamm FamRZ 2014, 492), also keine Notwendigkeit eines Pflegers (§ 1915 I BGB) – aber: Notwendigkeit einer familiengerichtlichen Zustimmung wegen §§ 1643 I, 1821 I Nr. 1, Nr. 4 BGB – dinglich abgesicherte Übertragung der öffentlich-rechtlichen Räum- und Streupflicht auf den Erwerber und etwaige spätere Eigentümer: Untauglichkeit einer Grunddienstbarkeit gemäß § 1018 ff BGB zwecks Verpflichtung zu *aktiven* Handlungen (Pal. § 1018, RN 5), aber Möglichkeit einer Reallast gemäß § 1105 BGB.

Teil 2: Schenkweise Übertragung eines anderen Grundstücks von der Mutter (Alleineigentümerin) an die Tochter: Vorbehalt eines dinglichen Rechts der Veräußererin zum Wohnen und zusätzlich Vermieten an nur einer von zwei Wohnungen des (nicht nach WEG aufgeteilten) Hauses: statt Nießbrauch gemäß § 1030 BGB (lässt sich nach h.M. nicht auf eine einzelne Wohnung beschränken; vgl. Pal. § 1030, RN 6; BGH NJW 2006, 1881 [RN 20]) hier besser Wohnungsrecht i.S.d. § 1093 BGB: § 1092 I 2 BGB ermöglicht Vermietung; dabei Erweiterung der Unterhaltungspflichten des Berechtigten über §§ 1041, 1093 I BGB hinaus nur schuldrechtlich möglich. – Auswirkungen der Minderjährigkeit der Erwerberin: Notwendigkeit eines Pflegers (§ 1915 I BGB) wegen §§ 181, 1795 II, 1629 BGB, dabei wegen teilweiser Vermietung (§ 566 BGB!) keine Einschränkung analog § 107 BGB wegen ausschließlichen rechtlichen Vorteils – keine Anwendung von §§ 1643 I, 1821 I BGB auf *Erwerb* durch Minderjährige, trotz Einräumung dinglicher Rechte an Veräußerer auch nicht § 1821 I Nr. 5 BGB (Pal. § 1821, RN 15) – Auswirkungen der Übereignung auf eine vorhandene Sicherungsgschuld zugunsten einer Bank bei Beibehaltung der Schuldnerrolle aus (weitgehend bereits getilgter) Darlehensverbindlichkeit: Änderung Sicherungsabrede dahingehend, dass Grundschild nur noch Restschuld sichert, aber sonst keine weiteren gegenwärtigen oder zukünftigen



Verbindlichkeiten der Mutter – Prüfung eines Rangrücktritts der Bank gegenüber dinglichem Nutzungsrecht (§ 880 BGB); wenn die Bank (wie üblich) ablehnt: Verpflichtung der Tochter, die Grundschild nach Tilgung des Darlehens löschen zu lassen und Löschungsvormerkung für Mutter nach § 1179 BGB.

Teil 3 (nach Zeitsprung in die Zukunft): spätere Überprüfung der Wirksamkeit (§ 125 BGB) des Immobilienkaufvertrags: Frage der rechtlichen Verbindung und Beurkundungspflichtig (§ 311b BGB) hinsichtlich zusätzlicher bauvertraglicher Abreden zwischen dem Käufer und einem dritten Bauunternehmer (Pal. § 311b, RN 34). – Hilfsweiser Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag trotz Haftungsausschluss wegen Nichtinformation über Selbstmord eines Vorbesitzers: Prüfung des weiten Beschaffenheitsbegriffs des § 434 BGB sowie des Umfangs der Pflicht zur ungefragten Information und des subjektiven Arglisttatbestands der §§ 444, 123 I BGB, hier bei Vertragsinhalt gewordener Abrissabsicht des Käufers.

#### Termin November 2016 / Klausur Nr. 4:

Beratungsklausur (Gutachten, teilweise rückblickend, teilweise zur künftigen Gestaltung) zu Fragen aus dem Erbrecht, Gesellschaftsrecht und Grundstücksrecht, wobei zwei Teile bestanden, die in unterschiedlichen Zeitphasen mit neuen Ereignissen in der Zwischenzeit spielten.

**Probleme des Falles: Teil 1 (Phase 1):** Prüfung der Eigentumslage an zwei Grundstücken und damit einer Erbfolge nach dem Zweitverstorbenen aus einem Ehegatten-Erbvertrag (§§ 2274 ff BGB) mit offensichtlich vollständig vertragsmäßigen Verfügungen i.S.d. §§ 2278, 2289 I 2 BGB mit sog. „Einheitslösung“ und Ersatz-Schlusserbeneinsetzung (§§ 2096, 2279 I BGB, hier identisch zur Anwachsung beim anderen Schlusserben gemäß § 2094 BGB). – Veräußerung von einem von zwei geerbten Grundstücken an eine „UG & Co. KG“, die dort ein Bauprojekt betreiben will: Erläuterung des Wesens der „UG & Co. KG“ (Sonderfall der „GmbH & Co. KG“ mit geringer Kapitalausstattung der UG als Komplementär der KG, vgl. § 5a GmbHG) und Frage der Vertretung derselben durch den Prokuristen gemäß § 49 I HGB mit Problem des § 49 II HGB (Handelsregister enthielt keine derartige „Grundstücksklausel“, obwohl eintragungspflichtig i.S.d. § 53 I HGB [vgl. Baumbach/Hopt § 53, RN 3]), daher wäre gemäß §§ 125 I, 161 II HGB die Vertretung durch die UG [Unternehmergesellschaft], also deren Geschäftsführer (§ 35 I GmbHG) nötig oder Einzelvollmacht mit Nachweis nach § 29 GBO bzw. isolierte Grundstücksklausel in der Form des § 29 GBO, die dann im Zusammenspiel mit dem HReg (dort Prokura erkennbar), die Vertretungsbefugnis auch in formaler Hinsicht (öffentlich-beglaubigte Form für das Grundbuchamt) ergibt. – Regelung eines Rechts auf Verlegung eines Abwasserkanals für ein Bauprojekt der Erwerberin auf dem beim Veräußerer verbleibenden Grundstück: Vereinbarung einer Grunddienstbarkeit gemäß §§ 1018 ff, 873 BGB, Fragen der Form der schuldrechtlichen Abrede (normalerweise kein Fall von § 311b I BGB, hier aber anders wegen des gewollten Zusammenhangs mit der Grundstücksveräußerung) bzw. der dinglichen Einigung (§ 873 BGB). – Einräumung des ersten Ranges vor einer vorhandenen Sicherungsgschuld, deren Löschung nicht beabsichtigt ist (Rangrücktritt, §§ 879, 888 BGB, § 19 GBO).

