

1. Forderungssicherungsgesetz

Das Forderungssicherungsgesetz vom 23. 10. 2008 (BGBl I 2022) hat ua die §§ 632 a, 641, 648 a und 649 BGB geändert sowie § 641 a BGB aufgehoben. Für Altverträge, die bis zum 31. 12. 2008 abgeschlossen worden sind, gilt aber weiterhin das bisherige Recht (vgl. Art. 229 § 19 EGBGB). Die frühere Fassung der Vorschriften und ihre Kommentierung (Stand 67. Auflage 2008) sind im Folgenden aufgeführt. Auf eine Wiedergabe der Kommentierung des § 649 BGB wurde verzichtet, weil die Vorschrift lediglich ergänzt wurde und der frühere Rechtsstand aus der Kommentierung ohne weiteres ersichtlich ist.

632a Abschlagszahlungen. ¹ Der Unternehmer kann von dem Besteller für in sich abgeschlossene Teile des Werkes Abschlagszahlungen für die erbrachten vertragsmäßigen Leistungen verlangen. ² Dies gilt auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die eigens angefertigt oder angeliefert sind. ³ Der Anspruch besteht nur, wenn dem Besteller Eigentum an den Teilen des Werkes, an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder Sicherheit hierfür geleistet wird.

- 1 **1) Allgemeines.** Eingefügt dch das *Gesetz zur Beschleunigung fäll Zahlgen* v 30. 3. 00 (BGBl I 330; dazu BT-Drs 14/1246 S 1). Literatur: Kiesel NJW **00**, 1673; Kniffka ZfBR **00**, 227; Motzke NZBau **00**, 489; Stapenhorst DB **00**, 909; speziell zu § 632a Karczewski/Vogel BauR **01**, 859, Rodemann BauR **02**, 863. **Neben § 632a** kann der Untern, außer bei Vereinbg (Rn 3), Teilvergütg nur verlangen uU bei Verschlechterg der VermögensVerh des Bestellers (§ 321 Rn 8), in besond AusnFällen auch gem § 242. Nachträgl AndWünsche des Bestellers begründen hinggrdsätzl keinen derart Anspr (Hamm NJW-RR **93**, 313). Nach dem *Entwurf eines FoSiG* (Einf 2 v § 631) sollen künft Abschlagszahlgen für alle Leistgen gefordert werden können, die der Untern dem Besteller in nicht mehr entziehb Weise zur Vf g gestellt hat, auch wenn sie keinen in sich abgeschl Teil des Werks darstellen. Unwesentl Mängel schaden nicht (wie Rn 5), jedoch besteht insow ein LeistgsVR gem § 641 III. Erfdl ist eine prüfb LeistgsAufstellg. Besonderh gelten für BauträgerVertr (§ 632a II E: Abschlagszahlgen nur iR der VO gem EG 244, s Anhang) und BauVertr mit Verbrauchern (Abschlagszahlg nur gg SicherhLeistg des Untern).
- a) Zweck.** Die Vorschr soll den vorleistgspfl Untern entlasten und die mit der Vorfinanzierg verbundenen wirtschaftl Nachteile ausgleichen (sa BGH NJW **85**, 1840). Hierzu übernimmt sie mit Einschränkgen VOB/B 16 Nr 1 (Einf 5 v § 631) in das gesetzl Leitbild des WerkVertr.
- 2 **b) Anwendungsbereich.** *Zeitlich* ist die Vorschr nur auf ab 1. 5. 00 abgeschl Vertr anzuwenden (EG 229 § 1 II 1). *Sachlich* erfasst die Vorschr alle WerkVertr, nicht nur BauVertr, einschl nachträgl VertragsÄnd u ZusatzAuftr. BauträgerVertr s Rn 3.
- 3 **c) Abweichende Vereinbarungen** sind zuläss, sowohl zG des Untern (zB Abschlagszahlgen ohne die Voraussetzgen des § 632a, Karczewski/Vogel [Rn 1] 862; Vorauszahlgen, Rn 4; VOB/B s Rn 9) wie zG des Bestellers (zB Ausschluss von Abschlagszahlgen; Zahlg nur gg VertrErfüllgsBürgsch s Diehr ZfBR **01**, 435). Grenze: § 307, wobei § 632a eine gewisse Leitbildfunktion hat (Baumann/Fabis RNotZ **01**, 101/105; Einzelh § 309 Rn 14); zu einzl Klauseln sa § 641 Rn 9. Das gilt auch für den *Bauträgervertrag* in seinem werkvertragl Teil (Einzelh Voppe BauR **01**, 1165); für ihn gilt nicht § 632a (BGH NJW **07**, 1947), sond öffrechtl MaBV 3, mit den Ausn in MaBV 7 (näher § 675 Rn 14). Die dort vorgesehenen Abschlagszahlgen sind gem der auf der Grdlage von **Art 244 EGBGB** erlassenen **Verordnung** vom 23. 5. 01 (abgedruckt nach § 632a) unbeschadet der Einschränkgen in § 632a zuläss, u zwar auch in vor Inkrafttreten der VO abgeschl Vertr (§ 2 VO, wicht wg der dch BGH NJW **01**, 818 zweifelh gewordenen RLage; Schmidt-Räntsch NZBau **01**, 356). Die VO stellt klar, dass für den BauträgerVertr die Regelg in MaBV 3 u 7, nicht § 632a gesetzl Leitbild ist (Celle NJW-RR **04**, 592), so dass entspr Vereinbgen nicht gg § 307 verstoßen (BGH NJW **07**, 1947 Tz 26; sa Ullmann NJW **02**, 1073, Wagner BauR **04**, 569; krit Thode aaO; differenziert Kanzleiter DNotZ **02**, 819 zur Bürgsch gem MaBV 7). Gg die Wirksamk der VO werden zT Bedenken geäußert (offen BGH NJW **07**, 1947 Tz 249). So im Hinbl auf die KlauselRL u die Rückwirkg zB Thode ZfR **01**, 345, s aber Staudinger DNotZ **02**, 166; zur Diskussion vor VO-Erlass kanzleiter DNotZ **01**, 165, Pause NZBau **01**, 181. Nach Staud/Peters EG 244 Rn 3 ist die VO, da BauträgerVertr keine WerkVertr seien (sa Vorb 2 F v § 633), dch EG 244 nicht gedeckt. *HOAI* s Rn 9.
- 4 **2) Abschlagszahlungen** sind Zahlgen auf bereits erbrachte Teilleistgen, zB Zahlgen entspr Baufortschritt. Sie sind, obwohl § 632a ihre Fälligk von bestimmten EinzLeistgen abhäng macht, keine (abschließde) Vergütg für Teile des Werks (insoweit gilt § 641 I 2), sond Anzahlgen auf die Vergütg für das Gesamtwerk (BGH NJW **99**, 2113). Der Untern ist zur Abrechng seiner Leistgen binnen angem Frist verpflichtet u hat Abschlagszahlgen erst iR dieser Schlussrechng auszugleichen (BGH NJW **02**, 2640; auch bei Überzahlgen, insow gelten §§ 813 II, 272, § 632 Rn 2); der Besteller hat auf vertragl Grdlage Anspr auf Rückzahlg evtl vorhandener Überschüsse (BGH **140**, 365/74 [VOB-Vertr], NJW **02**, 1567 [BGB-Vertr]), der bei Künd des Vertr mit dieser fäll wird (Dresd NJW-RR **00**, 974). Den RückzahlgsAnspr kann der Besteller selbst darlegen (zB dch Gutachten, BGH NJW **03**, 581), Beweislast bzgl des geschuldeten Werklohns beim Untern (Karlsru BauR **03**, 1244); der Bestler kann sich auf eine (ggf korrigierte) Schlussrechng des Untern beziehen, dieser hat dann die Berechtig einer höheren Fdg zu beweisen (BGH NJW **02**, 1567). Wg ihres vorläuf Charakters sind Abschlagszahlgen ohne Einfluss auf Mängelhaftg des Untern, sie können nicht als (Teil)Abnahme gewertet werden (§ 640 Rn 6). – **Vorauszahlungen** betreffen, and als Abschlagszahlgen, Leistgen des Bestellers vor Erbring der entspr GgLeistg des Untern, führen also entgg den allg Grds des WerkVertr zu einer Vorleistg des Bestellers (Zulässigk entspr Vereinbgen in AGB § 309 Rn 13f). Sie werden schon nach ihrem Wesen von § 632a nicht erfasst, sind aber ebenfalls Anzahlgen auf das Gesamtwerk. Bei Bezug auf dieselbe WerkLeistg sind sie auf den Anspr gem § 632a anzurechnen, iR der Schlussrechng sind sie wie Abschlagszahlgen auszugleichen.
- 5 **3) Anspruch auf Abschlagszahlungen.** Er ist verselbständigt Teil des VergütgsAnspr gem § 632, hat vorläuf Charakter u geht daher im VergütgsAnspr auf, sobald dieser gelt gemacht werden kann (BGH NJW-RR **04**, 957; Rn 7). Er richtet sich in erster Linie nach der Vereinbg der VertrPart (Rn 3); fehlt sie, gilt § 632a.
- a) Voraussetzungen:** (1) Erbrachte **Leistung** des Untern, die besteht: Entweder aus einem *Teil des Werks* (S 1). Es muss sich um eine in sich abgeschl Teilleistg handeln (ähnl VOB/B 12 Nr 2, 16 Nr 4; für weite Auslegg Motzke [Rn 1] 490, ferner Baumann/Fabis RhNotK **01**, 101, Voppel BauR **01**, 1165 [zu Teilabschnitten nach MaBV 3 I, sa Rn 3], Rodemann BauR **02**, 863; Position des LeistgsVerzeichn). Sie muss also für den Besteller in sich verwertbar sein (BT-Drs 14/1246 S 6), zB weil er sie eigenständl nutzen kann (Funktionsfähig; Bsp: bei Softwareentwickl selbstd verwerth Teilprogramm; fert DachdeckerArb an einem von mehreren Gebäuden) od, weil die Restleistgen im GeschVerkehr nicht selten als selbstd Teilleistgen vergeben werden, auf ihr aufbauend das Gesamtwerk fertigstellen kann (insow str; zB fertiger Rohbau), u sie muss nach dem Vertr selbstd bewertb sein (zB bei gesond ausgewiesener Vergütg). Od aus für das Werk erfdl **Stoffen oder Bauteilen** (S 2), die eigens (dh objektspezif) angefertigt (zB Tor, Treppengeländer, Schaltanlage) od für das Werk geliefert (zB Dachziegel,

Bodenfliesen od -platten auf die Baustelle) sind. Nach dem Wortlaut müssen diese Stoffe etc keine in sich abgeschl Leistg darstellen (ebso im Ergebn Motzke [Rn 1] 492; zweifelnd Kniffka [Rn 1] 229). – (2) **Vertragsmäßig** muss die Leistg sein, dh sie muss nach dem Vertr geschuldet u im wesentl mangelfrei erbracht sein (wie § 640 I 2, dort Rn 9, u VOB/B 16 Nr 1, BGH 73, 140; Schlesw BauR 07, 1579; aA Motzke [Rn 1] 492; bei Mängeln nur ZbR des Bestellers; zu streng BT-Drs aaO, da zB vollständ mangelfreie Bauwerke kaum vorstellb sind). Ferner muss die Absicht bestehen, das Werk zu Ende zu führen (BT-Drs aaO). Die Voraussetzg gilt, obwohl in S 2 nicht ausdrückl erwähnt, auch für Stoffe u Bauteile. – (3) **Satz 3: Eigentum des Bestellers** an dem Teilwerk od den Stoffen bzw Bauteilen. S 3 setzt nach seinem Wortlaut Übertrag des Eigt (§§ 929 ff) voraus, jedoch wird man auch den EigtErwerb gem §§ 946 ff iR der bestimmungsgem Herstellg des Werks (zB dch Einbau) genügen lassen müssen (Rodemann BauR 02, 863; aA Kiesel [Rn 1] 1675). And als iFv VOB/B 16 Nr 1 wird dieser Fall nicht stets von S 1 erfasst. Bei fehlendem EigtErwerb (insbes weil Besteller [noch] nicht Eigtümer des BauGrdst ist; Bsp: SubUnternVertr, insow aA Rodemann aaO) **Sicherheitsleistung** des Untern iH der Abschlagszahl bzw des Anteils, der auf die nicht im Eigt des Bestellers befindl Stoffe etc entfällt, iR des § 232 nach Wahl des Untern, idR auch dch Bankbürgsch (§ 232 II; Ablehng verstieße gg § 242, Rodemann aaO). Ob die Sichg von SekundärAnspr od des EigtVerschaffgsAnspr dch Vormerkg u Lastenfreistellg ausreicht, ist zweifelh (bejahd Baumann/Fabis RhNotK 01, 101, aA Pause NZBau 01, 181, jew zur MaBV; dazu Rn 3). Die Sicherh ist zurückzugeben, soweit der Besteller später Eigt erwirbt, sonst erst mit Fälligk des Werklohns.

b) Höhe. Maß ist die für die jew vertragsgem Leistg gem S 1, 2 vereinbarte Vergütg einschl USt, bei Fehlen einer Vereinbg (zB Pauschalpreis) ein ihrem Wert im Verhältn zum Gesamtwert des Werks entspr Anteil der Gesamtvergütg. 6

c) Verhältnis zum Schlusszahlungsanspruch, Einwendungen. Der Anspr ist *ausgeschlossen*, sobald der Untern seine Gesamtvergütg abschließd berechnen u geltd machen kann (Hamm NJW-RR 99, 528, einschränkd bei Großvorhaben Köln NZBau 06, 45, sa Kues/May BauR 07, 1137/42: bereits erstellte Abschlagsrechnngen bleiben bis zur Fälligk der Schlussrechng dchsetzb), hilfsw GeldtMachg für den Fall des Fehlens dieser Voraussetzg ist zuläss (BGH NJW 00, 2818). Denn das Wesen der Abschlagszahl als Anzahlg (Rn 4) schließt die GeldtMachg neben dem eigentl VergütgsAnspr aus. Bsp: nach vollständ LeistgsErbringg u Fälligk des VergütgsAnspr (BGH NJW-RR 04, 957: Abnahme u Schlussrechng [VOB]); nach vorzeit Künd (BGH NJW-RR 87, 724, Düss NJW-RR 02, 163: Architekt); bei endgült ErfVerweigerg des Untern (Düss NJW-RR 00, 230); bei Fertigstellg des Werks dch Dritte (NürnbG NZBau 00, 509). Ist der Anspr bereits rhäng, kann der Untern gem ZPO 264 ohne Klageänderg den SchlusszahlgsAnspr, ggf auch hilfsw, geltd machen (BGH NJW-RR 05, 318/22, 06, 390). Der Anspr *verjährt* selbstd gem der RegelVerj (§§ 195, 199), die erbrachten Leistgen können jedoch in die Schlussrechng eingestellt werden (BGH NJW 99, 713 für HOAI, str; Otto BauR 00, 350). *Aufrechnung* mit GgFdgen ist nach den allg Grds zuläss, ebso ZbR. Bei *Mängeln* der Leistg gem S 1, 2 besteht kein Anspr auf Abschlagszahlg (Rn 5), ein Rückgriff auf das LeistgsVR gem § 320, § 641 III ist daher nicht erfdl (s aber § 641 Rn 11).

d) Geltendmachung. Sind die Voraussetzgen gem Rn 5 gegeben, wird der Anspr auf Abschlagszahlg mit dem entspr Verlangen sofort fäll (and nach VOB/B, Rn 9); Abnahme od RechngStellg (and insow Kiesel [Rn 1] 1675) ist nicht erfdl (Kniffka [Rn 1] 229), wohl aber Bezeichng der Leistg (Rn 5) im Verlangen (Motzke [Rn 1] 493). Der Untern kann Zahlg verlangen u ggf klagen. Verzinsg nach den allg Grds, § 641 IV gilt nicht (dort Rn 15). Unberecht ZahlgsVerweigerg des Bestellers gibt dem Untern ein LeistgsVR (§ 320, Peters NZBau 00, 169) u kann für ihn wicht Grd zur VertrKünd sein (BGH NJW 00, 1114). **Beweislast** für alle Voraussetzgen (Rn 5, auch Mangelfreih) beim Untern (Düss NJW-RR 00, 312 bzgl erbrachter Leistgen), für die Einwendgen (Rn 7) beim Besteller. 8

4) Sonderregelungen. Zu MaBV 3 II u EGBGB 244 s Rn 3. **HOAI:** Anspr auf Abschlagszahlgen für nachgewiesene Leistgen in angem Abständen (§ 8 II; sa Voppe BauR 01, 1165/74) bis 100 % (BGH NJW-RR 06, 597: keine Beschränkg in AGB bei Vollarchitektur [krit Scholtissek NZBau 06, 299]), fäll mit prüffäh (§ 641 Rn 9a) Rechng (BGH BauR 05, 1951). – **VOB/B § 16 Nr 1:** Untern hat, auch bei Pauschalvergütg (BGH NJW 91, 564), abweichnd von S 1 generell Anspr auf Abschlagszahlgen entspr den tats erbrachten Leistgen aGrd prüffäh Aufstellgen, fäll 18 Werkstage nach deren Einreichg, ebso bei Bauteilen od Stoffen (insow wie § 632a S 2). Verh zu § 632a Voppe BauR 01, 1165/75. Erlöschn wie Rn 7. KündR des Untern bei ZahlgsVerweigerg § 643 Rn 3. **Nr 2:** Regeln für den Fall vereinbarter Vorauszahlgen. 9

Anhang

Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (Auszug)

vom 23. 5. 01 (BGBl 981), in Kraft seit 29. 5. 01, in der bis 31. 12. 2008 geltenden Fassung

§ 1. Zulässige Abschlagszahlungsvereinbarungen. In Werkverträgen, die die Errichtung eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks auf einem Grundstück zum Gegenstand haben und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthalten, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, kann der Besteller zur Leistung von Abschlagszahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung unter den Voraussetzungen ihres § 3 Abs. 1 verpflichtet werden. Unter den Voraussetzungen des § 7 der Makler- und Bauträgerverordnung kann der Besteller auch abweichend von ihrem § 3 Abs. 1 und 2 zur Leistung von Abschlagszahlungen verpflichtet werden. Die Stellung weitergehender Sicherheiten für die Abschlagszahlungen braucht nicht vorgesehen zu werden.

§ 2. Betroffene Verträge. Diese Verordnung ist auch auf zwischen dem 1. Mai 2000 und dem 29. Mai 2001 abgeschlossene Verträge anzuwenden. Dies gilt nicht, soweit zwischen den Vertragsparteien ein rechtskräftiges Urteil ergangen oder ein verbindlich gewordener Vergleich abgeschlossen worden ist.

641 Fälligkeit der Vergütung. (1) ¹ Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. ² Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.

(2) ¹ Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig, wenn und soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat. ² Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werkes Sicherheit geleistet, gilt dies nur, wenn der Unternehmer dem Besteller Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern, mindestens in Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

(4) Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.

1 **1) Allgemeines.** II gilt nur für ab 1. 5. 2000 abgeschl Vertr (EG 229 § 1 II 1; sa § 632a Rn 1). III entspricht weitgehend der früheren RLage u ist desh auch auf vorher abgeschl Vertr anwendb (EG aaO II 2).

2 **2) Fälligkeit der Vergütung.** Nach dem Gesetz hat der Untern das Werk vorab herzustellen. Seine Vergütg kann er im Grds mangels abweichder Vereinbg (Rn 9) erst mit Abnahme des Werks beanspruchen (Rn 3), er ist wirtschaftl gesehen vorleistgsPfl (krit zu diesem Begriff Sienz BauR 04, 10). UU kann er aber Abschlags- od Vorauszahlgen verlangen (§ 632a). Ohne Abnahme wird die Vergütg nur ausnahmsw fäll, zB wenn eine (rgeschäftl) Abnahme ausscheidet (Rn 4), die Voraussetzgen des Abs II vorliegen (Rn 7) od gesetzl and bestimmt ist (zu HOAI 8 s Rn 16). Verweigert der Besteller die Abnahme, kann der Untern auf Zahlg klagen, im ZahlgsAntr liegt ein konkludentes Abnahmeverlangen (Werner/Pastor [Einf 16] Rn 1339). Fehlt die Fälligk, ist die VergütgsKlage als zZt unbegründet abzuweisen (BGH 127, 254, BauR 00, 1191; uU HinwPfl des Gerichts), soweit sich die ZahlgsPfl nicht aus and Grd ergibt (zB gem Rn 5; wg Pfl zur Teilzahlg, BGH NJW-RR 04, 445/48; teilw prüffäh Rechng); uU auch hilfsw GeldtMachg als Abschlagszahlg (§ 632a Rn 7; Kniffka BauR 05, 732, str). Entstehg, Höhe der Vergüt § 632 Rn 2.

3 **a) Fälligkeit bei Abnahme, I 1.**

7 **d) Durchgriffsfälligkeit, II.** Die Vorschr soll demjen, der die Werkleistg tats erbracht hat, seine Vergütg sichern, wenn der Dritte, der das Werk letztlich erhält, für diese Leistg gezahlt hat. Damit soll widersprüchl Verhalten des HauptUntern zu Lasten des SubUntern ausgeschl werden, zB die GeldtMachg eines LeistgsVR (Rn 10) wg vom Dritten nicht gerügter Mängel (BT-Drs 14/1246 S 7). Die Fälligk der Vergütg des SubUntern wird also von der Voraussetz der Abnahme (nicht hingg den and FälligkVoraussetzgen, insbes RechngsStellg, Rn 3, 9a) gelöst (Kniffka ZfBR 00, 232; aA Stapenhorst DB 00, 909). – **Voraussetzungen:** (1) *Gestufte Vertragsverhältnisse bei Leistungsidentität*, dh ein WerkVertr zw Untern u Besteller, wobei sich der Besteller seinerseits, idR ebenfalls dch WerkVertr u uU erst später (Schubert ZfBR 05, 219/20), ggü einem Dritten zur Herstellg eben dieses Werks verpflichtet hat. Bsp: SubUntern im Verhältn zum HauptUntern (§ 631 Rn 9a); im Verhältn zum Bauträger (§ 675 Rn 14); dagg idR nicht im Verhältn zum Baubetreuer, da dieser namens des Bauherrn abschließt (§ 675 Rn 15). Ob II auch auf Teilleistgen anwendb ist, so dass uU auch Abschlagszahlgen gefordert werden können (Schubert ZfBR 05, 219/20), ist str (aA Kniffka ZfBR 00, 227/31). (2) *Vergütungsleistung des Dritten*, in vollem Umfang od teilw (zB Abschlagszahlgen, Teilzahlg auf die Schlussvergütg), an den Besteller für das Werk. Die vom Dritten geleistete Vergütg muss also dem Werk des Untern zuordenb sein. Nach dem *Entwurf eines FoSiG* (Einf 2 v § 631) soll künftl alternativ die (auch fiktive) Abnahme des Werks dch den Dritten ggü dem HauptUntern genügen; ferner der erfolglose Ablauf einer dem Besteller gesetzten Frist zur Ausk über das Vorliegen der Voraussetzgen des II. (3) *Sicherheitsleistung, II 2*, des Untern an den Besteller, wenn

u soweit der Besteller seinerseits dem Dritten Sicherh für Mängel geleistet hat, dh wohl das Verhältn der zu vergütnden Leistg zur geschuldeten Sicherh muss in beiden VertragsVerh übereinstimmen (Schubert ZfBR 05, 219/21, aA Kniffka ZfBR 00, 227/32). – **Wirkung:** Fälligk der Vergütg, wenn u soweit der Dritte seinerseits dem Besteller die (ident) Leistg vergütet hat. Fäll wird nur der Teil der Vergütg des Untern, der dem an den Besteller geleisteten Teil entspricht (sa Stapenhorst DB 00, 909/11; Lübeck BauR 03, 1423 für getrennte Vertr). Behält zB der Dritte wg Mängeln einen Teil der Vergütg ein, darf auch der Besteller ggü dem Untern sein LeistgsVR (§ 641 III) wg dieser Mängel gelt machen, selbst wenn das von dem Dritten bish Geleistete die vom Besteller an den Untern insges zu leistde Vergütg übersteigt, weil im Verhältn Dritter – Besteller eine höhere Vergütg vereinbart ist als im Verhältn Besteller – Untern. Dagg kann der Besteller nach dem Zweck der Vorschr kein LeistgsVR gelt machen, wenn auch der Dritte dies nicht tut (aA Nürnberg NJW-RR 03, 1526, Breyer/Bohn BauR 04, 1066); er kann aber mit eig Anspr (zB gem § 637 I, III) aufrechnen (Kniffka ZfBR 00, 227/31). Zur Dchsetz seines Anspr hat der Untern einen AuskAnspr gg den Besteller bzgl der an diesen geleisteten Vergütgen (§ 261 Rn 8ff; Kiesel NJW 00, 1673/78).

9 **e) Abweichende Vereinbarungen** sind zuläss, jedoch ggf an §§ 305ff zu messen (Bsp § 307 Rn 88; BGH NZBau 02, 25: sofort ZwVollstrg aus BauträgerVertr ohne FälligkNachw). Auch II ist mangels gesetzl Anordng nicht zwingd (aA Peters NZBau 00, 169/72); Abbedingg in AGB verstößt jedoch gg § 307 (Kniffka ZfBR 00, 227/32). Abreden wie „nach Abnahme“ od „nach Vollendg“ haben idR die gleiche Bedeutg wie „bei Abnahme“ in I (Hamm MDR 01, 1404: „vollständ Fertigstellg“). Sind (meist Teil-)Leistgen des Bestellers vor Abnahme vereinbart (ggf AusleggsFrage, Bsp BGH NJW-RR 03, 738), handelt es sich um Abschlags- od Vorauszahlgen (§ 632a Rn 4). Die Fälligk kann aber auch bzgl von Teilen od der gesamten Vergütg hinausgeschoben od vom Vorliegen zusätzl Voraussetzgen abhäng gemacht werden.

10 **3) Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln, III.** Bei mangelh Werkleistg entfällt zwar nicht der VergütgsAnspr des Untern (sa § 326 I 2). Der Besteller hat aber gem §§ 634 Nr 1, 635 einen (modifizierten) ErfAnspr (§ 634 Rn 3). Daher steht ihm auch nach Abnahme u Fälligk der Vergütg das LeistgsVR gem § 320 zu (dort Rn 9). Das ZbR des § 273 wird insow verdrängt (Kohler BauR 03, 1804). Die dch Gesetz v 30. 3. 00 (Rn 1) neu gestalteten FälligkRegeln für die Vergütg haben hieran nichts geändert, dch III wurden nur die von der Rspr zu diesem LeistgsVR entwickelten Grds weitgehnd unverändert gesetzl geregelt, mit Wirkg auch für vor dem 1. 5. 00 abgeschl WerkVertr (BGH NJW 04, 502/05). III ist daher eine Auswirkg des § 320 u betrifft nur

den im GgseitigVerh stehen NachErfAnspr (Heidelbg NJW-RR 07, 599), es gelten, soweit III nicht and bestimmt, die zu dieser Vorschr entwickelten Grds. Abweichde *Vereinbarungen* sind individualvertragl zuläss (§ 639 Rn 11), in AGB nur iRv §§ 307, 309 Nr 2 (dort Rn 12 ff; sa BGH BauR 05, 1010).

a) Berechtig ist der Besteller. Das gilt auch, wenn er (zB als Bauträger) einem Dritten (zB dem Erwerber des Bauwerks) die MängelR übertragen hat (BGH 55, 354, WM 78, 951, NZBau 07, 639); macht er das LeistgsVR geltd, darf auch der betr Erwerber einen entspr Teil der dem Bauträger geschuldeten Vergütg zurückhalten (BGH 70, 193). Zum Erwerb von WEigt § 634 Rn 14.

b) Voraussetzungen: (1) **Mangel** des Werks (§ 633 Rn 5 ff). (2) **Mangelbeseitigungsanspruch** (= NachErf-Anspr) des Bestellers (wie § 635 Rn 2 ff). Ist er nicht (mehr) gegeben, entfällt auch das LeistgsVR. So bei Ausschluss des Anspr, auch dch vorbehaltl Abnahme gem § 640 II, od berecht Weigerg des Untern (§ 635 Rn 8 ff, BGH NJW 04, 502/06); bei Erlöschn (§ 634 Rn 2 ff). Verj des Anspr gem § 634 a genügt idR wg § 215 nicht (sa BGH NJW-RR 03, 1421); Verhältnis zur MängelEinrede gem § 634 a dort Rn 23. Annahmeverzug des Bestellers bei Mängelbeseitigg (Hamm NJW-RR 96, 86; sa § 320 Rn 6) od ein vereinbarter SichgsEinbehalt schließen das LeistgsVR nicht aus, können sich aber auf dessen Umfang auswirken (Rn 12). Verhältn zur SicherhLeistg des Bestellers gem § 648 a dort Rn 9. (3) **Nach Abnahme** od Eintritt einer Abnahmefiktion (§ 640 Rn 10) besteht das LeistgsVR. *Vor Abnahme* führt die Einwendg von Mängeln zur Klageabweisg, weil der VergütgsAnspr wg der VorleistgsPfl des Untern nicht fällt ist (Rn 2), der Einrede des nicht erfüllten Vertr bedarf es nicht. And bei Fälligg einer Abschlagszahlg (§ 632 a); hier gelten für Mängel der Teilleistg die Grds wie nach Abnahme (BGH 73, 140 für VOB/B 16 Nr 1), u zwar ohne Rücksicht auf einen vereinbarten SichgsEinbehalt (BGH NJW 81, 2801). (4) **Ausgeschlossen** ist das LeistgsVR nach dem Zweck der Vorschr iF der Dchgriffsfälligg gem II (Rn 8). Ferner uU nach § 242 (sa BGH NJW-RR 05, 969, § 320 Rn 10 f).

c) Umfang. Der Besteller darf gem III „mind“ das 3-fache der für die Beseitigg erfdl Kosten (sa § 637 Rn 7) zurückbehalten (sog *Druckzuschlag*; krit Horsch/Eichberger BauR 01, 1024, and die frühere Rsp, vgl BGH NJW 92, 1633; „idR das 3-fache“). Ein geringerer Betrag kommt nach der Intention des Gesetzgebers (dazu Stapenhorst DB 00, 909/11) allenfalls gem § 242 in AusnFällen in Betr, zB wenn sich der Besteller mit der NachErf im Annahmeverzug befindet (Celle BauR 06, 1316; nur iH der NachbessersKosten, weitergehd NJW-RR 04, 1669; str, sa Kniffka ZfBR 00, 227/232, BGH NJW-RR 02, 1025). Im EinzFall kann ein höherer Betrag gerechtf sein (Bsp Oldbg NJW-RR 96, 817; das 21-fache bei mehreren fehlgeschlagenen NachbessersVersuchen; BGH 26, 337; Vierfache). Die erfdl Kosten sind wie bish zu schätzen. Ein vereinbarter Garantieeinbehalt (Rn 9 b) ist in die Abwäg einzubeziehen (BGH NJW 82, 2494, DNotZ 84, 478). Nach dem **Entwurf eines FoSiG** (Einf 2 v § 631) soll künft nur „idR das Doppelte“ der erfdl NachbessersKosten zurückbehalten werden können.

d) Wirkung. Grdsätzl wie § 320 Rn 12 ff. Ob entgg § 320 I 3 Abwendg dch SicherhLeistg (§ 273 III) zuläss ist, ist umstr (ja Heiland BauR 04, 1209, ablehnd Kohler BauR 03, 1804/07). Kein Verzug des Bestellers, soweit das LeistgsVR besteht (§ 286 Rn 12), desh insbes keine Verzugszinsen hinsichtl der Vergütg. Im VergütgsProz führt die berecht Erheb der Einrede gem § 322 I zur Verurteilg zur Zahlg Zug um Zug gg Beheb der bestimmt zu bezeichnenden Mängel (BGH 26, 337; sa Rn 5). Dass sich die Prüfg der Frage, ob die Mängel ordnungsgem beseitigt sind, damit in das ZwVollstrgsVerf verlagert (Celle NJW-RR 00, 828), ist zwar unpraktikabel (gg Nachprüfg dch Sachverst, Celle MDR 01, 686!), liegt aber daran, dass der VergütgsAnspr mit der Abnahme auch des mangelh Werks fällt wird u damit die VorleistgsPfl des Untern zur Herstellg des Werks endet (ebso BGH 61, 42, auch für VOB). Macht der Untern nur einen Teil des Werklohns geltd, kann an sich nur Zahlg des letzten Werklohteils verweigert werden, jedoch besteht für das Gericht ein Ermessensspielraum (BGH 56, 312; sa § 320 Rn 10). Hat der Untern Anspr auf Zuschuss zu den Mangelbeseitiggskosten, erfolgt doppelte Zug-um-Zug-Verurteilg (§ 635 Rn 7); ebso bei LeistgsVR des Untern gem § 648 a I 1 (Brdbg NJW-RR 02, 1316).

4) Beweislast iR der VergütgsKlage des Untern (sa § 632 Rn 18): Der Untern für die Abnahme bzw das Vorliegen der Voraussetzgen einer Abnahmefiktion, dh iF des § 640 I 3 für die Abnahmereife (Freih von Mängeln, die der Besteller behauptet, bzw deren Unwesentlichk) u die FrSetzg; zu § 641 a dort Rn 17. Für das LeistgsVR gilt grdsätzl § 320 Rn 14; nach Abnahme (III) hat der Besteller die Mangelhaftigg des Werks zu beweisen, ebso die Voraussetzgen für ein über den gesetzl Umfang (3-facher Betrag) hinausgehendes LeistgsVR; ob auch die Höhe der Aufwendgen, ist zweifelh (ablehnd Biebelheimer NZBau 04, 124).

5) Sonderregelungen.

641 a **Fertigstellungsbescheinigung.** (1)¹ Der Abnahme steht es gleich, wenn dem Unternehmer von einem Gutachter eine Bescheinigung darüber erteilt wird, dass

1. das versprochene Werk, im Falle des § 641 Abs. 1 Satz 2 auch ein Teil desselben, hergestellt ist und
2. das Werk frei von Mängeln ist, die der Besteller gegenüber dem Gutachter behauptet hat oder die für den Gutachter bei einer Besichtigung feststellbar sind,

(Fertigstellungsbescheinigung).² Das gilt nicht, wenn das Verfahren nach den Absätzen 2 bis 4 nicht eingehalten worden ist oder wenn die Voraussetzungen des § 640 Abs. 1 Satz 1 und 2 nicht gegeben waren; im Streitfall hat dies der Besteller zu beweisen.³ § 640 Abs. 2 ist nicht anzuwenden.⁴ Es wird vermutet, dass ein Aufmaß oder eine Stundenlohnabrechnung, die der Unternehmer seiner Rechnung zugrunde legt, zutreffen, wenn der Gutachter dies in der Fertigstellungsbescheinigung bestätigt.

(2)¹ Gutachter kann sein

1. ein Sachverständiger, auf den sich Unternehmer und Besteller verständigt haben, oder
2. ein auf Antrag des Unternehmers durch eine Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer, eine Architektenkammer oder eine Ingenieurkammer bestimmter öffentlch bestellter und vereidigter Sachverständiger.

² Der Gutachter wird vom Unternehmer beauftragt.³ Er ist diesem und dem Besteller des zu begutachtenden Werkes gegenüber verpflichtet, die Bescheinigung unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen.

(3)¹ Der Gutachter muss mindestens einen Besichtigungstermin abhalten; eine Einladung hierzu unter Angabe des Anlasses muss dem Besteller mindestens zwei Wochen vorher zugehen.² Ob das Werk frei von Mängeln ist, beurteilt der Gutachter nach einem schriftlichen Vertrag, den ihm der Unternehmer

vorzulegen hat. ³ Änderungen dieses Vertrags sind dabei nur zu berücksichtigen, wenn sie schriftlich vereinbart sind oder von den Vertragsteilen übereinstimmend gegenüber dem Gutachter vorgebracht werden. ⁴ Wenn der Vertrag entsprechende Angaben nicht enthält, sind die allgemein anerkannten Regeln der Technik zugrunde zu legen. ⁵ Vom Besteller geltend gemachte Mängel bleiben bei der Erteilung der Bescheinigung unberücksichtigt, wenn sie nach Abschluss der Besichtigung vorgebracht werden.

(4) ¹ Der Besteller ist verpflichtet, eine Untersuchung des Werkes oder von Teilen desselben durch den Gutachter zu gestatten. ² Verweigert er die Untersuchung, wird vermutet, dass das zu untersuchende Werk vertragsgemäß hergestellt worden ist; die Bescheinigung nach Absatz 1 ist zu erteilen.

(5) ¹ Dem Besteller ist vom Gutachter eine Abschrift der Bescheinigung zu erteilen. ² In Ansehung von Fristen, Zinsen und Gefahrübergang treten die Wirkungen der Bescheinigung erst mit ihrem Zugang beim Besteller ein.

- 1 **1) Allgemeines.** Eingefügt dch G v 30.3. 00 (dazu § 632a Rn 1). Neuere Literatur: Henkel Abnahmefiktionen im WerkVertr 2004; ausführlichere Kommentiertg sa 64. Aufl. Die Vorschr hat bish keine prakt Bedeutg erlangt. Der *Entwurf eines FoSiG* (Einf 2 v § 631) sieht die ersatzlose Streichg vor. – **Zweck.** Dem Untern soll durch die *Fertigstellungsbescheinigung (FertStBesch)* eine rasche Titulierung seines VergütsAnspr ermöglicht werden, gleichzeit soll den Part iF von Mängeln eine Grdlage für deren Beurteilg an die Hand gegeben werden. And als bei § 640 I 2 hat der Untern im Verlauf des Verf Gelegen zu NachErf; die Mangelfreih wird nur beschränkt überprüft (Rn 5), bzgl evtl weiterer Mängel wird die Beweislast auf den Besteller verlagert, dadch kann der Untern den von ihm im VergütsProz für die Fälligg an sich geforderten Nachw der Mangelfreih (§ 641 Rn 14) dch die Vorlage der FertStBesch ersetzen u dadch rasch einen ohne SicherhLeistg vollstreckb (ZPO 708 Nr 4) Titel im UrkundenProz (ZPO 592ff) erreichen, allerd um den Preis der SchadErsPfl gem ZPO 600 II bei
- 2 falschem VorbehUrte. Außerdem gestattet I 4 iF von EinheitspreisVertr (§ 632 Rn 5) den (für den UrkundenProz wicht) UrkundenNachw erbrachter Leistgen. – **Anwendungsbereich:** *Zeitlich* nur für ab 1. 5. 00 abgeschl Vertr (EG 229 § 1 II 1). *Sachlich* bei allen WerkVertr, auch ArchitektenVertr (Seewald ZfBR 00, 219/21), nicht bei LiefergsVertr gem § 651 (and für echte WerkLiefergsVertr gem § 651 aF). Verhältn zum selbstd BeweisVerf Peters NZBau 00, 169/73. – **Abdingbar** ist die Vorschr (Kniffka ZfBR 00, 227/36).
- 3 **2) Fertigstellungsbescheinigung.** – **a) Wesen:** Privaturkunde (ZPO 416), die, zus mit dem für die Bescheinigg geforderten schriftl WerkVertr (Rn 6), dem Untern die Möglichk der VergütsKlage im UrkundenProz eröffnet (Rn 1; zweifelnd Kirberger BauR 01, 492/502). **Inhalt:** mind die Bestätigg der Abnahmereife iS der Vollendg des Werks u des Fehlens von Mängeln (FertigstellgsBestätigg, I 1; Einzelh Jaeger/Palm BB 00, 1102/04). Außerdem kann der Gutachter eine vom Untern vorgelegte Abrechng bzgl Aufmaß u angesetzter ArbStunden bestätigen (AbrechngsBestätigg, I 4).
- 4 **b) Sachliche Erteilungsvoraussetzungen, I.** Für die FertStBestätigg ist das grdsätzl die *vertragsmäßige Herstellung des Werks*, bei Teilabnahme (§ 640 I 2) des entspr Teilwerks. AbrechngsBestätigg s Rn 8.
- 5 **aa) Prüfen** muss der Gutachter die Vollendg des Werks (I 1 Nr 1) u grdsätzl (I 1 Nr 2) dessen Freih von Sach- u (wohl auch) RMängeln (insow kaum erfüllb, Thode NZBau 02, 297/303). Nach dem Gesetzeswortlaut hindern auch unwesentl Mängel die Erteilg der FertStBesch (aA mit guten Grden Stapenhorst DB 00, 909/13, Motzke NZBau 00, 489/500; nur allg Abnahmereife [§ 640 Rn 8]; sa BT-Drs 14/6857 S 68). Daraus folgt, dass das geschuldete Werk (bei VertrKünd gem § 649 auch ein Teilwerk) im Grds vollständig hergestellt sein muss (Kniffka ZfBR 00, 227/33, str). Bzgl der Mängel hat der Gutachter nur eine beschränkte ÜberprüfngPfl (I 1 Nr 2): (1) *sichtbare Mängel*, dh Mängel, die bei der Besichtigg (III 1) mit Hilfe der bei Sichtabnahme vergleichb Werke übl Prüfgen erkennb sind. Sichtb Anzeichen für Mängel hat der Gutachter nachzugehen (Motzke NZBau 00, 489/96). (2) *behauptete Mängel*, dh solche, die der Besteller ggü dem Gutachter spätestens bis zum Abschluss der Besichtigg (dh Ende des letzten BesichtiggsTermins), III 5, vorträgt. Insow, auch wenn sie nicht ow erkennb sind, eingehedere Prüfng mit den übl Methoden. Kann er ihr Vorhandensein nicht
- 6 ausschließen, kann er keine uningeschränkte FertStBesch erteilen (Peters NZBau 00, 169/73). – **Maßstab** für die Prüfng ist grdsätzl die geschuldeten Beschaffenh (Sollbeschaffenh) des Werks (§ 633 Rn 5ff). Zu deren Ermittl verweist das Gesetz auf ow feststellb u idR unstreit ErkenntnMittel (krit Stapenhorst DB 00, 909/12). Ausgangspkt: der zw den Part abgeschl WerkVertr, wobei nur ein **schriftlicher Vertrag, III 2**, zu berücksichtigen ist. Schriftl VertrAbschluss ist daher Voraussetzung für die Erteilg einer FertStBesch (sa § 641 IV RegiergsEntwurf, BT-Drs 14/1246 S 2); WillensErkl in Urkundenform genügen (Henkel BauR 03, 322: nicht § 126), jedenfalls soweit sie unstr sind. Zusätzl u abweichend mündl Vereinbgen sind ergänzd zu beachten, wenn sie von den Part übereinstimm ggü dem Gutachter vorgebracht werden. **Vertragsänderungen, III 3**, sind ebenfalls nur bei schriftl Vereinbg od (auch bzgl des ÄndergsInhalts) übereinstimmendem Vorbringen zu berücksichtigen. Hilfsw sind die allg anerkannten **Regeln der Technik** zu Grde zu legen, III 4 (wie § 633 Rn 6).
- 7 **bb) Vermutet, IV 2**, wird die VertrMäßigk des Werks bei pflwidr Verweigerg der Untersuchung des Werks (Rn 13) dch den Besteller. Die FertStBesch ist zu erteilen, der Besteller kann aber bzgl der Abnahmewirkg den Beweis fehlender Abnahmereife führen (I 2, Rn 15). Lehnt der Besteller nur einz Untersuchgshandlgen ab, gilt die Vermut nur für die Aspekte der VertrMäßigk, deren Überprüfng dch die Weigerg vereitelt wird.
- 8 **cc) Abrechnungsbestätigung, I 4.** Voraussetzung: Vorlage einer prüfb Abrechng dch den Untern. PrüfngsMaßst wie Rn 6. Bzgl der Stundenlohnabrechng kommt es auf die Angemessenh der angesetzten Stunden an, nicht auf deren Anfall (Kniffka ZfBR 00, 227/34). Keine VermutgsWirkg bei verweigerter Besichtigg.
- 9 **c) Gutachter, II. – aa) Person, II 1.** Erfdl ist ein Sachverst, der (nach Wahl des Untern) die Voraussetzgen des II 1 Nr 1 od 2 erfüllt. *Verständigung auf einen Sachverständigen (Nr 1):* Einigg von Besteller u Untern über die Pers (sa Kniffka ZfBR 00, 227/35). Übereinstimmde Erkl ggü dem Gutachter genügen. *Bestimmter Sachverständiger (Nr 2):* Er muss öff bestellt u vereidigt sein (GewO 36), u zwar für das Sachgebiet, in welches das zu begutachtete Werk fällt. Einzelh Landmann/Rohmer/Bleutge GewO 36 Rn 50ff. Zustand für die Bestimmg ist jede IHK (IHKG 1) od Handwerkskammer (HandwO 90), außerdem eine nach LandesR (zB BayArchG 15ff) gebildete ArchitektenKammer od IngKammer. Der Untern kann sich an jede dieser Stellen wenden (BT-Drs 14/1246 S 9). Keine Ablehng des Gutachters wg Befangenh (Kniffka ZfBR 00, 227/35, str);
- 10 jedoch ist der Sachverst

bei Eigeninteresse od Befangenh zur Ablehng des Auftr verpflichtet (Bsp: BaySachverstG 9). – **bb) Auftrag, II 2**, dch den Untern; Inhalt: die Arb zur Erstellg der FertStBestätigg, zur Erstellg einer AbrechnngsBestätigg wohl nur bei entspr Beauftrag (str), die in der Übersendg von AbrechnngsUnterlagen liegen kann. WerkVertr (Einf 24 v § 631). Verpfl des Gutachters zur unparteiischen Erteilg der FertStBesch ggü beiden Part, **II 3** (sa GewO 36 I 2). Haftg ggü dem Untern gem §§ 633 ff (sa § 633 Rn 13; für Einschränk gem § 319 Rn 4 Seewald ZfBR 219/25, str), ggü dem Besteller nach allg Grds (§ 328 Rn 34). Vergütg des Gutachters trägt der Untern; der Besteller kann nach allg Vorschr erstattungspflicht sein, zB nach VerzugsGrds (§§ 280 II, 286; Frankenthal NZBau 05, 157).

d) Erteilungsverfahren, II–IV. – aa) Ablauf. Einleitung nur dch den Untern dch AuftrErteilg an Gutachter (Rn 10). Sie wirkt verjährghemmnd (§ 204 I Nr 8). Übergabe des schriftl WerkVertr, ggf einschl Ändergen (Rn 6), dch den Untern an den Gutachter, III 2, 3. Wünscht der Untern eine Bestätigg von Aufmaß u ArbZeit (I 4), hat er außerdem eine entspr Abrechng vorzulegen. Einladg zu einem **Besichtigungstermin, III 1**, dch den Gutachter, zum Nachw der Einhaltg der 2-wöch EinladgsFr (III 1 Hs 2) iZw dch Einschreiben mit Rückschein oä. Zuleitg der schriftl Unterlagen an Besteller ist zweckmäß (sa III 5). Dchführg der Besichtigg, wobei die Anwesenh beider Part gestattet u erwünscht ist (arg III 1). Werden bei der Besichtigg Mängel festgestellt, die die Erteilg der Bescheinigg hindern (Rn 5f), ist dem Untern im Hinbl auf den Zweck des ErteilgsVerf *Gelegenheit zur Nacherfüllung* zu geben (Rn 1), ggf ist danach ein weiterer BesichtiggsTermin dchzuführen. – **bb) Erteilung** der Bescheinigg bedeutet deren Übergabe an den Untern. Der Gutachter übersendet eine **Abschrift an den Besteller, V 1**; WirksamkVoraussetzg ist dies nicht, da V 1 in I 2 nicht genannt ist (Rn 15). – **cc) Gestattung der Untersuchung, IV 1**. Verweigerg der Untersuchung dch den Besteller führt zur Vermutg der Mängelfreih (Rn 7), daher entgg dem Wortlaut wohl nur Obliegenh des Bestellers, keine echte Verpfl. Gelegenhzur Besichtigg des Werks (III 1): Ermöglichg eines Augenscheins, zu diesem Zweck Gewährg des Zugangs zum Werk, bei bewegl Sachen idR dch Übergabe des Werks, bei Bauwerken dch Zutritt zu Grdst u Gebäude. Soweit weitere Untersuchgen erfdl sind (Rn 5), ist der Besteller auch iR des Zumutb zur Duldg von Handlgen am Werk selbst verpflichtet. – **dd) Verfahrensfehler** führen dazu, dass die Wirkgen der Bescheinigg nicht eintreten (Rn 15), soweit sie die RSpähre des Bestellers berühren. Bsp: nicht ordnungsgem Bestimmg des Gutachters (Rn 9); fehlder Auftr dch Untern (Rn 10); keine Dchführg eines BesichtiggsTermins od nicht fristgerechte Einladg des Bestellers hierzu (Rn 11); unzutreffder Prüfngsmaßst (Rn 6), soweit sich ein Fehler zu Lasten des Bestellers auswirkt; Gutachter hat nicht alle vom Besteller zuläss geldt gemachten Mängel berücksichtigt (Rn 5).

3) Wirkungen. – a) Abnahmefiktion, I 1, 2, dch die FertigstellgsBestätigg (Rn 3). **Voraussetzungen:** (1) Vorliegen einer FertStBesch mit dem Inhalt gem I 1 (Rn 3). (2) Erteilg dch einen geeigneten Gutachter (Rn 9, 12) (3) Einhaltung der VerfRegeln gem II–IV (I 2, Rn 14); darunter fällt auch die Pfl zur Unparteilichk (II 3). (4) Abnahmereife (I 2, § 640 Rn 8f). Unwesentl Mängel (§ 640 Rn 9) schaden nicht, da sie die Abnahmereife nicht berühren (§ 640 I 2); der Besteller hat insow nur LeistgsVR (§ 641 III). Hat der Gutachter zu Unrecht das Vorhandensein wesentl Mängel verneint, ist Besteller auf den GgBeweis fehlder Abnahmereife angewiesen. – **Folge:** Wirkgen wie rgeschäftl Abnahme (§ 640 Rn 10f). Ausn: gem I 3 kein GewährleistgsAuschluss gem § 640 II. Die Wirkgen treten grdsätzl mit Erteilung (Rn 12) ein (I 1), insow ist die Bescheinigg fälligNachw iSv ZPO 726 (Schwerin NJW-RR 05, 747, str). Nur bzgl Fristen (insbes Verj, § 634 a II), Zinsen u Gefährübergang (§ 645 Rn 2, 5) ist gem V 2 der Ztpkt des Zugangs der Bescheinigg beim Besteller maßgeb. Bei Bescheinigg für einen Teil des Werks wird die Vergütg nur bzgl des darauf entfallden Anteils fäll.

b) Richtigkeitsvermutg, I 4, dch die AbrechnngsBestätigg (Rn 8). **Voraussetzungen:** (1) Vorliegen einer FertStBesch mit dem Inhalt gem I 4. (2) Erteilg dch einen geeigneten Gutachter (wie Rn 15) (3) Einhaltung der Regeln der Abs II–IV (I 2, wie Rn 15).

c) Beweislast. Unternehmer: für die Bestimmg des Gutachters u das Vorliegen der FertStBesch mit dem gebotenen Inhalt. **Besteller:** für VerfFehler des Gutachters u die materielle Unrichtigk der Bescheinigg (I 2 Hs 2; sa BT-Drs 14/2752 S 12), zB das Vorliegen wesentl Mängel (Rn 15).

4) VOB/B. § 641 a ist zwar grdsätzl auf nach dem I. 5. 00 abgeschl Vertr anwendb, jedoch kann der Besteller gem § 12 Nr 4 vorgesehene förmll Abnahme verlangen (sa Schneider MDR 01, 192).

648a Bauhandwerkersicherung. (1) ¹Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen in der Weise verlangen, dass er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, dass er nach dem Ablauf der Frist seine Leistung verweigere. ²Sicherheit kann bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, sowie wegen Nebenforderungen verlangt werden; die Nebenforderungen sind mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen. ³Sie ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) ¹Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. ²Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) ¹Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 vom Hundert für das Jahr zu erstatten. ²Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Absätzen 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 ausgeschlossen.

(5) ¹Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so bestimmen sich die Rechte des Unternehmers nach den §§ 643 und 645 Abs. 1. ²Gilt der Vertrag danach als aufgehoben, kann der Unternehmer auch Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat. ³Dasselbe gilt, wenn der Besteller in zeitlichem Zusammenhang mit dem Sicherheitsverlangen gemäß Absatz 1 kündigt, es sei denn, die Kündigung ist nicht erfolgt, um der Stellung der Sicherheit zu entgegen. ⁴Es wird vermutet, dass der Schaden 5 Prozent der Vergütung beträgt.

(6) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist oder
2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt; dies gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

(7) Eine von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

- 1 **1) Allgemeines.** Neuere Literatur: Kniffka BauR 07, 246. I 1 und I 2 geänd. V 3 u 4 neu eingefügt dch G v 30. 3. 00 (dazu § 632 a Rn 1; sa Rn 2). Der Entwurf eines FoSiG (Einf 2 v § 631) erstreckt den Anspr auf Sicherh auf die gesamte noch nicht bezahlte Vergüt einschl NebenFdgen (Rn 11) u ZusatzAuftr. Aufrechenb GgAnspr des Bestellers bleiben im Grds außer Betr. Ankündigg der LeistgsVerweiger ist nicht mehr erfdl. Wird die Sicherh nicht fristgem geleistet, soll dem Untern nach dem künft V neben dem LeistgsVR ein unmittelb Recht zur Künd zustehen mit den Folgen des § 649 (nF).
 - a) **Zweck.** S § 647 Rn 1. BauhandwerkerSichgsHyp geben dem Untern aus den in § 648 Rn 1 genannten Grd u wg der erfdl Identität von Besteller u GrdStEigtümer (§ 648 Rn 3) nur unzureichde Sicherh. § 648 a soll ihm zusätzl den einfachen u flexiblen (sichernden) Zugriff auf die zum Bauen bestimmten Finanzmittel des Bestellers eröffnen, auch desjen, der nicht GrdStEigtümer ist (sa BGH NJW 04, 1525). Der vorleistgspfl Bauhandwerker erhält ein LeistgsVR, wenn der Besteller dem SichgsVerlangen nicht innerh angem Frist nachkommt.
 - b) **Anwendungsbereich.** Zeitlich gelten für vor dem 1. 5. 00 abgeschl Vertr die Änderg in I 1 u 2 sowie V 4 nicht, hinggg gilt V 3 (EG 229 § 1 II). Sachlich: nur für WerkVertr; nicht für LieferVertr (§ 651) od BauträgerVertr (Pause NZBau 02, 648/50). Sa Rn 4, 7. Persönlich: AS des Untern auch für Generalübernehmer (Dresd BauR 06, 1318). Auf Seiten des Bestellers bestehen wicht Ausnahmen, VI: § 648 a gilt nicht für jP des öffR u öffrechtl SondVermögen (Nr 1), weil bei ihnen kein Insolvenzrisiko besteht; ob auch für von diesen beauftragten privaten Bauträger ist str (Groth/Rosendahl BauR 03, 26). Ferner nicht für natürl Pers, die die BauArb einschl der Außenanlagen zur Herstellg od Instandsetzg eines EinfamHauses (nicht mehrere, Bonn NJW-RR 98, 530) mit oder ohne Einliegerwohng ausführen lassen, falls nicht ein Baubetreuer zur Vfö über die Finanzmittel des Bestellers ermächtigt ist (Nr 2). Solche Bauvorhaben sind idR solide finanziert, die lebenslängl Haftig des Bestellers ist genügend sicher (BT-Drs 12/1836 S 11 u 12/4526 S 11).
 - c) **Verhältnis zu anderen Sicherungsformen.** Soweit der Untern Sicherh gem I, II erlangt hat, entfällt gem IV der Anspr auf SichgsHyp, § 648 (dort Rn 1). Für einen noch ungesicherten RestvergütungsAnspr bleibt sie mögl. Da der Untern keinen Anspr auf ÜberSichg hat, entfällt sein Recht auf SicherhLeistg, wenn für die zu sichernden Fdgen bereits eine SichgsHyp bestellt ist, die den Anfordergeren des I 1 entspricht, dh wenn sie mündelsicher ist (§§ 238 I, 1807 I Nr 1). Sa Rn 4.
 - d) **Unabdingbar, VII,** ist § 648 a, nach der Rspr des BGH (NJW 06, 2475) insges (sa Kniffka BauR 07, 246/51), nach aA nur zu Lasten des Untern (Schmitz BauR 02, 798, Vogel ZfR 05, 285; AGB zu Lasten des Untern Hofmann BauR 06, 763). Verzicht iR des VertrSchlusses ist unwirks (BGH 146, 24/28; zum VertrSchluss s Schmitz BauR 01, 818), ebso die Verknüpfng der SicherhLeistg des Bestellers mit einer solchen des Untern (Kniffka aaO). Entspricht die Sicherh nicht den Anfordergeren gem Rn 12 f, hat dies auf ihre Wirksamk keinen Einfluss (Oldbg MDR 99, 89). **Vereinbarte Sicherheiten** werden dch § 648 a nicht berührt, soweit sie nicht auf Verlangen gem I 1 gegeben werden (BGH NJW 06, 2475, Ffm NZBau 05, 156, str). Sie sind ow zuläss, zB iF des Abs VI (Celle NJW-RR 00, 388); die Befugn gem § 648 a können aber dch sie im Grds nicht eingeschränkt werden (BGH 146, 24/27; sa Rn 3, 10). VOB/B § 648 Rn 6.
- 5 **2) Sicherheitsverlangen, Recht auf Sicherheitsleistung, I 1.** Eine bestimmte Form des Verlangens ist nicht vorgesehen.
 - a) **Wesen.** § 648 a gewährt nach seinem Wortlaut („in der Weise“) dem WerkUntern, solange der Besteller die verlangte Sicherh nicht ordnungsgem leistet, nur bestimmte Befugn (Rn 16 ff), insbes ein **Leistungsverweigerungsrecht** bzgl der von ihm zu erbringden Vorleistgen. Desh begründet er keinen dchsetzb Anspr des Untern auf SicherhLeistg (BGH 146, 24/28), sond nur eine (Mitwirkgs-)Obliegenh des Bestellers (sa § 642 Rn 2; aA Hofmann/Koppmann BauR 94, 305; MitwirkgsPfl).
 - b) **Voraussetzungen, Inhalt.** (1) **Vorleistungspflicht** (Rn 9 ff) des Untern (Rn 7); nach wohl hM dagg nicht auch dessen VertrTreue (arg: der Gesetzeswortlaut; Armgardt NZBau 06, 673; aA zB Brechtelsbauer BauR 99, 1371). Der Untern muss aber bereit u in der Lage sein, die noch ausstehde Leistg zu erbringen (BGH NJW 01, 822). (2) **Verlangen** der SicherhLeistg in bestimmter Höhe (Dresd BauR 02, 1274) mit angem FrSetzg u gleichzeit Erkl des Untern, dass er nach ergebnis FrAblauf seine Leistg verweigere; das Verlangen kann bis zum Entfallen des ErfAnspr, auch des NachErfAnspr (§ 635) u damit noch nach Abnahme od Künd gestellt werden (Rn 9). Für die FrSetzg gelten sinngem § 281 Rn 9–11. Welche Frist angem ist, hängt von den Umst des Einzelfalls ab (BGH NJW 05, 1939: denn ohne schuldh Zögern handelnden Besteller muss die Beschaffg innerh der Frist mögl sein; sa Dresd BauR 06, 1318: 7 Tage, BT-Drs 12/1836 S 9: idR 7–10 Tage). Ankündigg der LeistgsVerweiger bei mangelnder Sicherh nach FrAblauf muss in der Erkl klar u unzweideut zum Ausdr kommen; Wiederholg des Gesetzeswortlauts ist nicht erfdl, aber ratsam. Ist das SichgsVerlangen zu hoch, aber nicht unverhältnismäß (Hamm NJW-RR 04, 377) u/od die Frist zu kurz, hat der Besteller im Grds innerh angem Frist (Schmitz ZfR 05, 404) Sicherh in angem Höhe anzubieten (BGH 146, 24/35). In AusnFällen kann dem Verlangen der Einwand des RMissbr entggehen (§ 242 Rn 38 ff; sa Ffm BauR 07, 1263).
- 7 **c) Berechtigt,** die SicherhLeistg zu verlangen, ist der **Unternehmer** eines **Bauwerks** (§ 648 Rn 2, § 634 a Rn 10, 13 ff), nach hM auch der Architekt od Bauingenieur (für weite Auslegg zB Schulze-Hagen BauR 00, 28;

sa Kniffka BauR 07, 246/49), od einer **Außenanlage**, dh grdstbezogener Arb wie Erd-, Pflanz-, Rasen-, SaatArb, landschgartner Entwässers- u vegetationstechn Arb dch Untern des Garten-, Landsch- u Sportplatzbaues (BT-Drs 12/4526 S 10). Voraussetzung ist nach hM, dass die Arb zur Wertsteigerg des Grdst beitragen (weiter Düss BauR 05, 416; auch plander Architekt), daher nicht bloße Abbruch- od RodgsArb (BGH NJW-RR 05, 750). Jew auch bei TeilAuftr. And als in § 648 auch der SubUntern (§ 631 Rn 9a), auch innerh einer ARGE (Diehr ZfBR 04, 3); Grd: Besteller muss mit dem GrdstEigentümer nicht ident sein (sa Rn 8). Nicht der bloße Baustofflieferant.

d) Adressat des Verlangens ist der **Besteller** als WerkVertrPartner, dh im Verh zum SubUntern der HauptUntern (§ 631 Rn 9a) ohne Rücksicht auf das Eigent am BauGrdst. Besteller u SichsG müssen nicht persgleich sein (arg I 3, Rn 13). 8

3) Sicherbare Ansprüche. – a) Gegenstand der Sicherung, I 1, ist der VergütsAnspr (nicht SchadErs-Anspr od gesetzl Anspr aus GoA od §§ 812ff, Kniffka BauR 07, 246/51) des Untern für die von ihm zu erbringden Vorleistgen, einschl zugehör NebenFdgen (zu ihnen Rn 11). *Vorleistungen* ist wirtschaftl zu verstehen; darunter fallen alle vertragl noch geschuldeten Werkleistgen, auch aGrd ZusatzAuftr (I 2), aber auch bereits erbrachte, nach dem Vertr vergütspsfl u noch nicht be-zahlte Leistgen (BGH 146, 24/31, hM). Auch die **Mängelbeseitigung nach Abnahme oder Kündigung** des Bestellers, wenn dieser insow noch VertrErf verlangt (BGH NJW 04, 1525, NJW-RR 04, 740 [Schliemann/Hildebrandt ZfR 04, 278]; Hamm NJW-RR 03, 520: bis zum Entfallen der NachErfAnspr), da der Untern auch hier wg des LeistgsVR gem § 641 III wirtschaftl vorzuleisten hat (str, vgl Köln BauR 03, 904). LeistgsVR des Bestellers bleiben bestehen (BGH NJW-RR 05, 609, 05, 457: § 641 III, auch ggü AbschlagszahlgsAnspr; NJW-RR 06, 28: wg Aufrechng od Minderg). Stellt dieser keine Sicherh, kann der Untern gem V iVm § 643 S 1 vorgehen (vgl Rn 17); nach fruchtfr Ablauf, bei endgült Verweigerg der Sicherh auch aGrd Erkl ohne FrSetzg, entfällt der NachErfAnspr des Bestellers, der Untern hat zwar nicht den vollen VergütsAnspr, aber die Anspr gem Rn 18. And, auf einem LeistgsVR des Untern basierende Vorschläge lehnt der BGH ab (NJW 04, 1525, NJW-RR 04, 740, NZBau 04, 261; krit Thierau NZBau 04, 311, Steingröver NJW 04, 2490, Meurer MDR 04, 853; sa Heiland BauR 04, 1209). Behandlg im Ztpkt der Künd unbekannter Mängel Valerius BauR 05, 22. 9

b) Höhe, I 2. Der Untern kann SicherhLeistg „bis zur Höhe des voraussichtl VergütsAnspr“ verlangen, dh auch teilw u erst im Verlauf der Arb, wenn er dies, auch mit Rücksicht auf die Kosten der SicherhLeistg, für angebracht hält. Bei Pauschalpreisvereinbgen ergibt sich die Höhe direkt aus dem Vertr. Bei Vereinbg von Einhpreisen (§ 632 Rn 5) ist sie anhand des LeistgsVerzeichn u einer evtl Angebotssumme zu schätzen (Karlsru NJW 97, 263), ebenso bei Vergüts nach Stundenlohn (§ 632 Rn 6). **Mängel**, die noch beseitigt werden können, mindern die Höhe nicht, wohl aber wirks Minderg od Aufrechng mit liquiden GgAnspr (BGH 146, 24/32, Einzelh str). Tats geleistete Voraus- u **Abschlagszahlungen** (§ 632a Rn 4) sind abzuziehen, da insow keine Vorleistg mehr vorliegt (BGH 146, 24/32); eine bereits geleistete Sicherh ist insow freizugeben. Dagg kommt es nicht auf das tats, zB dch Vereinbg eines ZahlungsPlans od den Anspr auf Abschlagszahlg gem § 632a geminderte VorleistgsRisiko an (BGH 146, 24/29, str; aA zB Zanner BauR 00, 485 für VOB-Vertr). Ob auf ein SperrKto eingezahlte SicherhEinbehalte (zB gem VOB/B 17 Nr 6) anzurechnen sind, ist str (bejahd Kleefisch/Herchen NZBau 06, 201).

c) Nebenforderungen sind vertragl geschuldete Zinsen oä. Für sie kann der Untern SicherhLeistg verlangen (sa Rn 2), aber nur, soweit sie dem Grd nach tats bestehen (BT-Drs 14/1246 S 10; Ffm BauR 07, 1430). Hat er dies nachgewiesen, wird ihre Höhe mit 10% des zu sichernden VergütsAnspr (Rn 9f) pauschaliert. Zur Berechnung der Höhe der Sicherh wird diese Pauschale dem VergütsAnspr hinzugerechnet. Für Prozkosten u Verzugszinsen gilt, sofern Sicherh dch Bürgsch geleistet wird, § 767 (Ffm BauR 07, 1430). 11

4) Sicherungsleistung, II. – Art s §§ 232ff. Außerdem die in **II 1** genannten SichsMittel, sofern die Sicherh (1) sich auf die VergütsFdg bezieht (Hamm NJW-RR 03, 520: ProzBürgsch genügt nicht), (2) einen unmittelb ZahlgsAnspr gg den SichsG gewährt (BGH 146, 24/34); so bei allen Haftgs„Krediten“ iSv KWG 21 I Nr 4, insbes Bürgsch (zu KonzernBürgsch Horsch/Hänsel BauR 03, 462, zu DchsetzgsProblemen Schmitz BauR 06, 430), u (3) bzgl erbrachter Leistgen insolvenzfest ist (sa Rn 13; zur Insolvenzanfechtg bei Bürgsch Mundt NZBau 03, 527). Diese Voraussetzgen fehlen bei FdgsAbtretgen, auch soweit sie dch Bürgsch eines Dritten gesichert sind, da Schu u/od Bürge insow Einwendngen geltend machen können (BGH NJW-RR 06, 28); Abtretg einer SichsGrdschuld s Leineweber BauR 00, 159. WahlR bzgl der SichsArt beim Besteller (§ 262).

– **Inhalt**. Was der Untern verlangen kann, ergibt sich aus I 2, 3. Davon zu unterscheiden ist der tats Inhalt der Sichg, zB der Umfang einer Bürgsch (§ 765 Rn 19ff; sa Mü BauR 04, 1316: NachtragsFdgen). Befristete Sichg, zB dch ZeitBürgsch, genügt idR nicht, weil Risiken für den Untern prakt nicht ausgeschl werden können (sa Ffm BauR 03, 412; Buscher BauR 01, 159, and Zimdars DB 97, 614). Ist ein Dritter SichsG (zB eine Bank bei Bürgsch), darf er sich in Anlehnng an § 490 I ggü dem Untern den Widerruf seines Versprechens vorbehalten (**Widerrufsvorbehalt, I 3**) für den Fall, dass sich die VermVerhältn des Bestellers nach Abschluss des BauVertr wesentl verschlechtern (wie § 321 Rn 5). Der Widerruf bezieht sich nur auf die SicherhLeistg für den Vergüts-Anspr des Untern für solche Bauleistgen, die er im Ztpkt des Zugangs der WiderrufsErkl noch nicht erbracht hat (sa BGH 146, 24/35). Die Beweislast für diesen Ztpkt liegt beim SichsG, für die bis dahin erbrachten Leistgen beim Untern. Dieser hat dann ein sofort LeistgsVR bzgl der noch ausstehden Bauleistgen gem § 321. – **Zahlung** dürfen Kreditinstitute/-versicherer nur unter den Voraussetzgen gem **II 2** leisten; diese sind ggf FälligVoraussetzg (Schmitz BauR 06, 430), eine Klage vor dem Nachw ist unbegründet (BGH NJW 01, 3616). Dies schützt den Besteller davor, dass der SichsG trotz bestehder Mängel od nicht erbrachter Leistgen bezahlt u der Besteller dadch praktisch sein ZBR verliert. Außerdem soll der SichsG vor Auseinandersetzg mit dem Untern bewahrt werden. Wg S 2 wird ein Kreditinstitut SicherhLeistgen in Form der Zahlg auf 1. Anfordern (Einf 14, 25 v § 765) nur übernehmen, wenn die Vorschr abdingb ist (s Rn 4; sa Düss MDR 00, 328, Zimdars DB 97, 614). Bei Verurteilg des Bestellers zur Zahlg gg SicherhLeistg liegen die Voraussetzgen der ZwVollstrg vor, wenn der Untern die Sicherh geleistet, bei Verurteilg Zug um Zug (Mängelbeseitigg), wenn er die GgLeistg bewirkt hat. Erweisen sich die Einwendngen des Bestellers als unbegründet, hat er Kostennachteile gem III 2. 13

5) Kostenerstattung, III. Die Kosten der SicherhLeistg trägt im Verhältn zum SichsG der Besteller. Er hat seinerseits einen trotz VII abdingb (Leinemann/Klaft NJW 95, 2521, str) Anspr auf ihre Erststatt, soweit sie üblich sind, bis maximal 2% pa (III 1) gg den Untern, weil die Sicherh in dessen Interesse zu leisten ist. **Nicht zu erstatten**, III 2: Kosten, die entstehen, weil wg unogr Einwendngen des Bestellers gg den VergütsAnspr des Untern gg eine Zahlg des SichsG die SicherhLeistg länger aufrecht erhalten werden muss (sa Rn 14 aE). 15

- 16 **6) Folgen unzureichender Sicherheitsleistung**, V. S Busz NZBau **04**, 10. Sie setzen voraus, dass in der gesetzten angem Frist (Rn 6) keine nach Art, Inhalt u Höhe hinreichde Sicherh (Rn 10–13) geleistet wird (V 1). Die Regelg ist abschließd (BGH NJW **05**, 1650). Sa Rn 5.
- a) Ein Leistungsverweigerungsrecht** hat der Untern in jedem Fall (Rn 5), dh er braucht die Arb nicht zu be-
ginnen bzw fortzusetzen, auch keine Mängel zu beseitigen (Rn 9), u kommt insow nicht in Verzug (Düss BauR
05, 572). Bei teilw SicherhLeistg gilt § 320 II.
- 17 **b) Eine Nachfrist** zur SicherhLeistg, verbunden mit **Kündigungsandrohung** kann der Untern setzen, V 1
iVm § 643 S 1, auch noch nach Abnahme (Rn 9); verpflichtet hierzu ist er nicht (arg: Formulierg von V 1
u § 643 S 1; Dresd BauR **02**, 1274, hM). Nach fruchtlosem FrAblauf gilt der Vertr ohne zusätzl Künd (auch bei
VOB-Vertr, Hammacher BauR **97**, 429) als aufgehoben, § 643 S 2, der Untern wird von jegl Pfl zur Erfüllg des
Vertr frei (BGH NJW **07**, 60). Einzelh § 643 Rn 2, auch zur Entbehrlichk der FrSetzg, wenn Besteller die
18 Sicherh endgült verweigert (sa BGH NJW **04**, 1525/27). Der Untern hat dann **Ansprüche** auf: (1) *anteilige
Vergütung* entspr den bis zur VertrAufhebg erbrachten Leistgen (§ 645 Rn 11), ggf (Rn 9) abzügl des
Minderwerts wg Mängeln (BGH NJW **04**, 1525, **07**, 60), der iF mögl u dem Untern zumutb Mangelbeseitigg
den hierfür notw Kosten entspricht (BGH NJW-RR **05**, 389). (2) *Ersatz der Auslagen*, soweit sie nicht in der
Teilvergütg bereits enthalten sind. (3) *Ersatz des Vertrauensschadens*, V 2; zum Begriff Vorb 17 v § 249.
Darunter fällt zB der Gewinn, der dem Untern entgeht, weil er im Hinbl auf diesen BauVertr die Übernahme
eines and BauAuftr abgelehnt hat. Um dem Untern die Darlegg zu erleichtern (BT-Drs 14/1246 S 10), wird gem
V 4 bei ab dem 1. 5. 00 geschlossenen Vertr (Rn 2) die Höhe dieses Schadens mit 5% der „Vergütg“ vermutet,
dh der Nettoestvergütg = Differenz zw der gesamten AuftrSumme (zweifelnd Kniffka ZfBR **00**, 227/237) u
dem Teil davon, den der Untern ohnehin gem (1) u (2) verlangen kann (Rothfuchs BauR **05**, 1672, Sticker
NZBau **05**, 322;
str, sa Dresd BauR **06**, 1318, § 645 Rn 11). Der Untern kann einen höheren, der Besteller einen niedrigeren
Schaden nachweisen. Nach LG Göttingen (BauR **01**, 1114) kann der Besteller nicht seinerseits mit SchadErs-
Anspr wg der Mängel aufrechnen.
- 19 **c) Ohne Nachfristsetzung** gem § 643 bleibt der Vertr bestehen. Der Besteller ist wg der nicht geleisteten
Sicherh in Annahmeverzug (§ 642) u kann seinerseits nach § 649 kündigen. Sieht man die SicherhLeistg entgg
Rn 5 als MitwirkgsPfl, kann ihre Verweigerg zu SchadErsAnspr aus § 280 führen (§ 631 Rn 27).
- 20 **d) Kündigung des Bestellers**, V 3, nach SicherhVerlangen. Kündigt der Besteller gem § 649, bleibt dem
Untern im Ergebn sein VergütgsAnspr (einschl Gewinn) erhalten, so dass ihm an sich ein VertrauensSchad, wie
ihn V 2 voraussetzt, nicht entsteht (§ 649 Rn 1). Nach Auffassg des Gesetzgebers kann jedoch die gem § 649
dchzuführde Abrechng (dort Rn 5, 7) Schwierigk bereiten. Zweck des auch für vor dem 1. 5. 00 abgeschl Vertr
geltenden (Rn 2) V 2 ist es, dem Untern diese Abrechng zu erleichtern (BT-Drs 14/2752 S 14). Daraus folgt, dass
V 3 dem Untern bei Künd des Bestellers die Möglichk eröffnet, alternativ zur Abrechng gem § 649 S 2 auch
gem V 1 u 2 (V 3: „dasselbe“) einschl der SchadPauschalierg gem V 4 abzurechnen, insow allerd nur bei ab
1. 5. 00 abgeschl Vertr (sa BGH NJW **05**, 1650). Voraussetzung ist, dass der Besteller wg des SicherhVerlangens
kündigt. Das wird bei zeitl Zushang von Verlangen u Künd, vom Besteller widerlegb, vermutet.

2. Rom II-Verordnung

Am 11. 1. 2009 trat die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II) vom 11. 7. 2007 (ABl EU Nr L 199 S 40) in Kraft. Sie gilt nicht für schadensbegründende Ereignisse, die vor diesem Zeitpunkt eingetreten sind (Art. 31 Rom II-VO, vgl die Kommentierung dort). Insoweit ist weiterhin das bisher geltende Recht maßgebend. Da die Kommentierung der Art. 38–42 EGBGB im Buch aus Platzgründen auf die Materien beschränkt worden ist, die nicht von der Rom II-VO erfasst werden (vgl dazu § 1 Rom II-VO mit Kommentierung), wird die bisherige Kommentierung der Art. 38–42 EGBGB (Stand 67. Aufl. 2008) im Archiv wiedergegeben.

Zweiter Unterabschnitt. Außervertragliche Schuldverhältnisse

Vorbemerkung vor Art. 38 EGBGB

- 1 1) Mit dem Gesetz zum IPR für außervertragl SchuldVerh u für Sachen vom 21. 5. 99, BGBl 1026, hat der BT die noch fehlende Teilkodifikation des dtshen KollRechts beschlossen (vgl dazu **BT-Drs** 14/343 u zu den parlamentar Beratern Wagner IPRax 99, 210). Offen geblieben ist damit nur noch eine Regelg für jur Pers u Gesellsch, vgl dazu Anh zu Art 12 Rn 1, sowie die Stellvertreterg, vgl dazu Anh zu Art 32 Rn 1. Das ReformG vom 21. 5. 99 ist am 1. 6. 99 in Kraft getreten; es enthält **keine Übergangsregelung**. Da das neue Recht im Wesentl die in der Praxis schon bish befolgten Anknüpfungsregeln fixiert, erschien eine intertemporale Vorschr entbehrlich. Bei Abweichungen vom bish geltenden RZustand ist die anwendb kollrechl Regel analog Art 220 I u 236 § 1 zu bestimmen: Wenn das maßg Recht im konkreten Fall bereits vor dem 1. 6. 99 unwandelb feststand, wie bei der ErsatzPfl aus einem Verkehrsunfall vor diesem Ztpkt, bleibt es bei dieser Anknüpfung (vgl **BT-Drs** 14/343 S 7, Spickhoff NJW 99, 2210); ein Statutenwechsel kommt nur bei Wandelbarkeit der Anknüpfung in Betr, zB bei sukzessiven Eingriffen in ein geschütztes Interesse, die ab dem 1. 6. 99 ex nunc nach Art 38 II zu beurteilen sind.
- 2 2) Das derzeit geltende dtshche Recht verzichtet auf ein ausdifferenziertes Anknüpfungssystem mit Detailregelungen u beschränkt sich auf „einen Kernbestand“ von Grds des IPR (vgl **BT-Drs** 14/343 S 1). Für das außervertragl SchuldR enthält es kollrechl Regelgen zum BereichersR, Art 38, zur GoA, Art 39, u zum DeliktsR, Art 40; die speziellen Anknüpfungsregeln werden dch gemeinsg geltende allg Bestimmungen modifiziert, Art 41 (Abweichg bei wesentl engerer Verbindg) bzw ergänzt, Art 42 (Zulässigg einer nachträgl RWahl). **Rück- u Weiterverweisung** sind grdsätzl zu **beachten**, Art 4 I, soweit das anwendb Recht nicht dch RWahl bestimmt wurde, Art 42 iVm Art 4 II. Nach dem Sinn der Verweisg ist die Beachtg eines Renvoi gem Art 4 I ferner **ausgeschlossen** bei den in Art 38 I, 39 II, 40 IV u 41 II Nr 1 vorgesehenen **akzessorischen** Anknüpfungen, die einen Gleichlauf zw den außervertragl Anspr u dem zugrundeliegenden RVerh sichern wollen; dieser Gleichlauf darf dch die isolierte Berücksichtigg eines Renvoi für die außervertragl Anspr nicht dchbrochen werden (vgl dazu **BT-Drs** 14/343 S 8, Kreuzer RabelsZ 01, 395 u Art 4 Rn 9). Der Ausschluss des Renvoi gilt desh insbes für die akzessor Anknüpfung des Deliktsstatuts für ErsatzAnspr, die in sachl Zushang mit der Verletzg von VertrPfl stehen, zB bei ArztVertr od BeförderersVertr (vgl dazu Art 40 Rn 6; zur Beachtlichk eines Renvoi iR der Ausweichklausel des Art 41 vgl dort Rn 2).
- 3 3) Das ReformG vom 21. 5. 99 beruht im Ggsatz zu den für vertragl SchuldVerh geltenden Vorschr der Art 27–37 **nicht auf staatsvertraglicher** Grdlage; es enthält vielmehr **autonomes** dtshches Recht. Der Vorentwurf eines EWG-**Übereinkommen** über das auf vertragl und außervertragl SchuldVerh anwendb Recht von 1972 ist im weiteren Verlauf der Verhandlgen auf das SchuldVertrR beschränkt worden (zum EG-SchuldVertrÜbk vom 19. 6. 80 vgl Vorb 1 v Art 27). Die Bemühungen um eine **europäische Vereinheitlichung** auch der KollNormen des außervertragl SchuldR (vgl dazu im einzelnen Vorauf) haben inzwischen zum Erfolg geführt: Das Europ Parlament hat den Vorschlag einer **Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“)** in zweiter Lesung gebilligt; die Rom-II-VO wird **am 11. 1. 2009 in Kraft** treten (ABI EU 2007, L 199/40), Text im PalArch I A 2. Die KollNormen der VO beschränken sich nicht auf die RAnwendg im Verh der EU-MitglStaaten (Art 3: universelle Geltg); sie erfassen von den in Art I II genannten Ausn abgesehen (vgl vor allem Art I II lit g: Ausklammerg von SchuldVerh aus der Verletzg der Privatsphäre oder der Persönlkr) inhaltl im Wesentl den gesamten Anwendungsbereich der in Art 38–42 geregelten SchuldVerh (Kap II. Unerlaubte Handlgen: Art 4–9; Kap III. Ungerechtf Bereicherg. Geschäftsführg ohne Auftr u Verschulden bei VertrVerhandlgen: Art 10; Kapitel IV. Freie Rechtswahl: Art 14). Die Rom-II-VO wird daher vom Zeitpkt ihres Inkrafttr an für sämtl nach dem 11. 1. 2009 eintretenden Ereign (dh ohne Rückwirkg, vgl Art 31) den gesamten zweiten Unterabschnitt überlagern und weitgehend ersetzen. Für die kollrechl Beurteilg der Rechtsfolgen aller **vor** dem 11. 1. 2009 eintretenden ungerechtf Vermögensverschiebgen, GeschBesorggen u schadensbegründenden Ereign bleibt es jedoch auch nach dem Inkrafttr der Rom-II-VO bei der uneingeschränkten Anwendg der Art 38 – 42 EGBGB. Diese werden also noch geraume Zeit nach dem 11. 1. 2009 ihre prakt Bedeutg behalten.

EG 38 Ungerechtfertigte Bereicherung. (1) **Bereicherungsansprüche wegen erbrachter Leistung unterliegen dem Recht, das auf das Rechtsverhältnis anzuwenden ist, auf das die Leistung bezogen ist.**

(2) **Ansprüche wegen Bereicherung durch Eingriff in ein geschütztes Interesse unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Eingriff geschehen ist.**

(3) **In sonstigen Fällen unterliegen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Recht des Staates, in dem die Bereicherung eingetreten ist.**

- 1 1) **Allgemeines.** – a) Die Vorschr versucht, die unterschiedl Fallgruppen einer ungerechtf Bereicherg mit 3 verschiedenen Anknüpfungen einzufangen: (1) Die **Leistungskondition** wird akzessorisch dem Recht der zugrundeliegenden Leistgbeziehg unterstellt, Abs 1; (2) für **Eingriffskonditionen** gilt das Recht am Eingriffsort, Abs 2; (3) für Konditionen in **sonstiger Weise** gilt das Recht am Ort des Bereichergseintritts, Abs 3. Die Part können aber abweichd von diesen Regeln das auf ihre Anspr anwendb Recht auch dch nachträgl **Rechtswahl** bestimmen, vgl dazu Art 42, die grdsätzl auf den Ztpkt der Entstehg der Anspr zurückwirkt, vgl Art 42 Rn 1; eine vorab vorgenommene RWahl ist unwirks (krit Busse RIW 99, 19). Bei Vorliegen einer **wesentlich engeren Verbindung** mit dem Recht eines and Staates ist nach der **Ausweichklausel** in Art 41 dieses Recht maßgeblich. Art 10 I–IV **Rom-II-VO** sieht primär eine akzessor Anknüpfung vor; ersatzw soll Recht des gemeins gewöhnl Aufenth der Part gelten, wenn in diesem Staat das die Bereicherg verursachende Ereign eingetreten ist, hilfsw das Recht des Staates, in dem „im Wesentlichen“ dieses Ereign eingetreten ist; die Anwendg des Rechts einer offensichtl engeren Verbindg bleibt vorbehalten.

b) Die Regelg strebt damit primär einen **Gleichlauf** mit dem auf parallele RBeziehgen anwendb Recht an: für die Leistungskondition mit dem VertrStatut u für die Eingriffskondition mit dem Deliktsstatut (vgl **BT-Drs**

14/343 S 8 f). Die Ausweichklausel des Art 41 schafft aber ein gewisses Maß an **Flexibilität**, um den Umst des Einzelfalls Rechng zu tragen, wo dies geboten erscheint.

c) **Rück- od Weiterverweisung** sind grdsätzl zu befolgen, Art 4 I, nicht aber bei der akzessor Anknüpf der Leistgskondition an das zugrunde liegende SchuldVerh, da dies dem Sinn der Verweisg widersprechen würde (vgl **Vorb 3**); soweit es sich um einen (nichtigen) SchuldVertr handelt, folgt dies bereits aus Art 35 I iVm Art 32 I Nr 5 (vgl dazu dort Rn 7). Unbeachtl ist der Renvoi ferner bei nachträgl RWahl, Art 42 iVm Art 4 II; zur Ausweichklausel des Art 41 vgl dort Rn 2. Dagg ist der Renvoi iRv Abs 2 u 3 zu beachten, auch soweit damit der Gleichlauf mit dem Deliktsstatut aufgehoben wird, da die Anknüpf an den Eingriffsort ohnehin mit der alternativen Anknüpf an den Handlgs- u Erfolgsort nicht vollständig übereinstimmt (vgl Wagner IPRax **99**, 210, aM Fischer IPRax **02**, 9, MüKo/Junker Rn 37, PWW/Leupertz Rn 2).

2) **Leistungskondition** (Abs 1). – a) Die Rückforderg einer rechtsgrdlös erbrachten Leistg (zB wg Wegfalls der GeschGrdlage, BGH FamRZ **05**, 1151) ist nach dem für den RGrd maßg Schuldstatut zu beurteilen; handelt es sich um eine vermeintl Leistgspfl, ist für die Anknüpf das Zustandekommen eines entspr RVerh zu unterstellen. Die akzessor Anknüpf der Leistungskondition an das Statut der vermeintl Schuld entspricht der schon früher hM (vgl zB BGH DiZ **95**, 250/253, Mü RIW **98**, 559). Bei einem unwirks SchuldVertr folgt die Maßgeblichk des VertrStatuts für die Rückabwicklg erbrachter Leistgen bereits aus **Art 32 I Nr 5** (vgl dort Rn 7); diese Vorschr geht insow auch Art 38 I als Spezialregel vor (Spickhoff NJW **99**, 2211, Kreuzer RabelsZ **01**, 406, aM Busse RIW **99**, 18); eine Verdrängg des VertrStatuts nach der Ausweichklausel des Art 41 kommt daher insow nicht in Betr; auch die Beachtg eines Renvoi ist insow nach Art 35 I ausgeschl (vgl Rn 1).

b) Eine Regel für **Mehrpersonenverhältnisse** (DreiecksVerh) fehlt. Für die Rückabwicklg maßg ist grdsätzl diejen RBeziehg, auf welche aus der Sicht des Empfängers geleistet wurde, für die Rückforderg der Leistg des Bürgen gg den Gläub also das BürgschStatut (Busse RIW **99**, 20). In Anweisungsfällen gilt für die Rückforderg des Angewiesenen gg den Anweisden das Statut des DeckggsVerh, für die Rückforderg des Anweisden gg den Zuwendgempfänger dasjen des ValutaVerh; für den DirektAnspr des Angewiesenen gg den Zuwendgempfänger, insbes bei Doppelmangel, gilt das Recht am Ort des Bereicherungseintritts, Abs 3 (vgl Rn 4, BGH NJW **04**, 1315, Erm/Hohloch Rn 8, aM Busse RIW **99**, 20, Fischer IPRax **02**, 7 u 63. Aufl). RegressAnspr des Leistden gg einen and Schu unterliegen grdsätzl dem Statut des zw ihnen bestehenden RVerh, zB Auftr, Bürgsch. Zum Regress unter GesamtSchu vgl Art 33 Rn 3. Für die **Rückgriffskondition** des NichtSchu gg den Schu gilt das Statut der zu tilgenden Schuld (vgl Fischer IPRax **02**, 8); zum gleichen Ergebn führt Art 39 II für den AufwendgErsAnspr aus GoA (vgl dort Rn 2); für Anspr aus einer vertragl Beziehg zw Schu u leistdem NichtSchu gilt das VertrStatut.

3) **Eingriffskondition** (Abs 2). – a) Der BereichergsAnspr wg Eingriffs in ein rechtl geschütztes Interesse unterliegt der ROrdng des Staates, in dem der Eingriff erfolgt ist; damit wird Gleichlauf mit dem Deliktsstatut ermöglicht (vgl **BT-Drs 14/343 S 9**, Wagner IPRax **99**, 210); bei Auseinanderfallen von Handlgs- u Erfolgsort RWahl analog Art 40 I. Bei Eingriff in dingl Rechte an einer **Sache**, insbes dch Verfügg eines Nichtberechtig, Besitzentzieh, Nutzg, Verwendg, Verbr, Verbindg, Vermischg, Verarbeitg, unterliegt der BereichergsAusgl damit dem Recht des **Lageorts** zum maßg Ztpkt; dies entspr dem schon bish geltenden RZustand (vgl Düss VersR **00**, 461). Die Neuregelg erfasst aber auch Eingriffe in **geschützte Interessen** jedweder Art, insbes das PersönlichkR; gerade hier erweist sich der Gleichlauf mit dem Deliktsstatut als vorteilh. Bei Eingriffen in die FdgsZuständigk, zB dch Einzieh einer fremden Fdg, ist ein Eingriffsort häufig nicht einfach zu bestimmen (vgl dazu AnwK/Huber Rn 19); gelingt die Lokalisierg nicht, ist auf die Ausweichklausel des Art 41 u damit auf die engste Verbindg abzustellen (Wagner IPRax **98**, 432, Fischer IPRax **02**, 6); sie kann auch zum Statut der getilgten Fdg führen (vgl dazu BGH NJW **99**, 940, Looschelders Rn 11, Stadler IPRax **00**, 110).

b) Vorbehalten bleibt in jedem Fall eine abweichende nachträgl RWahl, Art 42, sowie die Anwendg des Rechts einer **wesentlich engeren Verbindung**, Art 41, insbes bei einer parallelen VertrBeziehg zw den Beteiligten, zB Miete (Fischer IPRax **02**, 5) od bei gewöhnl Aufenth aller Beteiligten in demselben Staat im Ztpkt des Eingriffs, der allerid idR mit dem Eingriffsort identisch sein wird. Für Eingriffe in **Immateriälgüterrechte**, insbes Patente, Gebrauchs- u GeschmMuster, Marken od UrheberR, gilt Art 38 II **nicht** (vgl **BT-Drs 14/343 S 9**, Busse RIW **03**, 408); insow entscheidet weiterhin das Recht des Schutzlandes (vgl dazu Art 40 Rn 13).

4) **Sonstige rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen** (Abs 3). Die Vorschr enthält einen Auffangtatbestand für die von Abs 1 u 2 nicht erfassten Fälle des BereichergsAusgl, zB Rückforderg abgeirrter Leistgen (vgl dazu BGH NJW **01**, 2968) od Direktkondition des Angewiesenen gg den Anweisungsempfänger bei Fehlen einer wirks Anweisg (BGH NJW **04**, 1315, Hamm IPRspr **02** Nr 42). Maßg ist das Recht am Ort des Bereicherungseintritts, zB der Lageort eines Grdst bei Wertsteigergen dch aufgedrängte Bereicherg, die keinen Eingriff iSv Abs 2 darstellen od der AufenthOrt des Empfängers, dem irrtüml die für einen and bestimmte Leistg erbracht worden ist.

5) **Anwendungsbereich**. Das BereichergsStatut entscheidd über alle mit dem BereichergsAnspr zushängden Fragen, insbes EntsteHg u Umfang des Anspr, zB Erstreckg auf Nutzgen, Surrogate, Wertersatz, Einfluss des Wegfalls der Bereicherg, Saldierg von einander ggüberstehenden BereichergsAnspr, Haftgverschärfg. Eine **Kappungsgrenze** für exorbitante BereichergsAnspr insbes aus Eingriffskondition ist **nicht** vorgesehen; Art 40 III gilt hier nicht (aM Busse RIW **99**, 20); ggf ist Art 6 anzuwenden. Art 38 gilt nicht für die **Gläubigeranfechtung** außerh des InsolvenzVerf; maßg ist dafür grdsätzl das Statut des anzufechtenden Erwerbsvorgangs (§ 19 AnfG, vgl BGH JZ **97**, 568, NJW **99**, 1395, Düss IPRax **00**, 534/537); zur Insolvenzanfechtg außerh des Anwendungsbereich der EulnsVO vom 29. 5. 00 vgl InsO 339, neugefasst dch Gesetz vom 14. 3. 03, BGBI 345, u dazu eingehd Huber FS Heldrich 2005 S 695.

EG 39 Geschäftsführung ohne Auftrag. (1) Gesetzliche Ansprüche aus der Besorgung eines fremden Geschäfts unterliegen dem Recht des Staates, in dem das Geschäft vorgenommen worden ist.

(2) Ansprüche aus der Tilgung einer fremden Verbindlichkeit unterliegen dem Recht, das auf die Verbindlichkeit anzuwenden ist.

1) **Grundregel.** – a) Anspr aus Besorgg eines fremden Gesch (dh mit dem entspr FremdGeschFührgsWillen) 1 unterliegen grdsätzl dem Recht des GeschFührgsOrts, Abs 1, also zB dem Recht am Ort des geplanten

treuhänder Erwerbs (BGH NZG 05, 41) oder am Ort einer Hilfeleistg; bei Auseinanderfallen von Handlgs- u Erfolgsort entscheidet letzterer (BaRo/Spickhoff Rn 3, Looschelders Rn 8); bei angemäßer EigenGeschFührg gilt Art 40. Diese Anknüpfg sichert einen gewissen Gleichlauf mit dem Statut der Eingriffskondition gem Art 38 II u dem Deliktsstatut gem Art 40 I. Konkurrierende Anspr aus GoA, ungerechtf Bereicherer u Delikt unterliegen aber keineswegs notw demselben Recht. Art 11 Rom-II-VO sieht primär eine akzessor Anknüpfg vor; ersatzw wird das Recht des gemeins gewöhnl Aufenth, hilfsw des Orts der GeschFührg gelten; Anwendg des Rechts einer offensichtl engeren Verbindg bleibt vorbehalten.

b) Rück- od Weiterverweisg sind grdsätzl zu beachten, Art 4 I. Eine nachträgl RWahl ist zulässig, Art 42. Bei FremdGeschFührg iR eines zw den Part bestehenden RVerh ist eine akzessor Anknüpfg an dessen Statut als wesentl engere Verbindg iS der Ausweichklausel des Art 41 II Nr 1 geboten (vgl dazu BGH NJW 98, 1321: MitEigentümerVerh); das gleiche kommt bei gewöhnl Aufenth der Beteiligten zZt der GeschFührg im selben Staat in Betr, Art 41 II Nr 2; zum Ausschluss des Renvoi vgl **Vorb 3** u Art 4 Rn 9.

c) Bei Hilfeleistg auf hoher See ist das anwendb Recht unter Berücksichtigg aller Umst des Einzelfalls mit Hilfe der Ausweichklausel nach Art 41 zu bestimmen (vgl dazu **BT-Drs 14/343 S 9**), zB gemeins Heimathafen od gemeins Flagge, ersatzw Heimathafen des Geretteten (Fischer IPRax 02, 14).

d) Das von Art 39 I berufene Recht entscheidet über Voraussetzgen u Inhalt sämtl Anspr, die aus GoA entstehen können, insbes Unterscheidg zw den verschiedenen Arten der GoA, Pfl zur Herausgabe des Erlangten, AufwendsErs, SchadErs, HaftgsMaßst. Auf das gleiche Ziel gerichtete Anspr aus ungerechtf Bereicherer od unerlaubter Handlg unterliegen nicht notw dem gleichen Recht; die Anwendg der Ausweichklausel gem Art 41 bleibt jedoch vorbehalten (vgl **BT-Drs 14/343 S 9**).