**Teil 2 (Phase 2):** Prüfung der Erbfolge nach Auftauchen zweier neuerer Urkunden mit letztwilligen Verfügungen der Erbvertragsschließenden: Anwendbarkeit von § 2292 BGB auch auf die nur teilweise Änderung des Erbvertrags (hier: für den Fall entscheidende Änderung beim Ersatzschlusserben: Nachfolge wie in Auslegungsregel des § 2069 BGB angeordnet), Wille zur gemeinschaftlichen Verfügung und Formwirksamkeit gemäß §§ 2265, 2267, 2247 BGB bei zwei getrennten handschriftlichen Urkunden. – Prüfung des Eigentümererwerbs der Gesellschaft mit Ablehnung von §§ 873, 925 BGB (kein Alleineigentum des Veräußerers, sondern Gesamthandseigentum, vgl. §§ 2032 ff BGB), Ablehnung von § 892 BGB (keine Grundbucheintragung des Veräußerers selbst, sondern noch des Erblassers) und Nichtanwendbarkeit von § 2366 i.V.m. §§ 873, 925 BGB (statt mit Erbschein war Umschreibung unter Vorlage von Erbvertrag und Sterbeurkunde erfolgt). – Prüfung der



Möglichkeiten zur diesmal wirksamen Eigentumsverschaffung unter Mitwirkung der minderjährigen Miterben: Am praktikabelsten Heilung des bisherigen Vertrags durch Zustimmung von deren Mutter (alleinvertretungsberechtigt als Witwe gemäß §§ 1626, 1629 BGB) und des Familiengerichts (§§ 1821 Nr. 1, Nr. 4, 1643 IV BGB), dabei Anwendung von §§ 185 II 1. Alt., 182 II BGB bzgl. Auflassung bzw. §§ 19, 29 GBO bzgl. Grundbucheintragung (wegen Nachweis beim Grundbuchamt); zuvor am besten dreiseitiger Vertrag zwischen allen Beteiligten mit schuldrechtlicher Verpflichtung zur Zustimmung Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung.

#### Termin Mai 2016 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarklausur (Gutachten) zu Fragen aus dem Gesellschaftsrecht und teilweise auch aus dem Erb- und Familienrecht.

**Probleme des Falles:** Gründung einer Kommanditgesellschaft aus bestehendem einzelkaufmännischem Unternehmen mit Aufnahme zweier Kinder des Inhabers (§ 28 HGB) – Vor. der Mitwirkung eines minderjährigen Kommanditisten: Bestellung eines Ergänzungspflegers (§§ 1629 II, 1795, 1909 BGB) wegen Beschränkung der Vertretungsmacht des Vaters nach §§ 181, 1795 II, 1629 II BGB (kein ausschließlicher rechtlicher Vorteil) sowie Genehmigung des Familiengerichts (vgl. § 151 Nr. 5 FamFG und § 1915 I 3 2. Hs. BGB) wegen §§ 1915 I, 1822 Nr. 3 BGB. – notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags nach § 311b I BGB oder § 518 BGB unnötig (Kommanditvertrag selbst als *Vollzug* i.S.d. § 518 II BGB) – Ausschluss der Haftung der Kommanditisten, u.a. des § 176 I HGB (Beitritt unter aufschließender Bedingung der HReg-Eintragung) sowie Einlagebringung i.S.d. §§ 171, 172 HGB (durch den Komplementär als Drittschuldner, evtl. auch eingetragene Haftsumme kleiner als die Einlage im Innenverhältnis). – Regelung von Geschäftsführung und Vertretung mit möglichst geringen Kompetenzen der Kommanditisten (Abdingbarkeit von § 164 S. 1 2. Hs. HGB bis auf „unantastbaren Kern“; vgl. Baumbach-Hopt [= B.H.] § 164, RN 6) – Unkündbarkeit für 20 Jahre: grds. Zulässigkeit einer bestimmten Zeitdauer, aber Grenze v.a. bei Umgehung des Zwecks von § 723 III BGB (Einzelfallfrage, vgl. B.H. § 132, RN 12 f.), v.a. aber Unabdingbarkeit der Kündigung aus wichtigem Grund gemäß §§ 723 I, III BGB, 105 III, 161 II HGB (hier v.a. § 723 I 2 Nr. 2 BGB wegen Minderjährigkeit!) – Beschränkbarkeit der Abfindungsansprüche (§§ 738 BGB, 105 III, 161 II HGB) für den Fall des Ausscheidens und deren Grenzen (vgl. B.H. § 131, RN 58 ff) – Regelung der Nachfolge bei Tod des Komplementärs: Abgrenzung von (v.a. rechtsgeschäftlicher) Nachfolgeklausel und Eintrittsklausel unter Vermeidung der Übernahme der persönlichen Haftung durch den Nachfolger: zusätzliche Gründung einer GmbH als zweiter Komplementär, um bei Tod den Anteil des einzigen „menschlichen“ Komplementärs bei dessen Erbin in Kommanditanteil verwandeln zu können, dabei künftige Ausnutzung der Möglichkeiten von §§ 139, 161 II HGB durch die Erbin bzw. Regelung einer sog. Umwandlungsklausel (vgl. B.H. § 139, RN 61; sicherer, weil nicht wie bei § 139 I, II HGB von der künftigen Zustimmung der anderen Gesellschafter abhängig) – volle Vertretungsmacht ohne Haftungsrisiko für einen der Kommanditisten: Einräumung einer Geschäftsführerposition der Komplementär-GmbH an einen der Kommanditisten (§ 35 GmbHG i.V.m. § 125 HGB): keine Verletzung des Grundsatzes der Selbstorganschaft. – Prüfung von künftigen Pflichtteilsansprüchen eines dritten Abkömmlings (§ 2303 BGB), der bei Unternehmensübergabe keine Zuwendungen erhalten soll, dabei Auswirkung des Pflichtteilsverzichts [nicht Erbverzichts] der Mutter dieses Abkömmlings (vgl. § 2346 II BGB): keine Anwendung von § 2310 S. 2 BGB (vgl. Pal./Weidlich § 2310, RN 2). – Prüfung von Möglichkeiten einer Reduzierung dieses Pflichtteilsanspruchs unter Ausschluss von Zugewinnrisiken im Scheidungsfall: statt bisheriger vollständiger Gütertrennung nun gemäß §§ 1408, 1410 BGB Vereinbarung der Gütertrennung nur für den Fall der Scheidung (vgl. Pal./Brudermüller § 1408, RN 24) ⇒ erhöhter Ehegattenerbteil (§§ 1371, 1931 BGB) reduziert Pflichtteilsquote des Abkömmlings!



#### Termin November 2015 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Beratungsklausur (Gutachten) zu Fragen aus dem Erbrecht, wobei nur die letzte von vier Aufgaben eine „echte“ kautelarjuristische Arbeit darstellte.

**Probleme des Falles:** Teil 1 (Prüfung der Erbfolge): Wirksamkeit eines sukzessive erstellten gemeinschaftlichen Ehegattentestaments gemäß §§ 2265, 2267 BGB mit Einheitslösung i.S.d. § 2269 BGB, Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung gemäß §§ 2270 I, II 2. Alt. BGB (nur) gegenüber dem Abkömmling des *vorverstorbenen* Ehegatten (⇒ hier: die Mandantin). – Rechtsfolgen einer unterbliebenen (und evtl. auch gemäß § 2079 S. 2 BGB ausgeschlossenen) Selbstanfechtung wegen Wiederheirat (§ 2281 BGB analog i.V.m. § 2079 BGB): §§ 2285, 2283 BGB analog. Prüfung der Formwirksamkeit späterer i.S.d. § 2258 BGB kollidierender Verfügungen sowie deren Unwirksamkeit wegen Verstoß gegen die Bindung gemäß § 2271 II 1 BGB, dabei u.a. Frage der ausnahmsweisen Formgültigkeit eines zerrissenen (§ 2255 BGB), aber wieder zusammengeklebten und mit neuen Umschlagerklärungen ergänzten Einzeltestaments des überlebenden Ehegatten (vgl. Pal./Weidlich § 2255, RN 12). – Teil 2: Prüfung eines Vermächtnisanspruchs eines Dritten gemäß §§ 2147, 2154, 2174 BGB (Wahlvermächtnis): Prüfung der Formwirksamkeit eines weiteren Testaments mit mehreren Blättern, von denen nur das letzte unterschrieben ist (vgl. Pal./Weidlich § 2247, RN 11) sowie Frage des Verstoßes gegen die Bindung gemäß § 2271 II BGB bei beschränktem Änderungsvorbehalt im Ehegattentestament (vgl. Pal./Weidlich § 2271, RN 20 ff). – Teil 3: Prüfung von Ansprüchen wegen Grundstücksübertragung zu Lebzeiten: analoge Anwendung von § 2287 BGB (Pal./Weidlich § 2247, RN 11) i.V.m. § 822 BGB gegen den Weiterbeschenkten (BGH NJW 2014, 782; Pal./Weidlich § 2287, RN 12). – Teil 4: Regelung von Schutzmöglichkeiten gegenüber einer ungewünschten Weiterveräußerung: Untauglichkeit von Bedingungen wegen § 925 II BGB, aber Möglichkeit des vertraglichen Rückforderungsrechts mit dinglicher Absicherung des künftigen Rückgewähranspruchs durch Vormerkung (§§ 883 II, 888 I BGB).

#### Termin Mai 2015 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Beratungs- bzw. Kautelarklausur (Gutachten) zu Fragen aus dem Erbrecht und Sachenrecht.

**Probleme des Falles:** Teil 1: Vorbereitung der Regelung der Erbfolge für Ehegatten. Ziel einer beiderseits *sofort* verbindlichen Regelung (⇒ Erbvertrag mit vertragsmäßigen Verfügungen i.S.d. §§ 2278, 2289 BGB statt dem zu Lebzeiten nach § 2271 I BGB widerruflichen gemeinschaftlich Testament) – Immer auch ungefragt zu prüfen: Ausschluss der Selbstanfechtung gemäß §§ 2281, 2079 BGB – Abgrenzung zwischen Trennungslösung (§§ 2100 ff BGB) und Einheitslösung mit Vollerbschaft des überlebenden Ehegatten: hier (mit einer zu regelnden Ausnahme) relative Freiheit gemäß §§ 2286, 2287 BGB gewünscht statt §§ 2113 ff, 2136 BGB. – Beschränkung der Verfügungsfreiheit über Familienheim: Wegen § 137 BGB Regelung eines gemäß §§ 883 II, 888 I BGB vormerkungsgesicherten i.S.d. §§ 158 I, 883 I 2 BGB bedingten Verschaffungsanspruchs der Kinder (Abrede zu Lebzeiten gewünscht, also nicht Vermächtnis) – „Obsternterecht“ als Vermächtnis (§§ 2147, 2174 BGB) zugunsten eines Nachbarn, dabei Abgrenzung zwischen Nießbrauch, Grunddienstbarkeit und – hier – persönlicher Dienstbarkeit i.S.d. §§ 1090 ff BGB – Vorabzuwendung von Dividendenansprüchen (bereits beim ersten Erbfall) an die gemeinsamen Abkömmlinge: evtl. Prüfung eines Nießbrauchsvermächtnisses gemäß §§ 2147, 2174, 1068 BGB ⇒ Streit, ob Stimmrechtsausübungsrecht – wie gewünscht – beim Eigentümer bleibt (vgl. Pal./Bassenge § 1068, RN 3). ⇒ wohl vorzugswürdig: Forderungsvermächtnis gerichtet auf Abtretung der künftigen Ansprüche auf Dividendenzahlungen – Privilegierung eines der beiden Abkömmlinge beim Tod des letztversterbenden Vaters: Vorausvermächtnis gemäß § 2150 BGB statt Teilungsanordnung gemäß § 2048 BGB. – (Ausnahmsweise) keine Prüfung von Folgen für Ansprüche auf Pflichtteil und Pflichtteilsergänzung gewünscht.



Teil 2: Gutachten zur Klärung einzelner Probleme eines geplanten Immobilienerwerbs: Abgrenzung der Erwerbsmöglichkeiten einer Personenmehrheit, also Miteigentum gegenüber GbR (vgl. §§ 899a BGB, 47 II GBO), hier letzteres wegen gewünschter leichter („notarfreier“) Übertragbarkeit der Anteile (vgl. Pal./Grüneberg § 311b, RN 3 und RN 9). – Schaffung vonreditsicherheiten: Bestellung einer Sicherungsgrundschuld (als Valutierungsvoraussetzung) an dem erst noch zu erwerbenden Grundstück unter – zwingend für diesen risikofreien – Mitwirkung des Noch-Eigentümers (Finanzierungsvollmacht des Veräußerers mit eingeschränkter Sicherungsabrede [„Verwertungsrecht nur bei Tilgung der Kaufpreisschuld“], §§ 873, 1191, 164 I BGB und Valutierung gegenüber dem Verkäufer) – Löschung einer Grunddienstbarkeit (Bierausschankverbot; vgl. hierzu Pal./Bassenge § 1018, RN 24) wegen Nutzlosigkeit für den Eigentümer des herrschenden Grundstücks: Voraussetzungen des automatischen Erlöschens (⇒ § 894 BGB!) wegen Wegfall des Vorteils für das herrschende Grundstück (vgl. § 1019 S. 1 BGB; Pal./Bassenge § 1018, RN 35; § 1019, RN 1; OLG München, Urteil vom 28. Oktober 2011, Az. 34 Wx 19/11).

#### Termin November 2014 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Beratungs- bzw. Kautelarklausur in der Variante Mandantenschreiben zu Fragen aus dem Sachen-, Erb- und Mietrecht.

**Probleme des Falles:** Teil 1: Überprüfung eines privatschriftlich vereinbarten Vorkaufsrechts und Klärung der notwendigen „Verbesserungen“: Formbedürftigkeit gemäß § 311b I BGB (Pal. § 311b, RN 11), keine Vermeidung des Notars durch einen „Erwerb durch Zahlung einer erhöhten Miete“ (Mietkauf, Erbpacht ebenfalls beurkundungspflichtig, fehlender Schutz gegen den Dritterwerber selbst. ⇒ Notwendigkeit der Einführung des Schutzes der §§ 883, 888 I BGB mit Abgrenzung des dinglichen Vorkaufsrechts der §§ 1094 ff BGB zum (wegen größerer Flexibilität meist besser geeigneten) vormerkungsgesicherten schuldrechtlichen VKR bzw. zum vormerkungsgesicherten Ankaufsrecht. – Ausweitung des Schutzes auch gegenüber Übertragungsformen, die nicht Kauf darstellen (Schenkung, Versteigerung u.a.; vgl. dazu Pal. § 463, RN 5) durch Wahl des Ankaufsrechts (vgl. dazu Pal. Vorbem. Vor § 463, RN 14). – Kein Schutz des § 883 II BGB gegen Vermietung (Wirkung des § 566 BGB ist keine „Verfügung“; vgl. Pal. § 566, RN 8, BGH NJW 1989, 451; NJW 2006, 1800), Abdingbarkeit von § 566 BGB allenfalls durch Vertrag Vermieter/Mieter (Pal. § 566, RN 5), nicht Vormerkungsinhaber.