- 2 **2) Tilgung fremder Schuld.** Nach der Sonderregel in Abs 2 gilt für den RegressAnspr des Leistden bei Tilgg einer fremden Verbindlichk deren Schuldstatut, bei einer schuldvertragl LeistgsPfl also das von Art 27 ff bestimmte Recht. Die Regelg bezieht sich nach der systemat Stellg der Vorschr nur auf den AufwendsErsAnspr aus GoA, nicht dagg auch auf einen entspr BereicherersAnspr aus Rückgriffskondition, der aber gleichfalls dem Statut der zu tilgden Schuld unterliegt, vgl Art 38 Rn 2. Eine Sonderregelg gilt auch für den ErstattgsAnspr gg den UnterhSchu gem Art 18 VI Nr 3 (vgl dort Rn 18).

EG 40 Unerlaubte Handlung. (1) ¹ Ansprüche aus unerlaubter Handlung unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat. ² Der Verletzte kann verlangen, dass anstelle dieses Rechts das Recht des Staates angewandt wird, in dem der Erfolg eingetreten ist. ³ Das Bestimmungsrecht kann nur im ersten Rechtszug bis zum Ende des frühen ersten Termins oder dem Ende des schriftlichen Vorverfahrens ausgeübt werden.

(2) ¹ Hatten der Ersatzpflichtige und der Verletzte zur Zeit des Haftungsereignisses ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat, so ist das Recht dieses Staates anzuwenden. ² Handelt es sich um Gesellschaften, Vereine oder juristische Personen, so steht dem gewöhnlichen Aufenthalt der Ort gleich, an dem sich die Hauptverwaltung oder, wenn eine Niederlassung beteiligt ist, an dem sich diese befindet.

(3) Ansprüche, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, können nicht geltend gemacht werden, soweit sie

1. wesentlich weiter gehen als zur angemessenen Entschädigung des Verletzten erforderlich,
2. offensichtlich anderen Zwecken als einer angemessenen Entschädigung des Verletzten dienen oder
3. haftungsrechtlichen Regelungen eines für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Übereinkommens widersprechen.

(4) Der Verletzte kann seinen Anspruch unmittelbar gegen einen Versicherer des Ersatzpflichtigen geltend machen, wenn das auf die unerlaubte Handlung anzuwendende Recht oder das Recht, dem der Versicherungsvertrag unterliegt, dies vorsieht.

- 1 **1) Allgemeines.** – a) Das internat DeliktsR war früher nur dch die spezielle ordre public-Klausel des Art 38 aF (Haftgsbegrenzg zG dtscher Staatsangehör) u dch die VO über die RAnwendg bei Schädigen dtscher Staatsangehör außerh des Reichsgebiets vom 7. 12. 42 normiert; die letztere ist dch Art 4 des ReformG vom 21. 5. 99 (Vorb 1 v Art 38) mit Wirkg zum 1. 6. 99 **aufgehoben** worden, die erstere ist in der allg Regelg des Art 40 III aufgegangen, die nunmehr auch in Einklang mit dem Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV steht (vgl dazu Art 3 Rn 10).

b) Art 40 geht vom **Tatortgrundsatz** aus, Abs 1, u kodifiziert damit den schon früher gewohnheitsrechtl geltenden Zustand. Diese Regelg gilt als **Generalklausel** für den gesamten Bereich des DeliktsR einschld der Gefährdgschaftg (**BT-Drs 14/343 S 11**); besond Anknüpfgsregeln für einzelne Deliktstypenfehlen; dagg wird die Rom II-VO eine Reihe von Spezialanknüpfgen vorsehen (Wagner IPRax 06, 378, vgl Rn 2). Die Tatortregel wird dch die **vorrangige Sonderanknüpfung** an den **gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt** der Beteiligten verdrängt. Auch die Ausweichklausel der **wesentlich engeren Verbindung**, Art 41, u eine nachträgl RWahl, Art 42, können zu Abweichen vom TatortGrds führen.

c) **Rück- u Weiterverweisung** sind grdsätzl zu befolgen, Art 4 I, sofern das Deliktsstatut nicht ausnahmsw akzessorisch an ein parallel maßg VertrStatut anzuknüpfen ist (vgl dazu Rn 6 u **Vorb 3** v Art 38; zur Ausweichklausel des Art 41 vgl dort Rn 2); ausgeschl ist ein Renvoi bei nachträgl RWahl, Art 4 II, nicht aber bei Ausüb des WahlR nach Abs 1 S 2 (ebso PWW/Schaub Rn 8, Looschelders VersR 99, 1324, v Hein ZVglRWiss 00, 272, Dörner FS Stoll, 2001, 495, aM Erm/Hohloch Rn 13, Freitag/Leible ZVglRWiss 00, 140); praktisch spielt ein Renvoi vor allem im Verh zu Staaten eine Rolle, die das Haager Abk über das auf Straßenverkehrsunfälle anwendb Recht ratifiziert haben, zB **ehemal** Jugoslawien u Österreich (uU Anknüpfg an das Recht des Zulasssstaats, vgl Ffm NJW 00, 1202, Timme ebda 3258, Wandt IPRax 92, 259, Lorenz RabelsZ 93, 177).

- 2 **d) Staatsvertragliche Sonderregelungen** gehen Art 40 vor, Art 3 II; vgl etwa das Internat **Übereinkommen** von 1992 über die zivilrechtl Haftg für Ölverschmutzgsschäden idF des Prot vom 27. 11. 92, das für Deutschland am 30. 5. 96 in Kraft getreten ist, vgl Gesetz vom 25. 7. 94, BGBl II 1150 u Bek vom 23. 4. 96, BGBl II 670. Art 40 III Nr 3 enthält einen zusätzl Vorbeh zG haftgsrechtl Regelgen in **Übereinkommen**, die für die BRep verbindl sind, vgl dazu Rn 20. Das Internat **Übereinkommen** von 2001 über die zivilrechtl Haftg für Bunkerölverschmutzgsschäden (Gesetz vom 8. 7. 06 BGBl II 578) ist noch nicht in Kraft getreten. Das Haager **Übereinkommen** über das auf Straßenverkehrsunfälle anwendb Recht vom 4. 5. 71 ist bish nicht ratifiziert; das

gleiche gilt für das Haager **Übereinkommen** über das auf ProduktenHaftpfl anwendb Recht vom 2. 10. 73. Nach Art 4 I – III der **Rom II-VO** gilt das Recht des SchadEintritts bzw bei gemeins gewöhnl Aufenth der Part das Recht dieses Staats; die Anwendg des Rechts einer offensichtl engeren Verbindg bleibt vorbehalten. Besondere Vorschr gelten nach Art 5–9 Rom-II-VO für Produkthaftg, unlautere Geschäftspraktiken, Umweltschäden, Verletzg des Rechts an geist Eigentum u Schäden aus ArbeitskmpfMaßn.

e) Zum **innerdeutschen Kollisionsrecht** vgl 58. Aufl Rn 29.

2) Tatortregel. – a) Voraussetzgen, Inhalt u Umfang von Anspr aus unerlaubter Handlg iwS, einschl Gefährdshaftg, sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in welchem der haftsgbegründde Tatbestand verwirklicht wurde (lex loci delicti commissi). Ob ein Geschehen als unerlaubte Handlg zu **qualifizieren** ist, entscheidet das dtische Recht (BGH FamRZ **96**, 601/604, vgl Einl 27 v Art 3). Liegen Handlgort u Erfolgsort in verschiedenen Staaten (grenzüberschreitende Delikte), so entscheidet primär das Recht des **Handlungsortes**, Abs 1 S 1, an welchem die für den Eintritt der RGutsverletzg maßg Ursache gesetzt wurde, bei Pressedelikten also der Erscheingsort (BGH NJW **96**, 1128), bei Hörfunk- u Fernsehsendgen der Ausstrahlgsort (Mü NJW **04**, 224/226); bloße Vorbereitgshandlgen bleiben außer Betr (BGH IPRspr **02** Nr 46). Bei Zuziehg von VerrichtgGeh ist Handeln des Gehilfen maßg (Köln IPrax **06**, 479, v Hein ebda 462). Geht die RGutsverletzg auf das Zuswirken mehrerer Ursachen zurück, die in verschiedenen Staaten gesetzt wurden, führt die Anknüpfg an den Handlgort zu mehreren alternativ anwendb Deliktsstatuten, zw denen der Verletzte wählen kann, Abs 1 S 2 analog (ebso Erm/Hohloch Rn 24, aM MüKo/Junker Rn 28, Looschelders Rn 29, v Hein RIW **00**, 828: für SchwerpktBetrachtg); auf Ausüb des WahlR hat der Richter zum Zweck der Konkretisierg der Anknüpfg ggf hinzuwirken, ZPO 139. Für die Haftg von Mittätern gilt das Recht des **jeweil** Handlgorts, sofern nicht eine gemeins wesentl engere Verbindg zum Recht eines and Staates besteht, Art 4 I (vgl dazu Weller IPrax **00**, 206). Bei Unterlassgdelikten entscheidet der Ort, an welchem dch Handeln der Eintritt der RGutsverletzg hätte verhindert werden können u an welchem der Schädiger nach dem dort geltenden Recht hätte handeln müssen (ebso Spickhoff IPrax **00**, 4, and aber BaRo/Spickhoff Rn 17: dtisches Recht, str, aM Erm/Hohloch Rn 24, Looschelders Rn 27, die die entspr RPfl dem Recht des Verletzgorts entnehmen). Bei Gefährdshaftg ist an den Ort des schadenstiftenden Ereign anzuknüpfen (BGH **23**, 65).

b) Der Verletzte kann bei grenzüberschreitenden Delikten anstelle des Rechts am Handlgort auch das Recht des **Erfolgsortes** wählen, Abs 1 S 2 (Ubiquitätsprinzip). Erfolgsort ist der Ort des Eintritts der RGutsverletzg, dh der tatbestandsmaß Deliktsvollendg, zB Körper- od GesundhVerletzg. Bei **Pressedelikten** entscheidet jeder Verbreitgsort (BGH NJW **96**, 1128), dessen Recht aber nur für den im **jeweil** Verbreitgsgebiet entstandenen Schaden anwendb ist (Mosaiksystem, ebso MüKo/Junker Rn 33, PWW/Schaub Rn 11, aM Wagner RabelsZ **98**, 277); das gleiche gilt für den Anspr auf Unterlassg des Vertriebs (BGH NJW **96**, 1128, **99**, 2893); für den Anspr auf Ggdarstellg gilt im Interesse einheitl Beurteilg zum Schutz der Pressefreih ausschließl das Recht des Handlgorts, dh des Erscheingsorts (and Stadler JZ **94**, 642, Looschelders ZVgIRWiss **96**, 80). Erfolgsort bei reinen VermSchäden ist der Lageort des Vermögens (Spickhoff NJW **99**, 2213; vgl dazu auch EuGH RIW **04**, 625 betr Art 5 Nr 3 EuGVÜ [nunmehr EuGVVO]). Der Ort des Eintritts weiterer Schäden ist nicht zu berücksichtigen. Zw mehreren Erfolgsorten in verschiedenen Staaten WahlR des Verletzten, Abs 1 S 2 analog, bei Pressedelikten allerd beschränkt auf den im Staat des Erfolgsorts entstandenen Schaden. Art 1 II lit g) der **Rom-II-VO** nimmt außervertragl SchuldVerh aus der Verletzg der Privatsphäre oder der PersönlichkR, einschl der Verleumdg, ausdrückl aus dem Anwendungsbereich der VO aus; damit bleibt die kollrechtl Beurteilg von Pressedelikten ungergelt (vgl dazu Heiderhoff EuZW **07**, 428).

c) Das WahlR muss bei RHängigk des Anspr im ersten RZug u spätestens bis zum Ende des frühen ersten Termins (ZPO 275) od dem Ende des schriftl VorVerf (ZPO 276) ausgeübt werden, Abs 1 S 3 (zum schriftl Verf gem ZPO 128 II vgl Freitag/Leible ZVgIRWiss **00**, 132: Ende der Schriftsatzfrist); vor RHängigk kann die Wahl ohne zeitl Begrenzg erfolgen. Es handelt sich um ein kollrechtl GestaltgsR (vgl MüKo/Junker Rn 36, Looschelders Rn 33, PWW/Schaub Rn 12, aM BaRo/Spickhoff Rn 24, AnwK/Wagner Rn 30), dh um eine einseit empfangsbedürft WillensErkl, für die keine Form vorgeschrieben ist; konkludente Erkl genügt, zB dch Berufg auf das Recht des Erfolgsorts in der Klageschrift in Kenntn der Wahlmöglichk; die einmal ausgeübte Wahl ist im Interesse des ErklGegners unwiderruf (aM Lorenz NJW **99**, 2217, Vogelsang NZV **99**, 502, Freitag/Leible ZVgIRWiss **00**, 123, wie hier Erm/Hohloch Rn 28, Looschelders Rn 36, Heiderhoff IPrax **02**, 366: auch zur Haftg des RA); die nachträgl gemeins RWahl der Part gem Art 42 bleibt jedoch zuläss (zur Abgrenzg vgl Lorenz aaO, Vogelsang NZV **99**, 502). Die RWahl gilt für alle Anspr aus demselben SchadEreign; eine TeilRWahl ist unzuläss (v Hein NJW **99**, 3175, Spickhoff IPrax **00**, 6). Mehrere Geschädigte können das WahlR individuell verschieden ausüben, sofern das Deliktsstatut nicht nach EG 41 II Nr 1 zu bestimmen ist, vgl dort Rn 4. Das Gericht ist (and als bei einer Mehrh von Handlgorten, Rn 3) nicht verpflichtet, vAw auf das WahlR hinzuweisen (**BT-Drs** 14/343 S 11); wird es aber erkennb übersehen od für unerhebl gehalten, muss das Gericht der Part Gelegen zur Außerg geben, vgl ZPO 139 II (zT and Spickhoff IPrax **00**, 7).

d) Macht der Verletzte zu seinem WahlR nicht od nicht rechtzeitig Gebrauch, bleibt es bei der ausschließl Anwendg des Rechts des Handlgorts. Der Richter hat also nicht mehr das dem Verletzten günstigere Recht vAw zu ermitteln; der bish vorgesehene **Günstigkeitsvergleich** ist **entfallen** (krit dazu Schurig GedächtnSchrift Lüderitz, 2000, 699; zu den Vor- u Nachteilen vgl Wagner IPrax **98**, 433).

e) Art 4 I **Rom-II-VO** sieht als Regelanknüpf den Ort des SchadEintritts vor; ein WahlR des Geschädigten zG des Rechts des Handlgorts besteht danach nicht.

3) Ausnahmen vom Tatortprinzip. Die Anknüpfg an den Tatort wurde in der RPraxis früher dch ein verwirrtes „System“ von Ausn u GgAusn dchbrochen, die erheb RUnsicherh bei der Feststellg des Deliktsstatuts vor allem bei Verkehrsunfällen zur Folge hatten (zu dieser sog Auflockerg des Deliktsstatuts vgl Heldrich FS BGH, 2000, II 758). Die Neuregelg dch das ReformG vom 21. 5. 99 (Vorb 1 v Art 38) brachte gerade in dieser Hinsicht einen wesentl Gewinn an RKlarh u eine erheb Vereinfachg für die RPraxis.

a) **Sonderanknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, Abs 2.** Das TatortR kommt von vornherein nicht zur Anwendg, wenn Schädiger u Geschädigter zT des haftsgbegründnden Geschehens ihren gewöhnl Aufenth in demselben Staat hatten; maßg ist in diesem Fall das Recht ihres gemeins gewöhnl Aufenth, Abs 2 S 1, zB dtisches Recht bei Verkehrsunfällen im Ausland, an denen ausschließl im Inland lebde Pers beteiligt sind, gleichgültig ob sie die dtische od eine ausländ Staatsangehörigk besitzen; dtisches Recht gilt also auch bei Verkehrsunfällen in Deutschland lebder Gastarbeiter in deren Heimatstaat. Die in der bish Praxis anerkannte Dchbrechg des TatortGrds bei gemeins dtischer od ausländ **Staatsangehörigkeit** der Beteiligten ist damit **entfallen** (vgl dazu 58. Aufl Art 38 Rn 7f; zur Aufhebg der RAnwendgVO vom 7. 12. 42 vgl Rn 1). Bei

Gesellsch, Vereinen od jur Pers tritt anstelle des gewöhnl Aufenth der Sitz der Hauptverwaltg bzw Niederlassg, Abs 2 S 2; hieran hat sich auch dch den Übergang zur Gründgtheorie im Anwendungsbereich der NiederlassgFreih nach Art 43 u 48 EGV (vgl Anh zu Art 12 Rn 6) nichts geändert, da es sich um die Anknüpf des Deliktsstatuts aGrd **tatsächl** Zushänge, nicht aber um die Anknüpf des Personalstatuts von Gesellsch bei der Beurteilg gesellschrechtl Fragen handelt. Mit dieser Sonderanknüpf ist eine einfache u klare Ausn vom Tatortprinzip geschaffen, die den dtshen Gerichten in vielen Fällen die Anwendg dtshen Rechts ermöglicht. Im Ggsatz zu GoA u ungerechtf Bereicherg wird im internat DeliktsR die Regelanknüpf in Art 40 I also nach Abs 2 von vornherein u nicht nur über die Ausweichklausel in Art 41 II Nr 2 dch das gemeins AufenthR verdrängt (vgl **BT-Drs** 14/343 S 12). Die Anknüpf an den gemeins gewöhnl Aufenth nach Abs 2 muss auch nicht mehr dch zusätzl Indizien, wie schon zuvor bestehde soziale Kontakte der Beteiligten od Benützg von im AufenthStaat zugelassenen u versicherten Kfz, gerechtf werden, auf welche in der Rspr früher abgehoben wurde. – Umgekehrt entfällt die Sonderanknüpf nach Abs 2 schon dann, wenn zZt des haftgsbegründden Geschehens die Beteiligten ihren gewöhnl Aufenth in verschiedenen Staaten hatten; dass sie zZt der Schadensregulierung ihren gemeins gewöhnl Aufenth in demselben Staat besitzen, ist nicht ausrechd. Zum Vorrang der Ausweichklausel einer wesentl engeren Verbindg gem Art 41 vgl Rn 6; sie kann im Einzelfall auch zur Anwendg des TatortR an Stelle des AufenthR führen. Zur Anknüpf an den gemeins gewöhnl Aufenth nach **Entwurfder Rom-II-VO** vgl deren Art 4 II.

- 6 **b) Wesentlich engere Verbindung, Art 41.** Die Anknüpf an den vorrang gemeins gewöhnl Aufenth nach Abs 2 od an den Tatort nach Abs 1 entfällt, wenn der SchadFall nach der **Gesamtheit der Umstände** des Einzelfalls eine wesentl engere Verbindg mit dem Recht eines and Staates aufweist, Art 41 I. Allg Richtlinien dafür lassen sich nicht aufstellen. Eine solche Verbindg kann sich aber nach dem **Regelbeispiel** in Art 41 II Nr 1 insbes aus einer besond rechtl od **tatsächl** Beziehg zw den Beteiligten im Zushang mit dem SchuldVerh ergeben; das Regelbeispiel in Art 41 II Nr 2 wird dch die vorrang Sonderanknüpf in Art 40 II ersetzt (vgl Rn 5). **(1)** Eine **rechtl** Beziehg dieser Art kommt insbes bei Delikten in engem sachl Zushang mit der Erfüllg eines VertrVerh, zB ArztVertr, Arbeits- od BefördergsVertr in Betr; bloße GelegenDelikte genügen dafür nicht. Art 41 II Nr 1 ermöglicht also insbes eine **akzessorische** Anknüpf des Deliktsstatuts an das **jeweil Vertragsstatut**, um eine einheitl Beurteilg aller Anspr zu erreichen, die aus der Verletzg gleich gelagerter VerhaltensPfl entspringen (krit Schurig FS Heldrich 2005 S 1021); auf diese Weise kann auch der Gleichlauf zw Deliktsstatut u Statut der **Pflichtverletzung** einschl der **culpa in contrahendo** hergestellt werden, die ebenfalls dem VertrStatut unterliegen (vgl Art 32 Rn 5 u 8). Die rechtl Beziehg braucht aber nicht notw in einem SchuldVerh zu bestehen; es kann sich auch um eine famrechtl Verbindg handeln, soweit der ErsAnspr in der Verletzg spezif famrechtl VerhaltensPfl wurzelt, nicht also bei SchadErsAnspr aus Verkehrsunfall (BGH **119**, 137/145), ebsonenig bei delikt ErsAnspr aus Verlöbn (BGH FamRZ **96**, 601/604, aM Mankowski IPRax **97**, 181, vgl dazu Art 13 Rn 30). **(2)** Eine **tatsächliche** Beziehg der Beteiligten, die eine wesentl engere Verbindg iSv Art 41 begründet, kann insbes bei gemeins angetretenen Geschäfts- od Urlaubsreisen sowie bei GefälligkFahrten bestehen. In Abweich von Art 40 I kommt hier etwa eine Anknüpf an den Ausgangspkt der Reise bzw Fahrt od an den Sitz des Reiseveranstalters in Betr, falls die Beziehg zum Tatort eher zufällig erscheint u ein gemeins gewöhnl Aufenth der Beteiligten iSv Art 40 II nicht besteht; für ausschließl Anknüpf an ein VertrStatut MüKo/Junker Rn 70.
- 7 **c) Nachträgliche Rechtswahl, Art 42.** In Abweich von der Anknüpf des Deliktsstatuts gem Art 40 u 41 können die Part das anwendb Recht auch nach der Entstehg des delikt SchuldVerh dch gemeins RWahl bestimmen, Art 42; die Vereinbng kann ausdrückl od konkludent geschlossen werden, zB auch dch unwidersprochenen PartVortrag im Proz.
- 8 **4) Praktisch bedeutsame Fallgestaltungen. – a) Verkehrsunfälle** (vgl Sieghörtner, Internat StraßenverkehrsunfallR, 2002; zur Reform dch die Rom-II-VO vgl Staudinger SVR **05**, 441). **(1)** Maßg ist grdsätzl das Recht des **Unfallortes**, Abs 1. Bei Verkehrsunfall im **Inland** gilt also grdsätzl dtshes Recht; haben die Beteiligten ihren gemeins gewöhnl Aufenth im Ausland, entscheidet ihr AufenthR, Abs 2. Zum Begriff des gewöhnl Aufenth vgl Art 5 Rn 10 u 11; in Deutschland lebde Gastarbeiter u deren FamAngehör haben ihren gewöhnl Aufenth im Inland (vgl zB BGH **119**, 137/146), also die Angehör der Stationiergsstreitkräfte (vgl Hbg NJW-RR **93**, 40, VersR **01**, 997, Karczewski ebda 1204, and Heidelberg IPRax **92**, 96: bei PersönlichkVerletzg). Das dtshche Recht des Unfallorts od das ausländ AufenthR wird dch eine and Anknüpf verdrängt, wenn eine **wesentl** engere Verbindg zum Recht eines (and) ausländ Staates besteht, zB dch einen schon vorher bestehenden rechtl od sozialen Kontakt der Beteiligten, Art 41 II Nr 1 (vgl dazu Rn 6); gemeins Staatsangehörigk der Beteiligten od die Registrierg der am Unfall beteiligten Kfze im gleichen Staat genügt dafür **nicht**, sie könnte allenfalls als ein Indiz im Verein mit mehreren and Indizien eine wesentl engere Verbindg zum Recht des Heimatstaates od des Zulassgsstaates begründen (weitergehnd LG Berlin NJW-RR **02**, 1107, Spickhoff IPRax **00**, 3, Ziegert ZfS **00**, 6, einschränkd Junker JZ **00**, 481, Looschelders VersR **99**, 1321, Rehm DAR **01**, 535). **(2)** Bei Verkehrsunfall im **Ausland** beurteilen sich ErsAnspr nach dem Recht des Unfallortes, Abs 1, sofern die Beteiligten nicht ihren gemeins gewöhnl Aufenth in einem and Staat haben, Abs 2; bei gewöhnl Aufenth der Beteiligten im Inland gilt also dtshes Recht selbst dann, wenn sich der Unfall im Heimatstaat der Beteiligten ereignet, zB währd des Heimaturlaubs von Gastarbeitern. Besteht eine wesentl engere Verbindg zum Recht eines and Staates, zB bei Unfall eines Omnibusses eines dtshen Reiseveranstalters im Ausland, so kommt dieses (hier: dtshche) Recht zur Anwendg, Art 41; zur Rolle der Registrierg unfallbeteiligter Kfz vgl oben (1); bei ausschließl Beteiligg von im Tatortland gemieteten, zugelassenen u versicherten Kfz kommt wesentl engere Verbindg zum TatortR iSv EG 41 I in Betr (vgl auch Vogelsang NZV **99**, 500, Looschelders VersR **99**, 1320, Sieghörtner NZV **03**, 105). **(3)** Die örtl **Verkehrsvorschriften** sind unabhängig von der Anknüpf des Deliktsstatuts stets dem Recht des Unfallorts zu entnehmen (BGH NJW-RR **96**, 732, vgl auch LG Mainz NJW-RR **00**, 31, Kblz NJW-RR **05**, 1048); ob ein Verkehrsverstoß den Vorwurf grober Fahrk begründet, entscheidet dagg das Deliktsstatut (BGH VersR **78**, 541), also ob die Voraussetzgen eines mitwirkden Verschuldens gegeben sind (zB bei Nichtanlegen des SicherhGurts, vgl dazu Karlsr VersR **85**, 788, v Bar JZ **85**, 967). Der DirektAnspr des Geschädigten gg die HaftpflVersichg des Schädigers beurteilt sich alternativ nach dem Deliktsstatut od dem VersichgsVertrStatut, Abs 4. **(4)** ErsPfl bei **Skiunfällen** beurteilt sich grdsätzl nach dem Recht am Unfallort, Abs 1; eine Ausn gilt nach Abs 2 bei gewöhnl Aufenth der Beteiligten im selben Staat; die Verhaltensregeln sind stets dem Recht am Unfallort zu entnehmen (vgl zB Hamm NJW-RR **01**, 1537, LG Bonn NJW **05**, 1873, Brdbg NJW-RR **06**, 1458: FIS-Regeln); diese können die Part nicht abbedingen (vgl Art 42 Rn 1, aM LG Traunstein IPRspr **01** Nr 36, krit v Hein SpuRt **05**, 9).

b) Bei Delikten an **Bord eines Schiffes** ist zu unterscheiden: Befindet sich das Schiff in dtschen od ausländ **Hoheitsgewässern**, ist Tatort iSv Abs 1 der betr Staat. Dessen Recht entscheidet dann grdsätzl auch über die ErsAnspr bei SchiffsZusSto; das Recht der Flagge bleibt außer Betr (vgl BGH 3, 321, VersR 62, 514, IPRax 81, 99); bei Sitz der beteiligten Reedereien im gleichen Staat gilt Abs 2 S 2. Vorrangig zu befolgen sind aber die Vorschr des Internat **Übereinkommen** zur einheitl Feststellg von Regeln über den ZusSto von Schiffen vom 23. 9. 1910, RGBI 13, 57 (Liste der VertrStaaten in FN B 2007 S 252), vgl BGH VersR 76, 681, IPRax 81, 99. Befindet sich das Schiff **auf hoher See** ist TatortR das Recht des **Flaggenstaates**; bei SchiffsZusSto ist jedes der beteiligten Schiffe Handlgs- u Erfolgsort (sofern wie idR an beiden Schiffen Schäden entstehen); die ErsPfl beurteilt sich also primär nach dem FlaggenR des in Anspr Genommenen, Abs 1 S 1, wahlw auch nach dem FlaggenR des AnsprStellers, Abs 1 S 2 (vgl dazu auch RG 138, 243/246, **BT-Drs** 14/343 S 11); die ErsPfl beurteilt sich auch hier vorrangig nach dem **Übereinkommen** vom 23. 9. 1910. Zur zivilrechtl Haftg für Ölverschmutzgsschäden nach dem Internat **Übereinkommen** idF vom 27. 11. 92 vgl Rn 2.

c) Delikt ErsAnspr aus **internationaler Luftbeforderung** unterliegen idR kr akzessor Anknüpfg dem maßg VertrStatut, Art 41 II Nr 1; vgl dazu Art 28 Rn 15. Bei Delikten währd des Fluges sowie bei GefalligkBeforderung gilt das Recht des Hoheitszeichens des Flugzeugs als TatortR iSv Abs 1 (LG Ffm NJW-RR 06, 704 [krit dazu Staudinger RRa 06, 146], vgl auch BGH 76, 32). ber Weltraumhaftg vgl Stoffel NJW 91, 2181.

d) Die Haftg für **Umweltschäden** ist primär nach dem Recht des Handlgsorts zu beurteilen, dh nach dem Recht der Schadensquelle; die Wahl des ErfolgsR bleibt vorbehalten, Abs 1. Art 7 Rom-II-VO beruft umgekehrt primär das Recht des Erfolgsorts, erlaubt dem Geschädigten aber die Wahl des Rechts am Handlgsort. Zum Vorrang von StaatsVertr vgl Rn 20 u dazu Spickhoff Jahrbuch des Umwelt- u TechnikR 2000, 395; zur Berücksichtigg einer im Ausland erteilten behördl Genehmigg vgl Art 44 Rn 3. Zu den sachenrechtl Anspr bei **grenzüberschreitenden Immissionen** vgl Art 44, der auf die Tatortregel verweist.

e) **Produzentenhaftung**. Zum Haager **Übereinkommen** vom 2. 10. 73 vgl Rn 2; zu den kollrechtl Auswirkgen der Umsetzg der ProdHaftRL der EG vom 25. 7. 85 vgl Freitag, Der Einfluss des Europ GemeinschR auf das internat ProdHaftR (2000) 201, Roth GedachtnSchrift Lüderitz (2000) 647, Staudinger NJW 01, 1977; zum Verh zum UN-KaufR vgl Huber IPRax 96, 91, 97, 22, Schmid RIW 96, 904, EG 28 Rn 7. Eine spezielle KollNorm existiert nicht; die BReg ist einer entspr Prüfbitte des BR bei der Beratg des ReformG vom 21. 5. 99 (Vorb 1 v Art 38) nicht gefolgt (vgl dazu Wagner IPRax 99, 210); dagg sieht Art 5 Rom-II-VO eine Sonderregelg vor (grdsätzl Recht des gewöhnl Aufenth des Geschädigten). Soweit vertragl Beziehgen zw Produzent u Geschädigten bestehen, gilt idR kr akzessor Anknüpfg das VertrStatut auch für delikt Anspr, Art 41 II Nr 1 (vgl dazu Koch VersR 99, 1455); außerh solcher Beziehgen gilt für Benutzerschaden ebenso wie für Schäden Dritter primär das Recht des Handlgsortes, Abs 1 S 1, dh ggf alternativ des Orts der Herstell od des Inverkehrbringens (für Anknüpfg an den Marktort v Hein RIW 00, 820, AnwK/Wagner Rn 64); der Geschädigte kann stattdessen auch das Recht des Erfolgsorts wählen, Abs 1 S 2, dh des Unfallorts (vgl Düss NJW-RR 00, 833, aM Thorn IPRax 01, 565; Erwerbsort). Die Anknüpfg an den Marktort kann im Einzelfall auf Art 41 II Nr 1 gestützt werden, vgl dort Rn 4.

f) Auch für die ErsPfl bei **Wettbewerbsverstößen** gilt grdsätzl die Tatortregel, Abs 1 (vgl BGH NJW-RR 94, 728, 95, 810). aa) Als Begeghsort hat die Rspr schon früher den **Marktort** angesehen, wo die wettbewerb l Interessen der Konkurrenten aufeinander treffen u damit Handlgsort u Erfolgsort zusallen (vgl BGH 113, 11/15, NJW 98, 1227 u 2531, Karlsr RIW 99, 875); hieran ist auch nach der Reform dch das ReformG vom 21. 5. 99 (Vorb 1 v Art 38) festzuhalten (BGH RIW 04, 940, NJW 06, 2630, NJW 07, 596; im Ergebn ähnl Art 6 I u II Rom-II-VO). Zur AnwendbarK des RBERG BGH NJW 07, 596, Köln NJW 04, 2684, Armbrüster RIW 00, 585, Budzikiewicz IPRax 01, 218 u Art 34 Rn 3 a; Anspr aus Gewinnmitteilgen sind vertragsrechtl zu qualifizieren (vgl Vorb 2 v Art 27, aM Huber/Bach IPRax 05, 74). Das Recht des Marktorts gilt jeweils nur für den auf dem betr Markt erlittenen Schaden (Düss IPRspr 98 Nr 123, Mü IPRspr 03 Nr 109; keine Gesamtschadensliquidation). Die Anknüpfg an den Marktort ist auch mit der Warenverkehrsfreihe gem EGV 28, 30 vereinb (v Hoffmann/Thorn IPR  1 Rn 108, AnwK/Wagner Rn 72, aM Schaub RabelsZ 02, 52; zu den Ansätzen für einheitl europ WettbewKollNormen Dethloff JZ 00, 179, Schaub JZ 05, 329; gg eine Aushohl g dch das Herkunftslandprinzip mit Recht Mankowski IPRax 04, 385, v Hoffmann/Thorn aaO, zT aM Piepenbrock GRUR Int 05, 997). Zur Anknüpfg der BorsenprospektHaftg Bischoff AG 02, 489 (Recht des Marktorts).

bb) Die **E-Commerce-Richtlinie** vom 8. 6. 00 ist dch das Gesetz über rechtl Rahmenbedinggen für den elektron GeschVerkehr v 14. 12. 01, BGBI 3721, umgesetzt worden (vgl dazu Spindler NJW 02, 921, RabelsZ 02, 633, Mankowski IPRax 02, 257, Sack WRP 02, 271, Lurger/Vallant RIW 02, 188, Kur FS Erdmann, 2002, 647). (1) Die RL enthält nach ihrer eigenen Zielsetzg keine kollrechtl Regeln, vgl Art 1 IV; dies soll anschein auch für das **Herkunftslandprinzip** in Art 3 II RL gelten, wonach Diensteanbieter mit Sitz in einem EU-MitglStaat nur den Anfordergen ihres eigenen Rechts unterliegen; die Neufassg des TelediensteG dch Art 1 des Gesetzes vom 14.12.01 hat diese Regeln in  2 VI u 4 I u II übernommen. Die Anknüpfg an den Marktort für WettbewVerstoe im **Internet** wird aber dch diese Neuregelg zG des Herkunftslandprinzips modifiziert: Diensteanbieter mit Sitz in Deutschland unterliegen im Wettbew den Maßstäben des **deutschen** Rechts auch dann, wenn sie Teledienste außerh Deutschlands im europ Binnenmarkt anbieten od erbringen, TDG 4 I; umgekehrt müssen Diensteanbieter mit Sitz innerh der EU sich im Wettbew auch dann **nicht** an den Maßstäben des dtschen Rechts orientieren, wenn sie Teledienste im Inland anbieten od erbringen, TDG 4 II; eine Ausn gilt für Beeintrachtiggen der öff Gesundh u andere schwer wiegende Gefahren (vgl BGH NJW 06, 2630 betr Arzneimittelwerb). Im Ergebn wird also mit der E-Commerce-RL u deren Umsetzg Untern mit Sitz in der EU ein „einheitl Euromarketing online“ nach den Anfordergen ihres SitzR ermöglicht (Mankowski IPRax 02, 258); damit wird die Anknüpfg an den Marktort insow dch die Anknüpfg an den Herkunftsort ersetzt (ebso Mankowski IPRax 02, 257, im Ergebn auch Spindler RIW 02, 185, NJW 02, 925, Lurger/Vallant RIW 02, 188, Grundmann RabelsZ 03, 268; gg kollrechtl Verständn u für Vorrang der allg Regeln des internat WettbewR MuKo/Drexel Internat Unlauterer-WettbewR Rn 49f, Sack WRP 02, 271, Ahrens FS Tilmann, 2003, 745, Looschelders Rn 99, ähnl Ohly GRUR Int 01, 899, Halfmeier ZEuP 01, 863). Bei der Anknüpfg an das Herkunftslnd handelt es sich um eine Sachnormverweisg (ebso Mankowski EWS 02, 409, aM Sack FS E. Lorenz, 2004 S 667). Vom Herkunftslandprinzip ausgenommen sind VerbraucherVertr; auch die Freih der RWahl bleibt unberührt (Art 3 III RL iVm Anh 5. u 6. Spiegelstrich sowie  4 III Nr 1 u 2 TelediensteG). Für die vertragl Beziehgen zw den Anbietern von Telediensten u ihren Kunden gilt das nach den allg Regeln ermittelte VertrStatut, vgl Art 28 Rn 23. (2) Für den elektron GeschVerkehr außerh des europ Binnenmarks bleibt es bei der Anknüpfg an den Marktort. WerbeMan im Internet sind grdsätzl **weltweit** ausgerichtet, sofern

sie nach ihrem Inhalt nicht eindeutig auf bestimmte Märkte beschränkt sind (zB eindeutig u. ernsthaft Disclaimer auf der Website, vgl. BGH NJW 06, 2630; Rehm LMK 06, 183948, oder die Verwendung einer bestimmten Sprache oder bestimmter Symbole, vgl. dazu Mankowski GRUR Int 99, 919 u. 995; MMR 02, 61; Weidert AnwBl 00, 390; Löffler WRP 01, 381). Ist dies nicht der Fall, liegt der Ort der wettbewerblichen Interessenkollision bei Werbung im Internet überall dort, wo die Website bestimmungsgemäß abgerufen werden kann (vgl. Ffm EWIR § 1 UWG 7/99, 471; Köhler/Arndt, Recht des Internet 2. Aufl., 2000, Rn 465; Sack WRP 00, 277; kritisch zur Marktortanknüpfung bei Marketing im Internet Dethloff NJW 98, 1596).

cc) Für den Wettbewerb eines inländischen Unternehmens auf einem ausländischen Markt gilt grundsätzlich das Recht des ausländischen Marktes, auch wenn die Wettbewerbshandlung vom Inland gesteuert wird; eine allgemeine Verpflichtung inländischer Unternehmen, ihren im Ausland stattfindenden Wettbewerb im Verhältnis zu inländischen und ausländischen Mitbewerbern nach deutschem Wettbewerbsrecht auszurichten, besteht nicht (BGH 40, 391, 113, 11/15); das gemeinsame deutsche Sitzrecht gilt aber nach Abs 2 S 2, wenn sich der Wettbewerb auf dem Auslandsmarkt ausschließlich zwischen Unternehmen mit Sitz im Inland abspielt und die Wettbewerbshandlung sich gezielt gegen inländische Mitbewerber richtet (vgl. BGH 40, 391/397; IPRax 89, 384); haben beide deutsche Unternehmen eine Niederlassung am ausländischen Marktort, von dem aus der Wettbewerb stattfindet, so gilt das nach Abs 2 S 2 im Ergebnis das Recht des Marktorts.

dd) Die Tatortregel gilt auch für die **Aktivlegitimation** für den Unterlassungsanspruch gem. UWG 8; anzuknüpfen ist dabei an den Ort, an dem Wettbewerbsverstöße zu befürchten sind. Das Gleiche gilt für den Anspruch auf Unterlassung bzw. Widerruf gem. UKlaG 1; bei Verwendung oder Empfehlung der Verwendung im **Ausland** ist die Aktivlegitimation deshalb nach dem Recht des **Verwendungslandes** zu beurteilen; wie sich aus dem Wortlaut von UKlaG 3 I ergibt („Anspruch ... stehen zu“), handelt es sich dabei **nicht** um eine nach der lex fori zu beurteilende Verfallfrage (vgl. Greger NJW 00, 2462; aber auch Pfeiffer NJW 99, 3680; Koch FS Siehr, 2000, 349). Die Vorfrage der **RFähigkeit** von Verbänden iSv. UWG 8 III Nr 2 u. UKlaG 3 I Nr 2 beurteilt sich nach ihrem Personalstatut, vgl. Anh. zu EG 12 Rn 11, dh. nach dem Recht des **tatsächlichen** Verwaltungssitzes bzw. im Anwendungsbereich von Art 43 u. 48 EGV nach dem Grundsatz.

- 12 g) Delikte im Internet** außerhalb des Wettbewerbs, zB Verletzung mit Viren, Computerhacking, Persönlichkeitsverletzung, sind primär ebenfalls nach der Tatortregel zu beurteilen, Abs 1 (vgl. dazu eingehend Mankowski RabelsZ 99, 256; v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, 1999; ferner KG NJW 97, 3321; LG Düsseldorf NJW-RR 98, 979; Spindler NJW 97, 3198; Osthaus AfP 01, 19). Der Handlungsort liegt dort, wo die betr. Information in das Netz eingespeichert wird (sog. Uploading), nicht das auch am Standort des Servers, den der Einspeisende gar nicht kennen muss (am LG Düsseldorf NJW-RR 98, 979); der Ort der Konzeption des Angebots bleibt als Vorbereitungshandlung außer Betracht (am Mankowski aaO 262; Boele-Woelki BerGesVR 39, 340). Der Erfolgsort liegt überall dort, wo der Abruf des Angebots ein Primärschaden entsteht (vgl. LG Düsseldorf NJW-RR 98, 979; LG Müllersheim RW 00, 466; MüKo/Junker Rn 175); der Einspeisende muss sich deshalb grundsätzlich auf globale Haftungsrisiken einstellen (einschränkend dazu Mankowski aaO 274, der dem Geschädigten nur die Liquidation des im Staat des Erfolgsorts entstandenen Schadens nach dem dortigen Recht gestatten will, sog. Mosaiksystem, ebenso Rüßmann KR 98, 422); bei Persönlichkeitsverletzung ist Erfolgsort der gewöhnliche Aufenthalt des Verletzten, Rn 14 (vgl. dazu aber Helle JZ 02, 601). Zu **Wettbewerb** im Internet vgl. Rn 11.
- 13 h) ErsAnspruch** wegen Verletzung von **Immaterialgüterrechten** sind **nicht** nach dem Deliktsstatut zu beurteilen; maßgebend ist weiterhin das Recht des Staates, für dessen Gebiet der Verletzte Schutz in Anspruch nimmt (Recht des **Schutzlandes**, vgl. BGH 152, 317/321; NJW 05, 1435; EuGH IPRax 06, 275 Tz 46; Heldrich FS Canaris 2007 II 649; sowie Art 38 Rn 3); ebenso Art 8 I Rom-II-VO (vgl. dazu Obergfell IPRax 05, 9; Buchner GRUR Int 05, 1004). Zu Kennzeichenkonflikt im Internet Bettinger/Thum GRUR Int 99, 669; Kort DB 01, 256; zur Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet Thum GRUR Int 01, 9; Spindler IPRax 03, 412; Pfeiffer IPRax 06, 246.
- 14 i) Anspruch** auf Verletzung des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** beurteilen sich nach dem Deliktsstatut (vgl. dazu Sonnenberger FS Henrich, 2000, 575); dies gilt nicht nur für ErsAnspruch, sondern grundsätzlich auch für Unterlassungsanspruch (BGH NJW 96, 1128), sowie Beseitigungs- u. Widerrufsanspruch (**BT-Drs** 14/343 S 10). Die Rom-II-VO hat auf eine eigene Regel verzichtet (Wagner IPRax 06, 384; vgl. dazu ferner Kropholler/v. Hein FS Heldrich 2005 S 803; Heiderhoff EuZW 07, 428). Zur Anknüpfung von **Presse delikten** vgl. Rn 4. Erfolgsort ist idR der gewöhnliche Aufenthalt des Verletzten (ähnlich Erm/Hohloch Rn 53; am Stoll Gedächtnisrede Lüderitz, 2000, 744; W. Lorenz FS Heldrich 2005 S 853; BaRo/Spickhoff Rn 48). Das Deliktsstatut entscheidet auch über Bestehen u. Inhalt eines Persönlichkeitsrechts (Wagner JZ 93, 1034); dies gilt auch für wirtschaftlich verwertbare Persönlichkeitsmerkmale u. deren postmortalen Schutzzumfang (Ahrens FS Erdmann 2002 S 12; Kropholler/v. Hein FS Heldrich 2005 S 793; bei rechtlicher Verselbständigung gilt Recht des Schutzlandes, vgl. Rn 13); der Erwerb eines als Persönlichkeitsrecht geschützten Namens ist als Vorfrage selbst nach Art 10 anzuknüpfen (**BT-Drs** 14/343 S 10). Im Bereich des **Datenschutzes** sind Handlungsorte die Orte der Datenverwaltung u. -verwertung; Erfolgsort ist der gewöhnliche Aufenthalt des Betroffenen (teilweise am BaRo/Spickhoff Rn 49); der Anwendungsbereich des BDSG ist nunmehr in dessen § 1 V (eingefügt durch Gesetz vom 18. 5. 01, BGBl. I 904) geregelt (vgl. Däubler NZA 01, 875). Über **Organtransplantation** vgl. Weber/Lejeune NJW 94, 2396.
- 15 j) Amtshaftung:** Für die Haftung des Staates u. anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften bei pflichtwidrigem Verhalten hoheitlicher Natur gilt das Recht des **Amtsstaates** (BGH NJW 03, 3488/3491; Köln NJW 99, 1555, 05, 2860; kritisch Halfmeier RabelsZ 04, 672); Art 40 f sind insoweit unanwendbar (**BT-Drs** 14/343 S 10). Das Gleiche gilt für die persönliche Haftung eines Amtsträgers, sowie die private Haftungsübernahme wie nach GG 34 (Schurig JZ 82, 389). Zu Schadensfällen bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr vgl. LG Bonn NJW 04, 525; Rademacher IPRax 04, 191.
- 16 5) Anwendungsbereich des Deliktsstatuts.** – **a)** Nach dem Deliktsstatut beurteilen sich die **Voraussetzungen** einer Haftung aus unerlaubter Handlung nach Tatbestand, Kausalität, Rechtswidrigkeit u. Verschulden (insbesonders auch die Deliktsfähigkeit u. notwendige Verschuldensgrade). Die zu beachtenden Verhaltensnormen, insbesonders die Straßenverkehrsregeln, sind jedoch auch dann dem Recht des Handlungsorts zu entnehmen, wenn dieses ausnahmsweise nicht Deliktsstatut ist, vgl. Rn 8; dies gilt nicht für Gurtanlagepflicht als Voraussetzung mitwirkenden Verschuldens, vgl. Rn 8. Das Deliktsstatut regelt ferner das Entstehen für Verrichtungsgehilfen (BAG 15, 79), oder für aufsichtsbedürftige Personen (Stoll FS Lipstein, 1980, 268), sowie die Deliktshaftung von juristischen Personen (Köln NZG 98, 350); dies gilt auch für die Haftung von juristischen Personen aus Teilnahme am Privatverkehr. Nicht nach Art 40 zu beurteilen ist das **Staatshaftung** bei pflichtwidrigem Verhalten hoheitlicher Natur; für sie gilt stets das Recht des Amtsstaates, auch wenn die Amtspflichtverletzung im Ausland begangen wurde, vgl. Rn 15. Für die allgemeine Deliktshaftung des Staates u. seiner Bediensteten aus Teilnahme am Privatverkehr gilt das Tatortrecht, dh. das **jeweilige** Deliktsstatut. Das

Deliktsstatut entscheidet auch über das Bestehen einer **Gefährdungshaftung**, vgl Rn 1, u deren Voraussetzungen, zB Haltereigensch (LG Mü I IPRax **84**, 101, Mansel VersR **84**, 102).

b) Nach dem Deliktsstatut beurteilen sich sämtl R Folgen einer unerlaubten Handlg, insbes Art u Umfang einer SchadErsPfl, Beseitigg, Ggdarstellg, Unterlassg (BGH **131**, 332/335), sowie Auskunft; zu Pressedelikten vgl Rn 4; zum UnterlassgAnspr nach UWG 8 u UKlaG 1 vgl Rn 11. Danach richten sich auch der Anspr auf punitive damages (vgl aber Abs 3 u Art 6 Rn 16) sowie auf Schmerzensgeld (Celle IPRax **82**, 203); bei der Bemessg der **Höhe des Schmerzensgelds** sind aber die Richtsätze am gewöhl Aufenth des Verletzten zu berücksichtigen (Mü VersR **84**, 745, vgl dazu auch BGH **93**, 214/218, **119**, 137/142, ferner Kblz NJW-RR **02**, 1030 u KG NJW-RR **02**, 1031: keine Aufstockg bei amerikan Staatsangehörigk des Verletzten). Das Deliktsstatut entscheidet auch über die Berücksichtigg mitwirknden Verschuldens, sowie die VorteilsAusgl (Celle VersR **67**, 164). Das gleiche gilt für die Voraussetzungen einer wirks Abtretg einer delikt Fdg, vgl Art 33 Rn 2; über den Eintritt eines gesetzl FdgsÜbergangs vgl Art 33 Rn 3.

c) Nach dem Deliktsstatut beurteilt sich ferner die Pers des ErsBerecht, sowie die Vererblichk des Anspr des Verletzten (MüKo/Junker Rn 206). Die **Vorfrage** des Bestehens von UnterhAnspr gg den Getöteten od der Verpfl zur Tragg der Beerdiggskosten ist jedoch selbst anzuknüpfn (vgl BGH NJW **76**, 1588, NJW-RR **87**, 147, Celle VersR **80**, 169: Anpassg, wenn das nach Art 18 maßg Recht UnterhAnspr verneint, jedoch den Angehör SchadErsAnspr aus eig Recht gewährt, Köln FamRZ **95**, 1200: DienstleistgPfl). Das Deliktsstatut regelt auch die Verj (BGH WM **78**, 733). Die Frage, ob der ErsAnspr auch gg die Erben des Verpflichteten gelt gemacht werden kann, beurteilt sich nach dem Erbstatut (ebso MüKo/Junker Rn 206).

6) Haftungsbeschränkung durch besondere Vorbehaltsklausel, Abs 3. – a) Das Deliktsstatut entscheidet grdsätzl auch über den **Umfang** einer SchadErsPfl, vgl Rn 17; ggü exorbitanten Anspr nach auslnd TatortR waren dtche Staatsangehör früher dch Art 38 aF geschützt, vgl dazu Rn 1; außerdem wurde in der Praxis in gewissem Umfang die allg VorbehKlausel des Art 6 angewandt, vgl dort Rn 16. Das ReformG vom 21. 5. 99 (Vorb 1 v Art 38) hat in Art 40 Abs 3 zur Abwehr exzessiver Anspr eine **neue spezielle Vorbehaltsklausel** eingefügt; als Ausfluss des ordre public-Gedankens ist von ihr **zurückhaltend** Gebrauch zu machen; nur gravierende Widerspr zu den GrdVorstellgen des dtchen Rechts rechtfertigen ihre Anwendg (Wagner IPRax **98**, 433, Dethloff FS Stoll, 2001, 481, **BT-Drs** 14/343 S 12: and bei Nr 3); auch eine ausreichende Inlandsbeziehg des Falls muss gegeben sein (vgl Spickhoff NJW **99**, 2213, Kropholler/v Hein FS Stoll, 2001, 563 u Art 6 Rn 6). Eine ähnl Regelg Art 23 Rom II-VO-E vorgesehen (kritisch dazu Mörsdorf-Schulte ZVglRWiss **05**, 192).

b) Die Vorschr dient zwar primär der **Begrenzung** der Höhe delikt SchadErsAnspr; uU schließt sie aber auch anstöß Haftgstatbestände dem **Grunde nach** von der Anwendg im Inland aus, vgl insbes Nr 2 (ebso MüKo/Junker Rn 214, aM Spickhoff NJW **99**, 2213, Looschelders Rn 68).

c) Voraussetzung des Eingreifens von Abs 3 ist zunächst, dass auslnd Recht nach den Regeln von Art 40 I, II, 41 od 42 als Deliktsstatut maßg ist. Dieses Recht muss von den grundlegenden Wertgen des dtchen DeliktsR zum Nachteil des Schädigers erheb abweichen; die Staatsangehörigk des Schädigers ist dabei im Ggsatz zu Art 38 aF ohne Bedeutg. Die Abweichg kann alternativ in 3 verschiedenen Formen auftreten: **(1) Wesentlich** höherer SchadErs als zur angem Entschädigg des Verl erfdl ist, **Nr 1**; in Betr kommt dies zB bei mehrfachem SchadErs („multiple damages“) nach US-Recht, aber auch bei Einbeziehg der Anwalts honorare in die ErsLeistg od bei Schmerzensgeld in exorbitanter Höhe (vgl **BT-Drs** 14/343 S 12, BVerfG NJW **03**, 2598, Heß JZ **00**, 379: betr class actions in USA). **(2) Gewähr** eines Anspr zu **offensichtlich** and Zwecken als einer angem Entschädigg des Verletzten, **Nr 2**; in Betr kommt dies zB bei reinem StrafSchadErs („punitive damages“) nach US-Recht; allerd sind auch dem dtchen Recht präventive u poenale Funktionen der SchadErsPfl nicht gänzl fremd (vgl Staudinger DB **99**, 1592). **(3) Gewähr** eines Anspr, der haftgsrechtl Bestimmungen eines für die BRrep verbindl **Staatsvertrages** widerspricht, **Nr 3**; in Betr kommt dies ggü dem DeliktsR eines auslnd Staates, der im Ggsatz zur BRrep ein bestimmtes völkerrechtl **Übereinkommen** nicht ratifiziert hat u sich desh einer darin vorgesehenen Haftgsbeschränkg nicht angepasst hat; bei dieser Konstellation folgt der Vorrang der staatsvertragl Regelg wg fehlender Ggseitigk nicht schon aus Art 3 II (aM Spickhoff NJW **99**, 2213). In Frage kommen zB das Internat **Übereinkommen** über die zivilrechtl Haftg für Ölverschmutzgsschäden idF vom 27. 11. 92, vgl dazu Rn 2, od das Internat **Übereinkommen** zur einheitl Feststellg von Regeln über den Zusstoß von Schiffen vom 23. 9. 1910, vgl dazu Rn 9, ferner Haftgskanalisierrg in atomrechtl **Übereinkommen**, vgl **BT-Drs** 14/343 S 13; es muss sich aber jedenfalls um einen Anspr auf dem vom **jeweil Übereinkommen** geregelten Sachgebiet handeln, zB aus Ölverschmutzg.

d) Rechtsfolge der speziellen VorbehKlausel ist der Ausschluss des überschießenden Teils des ErsAnspr, wobei die Kappsgrenze über dem Höchstsatz des dtchen Rechts liegen muss („soweit ... wesentl weiter gehen“), Nr 1, od der gänzl Ausschluss des sachfremden Zwecken dienden Anspr od AnsprTeils, Nr 2 od die Dchsetzg von Haftgsbeschränkg in völkerrechtl **Übereinkommen** ggü dem gelt gemacht Anspr, Nr 3, wobei insow keine gravierende Abweichg vom dtchen Recht vorliegen muss, vgl Rn 19. Die Anerkenng eines auslnd Ur, in welchem ein dtcher Schädiger zu weitergehenden Leistgen als nach dtchem Recht verurteilt wird, ist dch Abs 3 ebsonenig ausgeschl wie dch Art 38 aF (vgl dazu BGH **118**, 312/329, **123**, 268/271 u Art 6 Rn 16).

e) Im Vergleich mit Art 38 aF bringt die Haftgsbeschränkg nach Abs 3 einen bedeuten **Fortschritt**. Die Einbeziehg in den Schutzbereich der Vorschr hängt nicht mehr von der dtchen Staatsangehörigk des Haftpflichtigen ab; damit sind auch die EG-rechtl Bedenken hinfällig geworden (aM Staudinger DB **99**, 1591). Die

Voraussetzungen des Haftgsprivilegs sind wesentl restriktiver geregelt. Es muss sich um eine **wesentliche** Überschreitg der für eine angem Entschädigg notw ErsLeistg, Nr 1 od um eine **offensichtliche** Verfehlg des Entschädiggzwecks handeln, Nr 2; dass der gleiche Anspr im gleichen Umfang auch nach dtchem Recht begründet wäre, verlangt Abs 3 nicht; für die Anwendg nicht ausreichend wäre zB der Eintritt der Verj nach dtchem Recht (vgl dazu noch BGH FamRZ **78**, 492). Eine gewisse Erweiterg des Schutzbereichs der Vorschr, die nach Art 38 aF nicht genügt hätte, bringt nur Nr 3.

7) Direktanspruch gegen Haftpflichtversicherer, Abs 4. Der unmittelb Anspr des Geschädigten gg den HaftpflVersicherer des Schädigers wurde in der Rspr wg seiner überwieg deliktsrechtl Natur bish nach dem Deliktsstatut beurteilt (BGH **57**, 265). Der DirektAnspr gg den dtchen Versicherer eines im Inland zugelassenen Kfz war desh bei Unfall im Ausland grdsätzl nach dem Recht des Unfallortes zu beurteilen (BGH **119**, 139). Im Interesse einer erleichterten u beschleunigten SchadAbwicklg sieht Abs 4 nunmehr eine **alternative** Anwendg des Deliktsstatuts **oder** des VersichggsVertrStatuts vor. Damit wird der Anwendungsbereich

von § 3 PflVersG erhebl ausgeweitet. Da es sich um akzessor Anknüpfen handelt, ist die Beachtg eines Renvoi insow ausgeschl, Art 4 Rn 9. Zur Regulierg im Ausland erlittener Schäden aus Verkehrsunfall nach Umsetzg der 4. EG-Kfz-Haftpfl-RL dch Gesetz vom 10. 7. 02, BGBl 2586, vgl Backu DAR 03, 145, AnwK/Wagner Rn 58. Zur Frage des Gerichtsstands für Direktklage am Wohnsitz des Geschädigten gg den auslnd Versicherer gem Art 11 II iVm 9 I b EuGVVO vgl BGH NJW 07, 71 (VorlageBeschl); AG Brem NJW-RR 07, 1079; Fuchs IPRax 07, 302.

EG 41 *Wesentlich engere Verbindung.* (1) Besteht mit dem Recht eines Staates eine wesentlich engere Verbindung als mit dem Recht, das nach den Artikeln 38 bis 40 Abs. 2 maßgebend wäre, so ist jenes Recht anzuwenden.

(2) Eine wesentlich engere Verbindung kann sich insbesondere ergeben

1. aus einer besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Beziehung zwischen den Beteiligten im Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis oder
2. in den Fällen des Artikels 38 Abs. 2 und 3 und des Artikels 39 aus dem gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten in demselben Staat im Zeitpunkt des rechtserheblichen Geschehens; Artikel 40 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

1 **1) Allgemeines.** – a) Die Neuregelg des IPR für außervertragl SchuldVerh u für Sachen dch das ReformG vom 21. 5. 99 (Vorb 1 v Art 38) beruht auf einem flexiblen System konkreter Anknüpfgsregeln u weit gefasster Ausweichklauseln, die eine für jeden Einzelfall zufriedenstellende Lösg erlauben u eine sachgerechte Beurteilg neu auftretender Probleme ermöglichen. Art 41 schafft eine einheitl AusnKlausel für den Unterabschnitt der außervertragl SchuldVerh. Im Bereich der vertragl SchuldVerh ist die Vorschr nicht anwendb, da dies dem staatsvertragl Vereinheitlichgswzweck (Art 36) widersprechen würde; vgl aber dazu die parallele Regelg in Art 28 V. Für das internat SachenR vgl Art 46. Eine inhaltl im Wesentl übereinstimmde Regelg enthält Art 4 III Rom-II-VO.

b) Der Anwendungsbereich der AusnKlausel beschränkt sich auf die Anknüpfen in Art 38 bis 40 II; ausgenommen sind also insbes die Haftgsbeschränkg in Art 40 III u die alternative Anknüpf des DirektAnspr in Art 40 IV, ferner auch die Bestimmgen des anwendb Statuts dch nachträgl RWahl in Art 42. Auch innerh des verbleibden Anwendungsbereichs ist die AusnKlausel nicht gleichmäß anwendb; bei der akzessor Anknüpf der Leistgskondition nach Art 38 I scheidet ihre Anwendg idR aus (vgl BT-Drs 14/343 S 13, Wagner IPRax 98, 434, sowie die Ausgrenzg aus der AufenthAnknüpf in Abs 2 Nr 2); bei der Bestimmg des Deliktsstatuts ist das Regelbeispiel in Abs 2 Nr 2 als vorrang Sonderanknüpf in Art 40 II integriert (vgl dort Rn 5 u die Ausgrenzg in Abs 2 Nr 2).

2 **c) Rück- u Weiterverweisung** sind zu beachten, sofern dies nicht dem Sinn der Verweisg widerspricht, Art 4 I. Nicht zu befolgen ist ein Renvoi desh bei der Bestimmg des anwendb Rechts mit Hilfe der **Generalklausel** in Abs 1, die auf einer Würdigg sämtl Umst des Einzelfalls beruht u damit unter Verzicht auf typisierde Kriterien das für den konkreten Fall sachnächste Recht beruft, vgl Rn 3; die Beachtg einer Rück- od Weiterverweisg dch die KollNormen dieser RÖrdng würde dem Sinn dieser nach Einzelfallgerechtigk strebden Regelg widersprechen (vgl Art 4 Rn 8, esbo v Hein ZVglRWiss 00, 274, AnwK/Wagner Rn 5, aM Schurig FS Heidrich 2005 S 1031). Ausgeschl ist ein isolierter Renvoi nach dem Sinn der Verweisg ferner bei der **akzessorischen** Anknüpf an eine zugrundeliegde RBeziehg nach Abs 2 Nr 1 (vgl Art 4 Rn 9 u **Vorb 3** v Art 38). Im Übr ist der Renvoi zu befolgen; dies gilt insbes für die typisierde Anknüpf an den gemeins gewöhnl Aufenth (esbo Fischer IPRax 02, 10).

3 **2) Generalklausel, Abs 1.** Die Vorschr gestattet die Abweichg von den typisierden Anknüpfgsregeln in Art 38, 39 u 40 I u II zG eines and Rechts, mit dem der zu beurteilde Sachverhalt eine **wesentlich engere Verbindung** aufweist. Entscheidd sind die gesamten Umst des Einzelfalls; allg Regeln lassen sich dafür naturgem nicht aufstellen. Es handelt sich aber um eine **Ausnahmebestimmung**, von der im Interesse der Berechenbark der RAnwendg zurückhaltender Gebrauch zu machen ist. Voraussetzung für die Anwendg der Ausweichklausel ist also jedenfalls, dass die Anknüpfgsregeln der Art 38–40 II im konkreten Fall eine RÖrdng berufen, zu der nur vordergründ Beziehgen bestehen; es muss also ein Bedürfn für die Suche nach einem sachnäheren Recht erkennb sein. Bei dessen Auffindg besteht **keine Bindung** an die beiden Beispiele in Abs 2. Die Generalklausel des Abs 1 erlaubt eine davon unabhng **Gesamtschau** des Falles, um auf dieser Grdlage eine **wesentlich** überzeugendere Anknüpfg vorzunehmen. Dabei ist mit Hilfe einer Interessenabwägg die RÖrdng zu bestimmen, in welcher der betr Sachverhalt seinen **Schwerpunkt** hat. Zum Ausschluss des Renvoi vgl Rn 2.

4 **3) Regelbeispiele, Abs 2.** Beispielh („insbes“) werden in Abs 2 zwei Fallkonstellationen genannt, aus denen sich eine wesentl engere Verbindg ergeben **kann** (nicht muss).

a) **Nr 1** ermöglicht eine akzessor Anknüpf an eine besond Beziehg zw den Beteiligten, die bei der Entstehg des gesetzl SchuldVerh aus ungerechtf Bereicher, GoA od unerlaubter Handlg bereits existiert u mit diesem SchuldVerh in Zushang steht. Dabei kann es sich um eine **tatsächl** (zB Reisegesellsch) od rechtl Beziehg handeln. Der Rückgriff auf die zw den Beteiligten bestehden **tatsächlichen** Beziehgen ermöglicht eine einheitl Anknüpf u Abwicklg sog **Massenschäden**, zB bei Massenkarambolagen im Straßenverkehr od Eisenbahnunglück (vgl dazu Wagner IPRax 99, 211); in Betr kommt evtl auch eine Anwendg des Rechts am Marktort für die **Produkthaftung** (Begründg **tatsächl** Beziehg dch Werbg). Eine engere Verbindg kann aber auch aus einer **rechtlichen** Beziehg der Part erwachsen. Vor allem die akzessor Anknüpf an ein zw den Beteiligten bereits bestehdes SchuldVerh ist hier von Bedeutg; für die Anknüpf der Leistgskondition ist sie in die Regelanknüpf nach Art 38 I integriert, so dass hier für die Anwendg von Abs 2 Nr 1 kein Bedarf besteht; iÜ ist die vorrang Sonderregelg in Art 32 I Nr 5 zu beachten, vgl dazu Art 38 Rn 2. Für die Eingriffskondition, Art 38 II, u die sonstigen rechtsgrdlosen VermVerschiebgen, Art 38 III, kann die akzessor Anknüpf an ein paralleles VertrVerh od bereits bestehde soziale Kontakte jedoch ggf prakt Bedeutg besitzen (vgl BT-Drs 14/343 S 13). Das gleiche gilt für GoA, sofern zw GeschFührer u GeschHerrn im Ztpkt der GeschFührg eine Sonderverbindg besteht, zB Aufwendgen des ArbN für die Beschaffg von ArbGerät od ArbMaterial iR eines ArbVerh, Verwendgen des Verwahrers iR eines VerwahrersVertr od Aufwendgen des Schädigers zur SchadMinderg iR eines SchuldVerh aus unerlaubter Handlg (BT-Drs 14/343 S 13). Zur akzessor Anknüpf des Deliktsstatuts Art 40 Rn 6. Zum Ausschluss des Renvoi vgl Rn 2.

5

b) Nach Nr 2 kann sich eine wesentl engere Verbindg auch aus dem gemeins **gewöhnlichen Aufenthalt** der Beteiligten im Ztpkt des rechtserhebl Geschehens ergeben. Zum Begriff des gewöhnl Aufenth vgl Art 5 Rn 10; bei jur Pers, Vereinen od Gesellsch entscheidet der Sitz der Hauptverwaltg bzw Niederlassg, Nr 2 HS 2 iVm Art 40 II S 2. Für die Leistgskondition nach Art 38 I ist die Anknüpfng an den gemeins gewöhnl Aufenth ausgeschl, vgl dazu Art 38 Rn 2. Auch für die Bestimmg des Deliktsstatuts kommt Abs 2 Nr 2 nicht zur Anwendg, da Art 40 II insow bereits eine Sonderanknüpfng vorsieht. Im Ergebn verbleibt also für die Anwendg dieses Regelbeispiels nur die Dchbrechg der Anknüpfngen nach Art 38 II u III sowie Art 39. Zur Beachtg des Renvoi vgl Rn 2.

EG 42 Rechtswahl. ¹Nach Eintritt des Ereignisses, durch das ein außervertragliches Schuldverhältnis entstanden ist, können die Parteien das Recht wählen, dem es unterliegen soll. ²Rechte Dritter bleiben unberührt.

1) Parteiautonomie. Im Einklang mit einem Grdprinzip des dtschen IPR, vgl dazu Einl 20 v Art 3, ermöglicht Art 42 S 1 den Part die Bestimmg des anwendb Rechts dch RWahl; ebso Art 14 I 1 Rom-II-VO. Die für die vertragl SchuldVerh geltde Parteiautonomie, vgl Art 27, wird damit auch für die in Art 38–41 normierten gesetzl SchuldVerh aus ungerechtf Bereicherg, GoA u unerlaubter Handlg übernommen. Von der RWahl abgesehen ist ein Auslandsbezug des Sachverhalt auch hier nicht erfdl (vgl EG 27 Rn 3, aM Freitag/Leible ZVglRWiss **00**, 106); in der Wahl des anwendb Rechts sind die Part frei; die maßg VerkehrsVorschr sind aber stets dem OrtsR zu entnehmen (vgl EG 40 Rn 8, Freitag/Leible aaO 108, Junker JZ **00**, 486).

a) Voraussetzungen (1) Die RWahl setzt eine entspr **Vereinbarung** der Part voraus, die an keine Form gebunden ist u desh auch stillschw geschlossen werden kann (einschränkd Art 14 I 2 Rom II-VO), zB dch Berufg der einen Part auf die Vorschr einer bestimmten ROrdng im Prozess, welcher die and Part nicht widerspricht. Erfdl ist aber jedenfalls ein entspr ErklBewusstsein; beide Part müssen wissen, dass eine Wahlmöglichk überhaupt besteht, vgl Art 27 Rn 7; irrtüml Anführen bestimmter RVorschr genügt dafür nicht (vgl BGH NJW **91**, 1292). **(2)** Die RWahl kann erst **nach** Entstehg des gesetzl SchuldVerh vorgenommen werden (weitergehnd Art 4 II Rom II-VO-E, vgl Wagner IPRax **06**, 387); eine Frist ist dafür nicht vorgesehen. Eine vorsorgl im voraus geschlossene Vereinbg ist als solche unwirks (einschränkd v Hein RabelsZ **00**, 595); das gewünschte Recht kann aber selbstverständl kr obj Anknüpfng, zB aGrd wesentl engerer Verbindg gem Art 41, berufen sein. Soweit eine akzessor Anknüpfng an ein zugrundeliegdes VertrStatut erfolgt, vgl Art 38 I u 41 II Nr 1, ist die für dieses im Voraus getr RWahl selbstverständl mittelb auch für das gesetzl SchuldVerh maßg. **(3)** Die RWahl ist **unteilbar**; eine Art 27 I 3 entspr Regelg fehlt (ebso PWW/Schaub Rn 2, aM BaRo/Spickhoff Rn 4, Freitag/Leible aaO 107, vgl auch Junker JZ **00**, 479). Eine Beschränkg auf einzelne Aspekte der RBezieh wäre nicht sachgerecht, da gesetzl SchuldVerh eine organische Einh bilden. **(4)** Das wirks **Zustandekommen** der RWahl ist nach der lex fori zu beurteilen; eine Art 27 IV iVm Art 31 entspr Regelg fehlt (MüKo/Junker Rn 9, aM Looschelders Rn 15, AnwK/Wagner Rn 7).

b) Rechtsfolgen. (1) Eine von den Part wirks getroffene RWahl setzt die obj Anknüpfngen der Art 38–41 außer Kraft. Daraus ergibt sich ggf ein **Statutenwechsel**, der auf den Ztpkt der Entstehg des SchuldVerh **zurückwirkt**. Der Vorrang der wirks vorgenommenen RWahl gilt insbes auch ggü der Ausweichklausel des Art 41. **(2)** Die Part können eine RWahl aGrd der in Art 42 anerkannten Parteiautonomie dch eine abweichde neue Vereinbg **ändern**; iZw wirkt eine solche Vereinbg ebenfalls ex tunc.

2) Rechte Dritter, S 2. Die Möglichk einer nachträgl RWahl u ihrer Abänderg kann die Interessen Dritter ² berühren, zB im Zushang mit einer bereits erfolgten FdgsAbtretg, deren Wirksvoraussetzgen dem FdgsStatut zu entnehmen sind, vgl Art 33 Rn 2. Art 42 S 2 stellt desh klar, dass eine nachträgl RWahl bereits entstandene Rechte Dritter nicht beeinträchtigt. Die Vorschr entspricht der parallelen Regelg in Art 27 II S 2. Die Wirkgen der nachträgl RWahl werden damit auf die Part des gesetzl SchuldVerh beschränkt.

3. Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs

Das Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs vom 3. 4. 2009 (BGBl I 700) hat mit Wirkung ab 1. 9. 2009 den Versorgungsausgleich vollständig neu geregelt und die hierfür maßgebenden Vorschriften in einem neuen Versorgungsausgleichsgesetz (Art. 1 VAStrRefG.) zusammengefasst. Die bisherigen §§ 1587–1587 p BGB wurden aufgehoben, ebenso die ergänzenden Rechtsakte wie das Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich (VAHRG), das Versorgungsausgleichs-Überleitungsgesetz (VAÜG) und die Barwert-Verordnung. Die aufgehobenen Vorschriften und ihre Kommentierung (Stand 68. Auflage 2009) sind im Folgenden aufgeführt.

I. Bürgerliches Gesetzbuch

Untertitel 3. Versorgungsausgleich

Schrifttum: Borth, VA, 4. Aufl 2008; Hauß, VA u Verf in der anwaltl Praxis, 2004; Wick, Der VA, 2. Aufl 2008. – **RsprÜbersicht:** Brudermüller NJW 08, 3191. – **VA-Tabellen** s Beilage zu NJW Heft 5/2008 (Bergner).

Vorbemerkungen

- 1 **1) Allgemeines. – a) Grundgedanke** des VA ist, dass die Ehe infolge der auf Lebenszeit angelegten LGemSch schon während der Phase der Erwerbstätigk des/der Eheg im Kern eine **Versorgungsgemeinschaft** ist, in der beide Eheg einen verfassungsrechtl Anspr auf gleiche Teilhabe an dem in der Ehe erworbenen Vermögen haben (BVerfG FamRZ 03, 1173). Wie beim ZugewAugl, aber and als beim Unterh, geht es beim VA um die Teilhabe an VermWerten, die in der Vergangenh erwirtschaftet worden sind (BGH NJW 84, 2358), wobei es auf die Mitverursachg des ehel Vermögenserwerbs nicht ankommt. Der VA dient dem Aufbau einer eigenständ soz Sicherh des wirtschaftl schwächeren Eheg im Alter u bei verminderter Erwerbsfähigk (BGH NJW 79, 1289).
- 2 **b) Prinzip.** Der Eheg, der in der Ehe die werthöheren VersAnrechte erworben hat, soll zu Lasten seiner Anrechte od aus seinem sonstigen Vermögen dem Berecht ein Anrecht iH der Hälfte des Wertunterschieds zuwenden.
- 3 **c) Kein VA** findet statt bei Eheg, die während der gesamten Ehe bereits versorgungsberecht waren u keine Anrechte aufgebaut haben (vgl Niemeyer FuR 02, 193); dies ist verfassungsrechtl unbedenkli (BVerfG NJW 86, 2697).
- 4 **d) Zw Lebenspartnern** in eingetragener LPartnersch findet ein VA nach Maßg des LPartG 20, 21 IV (s dort) statt.
- 5 **2) Verhältnis – a) zum Unterhalt. – aa)** UnterhBedürftigk auf Seiten des AusglBerecht ist nicht Voraussetzung des VA (BGH FamRZ 82, 909); ebsonenig ein subj VersBedürfn (BGH FamRZ 99, 721). Infolge der VA-bedingten Minderng der Vers des Verpflichteten besteht die Gefahr, dass dessen notw Eigenbedarf unterschritten wird; dem kann iR der BilligkKlausel (§§ 1587c Nr 1, 1587h Nr 1) Rechng getragen werden (vgl § 1587c Rn 21 ff). Entspr gilt, wenn der AusglVerpflichtete aGrd des ungekürzten VA einen (höheren) UnterhAnspr gg den Berecht erwerben würde (BGH FamRZ 87, 255). Erhält der unterhbedürft frühere Eheg **Rentenleistungen** aus dem VA, so sind diese vom tats Beginn der Rentenzahlg an bedürftigkeitsmindernd auf seinen nach den eLVerh bestehenden Lebensbedarf anzurechnen. Das auf dem VA beruhde Renteneinkommen ist gemeins mit den Rentenansrechten, die auf sonstigen, auch außerh der Ehezeit liegenden Tatbeständen beruhen, als Surrogat für die FamArbeit in die Bedarfsberechnung einzubeziehen (so BGH FamRZ 02, 88; 03, 848), u zwar auch dann, wenn ledigl der AusglBerecht eine aGrd des VA veränderte Vers erhält (BGH FPR 02, 528; zu Einzelh § 1578 Rn 32). Zur Rückforderg 16 v § 1569. Bezieht der gesetzl zur UnterhGewähr verpflichtete frühere Eheg eine an sich aGrd des VA zu kürzende Vers, so bleibt diese nach VAHRG 5 ungemindert, solange der unterhbedürft Berecht noch keine Rente erhalten kann.
- 6 **bb)** And sozial- u beamtenrechtl Regelgen ohne Einfluss auf den VA gewähren eine Geschiedenen-Hinterbliebenenversorgg (SGB VI 243), einen beamtenrechtl UnterhBeitrag (BeamtVG 86 iVm BBG 125 II aF) u eine ErziehgsRente (SGB VI 47, 243 a).
- 7 **b) zum Güterrecht.** Der Güterstand der Eheg ist unerhebl (§ 1587 III); das Ergebn der güterrechtl Auseinandersetzg kann jedoch iR der BilligkKlausel (§§ 1587c, 1587h) berücksichtigl werden (vgl § 1587c Rn 28).
- 8 **3) Ermittlung des Wertausgleichs.** Die für den VA in Frage kommden VersAnrechte sind zu erfassen, zu bewerten u der jew Ehezeitanteil der Vers zu errechnen. Zu **unterscheiden** sind **voll dynamische** (gesetzl RV, BeamtVers usw) u **nicht voll dynamische** (statische u teildynamische) Vers, zB private Lebensversicherger. Diese sind and Anrechten hinsichtl ihrer Dynamik auf der Grdlage von regeldynam Anrechten aus der gesetzl RV **vergleichbar** zu machen, um die VA-rechtl Gesamtbilanz erstellen u den Ausgl in der gesetzl RV dchführen zu können. Dazu müssen nicht voll dynam Anrechte auf der Grdlage ihres Kapitalwerts – vorrangig des individuellen Deckgskapitals, hilfsw auf der Basis des nach der BarwertVO errechneten Barwerts – **dynamisiert** werden.
- 9 **4) Gestaltungsformen.** Der VA erfolgt entweder als (erweiterter) **Wertausgleich oder Beitragszahlung** in öffrechtl Form (§ 1587b I u II; VAHRG I II u III sowie 3b I) od subsidiär als **schuldrechtlicher VA** (§§ 1587f–n, VAHRG 2 u 3 a).
- 10 **5) Rechtsfolgen.** Der Wertausgleich führt grdsätzl sofort u dauerh zu einer Veränderg in den VersVerhältnissen der früheren Eheg. Die Vers des AusglVerpflichteten wird also, abgesehen von den Härtefällen des VAHRG 4, 5 u des sog Rentner- od Pensionärsprivilegs (SGB VI 101 III; BeamtVG 57 I S 2), auch dann aGrd des VA gemindert, wenn der AusglBerecht noch keine od keine Vers mehr aus dem im VA erworbenen Anrecht erhalten kann (vgl BVerfG NJW 96, 2296). Der AusglVerpflichtete kann seine ausgleichsbedingl geminderten Anrechte wiederauffüllen (SGB VI 187 I Nr 1, 281 a I Nr 1; BeamtVG 58). Beim schuldrechtl VA (§ 1587f) erfolgt der Ausgl im allg erst, wenn bei beiden Eheg ein VersFall eingetreten ist. Neben der Abfindg künft schuldrechtl AusglAnsprüche (§ 1587l) können die Eheg dch Ehevertrag od im Zushang mit der Scheidg den VA auch dch **Vereinbarung** regeln (§§ 1408, 1587o).
- 11 **6) Verfahren** (Schollmeyer FamRB 02, 21). – **a)** Das Verf über den öffrechtl VA wird vom FamG **von Amts wegen eingeleitet**. Im Fall eines ScheidgsAntr wird es im Verbund (ZPO 623 I 1), bei Eheaufhebg od vorangegangener Scheidg im Ausland im isolierten u auch hier vAw eingeleiteten Verf geführt (BGH NJW 93, 2047). Der schuldrechtl u der verlängerte schuldrechtl VA sowie die Abänderg von Entsch bedürfen eines **verfahrenseinleitenden Antrags** (§ 1587f, VAHRG 2, 3 a, 10 a). Er kann nicht erstmals im RechtsmittelVerf des öffrechtl VA gestellt werden (BGH FamRZ 90, 606). Der schuldrechtl VA gelangt in den Verbund, wenn seine FälligkVoraussetzgen (§ 1587g I 2) bereits vorliegen.

- b) Das Verf über den öffrechtl u schuldrechtl VA unterliegt dem **Amtsermittlungsgrundsatz** (FGG 12). Neben einer vollständigen Feststellg sämtl VersAnrechte (BGH FamRZ 96, 481) ist insbes die Überprüfg von VersAnrechten der betriebl Altersvers auf ihre Dynamik erfdl (BGH FamRZ 98, 424). Das Gericht muss alle für die Höhe u Art des VA maßg Tats berücksichtigen, die bis zur Herausgabe der Entsch noch vorgebracht od ihm auf and Weise bekannt werden (BGH FamRZ 87, 921), wobei es seine Ermitteln erst dann einstellen darf, wenn deren Fortsetz ein die Entsch beeinflussdes Ergebn nicht mehr erwarten lässt (Naumbg FamRZ 03, 383). Es kann dabei davon ausgehen, dass die Beteiligten ihnen vorteilhafte Umst von sich aus vorbringen (BGH NJW 88, 1839). Ihnen obliegt es, neu eingetretene Umst dem Gericht bekannt zu geben (BGH NJW 89, 1839). Das Gericht kann bei den Eheg, Hinterbliebenen u den in FGG 53 b II u VAHRG 11 II genannten Stellen Auskünfte einholen u deren Erteilg gem FGG 33 erzwingen.
- c) Am Verf zu **beteiligen** sind die Träger der in den Ausgl einzubeziehenden Versorgen, auch soweit sie in FGG 53 b II nicht genannt sind (BGH NJW 89, 1858). Ein privatrechtl organisierter Träger der betriebl Altersvers ist am Verf über den öffrechtl VA auch dann nicht zu beteiligen, wenn bei ihm nur ein verlängerter schuldrechtl VA in Betr kommt (BGH NJW 89, 1858 u 1859). Bei verfahrenswidr Nichtbeteiligg steht dem VersTräger die Beschw (ZPO 621 e), ggf auch die Wiederaufnahme des Verf (ZPO 578 ff analog) offen (BGH NJW 80, 2418).
- d) Über den VA ist **mündlich zu verhandeln** (FGG 53 b I). Für die Beschwl Instanz vgl Rn 21.
- e) **Entscheidung**. – aa) An **Anträge** der Beteiligten ist das Gericht im öffrechtl VA **nicht gebunden**. Anders wg seiner unterhaltsähnli Funktion (vgl § 1587 k I) im schuldrechtl VA: Auch hier bedarf es zwar keines bezifferten Antr (BGH FamRZ 89, 950; 91, 177); eine bewusste AntrBeschränkg ist jedoch zu beachten (Saabr FamRZ 03, 614; aA wohl BGH FamRZ 90, 605; Hamm FamRZ 90, 889). Zur Beschränkg des Rechtsmittels vgl Rn 22.
- bb) Eine **Teilentscheidung** über den VA ist analog ZPO 301 zuläss, soweit nicht Regeln des VerfVerbunds gelten (BGH FamRZ 83, 38). Die Teilentscheidg setzt die Teilbark des VerfGegenstands voraus. Sie muss so beschaffen sein, dass sich aus der späteren Entsch keine Umkehr der AusglPflicht u auch kein niedrigerer AusglAnspr ergeben können (Klattenhoff/Schmeiduch FamRZ 03, 409/12); das ist zB der Fall, wenn der AusglBerecht keine VersAnwartsch erworben hat (BGH aaO). Eine Teilentscheidg liegt vor, wenn in der Entsch od in Begleitumständen zum Ausdr kommt, dass das Gericht über einen Teil des VerfGegenstands vorab entscheidet u den Rest später regeln will; andfalls steht einer ergänzenden Entsch FGG 18 II entgegen (BGH NJW 84, 2364).
- cc) **Einstweilige Anordnungen** auf Zahlg der schuldrechtl AusglRente sind analog VAHRG 3 a IX 3, 4 über die dort geregelten Sonderfälle hinaus allg statthaft (Nürnberg NJW 07, 2053; aA Ffm ÖLGR 03, 7).
- dd) **Feststellende Entscheidungen** sind im Verf über den VA entspr ZPO 256 zuläss (BGH NJW 82, 387). Zu feststellenden Entscheidungen im schuldrechtl VA vgl § 1587 f Rn 10. Zum FeststellgsInteresse im Zushang mit der Nichtigk eines Ehevertrages Düss FamRZ 05, 282; Brem NJW-RR 07, 725; Hamm FamRZ 07, 1257.
- ee) Entscheiden über den öffrechtl u den schuldrechtl VA sind der materiellen **Rechtskraft** fähig. Deren Dchbrechng ermögl §§ 1587 g II 2, III iVm 1587 d II beim schuldrechtl u VAHRG 10 a beim öffrechtl VA, nicht aber FGG 18 I (BGH NJW 82, 1646). Daneben sind ZPO 319–321 u 578 ff analog anwendb (BGH FamRZ 02, 1553).
- e) **Beschwerde**: ZPO 621 e. – aa) **Beschwerdeberechtigung**: Erfdl ist ein unmittelbarer Eingriff in ein im Ztpkt der Entsch bestehdes subjektives Recht (BGH NJW 89, 1858); ausreichend ist die bloß ungünstige Beeinflussg od Gefährdng des Rechts (BGH FamRZ 95, 293; zu weitgehd FamRZ 07, 889), nicht aber ein rechtl Interesse an der Änderg od Beseitigg der Entsch (BGH FamRZ 91, 678). Dch den allgem Vorbehalt des schuldrechtl VA ist der AusglPflichtige nicht beschwert (BGH FuR 07, 220); wohl aber dch die Feststellg des dem späteren schuldrechtl VA unterliegenden Betrages im Verf üb den öffrechtl VA (BGH FamRZ 95, 157 u 293 u 1481). Bei Ablehng der famgerichtl Genehmigg einer Vereinbg (§ 1587 o) kann eine Beschwer des dch die Vereinbg begünstigten Eheg gegeben sein (BGH FamRZ 99, 576). Ein am VA-Verf zu beteiligender Sozialversicherungsträger wird dch die gerichtl Entsch iSv FGG 20 dann in seinem Recht beeinträchtigt, wenn der VA mit einem im Gesetz nicht vorgesehenen Eingriff in seine Rechtsstellung ohne Rücksicht auf eine finanzielle Mehrbelastg verbunden ist; daran fehlt es nur dann, wenn der Rechtskreis des VersTrägers dch den VA von vornherein nicht berührt werden kann (BGH NJW 81, 1274; FamRZ 96, 482; krit Bergner FamRZ 04, 413/4).
- bb) Eine **mündliche Verhandlung** v dem BeschwGericht (FGG 53 b I) ist nicht geboten, wenn den Beteiligten rechtl Gehör gewährt, der Sachverhalt hinreichd aufgeklärt u eine Vereinbg nicht zu erwarten ist (BGH NJW 83, 824).
- cc) Eine **förmliche Antragstellung** des RMittelführers ist nicht erfdl; es genügt, dass das Ziel des RMittels aus dessen Begründg ersichtl ist (Celle FamRZ 04, 1215). An Anträge des RMittelführers ist das Gericht nicht gebunden (BGH NJW 84, 2879); and jedoch bei Rechtsmitteln, in denen öffentl Belange nicht berührt sind, zB auf Härteklausele gestützte Rechtsmittel (BGH FamRZ 01, 1447). Das Gericht ist vielmehr berecht u verpflichtet, die Entsch erster Instanz in jeder Richtg, auch entgg den Zielen des RMittels, der materiellen Rechtslage anzupassen, sofern nicht das Verbot der Schlechterstellg des RMittelführers (BGH NJW 83, 173; 86, 1494; 08, 153), das auch zu Gunsten des VersTrägers gilt (BGH NJW 86, 185), entgegensteht (BGH FamRZ 01, 29). In RMittelanträgen kann jedoch eine zuläss Beschränkg des RMittels zum Ausdruck kommen, soweit der VerfGegenstand teilb ist (BGH NJW 84, 2879).
- dd) Die **Anschlussbeschwerde** ist grdsätzl zuläss (BGH NJW 83, 176), sofern nicht ein VersTräger das RMittel eingelegt hat (BGH NJW 85, 968). Die **Rechtsbeschwerde** ist gg Endentscheidgen über den VA statthaft mit Ausn der in FGG 53 g II geregelten Fälle. Die Aussetzng des Verf nach VAÜG 2 kann damit nicht angegriffen werde (BGH FamRZ 03, 1005).
- ee) **Folgen der Rücknahme**: analog ZPO 516 III.
- g) **Vollstreckung**: FGG 53 g III.
- 7) **Ausland**. – a) Der Dchführg des VA steht die **ausländische Staatsangehörigkeit** einer Part nicht entgg (BGH NJW 80, 47); auch der Erwerb von Anwartsch aus der deutschen gesetzl RV im Weg des VA dch einen im Ausland lebden Ausländer ist dch RVorschr nicht gehindert (BGH NJW 83, 512; krit Eichenhofer IPrax 01, 110). Der VA zG eines im Ausland lebden Eheg wird nicht dadch ausgeschl, dass der ausländ AufenthStaats die Vollstrg aus einer diesen Eheg zum Ausgl verpflichtenden Entsch nicht zulassen würde (BGH NJW 82, 1939).

- b) Bei einer **Auslandsscheidung** kann der VA nach deutschem Recht in einem gesonderten Verf dchgeführt werden, soweit aus deutscher Sicht ein VA hätte stattfinden müssen (BGH NJW **83**, 1269). Maßß ist nicht, nach welchem Recht das ausländ Gericht die Ehe geschieden hat, sond nach welchem Recht die Ehe aus deutscher Sicht hätte geschieden werden müssen (BGH NJW **93**, 2047). Ergeben sich im Einzelfall aus dem Auslandsbezug Umst, die die uneingeschränkte Dchführung des VA unbill erscheinen lassen, kann dies nach EGBGB III 2 od §§ 1587c Nr 1, 1587h Nr 1 zum Ausschluss od zur Herabsetzg des VA führen (BGH NJW **82**, 1939). **IPR:** EGBGB 17 Rn 25, 26; Wagner, VA mit AuslBerührg, 1996; Klattenhoff FuR **00**, 49 ff, 108 ff; Finger FF **02**, 154; Rauscher IPrax **05**, 431.
- 28 c) In den VA sind auch **im Ausland erworbene Anrechte** einzubeziehen (BGH FamRZ **01**, 284; Brdgbg ZFE **08**, 352; Reinhard FamRZ **07**, 866), wenn sie im LeistgsFall realisiert werden können (BGH FamRZ **03**, 1737) u die Voraussetzgen des § 1587 I 2 erfüllen (vgl dazu § 1587 Rn 11 ff). Handelt es sich um Anrechte des Verpflichteten, erfolgt nach VAHRG 2 ein schuldrechtl Ausgl (BGH FamRZ **89**, 949) mit AbfindngsOption nach § 1587 I (KG FamRZ **90**, 1257), währd Anrechte des Berecht wie sonstige Anrechte auch in die AusglBilanz einzustellen sind (Dresd FamRZ **03**, 1297). Zur **Bewertung** ausländ VersAnwartschaften: § 1587a II Nr 4, V.
- 29 d) Das Beamtensstatut der **Europäischen Gemeinschaften** steht der Anwendg der §§ 1587 ff nicht entgg (vgl EuGH FamRZ **00**, 83). Zum VA bei nicht aufklärb ausländ VersAnw des Berecht: Hamm FamRZ **00**, 673; Kemnade FamRZ **02**, 1495; Rauscher IPrax **05**, 431; Rahm/Künkel V Rn 574 einerseits (VA derzeit nicht durchführb) – andseits (kein öffrechtl VA u Vorbehalt des schuldrechtl VA) Köln FamRZ **86**, 689; Düss FamRZ **94**, 903; Mü FamRZ **05**, 990; unklar Karlsru FamRZ **02**, 1494 mAv Kemnade.
- 30 e) **Zuständigkeit.** Die internat Zuständigk deutscher Gerichte in Ehesachen (ZPO 606a) erstreckt sich auf ScheidgsFolgesachen (BGH NJW **80**, 47). Dabei ist ohne Bedeutg, ob das Verf über den VA selbst dchgeführt wird (BGH NJW **80**, 47; **93**, 2047). Die örtl Zuständigk folgt den allg Regeln (ZPO 621 II, III oder FGG 45).
- 31 **8) Reform.** Die jahrelangen Bemühgen um eine Reform des VA sind nunmehr in den **Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Strukturreform des VA (VAStrRefG)** gemündet. Er sieht in Abkehr vom bish Grds des Einmalausgleichs die Teilg jedes einzelnen Anrechts vor, wobei der Teilg im jeweiligen Versorgungssystem mit wenigen Ausnahmen der Vorzug gegeben wird („Interne Teilung“). Damit entfallen weitgehend die Schwierigkeiten, die verschiedenen Anrechte einander vergleichb zu machen; die BarwertVO wird entbehrlich u das AbändersVerf (VAHRG 10a) verliert an Bedeutg. Die bisher verstreuten Regelgen (§§ 1587–1587p, VAHRG, VAÜG, BarwertVO) werden in einem Gesetz außerh des BGB zusammengefasst. Zur Kritik vgl Bergner FuR **08**, 322 u Sonderbeilage Heft 5; Rehme FamRZ **08**, 738; Eichenhofer FamRZ **08**, 950. Flankiert wird das Gesetz von der geplanten Neuregelg des Verf in VA-Sachen in §§ 217–230 des Entwurfs eines Gesetzes über das Verf in Familiensachen u in Angelegenheiten der freiwill Gerichtsbar (FamFG, vgl Einl 6 vor § 1297), die weitgehend den bish Regelgen im FGG entsprechen. – Zur **Entwicklung** der Reform: Eckpunktepapier des BMJ zur Strukturreform des VA, FPR **07**, 108; Diskussionsentwurf des BMJ für ein Gesetz zur Strukturreform des VA (VAStrRefG) vom 29. 8. 2007 (abgedruckt in FamRZ **07**, 1788). Vgl Borth FamRZ **07**, 1773 u **08**, 1797; Schmid FPR **07**, 114; Hauß FamRb **08**, 282. Beachtl Kritik bei Bergner Beilage zu NJW Heft 5/2008 („Modell Bergner“), ZRP **08**, 211; Rehme FuR **08**, 370, 433, 477; Ruland NZS **08**, 225; Häußermann BetrAV **08**, 428; Born NJW **08**, 2289/92; vgl auch Eichenhofer FamRZ **08**, 950. S auch BR-Drs 343/1/08, abgedruckt in FuR **08**, 370/2.

Kapitel 1. Grundsatz

1587 Auszugleichende Versorgungsanrechte. (1)¹ Zwischen den geschiedenen Ehegatten findet ein Versorgungsausgleich statt, soweit für sie oder einen von ihnen in der Ehezeit Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit der in § 1587a Abs. 2 genannten Art begründet oder aufrechterhalten worden sind.² Außer Betracht bleiben Anwartschaften oder Aussichten, die weder mit Hilfe des Vermögens noch durch Arbeit der Ehegatten begründet oder aufrechterhalten worden sind.