Teil 2: Prüfung der Möglichkeiten einer vorweggenommene Erbfolge: Übertragung von Mietshäusern (bisher Miteigentum der übertragenden Eltern) an zwei volljährige Kinder: Ziel der Notwendigkeit gemeinsamer Entscheidungen der beiden Erwerber (⇒ Gesamthandseigentum einer GbR (oder gar Vermögensverwaltungs-OHG gemäß § 105 II 2. Alt. HGB) statt Miteigentum. – Dauerhafte und sichere Regelung einer betragslich fixierten Beteiligung der übertragenden bisherigen Miteigentümer an den Einnahmen (u.a. Abgrenzung von v.a. Nießbrauch zu Leibrente mit Reallast als dinglicher Sicherung). – Änderung eines vorhandenen handschriftlichen gemeinschaftlichen Ehegattentestaments: keine Begrenzung durch § 2271 BGB bei *gemeinsamem* Vorgehen beider Erblasser, Regelung der „Unabänderlichkeit“ der Schlussereinsetzung einer Nichte bzw. des Ersatzerben: Abgrenzung der Trennungs- von der Einheitslösung, Notwendigkeit einer klaren Regelung über die *Wechselbezüglichkeit* (§§ 2270, 2271 BGB) statt bloßem Verlassen auf Auslegungsregeln (hier § 2270 II 2. Alt. BGB) als Folge des kautelarjuristischen Gebots der Risikominimierung. Evtl. Diskussion eines Erbvertrags mit noch stärkerer Bindung und mehr Flexibilität über entsprechende *vertragsmäßige* Abreden (§§ 2278, 2289 BGB), Notwendigkeit der notariellen Beurkundung eines bereits privatschriftlich vereinbarten Pflichtteilsverzichts der Abkömmlinge (§ 2348 BGB!), dabei Übertragung der Immobilien als Druckmittel für die hierbei nötige Mitwirkung der Abkömmlinge.

Teil 3: Vermietung einer Wohnung unter möglichst umfassender Einschränkung der Gefahr der Mieterfluktuation: Gefahr von „AGG-Ärger“ (evtl. mittelbare Altersdiskriminierung, §§ 1, 3 II, 19,



20, 21 AGG) bei völligem Verzicht auf Vermietung an Studenten. Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts bei wirksamer Befristung (siehe § 542 BGB) bei Wohnraummiete i.d.R. unzulässig (§ 575 BGB), nach BGH aber Bestehen der Möglichkeit einer Abrede des vorübergehenden Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts (angeblich keine Umgehung von § 575 BGB und § 573 V BGB) und Grenzen solcher Abreden über § 307 BGB bei Vorliegen von AGB (*Vier-Jahres-Obergrenze* und Grundsatz der „Waffengleichheit“, Besonderheiten bei speziellen Studentenwohnräumen; vgl. etwa Pal. § 573c, RN 3).

#### Termin Mai 2014 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Beratungs- bzw. Kautelarklausur in der Variante Mandantenschreiben zu Fragen aus dem Mietrecht.

**Probleme des Falles:** Teil 1: Details zur Vererbung der Mieterstellung und zu den Übernahmemöglichkeiten gemäß § 563 BGB sowie zu den Reaktionsmöglichkeiten des Vermieters bei Tod des alleinigen Mieters [die hier enterbten Familienangehörigen waren zuvor erlaubnisfreie Dritte i.S.d. § 540 BGB], Ablehnung der Übernahme durch Ehefrau (vgl. §§ 563 I 1 BGB), eventuelle Übernahme durch 17-jährige Mietertochter (vgl. §§ 563 II 1, III 2 BGB, §§ 107 ff BGB), andernfalls Übergang auf den Erben (§§ 1922, 564 BGB). – Prüfung der Kündigungsmöglichkeiten alternativ für Übernahme oder Nichtübernahme, vgl. §§ 563 IV, 573d bzw. §§ 564 S. 2, 573d BGB. – Haftung für Altverbindlichkeiten (Betriebskosten; §§ 1967, 563b I, 564 BGB). – Prüfung des Umfangs bzw. der Wirksamkeit und des Übergangs vorhandener Mietsicherheiten: Bürgschaftserklärung grds. als Sicherheitsleistung des Mieters i.S.d. § 551 BGB mit Folge der Kondizierbarkeit bei Verletzung der Grenzen (Pal./Weidenkaff § 551, RN 3; BGH Life & Law 2013, 467), keine Anwendung aber u.a., wenn ein Dritter ohne Aufforderung des Vermieters aus eigenem Antrieb eine Bürgschaftserklärung abgegeben hatte (BGH NJW 1990, 2380). – Prüfung eines Anspruchs auf Rückgabe der Kaution (Pal./Weidenkaff § 551, RN 14), hier bei Tod des Mieters mit noch ungeklärter Nachfolge in den Mietvertrag (Streitfrage im Falle der Übernahme: evtl. Verdrängung von § 1922 BGB, vgl. Pal./Weidenkaff § 563b, RN 5), Verhältnis zur Vermieter-Nachforderung auf die Betriebskostenabrechnung, Aktivlegitimation für etwaigen Rückforderungsanspruch. – Teil 2: Beratung über eine geplante Wohnungsveräußerung nach Aufteilung in Wohnungseigentum: Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 BGB, Anwendbarkeit nur auf den ersten Verkaufsfall (Pal./Weidenkaff § 577, RN 1), Prüfung des Umfangs des Schutzes des Mieters (rein schuldrechtlicher Anspruch gemäß §§ 433 I, 464 II, 577 BGB, keine vorherige Sicherung *des Mieters* durch Vormerkung möglich; Pal./Weidenkaff § 577, RN 6), Prüfung etwaiger Umgehungschancen (kein Fristbeginn bei Nichtinformation, aber ggf. Vormerkung für *den Käufer* mit Wirkung der §§ 883 II, 888 I BGB) und der Ansprüche des Mieters (v.a. §§ 280 I, III i.V.m. § 281 oder § 283 BGB) in diesem Fall. Absicherung gegenüber der Kaufinteressentin: Regelung eines Rücktrittsrechts im Kaufvertrag mit dieser „Dritten“. ⇒ Zwar kein Entfallen des Vorkaufsfalles (§§ 465, 577 I 3 BGB), wohl aber dadurch Schutz vor einer Schadensersatzhaftung gegenüber der Käuferin (wäre sonst wiederum §§ 280 I, III i.V.m. § 281 oder § 283 BGB).

#### Termin November 2013 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarklausur in der Variante Mandantenschreiben zu Fragen einer Unternehmensgründung (Reiseveranstalter) und Ausarbeitung von Muster-AGB für die Verträge mit den Kunden („Reisebedingungen“).

**Probleme des Falles:** Teil 1 (Gesellschaftsrecht): Prüfung der passenden Gesellschaftsart mit dem Ziel einer Haftungsbegrenzung beider Gesellschafter bei Angabe weiterer Wünsche: keine GmbH & Co. KG (weil nur eine einzige Gründung gewünscht), keine Aktiengesellschaft, keine Limited (nur deutsches Recht gewollt). ⇒ Wegen Quasiabschaffung der früher möglichen „GbR mit beschränkter



Haftung“ (= Beschränkung der Vertretungsmacht im Gesellschaftsvertrag) durch den BGH (vgl. BGHZ 142, 315; 146, 341; Pal. § 714, RN 18) also letztlich GmbH-Gründung! Weiter: Prüfung von Risiken bei Geschäftsbeginn vor Handelsregistereintragung der Gesellschaft (⇒ Haftungsregeln in der Vor-GmbH); Mitspracherechte der Mutter als Gesellschafterin ohne Erteilung von Vertretungsmacht (Alleingeschäftsführerstellung der Mandantin), Aufbringung der gesetzlichen Mindesteinlage, dabei v.a. Bewertung von Sacheinlagen, Regeln der korrekten Firmierung, Kaufmannseigenschaft.

Teil 2: AGB- und Vertragskontrolle eines Reisevertrages, mit derzeit insgesamt 12 Klauseln: unzutreffende Angabe des Zustandekommens des Vertrags in Alt-AGB („Buchung“ noch nicht als Vertragsschluss, sondern nur als Angebot; vgl. Pal. § 651a, RN 2), Schriftformklausel in AGB (§ 309 Nr. 13 BGB, Umfang des Grundsatzes vom Vorrang der individualabrede, § 305b BGB) – Fälligkeit des Reisepreises (Verstoß gegen § 651k IV BGB, zwingend gemäß § 651m BGB) – Überprüfung eines Änderungsvorbehalts hinsichtlich Reisedetails (Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB) und Reisepreis (ebenfalls von § 308 Nr. 4 BGB erfasst, zusätzlicher Verstoß gegen § 651a V BGB) – Verstoß einer Umbuchungsklausel gegen § 308 Nr. 4 BGB (BGHZ 119, 169; Pal. § 307, RN 125) – Voraussetzungen des Eintritts eines Dritten (§ 651b BGB) – Prüfung von Kündigungs- oder Rücktrittsrechten des Veranstalters bei Pflichtverletzungen des Reisenden (Pal. § 651a, RN 7) – Grenzen des § 308 Nr. 3 BGB für Rücktrittsvorbehalt – Kündigung wegen höherer Gewalt (Prüfung von §§ 651j, 651m BGB) – (evidente) Unwirksamkeit des Ausschlusses der Mängelhaftung (§§ 651c ff, 651m BGB) – unwirksame Gerichtsstandbestimmung (§ 38 ZPO). Prüfung von nötigen bzw. sinnvollen Alternativen und Ergänzungen zum Entwurf: z.B. (!) Beschränkung der Haftung (§ 651h BGB; vgl. Pal. § 307, RN 126), Verkürzung der Verjährung für Mängelgewährleistung (§§ 651m S. 2, 309 Nr. 7 BGB; vgl. BGH NJW 2009, 1486; Pal. § 309, RN 45), klarer Hinweis auf § 651g I BGB (wegen Verschuldensfordernis, vgl. BGH NJW 2007, 2549 = Life & Law 2007, 804), Berücksichtigung der BGB-InfoV.

#### Termin Mai 2013 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Mehrteiliges kautelarjuristisches Gutachten zu Fragen des Erbrechts und der vorweggenommenen Erbfolge.

**Probleme des Falles:** Teil 1: Gestaltung der Erbfolge der beiden Mandanten (Ehepaar): Abgrenzung von Erbvertrag und gemeinschaftlichem Ehegattentestament (§§ 2265 ff BGB): Prüfung der Reichweite der Bindung bei Wechselbezüglichkeit (§§ 2270, 2271 BGB) bzw. Vertragsmäßigkeit (§§ 2278, 2289 I BGB) und Abstimmung mit den Detailvorstellungen der Erblasser – Prüfung und Reduzierung von Ansprüchen eines ungeliebten Abkömmlings (nur des Mannes), wobei offenbar alleine Verfügungen von Todes wegen und güterrechtliche Abreden (also nicht vorweggenommene Erbfolge nach Sachenrecht) gewünscht sind. ⇒ Bei Ehefrau Regelung einer Vor-/Nacherbschaft mit gleichzeitiger Benennung einer Ersatznacherbin (Verein mit sozialer Zweckrichtung), keine Gefahr von Pflichtteilsansprüchen. Beim Mann (= Vater): Reduzierung des gemäß § 2333 BGB praktisch unentziehbaren Pflichtteils aus § 2303 I BGB: Untauglichkeit von belastenden letztwilligen Verfügungen wegen §§ 2305, 2306 BGB, aber Möglichkeit der Reduzierung der *Erbmasse* durch Gütertrennungsabrede gemäß §§ 1408, 1410, 1414 BGB (⇒ Entstehung der Verbindlichkeit gemäß §§ 1378 I, III BGB, hier u.a. wegen § 1374 II BGB in großer Höhe) mit evtl. späterer Rückkehr zur Zugewinnngemeinschaft (Grund: unterschiedliche Pflichtteilsquote wegen § 1931 IV BGB bzw. §§ 1931 I, 1371 I BGB; sog. „Ehevertragsschaukel“), grds. Unanwendbarkeit von § 2325 BGB bei Abschluss von Eheverträgen. – Teil 2: Beratung wegen der Folgen der Überschuldung eines anderen Mandanten, der seiner Frau vor Jahren eine Wohnung geschenkt und übereignet hatte: Prüfung der Gefahr der Rückforderung durch Gläubiger des Mannes. Unbegründetheit eines Anspruches gemäß § 11 AnfG (Fristablauf für § 4 und § 3 I, II [jeweils i.V.m. §§ 7, 8 AnfG], teilweise auch Entfallen des subjektiven Tatbestands). Gefahrenansatz aber: Pfändung und Überweisung (§§ 828, 835, 836 i.V.m. 857 ZPO) eines etwaigen *kraft Gesetzes* entstandenen (und damit pfändbaren) Rückforderungsanspruches gemäß §§ 528, 529 BGB; dabei Abgrenzung zwischen Schenkung und ehebedingter (unbenannter) Zuwendung, Beginn der Zehn-Jahres-Frist des § 529 I a.E. BGB, hier bei



vormerkungsgesichertem Rücktrittsrecht und Bestellung eines Wohnungsrechts i.S.d. § 1093 BGB (Unterschiede zur Handhabung bei § 2325 BGB; vgl. BGH NJW 2011, 3082 = Life & Law 2011, 867). – Weiterer Gefahrenansatz: Pfändung des vertraglichen Rückgewähranspruchs ⇒ Prüfung der Pfändbarkeit des Rücktrittsrechts selbst, da dieses Gestaltungsrecht ist (ThP § 857, RN 7; Musielak/Becker § 857, RN 3). – Prüfung der Gefahrenreduzierung durch nachträglichen Verzicht auf Rücktrittsrecht (oder Einschränkung desselben) mit Frage der Anfechtbarkeit bzw. Insolvenzfestigkeit eines solchen Vorgehens. – Teil 3: Beratung über Vertretung in einem etwaigen künftigen Unglücksfall: begrenzte Reichweite von § 1357 BGB, Drittschuldnerzahlung gemäß § 267 BGB, Prüfung einer rechtsgeschäftlichen „Vorsorgevollmacht“ mit Formfragen (vgl. Pal./Götz vor § 1896 BGB) bzw. einer Betreuungsverfügung mit Details (wie etwa Form, Umfang der Bindung des Gerichts [§ 1897 IV BGB], Rangfolge gemäß § 1899 IV BGB).

#### Termin November 2012 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarjuristisches Gutachten zu Plänen eines kreditfinanzierten Grundstückserwerbs (vollvermietetes Mehrfamilienhaus): Prüfung von Problemen, die sich zeitlich zu mehreren unterschiedlichen Zeitpunkten des Erwerbs stellen.