(2) Als Ehezeit im Sinne der Vorschriften über den Versorgungsausgleich gilt die Zeit vom Beginn des Monats, in dem die Ehe geschlossen worden ist, bis zum Ende des Monats, der dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vorausgeht.

(3) Für Anwartschaften oder Aussichten, über die der Versorgungsausgleich stattfindet, gelten ausschließlich die nachstehenden Vorschriften; die güterrechtlichen Vorschriften finden keine Anwendung.

- 1 **1) Allgemeines. I 1** normiert das **Prinzip** des VA u schließt in I 2 entspr dem ZugewGedanken eheneutral erworbene VersAnrechte aus. In **II** wird die **Ehezeit** dch eine techn Definition für die Zwecke des VA bestimmt. **III** enthält den Grds der **Ausschließlichkeit des VA**. Danach ist für die dem VA unterworfenen VersAnrechte das EhegüterR nicht anwendb; umgekehrt findet der VA unabhäng vom jew Güterstand, in dem die Eheleute gelebt haben, statt.
- 2 **2) Persönliche Voraussetzungen. a)** Der VA findet zw **rechtskräftig geschiedenen Ehegatten** statt. Zu LPartnern vgl LPartG 20,21 IV. Der VA erfasst nicht Ehen, die v dem 1. 7. 1977 (1. EheRG 12 Nr 3 III 1) od im Beitrittsgebiet vor dem 1. 1. 1992 (EG 234 § 6 S 1; vgl auch S 2) geschieden worden sind. – Bei **Eheaufhebung** ist der VA mit den Einschränkgen des § 1318 III dchzuführen.
- 3 **b)** Eine **frühere Ehe derselben Parteien** bleibt beim VA unberücksichtigt (BGH NJW **83**, 37). – Bei **Doppelehe** bestehen VA-Ansprüche der Eheg grdsätzl nebeneinander, so dass sowohl der Eheg der ersten Ehe als auch der Eheg der zweiten Ehe nach Maßß des § 1318 III grdsätzl den vollen VA beanspruchen können, so als ob es die and Ehe nicht gäbe. Eine erhebl wirtschaftl Belastg des AusglVerpflichteten dch die Pflicht zum Unterh u zum VA ggü dem and Eheg kann iRv § 1587c Nr 1 berücksichtigt werden (BGH NJW **83**, 176).
- 4 **c)** Da auch laufde Versorgungsausgleichen werden, wird der VA nicht dadch verhindert, dass bei einem Eheg od bei beiden **bei Ehezeitende bereits der Versorgungsfall eingetreten ist**. Einschränkgen ergeben sich dann nur beim VA dch BeitragsZahlg (VAHRG 3 b Rn 20).

- 3) Gegenstand des VA.** a) Auszugleichen sind nur Anrechte, deren Zweck die **Versorgung wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit** ist. Ansprüche od Aussichten mit and Zweckbestimmg gehören nicht dazu. Wg ihres Entgeltcharakters scheiden desh Zinserträge aus Kapital od Vermietg aus. Bei GrdstVerkäufen auf Leibrente uä kommt es darauf an, ob eine zeitl grdsätzl unabsehbare AltersVers od eine Sonderform der Ratenzahlg beabsichtigt ist. Unberücksichtigt bleiben dementsprechd Kaufpreistraten aus einer Vermögens- od Unternehmensveräußerg (BGH FamRZ **88**, 936). Das Leibgedinge unterliegt darüber hinaus nur hinsichtl etwaiger Geldleistgen dem VA, hinsichtl Sachleistgen u Wohnrechten dagg dem güterrechtl Ausgl (BGH FamRZ **93**, 682). Welche Anrechte im Einzelnen auspflichtig sind, ergibt sich aus der (nicht abschließen, BGH NJW **84**, 299) Bezugnahme auf § 1587 a II. Zur BerufsunfähigkVers vgl 1587 a Rn 68.
- b) Bei der Anknüpfng an die in I I genannten VersFälle kommt es nicht auf die Leitbilder der öffrechtl LeistgsSysteme an; die Nichterwähng auch des § 1587 a V beruht auf einem Redaktionsversehen (BGH NJW **84**, 299). Für den VersFall des **Alters** bedeutet dies, dass die in den öffrechtl LeistgsSystemen vorgesehenen Altersgrenzen nicht maßß sind; es kommt vielmehr darauf an, dass das Anrecht der Vers im Anschluss an die Beendigg des aktiven Arbeitslebens dienen soll (BGH FamRZ **88**, 936). Die Auslegg der zugrundeliegden VersOrdng muss ergeben, ob es sich um eine nicht auspflichtige Vorruhestandsleistg (Karlsru FamRZ **98**, 629) od eine auspflichtige Frühpensionierungsregel handelt (BGH FamRZ **01**, 27). Dem VA unterfallen jedoch Anrechte aGrd von **Altersvorsorgeverträgen** iSv AltZertG I I (Brdbg FamRZ **05**, 38 u FamRB **07**, 800; Bergschneider FamRZ **03**, 1609/12), also auch außerh der nach Maßß von EStG 10a geförderten betriebl AltersVers (BetrAVG 1 a III) u zudem auch insow, als die Leistgen auf einem AuszahlgsPlan (AltZertG I I S. 1 Nr. 4, 5) beruhen (Blomeyer NZA **01**, 913; Bergschneider aaO).
- c) Der Begriff der **verminderten Erwerbsfähigkeit** erfasst die Entgeltersatzleistgen der gesetzl RV bei einem Erwerbsunvermögen, das auf einem Körper- od Gesundheitsschaden beruht. Auch hier brauchen die vom VA erfassten Invaliditätsleistgen in ihrer Ausgestaltg den Anrechten aus der gesetzl RV nicht zu entsprechen (BGH FamRZ **88**, 936).
- d) Die auspflichtige Vers kann in Form einer **Anwartschaft** od einer **Aussicht** auf Leistg, aber auch einer **laufenden Versorgung** bestehen, wie sich aus § 1587 a II Nr. 3, 4 ergibt. Anw auf Vers ist iS eines aufschiebd bedingten Rechts eine dem Grd u der Höhe nach gesicherte Erwartg, nach Erfüllg aller Voraussetzgen eine Vers zu erhalten. Eine bloße Aussicht liegt vor, wenn dem Betreffenden ohne eigenes Zutun beim gewöhl weiteren Verlauf eine RStellg erwächst, die ihm im LeistgsFall einen Anspr auf Vers verschafft (BGH NJW **85**, 2024). **Beispiele:** Bei Probe- u Widerrufsbearbeitern, Zeitsoldaten (BGH NJW **82**, 1754), im Fall einer nach SGB VI 184 II aufgeschobenen Nachvers (BGH NJW **89**, 35) od bei zwar widerrufll, jedoch nach bish Übng u gesicherter Prognose auch künft zu erwartden Leistgen (BGH FamRZ **85**, 1236), nicht aber bei bloßer Aussicht auf eine versicherungspflichtige Tätigk ohne Rücksicht auf Entstehg u Fälligk von Beitragsansprüchen des VersTrägers (BGH NJW **85**, 2024).
- e) Der VA ist auf den Ausgl **wiederkehrender Versorgungsleistungen** u nicht von Kapitalbeträgen zugeschnitten (BGH NJW **84**, 299). Letztere unterfallen dem ZugewAusgl. Dies ist vor allem für betriebl Altersvers (vgl 1587 a Rn 38) u private Lebensversicherger (vgl 1587 a Rn 69) von Bedeutg.
- f) Auszugleichen sind **alle Anteile des Anrechts** außer den familienbezogenen Bestandteilen (§ 1587 a VIII). Vgl zum BeamtenR 1587 a Rn 19, zur gesetzl RV 1587 a Rn 25, 28.
- g) Das Anrecht muss **mit Hilfe des Vermögens oder durch Arbeit begründet od aufrecht erhalten** worden sein (I 2). Die Vorschr will eine AusglPflicht für solche VersAnrechte verhindern, die typischerw nicht das Ergebn einer gemeins Lebensleistg der Eheg sind (BGH NJW **84**, 1542); die Regelg ist § 1374 II vergleichb (BGH NJW **82**, 2557).
- aa) **Begründet** wird ein Anrecht dch alle Umstände, die sein Entstehen od Anwachsen zur Folge haben, wähd es **aufrechterhalten** wird, wenn die Voraussetzgen für den (künftigen) Anspr wenigstens teilw wähd der Ehezeit erfüllt werden.
- bb) **Durch Arbeit** sind Anrechte aus nichtselbstd Beschäftigg als ArbN (Arbeiter, Angestellter, Beamter, Richter) od arbeitnehmerähn Beschäftigg als Selbständiger erworben. Zu den dch Einsatz des **Vermögens** geschaffenen Anrechten zählen zB private Rentenversicherger od Altersvorsorgeverträge, Pflichtbeiträge der Selbstständigen (BGH NJW **85**, 2024) u freiwill Beiträge zur gesetzl RV od einer sonstigen VersEinrichtg (Mü NJW-RR **97**, 134) sowie Anrechte, die mit Hilfe einer gesellschaftsrechtl Beteiligg an einem Untern erworben wurden (BGH NJW **07**, 2483). – Durch ein **Leibgedinge** begründete VersAnw sind jedenfalls dann mit Hilfe des Vermögens des betr Eheg begründet, wenn sie im Zushang mit Hofübergabeverträgen vereinbart wurden (BGH NJW **82**, 2557; FamRZ **93**, 682). – Auf die Herkunft des Vermögens kommt es grdsätzl nicht an; § 1374 II ist nicht analog anwendb (BGH NJW **84**, 1542). Dem VA unterliegen demgemäß auch Anrechte, die aGrd eines bei Heirat schon vorhandenen Vermögens (BGH FamRZ **84**, 570; KG FamRZ **96**, 1552; Nürnberg FamRZ **05**, 1256) erworben worden sind. – Dasselbe gilt für Anrechte aus dem Einsatz von **darlehensweise erlangten Mitteln** (Hamm FamRZ **98**, 297; KG FamRZ **01**, 1221; aA zutreffd Nürnberg FamRZ **02**, 1632 im Sonderfall der Vollfinanzierg u SichergsAbtretg einer LebensVers); die Darlehensschuld unterliegt dem ZugewAusgl u kann bei fehlendem Ausgl über §§ 1587 c Nr. 1, 1587 h Nr 1 zur Herabsetzng des VA führen (Koblenz FamRZ **01**, 1221). – Vom VA sind jedoch solche Anw auszunehmen, die dadurch begründet worden sind, dass ein Dritter **schenkweise** für einen Eheg freiwillige (BGH FamRZ **83**, 262; NJW **84**, 1542) od Pflichtbeiträge unmittelbar an den VersTräger bezahlt hat. Bei der Frage, ob auch Anw auszunehmen sind, die ein Eheg mit Mitteln erworben hat, die ihm unentgeltl von einem Dritten zugewandt worden sind, kommt es, unabhängig von der Zweckbindg, nur darauf an, ob die zur Begründg od Aufrechterhaltg einer Vers verwandten Mittel im Ztpkt der Aufwendg zum Vermögen eines Eheg gehörten. Fälle, in denen sich der Schenker des begünstigten Eheg gewissermaßen als Mittelsperson zur Beitragsentrichtg bedient, sind der schenkwl Direktleistg an den VersTräger gleichzustellen (BGH NJW **84**, 1542).
- h) Sei es mangels Zweckbestimmg wg Alters od verminderter Erwerbsfähigk, sei es mangels Begründg des Anrechts dch Arbeit od Vermögen **erfasst der VA nicht:** Leistgen des sozialen EntschädiggRs, zB nach dem BEG, BVersorgG (BGH FamRZ **81**, 239), OpferEG, LAG; diese können allerdings iR der Härteklause (§§ 1587 c, 1587 h) berücksichtigt werden; HinterbliebenenVers, wobei im Fall der Kombination mit einer Alters- od Invaliditätsvers der betreffende Wertanteil nicht nur bei Ermittlg des Barwerts, sond auch bei einer Umrechng auf der Grdlage des Deckgskapitals unberücksichtigt zu bleiben hat (BGH FamRZ **92**, 165); Zahlgen nach dem KiErzLeistG vom 12. 7. 1987 - BGBI I, 1585; vgl SGB VI 294, 294 a – (BGH NJW **91**, 1825) im Ggsatz

zu den ausgleichenden beitragslosen Leistgen nach dem Hinterbliebenenrenten- u ErziehungszeitenG vom 11. 7. 85 – BGBl I, 1450 – (BGH FamRZ **86**, 449); UnterhBeiträge, die einem aus disziplinarischen Gründen entlassenen Beamten gem BDO 77 od gnadenhalber gewährt werden (BGH FamRZ **97**, 158); die Renten der Berufsgenossenschaften (BGH FamRZ **89**, 844); Landabgaberechten (BGH FamRZ **88**, 272); private SchadErs-Renten; ausländ Anrechte, die unabhängig von Arbeits- u Beitragsleistgen aus Steuermitteln finanziert sind, zB Volksrenten (Wick Rn 42 u 392); Leistgen mit rein sozialem Zweck wie Wohngeld, Erziehungs- u Bildungsgeld; die niederländ AOW-Rente (BGH FamRZ **08**, 770) u die diesen Renten vergleichb bedarfsorientierte Grdsicherg im Alter od bei Erwerbsminderung nach SGB XII 41 ff.

- 15 **4) Ehezeit, II. a)** Nach dem AusglPrinzip (I vor § 1587) ist eine **Teilhabe** nur an den Vorsorgewerten gerechtf, die währd der Ehezeit begründet od aufrecht erhalten worden sind. Vorehel erworbene Anrechte fallen desh nicht in den VA. Anrechte, die erst nach der Ehezeit begründet wurden, bleiben außer Betr (nur im Grds zutreffd Köln FamRZ **02**, 1496, vgl Hauß FamRB **02**, 230); das gilt selbst dann, wenn für die Vers Bemessgs-Zeiten angerechnet werden, die in die Ehezeit fallen (BGH NJW **84**, 1612; Zeiten gem BeamVG 10).
- 16 **b)** Für den VA gilt ein spezieller Begriff der **Ehezeit**. Die Ehe beginnt nicht am Tag der Eheschl, sond jew auf den Monatsersten zurückdatiert. Sie endet dementsprechd am Ende des der RHängigk des ScheidgsAntr vorangehenden Monats. Entgg II bleibt es jedoch bei Nachzahlg von Beiträgen bei den kalendarischen Daten (vgl Rn 27).
- 17 **c)** Abs 2 ist **zwingendes Recht**. Die Eheg können desh einer Vereinbg nicht eine and Ehezeit zugrunde legen. Zuläss ist aber eine Regelg, dass in den VA nur die bis zu einem bestimmten Ztpkt vor dem Ehezeitende erworbenen Anrechte einbezogen werden (BGH NJW **01**, 3333; vgl auch § 1408 Rn 24).
- 18 **d) Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit** bestimmt sich gem ZPO 608 nach den allg Vorschr (ZPO 261 I iVm 253 I, 261 II). Die Zustellg des ScheidgsAntr ist auch dann maßg, wenn sie wg eines PKH-Antr verzögert erfolgt (vgl BGH NJW **82**, 2379) od wenn iF Fall der Beifügung eines PKH-Antr nicht deutl gemacht ist, dass sie nur der Übermittlg des PKH-Gesuchs dienen solle (BGH FamRZ **87**, 362). Ist der ScheidgsAntr unter Verstoß gg zwingde Formvorschriften zugestellt worden, so wirkt eine Heilg des Formmangels nach ZPO 295 nicht auf den Ztpkt der (fehlerhaften) Zustellg zurück; die Ehezeit hat daher erst im Ztpkt der Heilg geendet, sofern sich nicht etwa aus ZPO 189 ein früherer Ztpkt ergibt (BGH NJW **84**, 926). Bei Scheidg dch ein ausländ Gericht bestimmt sich die RHängigk nach dem von diesem Gericht anzuwendden Recht (BGH NJW **93**, 2047). Ist einem ScheidgsVerf ein gerichtl TrenngsVerf nach italienischem Recht vorangegangen, so ist für das Ehezeitende auf den Scheidgs- u nicht auf den TrenngsAntr abzustellen (BGH FamRZ **94**, 825).
- 19 **e)** Die RHängigk des ScheidgsAntr ist auch dann maßg, wenn das **Verfahren ausgesetzt** war od längere Zeit **geruht** hat u später wieder aufgenommen worden ist (BGH NJW **80**, 1161). Ist das EhescheidgsVerf nach Aussöhng in Vergessenh geraten od ist die ehel LGemsch in der Zwischenzeit langfristig wieder aufgenommen worden, verstößt die Berufg auf 1587 II gg Treu u Glauben; es ist dann auf das Ende des Monats abzustellen, der dem Antr vorausgegangen ist, das frühere EhescheidgsVerf fortzusetzen (BGH NJW **86**, 1040 u FamRZ **04**, 1364).
- 20 **f)** Werden **mehrere Scheidungsanträge** gestellt, kommt es darauf an, ob sie mehrere ScheidgsVerf zur Folge haben. Ein späterer ScheidgsAntr ist aber, wenn der AntrSteller sich dem nicht verschließt, iZw als weiterer Antr im schon anhängigen ScheidgsVerf aufzufassen (BGH FamRZ **83**, 38; **06**, 260). Sind im selben Scheidgs-Verf mehrere ScheidgsAnträge gestellt worden, so ist ohne Bedeutg, auf wessen Antr die Ehe geschieden wird. Das Ende der Ehezeit wird stets dch die Zustellg des ersten ScheidgsAntr bestimmt (BGH NJW **82**, 280), auch wenn es zur Aussetzng od zum tats Stillstand dieses Verf gekommen war (BGH FamRZ **06**, 260) od der erste Antr nach Zustellg des zweiten zurückgenommen worden ist (BGH FamRZ **83**, 38). Vgl aber auch Rn 19. Bei RHängigk mehrerer ScheidgsVerf od von Scheidgs- u AufhebgAntr entscheidet die RHängigk desjen Verf, das zur Beendigg der Ehe geführt hat (BGH NJW **82**, 2379; **91**, 2490).
- 21 **g)** Die **gerichtliche Festlegung der Ehezeit** vor Entsch über den VA bindet das Gericht nicht. Sie kann nicht Ggst einer Zwischenentscheidg sein. Anfechtg nur dch RMittel gg die Endentscheidg über den VA. Gg unzuläss Zwischenentsch aber Beschw nach FGG 19 (Hamm FamRZ **80**, 897; JH/Hahne Rn 34; aA Koblenz FamRZ **79**, 47; Ffm NJW-RR **89**, 1236).
- 22 **h)** Die **Beweislast** für den ZustellgsZtpkt trägt der dch die längere Ehedauer begünstigte Eheg (BGH NJW **89**, 2811).
- 23 **5) Änderung nach Ehezeitende. a)** Der Richter hat das zum Ztpkt seiner Entsch geltde Recht anzuwenden. **Gesetzesänderungen** nach Ehezeitende sind daher zu berücksichtigen (BGH FamRZ **86**, 447; NJW **86**, 1169), u zwar zur Vermeidg eines AbändergsVerf nach VAHRG 10 a auch dann, wenn sie bereits verkündet, aber noch nicht in Kraft getreten sind (Bergner FamRZ **04**, 413; aA BGH FamRZ **04**, 256 u 259). Dieselben Grdsätze gelten für nicht gesetzl VersOrdngn (BGH FamRZ **86**, 976; **06**, 321).
- 24 **b) Individuelle tatsächliche Änderungen der Versorgungslage. – aa)** Die im VA geltde Stichtagsregelung ist als Instrument zur vereinfachten u gleichmäß Bewältigg der beim VA auftretenden Bewertgsfragen strikt zu befolgen. Das Gesetz vernachlässigt aus praktischen Gründen individuelle Ändergen der Versorgungslage, auch wenn diese bereits kurze Zeit nach dem Ende der Ehezeit eintreten (BGH FamRZ **87**, 918). Ausnahmsw dürfen jedoch Verändergen aGrd von Umst tats Art berücksichtigt werden, die nach Ehezeitende eingetreten sind, soweit sie einen **Ehezeitanteil** der VersAnrechte, etwa dch vorzeitigen Bezug des Ruhegehalts (BGH NJW **07**, 2483), od eine and **Ausgleichsform**, ergeben. Das folgt aus dem RGedanken des VAHRG 10 a. Es widerspräche der Prozessökonomie, solche Verändergen bei der ersten trichterl Entsch auszuklammern, wenn sie unter den Voraussetzgen dieser Vorschr zu einer AbändergsEntsch führen würden. Weder das Wesentlichk- (VAHRG 10 a II) noch das Antrags- u Altersfordernis (VAHRG 10 a IV, V) müssen erfüllt werden. BilligkGesichtspunkte sind iR von VAHRG 10 a III zu beachten. Auf sonstige Umst u damit auch auf ein Verschulden am Eintritt der Wertveränderg kommt es nicht (BGH FamRZ **87**, 918; **88**, 940; NJW **89**, 29). Das schließt nicht aus, eine bewusst in SchädiggsAbsicht vorgenommene VersVerkürzg gem § 242 außer Betr zu lassen (BGH NJW **89**, 29, 31); dafür genügt jedoch nicht, wenn bei einer berufl Veränderg, für die finanzielle, gesundheitl od sonstige persönl Gründe sprechen, eine Verringerg bestehender VersAnrechte in Kauf genommen wird (BGH NJW **89**, 34). Zur Anwendg des § 1587 c bei Wegfall des Anrechts des VA-Berech § 1587 c Rn 33, 39 ff).
- 25 **bb)** Für das **Vorhandensein einer Anwartschaft** ist zu differenzieren. Das Anrecht muss bereits bei Ehezeitende (§ 1587 II) entstanden sein. Zu den Auswirkgen auf die Begründg eines VersichergsVerhältnisses in

der gesetzl RV dch Beitragszahl § 1587a Rn 29. Dagg kommt es für die Frage, ob das Anrecht noch besteht, nicht auf das für die Bewertg maßg Ende der Ehezeit (§ 1587 II), sond auf die gerichtl Entsch an; denn ein nicht mehr bestehendes Anrecht kann nicht ausgeglichen werden (BGH FamRZ 86, 892; 04, 693; krit Zimmermann DNotZ 03, 546 im Hinbl auf die Harmonisierg mit dem EhegüterR). Dazu gehört der Wegfall der Anw auf Altershilfe für Landwirte mangels lückenloser Beitragsentrichtg (BGH FamRZ 86, 892; 04, 693); das Erlöschen eines Anrechts gem SGB VI 210 dch Beitragsersatzg, weil auch VAHRG 3b I Nr 2 nicht entspr anwendb ist u VAHRG 10d kein relatives VerfüggsVerbot iSv § 135 enthält (BGH NJW 92, 312; 95, 135; noch nicht der Antr auf Erstattg); der zuläss Widerruf einer betriebl Anw dch den ArbG (Karlsru FamRZ 04, 1037); die Ausübng des KapitalwahlR bei einer Lebensversicherg (BGH FamRZ 03, 664 mit ablehnder Anm Deisenhofer 774; FamRZ 03, 923; vgl § 1375 Rn 9); der Untergang beamtenrechtl VersAnw dch Ausscheiden aus dem Beamten- od Soldatenverhältn (BGH NJW 89, 29 u 32; vgl § 1587a Rn 15).

cc) Ändergen können die **Wertermittlung** nach § 1587a beeinflussen. Weil die Berücksichtigg von 26 Ändergen zw Ehezeitende u Entsch auf Prozessökonomie gründet (vgl Rn 24), sind nur solche Umst relevant, die zu einer Änderg des Entsch nach VAHRG 10a führen können; sie müssen desh zu einer Änderg des ehezeitbezogenen Wertes eines Anrechts führen (JH/Hahne Rn 37). Würden sich bereits entwickelnde wirtschaftl Verhältnisse nach VAHRG 10a III einer späteren Änderg entggstehen, kann auch eine bereits zum Ztpkt der Entsch eingetretene Änderg außer Betr bleiben (BGH NJW 89, 32 u 529). Zu den zu berücksichtigten Ändergen gehören: Bei Beamten wg des Einflusses auf den Ehezeitanteil der Vers die vorzeitige Versetzg in den Ruhestand (BGH FamRZ 89, 492; NJW 95, 136), die Beurlaubg ohne Dienstbezüge (BGH FamRZ 88, 940), die Bewilligg von Teilzeitbeschäftigt od ihre Verlängerg über einen bereits vor Ehezeitende bewilligten Zeitraum hinaus (BGH FamRZ 89, 1060), nicht aber die nachträgl Beförderg in ein Amt mit höherer Besoldg, selbst wenn hierfür schon dienstrechtl Vorbereitungen getroffen waren od der Beamte schon in die Planstelle der höheren BesoldgsGruppe eingewiesen war (BGH FamRZ 87, 918; 99, 197). Bezieht der Eheg im Ztpkt der Entsch bereits eine Rente, ist deren Ehezeitanteil u nicht derjen der bei Ehezeitende noch bestehenden Anw in den VA einzubeziehen (BGH FamRZ 07, 1084). Zu berücksichtigen sind ferner die Beitragsfreistellg in der Arztvers (BGH NJW-RR 89, 1477), die Beendigg der Betriebszugehörigk bei Anrechten der betriebl Altersvers (BGH FamRZ 90, 605; 99, 218) u die Umwandlg einer Anw auf Leistgen der betriebl Altersvers aGrd einer einzelvertragl Vereinbng in eine weitergehende Gesamtvers nach beamtenrechtl Grdsätzen (BGH NJW-FER 99, 25). – Die Ändergen müssen nicht schon zum Ztpkt der Entsch eingetreten sein. Eine nicht nur mögl, sond sicher zu erwartende Entwicklg ist zu berücksichtigen (BGH FamRZ 88, 940).

dd) **Nachzahlung von Beiträgen, anderen Deckungsmitteln und Übertragung von Versorgungsanrechten.** Werden Beiträge nach Eintritt der RHängigk des ScheidgsAntrags für die Ehezeit nachentrichtet, fallen die darauf beruhenden Anrechte nach dem **In-Prinzip** nicht in den VA, währd Anrechte aGrd von Beiträgen, die vor dem Eintritt der RHängigk in der Ehe gezahlt worden sind, auch dann dem VA unterliegen, wenn mit den Beiträgen vor der Ehe liegende Zeiten belegt worden sind (BGH NJW 82, 102; 85, 2024). Es sind also unabhängig vom Einverständnis des and Eheg (BGH FamRZ 83, 683) alle Anrechte auszugleichen, die durch freiwill BeitragsZahlg während der Ehezeit bis zum Eintritt der RHängigk des ScheidgsAntr erworben werden, gleichgültig, ob damit ehel od vorehel Zeiten in der RV aufgefüllt werden. Zur Koordination der unterschiedl Stichtagsregelungen beim ZugewAusl (§ 1384) u VA (§ 1587 II) sind auch Nachzahlgen zw dem Ende des der RHängigk vorangehenden Monats u dem Tag der RHängigk zu berücksichtigen (BGH NJW 82, 102). Dementsprechd fallen umgekehrt Anrechte aus dem VA, die dch Nachzahlg zw dem Beginn der Ehezeit iSd § 1587 II u dem Tag der Heirat begründet worden sind (BGH FamRZ 93, 292). – Das In-Prinzip gilt auch iF einer freiwill Beitragsnachzahlg nach vorausgegangener Heiratserstattg gem SGB VI 282 aF (BGH FamRZ 97, 414) u bei Auffüllg von RentenanwartschMindergen aGrd des VA bei Scheidg einer früheren Ehe (BGH FamRZ 07, 1719). Auch insow gilt I 2, so dass Anrechte, die auf Beiträgen beruhen, die ein Dritter aufgebracht hat, nicht ausglpflchtig sind (Nürnberg FamRZ 96, 1550); vgl Rn 13. Das In-Prinzip gilt nach hM ebso für die Nachentrichtg von Pflichtbeiträgen auch eines selbstd Erwerbstätigen (BGH NJW 85, 2024), nicht jedoch iF der Nachvers (vgl SGB VI 185 II 1). – Maßg ist der Ztpkt der tats Entrichtg des Beitrags, bei unmittelbarer Zahlg nicht vor der Belastg des Kontos des Versicherten (BGH FamRZ 96, 1538). Wenn der Ztpkt der Beitragsentrichtg nicht festgestellt od ausreichend eingegrenzt werden kann, wird idR davon auszugehen sein, dass die Beiträge in dem Ztpkt entrichtet worden sind, für den sie geleistet sind (BGH NJW 82, 102). – Zur Herabsetzng des VA in diesen Fällen vgl § 1587c Rn 33.

ee) Das In-Prinzip gilt auch bei **flexiblen Alterszeitregelungen** (SGB IV 7 Ia). Es entscheidet der Ztpkt der 28 Bezahlg der Pflichtbeiträge dch den ArbG. Kann das dch Einkommensverzicht in der Ansparphase erworbene Wertguthaben, zB bei Beendigg des ArbVerhältnisses, nicht bestimmngsgem währd der Freistellg von der Arb aufgezehrt werden (sog Störfälle), unterliegen die gem SGB IV 23b II – III a u SGB VI 70 III begründeten Entgeltpunkte nur insow dem VA, als die Beiträge währd der Ehezeit entrichtet worden sind (Schmeiduch FamRZ 99, 1035; Wick Rn 47); bis zur Beitragsentrichtg liegt noch keine unter § 1587 fallde Aussicht auf Vers vor (vgl BGH NJW 85, 2024; aA Borth FamRZ 01, 877). – Diese Grdsätze müssten auch für die erst nach Ablauf des Jahres, für die sie verwendet werden sollen (EStG 89, 90), gezahlten **Altersvorsorgezulagen** iSd EStG 83 gelten. – Dagg bleibt im Fall der Übertragg unverfallbarer Anw u laufder Leistg bei **Arbeitgeberwechsel** (BetrAVG § 4) das Ehezeitende für die Bewertg maßg.

ff) Die **Form des Versorgungsausgleichs** richtet sich, and als dessen Höhe, nach den tats u rechtl 29 Verhältnissen zum Ztpkt der Entsch der letzten Tatsacheninstanz (BGH FamRZ 99, 221); in Härtefällen Abhilfe über § 1587c (Hamm FamRZ 86, 1222). Das gilt nicht nur für die AusglForm des öffrechtl VA nach § 1587b, sond auch für die Frage, ob öffrechtl od schuldrechtl auszugleichen ist. Dies hat insbes Bedeutg, wenn der Beamte

od Soldat aus dem Dienstverhältn ausgeschieden (vgl § 1587a Rn 14; § 1587b Rn 23) od der Widerrufsbeamte od Zeitsoldat Beamter (auf Probe) geworden ist (§ 1587a Rn 14; 1587b Rn 23).

g) **Ausschließlichkeitsgrundsatz, III.** Für Anrechte, die dem Grd nach dem VA unterliegen, gelten ausschließl die §§ 1587–1587p. In den güterrechtl Ausgl sind sie desh nicht einzubeziehen. Beim Ausschluss des ZugewAusgl verbleibt es auch dann, wenn es im Einzelfall nicht zum Ausgl von Versorgungsanwartsch kommt, wie zB iFv § 1587c, bei vertragl Ausschluss des VA sowie bei der Erstattg vorehel erworbener Versorgungsanwartsch aGrd der §§ 1304, 1303 VII RVO aF (BGH NJW 95, 523). Aus der Vorschr folgt weiter, dass ein Vermögenswert nur entweder dem VA od dem ZugewAusl, niemals aber beiden AusglArten unterliegen kann. Daher sind solche Anrechte nicht auszugleichen, die mit Mitteln aus einem vorzeitig dchgeführten

ZugewAusgl (BGH NJW 92, 1888) od aus einer vollständigen vertragl Vermögensauseinandersetg im Vorfeld der Scheidg (Köln FamRZ 96, 1549; Zweibr OLGR 02, 346) begründet worden sind. Ob dies auch dann gilt, wenn die Eheg den ZugewAusgl ausgeschl haben und einer der Eheg danach aus seinem Vermögen VersAnrechte begründet hat (so KG FamRZ 03, 939; Hamm FamRZ 06, 795; Wick Rn 58), ist zweifelh (krit Rehme FuR 06, 389; Brudermüller NJW 06, 3184) und wohl nur aGr der Auslegg der Vereinbg gerechtf. – Der Güterstand beeinflusst den VA nicht. Umgekehrt bewirkt aber der Ausschluss des VA nach § 1408 Gütertrenng (§ 1414).

Kapitel 2. Wertausgleich von Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung

1587a *Ausgleichsanspruch.* (1)¹ Ausgleichspflichtig ist der Ehegatte mit den werthöheren Anwartschaften oder Aussichten auf eine auszugleichende Versorgung. ² Dem berechtigten Ehegatten steht als Ausgleich die Hälfte des Wertunterschieds zu.

(2) Für die Ermittlung des Wertunterschieds sind folgende Werte zugrunde zu legen:

1. Bei einer Versorgung oder Versorgungsanwartschaft aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis oder aus einem Arbeitsverhältnis mit Anspruch auf Versorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen ist von dem Betrag auszugehen, der sich im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags als Versorgung ergäbe. Dabei wird die bis zu diesem Zeitpunkt zurückgelegte ruhegehaltfähige Dienstzeit um die Zeit bis zur Altersgrenze erweitert (Gesamtzeit). Maßgebender Wert ist der Teil der Versorgung, der dem Verhältnis der in die Ehezeit fallenden ruhegehaltfähigen Dienstzeit zu der Gesamtzeit entspricht. Unfallbedingte Erhöhungen bleiben außer Betracht. Insofern stehen Dienstbezüge entpflichteter Professoren Versorgungsbezügen gleich und gelten die beamtenrechtlichen Vorschriften über die ruhegehaltfähige Dienstzeit entsprechend.
2. Bei Renten oder Rentenanwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung ist der Betrag zugrunde zu legen, der sich am Ende der Ehezeit aus den auf die Ehezeit entfallenden Entgeltpunkten ohne Berücksichtigung des Zugangsfaktors als Vollrente wegen Alters ergäbe.
3. Bei Leistungen, Anwartschaften oder Aussichten auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ist,
 - a) wenn bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags die Betriebszugehörigkeit andauert, der Teil der Versorgung zugrunde zu legen, der dem Verhältnis der in die Ehezeit fallenden Betriebszugehörigkeit zu der Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zu der in der Versorgungsregelung vorgesehenen festen Altersgrenze entspricht, wobei der Betriebszugehörigkeit gleichgestellte Zeiten einzubeziehen sind; die Versorgung berechnet sich nach dem Betrag, der sich bei Erreichen der in der Versorgungsregelung vorgesehenen festen Altersgrenze ergäbe, wenn die Bemessungsgrundlagen im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags zugrunde gelegt würden;
 - b) wenn vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags die Betriebszugehörigkeit beendet worden ist, der Teil der erworbenen Versorgung zugrunde zu legen, der dem Verhältnis der in die Ehezeit fallenden Betriebszugehörigkeit zu der gesamten Betriebszugehörigkeit entspricht, wobei der Betriebszugehörigkeit gleichgestellte Zeiten einzubeziehen sind.

Dies gilt nicht für solche Leistungen oder Anwartschaften auf Leistungen aus einem Versicherungsverhältnis zu einer zusätzlichen Versorgungseinrichtung des öffentlichen Dienstes, auf die Nummer 4 Buchstabe c anzuwenden ist. Für Anwartschaften oder Aussichten auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, die im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung noch nicht unverfallbar sind, finden die Vorschriften über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich Anwendung.
4. Bei sonstigen Renten oder ähnlichen wiederkehrenden Leistungen, die der Versorgung wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit zu dienen bestimmt sind, oder Anwartschaften oder Aussichten hierauf ist,
 - a) wenn sich die Rente oder Leistung nach der Dauer einer Anrechnungszeit bemisst, der Betrag der Versorgungsleistung zugrunde zu legen, der sich aus der in die Ehezeit fallenden Anrechnungszeit ergäbe, wenn bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags der Versorgungsfall eingetreten wäre;
 - b) wenn sich die Rente oder Leistung nicht oder nicht nur nach der Dauer einer Anrechnungszeit und auch nicht nach Buchstabe d bemisst, der Teilbetrag der vollen bestimmungsmäßigen Rente oder Leistung zugrunde zu legen, der dem Verhältnis der in die Ehezeit fallenden, bei der Ermittlung dieser Rente oder Leistung zu berücksichtigenden Zeit zu deren voraussichtlicher Gesamtdauer bis zur Erreichung der für das Ruhegehalt maßgeblichen Altersgrenze entspricht;
 - c) wenn sich die Rente oder Leistung nach einem Bruchteil entrichteter Beiträge bemisst, der Betrag zugrunde zu legen, der sich aus den für die Ehezeit entrichteten Beiträgen ergäbe, wenn bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags der Versorgungsfall eingetreten wäre;
 - d) wenn sich die Rente oder Leistung nach den für die gesetzlichen Rentenversicherungen geltenden Grundsätzen bemisst, der Teilbetrag der sich bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ergebenden Rente wegen Alters zugrunde zu legen, der dem Verhältnis der in die Ehezeit fallenden Versicherungsjahre zu den insgesamt zu berücksichtigenden Versicherungsjahren entspricht.
5. Bei Renten oder Rentenanwartschaften auf Grund eines Versicherungsvertrags, der zur Versorgung des Versicherten eingegangen wurde, ist,
 - a) wenn es sich um eine Versicherung mit einer über den Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags hinaus fortbestehenden Prämienzahlungspflicht handelt, von dem Rentenbetrag auszugehen, der sich nach vorheriger Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung als Leistung des Versicherers ergäbe, wenn in diesem Zeitpunkt der Versicherungsfall eingetreten wäre. Sind auf

die Versicherung Prämien auch für die Zeit vor der Ehe gezahlt worden, so ist der Rentenbetrag entsprechend geringer anzusetzen;

- b) wenn eine Prämienzahlungspflicht über den Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags hinaus nicht besteht, von dem Rentenbetrag auszugehen, der sich als Leistung des Versicherers ergäbe, wenn in diesem Zeitpunkt der Versicherungsfall eingetreten wäre. Buchstabe a Satz 2 ist anzuwenden.

(3) Bei Versorgungs- oder Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung nach Absatz 2 Nr. 4, deren Wert nicht in gleicher oder nahezu gleicher Weise steigt wie der Wert der in Absatz 2 Nr. 1 und 2 genannten Anwartschaften, sowie in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 5 gilt Folgendes:

1. Werden die Leistungen aus einem Deckungskapital oder einer vergleichbaren Deckungsrücklage gewährt, ist die Regelaltersrente zugrunde zu legen, die sich ergäbe, wenn der während der Ehe gebildete Teil des Deckungskapitals oder der auf diese Zeit entfallende Teil der Deckungsrücklage als Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung entrichtet würde;
2. werden die Leistungen nicht oder nicht ausschließlich aus einem Deckungskapital oder einer vergleichbaren Deckungsrücklage gewährt, ist die Regelaltersrente zugrunde zu legen, die sich ergäbe, wenn ein Barwert der Teilversorgung für den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ermittelt und als Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung entrichtet würde. Das Nähere über die Ermittlung des Barwerts bestimmt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates.

(4) Bei Leistungen oder Anwartschaften oder Aussichten auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach Absatz 2 Nr. 3 findet Absatz 3 Nr. 2 Anwendung.

(5) Bemisst sich die Versorgung nicht nach den in den vorstehenden Absätzen genannten Bewertungsmaßstäben, so bestimmt das Familiengericht die ausgleichende Versorgung in sinngemäßer Anwendung der vorstehenden Vorschriften nach billigem Ermessen.

(6) Stehen einem Ehegatten mehrere Versorgungsanwartschaften im Sinne von Absatz 2 Nr. 1 zu, so ist für die Wertberechnung von den sich nach Anwendung von Ruhensvorschriften ergebenden gesamten Versorgungsbezügen und der gesamten in die Ehezeit fallenden ruhegehaltfähigen Dienstzeit auszugehen; sinngemäß ist zu verfahren, wenn die Versorgung wegen einer Rente oder einer ähnlichen wiederkehrenden Leistung einer Ruhens- oder Anrechnungsvorschrift unterliegen würde.

(7) ¹Für die Zwecke der Bewertung nach Absatz 2 bleibt außer Betracht, dass eine für die Versorgung maßgebliche Wartezeit, Mindestbeschäftigungszeit, Mindestversicherungszeit oder ähnliche zeitliche Voraussetzungen im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags noch nicht erfüllt sind; Absatz 2 Nr. 3 Satz 3 bleibt unberührt. ²Dies gilt nicht für solche Zeiten, von denen die Rente nach Mindesteinkommen in den gesetzlichen Rentenversicherungen abhängig ist.

(8) Bei der Wertberechnung sind die in einer Versorgung, Rente oder Leistung enthaltenen Zuschläge, die nur auf Grund einer bestehenden Ehe gewährt werden, sowie Kinderzuschläge und ähnliche familienbezogene Bestandteile auszuschneiden.

1) Übersicht	1-9	4) Umwertung nicht voll-dynamischer Versorgungsanrechte, III, IV	72-89
2) Feststellung des Ausgleichsverpflichteten und Umfang der Ausgleichspflicht, I	10-12	5) Wertbestimmung nach billigem Ermessen, V	90-92
3) Wertermittlung, II	13-71	6) Berücksichtigung von Ruhens- und Anrechnungsvorschriften, VI	93-97
a) Beamtenrechtliche und gleichgestellte Versorgungsanrechte, Nr 1	13-24	7) Zeitliche Voraussetzungen, VII	98-99
b) Versorgungsanrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung, Nr 2	25-32	8) Familienbezogene Bestandteile, VIII	100
c) Betriebliche Altersversicherungen, Nr 3	33-57		
d) Sonstige Anrechte, Nr 4	58-64		
e) Anrechte aus privaten Rentenversicherungen, Nr 5	65-71		

1) **Übersicht.** – a) I enthält die **Rechtsgrundlagen** für den VA dch Festlegg des AusglVerpflichteten und des Umfangs der AusglPflicht. Ausglpflichtig ist der Eheg mit den insges werthöheren ehezeitbezogenen Anrechten. Der AusglAnspr beträgt die Hälfte der Wertdifferenz der währd der Ehe erworbenen Anrechte, zu denen über den Wortlaut hinaus auch bereits erlangte Versorggen zählen (BGH NJW 82, 224). Abweichen können sich aus der Härteklausele (§ 1587c, 1587h, EGBGB Art 17 III 2 Hs 2) od einer Vereinbg der Eheg ergeben. Wie der Anspr zu erfüllen ist, folgt, sofern die Eheg nichts and vereinbaren, aus §§ 1587b, 1587g; VAHRG I II, III 2, 3a, b. Auf Grd einer Gesamtsaldierg aller Anrechte ist grdsätzl nur ein Eheg ausglpflichtig. Ausn sind mögl iR des schuldrechtl VA (schuldrechtl Rückausgl, vgl BGH NJW 82, 1989 und § 1587g Rn 7) sowie beim Ausgl von Anrechten, die im Beitrittsgebiet erworben sind (zB VAÜG 3 I Nr 4, Nr 6 S 4).

2) b) Für die **Bewertung** (II) ist, soweit ein LeistgsFall noch nicht eingetreten ist, die Leistg festzustellen, die sich ergäbe, wenn zum Ehezeitende der VersFall wg Alters eingetreten wäre. Nr 1-5 betreffen die praktisch häufigsten Arten von VersAnrechten (Beamtenvers, gesetzl RV, betriebl Altersvers, berufsständ und and Versorggen und private Rentenversicherungen); V enthält eine Auffangklausele (BGH FamRZ 99, 713).

3) c) II regelt außerdem, wie der **Ehezeitanteil** jedes einz VersAnrechts zu ermitteln ist, da nur dieser in den VA einbezogen werden darf (§ 1587 I 1), wobei es entgg dem Wortlaut des § 1587a II,III und VII auf das Ende des der RHängigk vorangehenden Monats (§ 1587 II) ankommt (BGH NJW 82, 224). Weitere Vorschr über die Ermittl des Ehezeitanteils von VersAnrechten enthalten: AbgG 25 a, VAÜG 3 I Nr 1-3, 5 Nr 4.

4) d) Bei der Wertermittlg von Anw bleiben eine unterschiedl **Besteuerung** und die Belastg mit Vorsorgeaufwendngen für das Krankh- u Pflegerisiko nach stRspr des BGH (zB FamRZ 88, 709) außer Betr. Zur Möglichk der Abhilfe im Weg des AbändersVerf nach VAHRG 10a I: MüKo/Dörr 10a Rn 12; ablehnd Kennnade FS Henrich S 366. Bei der Dchführg des VA kommt nach Maßß von § 1587c Nr 1/ § 1587h Nr 1 eine Herabsetzg des auf der Grdlage des Bruttoprinzips ermittelten AusglAnspruchs in Betr (vgl § 1587c Rn 30; § 1587h Rn 6).

5) e) Dem Ziel, die verschiedenen VersAnrechte einander vergleichb zu machen, dient ferner die verfassungsgemäße (BGH FamRZ 01, 1695; aber fortbestehde Bedenken bei Bergner NJW 06, 1558) **Umwertungsregelung**

nach III, IV, mit der die qualitativen Unterschiede nivelliert werden sollen, die sich beim Ausgl nicht voll-dynamischer VersAnrechte ergeben. Das VAÜG (s Anh II zu § 1587b) bezweckt dagg die VA-rechtl Erfassg der „Superdynamik“ im Beitrittsgebiet erworbener Anrechte (vgl hierzu Götsche FamRZ 02, 1235 und 06, 513).

- 6 f) Der Besonderh, dass Beamte, Richter u Soldaten aus mehreren öffrechtl Dienst- od privatrechtl Arbeitsverhältnissen versorggen erwerben können, trägt VI in Ergänzg von II Nr 1 dadch Rechng, dass er die Berücksichtigg der beamtenrechtl Ruhens-, Kürzgs- u Anrechngsvorschriften auch iR des VA vorschreibt.
- 7 g) Ferner wird II insges durch VII ergänzt: Für die Bewertg von VersAnrechten soll es nicht darauf ankommen, ob die zeitl Voraussetzgen für den LeistgsAnspr bereits bei Ehezeitende erfüllt sind. Eine Ausn macht II Nr 3 S 3 für die noch verfallbaren betriebl VersAnrechte; sie werden in den schuldrechtl VA verwiesen od können nach Eintritt der Unverfallbark gem VAHRG 10a I Nr 2 öffrechtl ausgeglichen werden.
- 8 h) Bei der Wertberechnung sind, weil nur vorübergehnd gezahlt, familienbezogene Zuschläge und Erhöhngen auszuschneiden (VIII).
- 9 i) Der Bewertg nach § 1587a sind **degressive Ausgleichsbeträge** entzogen. Sie unterfallen dem schuldrechtl VA (BGH NJW 84, 1544; FamRZ 88, 1251; 91, 177).
- 10 2) **Feststellung des Ausgleichspflichtigen und Umfang der Ausgleichspflicht, I. – a) Ausgleichspflichtiger Ehegatte** ist derjen mit den werthöheren Anrechten, S 1. Ein VA findet auch dann statt, wenn nur ein Eheg in der Ehe Anrechte erworben hat. Trotz des Wortlauts „Anwartschaften od Aussichten“ sind auch bereits **laufende Versorgungen** auszugleichen (BGH NJW 82, 224/7). Bei ihnen erübrigt sich eine fiktive Wertermittlg, soweit es sich um die „endgültige“ Vers handelt (BGH NJW 82, 229); vgl näher Rn 32.
- 11 b) Dem VA unterliegen nur die **während der Ehezeit** erworbenen Anrechte. Sind Ehezeit u Erwerbszeitraum nicht identisch, ist der **Ehezeitanteil** der Anrechte zu bestimmen.
- 12 c) II bietet im Grds 3 **Bewertgsformeln**: Aufteilg der bis zur Altersgrenze hochgerechneten Anwartsch nach einem Zeit/Zeit-Verhältnis (pro rata temporis); Berechng des Ehezeitanteils isoliert aus der Ehezeit bei rein beitragsbezogenen Anrechten; Berechng des Ehezeitanteils aus den in der Ehezeit begründeten, individuell wertbestimmnden Faktoren, zB Entgeltpunkten.
- 13 3) **Wertermittlung, II. – a) Beamtenrechtliche und gleichgestellte Versorgungen, Nr 1.**
 aa) Es muss sich um VersAnrechte aus einem **öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis** handeln, sei es zum Bund, einem Bundesland, einer Gemeinde, einem Gemeindeverband od zu einer sonstigen Körpersch, Anstalt od Stiftg des öffR. Zum Dienstverhältnis zu einer der Kirchen der EKD vgl Rn 16. Nicht dem II 1 unterliegen Anrechte aus Dienstverhältnis zu ausländ od internat RTrägern; ihre Bewertg richtet sich idR nach II 4b oder V (BGH FamRZ 88, 273; 96, 98). RegiergsMitglieder u parlamentarar Staatssekretäre stehen nicht in einem öffrechtl Dienstverh, sond in einem Amtsverh; ihre Vers ist einschließl ihrer Bewertg besond geregelt. Dasselbe gilt für Abgeordnete des BT od eines Landesparlaments sowie des europ Parlaments; die Bewertg folgt spezialgesetzl Regeln, zB in den Abgeordnetengesetzen des Bundes und der Länder.
- 14 bb) Voraussetzung ist zusätzl ein besond **beamtenrechtlicher Status** zum Ehezeitende. – (1) Ihn haben Beamte u Berufssoldaten; ferner Beamte auf Zeit (BGH FamRZ 95, 414), es sei denn, sie dürfen nicht in den Ruhestand versetzt werden (vgl HRG 48, 48b, 48d) u werden mit Ablauf der Dienstzeit entlassen (BRRG 96 II) und sodann nachversichert. Entsprechendes gilt bei kommunalen Wahlbeamten, die bis zum Ablauf der Amtszeit die für eine Vers maßg Mindestzeit nicht erfüllen können od deren beamtenrechtl Vers von der Wiederwahl abhängt (BGH NJW 07, 33); ihr VersAnrecht ist gem V daher auf der Grdlage ihrer NachversichergsAussicht in den VA einzustellen (Brdbg FamRZ 00, 538 LS). Einzubeziehen sind auch Anrechte eines Beamten od Richters auf Probe (BGH NJW 82, 1754; FamRZ 99, 221). Dagg erwirbt der Beamte auf Widerruf und der Soldat auf Zeit eine alternativ ausgestaltete VersAussicht, die mit dem Wert des Anrechts auf Nachversichertg in der gesetzl RV zu bewerten ist (BGH NJW 81, 2187; 82, 379 u 1754, selbst wenn der Betreffende nach Ehezeitende Berufssoldat od Lebenszeitbeamter geworden ist und desh nicht nachversichert wurde (BGH FamRZ 03, 29); zur AusglForm vgl § 1587b Rn 23. Einen dem beamtenrechtl insow ähnl Status haben Richter auf Lebenszeit, auf Zeit, auf Probe und kr Auftrags. – Hinsichtl des **beamteten Hochschulpersonals** ist danach zu unterscheiden, ob sich dessen versorggsrechtl Stellg nach dem aGrd des HRG vom 26. 1. 76 (BGBl I 185) geschaffen od nach früherem Recht (dazu 60. Aufl) beurteilt. Nach neuem Recht gilt, dass Professoren als Beamte u Hochschuldozenten, die zu Beamten auf Lebenszeit ernannt worden sind, wie and Beamte auch Anrechte iSv II Nr 1 haben (BeamtVG 67 I), währd die Anrechte der Hochschulassistenten u beamteten wissenschaftl Mitarbeiter aGrd ihrer NachversAussicht in der gesetzl RV zu bewerten sind, da diese idR nicht in den Ruhestand versetzt, sond entlassen werden. Zu den Emeritenbezügen (II 1 S 5) nach altem HochschulR vgl BGH NJW 83, 1784.
- 15 (2) Das Beamtenverhältnis muss zum **Ehezeitende bestanden** haben. Das Ausscheiden noch vor der Entsch führt indessen, um ein AbändergsVerf zu vermeiden, zum Ansatz des Wertes der erforderl Nachvers in der gesetzl RV (SGB VI 8 II) gem 1587a II Nr 2 (BGH NJW 89, 29).
- 16 cc) Gleichgestellt sind **Versorgungen nach beamtenrechtlichen Grundsätzen**. Insow ist die Bewertg nach Nr 1 lex specialis zu Nr 3 (BGH FamRZ 94, 232). – Die Vers kann auch bei einem privaten ArbG bestehen (BGH FamRZ 94, 232). Sie muss dem ArbN nach einer Ruhelohnordng oä eine lebenslange Alters- od Dienstunfähigk- und Hinterbliebenenversorgg auf der Grdlage seines ArbEntgelts und der Dauer seiner Dienstzeit gewähren. Einer Beamtenvers muss sie in ihren wesentl Grdzügen gleichkommen, also auf dem Alimentationsprinzip beruhen, dem ArbN einen RAnspr auf die Leistg für den Fall des Alters od der Invalidität gewähren und nach Voraussetzgen, Art u Umfang ungeachtet gewisser Abweichngen einer beamtenrechtl Vers gleichstehen, zB bei der Bemessg nach der TätigkDauer u dem zuletzt bezogenen ArbEntgelt (BGH FamRZ 94, 232); Unverfallbark ist nicht Voraussetzung (BGH aaO). Weiter ist erfdl, dass der Dienstherr od ArbG die Vers selbst zusagt, ohne sich hierbei einer gesetzl VersEinrichtg mit eig RPersönlichk zu bedienen; Zusatzversorggs-Kassen mit Leistgen nach VersPrinzipien aGrd eingezahlter Beträge erfüllen diese Voraussetzgen nicht. Kennzeichnd ist weiterhin, dass der Beschäftigte nicht dch eig Beitragsaufwendngen zur Finanzierg der späteren VersLeistngen beiträgt (BGH FamRZ 94, 232). Unschädgl sind Bestimmngen über die Anrechng von Renten od and versorggen. – Beamtenähnl Anrechte haben idR die Bediensteten der öffrechtl Religionsgemeinschaften (Nümbg FamRZ 95, 98), Lehrer an Privatschulen (BGH NJW 85, 2711), Angestellte öff Banken (BGH FamRZ

94, 232; NJW-RR 06, 865) und Angestellte der SozialVersTräger u ihrer Verbände (AG Tempelhof-Kreuzbg FamRZ 01, 483).

dd) Nr 1 erfasst beamtenrechtl und ähnl VersAnrechte einschließl bereits laufder Versorggen **wegen Alters od Dienstunfähigkeit** (BGH NJW 81, 2187). Das ist der Fall beim UnterhBeitrag nach BeamtVG 15, außer bei Widerruflichk od Befristg (JH/Hahne Rn 39; str), u beim UnterhBeitrag nach BeamtVG 86. **Nicht** dazu gehören der UnterhBeitrag für den aus disziplinar Gründen entlassenen Beamten nach BDG 79 (BGH FamRZ 97, 158) u für den Ehrenbeamten nach BeamtVG 68 S 2; der VerletztenunterhBeitrag nach BeamtVG 38, 38a; Übergangsgelder, zB nach BeamtVG 47 od für Abgeordnete (Brdbg FamRZ 02, 754). Zu den in den VA einzubeziehenden Bestandteilen der Vers vgl Rn 19.

ee) Das Anrecht muss in der Ehezeit (1587 II) entstanden sein und bei der Entsch noch bestehen (vgl 1587 Rn 25). Ist die Ehe erst nach Eintritt des Beamten in den vorzeitigen Ruhestand geschlossen worden, ist die Beamtenvers einschl noch in die Ehezeit fallender ZurechnsZeiten (BeamtVG 13 I) nicht ausglpflichtig (BGH NJW 82, 224).

ff) Das Gesetz unterscheidet nicht zw den verschiedenen **Bestandteilen der Versorgung**. Es behandelt sie als einheitl, nach Nr 1 zu bewertende Vers. Freilich unterfallen nicht alle Bestandteile dem VA. Einzubeziehen sind insbes Sonderzuwendngen nach BeamtVG 2 II, 50 IV (BGH NJW 92, 313) u der KindererziehgsZuschlag u Ergänzungszuschlag nach BeamtVG 50a, 50b, der auch nicht wg VIII außer Betr bleiben darf (vgl Rn 100). Unberücksichtigt bleiben unfallbedingte Erhöhgen der Versorgg nach BeamtVG (§ 1587a II Nr 1 S 4); vorübergehende VersErhöhgen nach BeamtVG 14a bei vorzeitig in den Ruhestand getretenen Ruhegehaltsempfängern u der Ausgl bei vorgezogenen Altersgrenzen nach BeamtVG 48 (BGH NJW 82, 2374); Zuschläge zu Versorggen u VersAnwartschaften, die im Lauf der Zeit aufgezehrt werden (BGH NJW 84, 1544) u nach VIII (vgl Rn 100).

gg) Berechnung. – (1) Übersicht. Dem in den VA einzustellenden Wert liegt das bei Ehezeitende iSd § 1587 II bereits bezogene od auf diesen Ztpkt berechnete fiktive Ruhegehalt zugrunde. Zur Berücksichtigg späterer Veränderungen vgl § 1587 Rn 23 ff. Das Ruhegehalt wird dch die ruhegehaltstfäh Dienstbezüge u die ruhegehaltstfäh Dienstzeit bestimmt (BeamtVG 4 III, SoldVG 16). Hiervon fällt der Anteil in den VA, der dem Verh der in die Ehezeit fallenden zur insges voraussichtl zurückgelegten Dienstzeit entspricht. Diese Bewertg auf der Grdlage der pro-rata-temporis-Methode bleibt trotz des im Prinzip nunmehr linearen Anstiegs der Anrechts aGrd des VersorgungsänderungsG 2001 vom 20. 12. 2001 (BGBl I 3926) erfdl. Sie ermöglicht die angem Lösg auch derjen Fälle, in denen die ruhegehaltstfähige Dienstzeit mehr als 40 Jahre beträgt od Werterhöhgen zeitl nicht zuordngsfähiger BerechnsElemente (zB ZurechnsZeit) zu berücksichtigen sind.

(2) Die Wertermittlg erfolgt auf der Grdlage der bei Ehezeitende zustehenden ruhegehaltstfähigen Dienstbezüge. Sie setzen sich gem BeamtVG 5 zus aus dem Grundgehalt und den als ruhegehaltstfähig bezeichneten sonstigen Dienst- und LeistgsBezügen, zB Amts- und Stellenzulagen (BBesG 42). Eine Stellenzulage ist in der Höhe zu berücksichtigen, die sie im VersFall bei Ehezeitende gehabt hätte (BGH NJW 82, 2377; FamRZ 86, 975). Der Familienzuschlag (BeamtVG 5 I 1 Nr 2) bleibt wegen VIII außer Betr. – Die zum Ruhegehalt gezahlte **jährliche Sonderzahlung** gehört zur Vers (BeamtVG 2 II, 50 IV). Der BGH behandelt sie als einheitl Bestandteil der volldynamischen BeamtenVers unbeschadet ihrer Festschreibg auf den Stand der Bezüge bis 1993 (NJW 92, 313; FamRZ 99, 713; FamRZ 00, 748; krit Brudermüller NJW 03, 3166/9; aA Erman/Wellenhofer Rn 15), wobei der zT der Entsch geltde BemessgsFaktor heranzuziehen ist (BGH FamRZ 00, 748). Ihre Kürzg gem BSondZG 4 vom 29. 12. 2003 (BGBl I 3076/7) ist bei der Wertermittlg zu berücksichtigen (BGH FamRZ 08, 1833). – Die Änderg des BeamtVG 14 u des SoldVG 26 dch das VAndG 2001 ist zu beachten. Dem öfferechtl VA ist danach der **Höchstruhegehaltssatz von 71,75%** zugrunde zu legen ohne Rücksicht darauf, ob das Ehezeitende vor od in der Übergangsphase nach BeamtVG 69e liegt und ob der VersFall in od erst nach der Übergangszeit eintreten wird (BGH FamRZ 04, 256; NJW 04, 1245; FamRZ 05, 1529) od bereits vor ihrem Beginn eingetreten ist (BGH FamRZ 07, 994); ÜbergangsR (BeamtVG 69e II – IV) kommt nicht zur Anwendg (BGH NJW 04, 1245; FamRZ 05, 1529 zur Soldatenvers). Tritt währd der nach BeamtVG 69e IV endenden Übergangszeit ein LeistgsFall ein, so erfolgt in Bezug auf den dann zu leistden degressiven ErhöhgsBetrag ein schuldrechtl VA (BGH NJW 04, 1248; FamRZ 06, 98), bei dem zur Vermeidg unnötiger Ändergen die künftige gleichmäß Abschmelzg des ErhöhgsBetrags (vgl hierzu Bergner FamRZ 02, 1229/33) bereits im Ausgangsverf berücksichtigt werden kann. Die Berücksichtigg der zusätzl Niveaubeschkng der dch Quasisplitting od analoges Quasisplitting begründeten Rentenanwartschaften (SGB VI 255e) bleibt einer späteren Änderg nach VAHRG 10a I Nr 1 vorbehalten (BGH NJW 04, 1248). – Bei der Ermittlg des Wertes einer BeamtenVers ist von der aE der Ehezeit tats erreichten Besoldgsgruppe auszugehen; die Frist des BeamtVG 5 III bleibt außer Betr (BGH NJW 82, 222). – Die vollen (zuletzt erzielten) ruhegehaltstfäh Dienstbezüge werden auch bei Teilzeitbeschäftigg und Beurlaubg ohne Dienstbezüge zugrunde gelegt (BeamtVG 5 I 2). Zur Bemessg des Grundgehalts bei Dienstunfähigkeit vgl BeamtVG 5 II. Unfallbedingte Erhöhgen der Vers (zB BeamtVG 37) bleiben außer Betr (II Nr 1 S 4). – Ein rkräftl Urtr im Verwaltgsstreitverf über die ruhegehaltstfäh Dienstzeit bindet das FamG, wenn es unter denselben Parteien ergangen ist od eine RKrafterstreckg stattfindet (BGH NJW 92, 313).

(3) Die ruhegehaltstfähige Dienstzeit (BeamtVG 6–13, 66 VIII, IX und 67 II) bestimmt die Höhe des (auf die ruhegehaltstfäh Dienstbezüge anzuwendenden) Ruhegehaltssatzes (BeamtVG 14 I, 85); sie beginnt frühestens mit dem 17. Lebensjahr und endet spätestens mit der individuell maßg Altersgrenze (vgl zB BBG 41, 41a). Die Zeiten einer Beurlaubg ohne Dienstbezüge od einer Teilzeitbeschäftigg sind nicht bzw nur teilw ruhegehaltstfähig (BeamtVG 6 I S 2 Nr 2, S 3). – **Ausbildungs-** u sonstige **Zeiten**, die nach BeamtVG 11, 12 zu berücksichtigen sind, zählen zur ruhegehaltstfäh Dienstzeit ohne Rücksicht darauf, ob u aus welchen Gründen ein beamtenrechtl erforderl Antr auf Berücksichtigg dieser Zeiten nicht gestellt worden ist (BGH NJW 81, 1506; 84, 1548). Soweit die Berücksichtigg nach pflichtgemäßem Ermessen unterbleiben kann, darf das Gericht der für die Entsch nach BeamtVG 49 II zuständigen Behörde aber nicht vorgreifen (BGH FamRZ 05, 1531). Zur Zuordng nur teilw berücksichtiggsfähiger Zeiten vgl Bremen FamRZ 03, 929. – Die Möglichk einer **vorzeitigen Zurruhesetzung** (BBG 42) u des Hinausschiebens des Eintritts in den Ruhestand (BBG 41 II; SoldG 44 I 2) ist für die Bewertg der VersAnwartsch unbeachtl (BGH NJW 82, 2374). – Vom sonst vorgesehenen Ruhestandsalter **abweichende Altersgrenzen** (zB für Strahlflugzeugführer u Kampfbeobachter sowie aGrd SoldG 45 II) sind aber schon dann zu beachten, wenn von ihnen iR einer Regelpraxis Gebrauch gemacht wird (BGH NJW 82, 2374).

- (4) **Bezieht der Beamte bereits ein Ruhegehalt**, so ist – über den missverständl Wortlaut des § 1587a II Nr 1 hinaus – beim VA die laufde Vers anzusetzen (BGH NJW **82**, 224). Das gilt nicht nur bei Ruhegehaltsbezug am Ehezeitende, sondern nach dem RGedanken des VAHRG 10 a (vgl § 1587 Rn 24 ff) auch zum Ztpkt der Entsch, wobei dann der auf das Ehezeitende bezogene Teil dem Ausgl zugrunde zu legen ist (vgl BGH FamRZ **07**, 1084 u § 1587 Rn 26). Vorzeitige Versetzg in den Ruhestand wg Dienstunfähigk (BGH NJW **82**, 224; FamRZ **90**, 1341; **96**, 215 zum Berufssoldaten) macht keine Ausn (vgl § 1587 Rn 26). Die vorzeitige Dienstunfähigk ist auch dann zu berücksichtigen, wenn sie nach Ehezeitende eintritt (vgl § 1587 Rn 26). Nach BGH FamRZ **96**, 215 soll dies auch gelten, wenn der Betreffende auf eig Antr in den vorzeit Ruhestand getreten ist. Diese Rspr ist dch die Einföhrng des VersAbschlags nach BeamtVG 14 III seit 1998 teilw überholt. Die dch den Abschlag geminderte Rente muss sich der Eheg nur dann entgegenhalten lassen, wenn der Beamte od Soldat noch in der Ehezeit in den vorzeit Ruhestand versetzt worden ist; tritt dieser erst später ein, fehlt der Kürzg des Ruhegehalts der Bezug zur Ehezeit (BGH FamRZ **05**, 1455 zur insow vergleichb Lage beim Zugangsfaktor nach § 1587a II Nr 2 [vgl dazu Rn 31]; Celle FamRZ **04**, 632; aA Bergner NJW **08**, 271). Auch wenn nur ein Teil des vorzeit Bezugs des Ruhegehalts in die Ehezeit fällt, ist der volle Abschlag vom VA auszunehmen (Celle FamRZ **07**, 560; Stgt FamRZ **07**, 1024). Maßg ist der Ztpkt des Wirksamwerdens der Versetzg (Celle FamRZ **07**, 560); konsequenterw ist dann auch der Ehezeitanteil (Rn 24) aGrd einer bis zur Altersgrenze erstreckten Gesamtzeit zu errechnen (Koblenz FamRZ **07**, 1248).
- 24 (5) Zur Berechnung des **Ehezeitanteils** der Vers wird das fiktive od tats gewährte Ruhegehalt, auch des mehrfach geschiedenen Eheg (BGH FamRZ **98**, 419), mit der ruhegehaltfähigen Dienstzeit in der Ehe multipliziert und dch die Gesamtzeit dividiert. Der steuerl Belastg der Beamtenpension und die hiermit im Quasi-Splitting nach § 1587b II uU verbundene Ungleichbehandlg des Beamten ggü dem ausglberecht Rentenempfänger kann nicht über die Bewertg nach Nr 1 Rechng getragen werden (BGH NJW **89**, 1999); vgl dazu 1587c Rn 30.
- Für die Berechnung des Zeit/Zeit-Verhältn zur Ermittlg des auf die Ehe entfallenden VersAnteils sind nur solche Zeiten hinzuzurechnen od abzuziehen, die tats zurückgelegt od nicht zurückgelegt worden sind (BGH FamRZ **95**, 28). Das trifft auf Ausbildgs- u sonstige Zeiten nach BeamtVG 11, 12 zu (BGH NJW **81**, 1506; **84**, 1548). Dagg hat die ZurechnungsZeit, die einem wg vorzeitiger Dienstunfähigk vor Vollendg des 55. Lebensjahres in den Ruhestand versetzten Beamten gem BeamtVG 13 I aus sozialen Gründen gewährt wird, außer Betr zu bleiben; sie ist kein echter Zeit-, sond nur ein den Ruhegehaltssatz steigernder BewertgsFaktor; dasselbe gilt für die in BeamtenbesoldungsüberleitgsVO 3 vorgesehene erhöhte Berücksichtigg von Zeiten, in denen ein Beamter aus dem früheren Bundesgebiet im Beitrittsgebiet verwendet worden ist (BGH FamRZ **95**, 28). – Die **Zuschläge** zur Vers nach BeamtVG 50 a, 50 b, 50 d stehen nicht im Zushang mit der ruhegehaltfähigen Dienstzeit und sind daher nicht nach II Nr 1, sond wg ihrer Anlehnng an das RV-Recht im Grds nach II Nr 4 d zu bewerten (vgl zum Kinderziehungszuschlag Celle FamRZ **99**, 861). – **Teilzeitarbeit** und **Beurlaubung** ohne Dienstbezüge nach dem Ende der Ehezeit sind zu berücksichtigen und führen ebenfalls zu einer höheren Bewertg des ehezeitl erlangten Teils des VersAnrechts (BGH NJW **86**, 1934 u 1935). – Die **vorzeitige Versetzung in den Ruhestand** wg Dienstunfähigk (Rn 23) verkürzt, verfassungsrrechtl unbedenkl (BVerfG FamRZ **01**, 277), die Gesamtzeit und erhöht damit den Ehezeitanteil der Vers (BGH NJW **82**, 224); zur Kürzg der Vers in diesen Fällen gem § 1587c Nr 1 vgl dort Rn 29. Denselben Effekt haben idR vorgezogene Altersgrenzen (Rn 22). – Bei der Bewertg des VersAnrechts eines **kommunalen Wahlbeamten** ist Gesamtzeit iSv II Nr 1 S 2 die Zeit bis zum Ende der Wahlperiode, die in dem für die letzte tatrichterl Entsch maßg Ztpkt läuft; bei Wiederwahl u damit Überbewertg des Ehezeitanteils der Vers kann über VAHRG 10 a korrigiert werden (BGH NJW **92**, 177).
- 25 **b) Versorgungsanrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung, Nr 2. – aa) Der versicherte Personenkreis** ergibt sich aus SGB VI 1–8, 229 ff. Er umfasst als Pflichtversicherte insbes ArbN, selbst Tätige mit im Wesentl arbeitnehmerähnli Status, Empfänger einer Entgeltersatzleistg, Dienstleistde, Eltern währd der Kindererzieh, ehrenamtl Pflgende. Geringfügig Beschäftigte sind versicherungsfrei (SGB VI 5 II), erwerben aber einen Zuschlag an Entgeltpunkten (SGB VI 172 III, III a). Die Alterssicherng der Landwirte, ihrer Eheg u der mitarbeitenden Familienangehörigen unterliegt einer Sonderform der gesetzl Altersvers, die nach II Nr 4 a zu bewerten ist (vgl Rn 59). Mitglieder einer berufsständischen Kammer sind nach Maßg des SGB VI 6 von der Verspflicht befreit; die Wertermittlg folgt idR II Nr 4 b (vgl Rn 60, 61). Zur gesetzl RV zählt auch die Vers der freiwill Versicherten (SGB VI 7), der Nachversicherten (SGB VI 8, 181 ff) und der aGrd VA od Rentensplittings dch Übertrag von Rentenanwartsch Begünstigten (SGB VI 8).
- 26 **bb) Versicherungsträger** (SGB VI 125 ff). Die gesetzl RV ist in die allg u die knappschaftl RV (für Beschäftigte des Bergbaus) gegliedert und sprachl unter der Bezeichng „Deutsche RV“ zusammengefasst. Die Aufgaben der allg RV werden von den (aus den LVAen hervorgegangenen) Regionalträgern, der (insbes aus der BfA hervorgegangenen) Deutschen RV Bund und der Deutschen RV Knappschaft, Bahn, See wahrgenommen, währd die Dchföhrng der knappschaftl RV ausschließl dem zuletzt genannten VersTräger zugewiesen ist. Die Versicherten werden den VersTrägern grdsätzl nach einem gesetzl festgelegten prozentualen VerteilgSchlüssel zugeordnet (vgl SGB VI 127, 274 c); im Verh zw den Regionalträgern gilt wie bish das Wohnortprinzip.
- 27 **cc) Ausland.** Vgl zunächst Vorb v §§ 1587 ff Rn 26 ff. – Ausland Beitragszeiten sind für die Höhe der deutschen Rente ohne Bedeut. Ausn: FremdretenG vom 25.2.1960 (BGBl I 93) und Sozialversicherungsabkommen (vgl Soergel/Schmeiduch Rn 82, 83; MüKo/Sander Rn 282). Die Bewertg der im Beitrittsgebiet erworbenen Anrechte nach II Nr 2 wird dch VAÜG 3 ergänzt.
- 28 **dd) Betroffene Anrechte.** Dem VA nach II Nr 2 unterliegt das in der gesetzl RV erworbene Anrecht iH einer Regelaltersrente als Vollrente. – Anrechte gem SGB VI 56, 57 aus Kindererziehgszeiten (Brdbg FamRZ **00**, 891; Bergner FPR **07**, 345) und für Pflegepersonen nach SGB XI 44 (KG FamRZ **06**, 210; Stgt FamRZ **06**, 1452) sind zu berücksichtigen; ferner aus Pflichtbeiträgen für Zeiten einer flexiblen Altersteilzeit (Schmeiduch FamRZ **99**, 1035). Außer Betr bleiben Hinterbliebenenrenten, der Kinderzuschuss nach SGB VI 270, die nach II Nr 4 c zu bewerten HöherversAnteile nach SGB VI 269, Beschränkgen der Leistgen an Berecht im Ausland (SGB VI 110 ff, 272 f) u die LeistgsBeschränkgen beim Zutreffen mit and Einkünften (zB Verletztenrente vgl SGB VI 93).
- 29 **ee) Das Anrecht muss in der Ehezeit entstanden sein u bei der Entsch über den VA noch bestehen** (vgl § 1587 Rn 25). – Ein VersVerh entsteht grdsätzl erst dch Beitragszahlg, es sei denn, die Beiträge gelten als bezahlt (zB SGB VI 203 II). Nachgezahlte freiwill Beiträge (SGB VI 204–207) müssen daher bis zur RHängigk des ScheidgsVerf entrichtet worden sein („In-Prinzip“); vgl dazu § 1587 Rn 27. Die Nachvers, zB von

Beamten (SGB VI 8), beruht dagg, auch wenn sie nach der Ehezeit erfolgt, auf der Annahme einer schon zu Ehezeitende bestehenden, alternativ ausgestalteten VersAnwartsch (BGH NJW 82, 379 u 1754). – Ein zum Ztpkt der Entsch, zB dch Beitragsersatz, erloschenes Anrecht, kann im VA nicht ausgeglichen werden; vgl § 1587 Rn 25. Der Ausgl bleibt ggf dem GüterR vorbehalten. Zugunsten des VA-Pflichtigen können §§ 1587c Nr 2, 1587h Nr 2 eingreifen.

ff) Rentenhöhe. Der Monatsbetrag der Rente ist das Produkt aus persönl Entgeltpunkten, dem Rentenartfaktor u dem aktuellen Rentenwert (SGB VI 64). – Ein **Entgeltpunkt** entspricht dem Wert der von einem Dchschnittsverdiener kalenderjährlich gezahlten Beiträge (SGB VI 63 II 2; 70; 256 a für Entgeltpunkte Ost), wobei die Beitragshöhe grdsätzl von der Höhe des versicherten Einkommens abhäng ist (SGB VI 63 I). Zu Einzelheiten vgl SGB VI 63 II, 70 I, 256 VI 2, 256 a sowie BGH NJW 93, 465 u FamRZ 91, 173. Entgeltpunkte resultieren weiter aus beitragsfreien Zeiten u Zuschlägen (SGB VI 54 IV, 63 III, 66 I Nr 2–8). Sie werden dch den **Zugangsfaktor** bei vorzeitigem od hinausgeschobenem Rentenbeginn (SGB VI 63 V, 77) korrigiert. Das Sicherziel der Rente wird dch den **Rentenartfaktor** definiert (SGB VI 67). Er beträgt zB bei Renten wg Alters

u voller Erwerbsminderung 1,0. Der **aktuelle Rentenwert** ist der aus einem Entgeltpunkt resultierende Monatsbetrag der Altersrente. Er wird jährlich zum 1. 7. entspr der Entwickl des Dchschnittslohns od -gehalts, des Beitragssatzes zur allg RV u des sog Nachhaltigkeitsfaktors ermittelt (SGB VI 68). Aktuelle Rentenwerte (Stand 1. 7. 2008): 26,56 EUR bzw (Ost) 23,34 EUR (SGB VI 68 I 2, 255 a I 1 und RentenwertbestimmungsG 2008 vom 26. 6. 2008, BGBI I 1076).

gg) Ehezeitanteil. Das während der Ehe erworbene Anrecht ist unter Berücksichtig des „In-Prinzips“ (vgl 1587 Rn 27) aus den auf die Ehezeit entfallenden Entgeltpunkten zu ermitteln. Zur Berechnung von Anrechten aus flexibler Alterszeitregel u Einkommensverzicht vgl § 1587 Rn 28. In der Ehe zurückgelegte **Zurechnungszeiten** der gesetzl RV sind im VA zu berücksichtigen; das gilt auch dann, wenn die Rente wg Erwerbsminderung schon vor der Eheschl bewilligt worden ist (BGH FamRZ 86, 337). – Der **Zugangsfaktor** (SGB VI 63 V, 77) bleibt zur Wahrh des HalbteligsGrds entgg dem Wortlaut des II Nr 2 nur dann u nur insow außer Betr, als die für seine Herabsetz maßg Zeiten nicht in der Ehezeit zurückgelegt worden sind (BGH FamRZ 05, 1455, 07, 1542 aGrd entspr Auslegg von SGB VI 66, 76 VII; Staud/Rehme Rn 238; aA Bergner NJW 08, 271; Voraufgabe mwN); Entsprechendes gilt für die Erhöhung des Zugangsfaktors. Zur Übertrag dieses Grds auf Renten nach II Nr 1 vgl Rn 23, auf Renten nach II Nr 3 Rn 49 und auf Renten nach II Nr 4 Rn 58. Eine die Kürz auffangende, noch während der Ehezeit zugesagte Altersrente soll jedoch grdsätzl auch dann voll auszugleichen sein, wenn die gesetzl Altersrente erst nach Ehezeitende vorzeitig in Anspr genommen wird (so BGH NJW 08, 3063; bedenkl mangels Bezugs zur Ehezeit). – Da eine Vollrente wg Alters auszugleichen ist, gilt deren Rentenartfaktor 1,0 (SGB VI 67 Nr 1). Der aktuelle Rentenwert (Rn 30) ist derjen des Jahres des Ehezeitendes.

hh) Rentenbezug bei Ehezeitende. Dem VA unterliegt auch ein bereits realisierter Rentenanspr (BGH NJW 82, 224). Das am Ende der Ehezeit tats gezahlte **Altersruhegeld** ist der Wertermittlg zugrunde zu legen, wenn der Eheg das 65. Lebensjahr vollendet hat und das tats gewährte das fiktiv errechnete Altersruhegeld übersteigt; andfalls ist die fiktive Rente maßg (BGH NJW 82, 229; FamRZ 84, 673). Die bei Ehezeitende bezahlte **Rente wegen Erwerbsminderung** ist wg Besitzschutzes (SGB VI 88) maßg, wenn mit ihrer Entzieh, unabhäng vom Alter (BGH FamRZ 89, 35; NJW 89, 1995), nicht mehr zu rechnen ist und sie, bereinigt um Entgeltpunkte für die über die Ehezeit hinausreichenden Zurechnungszeiten (BGH NJW 89, 1994), mehr Entgeltpunkte als die fiktive Altersvollrente aufweist, wobei es auf das Verh der in die Ehezeit fallenden Entgeltpunkte nicht ankommt (BGH NJW 97, 315). Die Erwerbsminderungsrente muss **bei Ehezeitende bewilligt** worden sein; die Bewilligg zur Ehezeitende u gerichtl Entsch ist nicht zu berücksichtigen. Lagen jedoch die materiellechtl Voraussetzgen für die Rente schon vor und ist sie wg verspäteter Antragstellg erst nach Ehezeitende bewilligt worden, kann eine nach den obigen Grdsätzen zu bewertende Aussicht auf Vers bestehen (BGH FamRZ 89, 35).

c) Bewertung betrieblicher Altersversorgungen, Nr. 3 (Literatur: Glockner/Uebelhack, Die betriebl AV im VA, 1993; Rotax ZFE 06, 178).

aa) Der Begriff der betrieblichen Altersversorgung in Nr 3 lehnt sich an BetrAVG an. Zwar fallen einerseits nicht alle dort vorgesehenen Versorgen in den VA und ist andseits der VA nicht auf Fälle jenes Gesetzes begrenzt. Die Beschräng auf VersAnrechte, die dch Arbeit für ein fremdes Unternehmen verdient worden sind und nicht auf einer selbst erteilten VersZusage beruhen, ist aber auch für das BetrAVG iR des VA maßg (BGH NJW 93, 1262).

bb) Gegenstand. Betriebl AltersVers sind vom ArbG erteilte Zusagen von Leistgen der Alters-, Invaliditäts- od Hinterbliebenenvers aus Anlass des ArbVerh (BetrAVG I 1 S 1).

cc) Der begünstigte Personenkreis umfasst Arbeiter u Angestellte einschließl der zur Berufsausbildg Beschäftigten (BetrAVG 17 I S 1). Gleichgestellt sind Personen, die nicht Arbeiter sind, denen aus Anlass ihrer Tätigg für das Unternehmen VersLeistgen zugesagt sind (BetrAVG 17 I S 2), aber nur, wenn ihre Stellg der eines ArbN annähernd vergleichb ist (BGH NJW 93, 1262); dazu gehören VersVertreter (BGH NJW 97, 863). Organpersonen rfähiger Gesellschaften gehören desh nur dann dazu, wenn sie am Untern nicht, auch nicht zusammen mit Organpersonen, als MehrGesellschafter beteiligt sind (BGH NJW 93, 1262; 07, 2483, andfalls Bewertg nach § 1587 a II Nr 4).

dd) Grundlagen. Die betriebl AltersVers beruht auf Einzel- od Tarifvertrag, Gesamtzusage, Betriebsvereinbg, aber auch auf betriebl Übung od dem GleichbehandlgsGrds (BetrAVG 1 b I S 4). Auf sie besteht bei Entgeltumwandlg ein Anspr (BetrAVG 1 a, 17 I S 3, V). Die Hüttenknappschaftl ZusatzVers im Saarl beruht auf Gesetz (HZVG 10 ff). Ein fehlender RAnspr auf die VersLeistg steht also wenig wie die „Freiwilligg“ der VersZusage der Annahme einer auspflichtigten Aussicht auf Vers entgg (BGH FamRZ 86, 338; UnterstützgsKasse). Die VersZusage ist nur bei ungewönl schwerer Treupflichtverletzg des ArbN sowie bei wirtschaftl Notlage des ArbG (hier aber Insolvenzsicherh dch BetrAVG 7) widerrufl (BGH NJW 92, 1103).

ee) Organisationsformen. Als **Direktzusage** dch den ArbG als VersTräger (BetrAVG 1 I S 2). – Als **Direktversicherung** in Gestalt einer dch den ArbG für den bezugsberecht ArbN abgeschl Lebensvers (BetrAVG 1 b II). Die VersZusage des ArbG ist weder auflösd bedingt mögl (BetrAVG 1 b II S 2) noch, unabhäng von der Ausgestalt des VersVertr, nach Unverfallbarh (vgl Rn 40) widerrufl (BetrAVG 1 b II S 1). Die rechtl Behandlg, insbes der Frage, ob das Anrecht dem VA unterliegt, richtet sich nach der VersZusage des ArbG und nicht nach dem davon abweichenden VersVertrag (BGH FamRZ 93, 793); vgl aber auch Rn 43. –

Betriebl od überbetriebl Kassen als Träger der Vers: **Pensionskassen** und **Pensionsfonds** als rfähige, der Vers-Aufsicht unterliegende VersEinrichtgen, auf deren Leistgen ein RAnspr besteht (BetrAVG 1 b III). – **Unterstützungskassen** als rfähige, nicht der VersAufsicht unterliegende VersEinrichtgen, auf deren Leistg kein RAnspr besteht, bei denen aber das WiderrufsR an sachl Gründe gebunden ist (BetrAVG 1 b IV), so dass eine Aussicht auf Vers vorliegt (BGH FamRZ **86**, 338). – Auch die **Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes** (BetrAVG 18) ist der betriebl Altersvers zuzurechnen (BGH NJW **81**, 2689). Sie beruht auf einem GruppenversVertrag, der von den ArbG als VersNehmern zG der bezugsberecht ArbN abgeschl worden ist (BGH FamRZ **03**, 1003). ZusatzversorggsKassen sind insbes die Versorggsanstalt des Bundes und der Länder (VBL), regionale, kommunale u kirchlich Zusatzversorggen sowie Kassen für bestimmte Berufsgruppen, zB die Versorggsanstalt der Deutschen Kulturorchester (BGH FamRZ **85**, 1235). Die RBeziehgen zw der Zusatzversorggskasse, den ArbG u ArbN sind privatrechtl Natur; die SatzgsBestimmgen haben die Funktion u die RNatur allg Geschäftsbedinggen und sind den VersichergsBedinggen privater Unternehmer vergleichb (BGH NJW **81**, 2689). Vgl dazu weiter Rn 52 ff.

- 38 **ff) Leistungsarten.** Auszugleichen sind Leistgen sowie Anrechte auf Leistgen der **Alters- und Invaliditätsversorgung** auf Rentenbasis. Dazu zählen auch vom ArbN selbst finanzierte Anrechte, deren Träger eine Einrichtg der betriebl Altersvers ist. Dies trifft nicht nur auf die im BetrAVG als betriebl Altersversorgg qualifizierten Vorsorgemaßnahmen der Entgeltumwandlg (§§ 1 II Nr 3, 1a), der Entgeltverwendg (§ 1 II Nr 4) u der Fortsetzg der Vers mit Eigenbeiträgen iFv § 1 a IV zu. Die auf Pauschalierg u Generalisierg angewiesene familienrechtl Praxis verlangt die Einbeziehg auch weiterer Finanziergsformen (zutreffd AG Mannh FamRZ **82**, 1083/7; inzidenter auch BGH FamRZ **92**, 1051 zu Anrechten beim BeamtenversVerein des Deutschen Bank- u Bankiergewerbes; aA Soergel/Hauß Rn 143), zumal das BetrAVG die nach Nr 3 zu bewertenden Anrechte der betriebl Altersvers nicht abschließd regelt. Zu Leistgen wg Erwerbsmindernd vgl Rn 40. – Keine Leistgen der betriebl AltersVers sind Notfallunterstützgen; Leistgen, die vor Vollendg des 60. Lebensjahres praktisch als ÜberbrückgsZahlgen zu gelten haben (Karlsru FamRZ **98**, 629) u AusglAnsprüche nach HGB 89b; ArbG-finanzierte befreiende Lebensversicherger auf Kapitalbasis, solange ein etwa bestehdes RentenwahlR bis zum Ehezeitende nicht ausgeübt worden ist (vgl 1375 Rn 9); sonstige betriebl Versorggen dch einmalige od ratenweise Zahlg eines

Kapitalbetrages (Bambg FamRZ **01**, 997; Stgt FamRZ **01**, 998; Hbg FamRZ **07**, 734; aA Glockner/Goering FamRZ **02**, 282/5); Beitragsersatzstatten (Hamm FamRZ **81**, 572) und Abfindgen (BGH FamRZ **96**, 98/101); ferner Nutzungsrechte u Sachbezüge (BGH FamRZ **93**, 682).

- 39 **gg) Leistungsvoraussetzung** ist neben dem Eintritt des **Versorgungsfalls** die Erfüllung einer sich nach der jew VersRegelg richtden **Wartezeit** (Mindestbetriebszugehörigk). Die Wartezeit kann (erst) ab einem bestimmten Lebensalter beginnen, aber auch mit der Betriebszugehörigk parallel laufen (BGH NJW **84**, 234). Ist die Wartezeit nicht erfüllt, jedoch noch erfüllb, so ist dies wg VII 1 unschäd (Staud/Rehme Rn 271). – **Vordienstzeiten** (aus einem früheren ArbVerh u vergleichb Zeiten, zB schulische Ausbildgen) können die Wartezeit abkürzen, darüber hinaus aber auch die Unverfallbk bewirken u die LeistgsHöhe beeinflussen (BGH FamRZ **85**, 263).

- 40 **hh) Unverfallbarkeit.** – **(1) Grundsatz.** Anwartsch u Aussichten auf betriebl AltersVers sind nur insow in den öffrechtl VA einzubeziehen, als sie unverfallb sind (1587a II Nr 3 S 3). IU sind sie dem schuldrechtl VA vorbehalten (1587f Nr 4) u nach Eintritt der Unverfallbark nach VAHRG 10a I Nr 2 iR eines AbändergsVerf öffrechtl auszugleichen. In den öffrechtl VA sollen keine VersAnrechte einbezogen werden, die sich später möglicherw nicht verwirkl, was bei betriebl VersAnrechten angesichts der hohen Fluktuation auf dem ArbMarkt nicht ausreichend sicher ausgeschl werden kann (BGH NJW **82**, 1989). Die VerfallbarkRegelg trifft gleichermaßen Anrechte des Verpflichteten u des Berecht (BGH NJW **82**, 1989). Sie gilt auch für die in 1587a II Nr 3 S 2 genannten Anrechte; die Verweisg auf Nr 4c betrifft nur die BerechngsMethode (BGH NJW **82**, 1989). Maßg Ztpkt ist derjen in der letzten Tatsacheneinstanz (BGH NJW **83**, 37; NJW-RR **86**, 1199). Die Regelg kann auf and, nicht nach II Nr 3 zu bewertde Versorggen nicht ausdehnd angewandt werden (BGH FamRZ **88**, 51). Für Leistgen der betriebl AltersVers, also bereits zum Vollrecht erstärkte Anrechte, gilt S 3 nicht. So ist eine bereits bezogene betriebl AltersVers wg Erwerbsmindernd, im Ggsatz zur anders geregelten gesetzl RV, in den öffrechtl VA ohne Rücksicht auf ihren dauernden Bestand bis zur Altersgrenze einzubeziehen (BGH FamRZ **97**, 1535; **05**, 1461; NJW **07**, 2477). – Zur Unverfallbark von Anrechten auf öffrechtl Zusatzvers vgl Rn 54.

- 41 **(2) Begriff.** Wann eine Anwartsch od Aussicht als unverfallb zu gelten hat, ist in § 1587 nicht geregelt. Der Begriff ist aus dem ArbR übernommen worden. Er bezeichnet Anrechte, die nach den maßg (Satzgs-) Bestimmgen in ihrem VersWert nach Grd u Höhe dch die künft betriebl berufl Entwickl des Versicherten nicht mehr beeinträchtigt werden können, sond ihm verbleiben, wenn er vor Eintritt des VersFalls aus dem ArbVerh ausscheidet (BGH NJW **82**, 1989). Die nie auszuschließde Möglichk, dass die Anw auf Vers aus einem besond, im Verhalten des Versicherten liegden „wichtigen“ Grd noch entfallen od geschmälert werden kann, steht der generellen Annahme der Unverfallbark nicht entgg (BGH FamRZ **86**, 341). Entspr den Regelgen im BetrAVG §§ 1, 1 b einerseits und § 2 andseits wird zw Unverfallbark dem Grd u der Höhe nach unterschieden.

- 42 **(3) Unverfallbarkeit dem Grunde nach.** Für den Bereich der betriebl AltersVers außerh des öff Dienstes bestimmt sich die Unverfallbark dem Grd nach gem BetrAVG 1 b I. Sie tritt ein, wenn der ArbN im Ztpkt des Ausscheidens aus dem Betrieb das 30. Lebensjahr vollendet und die VersZusage mind 5 Jahre bestanden hat; ein Ausscheiden aGrd einer Vorruhestandsregelg (BetrAVG 1 b I S 2), eine Änderg der VersZusage od deren Übernahme dch eine and Pers (BetrAVG 1 b I S 3, § 4) sind unschäd. Dies gilt gem BetrAVG 30f nur für die nach dem 31. 12. 2000 ausgesprochenen VersZusagen; für frühere Zusagen bleibt es bei dem vor 2001 geltenden Recht (vgl dazu 60. Aufl Rn 81). Anrechte aus EntgeltumwandlgZusagen, Zusagen bei Entgeltverwendg iSv BetrAVG 1 II Nr 4 und Eigenbeiträge nach BetrAVG 1 a IV sind sofort unverfallb (BetrAVG 1 b V). Von diesen Regelgen kann nicht zu Ungunsten des ArbN abgewichen werden (BetrAVG 17 III). Eine Wartezeitklausel (Rn 39) darf desh keine längere Betriebszugehörigk vorschreiben, jedoch die Entstehg des LeistgsAnspr hinauschieben; vgl dazu näher JH/Hahne Rn 193. Vordienstzeiten (Rn 39) können vertragl od kr Gesetzes (zB SVG 8) angerechnet werden. Bei der Frage, ob die vertragl Zusage der Anrechng von Vordienstzeiten sich (auch) auf die Unverfallbark bezieht, ist nach ihrem Ztpkt zu unterscheiden: Stammt sie aus der Zeit vor der Einführg der Unverfallbark dch das Ur des BAG vom 10. 3. 1972 (DB **72**, 1486 = BB **72**, 1005), bedarf es einer ergänzden

Vertr-

Auslegg; ist sie danach erteilt, so muss der ArbG klar zum Ausdr bringen, wenn er die Geltg der Vordienstzeit auf die Unverfallbark ausschließen will (BGH NJW 84, 234). Zur Unverfallbark der VersZusage bei Direktvers vgl Rn 43.

(4) Die **Unverfallbarkeit der Höhe nach** richtet sich nach BetrAVG 2 (ÜbergangsR: BetrAVG 30e II, 30g). Hiernach behält der ausgeschiedene ArbN einen VersAnspr iH des im Betrieb verbrachten Anteils an der insges mögl Zeit der Betriebszugehörigk; nur in dieser Höhe ist das Anrecht unverfallb. Das bedeutet für den VA, dass angesichts des jederzeit mögl künftigen Ausscheidens aus dem ArbVerh nur die bis zum maßg Ztpkt zurückliegende Zeit der Betriebsangehörigk anzusetzen ist; dies ist der Ztpkt der letzten mündl Verhandlg in der Tatsacheninstanz (BGH NJW 83, 37). Da mit dem Ausscheiden des ArbN die VersRegelg und die Bemessgsrdlagen eingefroren werden (BetrAVG 2 V), sind auf deren Änderg beruhende spätere Verbesserungen des Anrechts verfallb (BGH NJW 89, 2812; FamRZ 01, 477; krit Gutdeutsch FamRB 04, 148). Ist nur eine Mindestleistg garantiert, so ist der überschießde Teil des Anrechts analog III 3 als verfallb zu behandeln (AK 23 des 17. DFGT). – Die Unverfallbark knüpft damit an die Zeit der Betriebsangehörigk und nicht an den Ztpkt der VersZusage od den Beginn der Mitgliedsch in einer betriebl VersEinrichtg an. Dementsprechd kommt es, wie grdsätzl auch bei der Berechnung des Ehezeitanteils (Rn 45), bei mehreren nebeneinander bestehenden betriebl Versorggen nur auf die gesamte tats Betriebszugehörigk und nicht auf die unterschiedl Zeit der Mitgliedsch in den einzelnen VersEinrichtgen an (BGH FamRZ 97, 166). – Eine Teilzeitbeschäftigt führt nicht zur Kürzg der Zeit der Betriebszugehörigk (JH/Hahne Rn 190). – Kann der Beschäftigte iF seines Ausscheidens zw beitragspflichtigem u beitragsfreiem Fortbestand der Vers wählen, ist nur die letztere der Höhe nach unverfallb (BGH FamRZ 87, 52).

ii) **Ehezeitanteil.** – (1) Zur Berechnung wird auf die **Betriebszugehörigkeit** verwiesen. Sie rechnet nach vollen Monaten (BGH FamRZ 01, 284/6). Sie beginnt entspr § 1587 II mit dem 1. Tag des Monats des Betriebseintritts und endet mit dem letzten Tag des dem Ende der Betriebszugehörigk vorausgehenden Monats (BGH FamRZ 01, 284/6). Die Betriebszugehörigk endet grdsätzl mit dem Ablauf des ArbVerh bzw der Beendigg der Tätigk für ein Untern, Tod u Eintritt des VersorggsFalles (BGH NJW 82, 229), auch dech Frühpensionierg (BGH NJW 00, 3707/9); zu Auswirkungen auf die Höhe der dem VA zugrundegelegten Rente vgl Rn 49. Dazu gehört desh auch das Ausscheiden aGrd einer Vorruhestandsregelg (Borth Rn 309; FAKomm-FamR/Rehme Rn 142; aA Glockner/Übelhack Rn 106; offen gelassen von BGH NJW 00, 3707/9). BeurteilgsZtpkt ist die letzte mündl Verhandlg der Tatsacheninstanz (BGH NJW 90, 1480; 07, 73).