**Probleme des Falles:** Beurkundungspflichtigkeit eines „Vorvertrags“ mit Erwerbspflicht gemäß § 311b I BGB – Unverzichtbarkeit der Mitwirkung des Notars wegen § 29 GBO bzw. §§ 873 I, 925 BGB. – Ausweitung der Beurkundungspflicht auf Nebenabreden (vgl. Pal. § 311b, RN 31), Notwendigkeit einer Nebenabrede wegen Nichtvorliegens eines gesetzlichen Rechtsübergangs von Nebenrechten, hier: Nichtanwendbarkeit von § 566 BGB auf schuldrechtliche Nutzungsabreden anderer Art, Nichtvorliegen eines Mietvertrags im Fall, weil vereinbarte Pflicht der einen Partei (Zaunerrichtung und -demontage) nicht *Gegenleistung* für die erlaubte Nutzung darstellt. – Notwendigkeit der Begründung eines dinglichen Nutzungsrechts am Nachbargrundstück anstelle der vorhandenen schuldrechtlichen Abrede (hier über Sommer-Freizeit der Mieter des berechtigten Nachbarn): fehlender Schutz schon bei Veräußerung durch den Verpflichteten bzw. bei Insolvenz oder Zwangsvollstreckung gegen ihn (§§ 91 ff ZVG). – Auswahl des optimalen Nutzungsrechts: Ungeeignetheit des Nießbrauchs (= unbeschränkte oder gemäß § 1030 II BGB nur partiell beschränkte Nutzung) und Abgrenzung zwischen Reallast gemäß § 1105 II BGB (wäre auf *aktive* Handlung zur Gewährung einer Nutzung gerichtet) und Dienstbarkeit (hier geeigneter, da Ziel der Nutzer durch bloße Duldung realisierbar; vgl. Pal. Überblick vor § 1105, RN 3) sowie Abgrenzung zwischen persönlicher Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB und Grunddienstbarkeit gemäß § 1018 ff BGB (hier eher passend). – Notwendigkeit der Vereinbarung der Verpflichtung zur Herbeiführung eines solchen dinglichen Nutzungsrechts im Kaufvertrag mit gleichzeitiger Abrede einer betragsmäßig bestimmten Minderungsmöglichkeit für den Fall der Nichtmitwirkung des Nachbarn an diesem dinglichen Nutzungsrecht (ergäbe sich nicht von selbst aus §§ 435, 441 BGB) – vollmachtlose Vertretung bei Kaufvertragsschluss und Auflassung („gleichzeitig“ in § 925 I BGB meint nicht „persönlich“) und nachträgliche Genehmigung mithilfe des Notars (formale Bedeutungsreduzierung von § 182 II BGB wegen § 29 I GBO!) – Prüfung einer konkludenten Zustimmung i.S.d. § 1365 I BGB bei Handeln der Ehefrau als Vertreter des veräußernden Mannes (vgl. Pal. § 1365, RN 18). – Sicherung eines Käuferdarlehens durch Grundschuld, die ersten Rang (also vor dem Nutzungsrecht) bekommen muss (§§ 879 BGB, 10, 11 ZVG): Vereinbarung der üblichen Finanzierungsmitwirkungsverpflichtung (und evtl. -vollmacht) des Verkäufers (wegen § 39 I GBO) samt eingeschränkter Sicherungsabrede (= diese sichert zunächst nur auf den Kaufpreis gezahlte Beträge, überdies evtl. Abtretung des Auszahlungsanspruchs an den Verkäufer). – Auswirkung der zwischenzeitlich eingetretenen Verkäuferinsolvenz (Verlust des Verfügungsrechts gemäß §§ 80 I, 81 I InsO; § 21 II Nr. 2 InsO war bei den vorherigen Abreden nicht einschlägig): grds. kein Schutz der Vormerkung gemäß §§ 883 II BGB, 106 InsO vor ihrem Wirksamwerden (Pal. § 883, RN 19), die wiederum erst mit der Eintragung erfolgt (§ 885 I BGB), auch kein Schutz gemäß § 878 BGB (unmittelbar), da Eigentumseintragung noch nicht beim Grundbuchamt



beantragt, aber Schutz analog § 878 BGB bei Insolvenz nach Antragstellung auf Eintragung *der Vormerkung* (Pal. § 883, RN 24; § 885, RN 11, Antrag mithilfe von § 15 II GBO).

#### Termin Mai 2012 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Zweiteiliges Kautelarjuristisches Gutachten zu Plänen der Veräußerung einer Gaststätte sowie zur Gestaltung eines Testaments.

**Probleme des Falles:** Teil 1: Gaststättenübertragung: Verhinderung des Widerspruchsrechts der Arbeitnehmer aus § 613a VI BGB, hier bei GmbH (100 %ige Tochter der Brauerei-AG) als Arbeitgeber sowie Fortgeltung aller bisherigen Verträge mit Dritten ohne deren Zustimmung. ⇒ statt Wechsel des (unmittelbaren) Betreibers der Gaststätte Veräußerung aller Anteile an der Arbeitgeber-GmbH (Rechtskauf gemäß § 453 BGB) an den Erwerber mit Folge der rechtlichen Kontinuität des Arbeitgebers (GmbH!) trotz „Machtwechsel“ (vgl. Pal. § 613a, RN 6; BAG NJW 2008, 314). – Prüfung bzw. Vereinbarung (evtl. Garantieerklärung) einer Haftung des Veräußerers zur Beschaffenheit der Immobilie (zur Haftung gemäß §§ 434, 453 BGB beim Unternehmensverkauf beim „share deal“ siehe auch Pal. § 453, RN 7, RN 23). – Prüfung der Ausweitbarkeit einer mit dem Erwerber (der GmbH-Anteile; s.o.) getroffenen zehnjährigen schuldrechtlichen Bierbezugsabrede (zur Zulässigkeit vgl. etwa Pal. § 138, RN 81) auf etwaige spätere Betreiber der Gaststätte: Unproblematisch bei Weiterveräußerung der GmbH-Anteile (Kontinuität des Eigentümers) bei Vertragsschluss zwischen Brauerei-AG und Betriebs-GmbH (also nicht Anteilserwerber), Regelungsbedarf aber bei Veräußerung der Immobilie durch die GmbH. ⇒ Prüfung einer dinglichen Absicherung gegen Dritte, etwa über Grunddienstbarkeit gemäß §§ 1018, 873 BGB bzw. – hier grds. geeigneter – beschränkter persönlicher Dienstbarkeit i.S.d. § 1090 I 2. Alt. BGB. ⇒ Grenzen des zulässigen Inhalts einer Verbotsdienstbarkeit v.a. wegen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit des Eigentümers (BGHZ 29, 244; NJW 1985, 2474; vgl. auch Pal. § 1018, RN 13 und RN 25) und Suche nach Alternativen (z.B. völliger Biervertriebsausschluss mit Erlaubnisvorbehalt), Zulässigkeit einer zeitlich unbegrenzten Dienstbarkeit trotz schuldrechtlich begrenzter Laufzeit (Abstraktionsprinzip). – Abtrennung des Eigentums einer derzeit gemäß §§ 946, 94 II BGB mit dem Gebäudeeigentum verbundenen Photovoltaikanlage von diesem und Übertragung auf die Brauerei-AG: *nachträgliche* Herbeiführung der Wirkung von §§ 95 II, 1 2 BGB durch Umwandlung von Bestandteil in Scheinbestandteil (vgl. Pal. § 95, RN 4) durch Vereinbarung eines *zeitlich begrenzten* Nutzungsrechts. ⇒ Suche nach der bestgeeigneten Variante des Nutzungsrechts: dingliche Abrede wegen Gefahr des Eintritts von Sonderkündigungsrechten (§§ 57 ff, 91 ZVG wegen Grundschuldbelastung der betreffenden Immobilie, überdies § 111 InsO). ⇒ Abgrenzung zwischen Nießbrauch (zu umfassend), Grunddienstbarkeit und persönlicher Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB (= unser Vorschlag). Rechtsgeschäftliche Regelung der Übereignung gemäß §§ 929 ff BGB vom derzeitigen Eigentümer (Tochter-GmbH) an die Brauerei-AG (vor Veräußerung der GmbH-Anteile) unter Beachtung von § 181 BGB (Problem der Identität des gesetzlichen Vertreters). Berücksichtigung einer bereits vorhandenen Grundschuld (Haftungsverband gemäß §§ 1120 ff, 1192 I BGB): notwendige Mitwirkung des Gläubigers, da Veräußerung ohne Entfernung geplant ist (vgl. § 1121 BGB). – Teil 2: Gestaltung der Erbfolge des Mandanten in einem Einzeltestament: Alleinerbeneinsetzung der Tochter unter völligem Ausschluss auch mittelbarer Erwerbs- oder Zugriffsmöglichkeiten der Ex-Frau (= Mutter der Tochter): Regelung einer Vor-/Nacherschaf mit gleichzeitiger Benennung einer Ersatznacherbin, Ausschluss der Mitsprache der Mutter der minderjährigen Erbin von der Verwaltung und Benennung eines Vermögenspflegers (§§ 1638, 1917 I BGB).