(2) Die gesetzl Regelg des Ehezeitanteils knüpft an BetrAVG 2 I S 1 an. Er errechnet sich nach dem Verh der tats in der Ehezeit fallenden Betriebszugehörigk zur gesamten (Nr 3 S 1 b) bzw insges mögl (Nr 3 S 1 a) gem der festen Altersgrenze (Hamm FamRZ 89, 290; iZw bis zum 65. Lebensjahr) – **zeitratierliche Methode** –, selbst wenn sich die Rente nicht nach Anrechnungszeiten berechnet (BGH NJW 97, 863). – Hat ein Betrieb mehrere VersEinrichtgen, aus denen den ArbN nebeneinander mehrere Teilversorggen gewährt werden, so kommt es für die Berechnung des Ehezeitanteils nur auf die gesamte tats Betriebszugehörigk, nicht aber auf die ggf unterschiedl Zeit der Mitgliedsch in den einzelnen VersEinrichtgen an. Davon sind aGrd besond gesetzl od satzungsmäß Bestimmg der Betriebszugehörigk gleichgestellte Zeiten zu unterscheiden; sie sind in die zeitratierl Aufteilg eines Anrechts einzubeziehen. Dies kann für die Teilanrechte ein unterschiedl Zeit/Zeit-Verh ergeben (BGH FamRZ 91, 1416; 92, 791; 97, 166). – In die zeitratierl Berechnung sind auch Zeiten einzubeziehen, die nach der VersOrdng nicht zur anrechenb Beschäftigungszeit gehören (BGH NJW 89, 2812).

(3) Der Betriebszugehörigk **gleichgestellte Zeiten** (Nr 3 S 1 a, b) können auf Gesetz (ArbeitsplatzschutzG 1, 6; ZivildienstG 78; MutterschutzG 10; AbgeordnetenG 4; Erziehungsurlaub nach BierzGG 15 ff [BAG FamRZ 94, 1104]) beruhen od auf Einzelvertr od Satz (BGH FamRZ 91, 1416). Vorausgesetzt wird, dass die fiktiven Zeiten sowohl für die Erwerbsdauer der Vers bzw den Ztpkt der VersZusage als auch für die Höhe der gewährten Leistgen Bedeutg haben (BGH NJW 85, 2706; FamRZ 86, 338). Die Zeit eines betriebl vereint Vorruhestands ist keine gleichgestellte Zeit (BGH, B. v. 31. 8. 2000 – XII ZB 89/98). Als gesamtversorggsföh geltde Zeiten nach dem bis 2001 geltenden SatzgsR der ZusatzVersEinrichtgen des öff Dienstes sind gleichgestellte Zeiten (BGH NJW 85, 2702).

(4) Die **zeitratierliche Berechnung** der ehezeitl VersAnrechte **scheidet aus:** bei beitragsbezogenen VersZusagen (BetrAVG 1 II Nr 1), Beitragszusagen mit Mindestleistg (BetrAVG 1 II Nr 2), Entgeltumwandlg (BetrAVG 1 II Nr 3, 1a I–III, 1b V), für gleichstehende ArbG-Zusagen (BetrAVG 1 II Nr 4, 1a IV). Der Ehezeitanteil bestimmt sich in entspr Anwendg des § 1587 II Nr 5 nach dem bei Ehezeitende angesammelten Deckgskapital (Celle FamRZ 07, 563; JH/Hahne Rn 200a, 202; im Ergebn auch Nürnberg FamRZ 05, 112). Dasselbe gilt, wenn der ArbG bei einer Direktvers od bei der Organisation der Vers dch eine Pensionskasse die versicherungsvertragl Lösg (BetrAVG 2 II S 2, III S 2) gewählt hat, um eine ergänzde Leistgspflicht zu vermeiden, wenn der zeitratierl ermittelte Anspr versicherungstechnisch noch nicht gedeckt ist (Karlsru FamRZ 05, 1752; Hoppenz/Triebs Rn 111; Glockner FamRZ 03, 1233/4), sowie bei Entgeltumwandlg und beitragsorientierten Zusagen gem BetrAVG 2 Va, Vb (aA Ffm FamRZ 08, 1349 zur Beteiliggsrente I bei VW); bei fondsgebundenen Versorggen ist der Wert des Anteils am Stichtag wie Deckgskapital zu behandeln.

(5) II Nr 3 unterscheidet zw der bei RHängigk schon beendeten (Nr 3b) und noch andauernden (Nr 3a) Betriebszugehörigk. Zur Vermeidg eines AbändersVerf ist Nr 3b auch dann anzuwenden, wenn die Betriebszugehörigk zw Ehezeitende u dem für die tatricherl Entsch maßg Ztpkt entfallen ist (BGH NJW 07, 2477; FamRZ 07, 1084). Dem Ende der Betriebszugehörigk kann das Ende der nach der VersOrdng berücksichtiggsföh Dienstzeit gleichgestellt werden (Brschw FamRZ 95, 363).

(6) Die **Höhe der zeitratierlicher Berechnung unterliegenden Versorggen** richtet sich nach der betriebl VersRegelg; Andergen nach Ehezeitende sind zu berücksichtigen (BGH FamRZ 86, 976; 06, 321). Für die individuellen Bemessgsrdlagen, insbes Gehalt (BGH FamRZ 91, 1421), Weihnachtsgeld u Treueprämie (Hamm FamRZ 98, 628), bleibt es bei den Verhältnissen aE der Ehezeit (§ 1587 Rn 24), auch wenn Veränderungen mit Sicherh zu erwarten sind (BGH FamRZ 87, 918). Familienbezogene Bestandteile bleiben wg VIII außer Betr. Im Fall einer laufenden Vers ist die tats gewährte Vers zugrunde zu legen u zu quotieren, wobei es nach dem RGedanken des VAHRG 10a (vgl § 1587 Rn 24ff) auf den Ztpkt der Entsch ankommt (BGH FamRZ 07, 1084; 08, 770). ErwerbsunfähigkRenten machen keine Ausn, gleichviel, ob mit ihrer Weiterzahlg bis zur Altersgrenze zu rechnen ist (BGH FamRZ 97, 1535; 05, 1461; 07, 996). – Bei diesen Regeln bleibt es grdsätzl auch bei

Rentenminderungen od -erhöhen aGrd der Änderg von BerechnungsFaktoren dch vorgezogenen od über die normale Altersgrenze hinausgeschobenen Eintritt in den Ruhestand (vgl BGH NJW 00, 3707/9); ähnl der Beamtenvers (Rn 23) sind jedoch darauf beruhende unmittelb Veränderg der Rentenhöhe dch Zu- od Abschlag nur bei Ehebezug zu berücksichtigen (Celle FamRZ 06, 271; FAKomm-FamR/Rehme Rn 138; Wick Rn 142b; aA Stgt FamRZ 99,863; Soergel/Häußermann Rn 241).

- 50 **jj) (1)** Eine **Gesamtversorgung** besteht aus einem VersBetrag, idR iH eines Prozentsatzes des letzten Gehalts, auf den sonstige Versorggen (sog Grundversorgg), zB aus der gesetzl RV, anzurechnen sind; der Unterschiedsbetrag ergibt die betriebl Altersvers. Bei der sog **limitierten** Gesamtvers darf die Summe aus Grundvers und nach der VersOrdng erdienter betriebl Altersvers einen Höchstbetrag nicht übersteigen (zB bei der RWE-AG: BGH FamRZ 95, 88). Überschreitet sie ihn, ist sie als Gesamtvers auf der Basis des Höchstsatzes zu behandeln (BGH FamRZ 91, 1421; 95, 88); andfalls erfolgt die Berechnung ow nach II Nr 3a (BGH FamRZ 91, 1421). Gesamtversorggen finden sich im Bereich der privaten betriebl Altersvers. Die Zusatzversorggen des öff Dienstes waren es bis 2001, so dass die Grdsätze zur Gesamtvers nur auf Übergangsfälle anzuwenden sind (Rn 55).

- 51 **(2)** Der **Ehezeitanteil** ist nach der sog **VBL-Methode** zu errechnen: Die bis zur Festaltersgrenze hochgerechnete volle Gesamtvers wird im Zeit/Zeit-Verh aufgeteilt; von dem so gewonnenen Ehezeitanteil der Gesamtvers wird sodann der Ehezeitanteil der Grundvers abgezogen; die Differenz ergibt den Ehezeitanteil der betriebl Altersvers (BGH NJW 85, 2702; FamRZ 96, 93). Hat der VersBerecht vor der Betriebszugehörigk bereits Anwartsch in der gesetzl RV erworben, die auf die Gesamtvers anzurechnen sind, muss zw privater Gesamtvers u öffrechtl Zusatzvers unterschieden werden. Bei öffrechtl Zusatzversorggen verbleibt es grdsätzl bei dem genannten Rechenvorgang; eine Korrektur ist nur insow angebracht, als der auf die vorehel Zeit entfallende Teil der Gesamtvers mind dem Wert der in vorehel Zeit erworbenen gesetzl Rentenanwartschaften entsprechen muss (BGH FamRZ 05, 1458 u 1664). Bei privaten betriebl Altersversorggen dagg sind die vorbetriebl erworbenen gesetzl Rentenanwartsch iH des dch die Ruhegeldrichtlinien bestimmten Anteils von der hochgerechneten Gesamtvers vorweg abzuziehen, sodann der Ehezeitanteil der verbleibenden Gesamtvers zeiträtterlich zu ermitteln und hiervon der nach den Ruhegeldrichtlinien bestimmte Anteil der auf die ehezeitl Betriebszugehörigk entfallenden gesetzl Rentenanwartsch abzuziehen; stattdessen können aber auch die vorbetriebl erworbenen gesetzl Rentenrechte entspr der Dauer der ehezeitl zur gesamt mögl Betriebszugehörigk aufgeteilt und alsdann mit dem dch die Ruhegeldrichtlinien bestimmten Anteil der währd der ehezeitl Betriebszugehörigk erworbenen gesetzl Rentenanwartsch von der zeiträtterl ermittelten ehezeitbezogenen Gesamtvers abgezogen werden (BGH FamRZ 95, 88); dies gilt auch dann, wenn die Grundvers eine verrentete Kapitalleisg ist (BGH FamRZ 98, 420).

- 52 **kk)** Auch die **Zusatzversorgungen des öffentlichen Dienstes** sind Formen betriebl Altersvers. Ausführl Übersicht Wick FamRZ 08, 1223. Zur Bewertg laufender Renten vgl Rotax ZFE 05,223; Bergner ZFE 05, 348.

- 53 **(1)** Sie sind mit Wirkg vom 1. 1. 2001 für den Bereich der meisten VersTräger neu strukturiert worden. Das System der Gesamtvers wurde aufgegeben. Nunmehr erbringt die Zusatzvers bei Eintritt eines Versicherungsfalles iS der gesetzl RV an versicherungsmathemat Grdsätzen orientierte VersLeistgen, die grdsätzl von dem währd der gesamten BeschäftiggsZeit im öff Dienst versicherten Einkommen u dem Lebensalter, das jew dem Einkommen zuzuordnen ist (Altersfaktor), abhäng sind. Die frühere Orientierg an externen BestimmgsGrößen (BeamtenVers, Höhe der Grundvers u SteuerR) ist entfallen. Nach dem **neuen Versorgungspunktemodell** (vgl Engbrocks BetrAV 02, 519) werden für jedes BeschäftiggsJahr aus dem Verh des versicherten, auf einen Monat entfallenden Individualentgelts zu dem (für die gesamte BeschäftiggsZeit maßg) Referenzentgelt von 1000 EUR unter Berücksichtigg des Altersfaktors VersPunkte ermittelt (VBL-Satzg 36). Deren Summe, ergänzt dch Sozial-u Bonuspunkte (VBL-Satzg 37, 68), wird zur Errechng der Vers mit einer als Messbetrag definierten allg Bemessungsgrdlage von 4 EUR multipliziert (VBL-Satzg 37). Die Rente ist nach VBL-Satzg 39 zum 1. 7. eines jeden Jahres eigenständig mit 1% anzupassen.

- 54 **(2)** Die Neuregelg beeinflusst die Beurteilg der auch für die Zusatzvers des öff Dienstes geltenden (BGH NJW 82, 1989) **Verfallbarkeit**. Deren frühere Unterscheidg dem Grd u der Höhe nach entfällt ebenso wie die Prüfg, ob die Anw dch die künftige betriebl od berufl Entwicklg des Versicherten noch beeinträchtigt werden kann od ihm auch bei Ausscheiden aus seinem ArbVerh verbleibt (vgl Rn 42, 43). Maßg ist nunmehr allein, ob die Wartezeit von 5 Jahren (VBL-Satzg 34) zum Ztpkt der Entsch (II Nr 3 S 3) erfüllt ist.

- 55 **(3)** Nach dem **Übergangsrecht** sind am 31. 12. 2001 bereits laufende Renten als Besitzstandsrenten weiterzuzahlen u jährl um 1% zu erhöhen. – Vor 2002 erworbene Anwartsch sind unter Berücksichtigg von MindestsichergsElementen für langjährige Versicherte in Form einer Startgutschrift an VersichergsPunkten (VBL-Satzg 78 Abs 1) in das Punktemodell überführt worden. Bei beitragsfrei Versicherten wurde der nach früherem Recht ermittelte unverfallbare Wert transferiert. Bei aktiv Versicherten wurde die Anw auf VersRente in das neue System übergeleitet; mit der Überleitg ist Unverfallbar eingetreten. Dabei wurde zw älteren u jüngeren Beschäftigten differenziert: Beschäftigte im früheren Bundesgebiet, die das 55. Lebensjahr vollendet hatten, erhielten eine Gutschrift an VersPunkten, die sich aus dem konkreten Wert ihrer vor dem 1. 1. 2002 erworbenen Anw ergab. Die Regelg bei den and (rentenfernen) Beschäftigten, wonach die Anw gem BetrAVG 18 II pauschal ermittelt und auf dieser Basis in die Startgutschrift überführt wird, ist wg Verstoßes gg GG 3 unwirks und von den Tarifpartnern zu ersetzen (BGH NVwZ 08, 455). Ein VA-Verf ist, soweit auch keine Teilentscheidg mögl ist, analog FGG 53 c II auszusetzen und ggf nach ZPO 628 S 1 Nr 4 abzutrennen (Borth FamRZ 08, 326; Rehme FuR 08, 216; esbo im Ergebn Stgt FamRZ 08, 1086; aA Zweibr FamRZ 08, 1083; Nürnberg FamRZ 08, 1087).

- 56 **(4)** Die **Bewertung der ausschließlich nach neuem Recht erworbenen Anrechte** kann abweichd von II Nr 3 entweder gem V iVm II Nr 2 od gem II Nr 4d auf der Basis der auf die Ehezeit entfallenden VersPunkte vorgenommen werden (Glockner FamRZ 02, 287; FAKomm /Rehme Rn 119, 154; Wick Rn 153). Bei VersPunkten wg vorzeitiger Erwerbsminderung (zB VBL-Satzg 37 Abs 2) ist entscheidend, ob diese schon währd der Ehezeit eingetreten ist (JH/Hahne Rn 214d). Wenn Bonuspunkte (zB VBL-Satzg 68) nicht zeitl zugeordnet

werden können, sind sie im VA nur zu berücksichtigen, wenn sie dem VersKonto noch während der Ehezeit gutgeschrieben worden sind (In-Prinzip: AG Mannh FamRZ 82, 1083/6; JH/Hahne Rn 214 e).

(5) Für die Bewertung (auch) nach altem Recht erworbener Anrechte gilt (vgl Wick Rn 154 a): Am 31. 12. 2001 bereits laufende Versorgungsrenten sind unter Berücksichtigung der Gesamtversorggsfäh Zeit nach II Nr 3 S 1 b (Nümbg FamRZ 03, 314) und Versorgungsrenten unter Berücksichtigung der reinen PflichtversZeit nach II Nr 3 S 2 iVm II Nr 4 c (BGH NJW 82, 1989) zu bewerten. Hierbei ist die Leistg auch insoweit zu berücksichtigen, als sie auf familienstandsbezogenen Bestandteilen des Gesamtversorggsfäh Entgelts beruht (BGH NJW 85, 2945). – Der Ehezeitanteil von Anw der vor dem 31. 12. 2001 Ausgeschiedenen und seither beitragsfrei Versicherten auf VersichersRente bemisst sich nach II Nr 3 S 2 iVm II Nr 4 c. – Bestand des Beschäftigungsverh im öff Dienst über den 31. 12. 2001 hinaus fort, sind die nach neuem Recht erworbenen Anrechte gem Rn 56 u die nach altem Recht in das neue System übergeleiteten Anrechte gem II Nr 3 S 1 b nach dem Verh der Gesamtversorggsfäh Zeit in der Ehe zur gesamten anrechnungsfäh Zeit bis 31. 12. 2001 zu bewerten (Celle FamRZ 04, 632; Glockner FamRZ 02, 287) und beide sodann zu addieren (BGH FamRZ 07, 1084). Liegt das Ehezeitende vor dem 1. 1. 2002, ist die Startgutschrift (Rn 55) gem II Nr 3 S 1 b zu bewerten und auf das Ehezeitende herunterzudynamisieren (BGH FamRZ 08, 770). Zur Bewertg einer bereits bewilligten qualifizierten MindestversorggsRente BGH FamRZ 07, 1238.

d) Bewertung sonstiger Anrechte, Nr 4. – aa) Allgemeines. Nr 4 ist eine Generalklausel zur Erfassung sonstiger Anrechte auf VersLeistgen wg Alters u verminderter Erwerbsfähigk, die nicht zu den in Nr 1 bis 3 u 5 erfassten VersAnrechten zählen. Nr 4 wird für atypische Anrechte dch die noch weitere Auffangregelg des V ergänzt. Für die Anwendg der Vorschr kommen Anrechte auf Renten aus berufsständ VersEinrichtgen sowie die Alterssicherg der Landwirte, Renten aus Beiträgen der Höhervers (SGB VI 269 I) und insbes Renten aus ausländ Sozialversicherungen u Versorgung aus internationalen Organisationen in Betr. Maßg ist die jew Ruhelohnordng. Auf Unverfallbar kommt es nicht an (BGH FamRZ 88, 51). Wird bereits eine Vers bezogen, so unterliegt sie grdsätzl dem VA. Wie iFv II Nr 2 (Rn 31) ist die Erhöhg od Verminderg der Versorgg dch einen Zugangsfaktor od einen VersorggsZuschlag od -abschlag wg Inanspruchnahme der Altersrente nach od vor Erreichen der Altersgrenze nur insoweit zu berücksichtigen, als der LeistgBeginn bereits in der Ehezeit hinausgeschoben od erfolgt ist (BGH FamRZ 08, 1602 gg Karlsru FamRZ 05, 2073 zu II Nr 4 c).

bb) Nr 4 a. Bemisst sich die Rente od Leistg ausschließlich nach der Dauer einer Anrechnungszeit, also mit einem festen Betrag od Prozentsatz einer and Rechengröße pro MitgliedschZeiteinheit, so ist der Betrag der VersLeistg zugrunde zu legen, der sich aus der in die Ehezeit fallenden AnrechnungsZeit ergäbe, wenn bei Ende der Ehezeit der VersFall eingetreten wäre. Ein solches Anrecht stellt die Altersrente aus der Alterssicherg der Landwirte des ALG 23 dar (vgl Celle FamRZ 95, 1360). Hat der landwirtschaftl Unternehmer auch Anrechte als mitarbeitender Familienangehöriger erworben, die wg der niedrigeren Beitragsleistg auch zu niedrigeren Anrechten führen, kommt eine Bewertg nach Nr 4 d in Betr (Staud/Rehme Rn 368). Ist auf die Rente aus der Alterssicherg der Landwirte bei einem LeistgsBeginn vor Juli 2009 ÜbergangsR anzuwenden (ALG 97), so ist der Ehezeitanteil der Anw auf Altersrente nach Nr 4 b zu bestimmen. Unter die Vorschr fällt auch die niederländ AOW-Pension (BGH FamRZ 08, 770).

cc) Nr 4 b. – (1) Bemisst sich die Rente nicht od nicht nur nach der Dauer einer Anrechnungszeit und auch nicht nach den für die gesetzliche Rentenversicherung geltenden Grundsätzen (Buchstabe d), so wird der Ehezeitanteil zeitraufler wie bei der BeamtenVers (II Nr 1 S 3) u der betriebl Altersvers (II Nr 3) bestimmt. Die Gesamtzeit endet mit der in der jew VersOrdng od Satz vorgesehenen Altersgrenze (BGH FamRZ 85, 1236/8). Besond Altersgrenzen für bestimmte Gruppen von Beschäftigten sind zu beachten (BGH aaO). Mangels Altersgrenze ist auf die Regelpraxis abzustellen (BGH FamRZ 85, 1236/8; 08, 1418). Können nach Beginn einer Invalidenrente keine weiteren Anrechte begründet werden, endet die Gesamtzeit bereits mit Rentenbeginn (BGH FamRZ 96, 1538). – Grdlage der Verhältnisrechng ist die bei Erreichen der Regelaltersgrenze zu erwartende Rente; die Absicht, über sie hinaus tätig zu sein od die Tätigk vorzeitig einzustellen, ist ohne Bedeutg (BGH NJW 93, 1262). Für die Rente sind die Bemessungsgrdlagen bei Ehezeitende maßg; jedoch ist das voraussichtl künftige Beitragsverhalten zu berücksichtigen (BGH FamRZ 96, 95). – Soweit die Anrechte nach den Grdsätzen der Gesamtvers bemessen werden, ist die VBL-Methode anzuwenden (BGH FamRZ 88, 51).

(2) Die Auffangvorschr Nr 4 b gilt insbes für zahlreiche **berufsständische Versorgungseinrichtungen**, zB der Ärztekammer Hbg (Ffm FamRZ 86, 1006); Nordrhein Ärztevers (BGH NJW 83, 1378); Ärztevers Westfalen-Lippe (BGH FamRZ 96, 95) und Nds (Brem FamRZ 95, 44); die erweiterte Honorarverteilg der Kassenärztl Vereinig Hess (BGH FamRZ 98, 424); VersWerk der Ärztekammer des Saarl (Saarbr FamRZ 88, 958) und von Bln (KG FamRZ 82, 714); Notare in Bay (BGH FamRZ 85, 1236); RAe in NRW (BGH NJW 92, 174). Nds (BGH NJW 05, 1277) u im Saarl (BGH FamRZ 90, 382); Steuerberater u Steuerbevollm im Saarl (Saarbr FamRZ 92, 449); Seelotsen (BGH FamRZ 88, 51); Bezirksschornsteinfegermeister (Karlsru FamRZ 96, 553); ferner die Altershilfe für Landwirte bei einem LeistgsBeginn vor Juli 2009 (vgl Rn 59). Vgl iÜ JH/Hahne Rn 219.

dd) Nr 4 c. (1) Die Rente bemisst sich nach einem **Bruchteil entrichteter Beiträge**, wenn der Berechnungsformel der Versorggsleistg ausschließl ein fester Multiplikator einerseits und ein fester Bezugsbetrag (Gesamtsumme der Beiträge oder Umlagen) andseits zugrunde liegen. Zur Bewertg im VA wird dann der Betrag herangezogen, der sich aus den in der Ehezeit entrichteten Beiträgen ergäbe, wenn bei Ehezeitende der VersFall eingetreten wäre. – Diese Bestimmg findet auch auf betriebl Altersversorggen mit einem solchen RentenberechnungsSystem Anwendg (II Nr 3 S 2).

(2) Unter Nr 4 c fallen Leistgen aus Beiträgen zur Höhervers sowie für die VersRente gem VBL-Satzg aF 44 I; ferner Apothekerkammer Westf-Lippe (Hamm FamRZ 86, 70); Architektenkammer BaWü (BGH FamRZ 05, 430; 08 1602); Nds Zahnärztevers (Celle FamRZ 86, 913); Bay (BGH NJW-RR 95, 1) u Hess Ärztevers (BGH FamRZ 89, 951; 92, 165); Vers der deutschen Kulturorchester (BGH FamRZ 85, 1119 u 1235). Ist der Wert des auszugleichenden Anrechts von der nahehegl Zahlg von Beiträgen abhäng, so ist für die Bewertg im VA zu unterstellen, dass die Beitragszahlg mit dem Ende der Ehezeit zum Abschluss gelangt (Ffm NJW-RR 90, 1224).

ee) Nr 4 d. Bemisst sich die Rente nach den für die gesetzliche Rentenversicherung geltenden Grundsätzen, soll der Teilbetrag der sich im Ztpkt des Ehezeitendes ergebenden fiktiven Rente wg Alters zugrunde gelegt werden, der dem Verh der in die Ehezeit fallenden VersJahre zu den bis zum Ehezeitende insges zu berücksichtigten VersJahren entspricht. Der Widerspr zu § 1587 a II Nr 2 in der Berechng des Ehezeitanteils beruht auf einem Versehen des GesetzG. Der Ehezeitanteil ist desh nicht nach dem Verh der VersJahre, sondern wie

bei einer gesetzl RV aus der Summe der den Entgeltpunkten entsprechenden Größen, vervielfacht mit der dem aktuellen Rentenwert (Rn 30) entsprechenden Bemessungsgrundlage, zu bestimmen (BGH FamRZ 05, 1455). Die Regelg erfasst Anrechte, die im Wesentl dch die Dauer der Versichergszugehörigk, die Höhe der Beiträge u das Dchschnittseinkommen einer Vergleichsgruppe geprägt sind, u zwar auch dann, wenn Zeit- u Wertfaktor in einer Rechengröße (zB Werteinheiten, SteigerersZahlen) zusammengefasst werden. Ihrer Anwendg steht nicht mehr entgegen, dass nach der Satzg LeistgsVerbessern von der versichergsmathematischen Bilanz abhäng sind (BGH FamRZ 05, 1455). Unter Nr 4 fällt insbes die BaWü Ärzteversorgg (BGH FamRZ 05, 1455) und die nur noch für ältere Versicherte u am 30.6. 2002 bereits LeistgsBerecht weitergeführte Hüttenknappschaftl Zusatzvers im Saarl (BGH FamRZ 84, 573).

- 65 **e) Anrechte aus privaten Rentenversicherungen, II Nr 5. – aa) Allgemeines.** Die Bewertg nach II Nr 5 geht derjen gem II Nr 3 nach. Ist eine Lebensvers als Direktvers iR der betriebl Altersvers (BetrAVG 1 b II) abgeschl worden, unterliegt das Anrecht der Bewertg nach II Nr 3 (BGH FamRZ 03, 1648). Kommt bei Direktvers u Pensionskassen aber die versichergsvertragl Lösng zum Zug (Rn 47) od handelt es sich um eine Beitrags-
zusage mit MindLeistg (BetrAVG 2 V) od eine beitragsorientierte LeistgsZusage (BetrAVG II V a Hs 2), bleibt II Nr 5 anwendb.
- 66 **bb) Für die versorgungsausgleichsrechtliche und personale Zuordnung der privaten Versicherungen gilt:** Dem VA unterliegen idR nur private Rentenversicherungen, die speziell für das Alter od die Zeit einer verminderten Erwerbsfähigk bestimmt sind und als Ersatz für das bisherige Erwerbseinkommen dienen sollen (BGH FamRZ 07, 889); ferner müssen sie zur Vers gerade einer dem VA unterworfenen Person bestimmt sein (des Versicherten iSd II Nr 5). Damit scheiden aus: Versicherungen, aus denen Rentenleistgen zu einem erhebl Teil auch schon während des aktiven Erwerbslebens gezahlt werden (BGH aaO); bei denen, wenn auch nur widerrufll, Bezugsrecht ein Dritter ist (JH/Hahne Rn 223; Staud/Rehme Rn 394); bei denen der Versicherte (die Gefährperson) ein Dritter ist (Rahm/Künkel/Klattenhoff V 276. 6; aA Glockner/Uebelhack Rn 444; JH/Hahne Rn 223). Liegen die obigen Voraussetzungen dagg vor, ist Versicherter iSv II Nr 5 der VersN, wenn er zugl Bezugsberechtig ist. Ist dies der Eheg, ist er bei unwillkürll od mit Eintritt des VersichsFalls unwillkürll gewordener Bezugsberechtig der Versicherte, andfalls der VersN (BGH NJW 92, 1103).
- 67 **cc) Eine Sicherungsabtretung der vereinbarten VersLeistg wg einer eigenen Verbindlichk ist unbeachtl, wenn und soweit diese güterrechtl zu berücksichtigen ist (Zweibr FamRZ 04, 642; aA zutreffd Nürnberg FamRZ 05, 1256 im Sonderfall der zusätzl Vollfinanzierg einer Lebensvers). Bei Sicherg einer Fremdverbindlichk kommt ein Abschlag je nach der Wahrscheinlichk der Inanspruchnahme u der Regressaussicht in Betr.**
- 68 **dd) Versicherungsarten. – (1) Bei der Risikoversicherung** wird erst im LeistgsFall ein Deckgskapital gebildet; der VersSchutz wird mit dem jew letzten Beitrag aufrechterhalten. Darunter fallen insbes selbstb **Berufsunfähigkeitsversicherungen** u die BerufsunfähigkZusatzversicherungen. Sie unterfallen dem VA nur, wenn entweder die Rente wg Eintritts des VersFalls vor Ehezeitende bereits gewährt wird (BGH FamRZ 93, 299; 05, 1530), wobei Bewilligg genügt (Brdbg FamRZ 07, 736), od die PrämienzahlgsPfl aus and Grd vor diesem Ztpkt geendet hat (BGH FamRZ 86, 344; 88, 488). Dasselbe gilt für private **Unfallversicherungen** (Soergel/Winter Rn 321; Rahm/Künkel/Lardschneider V 275, 14; differenziert Wick Rn 160).
- 69 **(2) Wird während der AnwartschPhase ein individuelles Deckgskapital erworben, was idR bei Lebensversicherungen der Fall ist, gilt: Kapitallebensvers unterfallen dem güterrechtl, Rentenlebensvers dem VA. Vgl dazu im Einzelnen § 1375 Rn 9. Hat das VersUnternehmen wg einer versichergsvertragl vereinbarten „Kriegsklausel“ keine Vers wg Alters od vermindeter Erwerbsfähigk zu erbringen und hat der VersN als Beamter od Berufssoldat daher infolge eines Einsatzunfalls einen AusglAnspr gg seinen früheren Diensttherm (BeamTVG 43 a, SVG 63 b), ist die Ersatzleistg als VersSurrogat in den VA einzubeziehen.**
- 70 **ee) Bewertung. (1) Ausgleichspflichtig** ist diejen Anw od Rente, die auf dem in der Ehezeit gebildeten Deckgskapital beruht. Dabei ist zw Versicherungen mit und ohne fortbestehende PrämienzahlgsPfl zum Ztpkt der RHängigk zu unterscheiden. Sind weiterhin Beiträge zu bezahlen, ist der Rentenbetrag zu ermitteln, der sich nach Umwandlg in eine prämiensfreie Vers zum Ehezeitende als fiktive Rente zu diesem Ztpkt ergibt; ein auf vorehel Beiträgen beruhender Rentenbetrag ist entspr abzuziehen, wobei Bezugspunkt der Ztpkt der Heirat ist (II Nr 5 a). Dass nach den VersBedinggen die Umwandlg in eine beitragsfreie Vers bei Eheschl od Heirat noch nicht zulässig war, ist ohne Bedeutg; ein Stornoabzug ist nicht zu berücksichtigen (BGH NJW 86, 1344). Bei beendeter PrämienzahlgsPfl ist die fiktive Rente od die schon bezogene zum Ztpkt der RHängigk der Scheidg nach Abzug der evtl fiktiven Rente zum Ztpkt der Eheschl nach Umwandlg in eine prämiensfreie Vers zu diesem Ztpkt maßg (II Nr 5 b).
- 71 **(2) Leistungen aus einer Risikoversicherung** sind nicht nach Nr 5 b zu bewerten, weil das erst mit dem LeistgsFall gebildete Deckgskapital (Rn 68) nicht in einen ehel u einen vorehel Teil aufgespaltert werden kann. Das Anrecht ist in voller Höhe anzusetzen (MüKo/Glockner Rn 454). Einer zeitl Begrenzg der Rentengewähr ist dch Umrechng nach BarwertVO 4 II, 5 II Rechng zu tragen (Celle FamRZ 82, 617; teilw aA Stgt FamRZ 01, 493).
- 72 **4) Umwertung nicht voll dynamischer Versorgungsrechte, III, IV.**
a) Der Dynamisierung unterliegende Anrechte. – aa) Qualitative Unterschiede der in den VA einzubeziehden Anrechte bleiben im Interesse der Praktikabilität unberücksichtigt (BGH NJW 83, 336). Eine verschiedenartige Dynamik wird dagg als besond gewichtiges Wertelement berücksichtigt. Für **Anrechte iSv II Nr 3 und 4, die nicht wenigstens annähernd entsprechend den Anrechten iSv Abs II Nr 1 und 2 der allgem Einkommensentwicklung folgen**, ordnen III und IV an, sie auf der Basis der RechngsGrdlagen der gesetzl RV in ein dynamisches Anrecht umzurechnen u mit diesem Wert im VA zu berücksichtigen. Dies gilt auch für **nichtdynamische Anrechte nach V**. Darüber hinaus unterliegen, unabhäng von ihrer Wertentwicklg, **Anrechte iSv II Nr 5** wg der besond versichergstechnischen Struktur der Lebensvers immer der Umwert nach III Nr 1 (Celle FamRZ 04, 632/4; JH/Hahne Rn 237).
- 73 **bb) Unselbständige Elemente eines Versorgungsanrechts** teilen bei Anwendg von III das Schicksal der Vers als Ganzes, so dass bezügl einzelner Teile eine isolierte Anrechng unterbleibt. Die zum Ruhegehalt gezahlte, seit 1994 auf dem Stand der Bezüge für Dezember 1993 festgeschriebene jährl Sonderzuwendg unterliegt desh keiner Dynamisierg in entspr Anwendg von III u IV iVm V (BGH FamRZ 99, 713).
- 74

cc) Die Umwertungsanordnung des III kann nicht herangezogen werden, um **Kapitalleistungen** Rentenansprüchen in der Ausgleichsbilanz (I S 2) gleichsetzen zu können (BGH FamRZ 03, 923). Sie unterliegen dem güterrechtlich Ausgleich (Rn 69).

b) **Voraussetzungen der Dynamik.** – aa) Eine **voll-dynamische Versorgungsentwicklung** kann nach der Rspr des BGH bejaht werden, wenn der Wertzuwachs der zu beurteilenden Anwartschaft bis zum Leistungsfall während der künftigen Leistungsphase nach der tatsächlichen Übung des VersTrägers (BGH FamRZ 97, 166) mit der Entwicklung von Anrechten aus einem der in III genannten Versysteme annähernd Schritt hält (BGH NJW 83, 336). Dazu muss sowohl die Anwartschaft als auch die Leistung regelmäßig der allgemeinen Einkommensentwicklung angepasst werden. Ein Rechtsanspruch auf Anpassung an die Lohn- und Gehaltsentwicklung oder zumindest an die Steigerung der Lebenshaltungskosten ist nicht erfüllt (BGH NJW 83, 336; FamRZ 92, 1051/3; 97, 166/8). Auch der Vorbehalt wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des VersTrägers schließt die Annahme der Voll-dynamik nicht von vornherein aus (BGH NJW 83, 336). Ihr steht auch nicht im Wege, dass die zur Erhöhung führenden Mittel aus Überschusserträgen stammen (BGH FamRZ 97, 166). Anderserseits führt das in BetrAVG 16 enthaltene Gebot an den ArbZG, alle 3 Jahre eine Anpassung der laufenden Leistungen der betriebs Altersversicherung zu prüfen u hierüber nach billigem Ermessen zu entscheiden, als solches nicht zu laufenden Anpassungen der Versleistungen in gleicher oder nahezu gleicher Weise wie bei den voll-dynamischen Versorgungssystemen (BGH FamRZ 85, 1235). Auch eine Teildynamik aus der Verteilung von Überschüssen, die dadurch möglich wird, dass aus dem angesammelten Kapital höhere Erträge erzielt werden, als sie im sog rechnungsmäßigen Zins mit 4% ohnehin schon berücksichtigt worden sind, od dass Verwaltungskosten eingespart werden od dass sich das Verhalten der VersEmpfänger u Beitragszahlern unvorhergesehen verschiebt, lässt sich nicht mit der Voll-dynamik der gesetzlich RV gleichsetzen (BGH FamRZ 91, 310). Maßgebend ist vielmehr, ob der Wert des Anrechts **tatsächlich** in gleicher oder – mit geringfügigen Abweichungen – in nahezu gleicher Weise steigt wie der Wert der in II Nr 1 u 2 genannten Anrechte (BGH FamRZ 92, 1051/3; 97, 166/8; NJW 08, 1813; vgl hierzu die Tabelle von Gutdeutsch (FamRZ 07, 522), wobei auch künftig mit Wertsteigerungen der Maßstabsversorgung gerechnet werden muss (BGH NJW 08, 1813). Erfüllt ist eine Prognose der weiteren Entwicklung des Anrechts unter Berücksichtigung der im Einzelfall maßgebenden Finanzierungsgrundsätze u des Leistungssystems (BGH FamRZ 02, 1554). Hierzu können einerseits die Daten der Vergangenheit nicht einfach fortgeschrieben werden; andererseits ist nicht die absolute Gewissheit zu fordern, dass künftige Anpassungen mit denen der voll-dynamischen Versorgung Schritt halten werden (BGH NJW 83, 336). Die Prognose der voraussichtlichen Entwicklung hat die bis zur jetzigen Entscheidung eingetretenen neuesten Entwicklungen zu berücksichtigen (BGH FamRZ 98, 424). Die tatsächliche Entwicklung ist immerhin Indiz (BGH FamRZ 97, 166), wobei der angemessene Vergleichszeitraum angesichts der gegenwärtigen renten- u pensionsrechtlichen Unsicherheiten nicht mehr als 10 Jahre betragen darf (BGH NJW 04, 2676). Individuelle, in der Rechtsform, Mitgliederstruktur od den wirtschaftlichen Verhältnissen liegende Umstände können ggf ein Fortschreiben der bisher Steigerungsgraten sprechen (BGH NJW 08, 1813).

bb) Wird **zum Ehezeitende bereits Rente bezahlt**, kommt es nur auf die Verhältnisse während der Leistungsphase an (BGH NJW 92, 175). In den VA ist dann nur die auf das Ende der Ehezeit bezogene Rente u nicht die zuvor bestehende Anwartschaft einzubeziehen (BGH FamRZ 07, 1084). Gleiches gilt beim **Einsetzen der Rente zwischen Ehezeitende und Entscheidungszeitpunkt** nur, wenn entweder mit dem Rentenbezug eine im Anwartschaftsstadium vorhandene Verfall (Einkommens-) Dynamik unverfall u das Anrecht damit insges („voll“) dynamisch wird sowie die Bemessungsfaktoren sich seit Ehezeitende nicht geändert haben (BGH NJW 07, 375 und 2477; FamRZ 07, 1084) od wenn die Maßstabsversorgung des II Nr 1 u 2 während dieser Phase nicht angestiegen sind (BGH FamRZ 07, 1084). Anfalls ist der Nominalbetrag nach der BarwertVO umzurechnen (BGH FamRZ 07, 1084; aA Hamm FamRZ 08, 698 unter Berufung auf Bergner FamRZ 05, 602: Rückrechnung an Hand der aktuellen Rentenwerte, Rn 30).

c) **Dynamik im Anwartschaftsstadium.** – aa) Für die Dynamik im Anwartschaftsstadium reicht es nicht aus, dass sich die Beiträge nach dem jeweiligen Einkommen des Mitglieds richten u deshalb Einkommenssteigerungen unmittelbar auch eine Erhöhung der Versicherung bewirken (**Beitragsdynamik**); hierbei handelt es sich um die Auswirkung lediglich der individuellen u nicht, wie erfüllt, eine allgemeine (überindividuelle) Einkommensentwicklung (BGH FamRZ 87, 361 u 1241).

bb) Die Finanzierung im Umlage- od offenen Deckungsplanverfahren ist ein Indiz für eine volle Anwartschaftsdynamik (BGH FamRZ 83, 998; NJW 92, 174), diejenige im Kapitaldeckungsverfahren spricht aber nicht zwingend dagegen (BGH FamRZ 05, 430 unter Änderung der früheren Rspr). Entscheidend für die Anwartschaftsdynamik ist, ob der **Wert der schon geleisteten Beiträge** sich doch eine wie immer geartete Anpassung in gleichem Umfang wie die Anwartschaft der gesetzlich RV u der Beamtenversicherung **erhöht** (BGH NJW 08, 1813); die Koppelung der zu leistenden Beiträge an eine regelmäßig angepasste allgemeine Bemessungsgrundlage od das Einkommen des Versicherten genügt nicht (BGH FamRZ 87, 361; 02, 1554).

cc) Anrechte aus einer **betrieblichen Altersvorsorge** sind wg II Nr 3 S 3 im Anwartschaftsstadium zunächst grundsätzlich als statisch zu behandeln, da die Dynamik wg BetrAVG 2 V als noch verfallend angesehen werden muss. Wird jedoch ein Deckungskapital gebildet u dieses verzinst od doch Überschüsse erhöht, kann Dynamik vorliegen (BGH NJW 08, 1813).

dd) Anrechte der **öffentlich-rechtlichen Zusatzversorgung** nach deren Strukturreform sind nach der Grundsatzentscheidung des BGH (FamRZ 04, 1474 mAv Glockner; vgl auch BGH NJW 04, 3426 u 3705; 05, 1778; FamRZ 05, 880) wg ihrer versicherungstechnischen Struktur u mit Rücksicht auf die absehbare Kapitalmarktrenditen während der Anwartschaftsstadiums, einschließl der Startgutschrift (BGH FamRZ 07, 1084; teilw aA Celle FamRZ 07, 1654).

d) **Dynamik im Leistungsstadium.** – aa) Wg der tiefgreifenden Veränderung sowohl der Entwicklung der gesetzlich RV u der Beamtenversicherung als auch der gesetzlichen Grundlagen können die bisher dazu entwickelten Grundsätze nur eingeschränkt aufrecht erhalten werden. Die partielle Entkoppelung der Rentendynamik von der Einkommensentwicklung macht die Anbindung der Dynamik an die Einkommensentwicklung nicht mehr zwingend. Entscheidend ist nunmehr allein, ob die Anpassung der Leistung voraussichtlich mit der Entwicklung der gesetzlich RV u der Beamtenversicherung im Einzelfall Schritt halten wird. Entsprechend der indiziellen Bedeutung der bisher entwickelten (vgl Rn 75) sind die bisher **tatsächlichen Anpassungen mit den Anpassungen der Maßstabsversorgung zu vergleichen**. So sind betriebliche Altersversorgungssysteme schon auf der Grundlage eines Vergleichs ihrer tatsächlichen erfolgten Anpassungen mit denen der gesetzlich RV u der Beamtenversicherung als dynamisch bewertet worden (Zweibr FamRZ 00, 539; Düss FamRZ 00, 829 [LS]; Schlesw FamRZ 03, 1931; aA Bamberg FamRZ 01, 484). Eine in der Versordnung vorgesehene u auch durchgeführt Anpassung an die Preisentwicklung kann deshalb die Dynamik begründen, da der Verbraucherpreisindex in den letzten 10 Jahren

stärker gestiegen ist als die Renten der gesetzl RV (BGH NJW 07, 375 und 2477; aA noch BGH FamRZ 95, 88). Daraus folgt weiter, dass die nach BetrAVG 16 II, III Nr 1 nunmehr vorgesehene Anpassg der Leistgen aus Direktvers u Pensionskassen zur Bewertg als im LeistgsStadium dynamisch führt (Düss FamRZ 05, 724; Glockner FamRZ 04, 1476; Bergner FamRZ 04, 1631/3). Die Eigng der Beamtenversorgg als Maßst für Dynamik wird dch die zu erwartende unterschiedl Entwickl gGrd der neuen Gesetzgebgszuständigk der Bundesländer in Frage gestellt (Borth FamRZ 08, 1151).

82 **bb)** Anrechte der **öffentlich-rechtlichen Zusatzversorgung** sind währd der LeistgsPhase dynamisch. Das trifft wg der jährl Erhöhg um 1% jährl nach dem ÜbergangsR auch auf die am 31. 12. 2001 bzw am 31. 12. 2002 bereits laufde u weiterzuzahlde Besitzstandsrente zu.

83 **e) Umwertung.** – **aa)** III sieht vor, aus dem Deckgskapital od, soweit kein individuelles Deckgskapital gebildet wird, aus dem Barwert (Kapitalwert) des ehezeitbezogenen Anrechts die Regelaltersrente zu errechnen, die sich ergäbe, wenn der Kapitalwert bei Ehezeitende als Beitrag in die gesetzl RV eingezahlt würde.

84 **bb)** Die Umrechng auf der Grdlage des **Deckungskapitals** gem **Nr 1** ist vorrangig. Deckgskapital ist das aus den VersBEträgen des Berecht zur Abdeckg der künftigen Rentenleistgen angesparte Kapital abzügl Verwaltungskosten u zuzügl Zinsen (BGH FamRZ 92, 165). Für ein Deckgskapital ist wesentl, dass es aus Beiträgen der Versicherten angesammelt u nicht erst vom Versicherer gebildet wird, sobald das versicherte Risiko eingetreten ist, wie etwa bei der BerufsunfähigkVers. Es schadet nicht, wenn ein geringerer Teil der Rentenleistgen nicht aus dem individuellen Deckgskapital des Versicherten finanziert wird; in diesem Fall ist auch kein Zuschlag auf das Deckgskapital gerechtf (BGH FamRZ 89, 155). Wenn wesentl Teile der Rentenleistgen nicht aus dem Deckgskapital gewährt werden, tritt Nr 1 zG der Nr 2 nur dann zurück, wenn der nach Nr 2 ermittelte Barwert höher ist als das Deckgskapital u damit den Wert besser wiedergibt (BGH FamRZ 05, 600). Für die Umwertg betriebl Rentenanspruch schreibt IV die Anwendg der Nr 2 zwingd vor; vgl aber Rn 86. Das auf eine Hinterbliebenenvers entfallde Deckgskapital ist nicht in die Umwertg einzubeziehen (BGH FamRZ 92, 165). Zur Umrechng laufder Renten aus Anrechten, die im LeistgsStadium dynam sind, vgl Rn 76.

85 **cc)** Zur Ermittl des in den VA einzustellenden Rentenbetrages ist dasjen Deckgskapital zu bestimmen, das dem auf die Ehezeit entfallenden Teil des Anrechts entspricht. Die dynamische Rente errechnet sich nach Entrichtg dieses Deckgskapitals als Beitrag in die gesetzl RV. Die Einzelh regeln jährl bekanntgegebene RechngsGrößen zum VA (bis 1. Halbjahr 2008: FamRZ 08, 115).

86 **dd)** Für die übrigen nicht volldynamischen Anrechte sieht III **Nr 2** die Umwertg auf der Grdlage eines nach der BarwertVO zu bestimmenden Barwerts vor. Betriebl Altersversorggen sind nach der ausdrükl Regelg in IV stets nach Nr 2 umzuwerten; auf die Bildg eines Deckgskapitals kommt es nicht an. Ob dies ausnahmslos gilt, hat der BGH bislang offen gelassen (FamRZ 94, 23; 03, 1648). Parallel zur Bestimmg des Ehezeitanteils betriebl Altersversorggen mit Deckgskapital entgg II Nr 3 nach II 5 (Rn 47) ist Nr 1 richtigerw auch bei betriebl Altersversorggen anzuwenden, die sich nach einem individuellen Deckgskapital bemessen (MüKo/Rühmann Rn 470; Staud/Rehme Rn 449; JH/Hahne Rn 238).

87 **ee)** Der **Barwert** ist der auf einen bestimmten Ztpkt abgezinst Wert aller nach der Lebenserwartg des Berecht voraussichtl zu erbringenden Rentenleistgen (FamRZ 92, 165). Der aus der Entrichtg des Barwerts als Beitrag in der gesetzl RV sich ergebde Rentenbetrag ist dann dem VA zugrunde zu legen. Die Einzelh der Berechng regelt die BarwertVO idF vom 3. 5. 2006 (BGBl I 1144); vgl Erläuterung im Anh zu § 1587a. Zu verfassungsrechtl Bedenken gg die Umwertgsmethode des III Nr 2 vgl Oldbg FamRZ 06, 1389; 07, 1743; Bergner NJW 03, 1625; NJW 06, 1558 u 2157; FPR 06, 55; NJW 07, 1558; 08 Heft 4 Beilage S 26; Rehme FPR 07, 117. Die Probleme beim Ausgl nicht volldynamischer Anrechte sind nicht Ausdr spezifischer Mängel der BarwertVO, sond struktureller Natur (zutreffd Bergner NJW 02, 260). Bei ihnen handelt es sich um eine Konsequenz der kapitalwertorientierten Umwertg nicht volldynamischer Anrechte auf der Basis der Rechengrößen der gesetzl RV. In einem solchen System muss es bei der Dynamisierg zu Nominalwertverändergen (BGH FamRZ 01, 1695/6: „Transferverlust“) kommen, die über einen Ausgl von Dynamikunterschieden hinausgehen (Klattenhoff/Schmeiduch FamRZ 03, 409). Diese Verändergen beruhen auf den Unterschieden zw den RechngsGrdlagen der gesetzl RV u des jew nicht volldynamischen VersSystems sowie auf der Divergenz zw Zins (für die Kapitalwertbildg maßg) u EinkDynamik (Orientiergsgröße für die Höhe des Rentenansrechts).

88 **f) Beispiele volldynamischer Anrechte:** Abgeordneteners (BGH FamRZ 88, 380; NJW-RR 05, 730); Allgäuer Alpenmilch GmbH (BGH FamRZ 97, 166); Alterssicherg der Landwirte (BGH FamRZ 84, 42); Apothekerkammer Westfalen-Lippe (Hamm NJW 07, 1599); Apothekervers SchlH (Schlesw FamRZ 96, 1082); Arztevers BaWü (Karlsru FamRZ 90, 1252); Bln (AG Charl FamRZ 82, 306; Brdbg FamRZ 08, 1351 LS); Hbg (Hbg FamRZ 80, 1028); Nds (Brem FamRZ 95, 44); Nordrhein (BGH NJW 83, 1378); Saarl (Saarbr FamRZ 88, 958); Sachsen-Anhalt (Naumbg FamRB 04, 183; zuR krit Gutdeutsch aaO: angleichgsdynam); Westfalen-Lippe (BGH FamRZ 83, 998; offen BGH FamRZ 05, 188 für Bay [nach 1984]); Architektenvers BaWü (BGH FamRZ 08, 1602); NRW (Düss FamRZ 90, 1006); Beamtenversverein des Deutschen Bank- u Bankiergewerbes (BVV; BGH FamRZ 92, 1051; Saarbr NJW 06, 3073; Kblz FamRZ 08, 1353); VersAnstalt der Deutschen Bezirksschornsteinfegermeister (Karlsru FamRZ 96, 553); Erweiterte Honorarverteilg der KÄV Hessen (Ffm NJW-RR 92, 649; offen BGH FamRZ 98, 424); Zusatzversorgg bei der Hbg Sparkasse (Celle FamRZ 93, 208); umlagefinanzierte Hüttenknappschaftl Zusatzvers im Saarl (BGH FamRZ 84, 573); Gemeins AusglKasse im Seelotswesen der Reviere (BGH FamRZ 88, 51); Nestlé Pensionskasse (BGH FamRZ 97, 166); Notarkasse Mü (BGH FamRZ 85, 1236); PensionsversAnstalt Wien (Köln FamRZ 06, 1847); Zusatzversorgg bei der Pensionskasse Deutscher Eisenbahnen u Straßenbahnen (Zweibr FamRZ 06, 271 [LS]); RAVers NRW (BGH NJW 92, 174); Nds (Brschw FamRZ 01, 161); SchlH (BGH FamRZ 96, 97); Sécurité Sociale (Karlsru FamRZ 06, 1848); VersWerk der Wirtsch- u vereid Buchprüfer NRW (Düss FamRZ 96, 1483); VersWerk des WDR u SWF (Celle u Kblz FamRZ 86, 474 u 87, 717); Zahnärztevers Bln (KG FamRZ 82, 714).

89 **g) Beispiele im Anwartschaftsstadium statischer und im Leistungsstadium dynamischer Anrechte nach neuerer Rspr** sind insbes die Anrechte der Zusatzversorgg des öff Dienstes nach der Umstellg auf das Punktemodell, vgl Rn 53 (BGH NJW 04, 2676 und 3705; 05, 1778; FamRZ 05, 880 und 1532; Stgt FamRZ 06, 270 Ls), ferner die Anrechte bei der Bayer Pensionskasse (Düss FamRZ 05, 724; Köln NJW-RR 05, 229), bei der Daimler-Chrysler UnterstützgsKasse (Stgt FamRZ 06, 709 Ls) und bei der Landesärztekammer Hessen (BGH FamRZ 06, 397). – Von der Wiedergabe früherer RsprBsp für im Anwartsch- od LeistgsStadium nicht dynam Anrechte wird abgesehen; ihre Aussagekraft ist dch die zu Rn 81 dargestellten Verändergen erheb eingeschränkt.

- 5) Wertbestimmung nach billigem Ermessen, V. – a)** Die Vorschr ist ein **Auffangtatbestand** für die Bewertung von VersAnrechten, die sich weder nach ihrer Art noch ihrer Berechnungsweise einer der in II Nr 1–5 genannten Versorgung zuordnen lassen (BGH NJW **82**, 1939; FamRZ **99**, 713). Die Vorschr **erweitert** zugl den Kreis der in den VA einzubeziehenden Versorgung; die redaktionelle Anpassg des 1587 I 1 ist versäumt worden (BGH NJW **84**, 1544). Nicht anwendb ist V, wenn die Bewertung nach II–IV auf tats, rechnerische od rechtl Schwierigk stößt. 90
- b)** Nach V sind **Anrechte atypischer Art** (BGH FamRZ **88**, 1251) zu erfassen, wobei der dch § 1587 I 1 gesetzte Rahmen nicht überschritten werden darf (BGH NJW **84**, 299). Das Gericht hat aGrd eines Vergleichs des atypischen Anrechts mit einem der in II geregelten Anrechte festzustellen, welche BewertgsRegelg des II am ehesten herangezogen werden kann, u muss diese entspr der Besonderh der zu bewertenden Anrechte unter Beachtg der BewertgsGrdsätze der III, VI – VIII modifizieren. 91
- c)** Die **Bewertung** erfolgt gem V insbes bei auslnd od internationalen VersAnrechten (BGH NJW **82**, 1939; FamRZ **96**, 98) u beim Leibgedinge, soweit es in den VA fällt (vgl § 1587 Rn 5). Auf der Grdlage des V ist das VersAnrecht von Zeitsoldaten u Widerrufsbeamten mit dem Wert des Anrechts auf Nachvers in der gesetzl RV zu bewerten (Rn 14). Auch Anrechte von Regiergsmitgliedern sind nach V zu bewerten, währd für Abgeordnete in AbgG 25 a eine spezielle BewertgsVorschr eingreift. 92
- 6) Berücksichtigung von Ruhens- und Anrechnungsvorschriften, VI.** 93
- a) Übersicht. – aa)** Liegt das Anrecht zwar dem Grunde nach vor, ist es aber im LeistgsFall nicht (voll) realisierb, hat dies auf die Bewertg grdsätzl keinen Einfluss. Etwas and gilt iF des Ruhens wg des **Zusammentreffens** mit einem and VersAnrecht, wenn dieses dem Grd nach dem VA unterliegt u währd der Ehezeit erworben worden ist (BGH NJW **83**, 1313; FamRZ **00**, 749). VI sieht vor, dass iF miteinander konkurrierender Anrechte von dem sich nach Anwendg der versorgsrechtl Antikulationsregelg ergebenden Betrag auszugehen ist. Die Vorschr erfasst unmittelbar die Regelgen des öff DienstR über die Begrenzg des VersAnspr bei Zutreffen mit Ruhestandsbezügen aus einer weiteren Verwendg im öff Dienst (zB BeamtVG 54), aus internationaler Verwendg (zB BeamtVG 56, 69 c V) u teilw beim Zutreffen mit Renten aus der gesetzl Renten- u Unfallvers, mit der Zusatzvers des öff Dienstes od mit Leistgen aus einer berufsständ VersEinrichtg od privaten LebensVers, wenn der ArbG an den Beiträgen beteiligt war (zB BeamtVG 55). Die Regelg enthält über ihren Wortlaut hinaus den allg Grds, dass beim Zutreffen verschiedener Anrechte, von denen jedes einzelne im Grds dem VA unterliegt, die einschläg Anrechnungs- und Ruhevorschriften anzuwenden sind (zB AbgG 29 IV, VI). VI ist nicht anwendb beim Zutreffen von Bezügen mit Erwerbs- u Erwerbsersatz Einkünften nach BeamtVG 53. 94
- bb) Berücksichtigung der Leistungsminderung im VA.** Voraussetzung ist, dass das zur Minderg des zu bewertenden Anrechts führde and VersAnrecht **während der Ehe erworben** wird u damit kürzgsursächl ist (BGH NJW **83**, 1313; FamRZ **96**, 98). Ist das zu bewertde Anrecht wg eines ausschließl vor der Ehe erworbenen and Anrechts od aGrd einer nachehel VersEntwicklg (BGH FamRZ **00**, 749) zu mindern, bleibt dies im VA unberücksichtigt. 95
- b) Wertberechnung. – aa)** Treffen **mehrere beamtenrechtliche Versorgungsanrechte** zus, ist nach VI 1. Hs von den sich aus den nach Anwendg der entspr Ruhensvorschriften ergebenden gesamten VersBezügen u der gesamten in die Ehezeit fallenden ruhegehaltstfah Dienstzeit auszugehen. Das bedeutet: Zunächst sind die konkurrierenden Anrechte gem 54 BeamtVG (ergänzt dch BeamtVG 85 VI bzw SVG 55 V) zu errechnen. Dann wird das frühere Anrecht gekürzt, soweit die Summe aus beiden Anrechten einen Höchstbetrag übersteigt. Für die zeitl Priorität gilt der Ztpkt des LeistgsBezugs, bei Anwartsch das Ende der ErweitergsZeit iSd II Nr 1 S 2, hilfsw der Ztpkt der Begründg des Anrechts. Die Höchstgrenze ist das Ruhegehalt, das sich aGrd der für das frühere Anrecht maßg Ruhegehaltsskala auf der Grdlage der ruhegehaltstfah Dienstzeit u der ruhegehaltstfah Dienstbezüge der BesoldgsGruppe, aus der sich das frühere Ruhegehalt errechnet, ergibt. Maßg ist die gesamte, also aus der früheren u der neuen Verwendg errechnete ruhegehaltstfah Dienstzeit, bei Anwartsch auf die Altersgrenze hochgerechnet, wobei Doppelanrechnngen zu vermeiden sind. Die ruhegehaltstfah Dienstbezüge sind um familienbezogene Bestandteile zu bereinigen (VIII). Der Ehezeitanteil beider VersAnrechte wird errechnet, indem die aus ihnen nach Kürzg sich ergebde Gesamtvers im Verh der bei beiden VersTrägern ehezeitl erbrachten Dienstzeiten zu den insges zurückgelegten Dienstzeiten quotiert wird, wobei auch hier Doppelanrechnngen zu vermeiden sind (BGH FamRZ **96**, 98/102). 96
- bb)** VI Hs 2 regelt iVm 55 BeamtVG die Wertberechng beim **Zusammentreffen von beamtenrechtlichen Versorgungsanrechten** mit solchen aus der **gesetzlichen Rentenversicherung**, der öffrechtl Zusatzvers, der berufsständischen Altersvers od einer zur Versichergsbefreig in der gesetzl RV führden Lebensvers. Da der ausgleichsberecht Eheg eine Kürzg nur hinzunehmen hat, wenn u soweit er andseits auch an der kürzgsursächl Vers teil hat (BGH NJW **83**, 1313), bleibt eine Kürzg der Beamtenvers, wie auch des Anrechts aus der gesetzl RV, wg Konkurrenz mit einer Verletztenrente aus der gesetzl Unfallvers außer Betr. – Das beamtenrechtl Ruhegehalt wird neben der ungekürzten Rente bzw der auf die Altersgrenze hochgerechneten Rentenanwartsch nur insow bezahlt, als es zus mit dieser eine Höchstgrenze nicht überschreitet. Dabei bleiben Rententeile, die auf freiwill Vers od auf Beiträgen zur Höhervers beruhen, unberücksichtigt, es sei denn, der ArbG hat die Beiträge zur Rentenvers mind zur Hälfte getragen (BeamtVG 55 IV S 2; vgl BGH FamRZ **88**, 49; **95**, 413); dasselbe gilt für Zu- u Abschläge aGrd des öffrechtl VA (BeamtVG 55 I 7). Auf die Erfüllg von Wartezeiten in der gesetzl RV kommt es gem VII nicht an (BGH NJW **83**, 1313). Der Höchstbetrag ermittelt sich aus den ruhegehaltstfah Dienstbezügen der Endstufe der für die Bemessg der Vers maßg BesoldgsGruppe sowie aus der ruhegehaltstfah Dienstzeit grdsätzl vom 17. Lebensjahr bis zum Eintritt des LeistgsFalls, ergänzt um die ZurechnungsZeit sowie um der Rente zugrunde gelegte Pflichtzeiten, die nach Eintritt in den Ruhestand zurückgelegt worden sind. Wird eine Sonderzuwendg jew im Dezember bezahlt, ist der Höchstbetrag getrennt für diesen Monat einerseits u die übrigen Monate andseits zu berechnen u daraus der dchschnittl monatl Höchstbetrag zu bilden; Entsprechdes gilt für die Kürzg. – Zur Ermittlg des Ehezeitanteils an dem gekürzten Anrecht ist der Ehezeitanteil der ungekürzten Beamtenvers nach II Nr 1 S 3 zu ermitteln. Hiervon ist der ebfalls zeitratierl ermittelte Ehezeitanteil des KürzgsBetrages abzuziehen (BGH FamRZ **00**, 746 u 748). Dabei ist ein nicht vollndynamisches, im öffrechtl VA zu berücksichtigtes Anrecht mit seinem dynamisierten Wert in die Ruhensberechng einzubeziehen (BGH FamRZ **87**, 798; **06**, 397). 97

cc) VersAnrechte aus **zwischen- und überstaatlicher Verwendung** führen über VI Hs 2 iVm BeamtVG 56 zum Ruhen des nach BeamtVG erworbenen Anrechts iH des Betrages, um den die Summe der VersBezüge die im BeamtVG 56 II genannte Höchstgrenze übersteigt, mind jedoch iH des Betrages, der einer Minderd des Ruhegehaltssatzes iH von 1,79375 % für jedes Dienstjahr entspricht, das in der internationalen Verwendung zurückgelegt worden ist (Mindestruhenbetrag). Da VIII auch hier gilt, bleibt außer Betr, ob ein europ Beamter die 10-jährige MindDienstzeit zum Zpkt der Entsch noch nicht erfüllt hat; ist er später vor Ablauf der MindDienstzeit ausgeschieden, kann gem VAHRG 10a eine Neuberechnung ohne Ruhensberechnung erfolgen (vgl BGH FamRZ 96, 98). Die deutsche Vers ist um denjen Teil des KürzgsBetrags zu vermindern, der dem Verh der ehezeitl, bei der zwischen- od überstaatl Einrichtg verbrachten Dienstjahre zu der dortigen Gesamtzeit, mind aber der Minderd des Prozentsatzes des Ruhegehalts von 1,79375 % für jedes dort verbrachte Ehejahr entspricht; sodann ist sie gem II Nr 1 S 3 im Zeit-Zeit-Verh aufzuteilen (BGH FamRZ 88, 273; 96, 98/102).

98 7) **Zeitliche Voraussetzungen, VII. a) Grundsatz.** Nach VII S 1 werden Anrechte auch dann im VA berücksichtigt, wenn die zeitl od sonstigen versorgungsrechtl Voraussetzungen für die Realisierung eines LeistgsAnspr zum BewertgStichtag noch nicht erfüllt sind. Auf die individuelle Wahrscheinlichk der Erfüllung der zeitbezogenen VersVoraussetzungen kommt es nicht an (Schlesw FamRB 04, 82). Die Bestimmung hat auch Bedeutg für diejen Fälle, in denen es um die Höhe der Vers geht (BGH NJW 82, 222). Sie ist auch iR der Ruhensregel des VI anzuwenden (BGH FamRZ 96, 98). Auch in entspr Anwendg der Vorschr kann aber ein zum Zpkt der Entsch nicht od nicht mehr bestehendes Anrecht nicht dem VA unterworfen werden (BGH FamRZ 86, 892 u 04, 693 zur landwirtschaftl Altershilfe); vgl § 1587 Rn 25

99 b) **Nach VII bleiben außer Betracht** die Erfordernisse der MindDienstzeit in einem Beförderungssamt nach BeamtVG 5 III (BGH NJW 82, 222), der Hofabgabe nach ALG 11 Abs 1 Nr 3 (BGH FamRZ 84, 42), der Erfüllung der geschäftsplanmäß Voraussetzungen für die nach II 5a vorgesehene (fiktive) Umwandlg in eine prämiensfreie Vers (BGH NJW 86, 1344) u der Unverfallbarh von VersAnrechten außer der betriebl Altersvers (BGH FamRZ 84, 573; NJW 92, 174). Zur Ausn bezügl einer MindVerwendungszeit bei der Soldatenvers vgl BGH FamRZ 86, 975.

100 8) **Familienbezogene Bestandteile, VIII,** des auszugleichenden Anrechts (zB Erhöhungsbeträge aGrd bestehender Ehe, Kinderzuschläge) müssen bei der Wertberechnung ausscheiden, da sie nur für die Zeit einer persönl familiären Situation gewährt werden. Bei Beamten, Richtern od Berufssoldaten ist daher nur das Grundgehalt ohne Berücksichtigg eines Familienzuschlags (BBesoldG 39ff; BeamtVG 5 I 1 Nr 2) zugrunde zu legen, auch wenn der geschiedene Beamte aGrd seiner nahehel UnterhPfl den Familienzuschlag behält (Ffm FamRZ 88, 404). Kinderzuschüsse zu den Renten der gesetzl RV (SGB VI 270) u Familienzuschläge an Ruhegehaltsempfänger (BeamtVG 50 I 2) bleiben außer Betr. Bei der Alterssicherung der Landwirte unterliegt bei Bestandsrenten u in Übergangsfällen auch der EhegZuschlag uU dem VA (ALG 98 VII; 99 II 1 Nr 1). – Nicht anwendb ist VIII, wenn das Anrecht nicht nur für die Zeit einer persönl familiären Situation, sond dauerhaft de familienbezogene Bestandsgrößen des Brutto- od Nettoarbeitsentgelts geprägt wurde (BGH NJW 85, 2945). Desh sind Anrechte aGrd von Kindererziehungszeiten (SGB VI 56, 249), BerücksichtiggZeiten (SGB VI 57) u beamtenversorgungsrechtl Kindererziehungs- und -ergänzungszuschläge (BeamtVG 50a, 50b) keine familienstandsbezogene Leistgsbestandteile iSv VIII (Celle FamRZ 99, 861).

1587b Übertragung und Begründung von Rentenanwartschaften durch das Familiengericht. (1) ¹Hat ein Ehegatte in der Ehezeit Rentenanwartschaften in einer gesetzlichen Rentenversicherung im Sinne des § 1587a Abs. 2 Nr. 2 erworben und übersteigen diese die Anwartschaften im Sinne des § 1587a Abs. 2 Nr. 1, 2, die der andere Ehegatte in der Ehezeit erworben hat, so überträgt das Familiengericht auf diesen Rentenanwartschaften in Höhe der Hälfte des Wertunterschieds. ²Das Nähere bestimmt sich nach den Vorschriften über die gesetzlichen Rentenversicherungen.

(2) ¹Hat ein Ehegatte in der Ehezeit eine Anwartschaft im Sinne des § 1587a Abs. 2 Nr. 1 gegenüber einer Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts, einem ihrer Verbände einschließlich der Spitzenverbände oder einer ihrer Arbeitsgemeinschaften erworben und übersteigt diese Anwartschaft allein oder zusammen mit einer Rentenanwartschaft im Sinne des § 1587a Abs. 2 Nr. 2 die Anwartschaften im Sinne des § 1587a Abs. 2 Nr. 1, 2, die der andere Ehegatte in der Ehezeit erworben hat, so begründet das Familiengericht für diesen Rentenanwartschaften in einer gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe der Hälfte des nach Anwendung von Absatz 1 noch verbleibenden Wertunterschieds. ²Das Nähere bestimmt sich nach den Vorschriften über die gesetzlichen Rentenversicherungen.

(3) ¹Soweit der Ausgleich nicht nach Absatz 1 oder 2 vorzunehmen ist, hat der ausgleichspflichtige Ehegatte für den Berechtigten als Beiträge zur Begründung von Anwartschaften auf eine bestimmte Rente in einer gesetzlichen Rentenversicherung den Betrag zu zahlen, der erforderlich ist, um den Wertunterschied auszugleichen; dies gilt nur, solange der Berechtigte die Voraussetzungen für ein Altersruhegeld aus einer gesetzlichen Rentenversicherung noch nicht erfüllt. ²Das Nähere bestimmt sich nach den Vorschriften über die gesetzlichen Rentenversicherungen. ³Nach Absatz 1 zu übertragende oder nach Absatz 2 zu begründende Rentenanwartschaften sind in den Ausgleich einzubeziehen; im Wege der Verrechnung ist nur ein einmaliger Ausgleich vorzunehmen.

(4) Würde sich die Übertragung oder Begründung von Rentenanwartschaften in den gesetzlichen Rentenversicherungen voraussichtlich nicht zugunsten des Berechtigten auswirken oder wäre der Versorgungsausgleich in dieser Form nach den Umständen des Falles unwirtschaftlich, soll das Familiengericht den Ausgleich auf Antrag einer Partei in anderer Weise regeln; § 1587o Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.

(5) Der Monatsbetrag der nach Absatz 1 zu übertragenden oder nach Absatz 2, 3 zu begründenden Rentenanwartschaften in den gesetzlichen Rentenversicherungen darf zusammen mit dem Monatsbetrag der in den gesetzlichen Rentenversicherungen bereits begründeten Rentenanwartschaften

des ausgleichsberechtigten Ehegatten den in § 76 Abs. 2 Satz 3 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch bezeichneten Höchstbetrag nicht übersteigen.

(6) Bei der Übertragung oder Begründung von Rentenanwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung hat das Familiengericht anzuordnen, dass der Monatsbetrag der zu übertragenden oder zu begründenden Rentenanwartschaften in Entgeltpunkte umzurechnen ist.

*) III 1 Hs 1 ist dch Urt des BVerfG vom 27. 1. 1983 (BGBl I S 275 = NJW 83, 1417) für verfassungswidrig erklärt worden; ersetzt dch VAHRG (Anh zu § 1587 b).

1) Vollziehung des Versorgungsausgleichs durch das Familiengericht (Lit: Löschau FuR 94, 125).

a) Zweck. Das Verschicksal des AusglBerechtl soll mit der Regelg des VA im Zushang mit der Scheidg von demjen des Verpflichteten gelöst u der Berecht sofort nach Dchführg des VA dauerh u eigenständ soz gesichert sein. Zugl soll sich der Verpflichtete über seine eig VersLage klar werden u seine Anrechte evtl wieder aufstocken (BVerfG FamRZ 93, 161). § 1587b regelt für den öffrechtl VA (ergänzt dch VAHRG 1 II, III u 3 b 1), in welcher Form der AusglAnspr des Berecht zu erfüllen u auf welche Anrechte des Verpflichteten in welchem Umfang zuzugreifen ist; er bestimmt ferner die Rangfolge der AusglFormen. Hierbei konzentriert sich der VA auf die gesetzl RV.

b) Inhalt. § 1587b betrifft unter Vorgabe eines Höchstbetrags, V, den öffentlich-rechtlichen VA dch Splitting, I, u Quasi-Splitting, II, hinsichtl der in § 1587a II Nr 1, 2 genannten Anrechte. Für alle and Anrechte sowie für Anrechte iSv § 1587a II Nr 1, deren Träger privatrechtl organisiert ist, gelten im Grds die AusglFormen des VAHRG. Bei Unwirtschaftlichk od ZweckVerfehlg erfolgt der VA in and Weise, IV. Hinsichtl der AusglForm sind die rechtl u tats (ggf nachehel veränderten) Verhältnisse im Ztpkt der letzten tatrichterl Entsch über den VA maßg. Ausgeglichen werden nur solche Anrechte, die im EntschZtpkt noch vorhanden sind (BGH FamRZ 04, 693). Der im Weg des Wertausgl zu erfüllde Anspr ist unverjährb iSv § 194 II (Karlsru FamRZ 02, 1633).

c) Auslegung und Anwendungshilfen. – **aa)** Der VA findet gem I u II (trotz des Gesetzeswortlauts „Anwartsch“) auch dann statt, wenn einer von beiden Eheg (BGH NJW 80, 396) od auch beide bereits Versorgung beziehen (BGH FamRZ 85, 1119), selbst dann, wenn der Berecht bereits vor der Ehe einen RentenAnspr

erworben hat (BGH NJW 82, 989; BSG FamRZ 82, 1008). Für das Splitting u Quasi-Splitting gilt das VersichergsPrinzip nicht (BGH NJW 80, 396); and nur bei VAHRG 3 b I Nr 2 (BSG MDR 84, 787). –

bb) Innerh einer AusglForm ist der Ausgl auf die Hälfte des Ehezeitanteils des jew auszugleichden Anrechts (Hbg 80, 271) u darüber hinaus auf den GesamtausglAnspr iSv § 1587a I 2 begrenzt. Ausn: VAHRG 3 b I Nr 1.

– **cc)** Zw den versch Absätzen besteht eine zwingende Rangfolge (BGH FamRZ 81, 1051; 86, 247), die auch dch Vereinbg nicht abgeändert werden darf: I hat Vorrang vor II (Nürnb FamRZ 95, 98), dieser wiederum vor den AusglFormen des VAHRG. Sonstige, nicht nach § 1587a II Nr 1, 2 zu bewertde Anrechte des Berecht sind vorrang mit Anrechten des Verpflichteten iSv § 1587a II Nr 1 zu verrechnen. Anrechte, die der AusglForm des II unterfallen, dürfen nicht dadch ausgeglichen werden, dass an Stelle des Quasi-Splittings mehr Rentenanwartsch

in der gesetzl RV nach I übertragen werden (BGH FamRZ 86, 250). Soweit ein Ausgl iRv I u II nicht mögl ist, kommen die AusglFormen des VAHRG entspr ihrem Rangverhältnis zum Zug. Nach VAHRG 1 III hat die Realteilg Vorrang vor dem analogen Quasi-Splitting. Der schuldrechtl VA nach VAHRG 2 erfolgt hinsichtl nicht nach VAHRG 1 ausgleichsfäh Anrechten nur dann, wenn nicht nach VAHRG 3 b I Nr 1 ein erweiterter öffrechtl VA od – im Verh zu dieser AusglForm: nachrang (BGH FamRZ 97, 166) – ein Ausgl nach

VAHRG 3 b I Nr 2 vorgenommen worden ist. – **dd)** Der öffrechtl VA vollzieht sich immer nur in einer Richtung, nämll von Seiten des auf der Grdlage einer Gesamtsaldierg aller Anrechte (mit Ausn noch verfallb betriebl Vers) ermittelten AusglPfl zum AusglBerechtl; nach einer Abänderg gem VAHRG 10a kann sich die AusglRichtg umkehren. IR des schuldrechtl VA kann auch ein gegenläuf Ausgl stattfinden (BGH NJW 82, 1989; VAÜG 3 I Nr 6 S 4, II Nr 1 a; 5 Nr 4). – **ee)** Fehlgegangene Entsch üb den öffrechtl VA gem § 1587b können nicht mit Hilfe des schuldrechtl VA korrigiert werden, sond sind iRv VAHRG 10a abzuändern (BGH NJW 93, 330). – **ff)** Ein „Übersteigen“ iSv I u II liegt auch dann vor, wenn der AusglBerechtl seinerseits überhaupt keine Anrechte in der BeamtenVers od RV erworben hat (BGH NJW 80, 396).

2) Übertragung von Rentenrechten aus der gesetzlichen Rentenversicherung durch Splitting, I 1. I regelt den Ausgl dynam Anrechte aus der deutschen gesetzl RV. Statische Anrechte (SGB VI 269, 315 b) unterliegen dem Ausgl nach VAHRG 1 III, währd degressive AusglBeträge dem schuldrechtl VA unterfallen (VAÜG 3 I Nr 6 S 4; II Nr 1 a, 5 Nr 4; Jena FamRZ 01, 627).

a) Grundsatz. Hat ein Eheg in der Ehezeit Rentenrechte iSv § 1587a II Nr 2 erworben u übersteigen diese die Anrechte iSv § 1587a II Nr 1, 2, die der and Eheg in der Ehezeit erworben hat, so erfolgt der VA dadch, dass das FamG Rentenrechte iH der Hälfte des Wertunterschieds überträgt.

b) Voraussetzung ist, dass der insges AusglVerpflichtete in der Ehezeit (ua) dynam Anrechte in der deutschen gesetzl RV erworben hat, die höher sind als die aus den vergleichb Anrechten sowie beamtenrechtl od -ähnl Anrechten gebildete Summe der Anrechte des Berecht. Die bezeichneten Anrechte sind einander ggüzustellen, deren Wertdifferenz ist zu ermitteln u iH der Hälfte derselben dem Berecht ein Anrecht in der gesetzl RV

gutzubringen; der Splittingbetrag ist auf den GesamtausglAnspr zu begrenzen (Zweibr FamRZ 00, 959). Hat dagg der AusglBerechtl die höheren Anrechte in der gesetzl RV, sind die übrigen Anrechte des Verpflichteten zum Ausgl heranzuziehen (BGH FamRZ 07, 1805). – Der VA ist auch bei geringfügigem Ausgleichsbetrag dchzuführen (Naumbg OLGR 02, 92).

c) Verfahrensrecht. Die Übertrag erfolgt auf das Versicherungskonto (SGB VI 149) des AusglBerechtl bei dessen für die Dchführg der Vers zuständ, am VA-Verf zu beteiligenden (FGG 53 b II) RV-Träger (SGB VI 125 ff). Das FamG hat anzuordnen, dass der Monatsbetrag der zu übertragden Anrechte (nach SGB VI 76 IV) in Entgeltpunkte (vgl VI) od (nach SGB VI 264 a II) in Entgeltpunkte (Ost) umzurechnen ist.

- 16 **d) Rechtsfolgen. aa) Übergang des Versorgungsanrechts.** Das übertragene Anrecht geht mit der RKraft der
 17 Entsch des FamG dauerh auf den and Eheg über (FGG 53 g I, ZPO 629 d) u vermittelt diesem einen eigenständ
 18 Versicherungsschutz. – **bb)** Die Entsch des FamG ist **bindend** (BGH FamRZ 82, 687). **Abänderungsmöglichkeit**
 gem VAHRG 10 a u ZPO 578 f analog (BGH FamRZ 02, 1553). – **cc)** Die **versicherungsrechtlichen Folgen** des
 Splittings ergeben sich aus SGB VI 76, 264 a. Entspr dem auszugleichen Betrag werden von dem Ver-
 sicherungskonto des AusglVerpflichteten Entgeltpunkte abgebucht u auf dem Konto des Berecht gutgeschrieben.
 Dch den VA können in der Ehezeit pro Jahr nicht mehr als 2 Entgeltpunkte begründet werden (Rn 48). Zur
 Umrechng des Splittingbetrags in Entgeltpunkte dch den RV-Träger: SGB VI 76 IV, 264 a II. Die dch den VA
 übertragenen Rentenrechte stehen solchen aus Pflichtbeiträgen nicht gleich (BVerfG FamRZ 80, 326), so dass
 dch sie auch die Voraussetzgen einer Rente wg verminderter Erwerbsfähigk od vorzeit Altersrente nicht erfüllb
 sind (BSG FamRZ 90, 1346), was den VA nach BGH (FamRZ 84, 667) nicht iSv § 1587 b IV unwirtschaftl macht.
 Zur Auswirk des Splittings auf eine bereits laufde Rente des Berecht: SGB VI 100 I. Erhöhg einer laufden Rente
 auch bei Auflös des Verbundes erst ab Wirksamk der VA-Entsch (BSG FamRZ 91, 934). Schutz des RV-Träger
 bei gleichzeit Rentenbezug der Eheg gem § 1587 p (vgl Roller DRV 03, 541 u SGB 04, 48). Zur Erfüllg von
 Wartezeiten dch den VA: SGB VI 52 I (Kennnade FamRZ 02, 289). **Rentnerprivileg:** Gem SGB VI 101 III wird
 eine bereits laufde u unmittelb anschließde gleich hohe od niedrigere Rente erst gekürzt, wenn aus dem im VA
 erworbenen Anrecht Rente zu zahlen ist (BSG SGB 04, 45 mAv Roller). Die bish verwaltungsrechtl Beschränknge
 der rückwirkden Minderg der in Anwendg des Rentnerprivilegs ungekürzt gezahlten Rente sind nach dem Gesetz
 vom
 19 21. 3. 2005 (BGBl I S 818; vgl BR-Drs 676/04) mit Wirkg für die Zukunft entfallen (SGB VI 101 III 4).
 – **dd)** Der AusglVerpflichtete kann die **Minderung** seiner Rentenanspruchs bis zur bindenden Bewilligg einer
 20 Altersvollrente ganz od teilw dch Entrichtg von Beiträgen wieder **ausgleichen** (SGB VI 187 I Nr 1, 281 a I Nr 1;
 vgl BGH FamRZ 07, 1719). – **ee)** Zu den leistungsrechtl Auswirkngen des VA in besond Härtefällen vgl VAHRG 4 ff
 (Anh zu § 1587b).
- 21 **3) Begründung von Rentenrechten in der gesetzlichen Rentenversicherung (Quasi-Splitting), II.** Die
 Regelg betrifft den Fall, dass der Verpflichtete ggü einem öffrechtl RV-Träger od einer seiner Vereiniggen
 beamtenrechtl od -ähn Anrechte erworben hat, die allein od zus mit Anrechten in der gesetzl RV einen höheren
 Wert haben als die von dem and Eheg erworbenen Anrechte aus einem öffrechtl Dienstverhältn u in der gesetzl
 RV zus.
- 22 **a) Zweck.** Eine Realteilg beamtenrechtl VersAnspr ist vom GesetzG aus beamtenrechtsdogmat Gründen
 ausgeschl worden, u zwar auch dann, wenn beide Eheg diesem SichertgSystem angehören (BGH FamRZ 84,
 667; krit Staud/Rehme Rn 21 f). Das FamG begründet für den ausglberecht Eheg dch GestaltgEntsch Renten-
 anrechte in der gesetzl RV (BSG SGB 99, 370); zu den Folgen vgl Rn 27.
- 23 **b) Voraussetzungen.** Das Quasi-Splitting betrifft nur diejen von § 1587 a II Nr 1 erfassten Anrechte, deren
 unmittelb (vgl BGH NJW 87, 376) Schu zu den in II genannten inländ (vgl BGH FamRZ 88, 273) öffrechtl RV-
 Trägern od ihren Vereiniggen od ArbeitsGemsch zählt (Köln FamRZ 99, 861). In den Ausgl werden auf
 Seiten des Berecht sämtl Anrechte iSv § 1587 a II Nr 1 und 2 einbezogen. IU unterliegen beamtenähn
 ausgestaltete Anrechte bei privaten VersTräger auch dann nicht dem Quasi-Splitting (sond dem schuldrechtl
 VA), wenn diese aus öff Mitteln finanziert od von öffrechtl Einrichtngen getragen werden (BGH FamRZ 86,
 248). Anrechte von Widerrufsbeamten, Zeitsoldaten u früheren Beamten, deren Nachversicherung aufgeschoben
 ist, sind nicht nach II, sond nach VAHRG 1 III auszugleichen (str; aA BGH FamRZ 82, 154 u 362 vor Einf des
 VAHRG 1 III); sind sie vor der letzten tatrichterl Entsch über den VA nachversichert worden, so erfolgt ein
 Splitting (BGH NJW 82, 379), dagg ein Quasi-Splitting, wenn ein Probebeamten- od Berufsoldatenverhältn
 24 begründet worden ist (BGH FamRZ 87, 921; 03, 29). Wg der **Kirchenautonomie** soll ein Quasi-Splitting
 hinsichtl der bei den als Körpersch des öff Rechts anerkannten Kirchen nur dann erfolgen, wenn das KirchenR
 25 dies gestattet (Celle FamRZ 83, 191). Die vom Verpflichteten bei einem der in II genannten VersTräger
 erworbenen beamtenrechtl u -ähn Anrechte sind unter Hinzurechng etwaiger Anrechte iSv § 1587 a II Nr 2 den
 dynam Rentenrechten des AusglBerecht u allen seinen beamtenrechtl u -ähn Anrechten ggüzustellen. Die
 Hinzurechnng von Anrechten in der gesetzl RV beim Verpflichteten ist unabhäng davon, ob sie ihm im
 Leistungsfall mangels Wartezeit nicht zugute kommen (Düss FamRZ 89, 189; aA Karlsru FamRZ 88, 1068).
 Vorrang des Ausgl nach I. Soweit der AusglAnspr noch nicht nach I erfüllt ist, findet ein Quasi-Splitting bis zur
 Höhe des GesamtausglAnspr statt.
- 26 **c) Durchführung.** Das Rentenrecht in der gesetzl RV wird dch die Entsch des FamG begründet; diese
 wirkt konstitutiv, u zwar mit dem Ztpkt des Eintritts der RKraft u Wirksamk. Die Gutschrift erfolgt gem
 SGB VI 76, 264 a in Engeltunkte/Engeltunkte (Ost). Das Quasi-Splitting wird zu Lasten der vom Verpflich-
 teten bei dem zu beteiligden (FGG 53 b II) VersTräger erworbenen VersAnrechte dchgeführt; VersTräger ist
 grdsätzl der im Ztpkt der Entsch maß Dienstherr. – Zum Prozessualen vgl FGG 53 b–53 g.
- 27 **d) Folgen.** Sind gem II Rentenrechte begründet worden, so wird aGrd der Entsch des FamG ein
 VersVerhältn zG des Berecht begründet od ein bereits zuvor erworbenes Anrecht aufgestockt. Die Aufwendngen,
 die dem RV-Träger aGrd des VA nach II entstehen, werden nach SGB VI 225 I von dem zuständ VersTräger
 erstattet. Der Konkretisierg des ErstattgVerf dient die VAErstattgVerordng vom 9. 10. 01 (BGBl I S 2628), die
 auf ErstattgZeiträume seit 2001 anwendb ist (vgl BSG 91, 65). In Bagatellfällen werden zur Abgeltg künft
 ErstattgForderungen Beiträge gezahlt (SGB VI 225 II). Entspr werden (verfkonform, BVerfG FamRZ 96, 341)
 dem ausglpflicht Beamten mit der Einschränkng von VAHRG 5 die VersBezüge (nicht die Dienstbezüge; vgl
 BGH FamRZ 81, 856) gekürzt (BeamVG 57 I 1); der Kürzgbetrag ist einkommensdynam (BeamVG 57 II).
Besitzstandswahrung: Bezieht der Beamte im Ztpkt des Eintritts der RKraft u Wirksamk der Entsch über den
 VA schon Vers, so erfolgt die Kürzg erst, wenn aus der Vers des ausglberecht Eheg Rente gewährt wird
 (BeamVG 57 I 2). Dieses **Pensionärsprivileg** entfällt, sobald aus der Vers des AusglBerecht eine Rente
 gewährt wird; auf deren Dauer kommt es nicht an (BVerwG NJW-RR 94, 1218); nach Wegfall der Rente evtl
 VAHRG 5. – In jedem Fall kann der Beamte die Kürzg seiner VersBezüge dch entspr Kapitalbetrag an seinen
 Dienstherrn auch währd des VersBezugs (jedoch nur mit Wirkg für die Zukunft, OVG Lünebg ZBR 99, 388) u
 in Teilbeträgen vermeiden (BeamVG 58). Beim Ausscheiden des Beamten aus dem BeamVerh wird er auf der
 Grdlage der vollen beitragspflicht Entgelte nachversichert (SGB VI 8, 181 ff). Mit der Nachversicherung in der
 gesetzl RV gelten die begründeten Anrechte als übertragen (SGB VI 185 II 2). Hieraus folgt ein (gemessen an
 den mit der Nachver-

sicherg veränderten Wertverhältn obj zu hoher AusglBetrag (Abschlag an Entgeltpunkten), der iRv VAHRG 10a I Nr 1 berücksichtigt werden kann. – Vgl iÜ VAHRG §§ 4 ff.

4) Versorgungsausgleich durch Zahlung von Beiträgen zur Begründung von Rentenanwartschaften, III 1. 28

a) Nach der Konzeption des 1. EheRG hatte der Verpflichtete gem III 1 zG des Berecht ausnahmslos Beiträge zur gesetzl RV zu zahlen, um den im Weg des Ausgl nach I und II noch nicht befriedigten AusglAnspr zu erfüllen, sofern nicht die Eheg etwas and vereinb hatten od ein schuldrechtl VA (§ 1587f) vorzunehmen war. Der obligator Beitragsausgl war verfassungswidr (BVerfG NJW 83, 1417). An seine Stelle sind ab 1. 4. 83 die AusglFormen des VAHRG getreten, die nach einer weiteren Beanstandg dch das BVerfG (NJW 86, 1321) verfeinert worden sind u dch das VAWMG v 8.12. 86 (BGBl I 2317) ihre heutige, seit 1. 1. 87 geltde Ausgestalt gefunden haben. – Die Entsch des BVerfG (aaO) ließ die Verbindlichk zuvor rkräft ergangener Beitragsanordnungen u die Wirksamk bereits geleisteter Beiträge grdsätzl unberührt (BVerfGG 79 II, 95 II; Hamm 85, 402, 495). – For-

dergen aus solchen Titeln können erfüllt werden, sind jedoch nicht mehr vollstreckb (ggf ZPO 767; Hamm FamRZ 99, 864). Dem Berecht bleibt nur die Möglichk, die Beiträge selbst zu zahlen od nach § 1587f Nr 3 den Verpflichteten auf schuldrechtl VA in Anspr zu nehmen.

b) **Vereinbarung** der Beitragszahlg zur gesetzl RV gem § 1587o sind bis zur bindenden Feststellg einer Altersvollrente an den AusglBerecht mögl (SGB VI 187 I Nr 2; BVerfG NJW 83, 1417). – Die Beitragszahlg bietet sich als alternative Form der Dchführg des VA insbes in Fällen an, in denen der Verpflichtete seine selbst erworbenen Anrechte behalten will, sie aus versorggsrechtl Grden aber nicht wieder auffüllen kann.

c) In III 3 wird das Prinzip des **Einmalausgleichs** (vgl § 1587a I) bestätigt. **Keine Verrechnung** noch verfallb betriebl und degressiver VersAnrechte (BGH FamRZ 88, 823). 35/36

5) **Ausgleich in anderer Weise, IV**, wenn sich die Übertrag od Begründg von Rentenanrechten voraussichtl nicht zG des Berecht auswirken würde (Zweckverfehlg) od der VA in dieser Form nach den Umst des Falles unwirtschaftl (Unwirtschaftl) wäre. IV gilt auch iRv VAHRG 3b, VAHRG I III (Mü FamRZ 91, 956) u über VAHRG 3 auch iRd Realteilg gem VAHRG I II. – **Zweck**. Vermeidg verfassungswidr Ergebn, die bei schemat Dchführg des VA infolge eines Ungleichgewichts zw der Belastg des Verpflichteten u der Begünstigt des Berecht eintreten können (BGH NJW 81, 2689). 37

a) **Voraussetzungen** für den anderweit VA. – **aa) Zweckverfehlung**. Es genügt eine begründete Erwartg. Die Voraussetzungen sind insbes dann erfüllt, wenn der Berecht auch unter Hinzurechng von Wartezeit-Monaten aus dem VA (SGB VI 52 I) die für eine Regelaltersrente maßg **Wartezeit** von 5 Jahren nicht erfüllen kann (BGH NJW 80, 396); eine mögl Beitragserstattg ist unbeachtl. Ist diese Wartezeit allein dch den VA erfüllt (Celle OLGR 98, 263) od kann sie dch freiwill Beiträge od die Weiterführg einer versicherten Tätigk erfüllt werden, liegt eine Zweckverfehlg jedoch nicht vor (BGH FamRZ 84, 667). Die Regelg ist insbes von Bedeutg, wenn der Berecht (zB als Beamter) nur dann freiwill Beiträge leisten darf, wenn er die Wartezeit von 5 Jahren erfüllt hat (SGB VI 7 II). Sind diese Voraussetzungen auch unter Berücksichtigg des VA nicht erfüllt, so ist das Anrecht für den Berecht unter dem Gesichtspkt der Alterssicherg wertlos (Zweibr FamRZ 87, 722). Der mangelnde Invalditätsschutz von ausglberechtig Beamten dch die gesetzl RV soll iRv IV unerhebl sein (BGH FamRZ 84, 667; NJW 07, 73; vgl auch Schulz-Weidner FuR 93, 313). – Ferner kommen Fälle in Betr, in denen nach SGB VI 93 auf die Rente des Berecht eine **Unfallrente** anzurechnen ist u der AusglBetrag nur zu einer weiteren Kürzg der Leistg aus der gesetzl RV führen würde; Fälle einer betriebl Gesamtversorgg, auf die das im VA erworbene Anrecht anzurechnen wäre (vgl auch BAG AP Nr 3 zu § 1 BetrAVG Gesamtversorgg mAv Schoden), u solche, in denen der VA zu einer Minderg einer subsidiären Vers nach einem früheren Eheg führt. –

bb) Unwirtschaftlichkeit. Beurteilg anhand eines strengen obj Maßst (BGH 75, 242) nach dem Ziel des VA unter Berücksichtigg der Interessen beider Eheg. Es genügt nicht, dass eine andweit Regelg für den Berecht wirtschaftlicher ist (BGH NJW 07, 73). Unwirtschaftl ist der VA insbes, wenn der Berecht außerh der gesetzl RV vorgesorgt hat u für ihn der Ausbau der anderweit Sicherg vorteilhafter wäre. Keine Unwirtschaftlichk bei Gefährd des Selbstbehalts des Verpflichteten, einer länger dauernden Kürzg seiner Vers od bei erneuter Heirat beider Parteien (BGH FamRZ 83, 461). – **cc) Antrag einer Partei**, auch des ausglpflicht Eheg (Celle FamRZ 06, 1453), nicht eines beteiligten VersTrägers (Koblenz FamRZ 96, 1084), auch noch im BeschwVerf (BGH FamRZ 83, 263). Dem FamG obliegt eine aus ZPO 139 folgte entspr HinwPfl (Bergner IPRax 84, 191). 41

b) **Rechtsfolge: Versorgungsausgleich in anderer Weise**. Das FamG muss entscheiden, auf welche and Weise der VA, etwa auch in Form einer Teilregelg (BGH NJW 81, 2689), dchzuführen ist (BGH NJW 83, 512). Bloße Ablehng der Dchführg des VA unzuläss (Celle FamRZ 80, 1032); ebenso die gesetzl nicht vorgesehene Begründg od Übertrag von Anrechten in der gesetzl RV (2. Hs iVm § 1587o I 2; BGH NJW 81, 1051). Die Rangfolge der AusglFormen ist zu beachten (BGH FamRZ 86, 250). – Die alternative AusglForm steht im **Auswahlermessen** des FamG (BGH FamRZ 82, 2496). – **Ausgleichsformen**. Schuldrechtl VA nach § 1587f Nr 5 (vgl aber VAHRG 3a III 1); Übertrag gegenwärt VermWerte wie Wertpapiere, WohnsEigt, Gesellschafteranteile od auch die Einräumg von GrdPfandR (sofern damit ein echter VersWert verbunden ist); die Gewährg von WohnRechten; die Übertrag eines Altersvorsorgevertrags (vgl nun EStG 93 Ia; vgl Bruno-Latocha/

Tippelmann DRV 04, 393/400); die Zahlg von Beiträgen zur gesetzl RV od zu einer Lebensversicherg (vgl Hamm NJW-RR 98, 1619) od einer Kapitalabfindg (AG Kassel FamRZ 07, 644); Realteilg sonstiger VersAnrechte mit Zustimmung des VersTrägers (Mü FamRZ 91, 956); Zahlg einer Geldrente mit entspr Sicherhen für den Insolvenz- od Todesfall. 42

6) **Ausgleichshöchstbetrag, V**. Der Monatsbetrag der zu übertragenden od zu begründenden Rentenanrechten in der gesetzl RV darf zus mit dem Monatsbetrag der erworbenen Rentenanrechte des ausglberechtig Eheg den in SGB VI 76 II 3 bezeichneten Höchstbetrag, der entspr der Rangfolge der AusglFormen auszuschöpfen ist (Glockner FPR 00, 305), nicht übersteigen. Auch ein Ausgl nach VAHRG 3b scheidet aus (BGH FamRZ 88, 380; 89, 720); ebenso die Beitragszahlg (SGB VI 187 I Nr 2) im Weg einer Vereinbg. **Zweck**: Wie beim Ansprerwerb aGrd Beitragszahlg soll auch für den VA eine Höchstgrenze gelten (BGH FamRZ 89, 720). In diesen Fällen findet der **schuldrechtliche VA** gem § 1587f Nr 2 statt (zur Berechng des schuldrechtl Restausgl im Fall einer Beamtenvers Celle FamRZ 06, 422 mAv Kennnade); der künft AusglAnspr kann im Einzelfall bereits bei Dchführg des öffrechtl VA festgestellt werden (BGH FamRZ 82, 42). – **Berechnung**. Nach SGB VI 76 II 3 darf die Summe der vom Berecht währd der Ehezeit selbst erworbenen Entgeltpunkte u dch den 47

VA erlangten Entgeltpunkte den Wert nicht übersteigen, der sich bei einer Division der Anzahl der Kalendermonate der Ehezeit dch 6 ergibt (krit zur Berechnung des Höchstbetrags Gallon SozVersicherg **03**, 141, der jedoch die Zulässigk u Notwendgk von Pauschalieren vernachlässigt). **Höchstbetrag** ist der Divisionswert, multipliziert mit dem bei Ehezeitende maßg aktuellen Rentenwert, bei knappschaftl RV unter Beachtg des knappschaftl Rentenfaktors (Brdbg FamRZ **06**, 427 mAv Kemnade); bei angleichsdynam Anrechten ist der Berechnung gem SGB VI 264 a III der aktuelle Rentenwert (Ost) zu Grunde zu legen (BGH FamRZ **05**, 432; **07**, 1802). Hat der Berecht neben einem angleichsdynam Anrecht ein dynam (West-)Anrecht, ist dieses nach dem Verhältn der aktuellen Rentenwerte in ein angleichsdynam (Ost-)Recht umzurechnen (BGH FamRZ **06**, 327; Thür FamRZ **05**, 1570; Wick Rn 189a; Kemnade FamRZ **04**, 1650 u **06**, 1457). Für die Zuordnung von Anrechten gilt insow das **Für-Prinzip** (BGH FamRZ **91**, 420). Eine über den Höchstbetrag hinausgehende Übertrag od Begründg von Anrechten ist unwirks (SGB VI 76 II 3 Hs 2), sofern die Entsch über den VA nach 1991 rkräft geworden ist (BSG NJWE-FER **01**, 271 im Anschluss an BSG FamRZ **91**, 556).

7) **Umrechnung in Entgeltpunkte (VI)**. Entspr der für angleichsdynam Anrechte maßg Regelg des VAÜG 3 I Nr 5, II Nr 2 muss das FamG anordnen, dass der RV-Träger eine Umrechnung des im VA erworbenen Rentenrechts in Entgeltpunkte vorzunehmen hat. – **Zweck**. Klarstellg, dass der VA einen dynam VersWert zum Ggst hat.

1587c *Beschränkung oder Wegfall des Ausgleichs.* Ein Versorgungsausgleich findet nicht statt,

1. soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten unter Berücksichtigung der beiderseitigen Verhältnisse, insbesondere des beiderseitigen Vermögenserwerbs während der Ehe oder im Zusammenhang mit der Scheidung, grob unbillig wäre; hierbei dürfen Umstände nicht allein deshalb berücksichtigt werden, weil sie zum Scheitern der Ehe geführt haben;
2. soweit der Berechtigte in Erwartung der Scheidung oder nach der Scheidung durch Handeln oder Unterlassen bewirkt hat, dass ihm zustehende Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung, die nach § 1587 Abs. 1 auszugleichen wären, nicht entstanden oder entfallen sind;
3. soweit der Berechtigte während der Ehe längere Zeit hindurch seine Pflicht, zum Familienunterhalt beizutragen, gröblich verletzt hat.

Lit: **Brudermüller** FF **04** Sonderheft, 178; **Rehme** FPR **05**, 356. Vgl auch Weil FPR **07**, 134; **Schwolow** FPR **07**, 123.

- 1 **1) Allgemeines.** a) **Zweck** der negativen Härteklausele ist die Verhinderung verfassungswidr Ergebn des VA (BVerfG NJW **93**, 1059; FamRZ **03**, 1173; **07**, 969), da dieser inhaltl u zeitl Beschränkgen sowie Schematisierung unterliegt, die bei strikter Anwendg der AusglRegeln zu grundrechtswidr Unbilligk u Zweckverfehlgen führen können.
- 2 **b) Funktion.** aa) **Schuldnerschutzvorschrift** zG des AusglVerpflichteten, die iFv grober Unbilligk bei Dchführg des VA nur eine Herabsetzg, nicht dagg – auch nicht mittelb – eine Erhöhg des VA ermöglicht (BGH NJW **82**, 224; **92**, 3299). – bb) Der **Ausgleichsberechtigte** kann sich nach hM **nicht** auch seinerseits (entspr) auf § 1587c berufen. Die Interessenlage ist indes vergleichb (Celle FamRZ **99**, 1200), so dass auch ihm im Hinbl auf den GleichberechtigtsGrds wenigstens die Berufg auf allg VerwirksRegelgen (§§ 162, 242) mögl sein sollte (vgl Karlsru FamRZ **86**, 917; Borth FamRZ **03**, 889/896) mit der Folge, dass bei ihm die zur Anwendg der allg Regelgen führde Interventionsgrenze so hoch wie bei dem sich auf § 1587c berufenden Verpflichteten anzu-
- 3 setzen ist.
- 4 **c) Ausschließlichkeit.** Nicht nach allg Regeln, sond nach den Härteklausele der §§ 1587c, 1587h beurteilt sich, ob die Inanspruchn eines AusglPflchtigen wg Verwirkg od sonst unzuläss RAusübng ausgeschl ist (BGH FamRZ **03**, 1737; **07**, 996/1000 mAv Borth). Der Grds von **Treu und Glauben** gilt jedoch auch im VA (Rn 3 aE). Eine bewusst in SchädiggsAbsicht vorgenommene VersVerkürzg seitens des AusglPflchtigen hat keinen Einfluss auf die Höhe des VA (BGH NJW **89**, 29). Die Ausübng des WahlR bei Anrechten aus einer RV mit KapitalwahlR verlagert den Ausgl in den ZugewAusgl (vgl § 1375 Rn 9); ist diese AusglForm, etwa dch Gütertrennung od bereits rkräft Entsch, versperrt, kann selbst bei treuwidr Verhalten § 1587c Nr 1 schon mangels geeigneter AusglForm nicht eingreifen (BGH NJW **03**, 1320; FamRZ **03**, 923).
- 5 **d) Verhältnis zu VAHRG 10a.** Die Anwendg des § 1587c im Ausgangsverf ist nach BGH NJW **92**, 3299 nicht gem VAHRG 10a korrigierb. Eine Abändg kann nicht mit dem Ziel einer Herabsetzg des VA aGrd von Härtegründen, die bereits im Ztpkt der ErstEntsch vorlagen, verlangt werden (Celle FamRZ **03**, 1291/3). Dies gilt auch im Fall einer fehlgegangenen Prognose der veränderl wirtschafll Verhältnisse der Eheg (Zweibr FamRZ **02**, 1410). Der BGH (NJW **89**, 1999; **97**, 56) hat – auch bei neu hinzugetretenen Umst – eine Korrektur des rkräft dchgeführten VA nach VAHRG 10a allein mit dem Ziel einer Herabsetzg des AusglAnspr in Anwendg von § 1587c abgelehnt (krit zu Recht Bergner NJW **90**, 678; MüKo/Dörr Rn 10; jew zu VAHRG 10a; aA Kemnade, FS Henrich 2000, S 355/365, u nun auch Staud/Rehme VAHRG 10a Rn 80). – Ist eine Abändg des VA nach VAHRG 10a I, II zulässig, kann neben der Anpassg an die veränderten Wertverhältnisse eine Härtekorrektur nach § 1587c unter den in VAHRG 10a Rn 5 genannten Voraussetzgen erfolgen. – Wird der zunächst ausglberecht Eheg erst aGrd einer Abändg des VA nach VAHRG 10a zum AusglPflchtigen, kann er die nach § 1587c maßg HärteGrde im AbändVerf geltend machen (BGH NJW **92**, 3299; **07**, 433).
- 6 **e) Regelungsinhalt.** In Konkretisierung des Rechtsgedankens des § 242 (BGH NJW **81**, 1733) soll der AusglAnspr ganz od teilw ausgeschl werden, wenn dessen uneingeschränkte Dchführg dem GrdGedanken des VA in unerträglicher Weise widersprechen würde (BGH NJW **82**, 989). Die **Interventionsschwelle** des § 1587c ist, ähnl wie beim ZugewAusgl (vgl § 1381), höher anzusetzen als bei der für das nahehel UnterhR maßg Härteklausele des § 1579, da § 1587c AusnCharakter hat (BGH NJW **81**, 1733) u es beim VA um die Beteilig an VermWerten geht, die in der vergangenen GemSch aGrd gleichwertiger Beiträge zum FamUnterh erworben worden sind (BGH NJW **83**, 117 u 165; **85**, 315). § 1587c enthält eine **Sanktionsnorm**, die dem FamRichter eine den Besonderh des Falles angepasste Herabsetzg des VA bis hin zu dessen völligem

Ausschluss gestattet, auch wenn die PflVerletzg nicht währd der gesamten Ehezeit angedauert hat (BGH FamRZ 87, 49).

f) Regelungstatbestände (Übbl Brudermüller FF 04 SH, 178). Die generelle Härteklausele der Nr 1 greift ein, wenn nach Abwäg sämtrl LebensUmst der Eheg, die für ihren ggwärt od künft wirtschaftl Stand von Bedeutg sind, eine Herabsetzg od ein Ausschluss des Ausgl geboten ist (BGH FamRZ 90, 1341). Der AusglAnspr ist aGrd der speziellen Härteklausele der Nrn 2 u 3 ganz od teilw zu versagen, wenn der AusglBerechtl in manipulativer Absicht auf seine Anrechte eingewirkt hat, um seinen Anspr zu begründen od zu erhöhen (GrdGedanke des § 162), od wenn er währd der Ehe seine UnterhPfl erhebl verletzt u es damit schuldh u nachhalt unterlassen hat, seinen Beitr zur ehel WirtschGemsh zu leisten.

g) Regelungsmöglichkeiten. In welcher Form das Gericht einen Teilausschluss vornimmt, unterliegt seinem Ermessen. Zulässig ist, den Ausgl für verschiedene Anrechte in unterschiedl Maß herabzusetzen od ein Anrecht voll, ein and nur teilw od gar nicht auszugleichen (BGH NJW 84, 120; FamRZ 87, 48; str). Findet nur ein Ausschluss der währd eines Teils der Ehezeit erworbenen Anrechte statt, so ist der auf den Teilzeitraum entfallende Betrag des gesamten Anrechts nach der jew für die Bewertg seines Ehezeitanteils maßg Regelg des § 1587a II zu ermitteln, bei Anrechten aus der gesetzl RV also nach dem Verh der Entgeltpunkte (BGH FamRZ 86, 252).

u bei beamtenrechtl VersAnrechten nach einem Zeit/Zeit-Verh (vgl BGH FamRZ 04, 256 – zu der Parallelfrage bei § 1587o vgl § 1408 Rn 23, 24, 28).

h) Ausstrahlung auf § 1587 o. Härtegründe, die für sich allein nicht zu einer Herabsetzg des VA führen, können es dem FamG gestatten, eine mit Rücksicht auf diese Umst getroffene Scheidg Vereinb der Eheg üb den VA auch dann zu genehmigen, wenn die Voraussetzgen des § 1587 o II 4 nicht vorliegen (BGH NJW 82, 1464).

i) Die Erben des Ausgleichsverpflichteten können sich auf die Härteregelungen berufen, wenn der Anspr gem § 1587e IV 2 ihnen ggü geltend gemacht wird. Die dch den Tod des AusglPflchtigen entstandene Lage ist ergänznd zu berücksichtigen (BGH NJW 84, 2829), schließt die Anwendg der Härteklausele jedoch nicht aus (Brdbg FamRZ 02, 756).

j) Zum Verh von § 1587c zu der kollisionsrechtlichen Billigkeitsklausele des EG 17 III 2 Hs 2 s dort Rn 23.

2) Grobe Unbilligkeit des Ausgleichsergebnisses, Nr 1. – a) Allgemeines. – aa) Mit der Härteklausele kann keine generelle Korrektur des nach den gesetzl Vorschr dchgeführten VA erreicht werden. Die Einzelfallbezogenheit des BilligkKorrektivs schließt es nach BGH (NJW 82, 2374; FamRZ 90, 1341; 07, 627) aus, ow im System der BewertgsRegeln begründete zwangsläufige Wirkgen des VA zu korrigieren (and BVerfG FamRZ 84, 653; 93, 405). Über die Härteklausele der Nr 1 ist zB kein Eingriff in die gesetzl Regelg zulässig, wonach der VersTräger dch Kürzg des Ruhegehalts seines Bediensteten einen pauschalen Ausgl für seine Pfl zur Erstattg von Aufwendngen der gesetzl RV aGrd der für den Eheg begründeten RentenAnw erlangt (BGH NJW-RR 89, 965); auch nicht zum Ausschluss vermögensrechtl Folgen der Scheidg (BGH NJW 96, 2727 zu Eheg 37 II af; jetzt § 1318). – **bb) Auffangtatbestand.** Umst, die in den AnwendgsBereich der Nrn 2 u 3 fallen, dort jedoch nicht ausreichen, können für sich allein zwar nicht zur Anwendg der Nr 1 führen, iVm weiteren Umst aber einen Ausschluss des VA bewirken (BGH NJW-RR 87, 578). Insofern überlagert der AnwendgsBereich der generellen Härteklausele den der speziellen. – **cc) Die Maßstäbe sind strenger als bei § 242** (BGH NJW 81, 1733).

So rechtfertigen zB nur krasse u schwerwiegde Verfehlen die Anwendg der Härteklausele der Nr 1 (Hamm FamRZ 97, 566). – **dd)** Bei sog **Altehen** (dh vor dem 1. 7. 77 im früheren BGGebiet geschlossene Ehen) kann mit Rücksicht auf den Vertrauensschutz des AusglVerpflichteten ein großzügigerer Maßst in Betr kommen (BGH FamRZ 87, 255), so dass Lebenssachverhalte zu einem völligen od teilw Ausschluss des VA führen, die bei nach neuem Recht geschlossenen Ehen unter der Härteschwelle der Nr 1 liegen; dies gilt entspr für Ehen, die vor dem 3. 10. 90 im **Beitrittsgebiet** geschlossen worden sind (Brdbg FamRZ 98, 682; 02, 1190). – **ee)** Nr 1 ist beim **schuldrechtlichen VA** entspr anzuwenden (BGH NJW 84, 610; 87, 1014); vgl 1587h Rn 6.

b) Zeitraum der Beurteilung. In die erfdl **Gesamt abwägung** ist auch eine **sicher zu erwartende Entwicklung** nach dem Ehezeitende (zB andauernde Invalidität, Hbg FamRZ 02, 1257) einzubeziehen (BGH FamRZ 88, 940). Die Verweisp auf ein späteres AbändVerf nach VAHRG 10a ist unzulässig (BVerfG NJW 93, 1059), u zwar auch dann, wenn aGrd des Rentner- od Pensionärsprivilegs (vgl § 1587b Rn 18, 27) die Auswirkgen des VA beim AusglPflchtigen erst später eintreten (BGH NJW 97, 56). Es kann auch auf einen **bereits bei der Heirat vorhandenen Umstand** zurückgegriffen werden (BGH NJW 88, 1839).

c) Trennungszeit. Auch die währd des Getrenntlebens der Eheg erworbenen Anrechte unterliegen dem VA (vgl BVerfG FamRZ 80, 326). Eine längere Trenngszeit – maßgebnd ist das Verh der Trenngszeit zur Dauer der tats ehel LebensGemsh (BGH FamRZ 93, 302) – reicht allein für eine Kürzg nicht aus (Erk/Deisenhofer FamRZ 03, 134; PWW/Rehme Rn 12; Bamg FamRZ 01, 1222; AG Tempelhof-Kreuzbg FamRZ 05, 985; wohl auch BGH FamRZ 93, 302; 04, 1181; aA BGH NJW 08, 296 unter unzutreffender Berufg auf die bish Rspr; Celle FamRZ 93, 208; 01, 163; Brdbg FamRZ 02, 1190; Saarbr ZFE 08, 355). Sie gibt nur in bes Maß Anlass zur Prüfng der groben Unbilligk. Es müssen weitere Umst hinzutreten, zB eine (aGrd des Altersunterschieds) phasenverschobene Ehe (BGH FamRZ 04, 1181/3; vgl dazu Rn 32), die wirtschaftl Verselbständigg (BGH FamRZ 04, 1181), die bei langjähr UnterhZahlg ohne Hinweis auf die Obliegenh zur Aufnahme einer sozversicherungspfl Erwerbstätigg fehlt (BGH FamRZ 06, 769), ein sehr kurzes Zusammenleben (BGH FamRZ 05, 2052), die zur Trenng führden Umst (BGH FamRZ 05, 2052) od ein and der zu Rn 27 ff aufgeführten Gründe. Außer Betr bleibt idR eine Trenngszeit, in welcher der Eheg weiterhin die aus der Ehe stammenden Aufgaben, insbes die Betreuung gemeins Kinder, wahrgenommen hat (BGH NJW 81, 394; NJW 85, 1283; FamRZ 05, 2052); es ist nicht erfdl, dass hierdch Nachteile beim Aufbau einer eig Altersvers erwachsen sind (BGH FamRZ 05, 2052).

d) Beiderseitige Verhältnisse. Die grobe Unbilligk des uneingeschränkten VA muss sich aus einer Gesamtschau der beiderseitigen wirtschaftl, soz od persönl Verh ergeben (BVerfG FamRZ 03, 1173/4; BGH FamRZ 06, 769). – **aa)** Die **Interessen Dritter**, zB des SozHilfeträgers eines Eheg, sind bei Anwendg von § 1587c grdsätzl ohne Bedeutung (Bamg FamRZ 97, 29). Als Vertreter von Drittinteressen können die am VAVerf beteiligten **Versorgungsträger** keine Herabsetzg des AusglAnspr begehren (vgl BGH FamRZ 01, 1447). – **bb)** Der VA darf daher auch **nicht aus prozessökonomischen Gründen** ausgeschl werden, wenn dem zu erwartden geringen AusglAnspr umfangreiche Ermittlgen (vgl Rn 50) zur Aufklärg des Sachverhalts ggü stehen (Köln FamRZ 86, 689) od der Ausgl unwirtschaftl wäre (dann gilt § 1587b IV, Karlsru FamRZ 98, 1029).

- 21 e) **Wirtschaftliches Ungleichgewicht.** Mit Rücksicht auf den Zweck des VA sind insbes die obj Auswirkungen auf die wirtschaftl Lage der Eheg zu berücksichtigen (BGH NJW **82**, 1940). Für die Annahme einer groben Unbilligk ist erforderl, dass der VA nicht zu einer ausgewogenen soz Sicherh beider Eheg beiträgt, sond im Ggteil zu einem erhebl wirtschaftl Ungleichgewicht zu Lasten des AusgIPflichtigen führt. Entscheid ist nicht allein, ob der VA den notw Eigenbedarf des AusgIPflichtigen beeinträchtigt (BGH FamRZ **06**, 769). Dieser Gesichtspkt kann aber entscheidd sein, wenn der AusgIBerecht bereits eine ausreichde Altersversorgg hat (BGH FamRZ **82**, 258); das gilt insbes dann, wenn der Verpflichtete den Verlust seiner Anw nicht mehr ausgleichen kann. In die Abwäg sind beiderseits die auch außerhalb der Ehezeit erworbenen Renten(Anwartsch)
- 22 einzubeziehen (BGH FamRZ **88**, 489). – **Kein wirtschaftliches Ungleichgewicht** besteht im Fall der **Sicherung durch Vermögen.** Bedarf es des VA nicht, um dem berecht Eheg nach der Scheidg den Grundstock zu einer eigenständ Alterssicherh zu legen, kann von grober Unbilligk des ungekürzten VA ausgegangen werden, insbes dann, wenn der AusgIBerecht üb nicht ausgPfl Vermögen aus Immobilien od Kapital verfügt – auch wenn er es nach der Trenng od sogar erst nach der Scheidg (BGH FamRZ **88**, 940) erworben hat –, währd der Verpflichtete auf die von ihm erworbene Vers zur Sicherh seines Unterh angewiesen ist (BGH NJW **82**, 989; **05**, 2455).
- 23 f) **Wirtschaftliche Verhältnisse. – aa) des Berechtigten.** Ein konkretes VersBedürfn des AusgIBerecht ist nicht Voraussetz des VA (BGH FamRZ **99**, 714); entspr dem Gedanken der ehel VersGemsch ist er grdsätzl auch dann dchzuführen u nicht grob unbill, wenn in der Ehezeit der AusgIBerecht wie der Verpflichtete gleichermaßen **erwerbstätig** gewesen ist u demgem ebenfalls eig VersAnw erworben hat (BGH NJW **88**, 1839). Das Fehlen ehedingter Vorsorgenachteile ist jedoch iR der gebotenen GesamBetrachtg zu berücksichtigen, wenn weitere Umst (zB Doppelbelastg, vgl Rn 27) hinzutreten, die eine grobe Unbilligk begründen können (BGH FamRZ **89**, 492). – **Von einem Selbständigen unterlassene Altersvorsorge** rechtfertigt nur dann einen VA-Ausschluss, wenn das Unterlassen als illoyal u grob leichtfert zu bewerten ist (Brem FamRZ **02**, 466; Karlsru FamRZ **04**, 463 u **06**, 1457; KG FuR **06**, 317). Das ist idR nicht der Fall, wenn der and Eheg die Gestaltg der ehel Lebensverh mitzuverantworten u an der Erhöhg des Lebensstandards aGrd nicht für die Altersvorsorge gebundener Mittel partizipiert hat. Altersvorsorge dch Kapitalbildg u Immobilienerwerb ist bei der BilligkPrüfng zu berücksichtigen. Das gilt für den Berecht wie für den Verpflichteten gleichermaßen. –
- bb) des Verpflichteten.** Für die Annahme grober Unbilligk genügt es auf Seiten des AusgIPflichtigen nicht, dass (umgekehrt) er auf die Rente angewiesen ist (BGH NJW **81**, 1733), auch nicht, wenn er infolge des VA (verstärkt) auf Leistg der Grdsicherh (SGB XII 41 ff) od der **Sozialhilfe** angewiesen ist (zutreffd Hbg FamRZ **02**, 1257; Karlsru FamRZ **02**, 1633; aA Borth FamRZ **03**, 889/96). Unerhebl ist auch, ob **die auszugleichenden Anrechte** im Verh zum Vermögen u zu den EinkommensVerh des AusgIBerecht **ins Gewicht fallen** (BGH FamRZ **99**, 714). Ein Ausschluss des VA ist allerd dann gerechtfertigt, wenn der VA eine Erhöhg der ausreichden Vers des Berecht zur Folge hätte u dem Verpflichteten Anrechte entziehen würde, auf die dieser dringd angewiesen ist (BGH NJW **82**, 989; **05**, 2455). Andseits wird die Annahme einer unbill Härte nicht schon dadch ausgeschl, dass der AusgIPflichtige **keinen Beitrag zum Vermögenserwerb** des AusgIBerecht geleistet hat (BGH NJW **81**, 394) od als **Selbständiger** einen unrentablen Betrieb weiterführt, statt eine andweit Tätigk aufzunehmen, u es dem and Eheg überlässt, dch Erwerbstätig den FamUnterh sicherzustellen (BGH FamRZ **87**, 49).
- 24 g) **Abwägungskriterien.** Bei der Abwäg aller Umst des Einzelfalles sind einerseits die Belastgen des Verpflichteten besond infolge des Verhaltens des AusgIBerecht zu berücksichtigen, währd andseits neben einem etwaigen ehedingten VersBedürfnis des Berecht zu dessen Gunsten insbes berücksichtig werden kann, dass dieser bis zur Auflös der tats LebensGemsch die Aufgaben in der Fam uneingeschrkt erfüllt hat (BGH NJW **83**, 117 u 165; **87**, 362; vgl Rn 27); bei noch erwerbstät Eheg auch die beiderseit Erwerbs- u VersMöglighk (BGH NJW **81**, 1733; **82**, 224) unter Berücksichtigg ihrer gesundheilt LeistgsFähigk (Köln FamRZ **00**, 158; KG FamRZ **04**, 119), ihres Alters, ihrer Ausbildg u die bish Berufspraxis (BGH FamRZ **84**, 467), auch fortwirkde ErwerbsBeeinträchtigen infolge der gescheiterten Ehe (zB Teilzeitarbeit wg KiErziehg; Köln FamRB **04**, 250; vgl Rn 27) od UnterhPfl ggü gemeins Ki (Hamm FamRZ **01**, 1223).
- 25 h) **Fallgruppen.** Eine schemat Anwendg dch bloßes Einordnen des Sachverhalts in eine bestimmte Fallgruppe kann der Aufgabe der Norm, im Einzelfall grobe Unbilligk u Verletzgen von Grundrechten auszuschließen, nicht gerecht werden. Es bedarf stets einer **Einzelfallprüfung** mit **wertender Gesamtbetrachtung** (BGH FamRZ **06**, 769).
- 26 aa) **Persönliche Gründe. – (1) Eheliches Fehlverhalten** kann, Verschulden vorausgesetzt (BGH NJW **90**, 2745), zu berücksichtigen sein, selbst wenn es sich **nicht wirtschaftlich auswirkt** hat (BGH NJW **83**, 117). Es darf jedoch nicht allein deswg berücksichtigt werden, weil es zum Scheitern der Ehe geführt hat (Nr 1 Halbs 2). Berücksich sind Verfehlen hier nur dann, wenn sie wg der Auswirkungen auf den loyalen Eheg **ganz besonders ins Gewicht fallen** (vgl BGH FamRZ **05**, 2052; Celle FamRZ **03**, 1291/3; Hamm FamRZ **01**, 1223 u **03**, 1295); dazu ist erfdl, dass sie sich üb einen **lang andauernden Zeitraum** erstreckt haben (BGH NJW **83**, 824) od sich zwar auf einen **einzig**, allerd außergewöhnl schwer wiegden Vorfall beschränken (vgl Bamberg FamRZ **98**, 1368; Brdbg MDR **00**, 522). Eine geringe persönl Schuld kann auch bei gravierendem Fehlverhalten der Annahme grober Unbilligk entggestehen (BGH FamRZ **05**, 2052). – **Beispiele.** Für sich allein ist der Vorwurf des **Ehebruchs** nicht ausreichend (BGH NJW **83**, 824; vgl § 1381 Rn 17); esbo nicht allein die Hinwendg zu einem **neuen Partner** (BGH NJW **84**, 2358). – **(2) Verbale Ausfälle und einzelne körperliche Attacken** besond im Vorfeld der Scheidg rechtfertigen grdsätzl keine Herabsetz des AusgAnspr (BGH FamRZ **85**, 1236), es sei denn, ihnen liegt ein üb lange Zeit wirkdes Fehlverhalten zugrde od sie sind unter besond kränkden BegleitUmst erfolgt (BGH FamRZ **87**, 255; MüKo/Dörr Rn 35). – **(3) Die bloße Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft** rechtfertigt nicht die Anwendg der Härteklause, auch dann nicht, wenn der Eheg, der iR der bish ehel RollenVerteilg den Haush geführt u den Eheg versorgt hat, die häusl Gemsch aufhebt. – **(4) Fehlverhalten nach der Trennung.** Zur Vermeidg der „Prämierung“ illoyalen Verhaltens des AusgIBerecht kommt es darauf an, inwieweit er währd der Zeit der Erwirtschaftg des VersVermögens seinen Aufgaben u Pfl nachgekommen ist (vgl Nr 3). Ein Fehlverhalten des AusgIBerecht im persönl Bereich, das die Zeit nach Aufhebg der ehel LebensGemsch betrifft, kann einen Ausschluss der Beteiligg am VersVermögen nur rechtfertigen, wenn das Fehlverhalten besond krass ist od sonst unter den and Eheg besond belastden Umst geschieht (BGH NJW **84**, 2358). – **(5) Hat die Ehefrau den Ehemann (mit mind bedingtem Vorsatz) in den irrigen Glauben** versetzt, der **Vater ihres Kindes zu sein**, u ihn in den Jahren bis zur VaterschAnfechtg in dieser Annahme gelassen, ist die Anwendg der Härteklause idR gerechtf (BGH NJW **83**, 117; Hamm NJW-RR **08**, 1031), uU auch dann, wenn dem AusgIPflichteten wg des rgrdlos erbrachten Unterh ein (nur auf der

Grdlage des Regelbetrags bemessener) SchadErsAnspr zusteht (Karlsru FamRZ 94, 1474). Im Hinbl auf § 1599 I kann uU eine Aussetzg des VA-Verf analog ZPO 148 in Betr kommen (BGH NJW 83, 824). – (6) Grobe Unbilligk

ist zu bejahen, wenn sich der AusglBerecht eines **Verbrechens** od eines schweren vorsätzl Vergehens gg den Verpflichteten od einen nahen Angehör schuldig gemacht hat (Brdbg MDR 00, 522; KG FamRZ 04, 642), zB Tötg (BGH NJW 90, 2745) od sexueller Missbr (Brdbg FamRZ 03, 384) eines gemeins Kindes. Bei erwiesener od nicht auszuschließder Schuldunfähigk (StGB 20) in Bezug auf das dem Berecht zur Last gelegte Verhalten kommt die Anwendg von Nr I nicht in Betr; bei der Frage der Vorwerfbark wird zu differenzieren sein (vgl Karlsru NJW-RR 00, 372). – (7) Die Berücksichtigg **selbstverschuldeter Lebenserschwerisse** ist nicht ausgeschl (BGH NJW 83, 176). So kann bei **Doppelehe** die Anwendg des § 1587a VI iVm BeamtVG 55 grob unbill sein (BGH NJW 83, 176). – (8) Grob unbill kann die uneingeschränkte Dchführg des VA auch dann sein, wenn es der AusglBerecht in **vorwerfbarer Weise unterlassen** hat, selbst **für seine Alters- und Invaliditätsicherung zu sorgen** (vgl Rn 23). – (9) Grobe Unbilligk kann auch dann vorliegen, wenn das VersorggsDefizit des AusglBerecht auf der Verbüßg einer **Strafhaf**t beruht u weitere Umst vorliegen, die das Bestehen einer parität ausgestalteten VersorggsGemeinsch widerlegen (Nürnbg FamRZ 04, 116).

bb) Auswirkungen der Rollenverteilung in der Ehe. – (1) Zu berücksichtigen ist, wie weit der Ausgl-Berecht dch **Haushaltführung** u Einsatz für die Fam am Erwerb eig VersAnrechte gehindert worden ist (BGH FamRZ 88, 489). Überobligationsmäßige Erwerbstätigk inf gleichzeitiger Belastg mit HaushFührg u Kindererziehg fällt ins Gewicht (BGH FamRZ 87, 49), führt aber für sich allein noch nicht zur groben Unbilligk (Hamm FamRZ 05, 38). Anders, wenn zusätzl der AusglPflichtige seine Erwerbsobliegenh verletzt hat (BGH FamRZ 87, 49) od ihm, zB dch Finanzierg des Studiums, eine Verbesserung seiner EinkVerhältnisse ermöglicht worden ist (BGH FamRZ 89, 1060; vgl auch unten). – (2) „**Studentenehe**“. Grobe Unbilligk kann wg **Finanzierung einer Schul- oder Hochschulausbildung** anzunehmen sein, wenn der AusglPflichtige dch seine Erwerbstätigk den wesentl Teil des FamUnterh bestritten od sich in sonst Weise überobligator (zB dch HaushFührg u Kindererziehg) in der Ehe eingesetzt u dadch dem and das Studium ermöglicht hat, weil er idR am wirtschaftl Ertrag infolge der Scheidg nicht mehr teilhaben kann u dem ohnehin begünstigten früheren Partner im Weg des VA ein weiteres VermOpfer erbringen müsste (BGH FamRZ 04, 862; Köln FamRZ 04, 884; Hamm FamRZ 06, 1457). Voraussetzg ist in jedem Fall, dass besond Umst des Einzelfalls (bezogen auf die gesamte Ehezeit) zu einem mit dem Wesen der Ehe nicht zu vereinbarenden **Leistungsungleichgewicht** zw den Eheg geführt haben. Das Vorsorgedefizit beruht in diesem Fall allein auf der nicht versicherten Ausbildg. Die AufgabenVerteilg kann auch dann bei der BilligkPrüfg berücksichtigt werden, wenn sie der ursprüngl Lebensplang entsprach (BGH FamRZ 89, 1060) od wenn der AusglBerecht bereits einen Beruf erlernt hatte u währd der Ehe auf Kosten des Verpflichteten eine qualifizierte akadem Ausbildg erlangt hat, die ihm bei eig Erwerbstätigk den Aufbau entspr hochwertiger VersAnw ermöglichen wird (BGH NJW 84, 302). Insow ist unerhebl, ob die Ausbildg bei Ehezeitende bereits abgeschl worden ist (KG FamRZ 80, 800), ob der Berecht die Ausbildg erfolgreich absolviert hat (BGH NJW-RR 87, 578), ob der Berecht nach der Ausbildg in dem angestrebten Beruf tats tätig ist (Köln FamRZ 94, 1473) od ob der Verpflichtete auf seine ungeschmälereten VersAnrechte dring angewiesen ist (BGH FamRZ 88, 600). Keine grobe Unbilligk liegt vor, wenn der Berecht (zB dch SozLeistgen u einen Nebenverdienst) seinen Lebensunterh währd der Ausbildg selbst sicherstellen konnte (Hamm FamRZ 94, 1472). – (3) Dass sich die AusglPfl im Wesentl aus **Anwartschaften aus Kindererziehung** ergibt, ist allein kein Grd zum Ausschluss od zur Herabsetzg des VA (BGH FamRZ 07, 1966).

cc) Verhältnis zu sonstigen Scheidungsfolgen. – (1) **Güterrecht.** Grobe Unbilligk kann angenommen werden, wenn der AusglBerecht üb bedeutende wirtschaftl Werte verfügt, an denen der ausglpfl Eheg güterrechtl nicht beteiligt wird (KG FamRZ 97, 28 u NJW-RR 07, 939; Bambg FamRZ 01, 162; Hamm FamRZ 07, 951). Ebsso, wenn der AusglVerpflichtete dem Berecht erhebl VermZuwendng gemacht hat, die ihn im Alter u bei Invalidität schützen, ohne dass dies im ZugewAusgl zu berücksichtigen ist; ferner, wenn er Beiträge zG des AusglBerecht gezahlt hat, die (als Rentenanspruch) im VA u (als Vermögenswert) auch beim ZugewAusgl keine Berücksichtigg finden (BGH FamRZ 87, 364). Zu dem unter Berücksichtigg der güterrechtl ScheidgsFolgen

u der UnterhRegel in die Beurteilg einzubeziehden **Vermögen** zählen insbes Grdst (BGH NJW 81, 394; FamRZ 89, 491), Mietobjekte (BGH FamRZ 87, 923); Kapitalanlagen u FirmenBeteiligg (BGH FamRZ 88, 47), WohnEigt (KG FamRZ 97, 28); Kapitallebensversicherng (BGH NJW 92, 175), Aktien u Wertpapiere. Unerhebl ist, woher das Vermögen stammt (zB Schenk, Erbsch; BGH NJW 81, 394) u ob das Verm auf einer gemeins Leistg der Eheg beruht (BGH NJW 81, 394). Zur **Aufklärungspflicht** des Gerichts in Fällen mutmaßl ungleicher VermLage vgl Ffm FamRB 03, 244. – (2) **Unterhaltsrecht.** Wirkt sich der VA wirtschaftl insbes in der Weise aus, dass die eigenständ VersGrdlage des AusglPflichtigen geschmäleret u er in weitere unterrechtl Abhängigk vom AusglBerecht gebracht wird, kann eine grobe Unbilligk anzunehmen sein (BGH NJW 81, 1733). Bei beiderseit Bezug einer Vers liegt ein Härtefall vor, wenn der ungekürzte VA zu einem UnterhAnspr des AusglPflichtigen gg den AusglBerecht führen würde (BGH FamRZ 87, 255).

dd) Disparitäten infolge der Wertermittlung. Die Härteklausele der Nr I dient in besond Fällen auch der Korrektur unbill Ergebn, wie sie sich aus der Anwendg der Bewertgsvorsch des § 1587a ergeben können. Das gilt insbes für Anrechte von **Beamten**, die vor Erreichen der Regelaltersgrenze einen Anspr auf Vers wg Dienstunfähigk erwerben. Da bei **vorzeitiger Versetzung in den Ruhestand** dem VA die tats gewährte Vers des Beamten zugrde gelegt wird (§ 1587a Rn 23), kommt uU eine Kürzg gem Nr I bis herab auf den VA in Betr, den der Eheg erhalten würde, wenn der Beamte nicht dienstunfähig geworden wäre (BGH NJW 82, 224; FamRZ 99, 499). Die ungekürzte Betteiligg an der vorzeit erlangten Vers ist aber idR noch nicht grob unbill (BGH FamRZ 90, 1341), insbes auch nicht, wenn der AusglBerecht infolge der Fortdauer seiner Erwerbstätigk voraussichtl eine AltersVers erhalten wird, die zus mit der dch den VA erlangten die dem Verpflichteten verbliebene Vers erhebl übersteigt. Eine Kürzg ist auch nicht schon desh gerechtfertigt, weil der ausglpfl Beamte höhere ehebezogene Anw allein wg kürzerer ruhegehaltfäh Gesamtzeit erlangt hat (BVerfG NJW 93, 1059; FamRZ 01, 277). – Die allein auf der Neuregelg der Zusatzvers des öff Dienstes beruhenden Wertunterschiede können über Nr I ausgeglichen werden (Nürnbg FamRZ 05, 36).

ee) Steuerliche Ungleichheiten. Der VA wird auf der Grdlage von Bruttowerten dchgeführt. In Vollzug eines Gesetzgebgsauftrags des BVerfG (NJW 02, 1103) ist die steuerrechtl Behandlg von VersEinkünften dch das AltEinkG v 5. 7. 04 (BGBl I 1427) neu geregelt worden (vgl Brall/Bruno-Latocha/Lohmann DRV 04, 409; Risthaus DB 04, 1329 u 1383). Die am 1. I. 05 in Kraft getretene Novelle führt dazu, dass nach einer 2040 abgelaufenen ÜbergPhase Beamtenpensionen, Betriebsrenten u Renten der gesetzl RV einkommensteuerrechtl

27

28

29

30

gleich behandelt werden. Für Leistungsberechtigte, die vor 2040 einen VersAnspr erworben haben, werden die unterschiedl BesteuerungsMethoden von Renten u Pensionen modifiziert fortgeführt (vgl BT-Drs 15/2150 S 38; Risthaus DB 04, 1329/34 f). Danach bekommt auch weiterhin der AusglBerecht beim Ausgl nach § 1587b II bzgl der Nettoerträge der ihm gutgebrachten Anrechte mehr, als der ausglpfl Eheg hinsichtl seiner NettoVers behält (BGH FamRZ 89, 727). Diese **Auswirkungen** sind bei der Dchführung des VA nur korrigierb, wenn sie in ihrem Ausmaß schon jetzt verlässlich vorausgesehen werden können (BGH NJW 89, 2814; NJW 93, 588; FamRZ 95, 29). Daran fehlt es zB bei einer Rentenberechtigg erst 2018 wg der Ungewiss über künftige Entgeltpunkte u künftige aktuelle Rentenwerte (BGH FamRZ 07, 627). Eine **Korrektur** kommt aber in Betr, wenn beide Eheg aus den auszugleichenden Anrechten bereits Vers beziehen, sofern die unterschiedl Besteuerung im Einzelfall zu einer erhebl Differenz der Nettozüge aus den ehezeitlich erworbenen Anrechten zum Nachteil des AusglPflchtigen führt u diese Abweichg auch im Verh zur Höhe der beiderseit Vers besond schwer wiegt (BGH NJW 89, 2814). Das Gericht ist nicht verpfl, eine rechner präzise u dauerh beständige Korrektur des auf Bruttobasis ermittelten Anspr vorzunehmen (MüKo/Dörr Rn 26); angesichts der dauernden Ändergen der individuellen BesteuerungsMerkmale hat es sich vielmehr um ein Ergeb zu bemühen, das iR des Möglichen dem Grds effektiver Halbtteil am nächsten kommt, ohne den AusglBerecht zu benachteiligen (BGH NJW 89, 2814; vgl Rn 31).

31 **ff) Versorgungsdifferenz.** Es verstößt gg den **Halbteilungsgrundsatz**, wenn nach Dchführung des VA der AusglBerecht ehezeitbezogen eine deutl höhere NettoVers als der AusglPflchtige hätte (BGH FamRZ 99, 497; 05, 696). Dasselbe gilt, wenn die Differenz der NettoVers besond groß ist, weil eine dem AusglPflchtigen zustehende Vers erst zu einem späteren Ztpkt fällt wird (BGH FamRZ 99, 497). Der Ausgl ist angem zu kürzen, wobei dem HalbtteilungsGrds möglichst Rechng getragen werden muss, ohne dass die Benachteiligg des AusglPflchtigen in eine solche des AusglBerecht umschlägt (BGH NJW 89, 2814). Der Umst allein, dass die künft Entwicklg zu einer höheren Vers des AusglBerechtig als der des AusglPflchtigen führt, ist nicht als dem GrdGedanken des öffrechtl VA in unerträgl Weise widersprechd anzusehen (BGH NJW 86, 1935). Grob unbill wäre der VA erst, wenn aGrd einer hinreichd sicheren Prognose der Berecht über eine unverhältnismäß hohe Altersvers verfügen oder andweit abgesichert wird, der Verpflchtete aber auf die Anrechte zur Sicherung seines Unterh dringd angewiesen ist, insbes der ungekürzte VA die UnterhAbhängigg des Verpflchteten begründen od verstärken würde (BGH FamRZ 05, 696).

32 **gg) Phasenverschobene Ehe.** Dass ein Eheg aGrd höheren Alters od verminderter Erwerbsfähigk u damit nicht ehebedingd in der Ehezeit keine od nur geringe VersAnw erworben hat, begründet allein noch keine grobe Unbilligg (Hamm FamRZ 04, 885). Es bedarf weiterer Umst, zB einer verhältnismäß langen Trenngszeit (BGH FamRZ 04, 1181/3; NJW 08, 296), einer Gefährdng der Altersvers des Pflchtigen (AG Wuppertal FamRZ 05, 39) od einer dch den VA herbeigeführten unterrechtl Abhängigg des Verpflchteten (Celle FamRZ 06, 1459).

33 **hh) Beiträgerstattung und -nachentrichtung. (1)** Die **Erstattung** von Beiträgen zur gesetzl RV zG des AusglBerecht anlässlich der Eheschl rechtfertigt für sich allein nicht die Anwendg der Härteklause; iR einer aus and Gründen naheliegenden Prüfg der groben Unbilligg ist dieser Umstand aber mit zu berücksichtigen (BGH FamRZ 88, 489). Wurden die Beträge für die Anschaffg von Hausrat verbraucht, ist ein Härtefall idR nicht gegeben (BGH NJW 88, 1839). – **(2)** Die **Nachentrichtung** von Beiträgen, die im VA zu berücksichtigen sind, zG des and Eheg begründet keine unbillige Härte (BGH FamRZ 88, 822). Als grob unbill kann sich die strenge Beachtg des In-Prinzips (vgl § 1587 Rn 27) aber dann erweisen, wenn der Verpflchtete nach Ehezeitende dch Nachentrichtg freiwill Beiträgen Rentenanspruch für den and Eheg begründet hat u der einbezahlte Betrag nicht güterrechtl auszugleichen ist; der VA kann dann herabgesetzt werden, als ob die nachträgl begründeten Rentenanspruch in der AusglBilanz mit zu berücksichtigen wären (BGH FamRZ 87, 364).

34 **ii) Einkommen,** das obj der **Unterhaltssicherung** zu dienen geeignet ist, zB **Verletztenrente** aus der gesetzl UnfallVers mit ihrem dem EinkErsatz dienenden Leistgsteil od EntgeltersatzLeistgen des soz EntschädiggRs (BGH FamRZ 87, 255), u nicht dem VA unterliegt, kann ohne Rücksicht auf seinen EntstehgsGrd u auf eine etwaige Zweckbindg bei der BilliggAbwäg berücksichtigd werden, ausnahmsw auch, dass die AusglBerecht eine **wiederaufgelebte Witwenversorgung** erhält (BGH NJW 89, 1998; vgl auch BSG 64, 194).

35 **jj) Kurzehe.** Nach BGH FamRZ 81, 944 führt eine kurze Ehe mangels VersGemsch zur groben Unbilligg des VA (ebso Saarbr MDR 03, 510; Oldbg FamRZ 08, 1866; JH/Hahne Rn 27; krit Hamm FamRZ 85, 78; von Hornhardt FamRZ 82, 30).

36 **kk) Fehlende Versorgungsgemeinschaft.** Ist die Ehe aus eh fremden Motiven, zB zur Erlangg eines ausländerechtl AufenthTitels, eingegangen worden u bestand sie nur formal, so fehlt es an der den VA legitimierten VersGemsch, so dass ein Ausschluss des VA gerechtf ist (Schlesw SchlHA 02, 133).

37 **ll) Bagatellausgleich.** Die geringe Höhe des AusglAnspr ist unter Härtekriterien irrelevant (zutreffd JH/Hahne Rn 19; Kennnade FamRZ 02, 102; Borth FamRZ 03, 889/97; aA Brdbg NJWE-FER 00, 107).

38 **i) Umfang der Kürzung.** Sowohl ein vollständ Ausschluss als auch eine teilw Herabsetzg des AusglAnspr des Berecht ist zuläss, wobei in den meisten Fällen nur ein Teilausschluss des VA in Betr kommt. Maßg ist der auf der Grdlage aller Umst des Einzelfalles festgestellte Grad der Unbilligg (BGH NJW 83, 117). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es beim VA um die Teilhabe an Vermögenswerten geht, die in „guten Tagen“ der Ehe erwirtschaftet worden sind (Rn 6), so dass es angem sein kann, den AusglAnspr entspr dem ungefähren Verh der Zeiten vor u nach Verwirklichg des Tatbestands der Nr 1 zu kürzen (BGH NJW-RR 87, 578). Bei längerem Getrenntleben (Rn 18) erstreckt sich die Kürzg des AusglAnspr auf die währd der Trenngszeit erworbenen Anrechte (Brdbg FamRZ 02, 1190; Hamm NJW-RR 07, 868) mit Ausnahme solcher Zeiten, in denen der Berecht weiterhin aus der Ehe herrührende Aufgaben wahrgenommen hat (BGH FamRZ 85, 280/2). Um einen bestimmten Teil der Ehezeit (zB Trenngszeit) nicht zu berücksichtigen, sind die hierauf bezogenen Anwartsch, bezogen auf das Ehezeitende (§ 1587 II), zu ermitteln u von den auf die gesamte Ehezeit entfallenden Anw abzuziehen; die fiktive Vorverlegg des Ehezeitendes ist unzuläss (BGH FamRZ 06, 769; vgl auch BGH FamRZ 01, 1444 zu § 1408 II). IU besteht **keine schematische Abhängiggkeit** zur Zeit, in der die Voraussetzgen der Nr 1 vorgelegen haben, u dem Umfang der Kürzg des VA; insbes kann eine Herabsetzg auch die VersAnw aus der Zeit vor der Verwirklichg des Härteatbestands betreffen.

39 **3) Sanktion für illoyales Einwirken auf das Versorgungsvermögen, Nr 2. – a) Allgemeines. – aa) Manipulationsklausel.** Die Härteklause der Nr 2 dient der Vermeidg von Unbilligg, die sich aus der Momentaufnahme des VersVermögens ergeben, wenn der AusglBerecht auf das VersGefälle zu den Eheg in

- illoyaler Weise Einfluss genommen hat. Es handelt sich um eine VA-spezifische Konkretisierung des § 162, wonach sich niemand auf vorteilhaft umstehen darf, die er in treuwidriger Weise herbeigeführt hat. – **bb)** Der Anwendungsbereich kann nach BGH (NJW 85, 2024) nicht auf den Fall erweitert werden, dass der Verpflichtete das Entstehen eines AusglAnspruchs durch Einwirken auf VersAnrechte verhindert (aA Karlsruhe FamRZ 86, 917; Eichenhofer FuR 94 65; zur Kritik vgl. Rn 3).
- b) Voraussetzungen.** – **aa) Anrechte**, die ansonsten einzubeziehen wären, sind durch das Verhalten des AusglBerechtigten nicht entstanden oder entfallen. Das gilt für unmittelbar und mittelbar einwirkende auf die VersVerhältnisse in Form von Handeln oder Unterlassen, wie zB BeitragsErstattungen, die Umwandlung einer privaten RV in eine güterrechtlich nicht auszugleichende KapitalVersicherung, die Inanspruchnahme einer Kapitalabfindung bei Gütertrennung der Ehegatten, der Arbeitsplatzwechsel mit Verlust einer betrieblichen Altersversicherung oder die Einstellung der Beitragszahlung mit der Folge des Erlöschens des VersVerhältnisses. – **bb)** Die VersVerkürzung muss in Erwartung der Scheidung vorgenommen worden sein. Hierbei sind auch nach der Scheidung liegende, aber auf die Ehezeit zurückwirkende VersVerkürzungen bis zur Entscheidung über den VA in einem abgetrennten oder isolierten Verfahren zu berücksichtigen. Die objektiv einwirkenden auf das Handeln oder Unterlassen auf die Versituation sind hinzunehmen, wenn jeder zeitlich Bezug zur Scheidung fehlt (BGH NJW 86, 1934; 88, 1839). – **cc) Treuwidrige Einflussnahme.** Unter Nr 2 fällt nur ein Verhalten, durch das der Berechtigte die VersBilanz ohne zureichenden Grund zu seinen Gunsten manipuliert hat (BGH NJW 86, 1934). Erforderlich ist ein bewusster Zusammenhang mit der Scheidung in dem Sinn, dass die zu erwartende Entscheidung über den VA das bestimmte Motiv des Verhaltens des AusglBerechtigten gewesen ist. Daher wird der AusglAnspruch nicht berührt, wenn and Billigenswerte und von ihm nicht zu vertretende Gründe, die nicht im Zusammenhang mit der Scheidung stehen, sein Verhalten bestimmt haben, zB wenn er wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten die Beitragszahlung für seine Alterssicherung einstellt oder seinen Arbeitsplatz wegen der Pflege eines nahen Angehörigen aufgibt, ebenso wenn er sein Erwerbsverhalten lediglich seiner individuellen Leistungsfähigkeit angepasst hat (Bamberg FamRZ 99, 933), oder wenn er zwar seine Anrechte verkürzt um eine Auskehrleistung (BeitragsErstattung usw.) erhalten hat, die gezahlte Leistung aber dem güterrechtlich Ausgl unterliegt und für einen gemeinsamen Zweck verwendet worden ist (Jena OLG 97, 215).
- c) Umfang der Kürzung.** Der AusglAnspruch ist auf den Betrag herabzusetzen, der sich ergeben würde, wenn das illoyal nicht erworbene oder zum Erlöschen gebrachte Anrecht in die AusglBilanz eingestellt worden wäre. Der AusglBerechtigter darf aber nicht zum Verpflichteten gemacht werden.
- 4) Unterhaltspflichtverletzung, Nr 3. – a) Allgemeines. – aa) Zweck und Inhalt.** Die Vorschrift stellt eine weitere Konkretisierung des Grunds von Treu und Glauben dar, der es verbietet, denjenigen, der durch eine intensive und vorwerfbar Verletzung seiner Pflicht aus der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft das Leistungsgleichgewicht zu den Ehegatten und die Legitimation des VA in Zweifel gezogen hat, schematisch an den vom AusglVerpflichteten erworbenen Anrechten teilhaben zu lassen. Eine nicht nur geringfügige Pflichtverletzung soll nicht durch einen uneingeschränkten VA „prämiert“ werden. Dem AusglVerpflichteten ist die Berufung auf Unterhaltspflichtverletzung des Berechtigten jedoch verwehrt, wenn er selbst ebenfalls den Unterhaltspflicht nicht nachgekommen ist. – **bb) Anwendungsbereich.** Die Regelung erfasst ausschließlich während der Ehe (Brdberg FamRZ 98, 299) begangene Unterhaltspflichtverletzungen gegenüber dem and Ehegatten gemäß §§ 1360 ff (vgl. BGH NJW 86, 1934) u gemäß § 1361 während der – entgeg dem Wortlaut umfassten – Trennungszeit bis zum Ende der Ehezeit iSv § 1587 II (insoweit BGH FamRZ 89, 1060 u. Celle OLG 98, 249) sowie gegenüber gemeinsamen Kindern. Für die Beurteilung von Unterhaltspflichtverletzung im früheren B-Gebiet vor dem 1. 7. 77 ist das seinerzeit geltende Unterhaltmaß (BGH FamRZ 87, 49); dies gilt entsprechend für Verletzungen der Unterhaltspflicht im Beitrittsgebiet vor dem 3. 10. 90 (vgl. FGB §§ 10, 12, 17 ff). Die Unterhaltspflichtverletzung kann sowohl in einem echten Unterlassen (Nichtleistung von Unterhalt) als auch in einem positiven Tun (Herbeiführung der Leistungsunfähigkeit, Verschwendung und böswillige Vereitelung der Zwangsvollstreckung) bestanden haben. In Betracht kommen Verletzungen der Bar- als auch der Naturalunterhaltspflicht (vgl. § 1360). Nicht erforderlich ist die Strafbarkeit oder Bestrafung der Unterhaltspflichtverletzung. Vereinbarte Ehegatten, dass einer von ihnen zG eines Studiums bis auf weiteres von der Erwerbstätigkeit u Haushaltung freigestellt wird, verletzt der so von seinem ehelichen Partner ggü dem and Ehegatten entbundene seine Obliegenheit aus der Ehe dann, wenn er hinter dem Rücken des and das Studium nicht ernsthaft betreibt (BGH NJW-RR 87, 578).
- b) Voraussetzungen.** Nr 3 setzt eine Unterhaltspflichtverletzung von einigem Gewicht voraus, zu der die Folge des Ausschlusses des VA nicht unangemessen ist. – **aa) Größlich** ist eine Pflichtverletzung dann, wenn über die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht hinaus weitere objektiv Merkmale vorliegen, die dem pflichtwidrigen Verhalten ein besonderes Gewicht geben, zB wenn ein Unterhaltberechtigter doch in ernstlich schwieriger bei der Sicherstellung seines Lebensbedarfs geraten ist (BGH NJW 86, 1934) oder wenn die Ehegatten in wirtschaftlich sehr beengten Verhältnissen gelebt haben u der AusglBerechtigter ihm offenstehende u zumutbare Erwerbsmöglichkeiten nicht wahrnimmt, so dass der AusglPflichtige gezwungen war, überobligationsmäßig eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen (BGH FamRZ 87, 49). Der Fall der Beibehaltung einer Erwerbstätigkeit kann auch nach Wegfall der hierfür maßgeblichen Gründe nicht gleichbehandelt werden, wenn die Ehegatten niemals in wirtschaftlich schwieriger geraten sind (BGH NJW-RR 87, 578). – **bb) Die Schuldhaftigkeit** muss als subjektives Element hinzutreten (BGH FamRZ 87, 49). Ein krankes Versagen entschuldigt den Berechtigten jedoch dann nicht, wenn er sich bei bestehender Einsichtsfähigkeit einer erfolgversprechenden Therapie verweigert hat (Düsseldorf FamRZ 00, 162; Köln NJW-RR 04, 652). Entsprechend § 1579 Nr 4 ist kein vorsätzlich pflichtwidriges Verhalten des AusglBerechtigten erforderlich; auch leichtfertige Unterhaltspflichtverletzungen können uU zum Ausschluss des VA führen (Wick Rn 260; aA MüKo/Dörr Rn 49).
- c) Umfang der Kürzung.** Nach Nr 3 erfolgt eine Herabsetzung oder ein vollständiger Ausschluss des AusglAnspruchs nach Maß von Schwere u Dauer der Unterhaltspflichtverletzung, wobei wie bei Nr 2 kein schematischer Zusammenhang zw der Dauer der Pflichtverletzung u dem Umfang der Kürzung besteht (BGH FamRZ 87, 49). Im Einzelfall sind das Verhalten des AusglBerechtigten u die Auswirkungen seiner Pflichtwidrigkeit zu bewerten, wobei insbesonders die Ehedauer wie auch die Erfüllung aus der Ehe folgender Belastungen (Kindererziehung, Haushaltung, überobligatorische Erwerbstätigkeit) zu berücksichtigen sind.
- 5) Verfahren. a)** Über die Anwendung der Härteklausele ist grundsätzlich im Erstverfahren über den öffentlich-rechtlichen VA zu entscheiden (BGH NJW 97, 56). Dies setzt die vollständige Ermittlung aller VersAnrechte beider Ehegatten voraus (BGH NJW 05, 2455). Durch § 1587c wird das FamG nicht gehindert, eine Teilentscheidung über ein VersAnrecht zu treffen (BGH NJW 84, 120). – Im Rechtsmittelverfahren ist das Verbot der Schlechterstellung des Rechtsmittelnehmers zu beachten (BGH NJW 85, 2266). Auch im Verfahren über das Rechtsmittel des Trägers der gesetzlichen RV (oder der VersLast) kann der AusglPflichtige geltend machen, dass der VA gemäß § 1587c auszuschließen oder zu kürzen sei (BGH NJW 85, 2266). Der VersTräger hat mangels Beschwerde kein Beschwerderecht ggü eine auf § 1587c gestützte Entscheidung (BGH NJW 81, 1274).

- 51 **b) Darlegungs- und Beweislast.** Die Prüf der Härteklausele erfolgt zwar gem FGG 12 vAw und ohne Bindg an etwaige Vorstellgen der Eheg iR tatrictirerl Würdigg aller erhebl Umst des Einzelfalls (BGH FamRZ 85, 267; 88, 489). Der Tatrictirer braucht im VA-Verf aber nicht vAw nach den Gründen zu forschen, die zur Anwendg des § 1587c führen könnten; es obliegt dem AusglVerpflichteten, die Umst vorzutragen (auch noch vor dem FamSenat, BGH NJW 85, 2266), die nach seiner Ansicht eine erstrebte Herabsetzg des Ausgl rechtfertigen (BGH NJW 88, 1839). Er trägt die Darleggs- u Beweisl für die tats Voraussetzgen der Härteklausele (BGH NJW 90, 2745; 07, 366). Zweifel zB am künft Erwerb von VersAnw gehen zu seinen Lasten (BGH FamRZ 90, 1341; 99, 499).

1587d *Ruhen der Verpflichtung zur Begründung von Rentenanwartschaften.* (1) ¹ Auf Antrag des Verpflichteten kann das Familiengericht anordnen, dass die Verpflichtung nach § 1587b Abs. 3 ruht, solange und soweit der Verpflichtete durch die Zahlung unbillig belastet, insbesondere außerstande gesetzt würde, sich selbst angemessen zu unterhalten und seinen gesetzlichen Unterhaltungspflichten gegenüber dem geschiedenen Ehegatten und den mit diesem gleichrangig Berechtigten nachzukommen. ² Ist der Verpflichtete in der Lage, Raten zu zahlen, so hat das Gericht ferner die Höhe der dem Verpflichteten obliegenden Ratenzahlungen festzusetzen.

(2) Das Familiengericht kann eine rechtskräftige Entscheidung auf Antrag aufheben oder ändern, wenn sich die Verhältnisse nach der Scheidung wesentlich geändert haben.

- 1 Ein **Ruhen der Ausgleichspflicht** kommt nur bei der Verpfl zur Entrichtg von Beiträgen gem § 1587b III in Betr (Zweibr FamRZ 02, 399). Nachdem diese AusglForm dch VAHRG I I ersetzt worden ist, gilt § 1587d nur noch für **Altfälle**.

1587e *Auskunftsspflicht; Erlöschen des Ausgleichsanspruchs.* (1) Für den Versorgungsausgleich nach § 1587b gilt § 1580 entsprechend.

(2) Mit dem Tode des Berechtigten erlischt der Ausgleichsanspruch.

(3) Der Anspruch auf Entrichtung von Beiträgen (§ 1587b Abs. 3) erlischt außerdem, sobald der schuldrechtliche Versorgungsausgleich nach § 1587g Abs. 1 Satz 2 verlangt werden kann.

(4) ¹ Der Ausgleichsanspruch erlischt nicht mit dem Tode des Verpflichteten. ² Er ist gegen die Erben geltend zu machen.

- 1 **1) Zweck des Auskunftsanspruchs, I,** ist, dass sich die Ehegatten üB die beiderseits begründeten Vers-Anrechte Klarh verschaffen können. Daher kein AuskAnpr bei wirks Ausschluss des VA (BGH FamRZ 81, 533) od NichtDchführg aus and Gründen (Ffm FamRZ 82, 185). Das RSchutzinteresse besteht unabhäng von den AuskMöglichkten des FamG (Ffm FamRZ 00, 99 mAv Weil; Hamm FamRZ 02, 103; Zweibr FamRZ 04, 1794; Dörr/Hansen NJW 02, 3140/5; Borth FamRZ 03, 889/98; aA Mü FamRZ 98, 244; Oldbg NJWE-FER 98, 283).
- 2 – **Voraussetzung** ist ein berechtig Interesse, das bereits vor RHängigk des ScheidgsAntr vorliegen kann (str) u der Regelg des VA dient (Düss FamRZ 90, 46). – **Zeitliche Grenze.** Der AuskAnspr besteht auch währd eines anhäng Verf (Ffm FamRZ 00, 99), aber nicht mehr nach rkräft Entsch üB den öffrechtl VA, weil die Ausk dann nicht mehr „erfdl“ ist (BGH NJW 82, 1646). Es kommt aber ggf ein AuskAnspr gem § 1353 I iVm § 242 zur Dchsetzg von Anspr auf SchadErs in Betr (BGH NJW 84, 2040). Zur Vorbereitg eines AbändVerf: VAHRG 10 a XI. – **Inhalt.** Die AuskPfl erstreckt sich auf alle tats u rechtl Umst, die für die Bestimmg des Ehezeitanteils eines VersAnrechts u für die Höhe des AusglAnspr – auch unter Berücksichtigg von Härtegründen iSv § 1587c (Karlsru FamRZ 03, 1840) – im Einzelfall maß sind. Der AuskPflchtige ist gehalten, Belege (zB VersScheine, Rentenbescheide, Altersvorsorgeverträge) vorzulegen. Pfl zur Angabe der VersNr u Stellg des Antr auf KontenKlärg (Schlesw SchlHA 80, 71; aA Brdbg FamRZ 98, 681), nicht jedoch zur Ausfüllg der gerichtl Formulare, da es dem auskplf Eheg überlassen ist, in welcher Form er seiner Pfl nachkommt (BGH FamRZ 84, 465). – **Verfahren.** Der Anspr kann selbst od auch (vergleichb mit der Stufenklage) im VerbundVerf dchgesetzt werden (Triebbs FamRB 02, 241/2), so dass er als Teil der Folgesache dem AnwZwang unterliegt; die TeilEntsch ergeht ohne KostenEntsch. – Für die **Durchsetzung** des AuskAnspr sind die gesamten für den HauptAnspr auf VA vorgesehenen VerfVorschr anzuwenden, dh die Vorschr des FGG u ZPO 621 e (BGH NJW 81, 1508). Die Vollstreckg des Beschl üB den AuskAnspr erfolgt als auf eine unvertreth Handlg gerichtet (BGH FamRZ 86, 253) gem **ZPO 888** auf Antr des Gläub, dem die Vollstrg obliegt (BGH FamRZ 83, 578), nicht gem FGG 33 (str), u gestattet daher eine Dchsetzg auch im Weg der ErwinggsHaft (ebso Soergel/Lipp Rn 11).
- 7 **2) Bei Tod des Berechtigten** erlischt der AusglAnspr, **II.** Betroffen sind Fälle, in denen der Berecht nach RKraft der Scheidg (bei Tod vor RKraft der Scheidg erfasst ZPO 619 auch die Folgesache VA, BGH FamRZ 81, 245), jedoch (zB währd eines abgetrennten od isolierten Verf) vor Eintritt der RKraft der Entsch üB den VA verstirbt (Saarbr FamRB 02, 168); ferner Fälle, in denen eine BeitragsZahlg rkräft angeordnet od vereinbart worden ist, die Beiträge jedoch noch nicht (vollständ) gezahlt worden sind. II gilt auch in den Fällen des VAÜG 2 I (BGH FamRZ 07, 1804; aA KG FamRZ 03, 1841 mit zuR krit Anm Kemnade; KG FamRZ 05, 986), nicht jedoch für das AbändVerf nach VAHRG 10a (BGH FamZR 07, 1804). Die Rfolge kann dann dch ErgänzgsBeschl ausgesprochen werden (Ffm FamRZ 90, 296). Ist die GestaltgsEntsch üB den öffrechtl VA rkräft u wirks geworden, so bleibt es bei dem dchgeführten VA; der VersTräger des Verpflichteten ist jedoch unter den Voraussetzgen der VAHRG 4, 7 gehalten, von der auf dem VA beruhenden VersKürzg abzusehen u geleistete Beiträge zu erstatten. Auch **Wiederheirat** des Berecht beseitigt VA (im Ggsatz zu § 1586 I) nicht, auch nicht die erneute Eheschl mit dem AusglVerpflichteten (BGH FamRZ 83, 461).
- 9 **3) Erlöschen durch Wechsel zum schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, III** (vgl BGH FamRZ 81, 1051; 88, 936). Gilt unmittelb nur noch für **Altfälle** (vgl § 1587d Rn 1), ist jedoch iRv VAHRG 3b I Nr 2 entspr anzuwenden.

4) Der **Tod des Verpflichteten** nach RKraft der Scheidg bewirkt kein Erlöschen des AusglAnspr; dieser ist vielmehr – u zwar auch im Fall, dass gg einen Dritten ein evtl Anspr gem § 844 II bestünde – gg die Erben geltend zu machen, **IV** (BGH FamRZ **85**, 1240; **89**, 36). Die Regelg betrifft alle Formen des öffrechtl VA (BGH NJW **86**, 185; FamRZ **86**, 894) u erstreckt sich auch auf den Vorbehalt des schuldrechtl VA als Annexregelg des Wert-Ausgl (Karlsru FamRZ **04**, 463). Die Anrechte des Verpflichteten sind für den Ausgl zG des Berecht als nicht mit dem Tod erloschen anzusehen (BGH NJW **84**, 2829). Den **Erben** trifft eine AuskPfl, die wie diejen des Erblassers höchstpersönl Natur ist u zur weiteren Voraussetzg hat, dass der Erbe üb die auszugleichenden VersAnrechte des Erbl eig Wissen hat od sich die Kenntnisse darüber auf zumutb Weise verschaffen kann (BGH FamRZ **86**, 253). Für die Erben gelten die Regeln üb die Prozessstandschafter (BGH NJW **82**, 1939); sie können die gleichen Einwendgen (zB aus § 1587c) wie der Verpflichtete erheben (BGH NJW **86**, 185; Brdgb FamRZ **02**, 756). Bei einer ErbenGemsch kann jeder einz Miterbe das Verf allein aufnehmen (§ 2039 Rn 7). Die Erben sind vAw am Verf zu beteiligen. Das **Verfahren** wird nicht unterbrochen, kann jedoch auf Antr ausgesetzt werden (Nürnbg NJW-RR **96**, 395); ZPO 239 ff gelten – auch in der RMittelinstanz (Karlsru FamRZ **04**, 1039) – entspr (BGH NJW **84**, 2829). – Der VA kann nach dem Tod des Verpflichteten auch in Form der **Beitragszahlung** nach VAHRG 3b I Nr 2 dchgeführt werden, für die die Erben haften, sofern sie ihre Haftg nicht auf den Nachl beschränken od das Erbe ausschlagen. Sie haben nach hM (vgl nur JH/Hahne Rn 9) aber nicht die Möglichk, sich auf wirtschaftl Unzumutbark zu berufen od RatenZahlg zu beantragen (§ 1587d), da es sich insow um Einwendgen u GestaltgMöglichk handelt, die sich aus dem familienrechtl Verh zw den früheren Eheg herleiten.

Kapitel 3. Schuldrechtlicher Versorgungsausgleich

1587f Voraussetzungen. In den Fällen, in denen

1. die Begründung von Rentenanwartschaften in einer gesetzlichen Rentenversicherung mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 1587b Abs. 3 Satz 1 zweiter Halbsatz nicht möglich ist,
 2. die Übertragung oder Begründung von Rentenanwartschaften in einer gesetzlichen Rentenversicherung mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 1587b Abs. 5 ausgeschlossen ist,
 3. der ausgleichspflichtige Ehegatte die ihm nach § 1587b Abs. 3 Satz 1 erster Halbsatz auferlegten Zahlungen zur Begründung von Rentenanwartschaften in einer gesetzlichen Rentenversicherung nicht erbracht hat,
 4. in den Ausgleich Leistungen der betrieblichen Altersversorgung auf Grund solcher Anwartschaften oder Aussichten einzubeziehen sind, die im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung noch nicht unverfallbar waren,
 5. das Familiengericht nach § 1587b Abs. 4 eine Regelung in der Form des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs getroffen hat oder die Ehegatten nach § 1587o den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich vereinbart haben,
- erfolgt insoweit der Ausgleich auf Antrag eines Ehegatten nach den Vorschriften der §§ 1587g bis 1587n (schuldrechtlicher Versorgungsausgleich).

1) **Allgemeines.** Der schuldrechtl VA erfasst die in § 1587a II, V genannten u nicht im Weg des öffrechtl VA auszugleichenden VersAnrechte wähd der LeistgsPhase. Er ist von der Bedürftigk des Berecht wie auch der LeistgsFähigk des Verpflichteten unabhängig (BGH NJW **85**, 2706) u hat Vorrang vor etwaigen UnterhAnsprüchen (Celle FamRZ **82**, 501). – **Nachteile** des schuldrechtl VA (vgl zusassd BFH NJW-RR **04**, 508): AntrAbhängigk (Celle FamRZ **02**, 244). Der schuldrechtl VA erfolgt erst, wenn beide Eheg eine Vers erlangt haben od jedenfalls der AusglPflchtige (§ 1587g I 2). Die Zahlg der AusglRente erlischt iF des Todes des AusglPflchtigen (BGH FamRZ **89**, 950) bzw hängt nach VAHRG 3a davon ab, ob u in welchem Umfang der VersTräger, dem der verstorbene ausglpfl Eheg angehörte, HinterblLeistgen vorsieht. Der schuldrechtl VA vermittelt dem Ausgl-Berecht nicht wie im öffrechtl VA die NebenLeistgen der gesetzl RV (zB RehaMaßn). Diese Nachteile werden zT dadch **kompensiert**, dass iR des schuldrechtl VA von einer Umrechng nicht volldynam Anrechte abgesehen werden kann. – **Subsidiarität.** Der schuldrechtl VA ist wg der mit dieser AusglForm verbundenen labilen soz Sichergh des AusglBerecht (BVerfG NJW **86**, 1321) subsidiär (BGH FamRZ **03**, 1738). Eine AusglRente darf auch nicht für die Zeit bis zur RKraft des öffrechtl VA zugesprochen werden (BGH NJW **87**, 1018). Eine Korrektur des öffrechtl VA im Weg des schuldrechtl VA ist unzuläss (BGH NJW **93**, 330). Ist das Anrecht teilw öffrechtl ausgeglichen worden u unterliegt es hinsicht eines Restbetrags dem schuldrechtl VA, so ist es neu zu berechnen, wenn das Anrecht im öffrechtl VA falsch od auf einer inzw geänderten Grdlage bewertet worden ist. Über den schuldrechtl VA ist ohne Bindg an den im Verf üb den öffrechtl VA errechneten Wert der VersAnrechte zu entscheiden (BGH FamRZ **95**, 157/8; Düss NJW-RR **08**, 452). Dem schuldrechtl VA unterliegt dann nur die Differenz zw dem bereits ausgeglichenen Teil u dem wirkl Wert des Anrechts (Hamm FamRZ **94**, 1526). Eine unterschiedl Wertentwicl der vom früheren Teilausgl umfassten Anrechte bleibt außer Betr (Hamm NJW-RR **08**, 452). Subsidiarität auch ggü VAHRG 10a (BGH FamRZ **03**, 1738), so dass eine Abändg nicht unter Hinw auf die Möglichk des schuldrechtl VA verweigert werden darf (Köln FamRZ **90**, 294). – **Anwendungsbereich.** Allen im Gesetz genannten Fällen ist gemeins, dass bei ihnen der an sich vorrang öffrechtl VA (§ 1587b; VAHRG 1 II, III, 3b I) nicht stattfinden kann. Hinzu kommen die Fälle der Erfassg degressiver LeistgsBestandteile (BGH FamRZ **88**, 1251; **04**, 259) u des Ausgl von schrittww abzubauenen Auffüllbeträgen zu Leistgen im Beitrittsgebiet nach VAÜG 3 I Nr 6, 7 (vgl Brdgb NJW-RR **03**, 723). **Voraussetzungen** des schuldrechtl VA: Überhang an VersAnrechten auf Seiten eines Eheg (§§ 1587 I, 1587a I 1); Fall von § 1587f, VAHRG 2 usw; Bezug von Leistgen iSv § 1587 I des AusglPflchtigen aus dem auszugleichenden Anrecht (§ 1587g I 2); auch der Ausgl-Berecht muss entw eine Vers erlangt haben, wg Krankh eine angem Beschäftigk nicht ausüben können od das

6 65. Lebensjahr vollendet haben (§ 1587g I 2); kein Ausschlussstatbestand des § 1587h. Der Anspr ist gg den
7 AusglVpflichteten, ggf gg den VersTräger oder die Hinterbliebenen des Verpflichteten (VAHRG 3 a), geltend zu
machen.

5 **2) Fälle.** – **Nr 1.** Die **Begründung von Rentenanwartschaften** dch BeitragsEntrichtg ist mit Rücksicht
darauf, dass der Berecht bereits die Voraussetzgen für eine Vollrente wg Alters erfüllt, **nicht mehr möglich**
8 (§ 1587b III 1 2. Halbs; VAHRG 3 b I Nr 2 S 1 Halbs 2). Maßg ist das Ende der Ehezeit. Der Ausschluss
greift nicht schon bei Erfüllung der materiellen RentenVoraussetzgen ein, sond erst dann, wenn dem Berecht ein
bindender Rentenbescheid erteilt ist (BGH NJW **81**, 2689). – **Nr 2.** Die Übertrag od Begründg von
Rentenanrechten ist mit Rücksicht darauf ausgeschl, dass sonst der in § 1587b V iVm SGB VI 76 II 3
bezeichnete **Höchstbetrag überschritten** wäre (Celle FamRZ **93**, 1328). – **Nr 3.** Fälle, in denen der ausglpfl
Eheg die ihm zur Begründg von Rentenanwartsch **aufgelegten Zahlungen** iSv § 1587b III 1 Halbs 1 oder
VAHRG
9 3 b I Nr 2 **nicht** od nicht vollständig **erbracht** hat, dh wenn Umst (zB Beginn einer Regelaltersrente) eintreten,
die die Zahlg von weiteren Beitr zur gesetzl RV ausschließen (BGH **81**, 152). Vor diesem Ztpkt tritt auch die
Rfolge des § 1587e III nicht ein (BGH FamRZ **88**, 936). Die Beitragsanordng ist aufzuheben (FGG 53 f, ggf
iVm VAHRG 11 I). – **Nr 4.** VersAnrechte der **betrieblichen Altersversorgung**, die im Ztpkt der letzten
tatrichterl Entsch üb den VA **noch verfallbar** u daher im öffrechtl VA nicht zu berücksichtigen waren (§ 1587a
II Nr 3 S 3), können nach ihrer Realisierg im LeistgsFall schuldrechtl ausgeglichen werden, u zwar auch dann,
wenn sie auf Seiten des Berecht vorliegen, so dass es zur Kompensation der ursprüngl zu hohen AusglPfl dch
einen schuldrechtl RückAusgl kommt (BGH **84**, 158; FamRZ **88**, 822). Bei späterer Unverfallbar der Höhe
nach Nr 4 analog für den noch nicht ausgeglichenen Teil des Anrechts (Karlsru NJW **06**, 3575). Der
schuldrechtl VA nach Nr 4 kann dch eine Abänderg des früheren VA gem VAHRG 10a I Nr 2 vermieden
werden. – **Nr 5.** Das FamG hat im Fall, dass sich die Übertrag od Begründg von Rentenanrechten voraussichtl
nicht zugunsten des Berechtigten auswirken würde od der VA in dieser Form nach den Umst des Falles
unwirtschaftlich wäre (§ 1587b IV), eine Regelg in der Form des schuldrechtl VA getroffen od die Eheg haben
selbst den schuldrechtl VA **vereinbart** (§ 1587o, § 1408 II).

10 **3) Verfahren.** Vgl Vorbemerkgen § 1587 Rn 11 ff. – **Entscheidung.** Die AusglRente darf nicht mit einem
Prozentsatz der auszugleichenden Versorgg tituliert werden (BGH NJW **08**, 153; aA Voraufgabe). Unzulässig ist eine
auf Feststellg der künft AusglRente gerichtete Klage mangels Bestimmbar der Höhe der AusglRente (BGH
NJW **84**, 610). Ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellg, daß dem schuldrechtl AusglBerecht ein Anspr
auf Zahlg einer der Höhe nach noch nicht bestimmten AusglRente zusteht, wenn die dafür gesetzl bestimmten
Voraussetzgen erfüllt sind, wird zwar nicht anerkannt; der Betrag des AusglAnspr, dessentwg nach § 1587f
Nr 2 iVm § 1587b V der schuldrechtl VA stattfindet, kann aber Ggstand einer gesond Feststellg sein (BGH
NJW **82**, 387; offen BGH FamRZ **95**, 293). Das rechtl Interesse fehlt jedenf dann, wenn die Feststellg (etwa
mangels späterer Bindg an den errechneten Wert, zB bei einer Anw auf eine Betriebsrente) ohne ausreichenden
Nutzen ist. Entsch üb den schuldrechtl VA erwachsen in **materielle Rechtskraft** (BGH NJW **84**, 2364); zur
Abänderg vgl § 1587g Rn 23. Bis zum Eintritt der Voraussetzgen des VAHRG 3 a keine **Beteiligtenstellung** des
Trägers der schuldrechtl auszugleichenden Vers (BGH NJW **89**, 1858).

1587g Anspruch auf Rentenzahlung. (1) ¹ Der Ehegatte, dessen auszugleichende Versorgung
die des anderen übersteigt, hat dem anderen Ehegatten als Ausgleich eine Geldrente
(Ausgleichsrente) in Höhe der Hälfte des jeweils übersteigenden Betrags zu entrichten. ² Die Rente kann
erst dann verlangt werden, wenn beide Ehegatten eine Versorgung erlangt haben oder wenn der
ausgleichspflichtige Ehegatte eine Versorgung erlangt hat und der andere Ehegatte wegen Krankheit
oder anderer Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte auf nicht absehbare
Zeit eine ihm nach Ausbildung und Fähigkeiten zumutbare Erwerbstätigkeit nicht ausüben kann oder
das 65. Lebensjahr vollendet hat.

(2) ¹ Für die Ermittlung der auszugleichenden Versorgung gilt § 1587a entsprechend. ² Hat sich seit
Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags der Wert einer Versorgung oder einer Anwartschaft
oder Aussicht auf Versorgung geändert oder ist eine bei Eintritt der Rechtshängigkeit des
Scheidungsantrags vorhandene Versorgung oder eine Anwartschaft oder Aussicht auf Ver-
sorgung weggefallen oder sind Voraussetzungen einer Versorgung eingetreten, die bei Eintritt der
Rechtshängigkeit gefehlt haben, so ist dies zusätzlich zu berücksichtigen.

(3) § 1587d Abs. 2 gilt entsprechend.

1 **1) Allgemeines.** – **a) Systematik.** § 1587g regelt den **Gegenstand** sowie die Dchföhrg des schuldrechtl VA.
2 **b) Inhalt.** **1** gibt die **Form** an, in der sich der schuldrechtl VA vollzieht, enthält zugl die AnsprGrdlage für
die AusglRente u bestimmt die Höhe des Anspr auf der Grdlage des HalbtelgsPrinzips. Die ErfüllgsForm der
Rentenzahlg wird dch die Möglichk der Abtretg der VersAnspr u der Abfindg künft Anspr ergänzt (§§ 1587i,
1587l). **1** 2 legt die **Fälligkeit** des AusglRentenAnspr fest. Nach **II 1** gilt für die **Ermittlung** der auszugleichenden
Vers die BewertgsGrdNorm des öffrechtl VA, wobei **II 2** es ermöglicht, nach Ende der Ehezeit eingetretenen
Änderungen Rechng zu tragen, wähd **III** die AusglRentenRegelg ihrerseits der Möglichk zur Abänderg
dch das FamG unterwirft.

3 **c) Rechtsnatur.** Der schuldrechtl VA begründet einen Anspr auf eine aus der auszugleichenden Vers zu
zahlenden Geldrente (BFH NJW-RR **04**, 508). Mangels unterrechtl Natur fällt er nicht unter das Privileg von
ZPO 850d I 1 (BGH FamRZ **05**, 1564).

4 **d) Verhältnis zum Unterhalt.** Vgl § 1587f Rn 1.

5 **e) Dispositives Recht.** Den FälligkZtpkt, die Voraussetzgen für die Dchföhrg des schuldrechtl VA u die Höhe
der AusglRente können die geschiedenen Eheg vertragl modifizieren u insow auch die AmtsermittlgsPfl des
FamG beschränken (Saarbr FamRZ **03**, 614); kein GenehmiggsErfordern (Karlsru FamRZ **89**, 762).

6 **2) Ausgleichsrente, I 1.** – **a) Ausgleichspflicht.** Dem schuldrechtl VA unterliegen die wähd der Ehezeit
erworbenen VersLeistgen iSv § 1587a II, V, für die ein öffrechtl VA nicht dchgeföhr werden kann (vgl § 1587f
Rn 3). Zur ruhenden Versorg vgl Rn 19.

b) Voraussetzungen. – **aa) Ausgleichspflichtig** ist derjenige Ehegatte, dessen schuldrechtlich auszugleichende Versorgungsbezüge höher sind als die des anderen Ehegatten (KbZ FamRZ 92, 687). Hierbei kann es auch zu einem dem öffentlich-rechtlich VA entgegengesetzten Ausgleich (Hin- und Her-Ausgleich) kommen (vgl. BrdBG NJW-RR 03, 723). IR der Saldierung können auch Ansprüche des Berechtigten hinzugerechnet werden, die im öffentlich-rechtlich VA auszugleichen wären, wenn sie der Verpflichtete erworben hätte (Celle FamRZ 05, 521; Kemnade FamRZ 99, 821). – **Berechnung des schuldrechtlichen Restausgleichs bei vorangegangenem öffentlich-rechtlichem Teilausgleich.** Ist ein Versorgungsanspruch mit einem Teilbetrag bereits öffentlich-rechtlich ausgeglichen worden, so findet nur noch ein schuldrechtlich Restausgleich statt. Bei einem nicht voll-dynamischen Anspruch ist nach BGH (FamRZ 00, 89) systematisch nicht der bereits zum Ausgleich gelangte (dynamisierte) Teil in einen nicht voll-dynamischen Teil zurückzurechnen und mit seinem aktualisierten Wert vom theoretischen Gesamtausgleichsbetrag der nicht voll-dynamischen Versorgung abzuziehen (ebenso Celle FamRZ 03, 1299; Karlsruhe FamRZ 05, 628; Hamm FamRZ 05, 810; KG FamRZ 05, 813). Hieran hat der BGH festgehalten (NJW 05, 2775; krit. Bergner NJW 05, 2751; 07, 2668). War der Teilausgleich jedoch noch unter der Geltung der bis 31. 5. 2006 geltenden Fassungen der BarwertVO durchgeführt worden, ist zur Vermeidung von Verzerrungen bei Rückrechnung an Hand der neuen BarwertVO der öffentlich-rechtlich VA nur mit dem aktuellen Betrag des dem Ausgleichsberechtigten in der gesetzlich RV gutgebrachten Anrechts zu berücksichtigen (BGH NJW 05, 2775; 07, 1064 u. 1202; ebenso bisher allg. Karlsruhe FamRZ 00, 235; Oldbg FamRZ 01, 1528; Celle FamRZ 02, 244; KbZ FamRZ 04, 465; Köln FamRZ 04, 1728; Ffm FamRZ 05, 623; Nürnberg FamRZ 05, 627). Der frühere öffentlich-rechtlich Teilausgleich hat keine Bindungswirkung für die Bemessung der schuldrechtlich Restausgleichsrente (§ 1587f Rn 3). – **bb) Höhe.** Hälfte des Wertunterschieds der von beiden Ehegatten in der Ehezeit jeweils erworbenen Versorgungsansprüche, **I 1.** Bei mehreren schuldrechtlich auszugleichenden Ansprüchen ist jeweils nur das Anrecht auszugleichen, das bereits zum Anspruch erstarkt ist; tritt später ein weiteres Vers hinzu, so findet III Anwendung. – **cc) Fälligkeit.** Rn 15.

3) Ermittlung der auszugleichenden Versorgung, II.

a) Die Bewertung der in den schuldrechtlich VA einzubeziehenden Versorgungsansprüche erfolgt wie im öffentlich-rechtlich VA, **S 1.** Direkte Steuern bleiben unberücksichtigt (Düss FamRZ 97, 677). Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge sind abzuziehen (BGH FamRZ 11, 706, unter Aufgabe der früheren Rspr.). Ist der Vergleich mit einem voll-dynamischen Anspruch nicht erforderlich, braucht das schuldrechtlich auszugleichende, nicht voll-dynamische Anrecht nicht umgerechnet zu werden (BGH FamRZ 85, 263; 00, 89), da auch dynamikbedingte Änderungen des II 2 u. III Rechnung getragen werden kann (JH/Hahne Rn 17 mN); iFv vorausgegangenem öffentlich-rechtlich Teilausgleich vgl. Rn 7.

b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung des Werts eines Versorgungsanspruchs ist grundsätzlich auch hier das **Ende der Ehezeit** (BGH NJW 82, 387; FamRZ 99, 218). Das Ehezeitende bleibt für sämtliche individuellen Bewertungsgrundlagen maßgebend. Veränderungen ohne Bezug zu den ehezeitlichen (zB ein nach dem Ehezeitende erfolgter beruflicher Aufstieg) bleiben unberücksichtigt (BGH NJW 87, 1014; 90, 1480).

c) Berücksichtigung nach Ehezeitende eingetretener Veränderungen bei der auszugleichenden Versorgung, S 2. Die Anwendung von II 2 erfolgt vAW (Hamm FamRZ 90, 889) und hängt nicht davon ab, ob der schuldrechtlich VA im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlich VA od. unabhängig davon stattfindet. **Zweck** ist, nachträglich Wert- oder Bestandsveränderungen einer Versorgung zu berücksichtigen, um dem Halbeinheitsgrundsatz entsprechen zu erzielen (BGH NJW 93, 330). – **aa) Berücksichtigungsfähigkeit** sind nahezeitliche **Erhöhungen und Verringerungen** des Werts einer Versorgung nur insoweit, als sie einem Anspruch bei Ehezeitende bereits latent innewohnen (BGH FamRZ 08, 1512). Unerheblich ist daher der Umfang der Wertveränderung. Um nach diesen Grundsätzen einen nahezeitlichen beruflichen Aufstieg unberücksichtigt zu lassen, ist die Versorgungsleistung zu errechnen, die sich entspricht der zum Ende der Ehezeit ausgeübten Tätigkeit ergeben würde (BGH FamRZ 08, 1512; Brem FamRZ 04, 31; Hamm FamRZ 05, 810). **Einzelfälle:** dynamikbedingte Wertsteigerungen eines Anspruchs (BGH FamRZ 01, 25), Einkommensdynamik endbezugsabhängiger betrieblicher Versorgungsansprüche in der Anwartschaftsphase (Mü FamRZ 98, 1376; Köln FamRZ 04, 1728) od. die Preisdynamik betrieblicher Versorgungsleistungen iSv BetrAVG 16 I, II (Celle FamRZ 02, 244); Änderung in den rechtlich Bemessungsgrundlagen der Versorgung (Hamm FamRZ 94, 1528); ein von der Regelaltersgrenze abweichendes früheres od. späteres Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis bei zeitratierlich zu bewertenden Versorgungsansprüchen (BGH NJW 90, 1480; FamRZ 01, 25; Celle FamRZ 05, 521). Dagegen nicht ein nahezeitlicher beruflicher Aufstieg (BGH FamRZ 08, 1512), die Vereinbarung einer Versorgungssteigerung nach Ehezeitende (BGH FamRZ 08, 1512; Celle FamRZ 05, 521) u. eine wieder-verheiratsbedingte Rentenerhöhung (Hamm FamRZ 07, 218). Zur Berechnung des schuldrechtlich Restausgleichs einer Beamtenversorgung nach § 1587f Nr 2 iVm § 1587b V bei nahezeitlicher Änderung des Ruhegehalts vgl. Celle FamRZ 06, 422 mAv Kemnade; Hamm FamRZ 08, 898. – **bb)** Zu berücksichtigen ist ferner der **Wegfall eines Anspruchs** (zB Nachversorgung eines Beamten) einschließlich seiner Kapitalisierung (BGH FamRZ 03, 644); anwendbar sind aber § 1587h Nr 2 und, soweit es um Ansprüche des Ausgleichspflichtigen geht, § 242 (Karlsruhe FamRZ 86, 917; MüKo/Glockner Rn 24; str.). – **cc) Der Eintritt von Versorgungsvoraussetzungen**, insbesonders der Unverfallbarkeit betrieblicher Versorgungsansprüche, die bei Ehezeitende noch nicht vorliegen, ist zu beachten.

4) Fälligkeit, I 2, und Zahlungsmodalitäten. I 2 regelt den Zeitpunkt, von dem ab die Ausgleichsrente verlangt werden kann (BGH 81, 190). Für die **Vergangenheit** kann die Ausgleichsrente nur nach Maßgabe von § 1587k I iVm § 1585b II (frühestens vom Zeitpunkt der Erfüllung der materiellrechtlichen Voraussetzungen an) verlangt werden (Karlsruhe FamRZ 00, 235). Hat der Verpflichtete während der Vergangenheit bereits nahezeitlich Unterhalt geleistet, kommt eine Herabsetzung der für den Nachzahlungszeitraum geschuldeten Ausgleichsrente in Betracht (vgl. § 1587k Rn 2). Für die Ansicht (Saarbr FamRZ 02, 324), dass die Rente für den Monat des Erwerbs des Ausgleichsanspruchs in voller Höhe geschuldet wird, fehlt eine klare Rechtsgrundlage.

a) Zweck. Die Zahlung soll aus der eigentlichen Versorgung des Ausgleichsschuldners erfolgen.

b) Voraussetzungen. Der Versorgungsfall allein in der Person des Ausgleichsberechtigten löst den Anspruch auf die Ausgleichsrente nicht aus, während andererseits (wie beim öffentlich-rechtlich VA) ein allein auf Seiten des Verpflichteten eingetretener Leistungsfall dem Ausgleichsberechtigten nicht zu einer Rente verhilft: – **aa) Beim Verpflichteten** ist erforderlich, dass er die jeweils schuldrechtlich auszugleichende **Versorgung** erlangt hat (BGH FamRZ 01, 25). **Erlangt haben** bedeutet grundsätzlich

Festsetz u tats Gewähr, nicht schon Erfüllg der jew materiellrechtl AnsprVoraussetzgen (Celle FamRZ 95, 812), es sei denn, dass der Verpflichtete ohne billigenswerten Grd von der Geltendmachg eines ihm materiellrechtl zustehenden Anspr absieht; dann muss er so behandelt werden, als beziehe er die auszugleichende Vers (str; aA Staud/Rehme Rn 18). Eine ruhde Vers wird nicht ausgeglichen, es sei denn, sie wird von einer and (ggf ihrers nicht ausglpfl) Leistg überlagert (BGH FamRZ 88, 936/9 zur Abtretg von Pensionsanspr gg laufde Leistgen); auszugleichen ist aber eine abgetretene Vers (BGH aaO), u zwar auch dann, wenn der Abtretg im Einzelfall kein wirtschaftl Vorteil ggüsteht. – **bb) Der Berechtigte** (ausführl JH/Hahne Rn 8) muss entweder ebenfalls eine Vers iSv § 1587 I erlangt haben, wobei der Bezug einer vorzeit (BGH FamRZ 01, 27), befristeten (Düss FamRZ 07, 225 Ls), ausländ od außerh der Ehe erworbenen Vers (BGH FamRZ 01, 284) sowie einer Rente wg teilw ErwerbsMinderg od einer befristeten Rente wg ErwerbsUnfähigk (Düss FamRZ 07, 225 LS) ausreicht, od auf nicht absehbar Zeit wg **Krankheit oder eines Gebrechens** eine zumutb Erwerbstätigk nicht mehr ausüben können (Hamm FamRZ 94, 1528; Karlsru FamRZ 05, 986); od er muss das **65. Lebensjahr** vollendet haben. Eine bloße Überbrückgs- od **Vorruhestandsleistung** genügt nicht (BGH FamRZ 01, 27).