#### Termin November 2011 / Klausur Nr. 4:

**Formale Aufgabenstellung:** Kautelarjuristisches Gutachten zu Plänen einer Vermögensübertragung eines schwer Erkrankten auf Ehefrau und zwei Kinder mit dem Ziel der „Ausschaltung“ von Ansprüchen eines dritten Kindes.

**Probleme des Falles:** Prüfung von etwaigen künftigen Pflichtteilsansprüchen des „auszuschaltenden“ Kindes S. (hier gemäß §§ 2303 I, 1924 I, II, 1931, 1371 I, 1363 BGB) sowie des „Restumfangs“ infolge Anrechnung von vor Jahren getätigten Zuwendungen: Behandlung von § 2315 BGB bei getätigter Anrechnungsbestimmung ohne Bestimmung zur Behandlung einer eingetretenen Werterhöhung (vgl. Palandt/Weidlich § 2315, Rn. 8), Behandlung einer anderen völlig vergessenen Anrechnungsbestimmung (vgl. Palandt/Weidlich § 2315, Rn. 8), Ausgleichung gemäß § 2316 BGB. – Prüfung der Auswirkungen der Wahl der güterrechtlichen Lösung gemäß § 1373 III BGB (Ausschlagung der Erbeinsetzung durch Ehegattentestament mit Einheitslösung) mit Berechnung des Zugewinnanspruchs (dabei u.a. Anwendung von § 1374 II BGB), der dann die (für den Pflichtteil relevante) Erbmasse reduzieren würde – Prüfung einer Reduzierung etwaiger Ansprüche des „auszuschaltenden“ Kindes S. durch Durchführung der gewünschten Vermögensverteilung bereits zu Lebzeiten. ⇒ Problemverlagerung von § 2303 I BGB (hätte Vorrang z.B. gegenüber einem Vermächtnis, vgl. §§ 1991 IV BGB, 327 I InsO) in den § 2325 BGB mit evtl. Möglichkeit der Ausnutzung der „Abschmelzung“ des § 2325 III 1 BGB und/oder des Niederstwertprinzips durch lebenszeitige Zuwendungen an Ehefrau und anderes Kind. – Zuwendung eines Wertpapierdepots an die Ehefrau mit Zielsetzung der möglichst weitgehenden Negierung einer Schenkung i.S.d. § 2325 I BGB: Prüfung der Zuwendung durch Begründung einer (ggf. nur vorübergehenden) Gütergemeinschaft (vgl. Palandt/Weidlich § 2325, Rn. 12) oder als Abfindung für die Vereinbarung einer Gütertrennung (würde Pflichtteil des Kindes S. wegen §§ 1931 I, IV BGB auf 1/8 erhöhen) oder als Abfindung für Verzicht des Ehegatten auf Pflichtteil oder gesetzliches Erbrecht (§ 2346 I, II BGB). – Zuwendung eines zur Hälfte selbstgenutzten Zweifamilienhauses an die erwachsene Tochter mit u.a. Wunsch der teilweisen weiteren sicheren Selbstnutzung sowie des Weitererhalts der Mieteinnahmen des Obergeschosses: Ungeeignetheit schuldrechtlicher Regelungen (v.a. wegen § 57a ZVG), Abgrenzung von Nießbrauch, Wohnungsdienstbarkeit i.S.d. § 1090-1092 BGB bzw. § 1093 BGB und Wohnungsrealast (§ 1105 BGB). – Regelung einer Absicherung gegen den Zugriff von Gläubigern auf die Immobilie bzw. gegen die Veräußerung derselben: nicht Bedingung wegen § 925 II BGB, aber Rücktrittsrecht mit dinglicher Absicherung: Vormerkung für etwaige künftige Rückgewähransprüche (als Fall von § 883 I 2 BGB anerkannt, dabei grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz beachten!) – Auswirkung der dinglich abgesicherten Weiternutzung auf Pflichtteilsergänzungsansprüche (Nichtbeginn der Fristen bzw. der „Abschmelzung“ des § 2325 III BGB?), Niederstwertprinzip gemäß § 2325 II BGB, (erneut) Auswirkung eines Erbverzichts oder Pflichtteilsverzichts. – Vereinbarung eines „Unterhaltsanspruchs“ eines derzeit minderjährigen Kindes gegen die volljährige Schwester mit dinglicher Absicherung: befristetes Rentenversprechen (hier wohl nicht gemäß § 759 BGB) als Vertrag zugunsten Dritter, abgesichert z.B. mit Realast gemäß §§ 1105 ff BGB).

#### Termin Mai 2011 / Klausur Nr. 4:

**Aufgabenstellung:** Kautelarjuristisches Gutachten zu Plänen einer Vermögensübertragung auf die Kinder.

**Probleme des Falles:** Teil 1: Vermögensübertragung durch Gründung einer Gesellschaft zur Verwaltung eines Mietshauses mit Absicht künftiger abschnittsweiser Übertragung der Gesellschaftsanteile auf die Kinder: Abgrenzung der Möglichkeiten bzw. der Vor- und Nachteile bei GbR, KG (vgl. §§ 105 II, 161 II HGB!) und GmbH & Co. KG. – Frage der Erlangung der Kaufmannseigenschaft von Gesellschaftern. – Beteiligung eines minderjährigen Kindes bei der Gründung und der geplanten künftigen Anteilsübertragung mit Notwendigkeit der Einschaltung eines Pflegers: Beschränkung der



Vertretungsmacht der Eltern nach §§ 181, 1795 II, 1629 II BGB (⇒ Prüfung des ausschließlichen rechtlichen Vorteils [entfällt z.B. schon bei Erwerb von Gesellschafterpflichten, sogar als bloßer Kommanditist]), zusätzliches Genehmigungserfordernis wegen Beschränkung der Vertretungsmacht gemäß §§ 1915 I, 1822 Nr. 3 BGB. – Anwendung von § 311b I BGB bei Einbringung von Immobilien in die Gesellschaft, nicht aber bei der geplanten künftigen Anteilsübertragung. – Vermeidung der unbeschränkten Gründungshaftung (§ 176 HGB) durch aufschiebende Bedingungen. – Teil 2: Unmittelbare Übertragung eines selbstgenutzten Einfamilienhauses an eines der Kinder (volljährig) mit Wunsch der weiteren sicheren Selbstnutzung: Ungeeignetheit schuldrechtlicher Regelungen (v.a. wegen § 57a ZVG), Abgrenzung von Nießbrauch, Grunddienstbarkeit, Wohnungsrealast (§ 1105 BGB) und Wohnrecht i.S.d. § 1093 BGB. – Regelung von Leistungspflichten des Erwerbers an Geschwister: Abgrenzung der Schenkung unter Leistungsaufgabe von anderen Konstruktionen, etwa der Gegenleistung (= gemischte Schenkung) zugunsten Dritter (§ 328 BGB) mit Möglichkeit der dinglichen Absicherung (etwa durch Grundschuld gemäß § 1191 BGB) – Auswirkung der dinglich abgesicherten Weiternutzung auf Pflichtteilergänzungsansprüche (Nichtbeginn der Fristen bzw. der „Abschmelzung“ des § 2325 III BGB?), Niederstwertprinzip. Abgrenzung von Erbverzicht und Pflichtteilsverzicht.