21 **c) Zahlungsart und -dauer.** Die Geldrente ist monatl im Voraus (§§ 1585 I 2, 1587k I) dch Überweisg auf das Bankkonto des Berecht zu zahlen, u zwar ab Verzug bzw RHängigk des Anspr auf die AusglRente (BGH NJW 85, 2706) u ggf auch für den Monat, in dem der RentenAnspr dch Tod des Berecht erlischt (§§ 1585 I 3, 1587k I).

22 **5) Verfahren** (§ 1587f Rn 10).

a) Geldtmachg des Anspr auf AusglRente nach FGG (ZPO 621 I 1 Nr 6, 621a I 1) dch AntrStellg beim FamG. **Beschwerde** befristet: ZPO 621e I.

23 **b) Änderung der Entscheidung, III.** Dch entspr Anwendbk des § 1587d II kann iF einer **wesentlichen Änderung** der für die Berechng des Ehezeitanteils des schuldrechtl auszugleichenden Anrechts maßg rechtl od tats Verh (vgl Rn 12) die frühere Entsch od Vereinbg (wenn Abänderg nicht ausgeschlossen wurde) auf **Antrag** mit Wirkg für die **Zukunft** abgeändert werden. Die Vorschr ermöglicht keine Korrektur des öffrechtl VA, dessen RKraft u Wirksamk nur nach VAHRG 10a sowie analog ZPO 578ff dchbrochen werden kann (BGH NJW 93, 330; Hamm FamRZ 05, 810). Von vornherein fehlerh Entsch üb den schuldrechtl VA können in entspr Anwendg von VAHRG 10a abgeändert werden (Düss FamRZ 05, 372; Zweibr FamRZ 06, 276; JH/Hahne Rn 24). Die gebotene Gleichbehandlg zw schuldrechtl u öffrechtl VA legt es nahe, den RBegriff „wesentl Änderg“ entspr der Definition des VAHRG 10a II zu konkretisieren (ähnl JH/Hahne Rn 23; aA BGH FamRZ 90, 380). Gg Entsch nach III ist die **Rechtsbeschwerde** ausgeschl (FGG 53 g II). Zum verlängerten schuldrechtl VA vgl VAHRG 3a VI.

24 **c) Einstweiliger RSchutz** dch einstw Anordng analog VAHRG 3a IX 3, 4 (Nürnb NJW 07, 2053; Wick FamRZ 05, 1030).

1587h Beschränkung oder Wegfall des Ausgleichsanspruchs. Ein Ausgleichsanspruch gemäß § 1587g besteht nicht,

1. soweit der Berechtigte den nach seinen Lebensverhältnissen angemessenen Unterhalt aus seinen Einkünften und seinem Vermögen bestreiten kann und die Gewährung des Versorgungsausgleichs für den Verpflichteten bei Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse eine unbillige Härte bedeuten würde; § 1577 Abs. 3 gilt entsprechend;
2. soweit der Berechtigte in Erwartung der Scheidung oder nach der Scheidung durch Handeln oder Unterlassen bewirkt hat, dass ihm eine Versorgung, die nach § 1587 auszugleichen wäre, nicht gewährt wird;
3. soweit der Berechtigte während der Ehe längere Zeit hindurch seine Pflicht, zum Familienunterhalt beizutragen, gröblich verletzt hat.

1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr ordnet den vollständ od teilw **Verlust des schuldrechtlichen Ausgleichsanspruchs in drei Fällen** an. Die in den **Nrn 2 und 3** genannten Härtegründe stimmen (fast) wörtl mit den in § 1587c genannten Ausschlussgründen überein, demggü ist **Nr 1 enger** gefasst als die ParallelVorschr für den öffrechtl VA. Diese Beschränkg beruht auf einem Versehen des GesetzG (JH/Hahne Rn 1), das der **Korrektur** bedarf. Auch für den Bereich des schuldrechtl VA ist dem FamG die Möglichk zu geben, GrdR-widr Auswirkgen des nach dem gesetzl Schema errechneten AusglAnspr dch eine nicht nur auf die wirtschaftl Verh konzentrierte Härteklausele zu begegnen (BVerfG 53, 257/98). § 1587c Nr 1 ist daher im schuldrechtl VA entspr anzuwenden (BGH 98, 390; NJW 84, 610; FamRZ 05, 1982). Vgl auch Weil FPR 07, 134. – Üb die Härteklausele ist **von Amts wegen** zu entscheiden, u zwar unter Berücksichtigg der nahehel Entwicklg (BGH NJW 85, 2706) grdsätzl erst dann, wenn die FälligkVoraussetzgen des § 1587g 12 erfüllt sind (BGH NJW 84, 610; Ausn iFd § 1587f Nr 2, wenn bereits der öffrechtl VA gem § 1587c Nr 1 auszuschließen ist). And als beim öffrechtl VA kann eine Verändg der für die BilligkPrüfg maßg Verh in einem AbändVerf gem § 1587g III iVm § 1587d II berücksichtigt werden.

2 **2) Voraussetzungen, Nr 1.** – Grdsätzl hängt der auf dem Teilhabegedanken beruhde VA nicht davon ab, dass der AusglBerecht bedürft u der AusglVerpflichtete leistungsfäh ist (Hamm FamRZ 90, 889; Schlesw NJW-RR 07, 1376). Eine Dchbrechg dieses Grds ist aber aus BilligkGrden angebracht, wenn entw dem AusglPlichtigen der notw Lebensbedarf nicht verbleibt od wenn sein angem Bedarf u derjen der mit dem AusglBerecht gleichrangigen UnterhBerecht gefährdet wäre und der AusglBerecht seinen angem Unterh auch im Alter od trotz Krankh aus seinem Einkommen u Vermögen bestreiten kann (BGH FamRZ 06, 323; NJW 07, 1202). Der ungekürzte VA muss also zu einem **groben Ungleichgewicht** zw den wirtschaftl Verh der früheren Eheg führen u dem mit dem VA verfolgten SicherhZiel widersprechen. – Der **angemessene Unterhalt** bestimmt sich nach dem Lebensstandard des Berecht im Zpkt des Eintritts der FälligkVoraussetzgen der schuldrechtl AusglRente (Zweibr FamRZ 02, 399). Er wird allerd nach oben dch die eLVerh (§ 1578) begrenzt (JH/Hahne Rn 5; str). Zu den zu berücksichtigten Einkünften zählen insbes VersLeistgen ohne Rücksicht auf ihren EntstehgsGrd (zB Leistgen des soz EntschädigR, vgl Ffm FamRZ 04, 28/9; Einkommen aus Erwerbstätigk sind nur zu berücksichtigen, soweit die Tätigk (was im Alter od bei vollständiger Minderg der Leistungsfähigk idR nicht der Fall sein wird) zumutb ist. UnterhLeistgen Dritter (nicht aber des Verpflichteten) sind ebenfalls zu berücksichtigen. Hinsichtl der Wertg des VermStamms gilt üb Nr 1 S 2 für den Berecht u Verpflichteten die Regelg des § 1577 III.

5 **3) Billigkeitsprüfung.** Zu berücksichtigen sind die **beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse**, die jeden Eheg treffen Verbindlich, insbes auch UnterhPfl, sowie die eig Bedürfn des Verpflichteten. Grdsätzl

genügen für sich allein weder die fehlende Bedürftigkeit des Berechtigten (BGH NJW 85, 2706) noch eine wirtschaftliche Härte auf Seiten des Verpflichteten; entscheidend ist vielmehr das Zusammenwirken beider Umstände (Karlsruher FamRZ 05, 628); vgl aber auch Rn 3.

4) Die entsprechende Anwendung des § 1587c Nr 1 (Rn 1) erlaubt eine Kürzung der Ausglichsrente. Voraussetzung ist aber eine unbillige Härte im Einzelfall, zB wenn der angemessene Unterhalt des Ausglichsberechtigten gefährdet ist und der Berechtigte in evident günstigeren wirtschaftlichen Verhältnissen lebt (BGH NJW 07, 1064). Auch eine im Verhältnis zur Zeit des ZusLebens lange Trennungszeit kann im Rahmen der Gesamtabwägung, in welche die wirtschaftlichen, sozialen und persönlichen Verhältnisse einzubeziehen sind, zur Anwendung der Härteklausele führen (BGH FamRZ 07, 1805).

1587i *Abtretung von Versorgungsansprüchen.* (1) Der Berechtigte kann vom Verpflichteten in Höhe der laufenden Ausgleichsrente Abtretung der in den Ausgleich einbezogenen Versorgungsansprüche verlangen, die für den gleichen Zeitabschnitt fällig geworden sind oder fällig werden.

(2) Der Wirksamkeit der Abtretung an den Ehegatten gemäß Absatz 1 steht der Ausschluss der Übertragbarkeit und Pfändbarkeit der Ansprüche nicht entgegen.

(3) § 1587d Abs. 2 gilt entsprechend.

1) **Allgemeines.** Der Berechtigte kann vom Verpflichteten im VersFall (Zimmermann FPR 00, 326) in Höhe der laufenden Ausglichsrente Abtretung der in den Ausgleich einbezogenen Versorgungsansprüche verlangen, die für den gleichen Zeitraum fällig geworden sind oder fällig werden, I. Keine Abtretung künftiger Rentenansprüche für VA-Rückstände (Hamm FamRZ 87, 290). Der Ausglichsberechtigte kann den Rentenanspruch oder sonst Vermögen des Verpflichteten auch im Weg der Zwangsvollstreckung (vorbehaltlich etwaigen Pfändungsschutzes des Verpflichteten) pfänden. Der Wirksamkeit der Abtretung an den Ehegatten steht der Übertragbarkeit und Pfändbarkeit als Ausnahme zu §§ 399, 400 nicht entgegen. II. Das FamG kann auch hier eine rückkräftige Entscheidung auf Antrag aufheben oder ändern, wenn sich die Verhältnisse nach der Scheidung wesentlich geändert haben. III. Stirbt der Berechtigte, so erlischt der Ausglichsanspruch; die nach § 1587i I abgetretenen Ansprüche gehen nicht unter, sondern fallen an den Verpflichteten zurück (§ 1587k II 2).

2) Der **Abtretungsanspruch, I**, kann im Streitfall zugleich mit dem entsprechenden Zahlungsanspruch gerichtlich geltend gemacht werden (vgl ZPO 260) (Köln FamRZ 04, 1728). Die Abtretungspflicht bezieht sich nur auf die in den Ausgleich einbezogenen Versorgungsansprüche. Die Abtretung eines Prozentsatzes der auszugleichenden Versorgung kann nicht verlangt werden (BGH NJW 08, 153). Keine Abtretung von Versorgungsansprüchen, die nicht ausgleichspflichtig sind, zB weil sie vor oder nach der Ehezeit erworben worden sind. Darüber hinaus ist die Abtretungspflicht dahin beschränkt, dass die einzelnen Beträge der Versorgungsbezüge nur jeweils wie die Bezüge der zu entrichtenden Ausglichsrente abgetreten werden müssen. Bei mehreren schuldrechtlich auszugleichenden Versorgungsansprüchen braucht sich der Berechtigte nicht jede einzelne Abtretung zu lassen, sondern kann die Abtretung eines Anrechts fordern, wobei ihm ein Wahlrecht zusteht (JH/Hahne Rn 3). Kommt ein Abtretungsvertrag nicht zustande, so muss der Berechtigte den Verpflichteten gerichtlich auf Abgabe einer Abtretungserklärung in Anspruch nehmen. Gibt das Gericht dem Antrag statt, so gilt die Abtretungserklärung gemäß FGG 53 g III iVm ZPO 894 mit Rückkraft und Wirksamkeit des Beschlusses als erfolgt. Die Abtretung wirkt **erfüllungshalber**.

3) **Ausschluss der allgemeinen Übertragungsbeschränkungen, II.** Die Abtretung nach I ist mit Rücksicht auf die Schutzfunktion des VA und zur Angleichung an den öffentlich-rechtlichen VA von den allgemeinen gesetzlichen Übertragungsbeschränkungen und vergleichbaren vertraglichen Beschränkungen ausgenommen (StGT FamRZ 03, 456).

4) **Abänderung; III.** Eine gerichtliche Abtretungsentscheidung kann bei einer Veränderung des Bestandes oder des Werts des schuldrechtlich auszugleichenden Anrechts sowie infolge des Eintritts oder des Wegfalls von Härtegründen iSv § 1587h Nr 1 entsprechend § 1587d II auf Antrag eines der früheren Ehegatten abgeändert werden. Die Abänderung setzt eine verbindliche Neuregelung des Ausglichsanspruchs voraus.

1587k *Anwendbare Vorschriften; Erlöschen des Ausgleichsanspruchs.* (1) Für den Ausgleichsanspruch nach § 1587g Abs. 1 Satz 1 gelten die §§ 1580, 1585 Abs. 1 Satz 2, 3 und § 1585b Abs. 2, 3 entsprechend.

(2) ¹ Der Anspruch erlischt mit dem Tode des Berechtigten; § 1586 Abs. 2 gilt entsprechend. ² Soweit hiernach der Anspruch erlischt, gehen die nach § 1587i Abs. 1 abgetretenen Ansprüche auf den Verpflichteten über.

1) **Zweck.** Aus der Ähnlichkeit des schuldrechtlichen VA mit dem naheheuligen Unterhaltanspruch rechtfertigt sich die entsprechende Anwendung von Vorschriften über den Unterhaltanspruch geschiedener Ehegatten auf den schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch, I.

2) **Inhalt.** – a) Beide Ehegatten haben gegeneinander einen **Auskunftsanspruch**, der isoliert oder stufenweise entsprechend ZPO 254 geltend gemacht werden kann (vgl § 1587e Rn 5). Der Auskunftsanspruch dient der Geltendmachung eines Ausglichs- oder Abfindungsanspruchs, ferner der Vorbereitung eines Abänderungsantrags iSv § 1587g III; § 1605 II ist zu beachten. Er erstreckt sich auch auf naheheulig eingetretene Bestands- und Wertveränderungen iSv § 1587g II 2 sowie auf die in der Härteklausele der §§ 1587c, 1587h zu berücksichtigenden Umstände. Zum verlängerten schuldrechtlichen VA: VAHRG 3 a VIII.

b) **Zahlung der Ausglichsrente für die Vergangenheit** kann nach Eintritt der Fälligkeit (§ 1587g I 2) nur ab RHängigkeit (d.h. entsprechend ZPO 261 mit Zustellung des Antrags auf Durchführung des schuldrechtlichen VA) oder Verzugs (§ 286) verlangt werden (BGH NJW 85, 2706), wobei an die ggf erforderliche Mahnung keine strengen Anforderungen zu stellen sind (BGH FamRZ 89, 950). Für rückständige Beträge kann keine Ratenzahlung verlangt werden (Celle FamRZ 03, 1299). Hat der Verpflichtete für den Nachzahlungszeitraum bereits naheheulig Unterhalt geleistet, ist dieser entsprechend § 1587h Nr 1 auf den Nachzahlungsbetrag anzurechnen, soweit doch die Ausglichsrente die Bedürftigkeit des Berechtigten entfallen ist (Ffm FamRZ 04, 28). Die Rente ist **monatlich im Voraus zu zahlen**; der Verpflichtete schuldet den vollen Monatsbetrag auch dann, wenn der Berechtigte im Lauf des Monats stirbt (§ 1585 I 2 u 3). Ist der Verpflichtete seinen Verbindlichkeiten aus dem schuldrechtlichen VA nicht nachgekommen, kann der Berechtigte Erfüllung bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung auch noch für die Vergangenheit verlangen, soweit sich der Ausglichsverpflichtete in Verzug befand oder der Ausglichsanspruch rhängig (Celle FamRZ 02, 244) geworden war (§ 1585b II), auch hier mit der Einschränkung gemäß § 1585b III.

- 3 **3)** Der **Tod des Berechtigten, II 1**, führt zum Erlöschen des AusglAnspr nach § 1587 g I 1. Wg des öffrechtl VA vgl § 1587 e II. Anspr auf Erfüllg od SchadErs wg NichtErfüllg für die Vergangenh bleiben bestehen. Soweit danach der Anspr erlischt, fallen die iRv § 1587 i I abgetretenen Anspr an den Verpflichteten zurück, **II 2** (§ 407
- 4 anwendb). Automat Rückfall ohne Entsch des FamG od Kondiktion gg die Erben. – Bei **Tod des Verpflichteten** erlischt der Anspr auf AusglRente ebenf (BVerfG NJW **86**, 1321/2; BGH FamRZ **89**, 950). RestAnspr sind gg die Erben geltend zu machen. Sieht das auszugleichende Anrecht eine HinterblVers an den überlebden Eheg vor, so kommt nach VAHRG 3 a ein Anspr des Berecht gg den VersTräger od die Hinterbliebenen des Verpflichteten in
- 5 Betr. – **Wiederheirat des Berechtigten** lässt den RentenAnspr, abweichd von der Regelg im UnterhR (§ 1586 I), dagg unberührt.

1587I Anspruch auf Abfindung künftiger Ausgleichsansprüche. (1) Ein Ehegatte kann wegen seiner künftigen Ausgleichsansprüche von dem anderen eine Abfindung verlangen, wenn diesem die Zahlung nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen zumutbar ist.

(2) Für die Höhe der Abfindung ist der nach § 1587 g Abs. 2 ermittelte Zeitwert der beiderseitigen Anwartschaften oder Aussichten auf eine auszugleichende Versorgung zugrunde zu legen.

(3) ¹ Die Abfindung kann nur in Form der Zahlung von Beiträgen zu einer gesetzlichen Rentenversicherung oder zu einer privaten Lebens- oder Rentenversicherung verlangt werden. ² Wird die Abfindung in Form der Zahlung von Beiträgen zu einer privaten Lebens- oder Rentenversicherung gewählt, so muss der Versicherungsvertrag vom Berechtigten auf seine Person für den Fall des Todes und des Erlebens des 65. oder eines niedrigeren Lebensjahrs abgeschlossen sein und vorsehen, dass Gewinnanteile zur Erhöhung der Versicherungsleistungen verwendet werden. ³ Auf Antrag ist dem Verpflichteten Ratenzahlung zu gestatten, soweit dies nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen der Billigkeit entspricht.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Regelg entspricht § 1585 II beim nahehel UnterhAnspr. TeilAbfindg ist zuläss. Voraussetzung ist ein **Antrag** (Düss FamRZ **88**, 958), der ggf schon im ScheidgsVerbund gestellt werden kann (BGH FamRZ **84**, 668).
- 2 **a) Zweck** ist die endgült Trenng der Schicksale der Eheg nach der Scheidg (KG FamRZ **90**, 1257). Von Bedeutg ist die Vorschr insbes bei fremden VersAnrechten, weil diese nicht öffrechtl ausgeglichen werden können (Stgt FamRZ **89**, 760), vgl auch Vorb vor § 1587 Rn 28.
- 3 **b) Inhalt.** Das Gesetz räumt dem AusglBerecht unter der Voraussetzg wirtschaftl Zumutbar für den Ausgl-Schu einen Anspr ein, I. Außerdem trifft es Bestimmungen üb die Höhe (II) sowie üb die Form (III) der Abfindg.
- 4/5 – **Kein Abfindungsrecht des Verpflichteten.** – Die Abfindg wird **an Erfüllungs Statt** gewährt (§ 364 I), so dass der Berecht das Risiko der mit der Abfindg begründb soz Sichergr trägt (Krause FPR **03**, 177/9); ein Anspr auf verlängerten schuldrechtl VA gem VAHRG 3 a bleibt entgg der hM (vgl nur MüKo/Glockner Rn 3; Bergner/Schneider FamRZ **04**, 1838/43) unberührt, da die Abfindg nur der Abgeltg der bis zum Tod des Verpflichteten anfallenden Anspr dient.
- 6 **c) Konkurrenz zu VAHRG 3 b I Nr. 2:** Grdsätzl Vorrang des öffrechtl VA dch Anordng der Zahlg von RV-Beiträgen vor dem schuldrechtl VA.
- 7 **2) Voraussetzungen der Abfindung, I. – a)** Ein **künftiger Ausgleichsanspruch**, dessen Abgeltg dch die AbfindgZahlg verlangt werden kann, liegt bereits dann vor, wenn ein nach § 1587 f, VAHRG 2 schuldrechtl auszugleichendes Anrecht unverfallb ist (Stgt FamRZ **89**, 760), jedoch erst nach Eintritt der FälligkVoraussetzgen des § 1587 g I 2 geltend gemacht werden kann. Eine Abfindg ist auch zum Ausgl ausländ Anrechte möglich; VAHRG 3 b II ist nicht entspr anwendb (Stgt FamRZ **89**, 760; KG FamRZ **90**, 1257). **Keine Abfindung** noch nicht unverfallb gewordene Anrechte auf betriebl AltersVers (BGH FamRZ **84**, 668). Die Abfindg auch künft fall werdender Anspr kann auch dann verlangt werden, wenn die Voraussetzgen des § 1587 g I 2 erfüllt sind. Wg des sich (wie beim Unterh) von Periode zu Periode erneuernden Anspr ist von künft AusglAnspr nämll auch dann auszugehen, wenn die GrdVoraussetzgen für die AusglRente bereits eingetreten sind (hM, vgl Bergner/Schneider FamRZ **04**, 1766; aA BGH FamRZ **04**, 1024/6 ohne nähere Begründg). Der Anspr setzt allerd voraus, das eine AbfindgLeistg versichergrrechtl mögl ist.
- 8 **b)** Vom FamG positiv festzustellende Voraussetzung des AbfindgAnspr ist, dass dem ausglpfl Eheg die Zahlg der Abfindg **nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen zumutbar** ist. Maßg sind die gesamten wirtschaftl Verh des AusglPflichtigen, wobei auch die RatenZahlg gem III 3 als Entlastgsmöglk zu berücksichtigen ist. ZumutbarGrenzen wie in VAHRG 3 b I Nr 2; vgl dort Rn 19.
- 9 **3) Höhe der Abfindung, II.** Grdlage der Bemessg (dazu Bergner/Schneider FamRZ **04**, 1766, 1838 mit Tab) ist der gem § 1587 g II ermittelte **Zeitwert** (= Wert im Ztpkt der AbfindgEntsch) der Vers, so dass die nach Eintritt der RHängigk des ScheidgAntr eingetretenen WertÄndngen berücksichtigt werden können. Der Zeitwert eines Anrechts kann (wie auch sonst bei der Abfindg künft Anspr) auch als deren **Kapitalwert** verstanden werden (Goering FPR **01**, 1): Nur dieser erfasst den aktuellen Wert aller künft zu erwartden Leistgen. Die Ermittl der AbfindgSumme macht eine versichergrsmathemat Berechng erfdl, deren Grdlage der auf die aktuellen Verh bezogene Betrag der schuldrechtl AusglRente ist (MüKo/Glockner Rn 12; aA JH/Hahne Rn 11: AbfindgBetrag sei die jew maßg „Einkaufssumme“ des auszugleichenden Anrechts, ebenso im Ergebn Hamm NJW-RR **98**, 1619). Im Interesse einer einheitl u an obj Werten orientierten Handhabg sollte immer (auch bei deckgskapitalbezogenen Anrechten) eine BarwertBerechng erfolgen (insow abw MüKo/Glockner aaO: für Vorrang einer deckgskapitalbezogenen ZeitwertErmittl; Bergner/Schneider FamRZ **04**, 1766 u 1838).
- 10 **4) Form der Abfindung, III.** Dem Zweck des VA, dem Berecht eine eigenständ AltersSichergr aufzubauen, entspricht die ZweckBindg für die Verwendung der Abfindg, die nur in Form der Zahlg von Beiträgen zur gesetzl RV od priv LebensVers erfolgen darf. Bei einer privaten LebensVers muss der Berecht VersN u unwiderrufll BezugsBerecht sein; er kann zw einer **Renten- oder Kapitalversicherung** wählen. Der VersVertr muss auf seine Pers für den Fall des Todes u des Erlebens des 65. od eines niedrigeren Lebensjahrs abgeschl sein u vorsehen, dass Gewinnanteile zur Erhöhg der VersLeistgen verwendet werden. Eine Absichergr für den Fall vermin-

derter Erwerbsfähigkeit ist nicht erfüllt, während das Erfordern von Todesfallleistungen systemwidrig ist und (sofern es beim Ausschluss von Hinterbliebenenleistungen vom VA bleibt) legislator beseitigt werden sollte. Der Vertr. braucht im Zeitpunkt der gerichtl. Entsch. noch nicht geschlossen zu sein (Schlew OLGR 06, 88). Hat der Berecht. Anrechte bei einem Träger der betriebl. Altersvers., einer berufsständ. Vers. einrichtg. od. aGrd. eines Alters-Vorsorgevertrags erworben, so kann er analog III die Abfindg. auch für eine Aufstockg. dieser Anrechte verwenden. Die Anordng. von **Ratenzahlgen, S 3**, soll ausschließen, dass das Abfindg. Verlangen schon daran scheitert, dass dem Verpflichteten die Leistg. der Abfindg. in einer Summe nicht mögl. ist; es gilt der gleiche Maßst. wie bei I (JH/Hahne Rn 7). § 1587d II ist entspr. anwendb. 11

1587m Erlöschen des Abfindungsanspruchs. Mit dem Tode des Berechtigten erlischt der Anspruch auf Leistung der Abfindung, soweit er von dem Verpflichteten noch nicht erfüllt ist.

Tod des Berechtigten. Parallelregelg. zu § 1587k II 1. Kein Anspr. Übergang auf die Erben (Krause FPR 03, 177/9). War der Abfindg. Anspr. in einen SchadErs. Anspr. wg. NichtErf. übergegangen, so fällt dieser Anspr. in den Nachl. u. kann von den Erben geltend gemacht werden (PWW/Rehme Rn 1). VAHRG 7 iVm 4 verpflichtet den RV-Träger, in Härtefällen die aGrd. der Abfindg. empfangenen Beiträge zu erstatten (str.). – Mit dem **Tod des Verpflichteten** erlischt der Abfindg. Anspr. (str); Rückstände u. SchadErs. Anspr. sind gg. die Erben geltend zu machen. 1
2

1587n Anrechnung auf Unterhaltsanspruch. Ist der Berechtigte nach § 1587l abgefunden worden, so hat er sich auf einen Unterhaltsanspruch gegen den geschiedenen Ehegatten den Betrag anrechnen zu lassen, den er als Versorgungsausgleich nach § 1587g erhalten würde, wenn die Abfindung nicht geleistet worden wäre.

Zweck. Da die Abfindg. nicht notw. eine Vers. iH des VA gewährleistet, muss sichergestellt werden, dass eine Doppelnanspruch des abfindenden Verpflichteten ausgeschl. ist. Hat sich der Berecht. wg. der künft. Ausgl. Anspr. abfinden lassen, so trifft ihn allein das wirtschaftl. Risiko, ob bei Eintritt des Vers. Falls eine Vers. iH der Ausgl. Rente besteht. – **Inhalt.** Abgefundene Ausgl. Anspr. sind in ihrer jew. aktuellen Höhe (§ 1587g II 2, III) auf den **Unterhalt anzurechnen**, sobald die Voraussetzgen des § 1587g I 2 vorliegen. Ist die sich aus der Abfindg. ergebende Vers. höher als die schuldrechtl. Ausgl. Rente, so ist die tats. Vers. anzurechnen. 1
2

Kapitel 4. Partevereinbarungen

1587o Vereinbarungen über den Ausgleich. (1) ¹ Die Ehegatten können im Zusammenhang mit der Scheidung eine Vereinbarung über den Ausgleich von Anwartschaften oder Anrechten auf eine Versorgung wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit (§ 1587) schließen. ² Durch die Vereinbarung können Anwartschaftsrechte in einer gesetzlichen Rentenversicherung nach § 1587b Abs. 1 oder 2 nicht begründet oder übertragen werden.

(2) ¹ Die Vereinbarung nach Absatz 1 muss notariell beurkundet werden. ² § 127a ist entsprechend anzuwenden. ³ Die Vereinbarung bedarf der Genehmigung des Familiengerichts. ⁴ Die Genehmigung soll nur verweigert werden, wenn unter Einbeziehung der Unterhaltsregelung und der Vermögensauseinandersetzung offensichtlich die vereinbarte Leistung nicht zu einer dem Ziel des Versorgungsausgleichs entsprechenden Sicherung des Berechtigten geeignet ist oder zu keinem nach Art und Höhe angemessenen Ausgleich unter den Ehegatten führt.

Lit: Bergmann FPR 07, 127. sa vor § 1408.

1) Allgemeines. – **a) Ziel.** Die Regelg. eröffnet den anwaltl. vertretenen Eheg. (BGH FPR 02, 84) einen Freiraum zur privatautonomen Gestaltg. der altersversorgsgr. Scheidg. Folgen, dessen Grenzen sich aus den Strukturprinzipien des VersR. u. dem Sicherz. Ziel des VA (I vor § 1587) ergeben. Zu beachten sind danach die sich aus I 2 ergebenden Beschränkgen. Um eine Umgehg. dieser Beschränkgen. auszuschließen, können die Eheg. auch keine Härtefälle iSv § 1587c fingieren (BGH FamRZ 01, 1447). Ferner ist der gesetzl. Bewertg. Stichtag nicht disponibel (BGH FamRZ 04, 256/7). Zulässig ist es dagg., den VA ledigl. für einen Teil der Ehezeit auszuschließen, indem gem. der Vereinbg. nur die bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vor dem Ende der Ehezeit erworbenen Anrechte in die Ausgl. Bilanz eingestellt werden (BGH FamRZ 01, 1444). – Eine Vereinbg. kann nicht nur im zeitl. Zusammenhang mit der Ehescheidg. (Rn 4), sondern auch im Abänd. Verf. nach VAHRG 10a getroffen werden (ebso Borth FamRZ 03, 889/96), um dem Zweck der den Eheg. eingeräumten Dispositions Befugn. auf der Grd. lage der veränderten Verh. Rechng. tragen zu können. 1

b) Rechtsnatur. Materiellrechtl. R. Gesch., das ledigl. bestimmten Form. Erfordern. unterliegt u. darüber hinaus der famgerichtl. Genehmigg. bedarf. Es hat nicht stets Vergl. Charakter iSv § 779 I (BGH NJW 94, 579). Aus materiellrechtl. Grden. kann die Vereinbg. unwirksam sein; dann ist üb. den VA nach den gesetzl. Vorschr. zu entscheiden (Bamg FamRZ 01, 499). 2

c) Hauptfälle (Lit: Goering FamRB 04, 166). Der Verpflichtete wird den Berecht. voraussichtl. lange überleben od. lange vor diesem eine ausgleichende Vers. beziehen. Der gesetzl. VA wäre unwirtschaftl. od. zweckverfehlt iSv § 1587b IV. Es ist nur eine geringe Wertdifferenz auszugleichen u. das VA Verf. würde die Ehescheidg. unzumutb. hinauszögern. Es bestehen rechtl. od. tats. Zweifel üb. den Wert der auszugleichenden Anrechte, die im Weg gg. seit Nachgebens bereinigt werden können (vgl. BGH NJW 87, 1770); für eine Regelg. im Weg einer Vereinbg. bieten sich insbes. nach ausländ. Recht erworbene Vers. Anrechte an (Ruland DRV 79, 84). 3

- 4 **2) Zeitpunkt.** Vereinbgen zum VA sind gem § 1408 (s dort Rn 19 ff) u dch ScheidgsVereinbg gem § 1587o mögl; die Abgrenzg erfolgt vor allem nach zeitl Kriterien (Brdbg FamRZ **03**, 1289). Eine Vereinbg nach § 1587o setzt einen ScheidgsZushang voraus, dh einer der Eheg muss sich für den and erkennb mit ScheidgsAbsichten tragen, auch bereits vor Stellg des ScheidgsAntr (BGH NJW **87**, 1768). Ein **Scheidungs-zusammenhang** besteht immer dann, wenn die Vereinbg in dem Jahr, das der Stellg des ScheidgsAntr vorausgeht, getroffen worden ist (BGH NJW **86**, 2318). Währd des anhäng Verf kann die Vereinbg bis zum Schluss der letzten mündl Verhandlg (auch in der RMittelinstanz, BGH FamRZ **04**, 256/7) getroffen werden; auch noch nach Scheidg, wenn dem Scheidgs-Antr vorab stattgegeben worden ist (BGH FamRZ **89**, 1060). Nach Eintritt der Verbindlichk der Entsch üb den VA kommen Dispositionen der Eheg grdsätzl nicht mehr in Betr (BGH FamRZ **02**, 1553); sie sind jedoch bzgl der noch nicht erfüllten BeitragsPfl nach VAHRG 3b I Nr 2 (BayObLG NJW **81**, 1519) u des schuldrechtl VA mögl, ohne den sich aus II ergebden Beschränkgen hinsichtl Form u Inhalt zu unterliegen (Karlsru FamRZ **89**, 762; vgl auch BGH FamRZ **01**, 1447). Zuläss die hilfsw Verbindg von Vereinbgen gem § 1408 II u § 1587o (Dörr/Hansen NJW **01**, 3230/8); keine Umdeutg (Hbg FamRZ **91**, 1067). Die Vereinbg kann bis zur RKraft der Entsch üb den VA dch Vereinbg aufgehoben od abgeändert werden (Karlsru FamRZ **04**, 1972 Nr 1410), nach Erteilg der Genehmigg nur auf ein RMittel hiergg od unter den Voraussetzgen des VAHRG 10a IX (Bambg FamRZ **01**, 499).
- 5 **3) Beschränkungen der Zulässigkeit, I 2. – a) Zweck.** Schutz einerseits des ausglberecht Eheg vor Übervorteilg, andseits des RVTrägers vor Manipulationen zu Lasten der VersichertenGemsch (BGH NJW **81**, 2689). Daher keine GenehmiggPfl einer Vereinbg über den Verzicht auf die Geldtmachg von Härtegründen iSv § 1587c (BGH FamRZ **01**, 1447).
- 6 **b) Umfang. Verbot des – auch nur mittelb – Eingriffs** in öffrechtl VersVerh sowie **der Veränderung der Ausgleichsrichtung** (BGH FamRZ **90**, 384). Vgl im Einzelnen § 1408 Rn 23, 24.
- 7 **c) Einfluss von Härtegründen.** S § 1587c Rn 9.
- 8 **4) Genehmigungsfähiger Inhalt.** Der Anwendungsbereich des **II 4** ist im Gesetz nicht abschließd geregelt. Eine Vereinbg ist entspr dem Zweck des GenehmiggErfordern (Rn 5) auch dann genehmiggfäh, wenn es der Dchföhrng des VA nicht bedarf, um für den verzichtden Eheg den **Grundstock einer eigenständigen Versorgung** für das Alter u den Fall der verminderten ErwerbsFähigk zu legen (BGH NJW **82**, 1463). Ein VA-Ausschluss ist grdsätzl zuläss bei deutl gehobenen VersVerh, wenn es ledigl um die Aufstockg einer bereits vorhandenen hinreichden Vers geht. – **Einzelfälle.** Für die GenehmiggFähigk ist ausreichend, dass der Eheg nach der **voraussichtlichen Entwicklung** Vers auf der Grdlage der bereits vorhandenen Anw erlangen wird (BGH NJW **87**, 1770). Haben **Unternehmer-Ehegatten**, die nicht (primär) Beiträge zu einem soz SicherGsSystem gezahlt, sond statt dessen für VermBildg dch Stärkg des Unternehmens gesorgt haben, einen umfassden AuseinandersetzgsVertr mit dem VA-Verzicht eines Eheg abgeschlossen, ist anzunehmen, dass sie ihre ggläuf vermögensrechtl Interessen zu einem angem Ausgl gebracht haben (BGH NJW **94**, 580). Eine Kompensation kann auch dch **Vermögenserwerb von Dritten** kommen (BGH NJW **82**, 1464). **Kein** ausreichender Ausgl für eine eig AltersSicherg ist allein die Tats, dass die Eheg **einander wieder geheiratet** haben u der Ausgl-Berecht in folgedessen an der AltersVers teilhat (BGH NJW **83**, 1317), also nicht die **Heirat mit einem wohlhabenden neuen Partner** (BGH NJW **82**, 1463). Lagen im Ztpkt der Vereinbg die gesetzl Voraussetzgen für eine Genehmigg vor, darf sie auch nicht wg einer **inzwischen eingetretenen unerwarteten Entwicklung** versagt werden, wenn diese nicht in den Risikobereich beider Eheg fällt (BGH NJW **94**, 580). – **Beispiele** (vgl auch Goering FamRB **04**, 95): Nach diesen Grdsätzen sind, vorbehaltl der Einschränkngen gem Rn 6, insbes folgde **Veränderungen des Anspruchs** zuläss: Begrenzg des AusglAnspr, Einbeziehg noch verfallb Anrechte iSv § 1587a II Nr 3 S 3 (BGH NJW **87**, 1770); Herabsetzng der AusglQuote im öffrechtl VA, NichtBerücksichtigg von Anrechten auf Seiten des Verpflichteten (NürnbG FamRZ **95**, 177), Verkürzng der Ehezeit (BGH FamRZ **04**, 256); **Änderung der Ausgleichsform**: an Stelle des öffrechtl VA kann der schuldrechtl VA (ggf unter Modifizierung der AbfindngMöglk des § 1587I) u an Stelle einer „bargeldlosen“ AusglForm die Erfüllung des AusglAnspr im Weg einer Beitragszahlg zur gesetzl RV od an einen and LeistgsTräger vereinbart werden. Zur Vermeidg von Wertverlusten, die auf der Umrechng nicht volldynam Anrechte nach § 1587a III, IV beruhen, kann mit Zustimmung des VersTrägers die Realteilg vereinbart werden (BGH FamRZ **02**, 1554). Zuläss u im Interesse des Berecht oft auch sinnvoll sind Bedingen, Befristngen u RücktrVorbek außerh des RegelgsGgst des WertAusgl.
- 11 **5) Versagungsgründe, II 4.** Die an Stelle des VA vereinb Leistg darf ihrer Art (gemessen an der Eigng des AusglSurrogats zur Verwirklichg des SicherGsZiels des VA) u der Höhe nach (gemessen am wirtschaftl Wert) nicht in einem offensichtl unangem Verh zum Anspr des Berecht stehen, wobei die UnterhRegelg zw den Eheg (einschl überobligator Leistngen ggü gemeins Kindern) u das Ergebn der VermAuseinandersetzng (ZugewAusgl, HausVerteilg, Schuldenübernahme, Nutzg der Ehwohnng usw) zu berücksichtigen sind. Mit dem Merkmal der **Offensichtlichkeit** wird der VereinbgsFreiraum der Eheg erweitert u das FamG davon entbunden, die vereinb Leistg im Detail mit dem Ergebn eines fiktiven VA vergleichen zu müssen (BGH NJW **94**, 580). Die Versagng der Genehmigg soll die **Ausnahme** sein (Karlsru FamRZ **82**, 395).
- 12 **6) Ausgleichsurrogat. – a) Ersatzformen für den gesetzlichen VA.** Es kommt darauf an, ob die als AusglSurrogat vereinb Leistg zu einer dem Ziel des VA entspr SicherG des Berecht geeignet ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die gesetzl RV grdsätzl nur noch PflVersicherten Schutz für den Fall vermindeter Erwerbs-Fähigk gewährt. Da der gesetzl vorgesehene Ausgl nicht immer zu einem ErwerbsminderGsSchutz föhrt, kann auch die Genehmigg einer Vereinbg nicht zwangsläuf daran scheitern, dass diese das Risiko vermind Erwerbs-Fähigk nicht abdeckt. Von einer Berücksichtigg des Invaliditätsrisikos kann insbes dann abgesehen werden, wenn das auszugleichde Anrecht selbst keinen Invaliditätsschutz gewährt od auch der gesetzl Ausgl nicht zu einem Schutz bei vermindeter ErwerbsFähigk föhren würde. Andseits muss beachtet werden, dass ein an Stelle von öffrechtl VA vereinb schuldrechtl VA idR mit dem Tod des Verpflichteten erlischt (vgl VAHRG 3a III 2). – **Geignetheit.** Zur SicherG des AusglBerecht geeignet ist die an Stelle des VA vereinb Leistg, wenn dem Berecht a dch der ErsLeistg ein laufder wirtschaftl Vorteil (grdsätzl als Geldrente) iS einer eigenständ, dauerh u Bedürftigk-unabhäng SicherG seiner ExistenzGrdige wenigstens im Alter (spätestens mit Vollendg des 65. Lebensjahrs) verschafft wird. Die Leistg muss iF der LeistgsUnfähigk od -unwilligk des Verpflichteten od
- 13

seines Todes rechtl abgesichert sein u darf mit der erneuten Eheschl des Berecht nicht entfallen. In Betr kommen: die Zahlg von Geldbeträgen einschl von EinmalZahlgen (ggf auch ohne Auflagen; vgl Langenfeld Rn 952), die Überlassg von Sachwerten, kurssicheren Wertpapieren u UnternehmensBeteiliggen mit der Folge laufder Erträge od dauerhafter geldwerter Vorteile, die Bestellg von NutzungsRechten, der Abschluss von priv LebensVers mit dem Berecht als unwiderrufl BezugsBerech u versorgungswirksamer Verwendg von Überschüssen (GrdGedanke des § 1587i III 2), rechtl abgesicherte Leibrenten, Bank- u Fondssparpläne (ggf mit AuszahlgsPlan). Nicht ausreichend sind ledigl erhöhte UnterhZahlgen, u zwar schon deswg, weil der Berecht nach dem Tod des Verpflichteten nur unzureichd gesichert ist (BGH FamRZ 04, 1275). Etwas and gilt jedoch ausnahmsw dann, wenn eine dauernde UnterhGewährg (unabhäng von Bedürftig u LeistsFähig der früheren Eheg, PersStand des Berecht u etwaigem Tod des Verpflichteten) gesichert ist u die UnterhRente in einer dem Wert des AusglAnspr angem Höhe geleistet wird.

b) Äquivalenzerfordernis. Nach der gesetzl Wertg (arg II 2 „vereinb Leistg“) ist ein **entschädigungsloser** 14 **Verzicht** auf den VA grdsätzl **unzulässig** (Zweibr FamRZ 98, 1377). Auch ein ggleistungsfreier Verzicht des Berecht kann indes genehmigt werden, wenn die AngemessenhPrüfg zu dem Ergebn führt, dass der AusglBerech auf den ihm an sich zustehenden Zuwachs an VersAnrechten nicht angewiesen (zB wg beiderseit Berufstätig, vgl KG FamRZ 00, 1157; Oldbg FamRZ 95, 744) od der Wertunterschied – die Erfüllg der allg Wartezeit (SGB VI 50 I Nr 1) dch den Berecht vorausgesetzt – gering ist (Köln FamRZ 02, 829). Ferner kann eine Genehmigg erteilt werden, wenn der Berecht andweit vorgesorgt hat (zB KapitallebensVers) u der Verpflichtete hieran güterrechtl nicht beteiligt wird (Langenfeld FamRZ 94, 205), od wenn der Verzicht im Hinbl auf solche Umst erfolgt, die iR des § 1587c von Bedeutg sind (§ 1587c Rn 9). Mangelnde Übervorteilg genügt nicht (aA Hbg FamRZ 05, 1998).

c) Maßstab für die Beurteilg des AusglSurrogats ist, ob der dem Berecht gewährte Vorteil unter Einbeziehg der 15 UnterhRegelg u der übrigen VermAuseinandersetzg zu einem **angemessenen Ausgleich** unter den Eheg führt. Damit soll eine gleichmäßige Verteilg der in der Ehezeit erworbenen Anrechte sichergestellt u das HalbteilgsPrinzip gewährleistet werden, ohne dass eine absolute Gleichwertigk des vereinb AusglSurrogats mit dem gesetzl Ausgl erfl ist (BGH FamRZ 87, 578). **Nicht genehmigungsfähig** ist eine Vereinbg, wenn der AusglBerech zur Abgeltg seines Anspr nur mit einer BarZahlg iH eines Bruchteils des Beitragswerts des gesetzl Anspr abgefunden werden soll (Düss FamRZ 95, 1496 mAv Schmeiduch). iÜ können angem iSv II 4 auch **Vorteile nicht unmittelbar wirtschaftlicher Art** sein, so dass ein Verzicht auf den VA genehmigt werden kann (Oldbg FamRZ 90, 295), wenn der ausglpfl Eheg die Betreuung des schwerbehinderten gemeins Kindes übernimmt (wodch der Berecht mittelw wirtschaftl entlastet wird) od wenn der eine Eheg die Pflege u Erziehg des gemeins Kindes übernommen hat u dem and Eheg dadch die weitere Erwerbstätigk ermöglicht (Düss FamRZ 81, 285).

7) Inhaltskontrolle. Dazu zunächst § 1408 Rn 8 ff. ScheidgsVereinbgen unterliegen der gerichtl Genehmigg 16 u werden auf ihre Eigng zur Alterssicherng u zum angemessenen Ausgl überprüft. – **aa) Wirksamkeitskontrolle.** Die vom BGH zur Wirksamk von Eheverträgen (BGH NJW 04, 930) entwickelten Grdsätze entfalten auch für ScheidgsVereinbgen Ausstrahlungswirkg u beeinflussen den PrüfgsMaßst nach § 1587o. Der VA gehört zum Kernbereich der Scheidgsfolgen u kann mit Rücksicht auf die Bedeutg der Alterssicherng nicht uneingeschränkt ausgeschl werden, denn er rangiert auf derselben Stufe wie der AltersUnterh (§ 1408 Rn 9). Wird der VA abbedungen, ohne dass dies nach den Verh im Zpkt des VertrSchlusses dch andweit Vorteile gemildert od dch besond Umst gerechtf ist, so kann die Vereinbg (jedenfalls insow) iSv § 138 I sittenwidr sein. So kann ein VA-Ausschluss für Zeiten der Pflege u Erziehg gemeins Kinder ohne eine äquivalente GgLeistg unwirks sein (Borth NJW 97, 1041/9). – Unterh ist einer Absicherng dch VA nicht in jedem Fall gleichzustellen; ermöglicht der Unterh den Aufbau einer ausreichenden Altersvers, so kann im Einzelfall der VA-Ausschluss wirks sein (Düss FamRZ 04, 461). – **bb)** Erweist sich die Vereinbg als wirks, so kann die richterl **Ausübungskontrolle** gleichwohl zu einer Anpassg führen. Hierbei sind auch eine etwaige UnterhRegelg u VermAuseinandersetzg zu berücksichtigen; auf einen nach Art u Höhe angemessenen Ausgl unter den Eheg ist Bedacht zu nehmen (§ 1408 Rn 11, 12).

8) Formerfordernis. – **a) Zweck.** Die Vereinbg bedarf der notariellen Beurkundg, **II 1**; dieser ist dem gerichtl Vergl gleichgestellt (§ 127a), **II 2**; zum Vergleich gem ZPO 278 VI vgl BAG NJW 07, 1831 einerseits u Brdbg FamRZ 08, 1192; Zöller/Greger § 278 Rn 25 andseits. Formbedürft ist auch die Änderg und Ergänzg der Vereinbg, nicht aber ihre Aufhebg (Karlsru FamRZ 95, 361; 04, 1972 Nr 1410). Dadch wird eine angem **Beratung** der Part vor Abschluss der Vereinbg sichergestellt (BeurkG 17). In Fällen mit Bezug zu einer ausländ ROrdng beurteilt sich die Form der Vereinbg nach dem dch EGBGB Art 11 I bestimmten Recht (Bambg FamRZ 02, 1120).

b) Umfang der Beratungs- und Aufklärungspflicht. Der **Notar** kann die Beurkundg aGrd der Angaben der 18 Eheg vornehmen u darf diese nur unter den Voraussetzgen von BeurkG 4 verweigern. Er hat iÜ auf die rechtl Risiken der Vereinbg (insbes bei nicht geklärten VersVerh) hinzuweisen u üb das Äquivalenzerfordernis zu unterrichten (vgl BVerfG NJW 82, 2365). Übernimmt der **Richter** die Protokollierg, trifft ihn die BelehrgsPfl gem BeurkG 17, I II (Udsching NJW 78, 294).

c) Gerichtliche Protokollierung. Die Einigg der Part muss wie der ProzVergl protokolliert, vorgelesen 19 u genehmigt werden (Düss FamRZ 87, 1160). Eine zu gerichtl Prot erkl Vereinbg ist idR nur wirks, wenn beide Eheg dch bei Gericht zugelassene RAe vertreten sind (BGH NJW 91, 1743).

d) Formmangel führt gem § 125 zur Nichtigk; **keine Heilung** (BGH aaO). 20

9) Genehmigung, II 3. – **a)** Das **Erfordernis** der Genehmigg (verfassungsgemäß, BVerfG NJW 82, 2365) 21 einer Vereinbg üb den öffrechtl VA soll den AusglBerech vor Übervorteilgen schützen (BGH FamRZ 94, 234) u das Ziel des VA, den Berecht soz abzusichern, realisieren (BGH FamRZ 01, 1447). Eine Vereinbg ist daher entspr BGH aaO dann nicht genehmiggsbedürftig, wenn sie sich ausschließl zG des AusglBerech auswirkt; der Schutz der öffrechtl VersTräger vor manipulativen Eingriffen in die VersAnrechte wird auch in diesen Fällen dch § 134 gewährleistet. Keiner Genehmigg bedarf ferner eine Disposition üb den schuldrechtl VA, da dieser nur auf Antr stattfindet u es der Berecht daher ohnehin in der Hand hat, seinen Anspr geldt zu machen (Karlsru FamRZ 89, 762). Eine gem § 1408 II 2 unwirks geworden Vereinbg kann nicht genehmigt werden. Aus der

gesetzl

Negativfassg folgt, dass die Genehmigg zu erteilen ist, wenn VersaggsGründe nicht auf der Hand liegen (JH/Hahne Rn 23; Hauß FPR 05, 135/7).

- 22 **b) Entscheidung.** Üb die Genehmigg hat das FamG von Amts wegen zu entscheiden (BGH NJW 87, 1770), nachdem es zunächst – idR auf der Grdlage von Auskünften der VersTräger (Düss FamRZ 81, 804) – den gesetzl AusglAnspr ermittelt hat. Bis zu ihrer Erteilg ist die Vereinbg schwebd unwirks. Die VersTräger sind am GenehmiggVerf nur dann zu beteiligen, wenn die Vereinbg noch des Vollzugs dch das FamG bedarf u mit der vertragl Regelg in die RStellg der VersTrägers eingegriffen wird (vgl BGH FamRZ 89, 602).
- 23 **c) Form.** Die Erteilg od Versag der Genehmigg erfolgt dch isolierten Beschl od (konkludent) zus mit der Entsch, die üb den VA nach den gesetzl Regeln befindet (BGH NJW 82, 1463).
- 24 **d) Zeitpunkt.** Üb die Genehmigg ist im Hinbl auf FGG 53 d S 1 vorrang zu entscheiden. Eine Vorab-Genehmigg von Vereinbgen zum VA außerh eines anhäng ScheidgsVerf ist unzulässig; es bleibt nur der Weg des § 1408.
- 25 **e) Zuständigkeit** für Genehmigg: FamG. Bei Anhängigk des VAVerf in der 2. Instanz: OLG; bei Anhängigk beim BGH: FamG (BGH NJW 82, 1464).
- 26 **f) Darlegungslast.** Wer sich auf einen vertragl VAAusschluss beruft, hat ungeachtet der Pfl zur AmtsErmittlg (Rn 22) Umst vorzutragen, aus denen sich entweder ein angem Ausgl ergibt od die einen entschädigungslosen Verzicht auf den VA genehmiggfah erscheinen lassen (BGH FamRZ 89, 1062).
- 27 **g) Rechtsmittel.** Die Verweigerg der Genehmigg ist zur Vermeid eines selbst Zwischenstreits üb die Genehmigg nicht selbstd anfechtb (FGG 53 d S 2); diese Vorschr schließt aber nicht aus, dass mit einem RMittel (befristete Beschw) gg die VAEntsch gelt d gem wird, die Genehmigg sei zu UnR verweigert worden (BGH NJW 82, 1463). Die Genehmigg ist von den Eheg (vom VersTräger nur, soweit beteiligt; vgl Karlsru FamRZ 00, 1155) selbstd anfechtb (Bamg FamRZ 01, 499). Üb die Genehmigg hat als **Vorfrage** das RMittelgericht (Rn 25) zu entscheiden, auch wenn die Vereinbg erst nach der Entsch der Vorinstanz abgeschl wurde (BGH NJW 82, 1463). Kommt das RMittelgericht zum Ergebn, dass die Genehmigg zu UnR versagt worden ist, so erteilt es diese selbst (BGH NJW 82, 1464).
- 28 **10) Rechtsfolgen.** – **a)** Wird die Genehmigg erteilt, so unterbleibt nach FGG 53 d S 1 der VA; wird sie versagt, findet der gesetzl VA statt. Eine **Korrektur** der Vereinbg kommt iRv VAHRG 10a IX in Betr. vereinbarte **Modifikationen** des Ausgl gem § 1587b I, II u VAHRG 1 II, III; 3b I Nr 1 bedürfen der **Umsetzung** dch die GestaltgEntsch des FamG, die nicht unwirks wird, wenn die Vereinbg ihre Bestandskraft verliert (BGH FamRZ 02, 1553). Die Vereinbg wird gegenstandslos, wenn die Ehe nicht geschieden wird.
- 29 **b) Bindung.** An PartVereinbgen üb den VA, die wirks u vom FamG genehmigt sind, ist aGrd von FGG 53 d das FamG und, sobald die Ehe rkräft geschieden ist, auch der VersTräger gebunden (Ffm FamRZ 87, 494; Naumbg FamRZ 03, 315). Keine Bindg, wenn die Vereinbg aGrd von §§ 125, 134, 138, 142 I od § 139 (BGH FamRZ 91, 681) (teil)nichtig ist; auch ein **Wegfall der Geschäftsgrundlage** (BGH FamRZ 94, 96) od ein **Rücktritt** von der Vereinbg in dem Fall, dass einer der Eheg die vertragl übernommenen Verpfl nicht erfüllt, kommen in Betr (BGH FamRZ 88, 1254). Werden bei Abschl der Vereinbg streitige Rfragen später dch höchstrichterl Entsch geklärt, ist weder Anfechtg noch Berufg auf Wegfall der GeschGrdlage mögl (BGH NJW 87, 1770). – Bei **Rücknahme** od Zurückweisg des ScheidgsAntr gilt eine ScheidgsVereinbg, and als ein gem § 1408 II vereinb VA-Ausschl, nicht weiter (so JH/Hahne Rn 9; aA Goering FamRB 04, 68; Langenfeld Rn 751).
- 30 **c) Verfahren.** Ist die **Vereinbarung unwirksam**, so ist das Verf üb den VA, auch wenn die Scheidg bereits rkräft ist, noch nicht beendet u muss weitergeführt werden (BGH FamRZ 91, 681; 94, 96). Ist die Vereinbg aber noch dch eine SachEntsch umgesetzt worden, bleibt das Verf abgeschl; eine Änderg kann nur üb VAHRG 10a erfolgen (BGH FamRZ 07, 536).

Kapitel 5. Schutz des Versorgungsschuldners

1587P *Leistung an den bisherigen Berechtigten.* Sind durch die rechtskräftige Entscheidung des Familiengerichts Rentenanwartschaften in einer gesetzlichen Rentenversicherung auf den berechtigten Ehegatten übertragen worden, so muss dieser eine Leistung an den verpflichteten Ehegatten gegen sich gelten lassen, die der Schuldner der Versorgung bis zum Ablauf des Monats an den verpflichteten Ehegatten bewirkt, der dem Monat folgt, in dem ihm die Entscheidung zugestellt worden ist.

- 1 **Zweck.** SchutzVorschr zG des RVTrägers (§ 407 ist unmittelbar nur ggü priv LeistgsTräger anwendb) zur Vermeid doppelter Leistg bei gleichzeit RentenBerechtig beider Eheg (BSG FamRZ 83, 389; 90, 874). Unverändert gilt, dass mit dem Eintritt der RKraft u Wirksamk der Entsch des FamG der VA vollzogen ist (BSG FamRZ 90, 874). – **Anwendungsbereich.** Ausgl von Anrechten in der gesetzl RV; auch wenn verschiedene VersTräger zuständig sind. IF der Realteilg nach VAHRG 1 II sowie beim Ausgl nach § 1587b II u VAHRG 1 III entspr Anwendg (str, wie hier JH/Hahne Rn 8; Roller DRV 03, 541/7; aA für das Quasisplitting Staud/Rehme Rn 4). – **Inhalt.** Der Träger der gesetzl RV kann mit befreiender Wirkg an den bisher Gläub der RentenLeistg leisten, bis er von dem Rechtsübergang Kenntn erlangt hat, wobei der LeistgsTräger mit Rücksicht auf die Bedürfn
- 2 der automatisierten MassenVerwaltg einen UmstellgsZeitraum von mind 1 Kalendermonat hat. Entspr Schutzfrist: VAHRG 10a VII 2 und 3a VII. – **Beginn der Schutzfrist:** Ztpkt, in dem der RVTräger des Verpflichteten von dem Eintritt der Verbindlichk (in welcher Form auch immer) Kenntn erlangt (BSG FamRZ 83, 389), idR Ztpkt des Eingangs der RKraftMitteilg. Von diesem ist grdsätzl auch dann auszugehen, wenn das OLG im RMittelVerf entschieden hat, u zwar selbst dann, wenn die ZulässigkVoraussetzgen für ein weiteres RMittel nicht erfüllt sind (BSG FamRZ 85, 595). Der Kenntn vom Eintritt der RKraft steht das Kennenmüssen gleich (BSG FamRZ 83, 669). Hieraus folgt in Konkretisierg der dem RVTräger obliegenden Fördergs- u BeschleuniggPfl (SGB 12 II, 171 Nr 1), dass dieser uU verpflichtet ist, sich bei Eintritt von Verzögergen

darüber zu informieren, wann die Entsch üb den VA rkräft geworden ist. Versäumt er dies, so ist der Zeitpkt des Kennenmüssens im Zeitraum zw dem Datum der RKraft und der tats Kenntniserlangg anzusetzen (vgl Roller DRV **03**, 541/9). Haben die Eheg auf RMittel verzichtet, ist für den Beginn der Schutzfrist der Ztpkt maßg, in dem die RKraft eintritt. Hat der BGH üb den VA entschieden, beginnt sie mit dem Eingang der Entsch beim RVTräger des Verpflichteten. Unberührt bleiben Anspr des AusglBerecht gg den AusglVerpflichteten aus § 812 (Hamm FamRZ **90**, 528).

II. Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich (VAHRG)

Vom 21. Februar 1983 (BGBl I 105) in der Fassung des VAWMG vom 8. Dezember 1986 (BGBl I 2317), des Rentenreformgesetzes 1992 vom 18. Dezember 1989 (BGBl I 2261/2388) und des Rentenüberleitungsgesetzes vom 25. Juli 1991 (BGBl I 1606), zuletzt geändert durch Art. 24 des Gesetzes zur Organisationsreform in der gesetzlichen Rentenversicherung (RVOrgG) vom 9. Dezember 2004 (BGBl. I 3242, 3272)

Einleitung

- 1 1) Das BVerfG (NJW 80, 692) hat **BGB 1587b I und II** mit der Maßg für verfassgskonform erklärt, dass Härteregeln für solche Fälle geschaffen werden, in denen beim AusglVerpflichteten eine Kürzg seiner Anrechte erfolgt, ohne dass sich der Erwerb des VersSchutzes auf Seiten des verstorbenen Berecht angem ausgewirkt hat, und in denen der AusglBerecht noch keine Rente erhält u auf Unterh des Verpflichteten angewiesen ist. An Stelle der vom BVerfG (NJW 83, 1417) für verfassgswidr erklärten Anordng einer Beitragszahlg nach **BGB 1587b III 1 Hs 1** wurden mit dem VAHRG neue AusglFormen geschaffen. Weitere Beanstandngen dch das BVerfG (NJW 86, 1321) haben zu Modifiziergen geführt.
- 2 2) **Inhalt des VAHRG. a) Zusätzliche Formen des VA.** – **aa)** Vorrangig die (nur bei entspr Regelg des in Frage stehen VersWerks mögl) Realteilung (VAHRG I II) u (bei sämtl gg einen öffrechtl VersTräger gerichteten VersAnrechten mögl) **analoges Quasi-Splitting (VAHRG I III)**. – **bb)** Für den Rest der auszugleichden VersAnrechte sieht **VAHRG 3b I Nr 1** bis zu einem bestimmten Höchstbetrag eine **Erweiterung von Splitting, Quasi-Splitting und** (mit Zustimmung des VersTrägers) **Realteilung** vor. Ferner ist nach **VAHRG 3b I Nr 2** bei wirtschaftl Zumutbar auch wiederum die Verpfl des VA-Schu zur **Entrichtung von Beiträgen** in die gesetzl RV mögl. – **cc)** Soweit der VA auch in diesen Formen nicht dchgeführt werden kann, findet der **schuldrechtliche VA** statt (**VAHRG 2**), mit der Möglichk der Abfindg (BGB 15871) u Perpetuierg über den Tod des Verpflichteten hinaus in Form einer **verlängerten Ausgleichsrente** mit Ansprgrdsätzl gg den VersTräger (**VAHRG 3 a**).
- 3 **b) Ergänzungen und Modifizierungen der allgemeinen Versorgungsausgleichsregelung.** Das VAHRG modifiziert darüber hinaus die leistungrechtl Auswirkgen des öffrechtl VA auf Seiten des Verpflichteten u korrigiert Belastngen in Form des VermEinsatzes aus Anlass eines VA. – **aa)** In bestimmten **Härtefällen** wird von der Kürzg der Vers des Verpflichteten abgesehen; bereits gezahlte Beiträge werden erstattet (VAHRG 4, 7, 8); bei gesetzl UnterhVerpfl die ungekürzte Vers gewährt (VAHRG 5, 6). – **bb)** Die Vorschr des **VAHRG 10 a** regelt die **Abänderung rechtskräftiger Entscheidungen** üb den öffrechtl VA. – **cc)** **VAHRG 10 d** verhindert **Manipulationen** der AusglBilanz dch die Inanspruchnahme von Austrittsleistngen dch einen der Eheg.
- 7 – **dd)** In **VAHRG 11 I** wird das **Verfahrensrecht** für den Gesamtbereich des VA verallgemeinert, in II dem FamG eine FGG 53 b ergänzde allg Ermächtigtg zur AuskEinholg erteilt.
- 8 3) **Rangfolge der einzelnen Ausgleichsarten.** Können zum VA verschiedene VersAnrechte außerh der gesetzl RV u der Beamtenvers herangezogen werden u sind diese mit Anrechten des Berecht zu verrechnen, so sind alle in Betr kommenden Vers des AusglVerpflichteten anteilig zum Ausgl heranzuziehen, u zwar **quotiert** nach dem Wertverhältn der ehezeitl erworbenen Anrechte zum AusglBetrag (BGH FamRZ 94, 90; 01, 477; 05, 1530). Verbleibt danach ein schuldrechtl auszugleichder Restbetrag, der nicht aGrd von VAHRG 3b öffrechtl ausgeglichen werden kann, kann eine **Heraufsetzung** einz Quoten nach dem Ermessen des FamG vorgenommen werden (BGH FamRZ 94, 90; Mü NJW 03, 3571/2). Der gesetzl statuierte Vorrang der Realteilg vor den and AusglFormen kann vom VersTräger nicht dadch umgangen werden, dass er die Realteilg von einer vorherigen Ausschöpfpg der AusglFormen des VAHRG 3b abhäng macht (Ffm OLG 02, 326).
- 9 4) **Verfahren.** Soweit eine Realteilg mögl ist od ein Quasi-Splitting stattfindet, sind die VersTräger analog FGG 53 b II 1 am VA-Verf zu beteiligen. Mittelb Auswirkgen des VA, wie etwa die künft mögl Inanspruchnahme des Trägers eines schuldrechtl auszugleichden Anrechts auf verlängerte schuldrechtl AusglRente (VAHRG 3a, BeamtVG 22 II), bewirken keine Beteiligtenstellg (BGH FamRZ 89, 370). Zur BeschwBefugn des SozialversTrägers: BGH FamRZ 90, 1099; NJW-RR 91, 258; einer ZusatzversKasse: BGH FamRZ 96, 482.

I. Maßnahmen zur Beseitigung der Beitragszahlungspflicht im Versorgungsausgleich

VAHRG 1 *Ersetzung der Bareinzahlung durch Realteilung und Quasi-Splitting.* (1) Sind im Versorgungsausgleich andere als die in § 1587b Abs. 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs genannten Anrechte auszugleichen, so gelten an Stelle des § 1587b Abs. 3 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs die nachfolgenden Bestimmungen.

(2) ¹ Wenn die für ein Anrecht des Verpflichteten maßgebende Regelung dies vorsieht, begründet das Familiengericht für den anderen Ehegatten ein Anrecht außerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung (Realteilung). ² Das Nähere bestimmt sich nach den Regelungen über das ausgleichende und das zu begründende Anrecht.

(3) Findet ein Ausgleich nach Absatz 2 nicht statt und richtet sich das ausgleichende Anrecht gegen einen öffentlich-rechtlichen Versorgungsträger, so gelten die Vorschriften über den Ausgleich von Anrechten aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (Quasi-Splitting) sinngemäß.

- 1 1) Dch das VAHRG treten an Stelle des Ausgl nach BGB 1587b III 1 Hs 1 **andere Ausgleichsformen** (2 vor § 1). Dch das VAHRG **unberührt** sind die Berechngsweise der VersAnrechte u die Dchführg des VA dch Splitting u Quasi-Splitting in der gesetzl RV u bei der Beamtenvers, esbo die Berücksichtigg einer evtl Unwirtschaftlichk des VA u der Höchstbetragsregelg. BGB 1587b III bleibt insofern von Bedeutg, als die Vorschr den Anwendungsbereich der VAHRG 1 ff festlegt, also bestimmt, welche Anrechte für eine der AusglFormen des VAHRG überhaupt in Betr kommen, u das Prinzip des **Einmalausgleichs** unverändert weiter gilt (dazu BGB 1587b BGB Rn 35). Im Übrigen gilt BGB 1587b III 1 Hs 2 für Vereinbngen üb den VA weiter.

2

2) Realteilung, II. Das FamG begründet für den ausglberecht Eheg dch richterl Gestaltgsakt (BGH FamRZ 98, 421) ein Anrecht außer der gesetzl RV, wenn die maßg VersRegelg dies vorsieht. Der AusglBerecht erhält somit grdsätzl VersAnrechte derselben Art, wie sie der AusglVerpflichtete hat. Der Ausgl erfolgt daher idR in dem System, in dem das auszugleichde Anrecht erworben worden ist, kann aber auch (zB bei der RA-Versicherg RhPf) unter Inanspruchn eines and VersTrägers dchgeführt werden. Das dem Berecht gutgebrachte Anrecht muss dem Anrecht des Verpflichteten möglichst gleichwert sein (BGH FamRZ 94, 559). Es muss daher bei einer nominalwertbezogenen Teilg grdsätzl dieselben VersRisiken umfassen od einen andweit Vorteil vermitteln (zB eine erhöhte Altersrente bei fehlendem Invaliditätsschutz; vgl BGH NJW 98, 3772) u gleichartig sein. Eine kapitalwertbezogene Teilg führt immer zu einem angem Ausgl (Glockner FamRZ 99, 575; krit Gutdeutsch FamRB 03, 115). In der **Ausgestaltung** der Realteilg hat der VersTräger einen relativ großen Spielraum (Kblz FamRZ 01, 995), der allerd der angem Kontrolle dch das FamG unterliegt (BGH FamRZ 98, 421; NJW 98, 3772); er kann zB die Realteilg von einem Mindest- (Naumbg FamRZ 01, 1305; Ffm FamRB 03, 115) od Höchstbetrag (RGRK/Wick Rn 30) abhängig machen, u die Kosten der Realteilg auf die Eheg überwälzen (Brschw OLGR 99, 238). Die Realteilg muss dem Berecht eine eigenständ u dauerh Sicherg verschaffen; eine Abtretg laudfer Leistgen (vgl BGH FamRZ 85, 799) genügt diesem Erfordern nicht. Wird die Realteilg erst nach der letzten TatsEntsch über den VA eingeführt, so kann dies nach VAHRG 10 a I Nr 3 im AbändersgVerf berücksichtigt werden (vgl BGH FamRZ 03, 1738), auch noch nach dem Tod des Verpflichteten (BGH FamRZ 93, 173).

a) Grdsätzl einzige **Voraussetzung** für die Realteilg ist, dass nach dem für den Träger des auszugleichden 3 Anrechts maßg Recht die dingl Teilg der VersAnrechte vorgesehen ist; hierbei genügt die Möglichk der Dchführg der Realteilg im Einzelfall (BGH NJW-RR 98, 3772). Das richtet sich nach dem Gesetz (zB ALG 43, 110) bzw der Entsch des jew VersTrägers (zB dch Satzg, Vertragsgestaltg). Die Realteilg kann auch auf einer Vereinbng zw den Eheg beruhen, wenn der VersTräger zustimmt (BGH FamRZ 02, 1554). Zuläss sind **Beschränkungen** der Realteilg dch das für den VersTräger maßg Recht hinsichtl des Personenkreises (vgl BGH FamRZ 02, 1554) u des Umfangs (vgl Ffm FamRZ 98, 626; OLGR 02, 326) des Ausgl. Die Bay ÄrzteVers verlangt für die Realteilg, dass der ausglberecht Eheg zumind Arzt ist (BGH FamRZ 88, 1254); das VersWerk der LÄrzttekammer Hess, dass beide Eheg Mitgl sind (Ffm FamRZ 89, 70); das VersWerk der Ärztekammer des Saarl, dass beide Eheg diesem VersWerk angehören od dass der Berecht einem and VersWerk angehört, mit dem ein ÜberleitgsAbk besteht (Saabr OLGR 99, 324). Die VersAnstalt für Ärzte, Zahnärzte u Tierärzte BaWü sieht die Realteilg vor, unabhängig davon, ob auch der AusglBerecht dem VersWerk angehört; ebenso hinsichtl der erweiterten Honorarverteilg die Kassenärztl Vereinigg Hess (BGH FamRZ 89, 951 u 1281) u der Anrechte beim VersWerk der Architektenkammer BaWü (Stgt NJW-RR 04, 937). Bei **Landwirten** gelten ALG 43 I, 110 (Stgt FamRZ 01, 549); der Ausgl erfolgt subsidiär nach VAHRG 1 III (Gießmann/Klattenhoff FamRZ 95, 583). In der VersRegelg eines öffrechtl VersTrägers ist eine an VAHRG 4, 5 orientierte **Härteregeleung** zu treffen (vgl BGH FamRZ 93, 298). Das gilt nach BGH FamRZ 89, 951 nicht für privatrechtl organisierte VersEinrichtgen.

b) Das Nähere bestimmt sich nach den Regelgen über das auszugleichde u das zu begründende Anrecht, **II 2.** 4 So kann zB eine Teilg von Nominalwerten erfolgen (Ffm FamRZ 89, 70; Stgt NJW-RR 04, 937) oder die Halbiertg des Kapitalwerts vorzunehmen sein (BGH FamRZ 88, 1254; Nürnberg FamRZ 05, 1486). Schließl kann der Ausgl in der Weise erfolgen, dass aus dem Kapitalwert des ehebezogenen Anrechts für beide Eheg gleich hohe Anrechte ermittelt werden (Mü FamRZ 91, 576; krit Gutdeutsch FamRB 03, 115 für den Fall, dass der Verpflichtete wg des höheren DeckgsAufwands auf Seiten des Berecht mehr als die Hälfte des DeckgsKapitals seines Anrechts verliert). Ist die rechnerische Aufteilg nicht geregelt u bemisst sich das Anrecht nach einem individuellen DeckgsKapital od muss mangels DeckgsKapitals ein Barwert gebildet werden, so ist deren Halbiertg angem (JH/Hahne Rn 14 ff; Hoppenz/Triebs Rn 16; vgl Karlsru OLGR 05, 540 beim DeckgsKapital). Das FamG hat aber zu überprüfen, ob die nach dem jew maßg Recht vorgesehene Realteilg bestimmten **Mindestanforderungen** genügt. Diese ergeben sich aus der Art der Realteilg als einer Form des öffrechtl VA, dem RGDanken des BGB 1587b IV u einem allg BenachteiliggVerbot, das angem TeilgsErgebn sicherstellen soll (BGH FamRZ 88, 1254; 89, 951). Bei einer externen Realteilg muss das zu begründende Anrecht einer evtl Volldynamik des auszugleichenden Anrechts entsprechen (BGH FamRZ 08, 1418). Unangemessen ist die Realteilg auch, wenn sie im Ggsatz zur auszugleichenden Versorgg keine Invaliditätsrente umfasst, sofern der Berecht deren Voraussetzgen noch erfüllen kann (BGH NJW 98, 3772; FamRZ 08, 1418). Zu den MindAnfordergen innerh des weiten GestaltgsFreiraums des VersTrägers vgl BGH NJWE-FER 97, 5; FamRZ 98, 421; nicht erfdl ist ein dem Rentnerprivileg (vgl BGB 1587b Rn 18) vergleichb Schutz des Verpflichteten (BGH FamRZ 05, 1063 Nr 690). Sind diese Voraussetzgen nicht erfüllt, kann das FamG sie nicht ersetzen, sond muss den VA so regeln, wie er ohne die Realteilg zu regeln wäre.

3) Quasi-Splitting, III. Findet eine Realteilg nicht statt u richtet sich das auszugleichde Anrecht gg einen 5 dtischen öffrechtl VersTräger, so gelten hinsichtl der AusglForm u der leistungrechtl Auswirkgen (nicht aber in Bezug auf die Bewertg, die Frage der Verfallbark u Dynamik od die Rangfolge) die Vorschz üb den Ausgl von Anrechten aus einem öffrechtl Dienstverhältn sinngem (Kblz FamRZ 01, 995). Der Ausgl erfolgt in der Form des BGB 1587b II (Jena FamRZ 02, 397).

a) Gegenstand des Quasi-Splittings. Das Quasi-Splitting beschränkt sich auf Anrechte bei einem inländ 6 (Stgt FamRZ 89, 760) **öffentlich-rechtlichen Versorgungsträger**. Maßg ist ausschl die **Rechtsform** des VersTrägers (BGH NJW 85, 56) u nicht das RVerh zw ihm u dem Versicherten (BGH FamRZ 84, 1212; 86, 344). **Versorgungsträger** istd VAHRG ist derjen, der die VersZusage abgibt u im VersFall die zugesagten Leistgen gewährt (BGH FamRZ 93, 299); bei unselbständ VerwaltsEinh kommt es auf die Organisationsform des VerwaltsTrägers an. Bedient sich ein öffrechtl RTräger zur Dchführg der Vers einer selbständ Pensions- od UnterstützgsKasse od eines Pensionsfonds, so kommt es ebenso wie ifv Direktversichergen gem BetrAVG 1 b II auf deren **Organisationsform** an (BGH FamRZ 87, 52). Sind im Weg des Quasi-Splittings bei **mehrerem Versorgungsträgern** in unterschiedl Höhe bestehde Anw auszugleichn, erfolgt eine entspr Quotierg (BGH FamRZ 84, 1214). – **Einzelfälle:** Zusatzvers für ArbN des öff Dienstes (zB VBL, Kommunale 7 ZusatzversKassen; BGH FamRZ 84, 990); Zusatzvers bei der BahnVersAnstalt Abt B (BGH FamRZ 05, 880) im Ggsatz zur Pensionskasse der Deutschen Eisenbahnen und Straßenbahnen, die ab 2006 in einen rfäh Versichergsverein auf

- Ggseitig umgewandelt worden ist (BGH NJW 08, 1813); Anrechte der Mitgl des Dt Bundestags (Mü FamRZ 86, 1114) u der LParlamente (BGH FamRZ 88, 380; 05, 696); Anrechte bei den öffrechtl Rundfunkanstalten (BGH NJW 85, 56) u den öffrechtl Banken (BGH NJWE-FER 99, 25); Alterssicherg der Landwirte (soweit nicht eine Realteilg erfolgt, Celle FamRZ 95, 1360) u der sonst SozialVersTräger (AG Tempelhof-Kreuzberg FamRZ 01, 483); umlagefinanzierte Hüttenknappschaftl Zusatzvers im Saar (Saarbr FamRZ 92, 70); nicht realteilg fäh berufsständ Altersvers (BGH FamRZ 91, 314); Gemeins AusglKasse im Seelotswesen der Reviere (BGH FamRZ 88, 51), sofern keine Realteilg mögl ist (Brem OLG 01, 287); Höherversicherg in der gesetzl RV (BGH FamRZ 87, 918). – Nach III auszugleichen sind ferner VersAnrechte von **Zeitsoldaten, Beamten auf Widerruf** u aus dem öff Dienst ausgeschiedenen Beamten, bei denen die **Nachversicherung aufgeschoben** ist (vgl BGB 1587b Rn 23). – **b) Die sinngemäße Anwendung** der Vorschr üb das Quasi-Splitting bedeutet, dass dem Berecht ein dynam Rentenrecht zusteht, das in Form eines Zuschlags an Entgeltpunkte abgegolten wird. Gemeint sind weiter nicht nur die Vorschr des BGB (§ 1587b), sond insbes auch die beamtenrechtl Regelgen (BeamtVG 57, 58) über die Kürzg der Vers u deren Abwendg (Schlesw SchlHA 97, 17).
- 10 c) Der VersTräger **erstattet** dem RV-Träger des Berecht die Aufwendgen od zahlt Beiträge (SGB VI 225) u ist berechtigt, die Vers an den Verpflichteten u seine Hinterbliebenen unter Beachtg des Pensionärsprivilegs (BeamtVG 57 I 2) zu kürzen.

VAHRG 2 *Schuldrechtlicher Versorgungsausgleich.* Soweit der Ausgleich nicht nach § 1 durchgeführt werden kann, findet der schuldrechtliche Versorgungsausgleich statt.

- 1 VAHRG 2 hat **Auffangfunktion** u erweitert den Katalog des BGB 1587f. Für alle Anrechte, die nicht vorrangig nach VAHRG 1 II, III u 3 b I ausgeglichen werden können, findet der nur subsidiär zuläss schuldrechtl VA (BGB 1587g–1587n) mit AbfindngsOption statt, der auf **Antrag** durchgeführt wird. – **Anwendungsbereich.** Die Regelg betrifft Anrechte iSv BGB 1587a II Nr 3–5, V u nach BGB 1587a II Nr 1, soweit der Träger der beamtenähnli Vers nicht öffrechtl organisiert ist (BGH FamRZ 85, 794).

VAHRG 3 *Sinngemäße Anwendung der Versorgungsausgleichsvorschriften.* Soweit die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Versorgungsausgleich auf einen Ausgleich nach diesem Gesetz nicht unmittelbar anzuwenden sind, gelten sie sinngemäß.

- 1 Die Vorschr dient der **Klarstellung** u gilt für sämtl AusglFormen des VAHRG, soweit nicht im jew RegelgZushang eine abschließde Sonderregelg getroffen worden ist (zB VAHRG 3 a VI). Sie trägt dem Umstand Rechng, dass einz AusglFormen nach der Ablösg des verfassungswidr Beitragsausgl nach BGB 1587b III 1 ihre RGrldge nicht im BGB, sond außerh dieses Regelgskomplexes im VAHRG haben, u bindet die AusglFormen des VAHRG in die allg Regelgstrukturen des VA ein (BGH FamRZ 83, 1003). – **Unmittelbar anwendbar** auf den öffrechtl VA nach dem VAHRG sind BGB 1587, 1587a, 1587b III 3, 1587c, 1587e II, 1587o. Für den schuldrechtl VA verweist VAHRG 2 auf BGB 1587f–1587n u enthält damit eine eigenständ Verweisg. – **Sinngemäß anwendbar** sind BGB 1587b IV, V (vgl BGH FamRZ 89, 720), 1587e I, 1587p.

Ia. Verlängerung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs

VAHRG 3a *Verlängerung des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs beim Tode des Verpflichteten.* (1)¹Nach dem Tod des Verpflichteten kann der Berechtigte in den Fällen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs von dem Träger der auszugleichenden Versorgung, von dem er, wenn die Ehe bis zum Tode des Verpflichteten fortbestanden hätte, eine Hinterbliebenenversorgung erhalte, bis zur Höhe dieser Hinterbliebenenversorgung die Ausgleichsrente nach § 1587g des Bürgerlichen Gesetzbuchs verlangen. ²Für die Anwendung des § 1587g Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht erforderlich, daß der Verpflichtete bereits eine Versorgung erlangt hatte. ³Sind mehrere Anrechte schuldrechtlich auszugleichen, so hat jeder Versorgungsträger die Ausgleichsrente nur in dem Verhältnis zu entrichten, in dem das bei ihm bestehende schuldrechtlich auszugleichende Anrecht zu den insgesamt schuldrechtlich auszugleichenden Anrechten des Verpflichteten steht. ⁴Eine bereits zu entrichtende Ausgleichsrente unterliegt den Anpassungen, die für die Hinterbliebenenversorgung maßgebend sind.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn die für das auszugleichende Anrecht maßgebende Regelung in dem Zeitpunkt, in dem der Anspruch nach Absatz 1 bei dem Versorgungsträger geltend gemacht wird,

1. für das Anrecht eine Realteilung vorsieht, oder
2. dem Berechtigten nach dem Tod des Verpflichteten einen Anspruch gewährt, der dem Anspruch nach Absatz 1 bei Würdigung aller Umstände allgemein gleichwertig ist.

(3)¹ Absatz 1 findet keine Anwendung in den Fällen des § 1587f Nr. 5 in Verbindung mit § 1587b Abs. 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. ² In den Fällen des § 1587f Nr. 5 in Verbindung mit § 1587o des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt Absatz 1 insoweit nicht, als die vereinbarte Ausgleichsrente die nach dem Gesetz geschuldete Ausgleichsrente übersteigt und der Versorgungsträger nicht zugestimmt hat.

(4)¹ Eine an die Witwe oder den Witwer des Verpflichteten zu zahlende Hinterbliebenenversorgung ist in Höhe der nach Absatz 1 ermittelten und gezahlten Ausgleichsrente zu kürzen. ² Die Kürzung erfolgt auch über den Tod des Berechtigten hinaus. ³ Satz 2 gilt nicht, wenn der Versorgungsträger nach Absatz 1 nur Leistungen erbracht hat, die insgesamt zwei Jahresbeträge der auf das Ende des Leistungsbezugs berechneten Ausgleichsrente nicht übersteigen. ⁴ Hat er solche Leistungen erbracht, so sind diese auf die an die Witwe oder den Witwer des Verpflichteten zu zahlende Hinterbliebenenversorgung anzurechnen.

(5)¹ Ist eine ausländische, zwischenstaatliche oder überstaatliche Einrichtung Träger der schuldrechtlich auszugleichenden Versorgung, so hat die Witwe oder der Witwer des Verpflichteten auf Antrag die entsprechend den vorstehenden Absätzen ermittelte Ausgleichsrente zu entrichten, soweit die

Einrichtung an die Witwe oder den Witwer eine Hinterbliebenenversorgung erbringt.² Leistungen, die der Berechtigte von der Einrichtung als Hinterbliebener erhält, werden angerechnet.

(6) In den Fällen der Absätze 1, 4 und 5 gelten § 1585 Abs. 1 Sätze 2 und 3, § 1585 b Abs. 2 und 3, § 1587 d Abs. 2, § 1587 h und § 1587 k Abs. 2 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

(7) Der Versorgungsträger wird bis zum Ablauf des Monats, der dem Monat folgt, in dem er von der Rechtskraft der Entscheidung über die Ausgleichsrente nach Absatz 1 Kenntnis erlangt,

1. gegenüber dem Berechtigten befreit, soweit er an die Witwe oder den Witwer des Verpflichteten Leistungen erbringt, welche die um die Ausgleichsrente nach Absatz 1 gekürzte Hinterbliebenenversorgung übersteigen;
2. gegenüber der Witwe oder dem Witwer des Verpflichteten befreit, soweit er an den Berechtigten nach Maßgabe eines gegen den Verpflichteten gerichteten Vollstreckungstitels, der diesen wegen des bei dem Versorgungsträger begründeten Anrechts zur Zahlung einer Ausgleichsrente verpflichtete, oder auf Grund einer Abtretung nach § 1587 i Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Leistungen erbringt, welche die Ausgleichsrente nach Absatz 1 übersteigen. Nach Ablauf des Monats, der dem Monat folgt, in dem der Berechtigte den Versorgungsträger zur Zahlung der Ausgleichsrente aufgefordert und ihm eine beglaubigte Abschrift des Vollstreckungstitels übermittelt hat, findet Nummer 1 keine Anwendung; Nummer 1 findet ferner insoweit keine Anwendung, als der Versorgungsträger in dem dem Tod des Verpflichteten vorangehenden Monat an den Berechtigten auf Grund einer Abtretung nach § 1587 i des Bürgerlichen Gesetzbuchs Leistungen erbracht hat;
3. gegenüber dem Berechtigten befreit, soweit er an die Witwe oder den Witwer des Verpflichteten nach Maßgabe einer gemäß Absatz 9 Satz 3 ergangenen einstweiligen Anordnung Leistungen erbringt, welche die um die Ausgleichsrente nach Absatz 1 gekürzte Hinterbliebenenversorgung übersteigen; gegenüber der Witwe oder dem Witwer des Verpflichteten wird er befreit, soweit er an den Berechtigten nach Maßgabe einer solchen einstweiligen Anordnung Leistungen erbringt, welche die Ausgleichsrente nach Absatz 1 übersteigen. Nach Ablauf des Monats, der dem Monat folgt, in welchem dem Versorgungsträger die einstweilige Anordnung zugestellt worden ist, finden die Nummern 1 und 2 keine Anwendung.

(8)¹ Der Berechtigte und die Witwe oder der Witwer des Verpflichteten sind verpflichtet, einander und dem nach Absatz 1 verpflichteten Versorgungsträger die Auskünfte zu erteilen, die zur Feststellung eines Anspruchs nach den vorstehenden Absätzen erforderlich sind.² Die Träger einer im schuldrechtlichen Versorgungsausgleich zu berücksichtigenden Versorgung sind einander, dem Berechtigten und der Witwe oder dem Witwer des Verpflichteten verpflichtet, diese Auskünfte zu erteilen.³ Ist der Wert eines Anrechts von dem Wert eines anderen Anrechts abhängig, so hat der Träger des anderen Anrechts dem Träger des einen Anrechts die erforderliche Auskunft über den Wert des anderen Anrechts zu erteilen.⁴ § 1605 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

(9)¹ Über Streitigkeiten entscheidet das Familiengericht.² In den Fällen des Absatzes 1 hat das Gericht die Witwe oder den Witwer des Verpflichteten, in den Fällen des Absatzes 4 den Berechtigten zu beteiligen.³ Das Gericht kann auf Antrag des Berechtigten oder der Witwe oder des Witwers des Verpflichteten im Wege der einstweiligen Anordnung die Zahlung der Ausgleichsrente nach den Absätzen 1 und 5 und die an die Witwe oder den Witwer des Verpflichteten zu zahlende Hinterbliebenenversorgung regeln.⁴ Die Entscheidung nach Satz 3 ist unanfechtbar; im übrigen gelten die §§ 620 a bis 620 g der Zivilprozeßordnung entsprechend.

1) **Zweck.** Absicherg des schuldrechtl AusglBerecht über den Tod des Verpflichteten hinaus dch einen 1
eigenständ (BGH FamRZ 96, 1465) Anspr grdsätzl gg den Träger der auszugleichenden Vers. Dessen Interessen
werden dachd gewahrt, dass der Anspr dem Grd u der Höhe nach an die für das auszugleichde Anrecht
vorgesehene HinterblVers gebunden wird u HinterblAnsprüche aus einer erneut eingegangenen Ehe des
Verstorbenen gekürzt werden können (Rn 6). Ferner kann er dch (grdsätzl kostenneutrale) Realteilg die
Inanspruchn auf verlängerten schuldrechtl VA ausschließen (BGH FamRZ 03, 1738/40). – **Keine** 2
Verfassungswidrigkeit trotz Geltg auch für vor dem Inkrafttr der Regelg geschiedene Ehen (BVerfG NJW 93,
2923).

2) **Inhalt der verlängerten Ausgleichsrente.** Der VersTräger kann nach dem Tod des AusglSchu nur insow 3
auf Zahlg der AusglRente in Anspr genommen werden, als der Berecht von ihm auch ohne Scheidg der Ehe
eine HinterblVers als Rente oder Kapitalleistg (Glockner FPR 00, 305) erhalten hätte, **1 1 1.** – **Grundlegende** 4
Voraussetzung: AnwendgsFall von BGB 1587 f, VAHRG 2 od VAÜG 3 I Nr 6, 7 (vgl jedoch III). Frühere
Abfindg nach BGB 1587 i steht dem Anspr nicht entgegen (str).

a) **Folgerungen.** Sieht die für die auszugleichde Vers maßg Regelg eine Witwen- od WitwerVers vor, so 5
kommt dies **zwingend** auch dem ausglberecht Eheg zugute (Stgt NJW-RR 96, 259). Unzuläss als Umgehg des 6
§ 3 a wäre es desh, die Zahlg der Witwenrente vom Fortbestand der Ehe bis zum Tod des Verpflichteten abhäng
zu machen (BGH FamRZ 06, 326). Andseits kann der Berecht die AusglRente **nur unter den Voraussetzungen**
und bis zur Höhe der fiktiven Hinterbliebenenversorgung verlangen (BGH FamRZ 05, 189). Entspr
wirken sich versorggsrechtl LeistgsBeschränkgen, zB Wiederverheiratsklauseln (BGH FamRZ 06, 326),
Ehedauerklauseln, Anrechnungs- u Altersgrenzenregelgen usw (vgl Grün FPR 00, 332), aus. Die VersorggZusage
muss beim Tod des ausglpflicht Eheg noch bestanden haben (Hamm NJW-RR 08, 1100). – Im Fall einer 7
AnrechnungsRegelg bleiben die Leistgen aus dem öffrechtl VA **unangerechnet.** – Eine bei **Wiederverheiratung** 8
zugesagte Abfindg kann auch der aus dem verlängerten schuldrechtl VA Berecht verlangen (Glockner FPR 00,
305; einschränkd BGH FamRZ 05, 189).

- 9/10 **b)** Im Übrigen gilt **BGB 1587g, I 1.** – **aa) Voraussetzung.** Der Berecht muss selbst die Voraussetzung des BGB 1587g I 2 erfüllt haben. Leistungsbezug des AusglPfl im Zeitpunkt des Todes ist aus Gründen der Harmonisierung mit dem öffentlich VA nicht erfüllt (I 2). – **bb) Höhe.** Maß ist der AusglBetrag, den der AusglSchu im Zeitpunkt seines Todes erbracht hat oder hätte erbringen müssen (Hamm FamRZ 01, 1221); keine Bindung an die frühere Berechnung der AusglRente nach BGB 1587g (Düss FamRZ 05, 372). Im Fall von I 2 ist die Höhe der AusglRente fiktiv zu ermitteln; sie bestimmt sich nach BGB 1587g II 1 iVm 1587a II Nr 3 b grundsätzlich auf der Grundlage einer (fiktiven) Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit (MüKo/Glockner Rn 13). Anpassung des jeweils ermittelten AusglBetrags erfolgt vom VersTräger automatisch in der Weise, in der die Hinterbliebenen an die fortlaufende Entwicklung anzugleichen ist, I 4. – **cc) Anteilige Haftung mehrerer Versorgungsträger.** Sind mehrere Vers des Verpfl schuldrechtlich auszugleichen, schuldet jeder VersTräger nur den Teil der nach BGB 1587g einheitlich zu ermittelnden AusglRente, der dem Verh des Ehezeitanteils des bei ihm begründeten Anrechts zu den Ehezeitanteilen der schuldrechtlich auszugleichenen Anrechte entspricht, I 3. Dabei sind auch solche schuldrechtlich auszugleichenen Anrechte des Verpflichteten zu berücksichtigen, die keine Hinterbliebenen vorsehen.
- 11 **3) Ausschluss des verlängerten schuldrechtlich VA bei bestimmten Versorgungsarten, II.**
- 12 **a) Vorrang der Realteilung** (VAHRG I II), Nr 1, um den VersTräger die Möglichkeit zu geben, die Einf der Realteilung den verlängerten schuldrechtlich VA zu vermeiden (BGH FamRZ 03, 1738/40). Erfüllt ist, dass die Realteilung auch konkret durchgeführt werden kann (BGH FamRZ 97, 1470). – **Maßgeblicher Zeitpunkt.** Realteilung mit Ausschlusswirkung gem II Nr 1 nach der Erstentscheidung über den VA auch noch nach dem Tod des AusglVerpflichteten und Erwerb eines Anspruchs auf verlängert schuldrechtlich AusglRente (BGH FamRZ 93, 173), ggf Nachhol des öffentlich VA im Wege der Abänderung nach VAHRG 10a I Nr 3.
- 13 **b)** Bei Vorliegen eines **gleichwertigen Versorgungsanspruchs, Nr 2**, um AnspruchsKonkurrenzen (insbes zu BeamtVG 22 II) zu vermeiden (Düss FamRZ 00, 829; Koblenz FamRZ 07, 483). Für die **Feststellung** der Gleichwertigkeit der Renten- oder Kapitalleistung mit der verlängert schuldrechtlich AusglRente ist unter Anlegung eines großzügigen Vergleichsmaßstabes eine qualitative Gesamtwürdigung beider Regelungen erfüllt.
- 14 **4) Ausschluß des verlängerten schuldrechtlich VA bei an sich gebotenem öffentlich VA bzw Parteivereinb, III.**
- 15 **a) Zweck.** Die Umgehung von Vorschrift des VersR soll vermieden und eine missbräuchlich Inanspruchnahme der des BGB 1587o, 1408 II eingeräumten Dispositionsmacht ausgeschlossen werden.
- 16 **b) Bei Verweisung eines an sich dem öffentlich VA unterliegenden Anrechts in den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich** (BGB 1587f Nr 5 iVm 1587b IV) wird nach dem Tod des Verpflichteten keine AusglRente gezahlt; ob das FamG die Voraussetzungen nach BGB 1587b IV zutreffend bejaht hat, ist im Verh nach § 3 a nicht zu prüfen (Schlesw OLGR 04, 169). Damit wird sichergestellt, dass sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen, nach denen die Übertragung oder Begründung von Anwartschaften (zB aGrd fehlender Erf der Wartezeit) zu keinen VersLeistungen an den Berechtigten führen, nicht über den schuldrechtlich VA umgangen werden können und dem VersTräger zudem die mit dem öffentlich VA verbundene Möglichkeit genommen wird, zu Lebzeiten des Verpflichteten dessen Vers zu kürzen.
- 17 **c)** Über den gesetzlich geschuldeten schuldrechtlich AusglAnspruch **hinausgehende** und auf **Vereinbarung** beruhende Ansprüche sind nach dem Tod des Verpfl vom Träger der auszugleichenen Vers im Wege von VAHRG 3a nur insoweit zu erfüllen, als er der Vereinbarung zugestimmt hat. Damit soll verhindert werden, dass dem VA-Schu seine Rente ungeschmälert belassen wird, während der AusglBerecht anschließend in den Genuss des vollen verlängert schuldrechtlich VA gelangt.
- 18 **5) Kürzung der Hinterbliebenen um die verlängert AusglRente, IV.**
- 19 **a) Zweck.** Vermeidung von Mehrbelastungen des VersTräger. **Zwingendes Recht** für öffentlich (nicht dagg für die priv) VersTräger. Etwaige gleichwohl bestehende Mehrbelastungen des VersTrägers können durch Einföhrung der Realteilung vermieden werden.
- 20 **b) Anrechnung, S 1.** Hinterläßt der AusglSchu außer dem geschiedenen Eheg eine(n) Witwe(r), wird die verlängert AusglRente vom Zeitpunkt des ZusTreffens des Anspruchs an auf eine Witwen-/WitwerVers angerechnet. Der überlebende Eheg wird hierdurch im Einzelfall stärker belastet als bei einem öffentlich VA. – **Ausgleich etwaiger Mehrbelastungen** erfolgt innerhalb des VersBestandes, indem es bei der Kürzung der Hinterbliebenen auch dann bleibt, wenn der **Ausgleichsberechtigte stirbt, S 2.** – Die Kürzung entfällt in Anlehnung an VAHRG 4 mit Wirkung für die Zukunft nur dann, wenn die Rentenleistungen iR des verlängert schuldrechtlich VA **2 Jahresbeträge** der letzten AusglRente **nicht übersteigen, S 3.** – Lediglich die iR des verlängert VA **bereits erbrachten Leistungen** sind in einem solchen Fall auf die Witwen-/WitwerVers **anzurechnen, S 4.**
- 21 **6) Ausländische Versorgungsträger, V.** Da VersTräger, die nicht der Jurisdiktion der Gerichte der BRep unterliegen, vom inländischen Gesetzgeber nicht zu Leistungen verpflichtet werden können, wird der verlängert schuldrechtlich VA in Fällen, in denen das schuldrechtlich auszugleichende Anrecht bei einer ausländischen, zwischen- oder überstaatlich begründet ist, gegen den hinterbliebenen Eheg gerichtet. Soweit die Witwe/der Witwer von der ausländischen Einrichtung Hinterbliebenenleistungen erhält, hat sie/er die AusglRente auf Antrag unmittelbar an den AusglBerecht zu zahlen, S 1. – Die AusglRente darf von der Witwe (dem Witwer) tats erhaltenen Betrag nicht übersteigen. – Leistungen, die der AusglBerecht von der ausländischen Einrichtung als Hinterbliebener seines geschiedenen Eheg unmittelbar erhält, zB eine geschiedenenwitwenrente, werden angerechnet, S 2.
- 22 **7) Verweisungen** über Einzelheiten der Rentenzahlung, VI. Da der verlängert schuldrechtlich VA eine mit dem Tod des Verpflichteten eintretende VersLücke schließen, den Berechtigten jedoch grundsätzlich nicht besser stellen will, als wenn der Verpflichtete noch lebte, gelten für den Anspruch auf AusglRente folgende Verweisungen: Die AusglRente ist **monatlich** im Voraus zu entrichten und wird zum vollen monatlichen Betrag auch im Todesmonat geschuldet (BGB 1585 I 2 u 3). Wird die AusglRente nicht gezahlt, kann **Nachzahlung** für die Vergangenheit nur bei Rhängigkeit oder SchuVerzug (BGH FamRZ 01, 284) bzw absichtlicher LeistungsEntzug verlangt werden (BGB 1585b II u III). Eine wesentliche Änderung der Verhältnisse kann auf Antrag zur **Abänderung** auch rückwirkend Entsch des FamG führen (BGB 1587d II).
- 23 **Nichtentstehung des Anspruchs:** Bei fehlender Bedürftigkeit, Verhinderung der Entstehung eigener VersAnrechte auf Seiten des Berechtigten oder bei Verletzung der Unterhaltspflicht durch den Berechtigten gelangt der Anspruch auf die AusglRente überhaupt nicht zur Entstehung (BGB 1587h); iRv BGB 1587h Nr 1 ist dabei nach hM ggf auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des durch die Kürzung nach IV betroffenen Eheg aus einer erneut eingegangenen Ehe des

Verpflichteten abzustellen (Mü FamRZ 00, 1222). Mit dem **Tod des Ausgleichsberechtigten** erlischt der Anspr (BGB 1587k II 1).

8) Vermeidung von Doppelleistungen, VII. – a) Zweck. Für die Vergangenh kann die Zahlg der Ausgl-Rente ab Verzug bzw RHängig verlangt werden (vgl Rn 30). Hinterlässt der Verpflichtete eine Witwe (od die Verpflichtete einen Witwer), so ergibt sich im Verf über VAHRG 3a für den VersTräger die Gefahr, Doppelleistgen erbringen zu müssen. Dieses Risiko soll dem VersTräger nach VII abgenommen werden, ohne zugl Leistgen an den Berecht od an Witwe/Witwer des/der AusglSchu bis zu einer rkräft Entsch des FamG zu blockieren (Karlsru FamRZ 93, 75). 32/33

b) Schuldnerschutz aa) gegenüber dem Ausgleichsberechtigten, Nr 1. Solange keine einstw Anordng ergeht, kann der Träger der schuldrechtl auszugleichden Vers die HinterblVers an die Witwe/den Witwer des Verpflichteten mit befreiender Wirkg ggü dem geschiedenen Eheg des Verpflichteten in vollem Umfang auszahlen (BGH FamRZ 01, 284). War der Verpflichtete aGrd eines vollstreckb Titels wg des bei dem VersTräger bestehenden Anrechts zur Zahlg einer AusglRente verpflichtet, so kann der VersTräger diese AusglRente an den Berecht mit befreiender Wirkg ggü Witwe/Witwer des/der Verpflichteten auszahlen. – **bb) auf Grund Vollstreckungstitels gegen den Verpflichteten, Nr 2.** Der VersTräger wird ggü der Witwe/dem Witwer des AusglVerpflichteten befreit, wenn er sich an einen VollstrTitel, insbes eine einstw AO hält, welche die Zahlg der AusglRente u die Kürzg der HinterblVers anordnet, od wenn er die AusglRente aGrd einer Abtretg nach BGB 1587i zahlt, **S 1.** Der SchuSchutz nach Nr 1 versagt jedoch mit Ablauf des der Übermittlg einer beglaub Abschrift des VollstreckgTitel folgden Monats; ferner bedarf es des SchuSchutzes überhaupt nicht, wenn die VersAnspr iHd AusglRente an den Berecht abgetreten waren (BGB 1587i), **S 2. – cc) bei Vertrauen auf eine einstweilige Anordnung, Nr 3.** Soweit das FamG gem VAHRG 3a IX über die AusglRente u eine entspr Kürzg der HinterblBezüge eine einstwAO erlassen hat (Rn 41, wird der VersTräger frei, u zwar ggü dem AusglBerecht, soweit er aGrd der einstw AO Leistgen erbracht hat, welche die um die AusglRente nach VAHRG 3a I gekürzten HinterblVers übersteigt, **S 1 I. Halbs,** u ggü der Witwe/dem Witwer des/der Verpfl, soweit der VersTräger in Ausfüh der einstw AO mehr an AusglRente gezahlt hat, als nach VAHRG 3a I in Wirklichk zu zahlen war, **S 1 2. Halbs.** Nach Ablauf des der Zustellg der einstw AO folgden Monats finden Nr 1 u 2 keine Anwendg mehr, **S 2,** dh der VersTräger kann sich auf die einstw AO verlassen; auf den sonstigen SchuSchutz kommt es damit nicht mehr an. Soweit der VersTräger nach diesen Regelgen Leistgen an die Witwe/den Witwer des/der Verpflichteten mit befreiender Wirkg ggü dem Berecht erbracht hat, bleiben Anspr des Berecht gg Witwe/Witwer aus BGB 812ff unberührt (BGH FamRZ 01, 284) wie umgekehrt auch BereicherchsAnspr der Hinterbliebenen gg den AusglBerecht bei überhöhten Leistgen an diesen.

9) Wechselseitige Auskunftsansprüche, VIII, bestehen zw dem AusglBerecht u der Witwe/dem Witwer des/der AusglSchu sowie zw diesen u dem nach VAHRG 3a I verpfl VersTräger, **S 1.** Mehrere VersTräger sind untereinander wie iÜ auch nach S 1 auskunftsberrecht u -verpfl, **S 2.** Auch wenn der Wert eines Anrechts von dem Wert eines an Anrechts abhängt, besteht eine wechselseit AuskPfl unter den VersTräger, **S 3.** iÜ gilt für die verschiedenen AuskAnspr BGB 1605 entspr, **S 4.** Ihrem Umfang nach erstreckt sich die AuskPfl auch auf die gem BGB 1587h maßß persönl Verh (entspr Karlsru FamRZ 03, 1840). 37

10) Verfahrensrecht, IX. – a) Für Streitig über den verläng schuldrechtl VA einschl der AuskAnspr ist das FamG **zuständig, S 1.** Örtl Zuständigk: VAHRG 11 I iVm ZPO 621 II 2, FGG 45 III. Frühere Anhängigk eines Verf auf schuldrechtl VA reicht bei Wechsel des gewöhl Aufenthalt nicht aus (BGH NJW 91, 1744). 38/39

b) Das FamG hat analog FGG 53b II stets den VersTrägeräger (BGH FamRZ 89, 369/71) u iFv VAHRG 3a I die Witwe/den Witwer des/der Verpfl, iFv 3a IV den Berecht an dem Verf zu **beteiligen, S 2.** Im Verf über den öffrechtl VA ist der VersTrägeräger auch dann nicht zu beteiligen, wenn bei ihm später ein verläng schuldrechtl VA in Betr kommt (BGH FamRZ 89, 369); dementspr hat er auch kein Beschwer (BGH FamRZ 89, 602; 91, 175; 08, 678). 40

c) Der ausglberrecht geschiedene Eheg kann ebenso wie die Witwe/der Witwer des/der Verpfl beim FamG eine **einstweilige Anordnung** über die vorläuf Zahlg der AusglRente nach VAHRG 3a I, V u über die Kürzg der HinterblVers erwirken, **§ 3.** Für das einstw AO-Verf gelten ZPO 620a–620g, **S 4.** Erfdl ist ein **Antrag.** Die einstw AO ist vAw zuzustellen (ZPO 620c I 2, 329 III). KostenEntsch nach FGG 13a. Die Regelg dch einstw AO ist **unanfechtbar, S 4.** Für feststellde Entsch über den verläng schuldrechtl VA vor dem Tod des ausglpfl Eheg fehlt idR das erfdl FeststellgsInteresse (BGH FamRZ 96, 1465). 41

Ib. Regelung des Versorgungsausgleichs in anderer Weise

VAHRG 3b *Anderweitige Formen des Versorgungsausgleichs.* (1) Verbleibt auch nach Anwendung des § 1587b des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des § 1 Abs. 2 und 3 noch ein unverfallbares, dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich unterliegendes Anrecht, kann das Familiengericht

1. ein anderes vor oder in der Ehezeit erworbenes Anrecht des Verpflichteten, das seiner Art nach durch Übertragung oder Begründung von Anrechten ausgeglichen werden kann, zum Ausgleich heranziehen. Der Wert der zu übertragenden oder zu begründenden Anrechte darf, bezogen auf das Ende der Ehezeit, insgesamt zwei vom Hundert des auf einen Monat entfallenden Teils der am Ende der Ehezeit maßgebenden Bezugsgröße (§ 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch) nicht übersteigen;
2. den Verpflichteten, soweit ihm dies nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen zumutbar ist, verpflichten, für den Berechtigten Beiträge zur Begründung von Anrechten auf eine bestimmte Rente in einer gesetzlichen Rentenversicherung zu zahlen; dies gilt nur, solange der Berechtigte die Voraussetzungen für eine Vollrente wegen Alters aus der gesetzlichen Rentenversicherung noch nicht erfüllt. Das Gericht kann dem Verpflichteten Ratenzahlungen gestatten; es hat dabei die Höhe der dem Verpflichteten obliegenden Ratenzahlungen festzusetzen; § 1587d Abs. 2, § 1587e Abs. 3 und § 1587f Nr. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten entsprechend.

(2) Absatz 1 findet auf die in § 3 a Abs. 5 bezeichneten Versorgungungen keine Anwendung.

- 1 **1) Zweck:** Schutz des AusglBerech (BGH NJW **89**, 1859) zur Vermeidg des schuldrechtl VA (zu dessen
Nachteilen vgl BVerfG NJW **86**, 1321; BFH NJW-RR **04**, 508) u zum Aufbau einer eigenständl Sicherh. Das
Gericht darf desh den VA in den Formen des VAHRG 3 b I nicht gg den – ggf erst im BeschwVerf erklärten
(Dörr/Hansen NJW **01**, 3230/5) – Willen des AusglBerech dchführen (BamB FamRZ **01**, 689), etwa bei einseit
2 Verzicht (BGH NJW **92**, 3234) od wenn die Eheg den schuldrechtl VA vereinb haben (BGH NJW **89**, 1859). IU
handelt es sich um eine vAw ergehende **Ermessensentscheidung** (BGH NJW **92**, 1957 u 3234), die idR zur
Anwendg von I Nr 1 führt (Naumbg FamRZ **01**, 1527). Kein erweiterter öffrechtl VA, wenn sich dieser nicht zG
des Berecht auswirken würde od unwirtschaftl wäre, insbes, wenn das nach BGB 1587 a III, IV für Zwecke des
3 Ausgl nach I Nr 1 dynam Anrecht einen erhebl geringeren AusglWert hat als das an sich schuldrechtl
auszugleichde Anrecht, so dass ein schuldrechtl VA auf der Grdlage des Nominalwerts des Anrechts günstiger sein
kann (Karlsru FamRZ **88**, 954 u 1290); dabei ist auch die Sicherh des Berecht dch VAHRG 3 a zu berücksichtigen
(Celle FamRZ **99**, 930). Zum **Höchstbetrag** vgl BGB 1587 b Rn 47. – Kein **Beschwerderecht** des Tr der betriebl
AltersVers gg die Versag des öffrechtl VA gem § 3 b (BGH FamRZ **89**, 602; **91**, 175), auch wenn der Ausschl von
§ 3 b auf einer Vereinbg der Parteien gem BGB 1587 o beruht (BGH FamRZ **89**, 602); esbo kein BeschwR wg
FamRZ **95**, 157).
- 4 **2) Dem anderweitigen Versorgungsausgleich unterliegende Versorgungsanrechte.** Der VA nach VAHRG
3 b kommt im Verh zu den and AusglFormen des öffrechtl VA nur subsidiär in Betr (Köln FamRZ **91**, 458), dh
soweit nach Anwendg von BGB 1587 b u VAHRG 1 II u III noch ein **restlicher Ausgleichsanspruch** verbleibt.
Nicht einzubeziehen sind degressive Anrechte; ebenso nicht (wg BGB 1587 b III 3) Anrechte, die dem
5 schuldrechtl Rückausgl unterliegen. – Das an sich schuldrechtl auszugleichde Anrecht (nur betriebl
VersAnrecht, BGH FamRZ **89**, 720) muss **unverfallbar** sein.
- 6 **3) VAHRG 3 b sieht zwei Ausgleichsformen** vor: den erweiterten öffrechtl VA nach Nr 1 sowie – nachrangig
(BGH FamRZ **88**, 936) – die Zahlg von Beiträgen zur gesetzl RV gem Nr 2.
- 7 **a) Erweiterter öffentlich-rechtlicher Ausgleich** dch Super-Splitting, Super-Quasi-Splitting u Super-
8 Realteilung, Nr 1. – **aa) Überschreitung des Halbteilungsgrundsatzes.** Das FamG kann zum Ausgl eines an
sich dem schuldrechtl VA unterliegenden Anrechts des Verpflichteten ein and in der Ehe erworbenes Anrecht
üb seinen halben ehezeitbezogenen Wert hinaus zum Ausgl heranziehen u auch auf Anrechte Zugriff nehmen,
die vor der Ehe erworben worden sind. Währd das an sich dem schuldrechtl VA unterliegde Anrecht dem
Verpflichteten belassen wird, muss das an Stelle dessen heranzuziehde and Anrecht dem öffrechtl VA zugängl
sein. Das betrifft insbes Anrechte der gesetzl RV, der Beamtenvers, der Alterssicherg der Landwirte u der
9/10 berufsständ
Altersvers. – Eine Super-Realteilg hat grdsätzl die **Zustimmung** des VersTrägers zur Voraussetzung. – **bb) Durch-
führung des erweiterten Splittings usw.** Das an sich schuldrechtl auszugleichde Anrecht ist zu ermitteln, wobei
noch nicht iRv BGB 1587 b/VAHRG 1 verrechnete Anrechte des Berecht zu saldieren sind. Nicht voll dynam
Anrechte sind (auch iR einer Super-Realteilg) idR zu dynamisieren; nach der Dynamisierg ist eine Rückrechng
in einen teildynam od stat Wert entspr der Art des im Weg der Super-Realteilg heranzuziehden Anrechts erfdl
(Glockner FamRZ **87**, 333). Das auf die Ehezeit entfallde Anrecht wird zunächst in einer der Formen von
BGB 1587 b/VAHRG 1 ausgeglichen; sodann werden zu Lasten des ersatzw heranzuziehden Anrechts weitere
Anrechte zG des Berecht übertragen oder begründet; BGB 1587 a VII gilt (Celle FamRZ **99**, 926; Bsp: Mü
11 FamRZ **91**, 956). – Zur **Rangfolge**: Rn 23. – **cc) Einhaltung des Grenzbetrages, Nr 1 S 2**, iHv 2% der monatl
Bezugsgröße (SGB IV 18 I). Der Grenzbetrag bemisst sich nach dem Gesamtergebn. Für mehrere dem
schuldrechtl VA unterliegde Anrechte ist der Grenzbetrag nur einmal auszuschöpfen (BGH FamRZ **92**, 921).
12 Der **Restbetrag** bleibt dem Beitragsausgl nach Nr 2, subsidiär dem schuldrechtl VA vorbehalten. Zu Anrechten
im Beitrittsgebiet vgl VAÜG 4 I Nr 1 (hierzu Dresd FamRZ **00**, 962).

- b)** Die Anordng der **Beitragszahlung** in die gesetzl RV, **Nr 2**, ist allen and Formen des öffrechtl VA ggü **subsidiär** (BGH FamRZ **88**, 936; vgl Rn 23). – Der **Ausgleich** erfolgt dch Zahlg von Beiträgen an den RV-Träger des Berecht (SGB VI 187 I Nr 2; 281 a I Nr 2); die Zahlg an einen and VersTräger kann nur iRv BGB 1587 o, 1587 I oder 1587 b IV vorgenommen werden. Der RGedanke des SGB VI 101 III („Rentnerprivileg“) ist nicht übertragb (Karlsru FamRZ **04**, 1972 Nr 1411). Der Anspr auf VA nach Nr 2 kann nicht abgetreten (§ 399) und nur iRv ZPO 851 II gepfändet werden (BGH FamRZ **07**, 1316). – **Unterbleibt** die angeordnete Beitragszahlg, so kommt es nach BGB 1587 f Nr 3 zum schuldrechtl VA mit der Folge, dass die Beitragsanordng aufzuheben ist (VAHRG 11 I iVm FGG 53 f). Zu den Maßgaben für das Beitrittsgebiet vgl VAÜG 4 I Nr 2. – **aa) Nicht voll dynamische Anrechte** sind gem BGB 1587 a III umzuwerten. – Die **Höhe** der Beitr ergibt sich aus SGB VI 187 II, 281 a II, III. Die Berechng des Beitragsaufwands ist wg der ZahlgsFiktion des SGB VI 187 V, 281 a IV zunächst auf der Grdlage der für das Ehezeitende maß Rechengrößen vorzunehmen (Celle FamRZ **99**, 1200). Ist jedoch die Beitragsberechng nach den Verhältnissen im ZahlgsZtpkt günstiger, so ist die Schutzvorschr des SGB VI 187 V 1 nicht anzuwenden (Ffm FamRZ **93**, 1457). – Nr 2 wird dch die **wirtschaftliche Zumutbarkeit** für den Verpflichteten begrenzt (BGH FamRZ **88**, 936), die vom Gericht positiv festzustellen ist (KG FamRZ **02**, 467) u für deren Bestimmg es auf ein angem Verh der Belastg zur wirtschaftl Gesamtsituation ankommt (Hamm FamRZ **90**, 1255; JH/Hahne Rn 25). Für die **Beurteilung** ist kein zu strenger Maßst anzulegen (BGH FamRZ **97**, 166); Entsch nach pflichtgemäßem Ermessen (BGH FamRZ **05**, 1825). – Ob der Verpflichtete seinen VermStamm angreifen muss, hängt insbes von Höhe u Art des Verm, dessen Verwertgsmöglch u Verwendgswzweck ab; ferner von andweit Verbindlichk des Verpflichteten (einschl solcher ggü dem Berecht unterhrechtl gleichstehde Gläub). Zu weitgehd u mit den ZumutbkMaßst des VA unvereinbar ist daher die Ansicht, die Beitragsbelastg dürfe prakt nicht spürb sein (so aber Oldbg FamRZ **03**, 768). Eine völlige Auflös des VermStamms (Hamm FamRZ **99**, 929) od die Veräußerg des FamHeims kann dagg idR nicht verlangt werden (Brschw FamRZ **97**, 616), wohl aber die Auflös einer Kapitallebensversicherg u eines Bausparvertrags bei ausreichender Altersvers u Eigenheim (Hamm FamRZ **05**, 988); ferner kein Einsatz wesentl Teile des Zugew (BGH FamRZ **97**, 166). Die Aufn eines persönl tragb Darl zum Zweck der Beitragszahlg ist nicht ausgeschl (Köln FamRZ **02**, 1492; Zweibr FamRZ **07**, 1178). – **Zeitpunkt**. Die Anordng kommt (entspr SGB VI 187 IV) nur solange in Betr, wie der Berecht noch keine bindend festgestellte Vollrente wg Alters bezieht (BGH FamRZ **88**, 936), **S 1 zweiter Halbs**. – **bb)** Das FamG hat iR der wirtschaftl Zumutbar vAw zu prüfen, ob **Ratenzahlungen** in Betr kommen. Erstmalige Bewilligg von Ratenzahlgen zu einem späteren Ztpkt ist analog BGB 1587 d II mögl. Das Interesse des Berecht am Erwerb eines eigenständ VersSchutzes ist gg das Interesse des Verpflichteten, nicht unzumutb belastet zu werden, abzuwägen (Mü FamRZ **88**, 955). – **cc)** IÜ gelten hinsichtl der **Änderung** einer rkräft Entsch des FamG, des **Erlöschens** des Anspr auf Beitragsentrichtg sowie hinsichtl des Übergangs nicht getilgter BeitragszahlgsVerpfl in den schuldrechtl VA die Vorschr der BGB 1587 d II, 1587 e III iVm 1587 g I 2 u 1587 f Nr 3 entspr. BGB 1587 d I gilt nicht.
- c) Rangfolge.** **aa)** Der Ausgl nach VAHRG 3 b I ist ggü BGB 1587 b I, II/VAHRG 1 **subsidiär** (Karlsru FamRZ **91**, 458); im Verh der AusglFormen des VAHRG 3 b I zueinander ist Nr 2 nachrangig ggü Nr 1 (vgl Rn 13). **bb)** Bei mehreren Anrechten des Verpflichteten entscheidet das FamG nach pflichtgem **Ermessen** unter Berücksichtigg der Interessen der Parteien, welches Anrecht es heranzieht. Ist ein vollständ od beinahe vollständ Ausgl im Weg von VAHRG 3 b I mögl, so liegt dies idR im Interesse des Berecht, weil er dann nach einem etwaigen Vorversterben des Partners einen VersTräger weniger auf verläng schuldrechtl VA in Anspr nehmen muss (BGH NJW-RR **92**, 1027). Im Hinbl auf VAHRG 3 a muss ein an sich schuldrechtl auszugleichendes Anrecht, dem eine HinterblVers fehlt, im erweiterten öffrechtl VA ausgeglichen werden (Ffm FamRZ **89**, 401). Eine Quotierg wird idR wg des zu hohen VerwaltgsAufwands ausscheiden (vgl BGH FamRZ **92**, 921).
- d)** Zur **Verrechnung** von Anrechten der in BGB 1587 b I, II genannten Art od sonstiger Anrechte mit den nach VAHRG 1, 2 auszugleichden Anrechten des Verpflichteten nach der QuotiergsMethode vgl Einf Rn 8.
- 4) Ausschluss des anderweitigen Versorgungsausgleichs für Anrechte bei fremden Versorgungseinrichtungen, II.** Anrechte, die der AusglVerpflichtete bei einem ausländ, zwischen- od überstaatl VersTräger erworben hat, unterfallen unter den allg Voraussetzgen dem VA (BGH FamRZ **80**, 29), sind jedoch nicht in einer der AusglFormen des BGB 1587 b od des VAHRG 1 zu teilen. Sie können nach VAHRG 3 b II, der gegenständl auf VAHRG 3 a V Bezug nimmt, auch nicht im Weg des VAHRG 3 b I ausgeglichen werden. Diese Anrechte bleiben gem VAHRG 2 mit der Möglch der Abfindg nach BGB 1587 I (Stgt FamRZ **89**, 760; KG FamRZ **90**, 1257) dem schuldrechtl VA vorbehalten. Die Vorschr erfasst über ihren Wortlaut hinaus auch noch nicht realisierte Ansprüche (Anw u Aussichten). Zuläss sind Vereinbgen der Eheg über den Ausgl fremder Anrechte in den Formen des VAHRG 3 b I (vgl BVerfG FamRZ **92**, 1036).

VAHRG 3c **Absehen vom Versorgungsausgleich bei geringfügigem Ausgleichsbetrag.** Die Vorschrift ist durch Art. 30 RÜG mit Wirkung vom 1. 1. 92 aufgehoben worden.

II. Auswirkungen des Versorgungsausgleichs in besonderen Fällen

Einführung

VAHRG 4–8 konkretisieren die verfassungsrechtl Anfordergen an die Ausgestaltg der leistungrechtl Auswirkgen des VA (BVerfG NJW **80**, 692). Der Kernbereich der Härteregelgen gem VAHRG 4 (BVerfG NJW **89**, 1983) u VAHRG 5 (BGH NJW-RR **89**, 965) ist konkretisiertes VerfassungsR und verfassgskonform. Die Härteregelgen haben keinen RückAusgl zum Ggst, sond lassen die Entsch des FamG ü den VA unverändert; sie korrigieren vielmehr – als nicht analogie- od erweitergsmögl AusnRegelgen (BVerwG NJW-RR **95**, 962) – dessen versrechtl Auswirkgen (BSG FamRZ **93**, 1430). Vor Eintritt des Leistungsfalls auf Seiten des Verpflichteten ist daher eine Anwendg der Härteregelgen ausgeschl (BVerwG NJW **90**, 1866).

VAHRG 4 **Wegfall der Kürzung nach dem Tod des Berechtigten.** (1) **Ist ein Versorgungsausgleich gemäß § 1587b Abs. 1 oder 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs**

durchgeführt worden und hat der Berechtigte vor seinem Tod keine Leistungen aus dem im Versorgungsausgleich erworbenen Anrecht erhalten, so wird die Versorgung des Verpflichteten oder seiner Hinterbliebenen nicht auf Grund des Versorgungsausgleichs gekürzt.

(2) Ist der Berechtigte gestorben und wurden oder werden aus dem im Versorgungsausgleich erworbenen Anrecht Leistungen gewährt, die insgesamt zwei Jahresbeträge einer auf das Ende des Leistungsbezuges ohne Berücksichtigung des Zugangsfaktors berechneten Vollrente wegen Alters aus der allgemeinen Rentenversicherung aus dem erworbenen Anrecht nicht übersteigen, so gilt Absatz 1 entsprechend, jedoch sind die gewährten Leistungen auf die sich aus Absatz 1 ergebende Erhöhung anzurechnen.

(3) Würde der Verpflichtete nach Durchführung des Versorgungsausgleichs vor dem 1. Januar 1992 nachversichert, so sind insoweit dem Rentenversicherungsträger die sich aus Absatz 1 und 2 ergebenden Erhöhungen vom Dienstherrn zu erstatten; § 290 Satz 2 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch gilt entsprechend.

- 1 1) Die Vorschr stellt den AusglVerpflichteten u seine Hinterbliebenen **in drei Fällen** von der auf dem VA beruhenden **Versorgungskürzung** frei: bei Vorversterben des AusglBerecht, wenn dieser u seine Hinterbliebenen überhaupt keine **(I)** od nur geringfüg Leistgen aus dem VA erhalten haben **(II)**, u bei einem ehemals Beamten, Richter od Soldaten, dessen vor 1992 dch Nachversicherg begründetes Rentenrecht infolge einer Kürzg der NachversichergsEntgelte nach dem vorzeit Tod des AusglBerecht verfassungswidr gekürzt wird **(III)**. Die Voraussetzgen für die Anwendg der Härteregegl sind für alle Formen der Übertrag od Begründg von Rentenrechten dch GestaltgEntsch des FamG gleich (BVerfG NJW **89**, 1983; BSG FamRZ **93**, 1430).
- 2 2) Im Fall des **Vorversterbens des Ausgleichsberechtigten** ohne LeistgsBezug, **I, a)** unterbleibt die Kürzg der Vers unter folgenden **Voraussetzungen**: – **aa)** Der AusglBerecht muss verstorben sein. – **bb)** Der AusglBerecht hat vor seinem Tod **keine Leistungen** aus dem im VA erworbenen Anrechten erhalten. Auch an Hinterbliebene dürfen keine Zahlgen erfolgt sein (BSG SozR 3-5795 § 7 Nr 1; dann II); hierbei genügt es, wenn tats keine Leistgen erfolgt sind od erfolgen (VGH Mü ZBR **92**, 382). – **cc) Leistung** sind alle tats an den Berecht u an Dritten – zB Hinterbliebene (VGH Kassel NJW **97**, 1323) od RNachfolger (BSG SGb **04**, 298) – erbrachten Leistgen der gesetzl RV iSv SGB I 23 I Nr 1 a-e, die den RV-Träger belasten (Klattenhoff FuR **91**, 294). Dem Berecht sind auch Leistgen zuzurechnen, die innerh der Schutzfrist des BGB 1587p an den Verpflichteten gezahlt worden sind (BSG FamRZ **90**, 874). Den erbrachten stehen künftige Leistgen nur gleich, wenn sie bereits rwrks bewilligt worden sind (OVG Kblz FamRZ **05**, 373). Unbeachtl sind Leistgen, die dem Grd u der Höhe nach nicht kausal auf dem VA beruhen, zB Reha-Leistgen, deren versrechtl Voraussetzgen auch ohne Berücksichtigg der auf dem VA beruhenden Wartezeitmonate erfüllt sind (BSG aaO § 4 Nr 6).
- 6 **b) Rechtsfolgen.** Die Korrektur der versrechtl Auswirkgen des VA erfolgt dch den LeistgsTräger des Verpflichteten, der von der eigentl gebotenen Kürzg der Vers absieht. Die Kürzg entfällt frühestens mit dem Ablauf des Monats, in dem der AusglBerecht verstorben ist, sodann aber auch – in der gesetzl RV in Form eines richterrechtl entwickelten RückausglAnspr – rückwirkd auf den Beginn der Leistg aus dem VersVerh des Verpflichteten (BSG SGb **89**, 209 mAv Schmeiduch; BSG FamRZ **02**, 1186) u ohne die zeitl Begrenzg nach SGB X 48 IV iVm 44 IV (BSG FamRZ **07**, 815).
- 7 **3) Vorversterben nach geringfügigen Leistungen, II.** Der VersTräger hat auch dann von der Kürzg der Vers abzusehen, wenn der Berecht verstorben ist u aus dem VA Leistgen gewährt wurden od werden, die nur geringfügig sind. **Geringfügig** sind gem II Leistgen, die insges 2 Jahres-Beträge einer auf das Ende des Leistgs-Bezugs ohne Berücksichtigg eines Zugangsfaktors berechneten Altersvollrente aus dem im VA erworbenen Anrecht nicht übersteigen.
- 8 **a) Als Leistungen iSv II** sind die zu Rn 5 genannten Leistgen anzusehen. Beruht die Leistg nicht ausschl auf dem VA, so ist bei Renten nur anteilig der Wert zu berücksichtigen, der sich aus dem Zuschlag an Entgeltpunkten ergibt. Eine Aufteilg der Leistgen auf das selbständ erworbene u das im VA gutgebrachte Anrecht ist – and als nach VAerstV I III S 2 – auch dann vorzunehmen, wenn die versichersrechtl LeistgsVoraussetzgen erst unter Berücksichtigg des VA erfüllt wird. Beiträge zur Kranken- u (bis zum 31. 3. 04) Pflegeversicherg (SGB V 249 a, SGB XI 59 I 1 aF) sowie Zuschüsse zu den Aufwendgen für eine Kranken- u (bis zum 31. 3. 04) Pflegeversicherg (SGB VI 106, 106 a aF) sind mit dem Teilbetrag zu berücksichtigen, der auf den Zuschlag an Entgeltpunkten entfällt. Bei Leistgen zur Rehabilitation, die kausal auf dem VA beruhen, sind die Aufwendgen grdsätzl entspr dem Verh der im VA erworbenen Entgeltpunkte zu allen im Ztpkt der Bewilligg der Leistg vorhanden Entgeltpunkten zu berücksichtigen (BSG SGb **04**, 298); Entgeltpunkte stehen hierbei Entgeltpunkten (Ost) gleich. Eine Beitragerstattg ist mit dem sich nach SGB VI 210 IV ergebenden Betrag zu berücksichtigen.
- 9 **b) Von der VersKürzg** kann nur abgesehen werden, wenn der **Grenzbetrag von zwei Jahresbeträgen** einer Regelaltersrente (auf Bruttobasis u ohne Zusatzleistgen) nicht überschritten wird, wobei ein Zugangsfaktor nicht zu berücksichtigen u die Rente auf der Grdlage der bei Ende des (ggf letzten) LeistgsBezugs maßg Rechengrößen zu ermitteln ist.
- 10 **c) Anrechnung der gewährten Leistungen.** Wird der Grenzbetrag nicht überschritten, so ist die Vers des AusglVerpflichteten (ggf unter Anrechng der aus dem VA erbrachten Leistgen) ungekürzt zu zahlen. Vom Beginn der ungekürzten Vers an (ggf vorrangig auf den rentenrechtl RückausglAnspr) wird der Differenzbetrag zw der gekürzten u ungekürzten Leistg solange einbehalten, bis die Summe der Leistgen aus dem Anrecht, das der Berecht erworben hat, erreicht ist.
- 11 **4) Nachversicherung, III.** Vor 1992 ist der Verpflichteten, der nach Dchführg eines VA nach BGB 1587b II aus seiner versichersfreien Beschäftigg ohne Vers ausgeschieden ist, auf der Grdlage gekürzter Entgelte nachversichert worden. Auch die Minderg der NachversichergsEntgelte ist eine Kürzg iSv § 4, so dass unter den Voraussetzgen von I od II bei der Berechng der Rente aus der Vers des Verpflichteten von den ungeminderten

Entgelten auszugehen ist. III findet bei einer Nachversicherg in der berufsständ Altersvers (SGB VI 186) entspr Anwendg. Dessen Voraussetzgen liegen nicht mehr vor, wenn in einem AbändergsVerf nach VAHRG 10a das frühere Quasi-Splitting dch ein Splitting von Rentenansprüchen, die infolge Nachversicherg erworben worden sind, ersetzt wird.

VAHRG 5 *Ungekürzte Versorgung bei Unterhaltsverpflichtung.* (1) Solange der Berechtigte aus dem im Versorgungsausgleich erworbenen Anrecht keine Rente erhalten kann und er gegen den Verpflichteten einen Anspruch auf Unterhalt hat oder nur deshalb nicht hat, weil der Verpflichtete zur Unterhaltsleistung wegen der auf dem Versorgungsausgleich beruhenden Kürzung seiner Versorgung außerstande ist, wird die Versorgung des Verpflichteten nicht auf Grund des Versorgungsausgleichs gekürzt.

(2) § 4 Abs. 3 gilt entsprechend.

1) **Zweck.** Vermeidg einer Doppelbelastg des Verpflichteten u Sicherstellg des Bedarfs des Berecht, der noch keine Rente erhalten kann, dch die Gewährg von Unterh (BSG NJW-RR 96, 899). Dem UnterhVerpflichteten (iF des BGB 1586 b jedoch nicht dessen hinterbliebenenversichergsberecht Erben; vgl VGH Mannh FamRZ 90, 102) wird die unverkürzte Vers belassen, ebenso wie dem nach Scheidg aus dem DienstverhÄltn ausgeschiedenen Beamten, II. I ist nicht erweiternd auslegb (BVerwG DÖV 94, 699).

2) **Voraussetzungen der unterhaltsbedingten Rücknahme der Kürzung, I.**

a) Dem AusglBerecht muss gg den AusglVerpflichteten ein **Unterhaltsanspruch** gem BGB 1569 ff, 1360 (BGH FamRZ 83, 461), BGB 1361 oder dem gem EGBGB Art 18 IV maßg ausländ Recht zustehen; ein vereinbarter Unterh, der nicht nur den gesetzl geschuldeten Unterh konkretisiert (vgl BGH NJW 98, 64), genügt nicht, auch wenn er titulierte ist (BVerwG NVwZ 05, 830). IFv BGB 1360 kommt ein Härteausgl nur dann in Betr, wenn der Beitrag des Verpflichteten zum FamUnterh den Beitrag des Berecht übersteigt (LSG Mainz SozVers 98, 329), jedoch ist eine durchgängige UnterhPfl nicht erfdl (VG Bayreuth FamRZ 00, 960). Die Höhe des UnterhAnspr ist unerhebl (BGH FamRZ 94, 1171; OVG Münster FamRZ 02, 827). I ist grdsätzl auch anzuwenden, wenn gesetzl geschuldeter Unterh tats nicht gezahlt wird (BVerwG Buchholz 239.1 § 4 BeamVG Nr 1; VGH Mannh FamRZ 01, 1149). Der Gewährg gesetzl geschuldeten Unterh steht gleich, wenn der Verpflichtete nur wg des VA nicht zur UnterhLeistg in der Lage ist. Keine Anwendbk iF wirks UnterhVerzichts (BGH aaO; BSG NJW-RR 95, 840). Ist ein gesetzl UnterhAnspr dch eine **Abfindung** endgült od für einen bestimmten Zraum abgegolten worden, findet I solange Anwendg, wie der Verpflichtete dem Berecht ohne die Abfindg laufd gesetzl Unterh zu leisten hätte (BGH aaO; BVerwG 109, 231). – Bei Vorliegen eines **Vollstreckungstitels** üb den UnterhAnspr, ist grdsätzl von einer UnterhPfl ggü dem Berecht auszugehen, es sei denn, der Verpflichtete könnte nach ZPO 323, 767 den Titel beseitigen od die Vollstrg abwehren (BSG NJW-RR 96, 899; BVerwG NVwZ 05, 830).

b) **Kein Rentenbezug des Ausgleichsberechtigten.** Der Verpflichtete erhält die ungekürzte Vers nur solange, wie der Berecht aus dem VA keine Rente erhalten „kann“. Das richtet sich grdsätzl nach dem antragsabhäng Rentenbescheid des RV-Trägers. Eine Rente kann iSd § 5 auch derjen nicht erhalten, dessen Eink aGrd – auch freiwill – berufl Tätigk die Hinzuverdienergrenze von SGB VI 34 übersteigt (BVerwG NVwZ 05, 830). Unterlässt es der Berecht grdlos, einen Rentenanst zu stellen (vgl Greßmann/Klattenhoff FuR 96, 137) u damit einen dem Grd nach zustehden Anspr zu realisieren, ist I nicht anwendb (ebenso Müller FamRZ 05, 1721; weitergehnd OVG Lünebg FamRZ 04, 1111, das allerd von einer wg GG Art 12 I verfassungsrechtl bedenkl Verpfl des Berecht ausgeht, iR der Härteregelg des § 5 dch Einschränk od Aufgabe der Erwerbstätigk die negativen Rentenvoraussetzgen gem SGB VI 34 II erfüllen zu müssen). Hat der Berecht Rente erhalten u ist diese weggefallen, so kann I wieder anwendb sein (VGH Mü DÖD 97, 202).

3) **Der Anspruch auf ungekürzte Versorgung** besteht nur solange, wie der AusglBerecht kr Gesetzes unterh berecht ist od ohne Abfindg wäre. Treten die Voraussetzgen von I erst nach VersBeginn ein, so ist von der Kürzg mit Wirkg für die Zukunft (für die gesetzl RV vgl SGB VI 100 I) abzusehen. Die Härtekorrektur **endet** mit dem Ende des Monats, in dem die Voraussetzgen des VAHRG 5 weggefallen sind.

4) Die Aussetzg der Kürzg erfolgt auch iF der **Nachversicherung** eines aus dem BeamtenverhÄltn ausgeschiedenen Beamten, soweit er dem AusglBerecht ggü unterhpf ist u dieser aus dem VA noch keine Rente erhält, II.

VAHRG 6 *Nachzahlungen in Unterhaltsfällen.* Sind Nachzahlungen zu leisten, so erfolgen sie in den Fällen des § 5 an den Verpflichteten und an den Berechtigten je zur Hälfte.

1 Ergeben sich aus VAHRG 5 VersNachzahlgen, so sind diese in Höhe des Nettobetrags u ohne Berücksichtigg von Nebenleistgen an den Verpflichteten u den Berecht je zur Hälfte zu erbringen. Die Vorschr erfasst jede Art von Nachzahlg, die sich aus der Anwendg von VAHRG 5 ergibt (BSG 66, 144; BSG FuR 92, 119 mAv Klattenhoff), also zB auch Nachzahlgen bei Erstfeststellg der Vers sowie bei erstmaliger Anwendg von VAHRG 5 nach Beginn der Vers (BSG NJW 94, 2374). Die pauschale Aufteilg der Nachzahlg soll selbst dann stattfinden, wenn der Berecht währd des NachzahlgsZeitraums den vollen Unterh erhalten hat (BGH FamRZ 94, 1171).

2 – VAHRG 6 beinhaltet nur eine AuszahlgsRegelg; der matrechtl Ausgl zw den früheren Eheg bleibt davon unberührt (BGH FamRZ 03, 1086, vgl auch Düss FamRZ 03, 769). Über das Maß des geschuldeten Unterh hinaus erbrachte Leistgen sind nach den Grds der ungerechtf Bereicherg vom Berecht zu erstatten.

VAHRG 7 *Rückzahlung von Beiträgen.* Sind auf Grund des Versorgungsausgleichs für den Berechtigten Beiträge zu einer gesetzlichen Rentenversicherung geleistet worden, sind

dem Leistenden vom Rentenversicherungsträger die Beiträge unter Anrechnung der gewährten Leistungen zurückzuzahlen, wenn feststeht, daß aus dem durch die Beitragszahlungen begründeten Anrecht keine höheren als die in § 4 Abs. 2 genannten Leistungen zu gewähren sind.

- 1 **1) Zweck:** Gleichbehandlg der AusglFormen (BGH NJW 81, 2689) für die in VAHRG 4 I u II definierten Härtefälle. Die Voraussetzgen für eine Härtekorrektur nach VAHRG 7 sind strenger als nach der funktionsgleichen Regelg des VAHRG 4, da es hier um die endgült Auflös eines dch Beitragszahl begründeten VersVerh geht.
- 2 **2) Voraussetzungen für die Rückzahlung.** – a) Die Regelg betrifft **Beitragszahlungen zugunsten des Berechtigten**, u zwar aGrd LeistsEntsch dch das FamG gem BGB 1587b III 1 od 1587b IV/ VAHRG 3 b I Nr 2; aGrd Parteivereinbg od Ehevertrags; iR einer freiwill Vers, soweit die Leistg auf einer Vereinbg zw den Eheg nach BGB 1408, 1587o od auf einem AbfindgsVerlangen nach BGB 1587I beruht (str).
- 3 **b) Tod des AusglBerech.**
- 4 **c) Keine Überschreitung des Grenzbetrags** (VAHRG 4 II), auch nicht dch künft Leistgen an Hinterbliebene aus dem dch Beitragszahl erworbenen Anrecht. Ist die Wartezeit bei Eintritt des VersFalls nicht erreicht, ist immer noch eine Beitragserstatt mögl (SGB VI 210). Ist abseh, dass Waisen bis zum Erreichen der Altersgrenze keine Leistgen mehr gewährt werden können, die den Grenzbetrag überschreiten, so kommen vorläuf Leistgen in Betr (BSG 66, 44).
- 5 **3) Rückzahlung.** Stehen die Leistgen, die aus den entrichteten Beiträgen erbracht worden sind, der Rückzahl nicht entgg, sind diese auf die zurückzuzahlenden Beiträge anzurechnen. Zurückzuzahlen ist der **tatsächlich gezahlte Beitrag** abzügl der gewährten Leistgen. Die Beiträge werden **an den Leistenden** zurückgezahlt, idR an den AusglVerpflichteten. Hat sie ausnahmsw ein and geleistet, erfolgt Rückzahl an ihn; dem Leistden steht in lückenfüllder Ergänzg von VAHRG 9 II ein AntrR zu.

VAHRG 8 Rückzahlung von Kapitalbeträgen zur Abwendung der Versorgungskürzung. Ein zur Abwendung der Kürzung gezahlter Kapitalbetrag ist unter Anrechnung der gewährten Leistung zurückzuzahlen, wenn feststeht, daß aus dem im Versorgungsausgleich erworbenen Anrecht keine höheren als die in § 4 Abs. 2 genannten Leistungen zu gewähren sind.

- 1 **Zweck.** VAHRG 8 knüpft an die Härtekorrektur nach VAHRG 4 an. Erweist sich die Zahlg zur Abwendg der VA-bedingten Minderg der Vers infolge der Härtekorrektur nach VAHRG 4 als entbehrl, kann der AusglVerpflichtete die Erstattg der zur Abwendg der VersMinderg geleisteten Zahlgen verlangen. Die erbrachten Zahlgen können nicht zur Aufstockg der ungekürzten Vers verwendet werden. – **Voraussetzungen:** entspr VAHRG 7. Für den Anspr auf Beitragsrückzahl ist es dem Grd nach unerhebl, in welchem Umfang der Verpflichtete aus den gezahlten Beiträgen bereits Leistgen erhalten hat. Diese Leistgen sind auf den RückzahlgsBetrag anzurechnen (str).
- 2

VAHRG 9 Rückausgleichsverfahren. (1) Über Maßnahmen nach §§ 4 bis 8 entscheidet der Leistungsträger auf Antrag.

(2) ¹ Antragsberechtigt sind der Verpflichtete und, soweit sie belastet sind, seine Hinterbliebenen. ² In den Fällen des § 5 kann auch der Berechtigte den Antrag stellen.

(3) Ansprüche nach §§ 4 bis 8 gehen auf den Erben über, wenn der Erblasser den erforderlichen Antrag gestellt hatte.

(4) Der Antragsberechtigte und der Leistungsträger können von den betroffenen Stellen die für die Durchführung von Maßnahmen nach §§ 4 bis 8 erforderliche Auskunft verlangen.

(5) In den Fällen des § 5 hat der Verpflichtete dem Leistungsträger die Einstellung der Unterhaltsleistungen, die Wiederheirat des Berechtigten sowie dessen Tod mitzuteilen.

- 1 **1) Inhalt.** Regelg des Verf der Härtekorrektur. Über die Maßnahmen gem VAHRG 4–8 entscheidet der zuständ LeistsTräger iR des jew VersVerh, wähd die Entsch des FamG über den VA unberührt bleibt (BSG FamRZ 93, 1430). Gg dessen Entsch steht der RWeg zu den jew zuständ Gerichten (insb Soz-, Verw- u ArbGericht) offen. – **Leistungssträger** ist iF der VAHRG 4–6 der Schu der an sich zu kürzden Vers, iF des VAHRG 7 der RV-Träger des AusglBerech u iFd VAHRG 8 der VersTräger des AusglVerpflichteten.
- 2 **2) Antragsfordernis, I. a)** Die Härtekorrektur erfolgt **nur auf Antrag**. Der RV-Träger ist jedoch nach SGB I 14, SGB VI 115 VI gehalten, auf die Mögk der AntrStellg hinzuweisen. Hat der AusglVerpflichtete bish noch keine Rente bezogen, reicht der Rentenantr aus, ohne dass es eines zusätzl Antr nach I bedarf (vgl BSG NJW-RR 95, 840).
- 3 **b) Antragsberechtigt** sind der AusglVerpflichtete u, soweit sie wg Minderg ihrer HinterblRente belastet sind, auch seine Hinterbliebenen, **II 1**. Hat die Kürzg des VA in UnterhFällen zu unterbleiben (VAHRG 5), so kann auch der Berecht den Antr stellen, **II 2**. Vgl iÜ VAHRG 7 Rn 5.
- 4 **c) Keine Frist.**
- 6 **3)** Die Anspr aus VAHRG 4–8, die vor dem **Tod** des Berecht entstanden sind, gehen auf den **Erben** über, wenn der Berecht den erfdl Antr gestellt hatte, **III**, ansonsten erlöschen sie.
- 7 **4) Auskunft** zur Dchführg von Maßnahmen nach VAHRG 4–8 können der AntrBerech (Rn 4) u der LeistsTräger (Rn 2) verlangen, **IV. Betroffene Stellen** sind jew der LeistsTräger, der AntrSt, der Leistde, der geschiedene Eheg des AntrStellers u Hinterbliebene des AusglBerech.
- 8 **5) Eine Mitteilungspflicht, V**, besteht für den AusglVerpflichteten iF der Kürzg der Vers mit Rücksicht auf eine ggü dem AusglBerech bestehde UnterhPfl (VAHRG 5), u zwar bereits bei rein tats Einstellg der Unterh-Zahlgen. Mit dem Wegfall der UnterhPfl entfällt der Anspr auf die ungekürzte Vers. Kommt der AusglVerpflichtete dieser MitteilgsPfl nicht od nur verspätet nach, wird der Bescheid mit Rückwirkg aufgehoben u hat der AusglBerech die überzahlten Beträge zu erstatten (zB SGB X 50). Stellt der Verpflichtete trotz

fortbestehender UnterhPfl nun tats seine UnterhLeistgen ein, führt das nicht zum Wiedereinsetzen der Kürzg (JH/Hahne Rn 7 iVm § 5 Rn 10).

VAHRG 10 *Härteausgleich beim Quasi-Splitting nach dem VAHRG* In den Fällen des § 1 Abs. 3 gelten die §§ 4 bis 9 sinngemäß.

§ 10 dient der **Klarstellung**, dass die leistungsrechtl Auswirkungen des analogen Quasi-Splittings unter dem Vorbehalt der Korrektur nach den Härteregeln des VAHRG stehen, u zwar auch hinsichtl der AusglForm des VAHRG 3 b I Nr 1. Zur Lebensversicherg verneinend Karlsr VersR 90, 1338 (zweifelh). Zur Realteilg VAHRG 1 Rn 4.

1

II. a. Abänderung von Entscheidungen über den Versorgungsausgleich

VAHRG 10a *Abänderung rechtskräftiger Versorgungsausgleichsentscheidungen.* (1) Das Familiengericht ändert auf Antrag seine Entscheidung entsprechend ab, wenn

1. ein im Zeitpunkt des Erlasses der Abänderungsentscheidung ermittelter Wertunterschied von dem in der abzuändernden Entscheidung zugrunde gelegten Wertunterschied abweicht, oder
2. ein in der abzuändernden Entscheidung als verfallbar behandeltes Anrecht durch Begründung von Anrechten ausgeglichen werden kann, weil es unverfallbar war oder nachträglich unverfallbar geworden ist, oder
3. ein von der abzuändernden Entscheidung dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich überlassenes Anrecht durch Begründung von Anrechten ausgeglichen werden kann, weil die für das Anrecht maßgebende Regelung eine solche Begründung bereits vorsah oder nunmehr vorsieht.

(2) ¹ Die Abänderung findet nur statt, wenn

1. sie zur Übertragung oder Begründung von Anrechten führt, deren Wert insgesamt vom Wert der durch die abzuändernde Entscheidung insgesamt übertragenen oder begründeten Anrechte wesentlich abweicht, oder
2. durch sie eine für die Versorgung des Berechtigten maßgebende Wartezeit erfüllt wird, und
3. sie sich voraussichtlich zugunsten eines Ehegatten oder seiner Hinterbliebenen auswirkt.

² Eine Abweichung ist wesentlich, wenn sie 10 vom Hundert des Wertes der durch die abzuändernde Entscheidung insgesamt übertragenen oder begründeten Anrechte, mindestens jedoch 0,5 vom Hundert des auf einen Monat entfallenden Teils der am Ende der Ehezeit maßgebenden Bezugsgröße (§ 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch) übersteigt.

(3) Eine Abänderung findet nicht statt, soweit sie unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere des Versorgungserwerbs nach der Ehe, grob unbillig wäre.

(4) Antragsberechtigt sind die Ehegatten, ihre Hinterbliebenen und die betroffenen Versorgungsträger.

(5) Der Antrag kann frühestens in dem Zeitpunkt gestellt werden, in dem einer der Ehegatten das 55. Lebensjahr vollendet hat oder der Verpflichtete oder seine Hinterbliebenen aus einer auf Grund des Versorgungsausgleichs gekürzten Versorgung oder der Berechtigte oder seine Hinterbliebenen auf Grund des Versorgungsausgleichs Versorgungsleistungen erhalten.

(6) Durch die Abänderungsentscheidung entfällt eine für die Versorgung des Berechtigten bereits erfüllte Wartezeit nicht.

(7) ¹ Die Abänderung wirkt auf den Zeitpunkt des der Antragstellung folgenden Monatsersten zurück.

² Die Ehegatten und ihre Hinterbliebenen müssen Leistungen des Versorgungsträgers gegen sich gelten lassen, die dieser auf Grund der früheren Entscheidung bis zum Ablauf des Monats erbringt, der dem Monat folgt, in dem er von dem Eintritt der Rechtskraft der Abänderungsentscheidung Kenntnis erlangt hat. ³ Werden durch die Abänderung einem Ehegatten zum Ausgleich eines Anrechts Anrechte übertragen oder für ihn begründet, so müssen sich der Ehegatte oder seine Hinterbliebenen Leistungen, die der Ehegatte wegen dieses Anrechts gemäß § 3 a erhalten hat, anrechnen lassen.

(8) ¹ Hat der Verpflichtete auf Grund einer Entscheidung des Familiengerichts Zahlungen erbracht, gelten die Absätze 1 bis 7 entsprechend. ² Das Familiengericht bestimmt, daß der Berechtigte oder der Versorgungsträger den zuviel gezahlten Betrag zurückzuzahlen hat, der Versorgungsträger unter Anrechnung der dem Berechtigten oder seinen Hinterbliebenen zuviel gewährten Leistungen. ³ § 1587 d des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt zugunsten des Berechtigten entsprechend.

(9) Die vorstehenden Vorschriften sind auf Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich entsprechend anzuwenden, wenn die Ehegatten die Abänderung nicht ausgeschlossen haben.

(10) ¹ Das Verfahren endet mit dem Tod des antragstellenden Ehegatten, wenn nicht ein Antragsberechtigter binnen drei Monaten gegenüber dem Familiengericht erklärt, das Verfahren fortsetzen zu wollen. ² Nach dem Tod des Antraggegners wird das Verfahren gegen dessen Erben fortgesetzt.

(11) ¹ Die Ehegatten oder ihre Hinterbliebenen sind verpflichtet, einander die Auskünfte zu erteilen, die zur Wahrnehmung ihrer Rechte nach den vorstehenden Vorschriften erforderlich sind. ² Sofern ein Ehegatte oder seine Hinterbliebenen die erforderlichen Auskünfte von dem anderen Ehegatten oder dessen Hinterbliebenen nicht erhalten können, haben sie einen entsprechenden Auskunftsanspruch gegen die betroffenen Versorgungsträger. ³ Die Ehegatten und ihre Hinterbliebenen haben den betroffenen Versorgungsträgern die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

(12) Hat der Verpflichtete Zahlungen zur Abwendung der Kürzung seines Versorgungsanspruchs geleistet, sind die unter Berücksichtigung der Abänderung der Entscheidung zuviel geleisteten Beträge zurückzuzahlen.

- 1) **Zweck.** Verhinderung von Grundrechtsverletzungen, die eintreten können, wenn der auf der Grundlage von Fiktionen u Prognosen über die Höhe künft Leistg den durchgeführten VA das Ziel einer Halbteilg des wirkl Werts des ehel Vers Vermögens (vgl BGH FamRZ 96, 93) verfehlt (BVerfG 87, 348; BSG SozR 2200 § 1304a Nr 16). Der Gesetzgeber hat damit die Möglichk einer **Totalrevision der früheren Entscheidung** (BGH FamRZ 04, 786) auf der Grundlage der wahren Sach- u RLage u unter Berücksichtig auch gegenläufiger Entwicklgen auf Seiten beider Eheg (Karlsru FamRZ 01, 1374) eröffnet. Übersicht: Bergmann FamRB 06, 246. – Das Gericht ist (vorbehaltl der BegünstigKlausel des II 1 Nr 3) nicht gehindert, eine dem AntrSteller nachteil Entsch zu treffen, der dieser aber dch AntrRückn entgegen kann (KG OLGR 98, 373; Kernade FamRZ 97, 1084). Die Abänderbark rkräft Entsch ist allerd auf die in I genannten Umst beschränkt, die sich auf die Ermittlg des Wertunterschieds (Nr 1, 2) od die Wahl der AusglForm (Nr 3) in der Erstentsch auswirken (BGH FamRZ 05, 1467). Sie erfasst von vornherein nicht Fälle, in denen der VA zu UnR ausgeschl (BGH FamRZ 96, 282) od durchge- führt wurde (BGH FamRZ 05, 1467). Soweit Umst keiner erneuten Überprüfg unterliegen, wird die frühere Entsch unter Beibehaltg der früheren HerabsetzgsQuote nur entspr dem veränderten Wertunterschied abgeändert. Zu Härtegründen Rn 5. Ausgleichsform: Bei der AbändergEntsch sind die AusglMechanismen des geltenden Rechts anzuwenden (BGH FamRZ 89, 1058). Neben VAHRG 10a bleibt ZPO 578 f analog anwendb (BGH FamRZ 89, 264). – **Konkurrenzen.** Das AbändVerf (Dörr FPR 07, 130) hat Vorrang ggü dem schuldrechtl VA (BGH FamRZ 03, 1738/40), es sei denn, die Änderg des WertAusgl hat keine Auswirkgen auf die Höhe des schuldrechtl VA (Mü FamRZ 93, 574). Zur Ausstrahlg auf das Erstverfahren vgl BGB 1587 Rn 24 ff – Das **Verfahren** ist ein selbständ Verf (Köln FamRZ 96, 1556 mAv Herbst). Voraussetzung ist ein **Antrag** (Hamm FamRZ 90, 173); dieser hat ledigl verfahrenseinleitenden Charakter, ist also nicht Sach-, sond nur VerfAntr (BGH FamRZ 03, 1738). Der Antr muss nicht das konkrete Ziel der angestrebten Änderg angeben od exakt beziffert werden (BGH aaO); ein RSchutzinteresse ist nicht erfdl (Kernade FamRZ 97, 1084; aA Mü FamRZ 97, 1082). An die SchlüssigkPrüfg ist kein strenger Maßst anzulegen. **Zuständigkeit:** Nicht das Gericht der Ehesache, da ZPO 621 II 2 iVm FGG 45 gelten (BGH FamRZ 88, 1160). Bei der Neuberechnung muss das Gericht ohne Bindg an den Vortrag der Beteiligten **von Amts wegen** den Sachverhalt vollständig aufklären (Celle FamRZ 03, 1291), etwaige Fehler der Erstentsch korrigieren (BGH FamRZ 89, 725; 90, 276) u sämtl zwischenzeitl eingetretenen rechtl od tats Ändergen (auch gegenläufige) auf Seiten beider Eheg berücksichtigen, wenn sie rückwirkd den auf die Ehezeit bezogenen Wert der Vers verändert haben. Eine Beschränkg des AbändergVerf auf ein Anrechte ist unzuläss (BGH FamRZ 91, 676). **Anwaltszwang** nur im Verf der RBeschv vor dem BGH (ZPO 78 III).
- 2) **Anwendungsbereich.** Korrekturmöglichk von Entsch, die einen Ausgl nach BGB 1587b I–IV, nach VAHRG 1 II, III oder 3 b I geregelt hatten, sog Negativentsch u Entsch, in denen ein VA nach VAHRG 3 c aF ausgeschl worden ist (BGH FamRZ 89, 37; 96, 282), od in denen ein betriebl VersAnrecht dem schuldrechtl VA vorbehalten wurde. Der Abänderg unterliegen (nach IX) ferner Vereinbgen über den VA sowie Titel auf Abfindg künft schuldrechtl AusglAnspr nach BGB 1587I. Unerhebl ist, ob die Entsch über den VA im Verbund, als abgetrennte Folgesache od im isolierten Verf erfolgt ist (Hamm FamRZ 92, 826); auch eine AbändergEntsch ist ihrerseits abänderb (BGH FamRZ 04, 786/7). Bei Entsch über den **schuldrechtlichen VA** iF wesentl Ver- änderg Korrekturmöglichk nach BGB 1587g III iVm 1587d II (zum verläng schuldrechtl VA vgl VAHRG 3 a VI); sind sie von vornherein unrichtig, so findet VAHRG 10a entspr Anwendg (vgl BGB 1587g Rn 23).
- 3) **Grundvoraussetzungen der Abänderung, I Nr 1–3.** Das Gesetz führt in I Nr 1–3 abschließd (BGH FamRZ 96, 1540; NJW 07, 73) verschiedene **Abänderungsgründe** auf. Das AbändVerf kann desh nicht allein darauf gestützt werden, der VA sei entgg der Erstentsch nach 1587b IV in and Weise zu regeln (BGH NJW 07, 73). Dies kann, wie auch sonstige nicht unter Nr. 1–3 fallende AbändGründe, nur im Zug eines nach Nr 1–3 andweit eröffneten AbändVerf berücksichtigt werden. Auch Härtegründe iSv §§ 1587c, 1587h eröffnen nicht das AbändVerf (BGH NJW 07, 433). Liegen aber die Voraussetzngen des I und II vor, so bindet die frühere Entsch bei abgeschlossnem UnbilligkTatbestand nur hinsichtl der bereits übertragenen Anrechte, gleichviel ob überh BilligkErwäggen angestellt wurden, der VA nach BGB 1587c, 1587h ausgeschlossen od deren Anwendg abgelehnt wurde; hat sich der die Unbilligk begründende Umst weiter entwickelt, entfällt jegliche Bindg (BGH FamRZ 93, 175; NJW 07, 433; Zweibr FamRZ 07, 1750). Zu Härtegründen speziell aGrd der Abänderg vgl Rn 19. – Die Vorschr gestattet nur eine den AbändergGründen „entspr“ Änderg der früheren Entsch. Nr 1 u 2 betreffen Umst, die zu einem and Wertunterschied führen u die früher getroffene VA-Entsch von vornherein od nachträgl als materiell unricht erscheinen lassen. Nr 3 bezieht sich nur darauf, dass statt des früher schuldrechtl jetzt der öffrechtl VA mögl ist, weil zwischenzeitl die hierfür erfdl Voraussetzngen geschaffen worden sind od diese nun erst erkannt werden. Im AbändVerf tritt an Stelle des Ehezeitendes als fiktivem VersFall ein der AbändEntsch möglichst naher „AbändVersichergsFall“ (Celle FamRZ 89, 985).
- a) **Abweichen von dem früher ermittelten Wertunterschied, Nr 1.** „Wertunterschied“ (Begriff wie in BGB 1587a I 2) ist der Betrag, um den die in der Ehezeit erworbenen dynam sowie dynamisierten Anrechte die ggüberzustellenden Anrechte des and Eheg übersteigen. Hierzu zählen auch an sich schuldrechtl auszugleichende Anrechte des Berecht mit Ausn depressiver Leistg. Im AbändergVerf sind alle dem öffrechtl VA unterliegenden Anrechte mit ihrem aktuellen, auf das Ehezeitende bezogenen Wert zu erfassen (BGH NJW 93, 1650). Zur Feststellg einer Abweichg ist die frühere Entsch über den öffrechtl VA mit einer aGrd neuer Ausk erfolgden Berechnung zu vergleichen, die unter Zugrundelegg der BemessgsGrdlage bei Ehezeitende (BGH NJW 87, 2817; 96, 98), aber auf der Grdlage der tats Sach- u RLage u unter Berücksichtig zwischenzeitl Ändergen erfolgt (BGH FamRZ 89, 725; 90, 276); eine nunmehr laufende, nur im LeistgsStadium dynamische Versorgg ist desh ungekürzt in die Berechnung einzubeziehen (BGH FamRZ 05, 601 mAv Bergner). Worauf der abweichende Wertunterschied beruht u wann die AbändGründe eingetreten sind, ist unerhebl (BGH NJW 93, 1650); ebso der Ztpkt des Eintritts der Veränderg (BGH NJW 89, 29). Mögl ist zB die Korrektur von **Rechen- und Rechtsanwendungsfehlern** (BGH FamRZ 89, 725), einer fehlerhaften Feststellg der Ehezeit (BGH FamRZ 04, 786), Fehlbewertngen aGrd **unrichtiger Auskünfte der Versorgungsträger** (BGH FamRZ 89, 264) u von **unzutreffenden Saldierungsergebnissen** (BGH NJW 93, 1650). Bei von vornherein obj unrichtigen Entsch über den VA setzt die Abänderg nicht voraus, dass der AntrSteller im Erstverf von seinen RMittelMöglichk Gebrauch gemacht hat (BGH FamRZ 04, 786). Das Gericht kann seiner Entsch eine **geänderte Rechtsauffassung** zGrde legen (Koblenz FamRZ 87, 950).

- aa) Abänderungsgründe** sind alle tats u rechtl Umst, die rückwirkd betrachtet (Rn 6) einen and Ehezeitanteil eines Anrechts ergeben (BGH NJW 87, 2817; FamRZ 96, 98). **Rechtsänderungen** sind im AbändergsVerf zu berücksichtigen, soweit sie auf die Bewertg des Anrechts Einfluss nehmen; denn dem VA ist das im Ztpkt der Entsch geltde Recht zugrde zu legen, soweit es nach seinem zeitl GeltgsWillen den fragl Sachverhalt erfasst, auch wenn das Recht erst nach dem Ehezeitende in Kraft getreten ist (BGH FamRZ 03, 435/6). Hiervon kann im Allg ausgegangen werden, wenn dem VA eine Anw zugrde lag. War eine bereits realisierte Vers in den VA einzubeziehen, so kommt es darauf an, ob sich die Neuregelg auf den VersAnspr auswirkt od künftl auswirken wird (BGH NJW 96, 1344). Einer Normänderg steht die Änderg der der Norminterpretation zugrde liegend **höchstrichterlichen Rechtsprechung** gleich (Celle FamRZ 89, 985). Ändergen in den untergesetzl **Grundlagen eines betrieblichen Versorgungsanrechts** sind wie Gesetzesändergen zu berücksichtigen (BGH FamRZ 94, 92). Nr 1 erfasst nicht nur Ändergen des materiellen VersR, sond auch Ändgen der familienrechtl BewertgsVorschr bestimmter Anrechte, wie zB die am 1. 6. 2006 wirks gewordene Novellierg der **Barwert-Verordnung** (s dazu Anhang zu BGB 1587a Rn 1 f). – Hinsichtl **individueller Änderungen** gilt der Grds, dass die Gründe für die Wertveränderg unerhebl sind, soweit die Änderg einen Bezug zum ehel VersErwerb hat. Ob der völl od teilw Wegfall eines Anrechts auf Verschulden beruht, ist nicht entscheidd, sofern der Berecht nicht in bewusster SchädiggsAbsicht Manipulationen vorgenommen hat (BGH FamRZ 89, 42). Zu den zu berücksichtigten Ändergen zählen zB in der **Beamtenversorgung**: NachVers (SGB VI 8, 181 ff) infolge des Ausscheidens aus dem Dienstverhältn (BGH NJW 89, 29 u 529), Eintritt vorzeit Dienstunfähig od Zuruhesetzg vor der Regelaltersgrenze (BGH FamRZ 90, 1341; 96, 215), wobei die Erhöhg des Ehezeitanteils nach III berücksichtigt werden kann (BGH FamRZ 89, 492); Verlängerg der Amtszeit eines Zeitbeamten (BGH NJW 92, 177); Beurlaub od Teilzeittätigk (BGH FamRZ 88, 940); Nichterfüllg der Mindestdienstzeit gem BeamtVG 5 III; in der **gesetzlichen Rentenversicherung**: Änderg des Gesamtleistgswerts (SGB VI 71 ff); Erfüllg der Voraussetzgen für Mindestentgeltpkte bei geringem Arbeitsentgelt od für Kinderberücksichtiggs- und -pflegezeiten nach SGB VI 70 III a, Anrechng von KindererziehgsZeiten für eine zunächst von der Berücksichtigg dieser Zten ausgeschl Pers, Neufeststellg der persönl Entgeltpunkte gem SGB X 44 ff; in **sonstigen Sicherungssystemen**: Vorzeit Ausscheiden aus dem Betrieb, Eintritt von verminderter Erwerbsfähigk od vorzeit Inanspruchn einer Altersvers bei zeitatierl zu bewertenden Anrechten (BGH FamRZ 90, 605); Beitragsfreistellg in einer berufsständ VersEinrichtg (BGH NJW-RR 89, 1477); Inanspruchn einer Abfindg od Ausübng des Kapitalwahlr bei einem Anrecht mit Rentenvers mit der Folge des Wegfalls einer unter BGB 1587 fallenden Vers; Änderg der Dynamik od von der früheren Prognose abw Dynamikentwickl (BGH FamRZ 95, 88); Verwirklichg der zunächst als verfallb angesehenen AnwDynamik eines endbezügeabhäng betriebl VersAnrechts (BGB 1587 a Rn 43, 77 ff).
- bb)** Bei der Abänderg **nicht berücksichtigungsfähig** sind: Umst, die keinen Bezug zum ehezeitl Vers-Erwerb haben (JH/Hahne Rn 16), wie zB eine Beförderg od berufl Aufstieg nach Ehezeitende (BGH NJW 87, 2817); die unterschiedl Dynamikentwickl bei der gesetzl RV einerseits u der Beamtenvers andseits (BGH FamRZ 94, 92; and aber wohl BGH FamRZ 04, 256/9); der Eintritt in ein Probebeamten- od Berufssoldatenverhältn bei einem früheren Widerrufsbeamten od Zeitsoldaten (BGH FamRZ 87, 921; 03, 29; aA Klattenhoff/Wahle DAngVers 89, 453); die Erfüllg der für die Versetzg eines kommunalen Wahlbeamten in der Ruhestand erforderlichen Wartezeit dch Wiederwahl (BGH FamRZ 07, 30 mit ablehnder Anm Bergner); die Beitrags-erstattg nach SGB VI 210 im Ggsatz zur Erstattg rwidr entrichteter Beiträge nach SGB IV 26 II (BGH FamRZ 05, 2055); die Kürzg des Ruhegehalts dch eine Disziplinarmaßnahme (Mü FamRZ 99, 1430); eine vorübergehende VersErhöhg nach BeamtVG 14 a, 50 e.
- b) Änderung in der Verfallbarkeit eines Anrechts, Nr 2.** AbändergsGrd, wenn ein Anrecht im Ztpkt der früheren Entsch entweder tats noch verfallb war od fälschl dem Grd u/od der Höhe nach als verfallb angesehen u desh dem schuldrechtl VA überlassen wurde (BGB 1587 a II Nr 3 S 3). Tritt nunmehr nachträgl die Unverfallbark auf Seiten des Verpflichteten od Berecht (Karlsru NJW-RR 00, 295) ein (zB Unverfallbark des Anrechts bei der Zusatzvers des öff Dienstes nach dem neuen Punktemodell, vgl BGB 1587 a Rn 53) od ergibt sich, dass die Vers von vornherein als unverfallb hätte angesehen werden müssen, soll nunmehr öffrechtl ausgeglichen werden (VAHRG 1, 3 b). Abänderg auch nach Entsch über den schuldrechtl VA mögl (BGH FamRZ 98, 421).
- c) Abänderbarkeit wegen nachträglicher Änderung der Ausgleichsform, Nr 3,** dh wenn die frühere Entsch ein Anrecht des Verpflichteten dem schuldrechtl VA überlassen hat (VAHRG 2; BGB 1587 b IV iVm 1587 f Nr 5), das im Weg der Realteilg od des Quasi-Splittings ausgeglichen werden kann, weil die maßg Regelg eine solche Begründg bereits vorsah od diese Möglk erst nachträgl infolg Einf der Realteilg od aGrd eines Statuswechsels des Trägers der auszugleichenden Vers geschaffen worden ist (BGH FamRZ 93, 173); die Einf des VAHRG 3 b fällt nicht hierunter (BGH NJW 97, 863). Mit dieser Vorschr soll auch dem Interesse der beteiligten VersTräger Rechng getragen u ihnen ermöglicht werden, im AbändergsVerf die Realteilg zu beantragen. Mit der Einf der Realteilg vermeidet der VersTräger die Inanspruchn auf verlängerte schuldrechtl AusglRente nach § 3 a (BGH FamRZ 03, 1738). Die Realteilg kann aGrd der SatzgsAutonomie ab jedem believ Ztpkt vorgesehen werden, so dass eine AbändergsEntsch selbst dann ergehen muss, wenn zuvor ein Rentensplitting sowie ein begrenztes Supersplitting iSv VAHRG 3 b I 1 Nr 1 u danach ein ergänznder schuldrechtl Ausgl stattgefunden haben (BGH FamRZ 98, 421; ggf Aufhebg des Titels über die schuldrechtl AusglRente analog FGG 53 f od Anrechng erbrachter Leistgen nach VII 3). IdR ist davon auszugehen, dass die nachträgl Dchführg der Realteilg nicht dadch ausgeschl werden soll, dass die Ehe bereits vor Erlass der Ändg geschieden wurde (vgl BGH FamRZ 93, 174). Der Antr kann (vorbehaltl der Regelg des V) sofort nach Eintritt der Voraussetzgen gestellt werden.
- 4) Zusätzliche Voraussetzungen der Abänderung, II.**
- a) Zweck.** Objektivierg der AbändergsVoraussetzgen. Die Abänderg gem Nr 1 soll nur innerh bestimmter ErheblichkGrenzen zuläss sein. Auch wenn deren Erfordern nicht eingehalten sind, kann die Abänderg gem Nr 2 vom Berecht dchgesetzt wereden, wenn dadch eine für ihn maßg Wartezeit erfüllt wird. Nach Nr 3 setzt jede Abänderg voraus, dass sie sich zG eines der beiden geschiedenen Eheg od eines Hinterbliebenen auswirkt.

- 14 **b) Erheblichkeitsprüfung, II S 1 Nr 1.** Die Abänderg findet in Anknüpf an das Erfordern der
Wesentlichkeit iSv ZPO 323 I nur statt, wenn sie zur Übertrag od Begründg von Anrechten führt, deren Wert
insges vom Wert der dch die abzuändernde Entsch übertragenen oder begründeten Anrechte wesentl abweicht.
Zweck: Dchsetzg materieller Gerechtigk; Vermeidg unnöt Streitigk; Entlastg der FamG von BagatellVerf. Der
Wert der Anrechte, die dch die frühere Entsch insges übertragen oder begründet worden sind (keine Beachtg
schuldrechtl auszugleichender Anrechte; Mü FamRZ 98, 679), ist mit dem Wert der Anrechte zu vergleichen, die
15 nach der Neuberechnung dem Berechtigten insges zu übertragen oder für ihn zu begründen wären. – Die Differenz
beider Werte muss **objektiv wesentlich** sein. Das ist nach S 2 der Fall, wenn die Differenz **10%** des Werts der
dch die frühere Entsch übertragenen oder begründeten Anrechte übersteigt (BVerfG u BGH NJW 93, 1057
u 1650), womit eine schemat, aber dennoch individualisierte Prüfg sichergestellt ist. Da „oder“ iSv „und“ zu
verstehen ist, kommt es auf die Differenz an zw dem Gesamtbetrag der Anrechte, die dch eine Änderg zu
übertragen u zu begründen wären, u dem Gesamtbetrag, der dch die Erstsentsch übertragenen u begründeten
16 Anrechte (BGH NJW 91, 1827). In jedem Fall muss die Differenz mehr als 0,5% der am Ende der Ehezeit
maßg monat Bezugsgröße betragen (Besonderh: VAÜG 4 II Nr 2, VAWMG Art 4 § 4). – Für die **Zulässigkeit**
der Abänderg ist ausreichend, wenn die WesentlGrenze erst dch den Ausgl nach VAHRG 3 b I Nr 1 überschritten
wird (Köln FamRZ 98, 169 LS). Das Scheitern des öffrechtl Wertausgl an der WesentlGrenze hindert nicht eine
Verrechnung im schuldrechtl VA (Celle FamRZ 93, 1328).
- 17 **c) Wartezeitvorteile, S 1 Nr 2.** Wird die ErheblichkGrenze der Nr 1 nicht überschritten, so kann gleichwohl
eine Abänderg erfolgen, wenn dadch eine bislang noch nicht erfüllte Wartezeit (vgl SGB VI 50–52, 243 b)
konkret erfüllt wird.
- 18 **d) Begünstigungserfordernis, S 1 Nr 3.** In jedem Fall ist eine Abändg nur zuläss, wenn sie sich voraussichtl
zugunsten eines Ehegatten oder seiner Hinterbliebenen auswirkt. Die Regelg soll verhindern, dass von
einem VersTräger ein Antr gestellt wird, der sich ausschl zu seinen Gunsten auswirkt, währd eine reflexartige
Begünstigg auch des VersTrägers der Abändg nicht entgegensteht (Köln FamRZ 90, 294). Es ist nicht erfl, dass sich der Vorteil sofort realisiert (Schlesw SchlHA 97, 17). Als Vorteil ist auch die Ersetzg des schuldrechtl
VA dch den öffrechtl VA anzusehen.
- 19 **5) Billigkeitskontrolle, III.** Korrekturfunktion: Eine Abändg findet nur dann nicht statt, wenn sie unter
Berücksichtig der beiderseit wirtschafll Verhältnisse, insbes des nahehel VersErwerbs, **grob unbillig** wäre;
die Berücksichtigg and Umst gestattet III nicht (BGH NJW 89, 29). Desh ist für Erwäggen etwa zum
Verschulden eines Beamten an seiner Entferrng od seinem Ausscheiden aus dem Dienst kein Raum (BGH
FamRZ 88, 1148). Jedoch bleiben VersVerkürzgen in SchädiggsAbsicht, denen nach Treu u Glauben auch im
Erstverf kein Einfluss auf den VA eingeräumt werden könnte, unberücksichtigt (BGH FamRZ 88, 1148; NJW
89, 34). Die Ausübng des KapitalwahlR (Rn 8) ist allerd aus denselben Gründen wie bei der Erstsentsch zu
beachten (vgl BGB 1587c Rn 4; aA Rehme FPR 05, 356/61). Die Vorschr greift zG des AusglBerechtigten wie des
20 AusglVerpflichteten ein.
– **BGB 1587c** bleibt anwendb, indem er eine Herabsetzg des aGrd der Neuberechnung gem II ermittelten VA
erlaubt (vgl BGH FamRZ 93, 175). Zur Prüfg von Härtegründen bei abgeschlossenen Tatbeständen vgl Rn 5.
21 – **Weitere Einzelfälle:** Die Abänderg zG des wirtschafll gut gestellten Eheg, der des streitigen Teils des
Anrechts nicht bedarf, ist insbes dann ausgeschl, wenn der AntrGegner hierauf zur Sicherng seines Lebensunterh
dringd angewiesen ist od die Abänderg zu einem erhebl Ungleichgewicht zw den beiderseit Vers führen würde
(Köln FamRZ 99, 1207), zB auch dann, wenn die Erhöhg des Ehezeitanteils eines Anrechts iSv BGB 1587a II
Nr 1 darauf beruht, dass der Eheg vorzeit dienstunfähig geworden ist u seine Anrechte dringd benötigt, währd der
and auf die Erhöhg nicht angewiesen ist (Bamg FamRZ 89, 756; Celle FamRZ 03, 1291). Grob unbillig kann
die Abänderg sein, wenn sich die VersAnrechte des AusglBerechtigten infolge der Anrechnung von
KindererziehgsZeiten erhöht haben, dieser nach der Scheidg weiterhin wg der Kindererzieh nicht (angem)
berufstät war u auch
keinen VorsorgeUnterh erhalten hat, währd der Verpflichtete erwerbstät war u weitere Anrechte erworben hat.
Dagg können wg späterer Beitragsersatz nicht mehr existierende Rentenanwartsch (Rn 9) nicht nach Abs 3 als
fortbestehend fingiert werden; die Vorschr ermöglicht aber, den ursprüngl VA zumindest teilw zu Lasten der
Rentenanwartsch aufrechtzuerhalten, die dem von der Beitragsersatz begünstigten Eheg noch verbleiben
(BGH FamRZ 05, 2055; vgl BGH FamRZ 07, 1719).
- 22 **6) Antragsberechtigte, IV,** sind die Eheg, deren Hinterbliebene u die betroffenen VersTräger.
Hinterbliebene sind die Angeh eines Eheg, auf deren Vers sich die Abänderg der VA-Entsch vorteilh od
nachteil auswirken können, dh der überlebde Eheg (nicht aber ein früherer Eheg, so BGH FamRZ 93, 173) u
Kinder des Vers-
Berechtigten. Den Hinterbliebenen wird dadch ermöglicht, eine Abänderg zu ihren Gunsten unabhäng davon
herbeizuführen, ob der frühere Eheg die Voraussetzgen des V erfüllt hatte, u auch dann, wenn sie im Anschluss
an den Tod des AntrStellers die Ausschlussfrist des X für die Fortsetzg des AbändergsVerf versäumt haben (BGH
NJW 98, 3571). Den betroffenen **Versorgungsträgern** steht ein AntrR insbes auch desh zu, um Manipulationen
der Eheg zu Lasten des VersTräger zu verhindern; die nach Abs 2 S 1 Nr 3 erfl Voraussetzung ist auch dann
erfüllt, wenn die Entsch neben dem Eheg zusätzl auch den VersTräger begünstigt (BGH FamRZ 05, 2055). Ein
privater VersTräger hat auch dann ein AntrR, wenn er dch die Herbeiführg eines öffrechtl VA einen verlängerten
schuldrechtl VA nach VAHRG 3 a abwenden kann (BGH FamRZ 89, 602; aA RGRK/Wick Rn 13).
- 23 **7) Antragszeitpunkt, V.**
- 24 **a) Zweck.** Das zeitl Hinausschieben dient der VerfKonzentration u der Vermeidg von mehreren möglicherw
sogar gegenläuf AbändergsEntsch („Ping-Pong-Effekt“; BGH NJW 89, 29). Unerhebl ist, welcher der Eheg
das
25 55. Lebensjahr vollendet hat u welche Parteirolle er im AbändergsVerf einnimmt. – Ein AbändergsAntr ist
auch zuläss, wenn zwar Leistgen aus der Vers des AusglBerechtigten, der das 55. Lebensjahr noch nicht erreicht hat,
wg nicht erfüllter Wartezeit nicht gewährt werden, aGrd der AbändergsEntsch u der Hinzurechnung weiterer
Wartezeitmonaten iSv SGB VI 52 I aber erbracht werden können (Hamm FamRZ 92, 826).
- 26 **8) Wirkungslosigkeit der Abänderungsentscheidung für erworbene Wartezeiten, VI.** Die dch eine VA-
Entsch einmal begründete Wartezeit entfällt dch eine AbändEntsch nicht wieder. Die Schutzvorschr zG des
Berechtigten gilt sowohl für die RV als auch für die Realteilg u auch dann, wenn die vorausgehde Entsch ihrerseits
bereits eine AbändergsEntsch war. Die Vorschr schützt die Wartezeiterfüllg selbst, nicht eine bestimmte Anzahl

wartezeitwirks Monate, sodass für die Prüfg einer längeren, bish nicht erfüllten Wartezeit von der tats Zahl an Wartezeitmonaten auszugehen ist.

- 27 **9) Rückwirkung der Abänderungsentscheidung, VII.**
- a) Als **Ausnahme** von dem Grds, dass VA-Entsch erst nach Eintritt der RKraft Wirkgen für die Zukunft entfalten (BSG FamRZ 91, 934), tritt die GestaltgWirkg der Abänderg (abgesehen von den Fällen der Beitragsanordng gem VAHRG 3 b I Nr 2) bereits im Ztpkt des **der Antragstellung folgenden Monatsersten** ein, **S 1**, nicht jedoch vor dem Eintritt des AbändergsGrdes. AntrStellg ist der Ztpkt des Eingangs des AbändAntr beim FamG (BGH FamRZ 98, 1504), bei mehreren Anträgen des ersten, auch wenn er zurückgenommen od abgewiesen wurde (Celle FamRZ 08, 900). **Zweck:** Der Gefahr von VerfVerzögergen soll entgegengewirkt werden. So kann der Verpflichtete, der bereits eine gekürzte Vers erhält, währd der Berecht noch keine Vers bezieht, die zu Unrecht erfolgten KürzgsBeträge rückwirkd vom VersTräger verlangen. Ahnl gilt (vorbehaltl S 2) im umgekehrten Fall für den AusglBerecht, der bish zu wenig Vers bezogen hat. Führt die Abänderg zu einer weiteren Minderg der Vers des AusglVerpflichteten, kommen diesem das **Pensionärs- und Rentnerprivileg** (vgl BGB 1587b Rn 18, 27) entspr zugute (BGH NJW 95, 657), unabhängig davon, ob die im Ztpkt des Eintritts der Wirksamk der AbändEntsch zustehde Vers bereits gemindert worden ist oder aGrd des Pensionärs- u Rentnerprivilegs ungemindert gezahlt wurde (Celle FamRZ 03, 1291/5; 08, 900/3). Führt die Abänderg zu einer Minderg oder zum Wegfall des AusglAnspr des Berecht, so gilt das Pensionärs- u Rentnerprivileg entspr.
- b) **Schutz des Versorgungsträgers vor Doppelleistungen. – aa) Befreiungswirkung von Leistungen auf Grund der früheren Entscheidung** in Fällen, in denen für beide Part die Wirkgen des VA bereits eingetreten sind. Die Eheg u ihre Hinterbliebenen müssen Leistgen des VersTräger des AusglVerpflichteten gg sich gelten lassen, die dieser aGrd der früheren Entsch bis zum Ablauf des Monats erbringt, der dem Monat folgt, in dem er von dem Eintritt der RKraft der AbändergsEntsch Kenntn erlangt hat, **S 2**. Die Regelg gilt für das Splitting, das Quasi-Splitting (KG FamRZ 96, 1422) u die Realteilg. Kommt es infolge der Abändg zu einer Minderg des AusglAnspr, so ist die Kenntn des VersTrägerägers des AusglBerecht maßg. Wg S 2 darf der VersTräger aGrd der früheren Entsch mit befreiender Wirkg an den bish Rlnhaber leisten u beim and entspr Kürzgen vornehmen. Der an die Kenntn od das Kennenmüssen geknüpften (vgl BGB 1587p Rn 1) vollen Monatsfrist bedarf es zur techn Umstellg der AuszahlgsAnordnungen. Demjen Eheg, der zG des and zuviel an Vers eingebüßt hat, steht ein BereicherGsAnspr zu.
- **bb) Schuldnerschutz bei Leistungen aus dem verlängerten schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, S 3.** IFv VAHRG 3 a sollen die (nicht ident) VersTräger vor Doppelleistgen geschützt u ungerechtfert Begünstigten des Berecht vermieden werden, wenn ein Anrecht nachträgl unverfallb od real teilb geworden ist u desh rückwirkd dch Splitting, Quasi-Splitting od Realteilg ausgeglichen werden kann.
- 10) Abänderung der rechtskräftigen Versorgungsausgleichsentscheidung nach Beitragszahlungen, VIII.**
- a) **Abänderbarkeit der Anordnung der Entrichtung von Beiträgen, S 1.** Die I–VII gelten auch in Fällen, in denen der öffrechtl VA dch Beitragszahlg gem BGB 1587b III, IV oder VAHRG 3 b I Nr 2 erfolgt ist, u auch dann, wenn an Stelle des Verpflichteten der AusglBerecht oder ein Dritter die Beitr gezahlt hat; ebenso, wenn RV-Beiträge in Anwendg von BGB 1587b IV (nach)gezahlt worden sind (str), u in Fällen der Abfindg gem BGB 1587I. Für ZahlgsVereinbg der Parteien nach BGB 1408 II, 1587o gilt VIII über IX.
- b) **Die Änderungsentscheidung. – aa) Hat der Berechtigte zu wenig erhalten**, wird ihm der fehlde Wert in einer der AusglFormen des VAHRG 1, 3b od nach BGB 1587b IV verschafft. Wurden umgekehrt **dem Verpflichteten zuviel Zahlungen auferlegt**, so sind die (nicht dynamisierten) Beiträge zurückzuzahlen, **S 2**, u zwar in Analogie zu VAHRG 7 an den „Leistden“, wobei der VersTräger dem Berecht bis zum Ablauf der Schutzfrist des VII 2 zuviel gewährte Leistgen auf den RückzahlgsBetrag anrechnen darf. – RückzahlgsPflchtig ist grdsätzl der zuständ RV-Träger. Eine Rückzahlg dch den Berecht kommt nur ausnahmsw in Bezug auf Anrechte in Betr, die vom Verpflichteten bei einem privaten VersTräger begründet worden sind (Karlsru VersR 90, 1138). – Wird der Berecht dch die Rückzahlg in seiner Lebensführg unangem beeinträchtigt, kann das FamG entspr BGB 1587d das **Ruhen** der RückzahlgsVerpfl od **Ratenzahlungen** anordnen, **S 3**.
- 11) Abänderung von Versorgungsausgleichsvereinbarungen, IX.** Bei einer Vereinbg über den VA soll insow entspr den Regelgen gem I ff eine Abänderg mögl sein, u zwar auch dann, wenn die Eheg den VA wirks ausgeschl haben, es sei denn, dass die Abänderg ausdrückl ausgeschl worden ist. Nicht zwingd erfdl ist, dass gem II 1 Nr 1 an Stelle des vereinb Ausgl nunmehr ein öffrechtl VA vorzunehmen ist (JH/Hahne Rn 52). Neben IX kommt wg der in I genannten Gründe eine Anpassg nach den Grdsätzen üb den Wegfall der GeschGrdlage nicht in Betr; außerh dieses AnwendgsBereichs bleibt BGB 313 anwendb.
- 12) Der Tod eines Eheg, X,** schließt die Möglichk einer Abänderg der VA-Entsch nicht aus, soweit sich dies zG des antragstellenden Eheg od Hinterbliebenen auswirken kann (Brschw FamRZ 01, 1153); der Anspr ist dann gg die Erben geltnd zu machen (BGH FamRZ 89, 1283).
- a) Beim Tod **des Antragstellers** endet das Verf (vgl BGB 1587e II), sofern nicht ein and AntrBerecht (die Hinterbliebenen, ausnahmsw der AntrGegner oder ein VersTräger, VAHRG 10a IV) binnen einer Ausschlussfrist (BGH NJW 98, 3571) von 3 Monaten (Wiedereinsetzg ausgeschl) nach dem Tod des AntrStellers ggü dem FamG erklärt, das Verf mit dem Ziel einer Abänderg der VA-Entsch fortsetzen zu wollen, **S 1**.
- b) Beim Tod **des Antragsgegners** wird das Verf gg dessen Erben fortgesetzt, **S 2**. Betreibt der VersTräger das Verf, sind prakt beide Eheg AntrGegner (BGH FamRZ 90, 1339). War der AntrGegner anwaltl vertreten, tritt keine VerfUnterbrechg ein. Das Verf kann jedoch analog ZPO 239, 246 ausgesetzt u wieder aufgenommen werden.
- 13) Auskunftspflichten, XI.** Zur Prüfg der Erfolgsaussicht eines AbändergsAntr räumt das Gesetz den Antr-Berecht über BGB 1580, 1587e I (die nicht für Hinterbliebene u auch nicht für die VersTräger gelten) Ausk-Anspr ein. Zuläss Stufenklage zur Vorbereitg des AbändergsVerf (Hoppenz u Dörr FamRZ 87, 425 f u 1093).
- a) Wechselseit auskunftspfl u -berecht sind die **Ehegatten und ihre Hinterbliebenen, S 1**, sowie subsidiär, näml dann, wenn die zur Wahrnehmg ihrer Rechte erfdl Ausk von dem and Eheg od dessen Hinterbliebenen

nicht zu erlangen sind, der entspr **Versorgungsträger, S 2**. Umgekehrt sind auch die Eheg u ihre Hinterbliebenen den betroffenen VersTrägern auskpfll, S 3.

- 44 **b) Umfang.** Zu erteilen sind die zur Wahrnehmng der Rechte in AbändergsVerf erfdl Ausk, dh Ausk über die VersAnrechte, ggf auch über Umst, die nach III von Bedeutg sind.
- 45 **14) Erstattung von Zahlungen zur Wiederauffüllung geminderter Versorgungsanrechte, XII.** Die Regelg stellt sicher, dass sich eine zG des ausglpfl Eheg erfolgte Abänderg auch auf Zahlgen auswirkt, die dieser Eheg zur Abwendg der VA-bedingten Kürzg seiner Vers erbracht hat. Die unter Berücksichtigg der Abänderg zuviel geleisteten Beträge sind von dem jew VersTräger zurückzubezahlen. Entspr Anwendg von VIII 2.