#### Termin November 2010 / Klausur Nr. 4:

**Aufgabenstellung:** Gutachten zur Analyse der erbrechtlichen Lage und zu den Möglichkeiten, diese ggf. umzugestalten.

**Materiell-rechtliche Probleme:** Teil 1: Prüfung von (künftigen) Pflichtteilergänzungsansprüchen gemäß § 2325 BGB zwischen den beiden voraussichtlichen Mitgliedern einer künftigen Miterbengemeinschaft: Unerheblichkeit der Erbenstellung (Unterschied zu § 2303 BGB), Schenkung trotz einer Gegenleistung (Leibrente), „Abschmelzung“ gemäß § 2325 III BGB n.F. trotz Leibrente (Unterschied zum vorbehaltenen Nießbrauch u.a.). Prüfung eines Verzichts des gemäß § 2325 BGB künftig evtl. Anspruchsberechtigten gegen Abfindung: Abgrenzung von Erbverzicht zum Pflichtteilsverzicht (§ 2346 I, II BGB) und Möglichkeit einer Beschränkung des Pflichtteilsverzichts auf den Anspruch aus § 2325 BGB (vgl. Palandt § 2346, RN 15). – Teil 2: Regelung der künftigen Erbfolge und der Nachfolge in eine Kommanditistenstellung zugunsten der (selbst herzkranken) 13jährigen Tochter mit dem Ziel zu verhindern, dass deren Vater (= Ex-Mann der Mandantin) später mittelbar erbt oder irgendwie Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft bekommt. Konkrete Gefahren: Ex-Mann erlangt trotz derzeitiger Alleinsorge der Mutter (§ 1671 BGB) später das Sorgerecht für die Tochter (§ 1680 II BGB) und/oder beerbt seine Tochter (§§ 1922, 1925 BGB). – Regelung einer Vorerbschaft mit Nacherbschaft des Bruders der Erblasserin, evtl. mit Befreiung der Vorerbin gemäß § 2136 BGB. – Ausschluss des Vaters der Zuwendungsempfängerin von deren Vertretung bzgl. der Zuwendungsgegenstände (§§ 1638, 1803 BGB) mit Notwendigkeit einer Zuwendungspflegschaft gemäß § 1909 I 2 BGB (vgl. Palandt § 1909, RN 8), Möglichkeit der Benennung des Pflegers im Testament (§ 1917 BGB). – Erbrechtliche Übertragung des Kommanditanteils (vgl. § 177 HGB) in Abgrenzung zur rechtsgeschäftlichen Übertragung. ⇒ Prüfung von §§ 181, 1795 II, 1629 II 1 BGB und § 1822 Nr. 3 (vgl. Palandt § 1822, RN 9) i.V.m. § 1643 I BGB bzw. § 1915 I 1 BGB. – Testamentsvollstreckung gemäß §§ 2197, 2203 BGB (durch Bruder der Erblasserin), u.a. auch am Kommanditanteil (nach heute h.M. möglich; vgl. BGHZ 108, 195; Palandt § 2205, RN 15, 16; Baumbach/Hopt § 139, RN 24 ff). – Teil 3: Prüfung der Verjährung von Pflichtteilsansprüchen gemäß § 2303 BGB und Pflichtteilergänzungsansprüchen gemäß § 2325 BGB: Anwendbarkeit von § 2332 BGB a.F. (nicht mehr im Schönfelder) statt §§ 195, 199 und § 2332 I BGB n.F. (vgl. Art. 229, § 21 I S. 2 i.V.m. S. 1 EGBGB; hier aber ohne Auswirkung). ⇒ Prüfung der dreijährigen Verjährungsfrist ab „doppelter Kenntnis“ (von Erbfall und Zuwendung) ohne Verschiebung auf das Jahresende. Keine Erstreckung der Hemmung (§ 204 I Nr. 1 BGB) einer Feststellungsklage bzgl. Pflichtteil auf den Pflichtteilergänzungsanspruch als eigenständigen Streitgegenstand (BGHZ 132, 240; Palandt § 204, RN 13).



#### Termin Mai 2010 / Klausur Nr. 4:

**Aufgabenstellung:** Kautelarjuristisches Gutachten zur Vorbereitung von verschiedenen Immobiliengeschäften des Mandanten.

**Probleme des Falles:** Prüfung einer Immobilienveräußerung an eine Zwei-Mann-Außen-GbR: 1. Rechtsfähigkeit und Grundbuchfähigkeit der GbR unter Berücksichtigung der neuen §§ 899a BGB, 47 II GBO. – 2. Haftung der Käufer bei GbR als Vertragspartner (§ 128 HGB analog) und Möglichkeit bzw. Gefahr eines Austauschs der Gesellschafter auf Käuferseite (§ 736 II BGB). – 3. Schaffung einer einfachen Vollstreckungsmöglichkeit für den Fall der Nichtzahlung (⇒ § 794 I Nr. 5 ZPO) – 4. Regelung eines Anspruchs auf Behaltendürfen von 20 % des Kaufpreises (= Anzahlung) für den Fall des vom Verkäufer nicht zu vertretenden Scheiterns des Vertrages: Prüfung der zulässigen Detailvoraussetzungen und Grenzen von pauschalitem Schadensersatz bzw. Vertragsstrafen, dies in zwei Varianten: Veräußerung an gewerbetreibende GbR sowie Veräußerung an einen der beiden GbR-Gesellschafter persönlich mit Zweck der Weitervermietung an gewerbetreibenden GbR (⇒ Prüfung der §§ 307 bis 309 BGB mit und ohne die Wirkung von § 310 I 1 BGB). 5. Möglichkeit und Grenzen eines Gewährleistungsausschlusses beim Immobilienverkauf. – Teil 2: Regelung einer Schenkung an die „unsolide“ und ohne Ehevertrag (vgl. §§ 1363, 1408 ff BGB) verheiratete eigene Tochter: Ziel der Verhinderung eines Profitierens des Schwiegersohnes im Falle der Scheidung davon bzw. von einer mit großer Gewissheit zu erwartenden größeren Wertsteigerung der Immobilie für den Fall der Scheidung (⇒ Wertsteigerung trotz § 1374 II BGB als Zugewinn). Dies in zwei Varianten: mit und ohne Mitwirkung des Schwiegersohnes an den Abreden. Für erste Variante: Abschluss eines Ehevertrags, dabei wohl nicht gleich Gütertrennungsabrede, sondern (leichter „durchsetzbar“) modifizierte Zugewinngemeinschaft mit Ausschluss nur der §§ 1373 ff BGB bei Scheidung (also nicht des § 1371 BGB) oder gar nur Herausnahme der Immobilie selbst aus dem Zugewinnausgleich. In zweiter Variante (keine Mitwirkung): Reduzierung des Endvermögens durch Vereinbarung eines vormerkungsgesicherten Rückgewähranspruchs (oder ggf. Wertersatzanspruchs) des Zuwenders gegen seine Tochter für den Fall von deren Scheidung?