II. b. Maßnahmen zur Verringerung des Verwaltungsaufwands

VAHRG 10b *Sofortige Beitragszahlungspflicht des Versorgungsträgers bei Quasi-Splitting.*

VAHRG 10c *Vereinfachtes Ausgleichsverfahren bei Widerrufsbeamten und Zeitsoldaten. (§§ 10b, 10c VAHRG sind durch Art 62 Nr 3 RRG 1992 mit Wirkung zum 1. 1. 92 gestrichen und inhaltsgleich in die §§ 183, 185 und 225 SGB VI übernommen worden.)*

VAHRG 10d *Verbot von Beitragserrstattungen bis zum Abschluß des Versorgungsausgleichsverfahrens. Bis zum wirksamen Abschluß eines Verfahrens über den Versorgungsausgleich ist der Versorgungsträger verpflichtet, Zahlungen an den Versorgungsberechtigten zu unterlassen, die auf die Höhe eines in den Versorgungsausgleich einzubeziehenden Anrechts Einfluß haben können.*

- 1 **1) Zweck.** Da VersAbfindgen u vergleichb Leistgen nicht dem VA unterliegen (BGH FamRZ 92, 45) u im Zpkt der Entsch nicht mehr existente Anrechte nicht ausgeglichen werden können (BGH FamRZ 04, 693), besteht außerhalb des AnwendgsBereichs von BGB 1587c Nr 2, 1587h Nr 2 die Gefahr, dass ein Eheg dch die Inanspruchn einer AustrittsLeistg die AusglBilanz manipuliert. Die Vorschr erfasst Fälle einer VersAbfindg, -Kapitalisierg, Beitragserrstattg od sonst Austrittsleistg, die zum Erlöschen eines Anrechts führt. Zur analogen Anwendg auf die Beitragserrstattg nach SGB VI 210 an den in das Ausland zurückgekehrten scheidgswilligen Eheg vgl Gottwald FS Schwab S 675.
- 2 **2) Betroffene Leistgen** sind sämtl Anspr u Aussicht beider Eheg, deren Erfüllg auf die Bewertg wähd der Ehe erworbener Anrechte Einfluss nimmt, unabhängig von der Qualität der Anrechte, der Organisationsform des VersTrägers u der Form des Ausgl; insbes Anspr aus der gesetzl RV nach SGB VI 210, nicht privaten RV mit Kapitaloption (BGH FamRZ 03, 664).
- 3 **3) Zeitpunkt.** Sobald der VersTräger von der Anhängigk eines VA-Verf iSv ZPO 621 I Nr 6 (einschl AbändVerf nach VAHRG 10a) Kenntn erhält, darf er keine Austrittsleistgen gewähren, solange die Entsch über den VA nicht gem ZPO 629d, FGG 53 g I wirks geworden ist (keine Anwendg außerh eines VA-Verf). Das ZahlgsVerbot beginnt idR mit dem Eingang des AuskErsuchens des FamG; hierbei steht das Kennenmüssen der positiven Kenntn gleich.
- 4 **4) Rechtsfolgen:** Echte UnterlassngsVerpfl (BGH FamRZ 95, 31). Leistete der VersTräger in nicht vorwerfb Unkenntn des rhäng VA-Verf, so kommt ihm SchuSchutz nach BGB 407 zugute. IU kommen SchadErsAnspr gem BGB 839 iVm GG Art 34 in Betr, soweit der VersTräger entgg VAHRG 10d erstattet od abgefunden hat (BGH FamRZ 92, 45).

III. Auskunftspflicht im Versorgungsausgleich

VAHRG 11 *Geltung der verfahrensrechtlichen Vorschriften; Auskunftspflicht.* 1) Entscheidet nach diesem Gesetz das Familiengericht, so gelten die verfahrensrechtlichen Vorschriften über den Versorgungsausgleich entsprechend, soweit sie nicht unmittelbar anzuwenden sind.

(2) ¹ Das Gericht kann über Grund und Höhe der Versorgungsanwartschaften und Versorgung von den hierfür zuständigen Behörden, Rentenversicherungsträgern, Arbeitgebern, Versicherungsunternehmen und sonstigen Stellen sowie von den Ehegatten und ihren Hinterbliebenen Auskünfte einholen. ² Die in Satz 1 bezeichneten Stellen, die Ehegatten und ihre Hinterbliebenen sind verpflichtet, den gerichtlichen Ersuchen Folge zu leisten.

- 1 **1) Inhalt.** I enthält eine pauschale Verweisungsvorschr für die Geltg der verfahrensrechtl Vorschr im VA-Verf vor dem FamG. Für alle famgerichtl Verf nach dem VAHRG gilt einheitl das allg Verf- u KostenR des VA. Für die Härtekorrekturen nach VAHRG 4–8 gilt der jew, nach Art der Vers gegebene RWeg.

2) Auskunftseinholung durch das Gericht, II. Im Interesse der VerfBeschleunigg besteht eine AuskPfl ggü dem Gericht. Sie ist unabhängig von einem etwaigen AuskAnspr nach BGB 1587e I iVm 1580 (Zweibr FamRZ **04**, 1794). Der VersTräger hat sie auch dann zu erfüllen, wenn die Eheg der Erteilg der Ausk nicht zugestimmt haben (Zweibr FamRZ **98**, 918). – **Zeitpunkt.** Die Verpfl beginnt mit dem Eintritt der RHängigk (Köln FamRZ **84**, 1111) u endet mit RKraft der Entsch über den VA (BGH NJW **84**, 2040). – **Geltung.** Die Vorschr gilt für sämtl gerichtliche Verf über den VA. InformationsPfl im Verh der Eheg u ihrer Hinterbliebenen zueinander ergeben sich aus BGB 1587e I, 1587k I; VAHRG 3 a VIII, 9 IV, 10 a XI. – **Adressaten** der AuskPfl sind die Eheg, ihre Hinterbliebenen u die VersTräger einschl von ihnen mit der Dchführg der Vers beauftragter Dritter (Brem FamRZ **04**, 31), u zwar unabhängig von ihrem verfahrensrechtl Status. Der auskPfl Eheg kann seine Mitwirkg, sofern der ScheidgsAntr nicht offensichtl erfolglos bleiben muss (Düss FamRZ **87**, 618), nicht mit der Behauptg **verweigern**, der ScheidgsAntr sei unbegründet (Karlsru FamRZ **94**, 1330). Der ehevertragl Ausschluss des VA steht bei Streit über dessen Wirksamk der AuskPfl nicht engg (Hamm juris Praxis Report 8/07 Anm 4). Nach dem **Tod** des Eheg trifft die AuskPfl den Erben (BGH FamRZ **86**, 253). – **Umfang.** Die AuskPfl erstreckt sich auf alle für die Entsch über den VA erfdl rechtl u tats Umst (Hbg FamRZ **93**, 350) auch außerh der Ehe. Sie umfasst nicht die Ausfüllg der amlt Vordrucke (Brdbg FamRZ **98**, 681; Ffm FamRZ **06**, 556; aA KG FamRZ **02**, 960; VoraufI) u bezieht die Beibringg der erfdl Beweismittel u die Darlegg des für die Bewertg von Anrechten maßg Rechenwegs dch den VersTräger (Brem FamRZ **04**, 31) ein. – Die **Durchsetzung** von Anspr aus VAHRG 11 erfolgt gem **FGG 33** dch ein vorher anzudrohendes Zwangsgeld (Zweibr FamRZ **04**, 1794; Brdbg ZFE **08**, 351; Triebs FamRB **02**, 241), dessen Festsetzg nur aGrd eindeut AuskVerlangen zuläss (Karlsru FamRZ **89**, 651) u nach FGG 19 anfechtb ist (BGH NJW **79**, 820); ErzwinggsHaft daher and als bei BGB 1587e (dort Rn 6) unzuläss. Ob gg einen öffrechtl VersTräger ZwMaßnahmen zur Dchsetzg der AuskPfl ggü dem Gericht ergriffen werden können, ist str (dagg die noch hM; dafür KG FamRZ **98**, 839; Triebs FamRZ **03**, 989 mN).

IV. Übergangs- und Schlußbestimmungen

VAHRG 12 (*gegenstandslos, Berlin-Klausel*)

VAHRG 13 (*Inkrafttreten; Außerkrafttreten; siehe 60. Aufl*)

III. Gesetz zur Überleitung des Versorgungsausgleichs auf das Beitrittsgebiet (Versorgungsausgleichs-Überleitungsgesetz – VAÜG)

Vom 25. Juli 1991 (BGBl I S 1606)
Verkündet als Art 31 Rentenüberleitungsgesetz vom 25. 7. 1991 (BGBl I S 1606).

Geändert durch Art 13 Rentenüberleitungs-Ergänzungsgesetz vom 24. 6. 1993 (BGBl I 1038), Art 16 Agrarsozialreformgesetz 1995 vom 29. 7. 1994 (BGBl I 1890), Art 27 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens vom 26. 6. 2001 (BGBl I 1310), durch Art 198 Achte Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 25. 11. 2003 (BGBl I 2304) und durch Art 246 der Neunten Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31. 10. 2006 (BGBl I 2407)

Lit.: **Götsche**, FamRZ **02**, 1235 und **06**, 513.

Einführung

- 1 **1) Sonderregelungen für den VA** enthält das am 1. 1. 1992 in Kraft getretene VAÜG. Anlass hierfür waren die unterschiedl EinkVerhältnisse im früheren Bundes- u im Beitrittsgebiet, die über unterschiedl Rentenwerte auf die Höhe von Renten u Rentenanwatsch durchschlagen. Die in vollem Gang befindl EinkAngleichg verleiht den Anrechten im Beitrittsgebiet über die allmählg Angleichg des Rentenwerts (vgl § 1587 a Rn 30) eine spezifische Dynamik. Damit sind sie Rentenanwatsch im früheren Bundesgebiet wertmäßig nicht vergleichb.
- 2 **2) Daraus folgt für den VA zweierlei:**
 - a) Zum einen ist er aus ZweckmäßigkGründen grdsätzll immer bis zur EinkAngleichg und damit der Gleichwertigk der Rentenansprüche **aufzuschieben**. Dessen bedarf es nicht, wenn der VA im Einzelfall dch Saldierg gleichartiger Anrechte dchgeführt werden kann. Ein sofortiger VA ist ferner dann geboten, wenn er bereits gegenwärt sich auswirkt, also Rentenleistgen zu erbringen sind.
 - b) Zum anderen ist, wenn die Versorggen **schon jetzt auszugleichen sind**, der vom Ehezeitende bis zur Entsch schon verwirklichten stärkeren Dynamik von Ost-Anrechten dch einen AngleichgFactor u der künftigen Dynamik dch Einbeziehg der übertragenen Rentenanwatsch in die höhere SteiggsAutomatik des Rentenwerts von Ostanrechten Rechng zu tragen. Dadurch ist das Rentenniveau West im Ztpkt der EinkAngleichg gewährleistet.
- 3

VAÜG 1 Grundsatz, Begriff. (1) **Endet die Ehezeit vor der Herstellung einheitlicher Einkommensverhältnisse im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (Einkommensangleichung) und hat ein Ehegatte in der Ehezeit ein angleichungsdynamisches Anrecht oder ein angleichungsdynamisches Anrecht minderer Art erworben, so gelten die nachfolgenden Vorschriften.**

(2) **Angleichungsdynamische Anrechte sind in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet (Beitrittsgebiet) erworbene oder ihnen gleichstehende**

1. **dynamische Anrechte der gesetzlichen Rentenversicherung, deren Wert bis zur Einkommensangleichung in stärkerer Weise steigt als der Wert entsprechender Anrechte, die im übrigen Bundesgebiet erworben worden sind;**
2. **sonstige Anrechte im Sinne des § 1587 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, deren Wert in einer dem Wert der in Nummer 1 bezeichneten Anrechte vergleichbaren Weise steigt.**

(3) **Angleichungsdynamische Anrechte minderer Art sind im Beitrittsgebiet erworbene Anrechte, deren Wert bis zur Einkommensangleichung in stärkerer Weise steigt als der Wert entsprechender Anrechte, die im übrigen Bundesgebiet erworben worden sind, aber in minderer Weise als der Wert der in Absatz 2 bezeichneten Anrechte.**

(4) **Als Zeitpunkt der Einkommensangleichung gilt der Zeitpunkt, von dem an Rentenansprüche aus der gesetzlichen Rentenversicherung allgemein auf der Grundlage des aktuellen Rentenwerts (§ 68 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch) ermittelt werden.**

- 1 **1) Das VAÜG regelt den Versorgungsausgleich**
 - a) wenn die Ehescheidg nach dem 31. 12. 1991 rkräft geworden ist od wird (vgl EGBGB Art 234 § 6 S 1),
 - b) der ScheidgsAntrag noch vor der EinkAngleichg anhängig geworden ist (§ 2 I iVm BGB 1587 II),
 - c) ein angleichgsdynam Anrecht od angleichgsdynam Anrecht minderer Art auszugleichen ist (§ 1 I).
- 2 **2) Angleichungsdynamische Anrechte (Abs 2) sind**
 - a) im Beitrittsgebiet erworbene **Anrechte der gesetzlichen RV (Nr 1)**. Sie unterliegen einer höheren Dynamik als eine im früheren Bundesgebiet erworbene Anw in der gesetzl RV (vgl Einf Rn 1). Ausgenommen sind statische Rentenanteile, wie zB die im Beitrittsgebiet erworbenen Anw auf Höherversicherg (Brdbg FamRZ **00**, 676), Auffüllbeträge nach SGB VI 315 a (Thür FamRZ **01**, 627) und Renten- u Übergangszuschläge nach SGB VI 319 a, 319 b. Zu den nach Abs 2 gleichgestellten, nicht im Beitrittsgebiet erworbenen Anw vgl MüKo/Sander Rn 9.
 - b) im Beitrittsgebiet erlangte **Anrechte, die eine vergleichbare Wertsteigerung aufweisen (Nr 2)**. VergleichsGrdlage ist allein die Wertsteigerg angleichgsdynam Anw der gesetzl RV im Beitrittsgebiet. Es ist also weder erfdl, dass die zu erwartende VersEntwicklg des Anrechts mit dem am EinkFortschritt orientierten AnpassgsMechanismus der gesetzl RV völlig übereinstimmt, noch kommt es auf die Dynamik ähnlicher Vers-Systeme in den alten Bundesländern u damit auf eine diesen ggü höhere strukturelle Dynamik an (BGH FamRZ **06**, 327; Gutdeutsch FamRZ **04**, 1114; aA Naumbg FamRZ **04**, 641). Ein mit der LeistgsErhöhg der angleichgsdynam Anrechte in der gesetzl RV vergleichb Wertzuwachs in der Vergangenh ist Indiz für eine vergleichb zukünftige Entwicklg (BGH aaO); es gilt Entsprechendes wie für die Feststellg einer Volldynamik (vgl § 1587 a BGB Rn 104).
- 3

3) Angleichungsdynamisch nach Nr 2 sind: Anw nach BeamtenR (§ 1587 a II Nr 1 BGB), der Ärzteversorgg in *Sachsen* (BGH FamRZ 06, 327; aA noch Naumbg FamRZ 04, 641) und in *Sachsen-Anhalt* (Naumbg OLGR 05, 586 [LS]), der Zahnärzteversorgg *Sachsen* (Dresd FamRZ 97, 615), der RA-Versorgg in *MecklVP* (Rstk 04, 884) u *Thür* (Thür OLGR 05, 538), der Altersversorgg der Sächs Landtagsabgeordneten (BGH FamRZ 05, 696). – **Nichtangleichungsdynamisch** sind Anw auf Zusatzversorgg beim Kommunalen Versorggsverband (Naumbg OLGR 02, 459).

4) Angleichungsdynamische Anrechte minderer Art (Abs 3) sind in der Praxis offen unbekannt. Nach der gesetzl Definition sind es Anrechte, deren Wert bis zur EinkAngleich stärker als deren entspr Anrechte im übrigen Bundesgebiet, aber geringer als der Wert der in Abs 2 genannten Anw steigt. In Betr kommen Versorggen iSd § 1587 a II Nr 3–5 BGB, insbes betriebl u berufsständ Versorggen. Die hM, wonach nur solche Anrechte darunter fallen, deren Dynamik mind so stark ist wie die Regeldynamik von West-Anw (Brdbg FamRZ 04, 882; Götsche FamRZ 02, 1235/6; BaRo/Gutdeutsch Rn 6; FAKomm-FamR/Rehme Rn 9; MüKo/Sander Rn 14; aA Soergel/Minz/Häussermann/Schmeiduch Rn 14) ist mit dem Wortlaut nicht vereinb u lässt angleichsbedingte Wertsteigeren außer Betr. Erreichen diese, zB dch Kopplg an die EinkEntwicklg Ost, die Angleichgsdynamik, unterfallen sie ohnehin bereits Abs 2 Nr 2.

5) Abs 4 bestimmt den **Zeitpunkt**, ab dem die Sonderregelgen des VAÜG entfallen. Die EinkAngleich ist erreicht, sobald der aktuelle Rentenwert nicht mehr getrennt nach aktuellem Rentenwert (SGB VI 68) u aktuellem Rentenwert (Ost) (SGB VI 255 a) errechnet wird, sondern nur noch ersterer gilt. Die Rentenwerte sind dch VO zum 1. 7. eines jeden Jahres zu bestimmen (SGB VI 69 I, 255 b I). Vgl § 1578 a Rn 30.

VAÜG 2 *Durchführung, Aussetzung und Wiederaufnahme des Versorgungsausgleichs.*

(1) ¹Vor der Einkommensangleichung ist der Versorgungsausgleich nur durchzuführen, wenn

1. die Ehegatten in der Ehezeit keine angleichungsdynamischen Anrechte minderer Art erworben haben und
 - a) nur angleichungsdynamische Anrechte zu berücksichtigen sind oder
 - b) der Ehegatte mit den werthöheren angleichungsdynamischen Anrechten auch die werthöheren nichtangleichungsdynamischen Anrechte erworben hat;
2. die Voraussetzungen der Nummer 1 nicht vorliegen, aus einem im Versorgungsausgleich zu berücksichtigenden Anrecht aufgrund des Versorgungsausgleichs jedoch Leistungen zu erbringen oder zu kürzen wären.

² Anderenfalls ist der Versorgungsausgleich auszusetzen; § 628 Abs. 1 der Zivilprozeßordnung gilt entsprechend.

(2) ¹ Vor der Einkommensangleichung ist ein nach Absatz 1 Satz 2 ausgesetzter Versorgungsausgleich auf Antrag nur wiederaufzunehmen, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 2 eintreten.

² Antragsberechtigt sind die Ehegatten, ihre Hinterbliebenen und die betroffenen Versorgungsträger.

(3) ¹ Nach der Einkommensangleichung ist ein nach Absatz 1 Satz 2 ausgesetzter Versorgungsausgleich auf Antrag wiederaufzunehmen; Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend. ² Von Amts wegen soll ein nach Absatz 1 Satz 2 ausgesetzter Versorgungsausgleich binnen fünf Jahren nach der Einkommensangleichung wieder aufgenommen werden.

1) Die Vorschr regelt die **Voraussetzungen**, unter denen der VA schon jetzt dchgeführt werden kann, sowie das verfahrensrechtl Schicksal des andfalls aufgeschobenen Ausgl.

2) Ist im VA ein angleichsdynam Anrecht oder ein angleichsdynam Anrecht minderer Art beteiligt (§ 1 II, III), kann der **Ausgleich nur in 3 Fällen** erfolgen:

- a) Es sind nur angleichungsdynam Anrechte (§ 1 II; vgl dort Rn 2, 3) zu berücksichtigen (**Nr 1 a**).
- b) Der Eheg mit den höheren angleichsdynam Anrechten hat auch die höheren nichtangleichsdynam Anrechte, wobei aber angleichsdynam Anrechte minderer Art nicht erworben sein dürfen (**Nr 1 b**). Vor dem Hintergrund des getrennten Ausgl von angleichsdynam Anrechten einerseits u nichtangleichsdynam Anrechten andseits (§ 3 I Nr 4) soll damit ein Hin- u Herausgleich vermieden werden.

Es sind somit zwei nach AngleichgsDynamik **getrennte Ausgleichsbilanzen** zu erstellen: Für die angleichsdynam Anrechte nach BGB 1587 a iVm VAÜG 3 I, für die übrigen – nichtangleichsdynam Ostanrechte einschließl derjen aus der gesetzl Höherverschierg der ehem DDR (Brdbg FamRZ 00, 676), voll- u nicht voll-dynam West-Anrechte (vgl Brdbg FamRZ 04, 882) sowie auslän Anrechte (Dresd FamRZ 04, 33) – nach BGB 1587 a. Die Behandlg von geringfügigen nichtangleichsdynam Anrechten als angleichsdynam, um den VA dchführen zu können, ist vom Gesetz nicht gedeckt (Dresd FamRZ 07, 1900; Götsche FamRZ 06, 513; aA Naumbg FamRZ 05, 116); zu mögl Vereinbgen vgl Rn 16.

Dass der Ausgl nichtangleichsdynam Anrechte, etwa wg der Nichtanwendbar des VAHRG 3 b (vgl § 4 I), dem **schuldrechtl VA** vorbehalten bleibt, schadet nicht (Gutdeutsch FamRB 05, 292; Götsche FamRZ 06, 513; aA Schlesw OLGR 04, 171). Auch auf die Richtig des Ausgl von Rententeilen nach § 3 Nr 2, 3 u 7 kommt es nicht an, weil diese gesondert schuldrechtl auszugleichen sind (vgl § 3 Rn 4).

c) Aus einem im VA zu berücksichtigenden Anrecht sind aGrd des VA Leistgen zu erbringen oder zu kürzen (**Nr 2**).

aa) **Leistungen** sind die in BGB 1587 I genannten Versorggen wg Alters- od verminderter ErwerbsFähigk u der UnterhBeitrag nach § 22 II BeamtVG. Sie können gleichermaßen auf dem öffrechtl od (verlängerten) schuldrechtl VA beruhen.

bb) Der VA muss sich auf den gegenwärt VersBezug eines od beider Eheg **auswirken**. Daran fehlt es, solange der allein bereits versorgsberechtl Pflichtige von der Kürzg der Vers verschont bleibt aGrd von SGB VI 101 III (Rentenerprivileg), BeamtVG 57 12 (Pensionärprivileg), was für die nach VAHRG 1 auszugleichen Anw aus der Zusatzversorgg des öff Dienstes entspr gilt (vgl Köln FamRZ 94, 907; Nürnberg FamRZ 95, 1362), und VAHRG 5 (Privilegiert des UnterhPflichtigen).

- 10 3) Kann der VA nach S 1 nicht durchgeführt werden, ist er vAw **auszusetzen**; ist der ausgesetzte VA Teil des ScheidgSVerbunds, kann über die Scheidg entspr ZPO 628 vorweg entschieden werden (I 2).
- 11 a) Die AussetzG erfolgt dch Beschl als **Zwischenentscheidung** (BGH FamRZ 03, 1005); eine KostenEntsch unterbleibt (Naumbg OLG 03, 562 [LS]; Götsche FamRZ 06, 513; aA Naumbg FamRZ 01, 498 [LS]). Der AussetzG Beschl ist, auch dch den VersTräger (Brdbg FamRZ 96, 496), dch nicht fristgebundene Beschw gem FGG 19 anfechtb (Brdbg FamRZ 96, 496; BaRo/Gutdeutsch Rn 8; aA Dresd FamRZ 04, 33; Beschw nach § 252 ZPO). Auf das erfolgreiche RMittel hat das BeschwGericht den AussetzG Beschl aufzuheben u die Sache an die erste Instanz zur Entsch über den VA zurückzuverweisen (Brdbg FamRZ 96, 496; Dresd FamRZ, 1053). Die RBeschw ist ausgeschl (BGH FamRZ 03, 1005).
- 12 b) Die **Durchführung des VA entgegen § 2 I 1** unterliegt der fristgebundenen Beschw nach ZPO 621 e bzw 629 a II iVm 621 e. Das BeschwGericht kann unter Aufhebung der VA-Entsch selbst die AussetzG aussprechen (Karlsh NJW-RR 96, 903; Wick Rn 233; aA Köln FamRZ 94, 1041; Nürnberg FamRZ 95, 1362).
- 13 c) Der nach I 2 ausgesetzte VA ist **wieder aufzunehmen**.
- 14 aa) Schon **vor** der EinkAngleichg auf Antr eines Eheg, Hinterbliebenen od VersTrägers, wenn der Versorgungsfall des I 1 Nr 2 eintritt (**Abs 2**) oder
- 14 bb) **nach** der EinkAngleichg entweder auf Antr eines Eheg, Hinterbliebenen od VersTrägers innerhalb von 5 Jahren vAw (**Abs 3**).
- 15 d) Der **Tod des Ausgleichsberechtigten** währd der Zeit der AussetzG führt nach BGB 1587 e II zum Erlöschen des Anspr (§ 1587 e Rn 7; BGH FamRZ 07, 1804; FAKomm-FamR/Rehme § 1587 e Rn 12; Götsche FamRZ 06, 513; aA KG FamRZ 03, 1841 m ablehnder Anm Kemnade u FamRZ 05, 986; MüKo/Sander Rn 14). Dagg kann nicht eingewandt werden, dass die in Abs 2 genannte AnsprBerechtig der Hinterbliebenen dann gegenstandslos wäre. Es fehlt jeder Anhaltspkt, dass der Gesetzgeber dch die VerfVorschr des Abs 2 die materiell-rechtl Norm des § 1587 e II BGB ändern wollte (Kemnade aaO, vgl auch BGH aaO). Auf den jederzeit zuläss Antr ist festzustellen, dass der VA nicht stattfindet.
- 16 e) Bei der Frage, ob die AussetzG Regelg des Gesetzes einer **Vereinbarung** (vgl Naumbg FamRZ 06, 1547 LSe) zugängl ist, muss unterschieden werden: Die Regeln über AussetzG u Wiederaufnahme als solche sind nicht abdingb. Dagg können die Eheg dch Ehevertrag (BGB 1408 II) od Vereinbg (BGB 1587 o) die Voraussetzgen für die Entsch üb den VA schaffen, sofern dies nicht zu unzuläss Supersplitting führt (BGB 1587 o I 2). So können, um die Wirkg des Abs 1 Nr 1 a) oder b) herbeizuführen, nichtangleichgSDynam Anw des AusglBerech wie angleichgSDynam behandelt werden (BGH FamRZ 01, 1701; aA Brdbg FamRZ 98, 1442 m ablehnder Anm Kemnade) u damit eine AussetzG verhindert werden. – Dch eine solche Vereinbg kann aber nicht die an zwingende Voraussetzgen gebundene Wiederaufnahme bereits ausgesetzten Verf erreicht werden (Brdbg FamRZ 98, 1441 mAv Kemnade). Die Eheg können aber gg die Entsch üb die AussetzG die nicht fristgebundene (Rn 11) Beschw einlegen unter Hinw auf eine beabsichtigte, die Entsch üb den VA jetzt schon ermöglchende Vereinbg (Rehbein juris PR-FamR 2/07 Nr 6).

VAÜG 3 *Durchführung des Versorgungsausgleichs vor der Einkommensangleichung.*

(1) In den Fällen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 sind die allgemeinen Vorschriften über den Versorgungsausgleich mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

- Für die Ermittlung des Werts eines Anrechts im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1
 - sind Entgeltpunkte im Sinne des § 1587 a Abs. 2 Nr. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Entgeltpunkte (Ost) (§ 254 b Sechstes Buch Sozialgesetzbuch);
 - ist von dem zum Ende der Ehezeit maßgebenden aktuellen Rentenwert (Ost) auszugehen; § 307 b Abs. 5 Satz 1 und Abs. 6 Satz 1 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch findet keine Anwendung.
- Für die Ermittlung des Werts einer Rente der gesetzlichen Rentenversicherung, die aufgrund eines Versicherungsfalls vor dem 1. Januar 1992 nach dem Recht des Beitrittsgebiets berechnet worden ist (Bestandsrente), sind die Entgeltpunkte (Ost) zugrunde zu legen, die auf solche Arbeitsjahre entfallen, die für die Anpassung der Rente nach § 307 a des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch maßgebend sind und in die Ehezeit fallen; § 307 a Abs. 8 Satz 1 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch findet keine Anwendung. Soweit Arbeitsjahre weder der Ehezeit noch der Zeit außerhalb der Ehezeit zugeordnet werden können, sind sie der Ehezeit in dem Verhältnis zuzurechnen, in dem die Lücken in der Ehezeit zu den Lücken im belegungsfähigen Gesamtzeitraum stehen. Die Ehezeit ist bis zum Kalendermonat vor dem Rentenbeginn, bei einem Rentenbeginn vor Ablauf des Kalendermonats der Vollendung des 55. Lebensjahrs, jedoch mindestens bis zu diesem Zeitpunkt, zu berücksichtigen. Als belegungsfähiger Gesamtzeitraum ist die Zeit vom Kalendermonat des Eintritts in die Versicherung, spätestens jedoch der Vollendung des 15. Lebensjahrs, bis zum Ende der zu berücksichtigenden Ehezeit zugrunde zu legen. Arbeitsjahre im Bergbau im Sinne des Satzes 2 sind der Ehezeit in dem nach Satz 2 bis 4 ermittelten Verhältnis zuzuordnen. Ein zu der Rente gezahlter Sozialzuschlag bleibt unberücksichtigt.
- Für die Ermittlung des Werts eines Anrechts aus der gesetzlichen Rentenversicherung, das aufgrund eines Rentenbeginns in der Zeit vom 1. Januar 1992 bis zum 31. Dezember 1996 nach dem Übergangsrecht für Renten nach den Vorschriften des Beitrittsgebiets zu berechnen ist (Vergleichsrente), ist von den auf die Ehezeit entfallenden Entgeltpunkten (Ost) auszugehen. Die Vorschriften über die Zahlung eines Sozialzuschlages zu Renten im Beitrittsgebiet bleiben unberücksichtigt.
- Angleichungsdynamische und andere Anrechte sind unabhängig voneinander auszugleichen.
- Sind zum Ausgleich angleichungsdynamischer Anrechte Rentenanwartschaften zu übertragen oder zu begründen, so hat das Familiengericht bei der Übertragung oder Begründung anzuordnen, daß der Monatsbetrag der Rentenanwartschaften in Entgeltpunkte (Ost) umzurechnen ist.
- Bei Bestandsrenten im Sinne der Nummer 2 und Vergleichsrenten im Sinne der Nummer 3 ist der nichtangleichungsdynamische Teil der Rente schuldrechtlich auszugleichen. Als nichtangleichungsdynamischer Teil der Rente gilt

- a) bei Bestandsrenten der Teil, der den für die Anpassung der Rente nach § 307 a des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch maßgebenden Teil der Rente übersteigt,
- b) bei Vergleichsrenten der Teil, der die Rente übersteigt, die sich nach den Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch ohne Berücksichtigung eines Rentenzuschlags oder Übergangszuschlags bei Anspruch auf Rente nach dem Recht des Beitrittsgebietes ergibt.
- Der auf die Ehezeit entfallende Teil des schuldrechtlich auszugleichenden Betrags ist nach dem Verhältnis zu bestimmen, in dem die auf die Ehezeit entfallenden Entgeltpunkte (Ost) zu den der Rente insgesamt zugrundeliegenden Entgeltpunkten (Ost) stehen. Der in Satz 1 genannte Betrag bleibt bei Anwendung von § 1587 a Abs. 1 und § 1587 b Abs. 3 Satz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unberücksichtigt; er ist gesondert schuldrechtlich auszugleichen.
7. Nummer 6 Satz 1, 3 und 4 gilt entsprechend, soweit zu einer Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung ein mit den Rentenanpassungen abzubauen der Rententeil gezahlt wird, der auf Anrechten beruht, die nach dem Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz oder dem Zusatzversorgungssystem-Gleichstellungsgesetz überführt worden sind.
- (2) In den Fällen des § 2 Abs. 1 Nr. 2 sind die allgemeinen Vorschriften über den Versorgungsausgleich mit folgenden Maßgaben anzuwenden:
1. Für die Ermittlung des Werts eines Anrechts
 - a) im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 gilt Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 6 und 7 entsprechend. Der so ermittelte angleichungsdynamische Wert des Anrechts ist mit einem Angleichungsfaktor zu vervielfachen, der sich aus dem Verhältnis der Wertentwicklung dieses Anrechts zur Wertentwicklung eines entsprechenden Anrechts, das im übrigen Bundesgebiet erworben worden ist, ergibt. Die Wertentwicklung ergibt sich aus dem Verhältnis des aktuellen Rentenwerts und des aktuellen Rentenwerts (Ost) in dem für die Entscheidung maßgebenden Zeitpunkt zum aktuellen Rentenwert und zum aktuellen Rentenwert (Ost) zum Ende der Ehezeit. Der Angleichungsfaktor wird unter Berücksichtigung der Berechnungsgrundsätze des § 121 Abs. 2 und 4 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch auf sieben Dezimalstellen berechnet und vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Rahmen der Rechengrößen zur Durchführung des Versorgungsausgleichs im Bundesgesetzblatt bekannt gemacht;
 - b) im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 ist von den zum Ende der Ehezeit für das Anrecht maßgebenden Bemessungsgrundlagen auszugehen. Der danach ermittelte Wert ist um die zwischen dem Ende der Ehezeit und dem für die Entscheidung maßgebenden Zeitpunkt eingetretene, auf der Angleichung beruhenden Wertsteigerung zu erhöhen. Buchstabe a Satz 2 und 3 findet entsprechende Anwendung; dies gilt nicht, wenn die für das Anrecht maßgebende Regelung eine angemessene andere Ermittlung der Wertsteigerung vorsieht oder die entsprechende Anwendung des Buchstaben a Satz 2 und 3 zu unbilligen Ergebnissen führt;
 - c) im Sinne des § 1 Abs. 3 ist Buchstabe b Satz 1 und 2 entsprechend anzuwenden.
 2. Hat der Ehegatte mit den werthöheren auszugleichenden Anrechten werthöhere angleichungsdynamischen Anrechte als der andere Ehegatte, so hat das Familiengericht bei der Übertragung oder Begründung von Rentenanwartschaften anzuordnen, daß
 - a) der Monatsbetrag der zu übertragenden oder zu begründenden Rentenanwartschaften in Entgeltpunkte (Ost) umzurechnen ist,
 - b) der aktuelle Rentenwert (Ost) mit seinem Wert bei Ende der Ehezeit für die Ermittlung der Entgeltpunkte (Ost) mit dem Angleichungsfaktor zu vervielfältigen ist, der der Berechnung des Monatsbetrags der Rentenanwartschaften zugrunde liegt (Nummer 1 Buchstabe a Satz 2 und 3).
- (3) In den Fällen des § 2 Abs. 2 gilt bis zur Einkommensangleichung Absatz 2 entsprechend.
- (4)¹ Absatz 1 Nr. 5, Absatz 2 Nr. 2 und Absatz 3 gelten entsprechend, wenn es sich bei den angleichungsdynamischen Anrechten um Anrechte der Alterssicherung der Landwirte handelt.² Hierbei treten an die Stelle der Entgeltpunkte (Ost) Steigerungszahlen, die auf der Grundlage des allgemeinen Rentenwerts (Ost) zu ermitteln sind, und an die Stelle des aktuellen Rentenwerts (Ost) der gesetzlichen Rentenversicherung der allgemeine Rentenwert (Ost) der Alterssicherung der Landwirte.

- 1 **1 Allgemeines.** Im Anwendungsbereich des VAÜG (§ 1 I) gelten grundsätzlich die allg. Bestimmungen über Bewertg u. Ausgl. von Rentenanwortsch (BGB 1587 aff., VAHRG). Die §§ 3–5 enthalten Sonderregelgen. § 3 unterscheidet zw dem VA dch. Inanspruchgleich nach § 2 I Nr 1 (Abs 1) und im Versorgungsfall nach § 2 Nr 2 (Abs 2).
- 2 **2) Abs 1** gilt, mit Ausnahme der Nr 4, nur für die gesetzl. RV.
- 3 **a)** Der Wert eines angleichsdynam Anrechts der gesetzl. RV Ost ist auf der Grdlage von Entgeltpunkten (Ost) (SGB VI 254 b) u des aktuellen Rentenwerts (Ost) (vgl § 1587 a Rn 30) beim Ende der Ehezeit (SGB VI 255 a) zu ermitteln (Nr 1).
- 4 **b)** Die auf Besitzschutz beruhenden **Bestands- und Vergleichsrenten (Nr 2, 3)** sind in einen angleichsdynam u einen nichtangleichsdynam Teil zu zerlegen. Der angleichsdynam ist öffrechtl auszugleichen. Der nichtangleichsdynam Teil unterliegt dem gesonderten schuldrechtl VA (Nr 6 S 1, 4), ebenso die statische Zusatzvers nach Nr 7. Seine Abschmelzg kann dch Bestimmg des auszugleichenden Betrages in einem Prozentsatz Rechng getragen werden (Thür FamRZ 01, 627; Brdgb FamRZ 04, 118).
- 5 **aa) Bestandsrenten (Nr 2)** sind Renten aus der gesetzl. RV, die aGrd eines Versicherungsfalles vor dem 1. 1. 1992 nach dem Recht der ehem. DDR festgestellt und in das Rentensystem des SGB VI übergeleitet worden sind. Ihre Berechng richtet sich nach SGB VI 307 a, 315 a. Hierauf basiert die Errechng der Ehezeit nach Nr 2. Zu Einzelh vgl Soergel/Schmeiduch Rn 4 ff). Der schuldrechtl Ausgl ergrift den Auffüllbetrag nach SGB V 315 a I. Der Ehezeitanteil bestimmt sich nach Nr 6 S 3.
- 6 **bb) Die Vergleichsrente (Nr 3)** beruht auf der Weitergeltg des Rentenrechts der ehem. DDR für die bis 31. 12. 1996 erworbenen Rentenanwortsch (RÜG Art 2). Der Berecht erwarb damit neben dem RentenAnspr nach SGB VI einen weiteren nach dem Übergangsrecht. Aus dieser Konkurrenz erwachsen einerseits angleichsdynam Anw nach SGB VI, deren Anteil den auf die Ehezeit entfallenden Entgeltpunkten (Ost) entspricht

(Nr 3); andseits ein dem schuldrechtl VA unterliegender abzuschmelzender Renten- u Übergangszuschlag (SGB VI 319 a, 319 b) in Höhe der überschießenden Vergleichsrente, dessen Ehezeitanteil Nr 6 S 3 regelt.

7 **cc** Nr 7 erfasst abzuschmelzende Rententeile aus den in die gesetzl RV überführten Zusatzversorgen der ehem DDR. Vgl näher MüKo/Sander Rn 34. Für die Berechnung des Ehezeitanteils gilt Nr 6 S 3 entspr.

8 **c** In Abweichg von BGB 1587 b III 3 letzter Hs kann der VA nicht nur in einer Richtg erfolgen: Angleichgsdynam u nichtangleichgsdynam Anrechte sind gesondert auszugleichen (Nr 4). Innerhalb derselben Gruppe bleibt aber BGB 1587 b III 3 letzter Hs maßg. Schuldrechtl auszugleichende Bestands-, Vergleichsrenten u Renten aus der Zusatzvers der ehem DDR (Nr 2, 3, 7) unterliegen jew einem weiteren gesonderten Ausgl (Nr 6 S 1 und 4, Nr 7). Das Gebot getrennten Ausgl hindert nicht, in Quotiersfällen nach Ermessen eine angleichgsdynam u eine nichtangleichgsdynam Vers zum Ausgl heranzuziehen, wenn ein vollständiger Ausgl aller angleichgsdynam u nichtangleichgsdynam Anrechte nach VAHRG 1 III an der Höchstbetragsregelg des BGB 1587 b V scheidert (BGH FamRZ 06, 327).

9 **d** Bei Übertrag od Begründg angleichgsdynam Rentenanzwarsch ist als Modifikation von BGB 1587 b VI anzuordnen, dass die Monatsbeiträge in Entgeltpunkte (Ost) umzurechnen sind (Nr 5).

10 **e** Der **Höchstbetrag iSd 1587 b V BGB** (vgl dort Rn 48, 49) ist gem SGB VI 264 a III auf der Grdlage des aktuellen Rentenwerts (Ost) zu ermitteln, wenn der AusglBerecht einschließl der dch den VA gutzubringenden nur angleichgsdynam Anrechte hat (BGH FamRZ 05, 432; vgl Koblenz FamRZ 06, 1455). Dabei kann es verbleiben, wenn er neben angleichgsdynam auch nichtangleichgsdynam Anrechte hat; zum Ausgl der dynamikbedingten Unterschiede ist dann jedoch das nichtangleichgsdynam Anrecht im Verhältn des Rentenwerts (Ost) zum Rentenwert (vgl § 1587 a Rn 30) in ein angleichgsdynam Anrecht umzurechnen (BGH FamRZ 06, 227; Thür FamRZ 05, 1570; ebenso Bergner ZFE 05, 309, Götsche FamRZ 06, 513/6 u Schmeiduch FamRZ 06, 1579 über die Berechnung nach Entgeltpunkten). Zur Kürzg bei Überschreitg des Höchstbetrages vgl § 1587 b BGB Rn 48.

11 **3) Abs 2 und 3** regeln den VA bzw den nach Aussetzg wiederaufgenommenen VA bei VersorgungsBezug eines Eheg (§ 2 I Nr 2, II). Mangels Anwendbarke des § 3 I Nr 4 ist ein **getrennter Ausgleich nicht möglich**. Abs 2 und 3 machen die Anrechte vergleichb: Abs 2 Nr 1 bei der Bewertg, Abs 2 Nr 2 bei der Dchführg des VA.

12 **a** Der **unterschiedliche Wert** angleichgsdynam u regeldynam Anrechte spiegelt sich im Unterschied von aktuellem Rentenwert u aktuellem Rentenwert (Ost) wider. Da der Rentenwert (Ost) infolge der größeren Dynamik der angleichgsdynam Anrechte stärker steigt, ist der nach dem Verhältn zum Ztpkt des Endes der Ehezeit bemessene AusglBetrag bis zur EinkAngleichg ggf nach VAHRG 10 a anzupassen. Ein Teil dieser Anpassg, näm diejen aGrd der Wertentwicklg vom Ehezeitende bis zur Entsch üb den VA, wird dch die Erstentscheidg vorweggenommen. Dabei ist zw angleichgsdynam Anrechten der gesetzl RV (§ 1 II Nr 1) einerseits und sonstigen angleichgsdynam Anrechten (§ 1 II Nr 2) u angleichgsdynam Anrechten minderer Art (§ 1 III) andseits zu unterscheiden.

13 **aa** Der nach BGB 1587 a in den Modifikationen des § 3 I Nr 1–3, 6 u 7 berechnete Wert eines Anrechts der gesetzl RV (vgl Rn 3, 4) wird mit einem Angleichgsfaktor vervielfältigt, der sich aus dem Verhältn des aktuellen Rentenwerts zum Ztpkt der Entsch zu demjen am Ehezeitende ergibt und jeweils bekannt gemacht wird (Nr 1 a). Da seit 30. 6. 2003 keine Rentenanpassg (Ost) stattgefunden hat (Bekanntmachg der Angleichgsfaktoren für den VA in der RentenVersicherg v 26. 6. 2008, BGBI I 1101), bedarf es keiner Angleichg, wenn die Ehezeit erst ab dem 1. 7. 2003 geendet hat: Der Angleichgsfaktor ist dann 1,0 (Brdbg FamRZ 05, 1488; Götsche FamRZ 06, 513/5).

14 **bb** Die Bewertg eines **sonstigen angleichungsdynamischen Rechts** (vgl § 1 Rn 3) hat von den BemessungsGrdlagen zum Ende der Ehezeit auszugehen. Die Wertsteigerg bis zur Entsch kann aus VereinfachgsGründen grdsätzl, wie bei angleichgsdynam Anrechten der gesetzl RV nach II Nr 1 a, der Entwicklg der Rentenwerte entnommen werden. Dies gilt dann nicht, wenn die für das Anrecht maßgebl Regelg, zB bei berufsständ Versorgen, eine angem andere Ermittlg der Wertsteigerg vorsieht oder die Anwendg des Angleichgsfaktors zu unbilligem Ergebn führt (Nr 1 b). Die unterschiedl Entwicklg von gesetzl RV einerseits sowie Beamtenversorgg u berufsständ Versorgen andseits dürfte eine eigenständige Ermittlg des ErhöhgfsFaktors dch Vergl der Rentenentwicklg des Ostanrechts mit derjen eines entspr Westanrechts gebieten (JH/Hähne Rn 11; Wick Rn 231). Dies gilt auch für die Anpassg eines angleichgsdynam Anrechts minderer Art (**Abs 2 Nr 1 c**).

15 **b** Nr 2 regelt, ob der AusglBerecht Anwartsch in Entgeltpunkten (Ost) oder Entgeltpunkten enthält. Innerhalb der jeweiligen AusglForm (§ 1587 b I, II BGB, §§ 1 III, 3b I VAHRG) stehen insoweit angleichgsdynam Anrechte nichtangleichgsdynam gleich. Ausschließl angleichgsdynam Rentenanzwarsch sind zu begründen od zu übertragen, wenn der AusglPflichtige auch die höheren angleichgsdynam Anrechte hat (Nr 2 a). In diesem Fall ist anzuordnen, dass der aktuelle Rentenwert (Ost) am Ende der Ehezeit mit dem Angleichgsfaktor zu vervielfältigen ist, welcher der Berechnung der Anw nach Abs 2 Nr 1 a S 2 und 3 zugrunde liegt; bei einem Angleichgsfaktor von 1,0 (vgl Rn 13) kann dies unterbleiben (Brdbg FamRZ 05, 1488). Der AusglBerecht erwirbt dagegen nur regeldynam Anrechte, wenn er die höheren angleichgsdynam in den Ausgl einbringt. Bei dieser Einheitlichk der gutzubringenden Anrechte (entweder nur angleichgsdynam od nur regeldynam) hat es auch dann zu verbleiben, wenn mehrere teils angleichgsdynam u teils regeldynam Anrechte zum Ausgl heranzuziehen sind; die damit uU verbundene transferbedingte Qualitätsänderg ist angesichts des eindeutigen Wortlauts der Vorschr hinzunehmen (Thür FamRZ 07, 482; Gutdeutsch FamRZ 05, 2037).

16 **4) Abs 4** regelt die Dchführg des VA bei Anrechten der Alterssicherg der Landwirte. Vgl dazu Soergel/Schmeiduch/Lipp/Häussermann Rn 44 ff.

VAÜG 4 Anwendung der §§ 3 b und 10 a des Härteregelungsgesetzes vor der Einkommensangleichung. (1) Vor der Einkommensangleichung ist § 3 b des Gesetzes zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

1. Absatz 1 Nr. 1 gilt, wenn das dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich unterliegende oder das zum Ausgleich heranzuziehende Anrecht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 oder Abs. 3 erfüllt, nur, wenn das dem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich unterliegende und das zum Ausgleich

heranzuziehende Anrecht in ihrer Dynamik vergleichbar sind. In Ansehung von Anrechten im Sinne von § 1 Abs. 2 oder Abs. 3 steht die im Zeitpunkt der Entscheidung maßgebende Bezugsgröße (Ost) der Bezugsgröße gleich.

2. Absatz 1 Nr. 2 gilt nur in Ansehung solcher im Beitrittsgebiet erworbener Anrechte, welche die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 erfüllen. § 3 Abs. 1 Nr. 5 gilt entsprechend.

(2) Vor der Einkommensangleichung ist § 10a Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

1. Eine Abänderung findet auch statt, wenn sie sich voraussichtlich nicht zugunsten eines Ehegatten oder seiner Hinterbliebenen auswirkt.

2. In Ansehung von Anrechten im Sinne des § 1 Abs. 2 oder Abs. 3 steht die Bezugsgröße (Ost) der Bezugsgröße gleich.

1) Abs 1 Nr 1 schränkt den VA dch erweitertes Splitting nach § 3b I VAHRG wg der möglicherw unterschiedl Dynamik des auszugleichenden u des zum Ausgl heranzuziehenden Anrechts ein. Ist das eine od andere angleichgsdynam od angleichgsdynam minderer Art, so müssen sie in ihrer Dynamik vergleichb sein (S 1). Weder kann zum Ausgl eines angleichgsdynam ein regeldynam Anrecht noch zum Ausgl eines regeldynam od statischen Anrechts ein angleichgsdynam Anrecht herangezogen werden (vgl Dresd FamRZ 00, 962; Brdbg FamRZ 01, 489, 05, 1489 u 07, 736 für den Ausgl einer privaten Leibrentenversicherung). VAHRG 3b ist daher nur in den seltenen Fällen anwendb, in denen Anrechte nach BGB 1587a II Nr 3–5 im Beitrittsgebiet eine der gesetzl RV (Ost) vergleichb Dynamik besitzen und ein bei der gesetzl RV (Ost) bestehende VersAnw zum Ausgl herangezogen werden kann (Soergel/Schmeiduch Rn 2). Steht dagegen zum Ausgl eines regeldynam od statischen Anrechts ein ebensolches zur Verfüg, ist § 4 I von vornherein nicht anwendb; es verbleibt bei der Ausglmöglichk nach § 3b I Nr 1 VAHRG.

b) Ist ausnahmsw der Ausgl nach VAHRG 3b I Nr 1 eröffnet, so ist das erweiterte Splitting od Quasisplitting bis zu 2% der Bezugsgröße (Ost) zul. Ein Angleichgsfaktor wird dch die Heranziehg der zum Ztpkt der Entsch geltenden Bezugsgröße ersetzt (S 2).

2) Die Verpfl zur Beitragszahlg (§ 3b I Nr 2 VAHRG) ist nur zur Begründg eines angleichgsdynam Anrechts der gesetzl RV zuläss, Nr 2 (aA Brdbg FamRZ 08, 1195: Begründg eines regeldynamischen Anrechts zum Ausgl eines ebenfals regeldynam). Dementsprechd hat das FamG die begründete Anw in Entgeltpunkten (Ost) anzuordnen (Nr 2 S 2 iVm § 3 I Nr 5). Grdlage dieser Regelg ist SGB VI 281 a I Nr 2.

3) Entscheidungen über den VA unter Anwendg des VAÜG unterliegen, gleichviel ob sie nach § 2 I S 1 Nr 1 oder Nr 2 ergangen sind, der Abänderung nach VAHRG 10a. Abs 2 modifiziert dessen Anwendg in zweifacher Hinsicht: Eine Abänderg ist, entgegen VAHRG 10a II Nr 3, auch zuläss, wenn sie sich nicht zG eines Eheg oder seiner Hinterbliebenen, mithin nur zG eines VersTrägers, auswirkt (II Nr 1); die WesentlichkGrenze (VAHRG 10a 12) ist heraufgesetzt, indem bei angleichgsdynam u angleichgsdynam Anrechten minderer Art anstelle der Bezugsgröße die Bezugsgröße (Ost) (SGB IV 18 II) tritt (II Nr 2).

VAÜG 5 Durchführung des Versorgungsausgleichs nach der Einkommensangleichung. Nach der Einkommensangleichung sind die allgemeinen Vorschriften über den Versorgungsausgleich mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

1. Für die Ermittlung des Werts eines Anrechts im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 ist von dem Wert auszugehen, der sich aufgrund des zum Ende der Ehezeit maßgebenden aktuellen Rentenwerts (§ 68 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch) ergibt.

2. Für die Ermittlung des Werts eines Anrechts im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 ist von dem Wert auszugehen, der sich aufgrund der zum Ende der Ehezeit maßgebenden Bemessungsgrundlage eines allgemein entsprechenden Anrechts, das im übrigen Bundesgebiet erworben worden ist, ergibt. Die Bemessungsgrundlage wird ermittelt, indem die für das Anrecht maßgebende, unter Berücksichtigung der besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse im Beitrittsgebiet bestimmte Bemessungsgrundlage im Zeitpunkt des Endes der Ehezeit mit dem Wert vervielfacht wird, der sich aus dem Verhältnis des aktuellen Rentenwerts zu dem aktuellen Rentenwert (Ost) (§ 255a Sechstes Buch Sozialgesetzbuch) ergibt. Dies gilt nicht, wenn die für das Anrecht maßgebende Regelung eine angemessene andere Ermittlung der Wertsteigerung vorsieht oder die Anwendung des Satzes 2 zu unbilligen Ergebnissen führen würde.

3. Für die Ermittlung des Werts eines Anrechts im Sinne des § 1 Abs. 3 gilt Nummer 2 Satz 1 entsprechend.

4. Für die Wertermittlung und den Ausgleich einer Bestandsrente oder einer Vergleichsrente gilt § 3 Abs. 1 Nr. 2, 3, 6 und 7 entsprechend.

1) Überblick. Nach der EinkAngleichg (§ 1 IV) unterliegt ein nach Aussetzg gem § 2 III wieder aufzunehmendes früheres Verf, ein AbändergsVerf nach VAHRG 10a sowie ein noch anhängiges Erstverf den Regel des § 5. Ihnen ist gemeins, dass die Wertsteigerg angleichgsdynam Anrechte oder angleichgsdynam Anrechte minderer Art nicht mehr dch einen Angleichgsfaktor, sondern dch Vergl mit einem entspr Westanrecht berücksichtigt wird. Ausgenommen sind Bestands- u Vergleichsrenten; hier verbleibt es gem Nr 4 bei den auch für Entscheidgcn währd der Übergangszeit geltenden §§ 3 Nr 2, 3, 6 und 7 (vgl § 3 Rn 4).

2) Angleichungsdynamische Anwartschaften der gesetzl RV (§ 1 II Nr 1) werden nunmehr, nach Wegfall der AngleichgsDynamik und des daraus folgenden Rentenwerts (Ost), ebenfalls aGrd des allg Rentenwerts (SGB VI 68, 69, vgl § 1587a Rn 30) berechnet (Nr 1).

3) Für sonstige angleichungsdynamische Anrechte (§ 1 II Nr 2) ist die für ein entsprechendes Westanrecht geltende BemessgsGrdlage heranzuziehen (Nr 2 S 1). Statt diese einfach zu übernehmen, wird der nunmehr erreichte Wert in zwei Schritten berechnet: Durch Heranziehg der am Ende der Ehezeit im Beitrittsgebiet geltenden, somit die dortigen besonderen wirtschaftl Verhältnisse berücksichtigten BemessgsGrdlage und sodann dch deren Multipliziertg mit dem damaligen Verhältn des aktuellen Rentenwerts zum aktuellen

VAÜG 4, 5

Stand bis 31. 8. 2009

Brudermüller

Rentenwert (Ost) (Nr 2 S 2). Wie im Fall des § 3 II Nr 1 b hat eine für das Anrecht etwa geltende Regelg der Wertsteigerg Vorrang; unbillige Ergebnisse sind zu korrigieren (Nr 2 S 3).

- 4 **4) Angleichungsdynamische Anrechte minderer Art** (§ 1 III) sind nach der nur auf Nr 2 S 1 verweisenden Nr 3 ausschließl am Maßst eines gleichwertigen Rechts im übrigen Bundesgebiet zu bemessen.

IV. Verordnung zur Ermittlung des Barwerts einer auszugleichenden Versorgung nach § 1587a Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Barwert-Verordnung)

Vom 24. Juni 1977 (BGBl I 1014), zuletzt geändert durch die Vierte VO zur Änderung der Barwert-VO vom 2. Juni 2008 (BGBl I 969), in Kraft getreten am 1. Juli 2008

Einführung

1) Zweck der aGrd der Ermächtigt in § 1587a III Nr 2 S 2 erlassenen BarwertVO ist die Umrechng von nicht vollodynam Anrechten (vgl § 1587a Rn 72) in dynam VersAnrechte. An Hand von (nach versicherungsmathemat Grdsätzen errechneten) Faktoren kann der Barwert nicht vollodynam VersAnrechte festgestellt u mit Hilfe des Barwerts die daraus hypothetisch zu errechnende Altersrente aus der RV der Arbeiter u Angestellten (vgl § 1587a III Nr 2 S 1 u IV) ermittelt werden. Die dazu erfdl Rechengrößen gibt das BMGS (SGB VI 187 III 2) im BGBl I bekannt (Bekanntmachg vom 26. 6. 2008, BGBl I 1101; die Tabelle ist abgedruckt in NJW **08**, 2400, berichtigte Fassg).

2) Die BarwertVO hat den Charakter von Übergangsrecht. Bei der schon dch die 2.VO zur Änderg der BarwertVO vom 26. 5. 2003 (BGBl I 728) ab 1. 1. 2003 eingeleiteten, dch die 3.VO zur Änderg der BarwertVO vom 3. 5. 2006 (BGBl I 1144) geänderten und dch die VO vom 2. 6. 2008 nunmehr auch über den 30. 6. 2008 hinaus aufrechterhaltenen Neuregelg handelt es sich um eine Fortschreibg u Teilaktualisierg des früheren Rechts für die Zeit bis zum Inkraftfrt der in Aussicht genommenen Strukturreform des VA, mit der ua eine grdlegde Neuordnung des Ausgl nicht vollodynam Versorgungsanrechte angestrebt wird (vgl Vorb vor § 1587 Rn 31). Nachdem das bis 2002 grdsätzl maßgebde, jedoch veraltete u deswegen verfassungswidr Recht als Folge der BGH-Rspr (NJW **02**, 296) ab 2003 generell unanwendb geworden war (vgl BGH FamRZ **03**, 923), ist mit der Novelle 2003 dem dringl Bedürfn nach baldiger Wiederherstellg einer gesicherten Arbeits- u EntschGrdlage im Bereich des Ausgl nicht vollodynam Versorgungsanrechte, denen kein Deckgskapital zugrde liegt, entsprochen worden (BR-Drs 198/03 S 11). Die Novelle 2006 hat sodann die Barwertfaktoren aGrd eines niedrigereren RechngsZinses weiter erhöht. Ihre Geltgsdauer ist aGrd der VO vom 2. 6. 2008 nicht mehr begrenzt.

3) Die Verfassungsmäßigkeit der VO ist zwar zweifelh (Rehme FuR **06**, 112; Bergner FamRZ **07**, 23 [Anm]; Oldbg FamRZ **06**, 1389: verfassungswidr); prakt Erwäggen sprechen aber für ihre Anwendbark (BGH NJW **07**, 375; Nürnberg FamRZ **06**, 1846; Celle FamRZ **06**, 1762 mAv Bergner). Jedenfalls verstößt die Bewertg von Anrechten, die währd der Anw- od LeistgsPhase einer Wertsteigerg unterliegen, jedoch nicht vollodynam sind, als statisch nach Ansicht des BVerfG (NJW **06**, 2175 u 2177 = FamRZ **06**, 1000 u 1002 mAv Borth/Glockner 1004) bei nicht ganz unwesentl Teildynamik gg den Gleichheitssatz; hier liegt es nahe, nach geltender RLage zum Wert des Anrechts ein Gutachten einzuholen (BVerfG aaO). Vgl Bruder Müller NJW **06**, 3184. Zu Vorschlägen für eine Vermeidg verfassungswidr Ergebn der BarwertVO 2006 s Bergner NJW **06**, 1558; Beilage zu NJW **06**, Heft 25; FuR **06**, 436; Beilage zu NJW **08**, Heft 5; ihm folgd Oldbg FamRZ **07**, 1743.

4) Bewertungsprinzipien. Wird für das nicht vollodynam Anrecht kein Deckgskapital gebildet, so muss dessen Barwert ermittelt werden. – Der **Barwert** ist dem Deckgskapital versicherungsmathemat gleichzusetzen (BGH FamRZ **92**, 165; BR-Drs 198/03 S 11). Die Berechng des Barwerts erfolgt dch die Vervielfachg der zu erwartend od bereits laufden Jahresrente mit dem für die bestimmte VersArt vorgesehenen Tabellenwert. – Die **7 Tabellen** der BarwertVO 2006 sind abgedruckt zB in Beilage zu NJW **06**, Heft 4, NJW **07**, Heft 9; FamRZ **06**, 914 ff. – UmrechngsTab zu Tab 1 der BarwertVO 2006: Voucko-Glockner/Glockner FamRZ **06**, 917.

§ 1. Barwert zur Errechnung des Versorgungsausgleichs. (1) Für die Ermittlung des Wertunterschiedes ist bei
a) den in § 1587a Abs. 2 Nr. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Leistungen oder Anwartschaften auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung,
b) den in § 1587a Abs. 2 Nr. 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten sonstigen Renten oder ähnlichen wiederkehrenden Leistungen, die der Versorgung wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit zu dienen bestimmt sind, oder Anwartschaften hierauf

die Regelaltersrente zugrunde zu legen, die sich ergäbe, wenn ihr Barwert als Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung entrichtet würde. Dies gilt nicht, wenn ihr Wert in gleicher oder nahezu gleicher Weise steigt wie der Wert der in § 1587a Abs. 2 Nr. 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Versorgung und Anwartschaften (voll-dynamische Versorgung) und sie daher mit diesen unmittelbar vergleichbar sind; dies gilt ferner nicht in den Fällen des Buchstaben b, wenn die Leistungen ausschließlich aus einem Deckungskapital oder einer vergleichbaren Deckungsrücklage gewährt werden. Einer Anwartschaft steht die Aussicht auf eine Versorgung gleich.

(2) Absatz 1 ist entsprechend anzuwenden, wenn die Leistungen aus den in § 1587a Abs. 2 Nr. 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Renten oder Rentenanwartschaften auf Grund eines Versicherungsvertrages nicht oder nicht ausschließlich aus einem Deckungskapital oder einer vergleichbaren Deckungsrücklage gewährt werden.

(3) Der Barwert ist nach Maßgabe der folgenden Vorschriften aus den Tabellen zu ermitteln, die dieser Verordnung anliegen.

1) § 1 bestimmt den **sachlichen Anwendungsbereich** der BarwertVO, indem festgelegt wird, auf welche VersAnrechte die BarwertVO anzuwenden ist, **I 1 u II**, nämll auf die in § 1587a II Nr 3, 4, 5 genannten Anrechte, ergänzt um nach § 1587a V zu bewertde nicht vollodynam VersAnrechte. Ausgenommen sind sämtl VersAnrechte, die bereits vollodynam sind (I S 2 1. Hs). Ausgenommen von der BarwertVO sind auch diejen nicht (voll) dynam Vers iSv § 1587a II Nr 4 („sonstige Renten“), die **ausschließlich aus einem**

Deckungskapital oder einer vergleichbaren Deckungsrücklage gewährt werden, was der gesetzl Regelg in § 1587a III entspricht, **I 2 zweiter Halbsatz.**

- 2) Zu **umrechnungspflichtigen Anrechten** vgl § 1587a Rn 72 ff. Die Berücksichtig einer **Minderdynamik** sehen die Tabellen der BarwertVO nicht vor (Karlsru FamRZ **98**, 298).
- 3) Der Barwert ist ausschließl nach Maßg der §§ 2 ff aus den der VO beigegebenen **Tabellen** zu errechnen (§ 1 III), weil das VA-Verf im Interesse einer einheitl u einfachen RAnwendg auf Typisierung auf der Basis legislatorischer Wertgen zugeschnitten ist (BR-Drs 198/03 S. 10). Eine andweit Barwertbestimmg – etwa in Anwendg von § 1587a V – ist unzulässig (BGH NJW **83**, 336; FamRZ **91**, 310/3; aA Mü NJW **03**, 3571 iF des Ausgl bereits laufder Leistgen, mit krit Anm Bergschneider 3527), u zwar auch bei Verwendg sog Ersatztabellen (Zweibr FamRZ **01**, 495). Dies folgt aus den Grds der RSicherh u REinh sowie aus dem Gebot der Gleichbehandlg von Ehepaaren im ScheidgsfolgenR (BGH NJW-RR **02**, 289). – Nach der BarwertVO iVm den jew maßg aml Rechengrößen sind mind **4 Rechenvorgänge** dchzuführen: Ermittlg der Jahresrente; Errechng des Kapitalwertes dieser Rente bis auf 2 Dezimalstellen mit Hilfe der Tabellen der BarwertVO; Umrechng des Kapitalwertes in Entgeltpunkte mit Hilfe der Rechengrößen für die Umrechng von Kapitalwerten in Entgeltpunkte (SGB VI 187 III 3); Umrechng der Entgeltpunkte in eine Regelaltersrente dch Multiplikation mit dem bei Ehezeitende maßg aktuellen Rentenwert.

§ 2. Barwert einer zumindest bis zum Leistungsbeginn nicht voll dynamischen Anwartschaft auf eine lebenslange Versorgung. (1) Der Barwert einer Anwartschaft auf eine lebenslange Versorgung, deren Wert zumindest bis zum Leistungsbeginn nicht in gleicher Weise steigt wie der Wert einer voll dynamischen Versorgung, wird ermittelt, indem der Jahresbetrag der nach § 1587a Abs. 2 Nr. 3 oder 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auszugleichenden Versorgung mit dem Kapitalisierungsfaktor vervielfacht wird, der sich aus den anliegenden Tabellen 1 bis 3 ergibt.

(2) Ist eine Versorgung wegen Alters und verminderter Erwerbsfähigkeit zugesagt oder besteht aus sonstigen Gründen hierauf eine Anwartschaft, so ist die Tabelle 1 anzuwenden. Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente vor der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der Tabelle 1 um 7,5 vom Hundert, mindestens jedoch auf die sich nach Absatz 3 Satz 1 und 2 ergebenden Werte, zu erhöhen. Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente nach der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der Tabelle 1 um 5 vom Hundert, höchstens aber um 35 vom Hundert, zu kürzen. Steigt der Wert der Versorgung ab Leistungsbeginn in gleicher Weise wie der Wert einer voll dynamischen Versorgung, so sind die Werte der Tabelle 1 um 50 vom Hundert zu erhöhen.

(3) Ist nur eine Altersversorgung zugesagt oder besteht aus sonstigen Gründen hierauf eine Anwartschaft, so ist die Tabelle 2 anzuwenden. Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente vor der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der Tabelle 2 um 10,5 vom Hundert zu erhöhen. Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente nach der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der Tabelle 2 um 8,5 vom Hundert, höchstens aber um 65 vom Hundert, zu kürzen. Steigt der Wert der Versorgung ab Leistungsbeginn in gleicher Weise wie der Wert einer voll dynamischen Versorgung, so sind die Werte der Tabelle 2 um 65 vom Hundert zu erhöhen.

(4) Ist nur eine Versorgung wegen verminderter Erwerbsfähigkeit zugesagt oder besteht aus sonstigen Gründen hierauf eine Anwartschaft, so ist die Tabelle 3 anzuwenden. Für jedes Jahr, um das das Höchstalter für den Beginn der Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vor der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der Tabelle 3 um 8,5 vom Hundert zu kürzen. Für jedes Jahr, um das das Höchstalter nach der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der Tabelle 3 um 7 vom Hundert, höchstens aber um 25 vom Hundert, zu erhöhen. Steigt der Wert der Versorgung ab Leistungsbeginn in gleicher Weise wie der Wert einer voll dynamischen Versorgung, so sind die Werte der Tabelle 3 um 55 vom Hundert zu erhöhen. Der erhöhte Wert darf bei Tabelle 3 jedoch nicht den Vervielfacher übersteigen, der sich bei der Anwendung der Tabelle 1 ergäbe. Bei einer steigenden Anwartschaft richtet sich der Jahresbetrag der auszugleichenden Rente nach der Versorgung, die sich bei Eintritt der verminderten Erwerbsfähigkeit im Höchstalter ergäbe.

(5) Ist der Wert einer Tabelle zu erhöhen oder zu kürzen, weil der Beginn der Altersrente oder das Höchstalter für den Beginn der Rente vor oder nach Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, so ist diese Erhöhung oder Kürzung zunächst ohne Rücksicht darauf durchzuführen, ob der Wert der Versorgung ab Leistungsbeginn in gleicher Weise steigt wie der Wert einer voll dynamischen Versorgung. Steigt der Wert einer Versorgung ab Leistungsbeginn in gleicher Weise wie der Wert einer voll dynamischen Versorgung, so ist der nach Satz 1 erhöhte oder gekürzte Wert um den maßgebenden Vomhundertsatz zu erhöhen.

- 1) § 2 regelt die Ermittl des Barwerts einer Anw auf eine **lebenslange Versorgung**. I enthält den BerechnsGrds, dass der Barwert einer Vers dch Multiplikation des Jahresrentenbetrages mit einem in den Tabellen angegebenen Faktor zu ermitteln ist, u regelt, welche 3 Tabellen für die betr Anw maßg sind. Sodann wird nach dem Inhalt der Vers, dh dem abgedeckten VersRisiko unterschieden; II betrifft die Kombination von Alters- u Invaliditätsvers, III die reine Alters- u IV die reine Invaliditätsvers.
- 2) Auf die **Versorgungen wegen Alters und verminderter Erwerbsfähigkeit** ist zunächst a) die **Tabelle 1** anzuwenden, **II 1.** – **Voraussetzung** ist, dass beide VersArten in etwa gleich hoch sind; andfalls ist uU eine getrennte Umrechng aGrd der sich aus den Tabellen 2 u 3 ergebden Faktoren vorzunehmen.
- 3) **b)** Wird die **Versorgungsleistung früher oder später als mit 65 Jahren** ausgezahlt, so muss der Vervielfacher für jedes volle Jahr **erhöht** od **gekürzt** werden, wenn die feste Altersgrenze vor oder nach diesem Zipkt liegt, **II 2 und 3.** Dch die Erhöhg des Faktors bei vorzeit Altersgrenze wird der höheren Wahrscheinlich des LeistsEintritts u der längeren Rentenlaufzeit Rechng getragen, wobei andseits das niedrigere Risiko des Eintritts verminderter Erwerbsfähigk berücksichtigt wird. Der veränderte Faktor ist auf eine Dezimalstelle zu berechnen. Für die kombinierte Vers ist als MindSteigerg wenigstens von dem sich gem III 1 u 2 aus Tabelle 2 ergebden Wert auszugehen. – Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente **nach der Vollendung des**

65. Lebensjahres liegt, werden die Werte der Tabelle 1 (wg der geringeren ErlebensWahrscheinlichk u kürzeren Rentenlaufzeit) **gekürzt**, näml um 5%, höchstens um 35%, **II 3**.

c) Bei ab Leistungsbeginn vollodynamischen Vers sind die Werte der Tabelle 1 um 50% (bish 65% bzw 60%); zur Verfassungsgemäß dieses Faktors vgl BGH FamRZ **88**, 488) zu erhöhen, **II 4**. 4

3) Auf die isolierte Altersversorgung ist die **Tabelle 2** anzuwenden, **III 1**. Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente vor der Vollendg des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der Tabelle 2 um 10,5% zu erhöhen, **III 2**. Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente nach der Vollendg des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der Tabelle 2 zu kürzen, näml um 8,5%, max 65%, **III 3**. Um 65% sind die Tabellenwerte zu erhöhen, wenn der Wert der Vers ab LeistgsBeginn in gleicher Weise **steigt wie** der Wert einer **vollodynamischen Versorgung**, **III 4**. 5

4) Für die isolierte Versorgung wegen verminderter Erwerbsfähigkeit gilt die **Tabelle 3**, **IV 1**. **Zweck:** 6 Bei den betriebl VersZusagen u sonstigen Renten iSv § 1587a II Nr 4, V nur für den Fall der Invalidität ist zu berücksichtigen, dass die Zusage einen geringeren VersWert besitzt als ein Anrecht auf eine gleich hohe Altersrente; ist der Risikofall bereits eingetreten, so gilt gem § 5 für alle Leistgen wg Invalidität einheitl Tabelle 7 (BGH FamRZ **96**, 157). Die Tabellenwerte sind um 8,5% zu kürzen für jedes Jahr, um das das Höchstalter für den Beginn der Rente vor der Vollendg des 65. Lebensjahres liegt, **IV 2**, u entspr um 7%, höchstens aber um 25%, zu erhöhen für jedes Jahr, um das das Höchstalter nach der Vollendg des 65. Lebensjahres liegt, **IV 3**. Ist die Vers ab LeistgsBeginn vollodynam, sind die Werte der Tabelle 3 um 55% zu erhöhen, **IV 4**. Der erhöhte Wert darf jedoch nicht den Faktor übersteigen, der sich bei Anwendg von Tabelle 1 ergäbe, **IV 5**; in jedem Fall ist eine KontrollRechng nach Tabelle 1 dchzuführen. – Bei einer **steigenden** (dh mit der Dauer der Zugehörigk 7 zum VersSystem wachsen) **Anwartschaft** richtet sich der Jahresbetrag der auszugleichenden Rente nach der Vers, die sich bei Eintritt der verminderten Erwerbsfähigk im Höchstalter ergäbe, **IV 6** (krit Zimmermann NJW **84**, 2323/4).

5) Zusammentreffen mehrerer Erhöhungs- oder Kürzungsvorschriften, **V**. Die Tabellenwerte können 8 erhöht od verkürzt werden, weil der Beginn der Altersrente od das Höchstalter für den Beginn der Rente wg verminderter Erwerbsfähigk vor od nach Vollendg des 65. Lebensjahres liegen; außerdem kann eine weitere Erhöhg stattfinden, weil das Anrecht ab LeistgsBeginn vollodynam ist. Hier sieht **V** eine **multiplikative Verknüpfung** vor, bei welcher der 2. Zuschlag aus dem dch den 1. Zuschlag erhöhten (bzw bei Abschlägen: gekürzten) Wert berechnet wird.

§ 3. Barwert einer nur bis zum Leistungsbeginn vollodynamischen Anwartschaft auf eine lebenslange Versorgung. (1) Der Barwert einer Anwartschaft auf eine lebenslange Versorgung, deren Wert nur bis zum Leistungsbeginn in gleicher Weise steigt wie der Wert einer vollodynamischen Versorgung, wird ermittelt, indem der Jahresbetrag der nach § 1587a Abs. 2 Nr. 3 oder 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auszugleichenden Versorgung mit dem Kapitalisierungsfaktor vervielfacht wird, der sich aus den anliegenden Tabellen 4 bis 6 ergibt.

(2) Ist eine Versorgung wegen Alters und verminderter Erwerbsfähigkeit zugesagt oder besteht aus sonstigen Gründen hierauf eine Anwartschaft, so ist die **Tabelle 4** anzuwenden. Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente vor der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der **Tabelle 4** um 4 vom Hundert, mindestens jedoch auf die sich nach Absatz 3 Satz 1 und 2 ergebenden Werte, zu erhöhen. Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente nach der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der **Tabelle 4** um 3,5 vom Hundert, höchstens aber um 25 vom Hundert, zu kürzen.

(3) Ist nur eine Altersversorgung zugesagt oder besteht aus sonstigen Gründen hierauf eine Anwartschaft, so ist die **Tabelle 5** anzuwenden. Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente vor der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der **Tabelle 5** um 6 vom Hundert zu erhöhen. Für jedes Jahr, um das der Beginn der Altersrente nach der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der **Tabelle 5** um 6,5 vom Hundert, höchstens aber um 60 vom Hundert, zu kürzen.

(4) Ist nur eine Versorgung wegen verminderter Erwerbsfähigkeit zugesagt oder besteht aus sonstigen Gründen hierauf eine Anwartschaft, so ist die **Tabelle 6** anzuwenden. Für jedes Jahr, um das das Höchstalter für den Beginn der Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit vor der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der **Tabelle 6** um 10,5 vom Hundert zu kürzen. Für jedes Jahr, um das das Höchstalter nach der Vollendung des 65. Lebensjahres liegt, sind die Werte der **Tabelle 6** um 10 vom Hundert, höchstens aber um 50 vom Hundert, zu erhöhen. Der erhöhte Wert darf bei **Tabelle 6** jedoch nicht den Vervielfacher übersteigen, der sich bei Anwendung der **Tabelle 4** ergäbe. Bei einer steigenden Anwartschaft richtet sich der Jahresbetrag der auszugleichenden Rente nach der Versorgung, die sich ohne Berücksichtigung der Dynamik bei Eintritt der verminderten Erwerbsfähigkeit im Höchstalter ergäbe.

1) Inhalt. § 3 regelt die Ermittl des Barwerts einer Anw auf eine **lebenslange Versorgung**, deren Wert **nur 1 bis zum Leistungsbeginn** in gleicher Weise steigt wie der Wert einer **vollodynamischen** Vers. Die Vorschr betrifft insbes private betriebl AltersVers, die im AnwStadium dch Koppelg an die tarifl Lohnentwicklg an sich dynam sind, jedoch zunächst nur mit ihrem statischen Wert in den öffrechtl VA einbezogen werden.

2) Bei einer nur bis Leistungsbeginn vollodynamische Versorgung richten sich die Barwertfaktoren nach 2 den Tabellen 4–6, **I**, die sich wiederum nach dem LeistgsSpektrum unterscheiden, näml **Tabelle 4** für die kombinierte Vers, **II 1**, **Tabelle 5** für die isolierte AltersVers, **III 1**, **Tabelle 6** für die bloße Invaliditätsvers, **IV 1**. Vgl hinsicht Erhöhg u Kürzg iÜ § 2 Rn 3–7 entspr. **IV 5** stellt klar, dass bei der Errechng der Vers, die sich bei Eintritt der verminderten Erwerbsfähigk im Höchstalter ergibt, die Dynamik nicht berücksichtigt werden darf, da diese bereits bei den KapitalisiergsFaktoren der **Tabelle 6** berücksichtigt ist.

§ 4. Barwert einer Anwartschaft auf eine zeitlich begrenzte Versorgung. (1) Zur Ermittlung des Barwertes einer Anwartschaft auf eine zeitlich begrenzte Versorgung ist zunächst nach § 2 oder § 3 zu verfahren. Der danach ermittelte Betrag ist gemäß Absatz 2 zu kürzen.

(2) Für jedes Jahr, um das die in der Versorgungsregelung vorgesehene Laufzeit 10 Jahre unterschreitet, ist ein Abschlag von 10 vom Hundert vorzunehmen. Wird eine Versorgung allein wegen verminderter Erwerbsfähigkeit nur bis zu dem in der Versorgungsregelung vorgesehenen Höchstalter gewährt, ist ein Abschlag von 50 vom Hundert vorzunehmen, wenn sich nicht nach Satz 1 ein höherer Kürzungsbetrag ergibt. Der Barwert ist jedoch nicht höher als die Summe der vom Ende der Ehezeit an noch zu erwartenden Leistungen, wenn unterstellt wird, daß der Versorgungsfall zum Ende der Ehezeit eingetreten ist.

- 1 **1) § 4** betrifft **zeitlich begrenzt** laufende Vers. **Grund** für die 10-Jahres-Begrenzg: Die Durchschnittslaufzeit einer lebenslangen Rente erstreckt sich nach der Statistik (1977) auf ca 10 Jahre, so dass eine Rente mit längerer Laufzeit praktisch einer lebenslangen Rente gleichkommt. Dies ist im Hinbl auf die inzw deutl längeren durchschnittl Rentenlaufzeiten (dazu Heubeck/Engbrocks BetrAV 03, 128) verfassungsrechtl bedenkl (im Ergebn auch Stgt FamRZ 01, 493). Keine entspr Anwendg auf volldynam Vers. Zur Ermittlg des Barwerts ist zunächst gem §§ 2 od 3 festzustellen, welchen Wert die VersLeistg hätte, wenn sie lebenslang zu gewähren wäre, **I**; sodann wird dieser Wert je nach der Dauer der Laufzeit gekürzt, **II**.
- 2 **2)** Die (hypothet) **Feststellung des Barwertes der Lebensangleistungen** erfolgt gem **II 1** einerseits unterschieden danach, ob es sich um eine bis zum LeistgsBeginn nicht volldynam Anw auf eine Vers (dann § 2) od um eine nur bis zum LeistgsBeginn volldynam Anw auf eine Vers (dann § 3) handelt. Der danach ermittelte Betrag für eine LebenslangVers ist zu kürzen, **I 2**.
- 3 **3) Kürzung.** Bei Leistgen mit einer kürzeren Laufzeit als 10 Jahre ist der Lebenslangbetrag nach **II** zu kürzen, **I 2**. Bei längeren Laufzeiten scheidet eine Kürzg aus.
- 4 **a)** Die **zeitliche Begrenzung** der VersLeistg wird idR dach berücksichtigt, dass **für jedes Jahr**, um das die in der VersRegelg vorgesehene Laufzeit 10 Jahre unterschreitet, ein **Abschlag von 10%** vorzunehmen ist, **II 1**.
- 5 **b)** Wird eine Vers allein wg verminderter Erwerbsfähigk nur bis zu dem in der VersRegelg vorgesehenen **Höchstalter** gewährt, ist ein Abschlag von 50% vorzunehmen, wenn sich nicht nach S 1 ein höherer KürzgsBetrag ergibt, **II 2**. Nach Errechng der isolierten Invaliditätsvers u Kürzg gem § 4 II 2 ist eine Kontrollrechng nach § 4 II 1 (Rn 4) dchzuführen. Ist der dabei ermittelte KürzgsBetrag größer als der nach Rn 5 errechnete, so gilt der Abschlag der KontrollRechng, **II 2 aE**. Es gilt also jew der höhere KürzgsBetrag, mithin der niedrigere Barwert. Zusätzl enthält II 3 nochmals eine Begrenzg des Barwerts.
- 6 **c) Höchstbetrag.** Der Barwert ist iFv II 2 u 3 nie höher als die Summe der vom Ende der Ehezeit an noch zu erwartenden Leistgen, wenn unterstellt wird, dass der VersFall zum Ende der Ehezeit eingetreten ist, **II 3**. Das entspricht § 5 II 3.

§ 5. Barwert einer bereits laufenden, zumindest ab Leistungsbeginn nicht volldynamischen Versorgung.

(1) Der Barwert einer bereits laufenden lebenslangen Versorgung, deren Wert zumindest ab Leistungsbeginn nicht in gleicher Weise steigt wie der Wert einer volldynamischen Versorgung, wird ermittelt, indem der Jahresbetrag der nach § 1587a Abs. 2 Nr. 3, 4 oder 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgleichenden Leistung mit dem Kapitalisierungsfaktor vervielfacht wird, der sich aus der anliegenden Tabelle 7 ergibt.

(2) Zur Ermittlung des Barwertes einer bereits laufenden Versorgung, deren Wert zumindest ab Leistungsbeginn nicht in gleicher Weise steigt wie der Wert einer volldynamischen Versorgung und die zeitlich begrenzt ist, ist zunächst nach Absatz 1 zu verfahren. Von dem danach ermittelten Betrag ist für jedes Jahr, um das die Restlaufzeit 10 Jahre unterschreitet, ein Abschlag von 10 vom Hundert vorzunehmen. Der Barwert ist jedoch nicht höher als die Summe der vom Ende der Ehezeit an noch zu erwartenden Leistungen.

- 1 **1)** § 5 regelt die Fälle, in denen bei Ehezeitende **bereits Leistungen** gewährt werden. Nach dem Grd der VersLeistg (Alter od verminderte Erwerbsfähigk) braucht hier nicht unterschieden zu werden (BGH FamRZ 96, 157). Es kommt entscheidend auf die Höhe der laufenden Leistgen an. I behandelt die laufenden lebenslangen Leistgen, II regelt die schon laufenden, zeitl begrenzten VersLeistgen. Maßg **Zeitpunkt** für die Beurteilg als laufende Vers ist das Ende der Ehezeit (BGH FamRZ 99, 218). Eine bei Ehezeitende gewährte u im LeistgsStadium dynam Vers ist mit ihrem Nominalbetrag zu berücksichtigen, auch wenn sie währd der AnwPhase nicht volldynam war (BGH NJW 92, 175). Zu den Fällen einer bereits laufenden Leistg wg Teilinvalidität vgl Soergel/Häußermann § 1587a Rn 413.
- 2 **2)** Zur **Ermittlung des Barwertes** einer bereits laufenden **lebenslangen** VersLeistg wird der Jahresrentenbetrag mit dem Kapitalisierungsfaktor der Tabelle 7 vervielfacht.
- 3 **3)** Der Barwert einer bereits laufenden **zeitlich begrenzten** Leistg wird in einem doppelten BerechngsVerf errechnet.
- 4 **a)** Zunächst ist gem I der Barwert festzustellen, als sei die Vers lebenslang, **II 1**.
- 5 **b)** Nach Errechng des Kapitalwerts einer hypothet bereits laufenden Lebenszeitvers ist von dem so ermittelten Betrag für jedes Jahr, um das die Restlaufzeit 10 Jahre unterschreitet, ein Abschlag von 10% vorzunehmen (verfassungsrechtl zweifelh, Stgt FamRZ 01, 493), **II 2**.
- 6 **c) Höchstgrenze:** Der Barwert ist nicht höher als die Summe der vom Ende der Ehezeit an noch zu erwartenden Leistgen, **II 3**.

§ 6. Höchstbetrag des Barwerts. Der nach den vorstehenden Vorschriften ermittelte Barwert ist soweit zu kürzen, als im Einzelfall die Entrichtung des Barwerts als Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung aus dieser zu einer höheren Rente führen würde, als sie der Berechnung des Barwerts zugrunde gelegen hat.

- 1 Bsp: BGH FamRZ 07, 23/7 mAv Bergner. – Die Beschränk des Barwerts auf einen **Höchstbetrag** in § 6 ist obsolet, wenn bereits die immananten Höchstbetragsregelungen ein Überschreiten des dynamisierten Betrags ggü der Ausgangsvers verhindern.

Brudermüller

Stand bis 31. 8. 2009

BarwVO 4–7

§ 7 Inkrafttreten. *Diese Verordnung tritt am 1. Juli 1977 in Kraft.*

§ 7 regelt den Geltgszeitraum der BarwertVO. Sie ist in ihrer ursprüngl. zwischenzeitl. wiederholt novellierten Fassg am 1. 7. 1977 (im Beitrittsgebiet am 1. 1. 1992) in Kraft getreten. Die seit dem 1. 1. 2003 geltende Befristg ist inzw. entfallen (Art 1 der VO v 2. 6. 2008, BGBl I 969).

1

4. Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts

Das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts v 6. 7. 09 (BGBl I 1696) hat mit Wirkung vom 1. 9. 09 unter anderem die der HausratsVO aufgehoben und ihre materiellrechtl Regeln in das BGB eingefügt. Für Haushaltsgegenstände, die vor dem 1. 9. 2009 angeschafft worden sind, gilt aber weiterhin das bisherige Recht (vgl. Art. 229 § 20 Abs. 1 EGBGB). Die HausratVO und ihre Kommentierung (Stand 68. Auflage 2009) sind im Folgenden aufgeführt.

Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats

Vom 21. Oktober 1944 (RGBl I 256),

zuletzt geändert durch Art 12 des Gesetzes zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehwohnung bei Trennung vom 11. 12. 2001 (BGBl I 3513, 3518)

Rspr-Berichte: [Brudermüller](#) FamRZ **87**, 109; **99**, 129 u 193; **03**, 1705; **06**, 1157; [Götz/Brudermüller](#) FamRZ **08**, 1895/7.

Einführung

- 1) Zweck.** Die HVO erging infolge der Wohnraumverknappung anlässlich des Krieges und der Schwierigkeit der Beschaffung von Mobilien und sonstigem Hausrat (amtliche Begründung DJ **44**, 278) als 6. Durchführungsvorschrift zum EheG 1944. Sie ist trotz Bedenken verfassungskonform, insbesondere als Inhalts- und Schrankenbestimmung für Eigentum an Wohnraum (BVerfG NJW **92**, 106); insgesamt aber reformbedürftig und sollte in seinen Kernstrukturen im BGB angesiedelt sein (vgl. zur Reform Rn 8) Ihr Ziel, eine schnelle, zweckmäßige und einfache Regelung der Rechtsverhältnisse an Wohnung und Hausrat nach Familiengesetzlichen Grundsätzen zu ermöglichen, ist auch heute noch erstrebenswert. Die Vorschriften der HausratVO dienen dem Schutz der Familie (BVerfG FamRZ **06**, 1596). 1
- 2) Geltung.** Infolge der Aufhebung des EheG iR des EheschRG wurde in der Überschrift der Klammerzusatz „6. Durchführungsvorschrift zum EheG“ gestrichen. Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die HVO als eigenständige Rechtsquelle fortgeltend soll, und zwar mangels einer nach GG Art 80 I erfolgte Ermächtigung und trotz der Weiterbezeichnung als VO in Form eines einfachen Gesetzes. Die HVO gilt auch im Beitrittsgebiet (EG Art 234 § 4 Rn 18). 2
- 3) Inhalt.** Die HVO regelt die Rechtsverhältnisse an Ehwohnung und Hausrat **nach Scheidung** (für die Zeit vor Einleitung des Scheidungsverfahrens: §§ 1361 a, 1361 b). Sie enthält materiellrechtliche Vorschriften (HVO 1–10), aber auch Verfahrens- (HVO 2, 11–19) und Kostenvorschriften (HVO 20, 23). 3
- 4) Anwendungsbereich.** – **a)** Zu einem Hausratsverfahren kommt es **anlässlich der Scheidung**; entweder als **Scheidungsfolgesache** im Bundesverfahren, über die auf entsprechende Antrag auch nur eines Ehegatten (vgl. § 1 Rn 2 u § 13 Rn 2) zusammen mit der Scheidung entschieden werden soll (ZPO 621 I Nr 7, 623 I, 629 I), d.h. es muss mind. das Scheidungsverfahren anhängig sein (Mü FamRZ **96**, 302), **oder als selbständiges Verfahren** in einer anderen Familiensache im Anschluss an die rechtskräftige Scheidung. 4
- b)** Die HVO betrifft nur Streitigkeiten zwischen geschiedenen **Ehegatten**, nicht auch mit Dritten. Auf **nichtehele Lebensgemeinschaften** ist sie **nicht anwendbar** (Hamm NJW-RR **05**, 1168 mwN). Die VO ist sinngemäß auch nach **Aufhebung der Ehe** anzuwenden (§ 1318 IV), nicht aber bei Auflösung der Ehe durch den Tod, so dass auch ein bereits eingeleitetes Verfahren nicht fortgesetzt werden kann. 5
- c)** Zur Anwendung der HVO für die Auseinandersetzung gemeinschaftlichen Vermögens nach früherem **DDR-Recht** vgl. EG Art 234 § 4 Rn 15. – **IPR:** EGBGB 17 a. 6
- 5) Das Verfahren** ist wegen der gestaltenden Tätigkeit des Richters (HVO 2) als Verfahren der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** konzipiert (HVO 13 I, ZPO 621 a I, 621 I Nr 7). Es bestimmt sich nach HVO 11–19 u ZPO 621–630, HVO 1 II. Vgl. HVO 13 u. Übbl. FamRZ **99**, 129/194 ff. **Zuständig** ist das FamG (HVO 11). 7
- 6) Reform.** Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormschr. sieht für die Regelung der Rechtsverhältnisse an Ehwohnung und Hausrat für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung zwei neue Vorschriften im ScheidungsfolgenR vor (BGB 1568 a, 1568 b; vgl. dazu Götz/Brudermüller NJW **08**, 3025; die dortigen Änderungsvorschläge hat der Bundesrat beschlossen, s. BR-Drs 635/08 Nr 2–4). Die Verfahrens- und Kostenvorschriften finden Eingang in das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG, vgl. Einl. 6 vor § 1297) und werden mit dessen Inkrafttreten aufgehoben, das Verfahren wird in §§ 200–209 neu geregelt (vgl. auch § 1361 b Rn 26). Vgl. die Hinweise zu den einzelnen Vorschriften. Zu dem Referententwurf 8

Abschnitt 1. Allgemeine Vorschriften

§ 1. Aufgabe des Richters. (1) Können sich die Ehegatten anlässlich der Scheidung nicht darüber einigen, wer von ihnen die Ehwohnung künftig bewohnen und wer die Wohnungseinrichtung und den sonstigen Hausrat erhalten soll, so regelt auf Antrag der Richter die Rechtsverhältnisse an der Wohnung und am Hausrat.

(2) Die in Absatz 1 genannten Streitigkeiten werden nach den Vorschriften dieser Verordnung und den Vorschriften des Zweiten und des Dritten Abschnitts im Sechsten Buch der Zivilprozessordnung behandelt und entschieden.

Hinweis: HVO 1 wird im Zuge der Neuregelung des Verfahrens – ebenso wie die anderen sich auf das Verfahren und die Kostenentscheidung beziehenden Vorschriften der HVO – aufgehoben (Art 62 Nr 1 FGG-RG). Diese Vorschriften finden sich künftig im FamFG und hier insbesondere in den §§ 200 bis 209 FamFG-E, die für §§ 1361 a und b BGB und die HVO gleichermaßen gelten. Das Antragsverfahren ist künftig in § 203 FamFG-E geregelt.

1) HVO 1 umschreibt die **Aufgaben** des Familiensachrichters, der bei nicht erfolgter Einigung der Ehegatten (s. Rn 2) iF der Scheidung angerufen werden kann. **I. Zweck.** Endgültige Regelung der künftigen Besitz- und Rechtsverhältnisse hinsichtlich Ehwohnung und Hausrat mit familiengerichtlicher Gestaltungsmöglichkeit der Vertragsbeziehungen beider Ehegatten, und zwar and als bei BGB 1361 a, 1361 b auch im Verhältnis zu Dritten (vgl. Karlsruhe FamRZ **81**, 182 u **93**, 821; Hbg FamRZ **90**, 651; Hamm FamRZ **93**, 574 u **94**, 388; aA Köln FamRZ **89**, 640; Mü NJW-RR **95**, 1474). 1

2) Voraussetzungen. – **a) Keine Einigung der Ehegatten.** Eine iSv HVO 1 erschöpfende Einigung erfordert, dass sie in jeder Hinsicht eine richterliche Regelung insgesamt entbehrt macht (Mü FamRZ **07**, 1655; Celle FamRZ **02**, 340; Möller FPR **00**, 69; s. auch Götz/Brudermüller Rn 197 ff.). Deshalb liegt keine voll wirksame Einigung vor, wenn 2

sich nur die Eheg geeinigt haben, der Vermieter aber sein Einverständnis mit der Fortsetzung des Mietverh nur mit einem Eheg verweigert (Mü FamRZ 86, 1019; Hamm FamRZ 94, 388; Köln FamRZ 99, 672; vgl HVO 5 Rn 3). Hält sich einer der Eheg nicht an eine außergerichtl Vereinbg, kann das FamG regelnd eingreifen (Köln FamRZ 87, 77). Bei einer bloßen **Teileinigung** darf nur noch über den noch streitigen Teil entschieden werden (Hamm FamRZ 90, 1126; Naumbg FamRZ 04, 889). Eine Einigg kann sich auch aus schlüssigem Verhalten ergeben, zB iF der endgültig Aufgabe der Ehwohnng (Ffm NJW 80, 2262; Karlsru FamRZ 80, 998; Köln FamRZ 83, 1123 u 85, 498). Str ist, ob eine Einigg nur dann ein Verfhindern darstellt, wenn sie bereits vollzogen ist od zu einem vollstreckb Titel geführt hat (so Köln FamRZ 87, 77 u 97, 78; aA BGH FamRZ 79, 789/790; offen gelassen von BGH FamRZ 90, 987). Ob sich die Eheg wirks geeinigt haben, ist vAw zu klären (HVO 13 I iVm FGG 12). Der **Streit über Wirksamkeit und Inhalt** (Düss FamRZ 86, 1132) der Einigg ist Vorfrage im HausrVerf (Zweibr NJW-RR 93, 649; Ffm FamRZ 91, 1327); keine Aussetz u Verweisg auf den Prozessweg, sond Zuständigk des FamG (Brem FamRZ 63, 366; Celle NJW 64, 1861; Ffm aaO; aA Karlsru FamRZ 07, 407; allg Zivilgericht). Nichtaufklärg einer behaupteten Einigg kann in der höheren Instanz zur Aufhebg u Zurückverweisg führen (Zweibr FamRZ 93, 82). Dagg ist bei Streit über die Dchsetz bzw Erfüllg eines seinem Inhalt nach unstreitigen Vergl das allg Zivilgericht zuständ (hM; Dresd FamRZ 01, 173; Karlsru FamRZ 03, 621).

- 3 **b) Regelungsgegenstände:** Ehwohnng, WohnngsEinrichtg u and Hausrat, wobei die eigtl- u güterrechtl Verhältnisse für die Begriffsbestimmg außer Betr bleiben. Zu den **Begriffen** Ehwohnng: § 1361 b Rn 5, Hausrat: § 1361 a Rn 6–10.

§ 2. Grundsätze für die rechtsgestaltende Entscheidung. Soweit der Richter nach dieser Verordnung Rechtsverhältnisse zu gestalten hat, entscheidet er nach billigem Ermessen. Dabei hat er alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere das Wohl der Kinder und die Erfordernisse des Gemeinschaftslebens, zu berücksichtigen.

- 1 **1) Entscheidung.** Der FamRichter trifft in einer Art richterl Vertragshilfe eine **rechtsgestaltende** Entsch (Scharfschwerdt-Otto, Gestaltgsmöglichktn u Bindg des bill Ermessen im Hausratsverf, 1992).
- 2 **a)** Der Grds, dass im Streitfall das Gericht **nach billigem Ermessen** entscheidet, ist eingeschränkt (vgl HVO 3–7 u 8–10) u zT ausgeschl (zB für die Vorfrage der EigFeststellg, BayObLG 52, 279). Die Entsch ist für Gericht u VerwaltgsBehörde bindend (HVO 16 I 2).
- 3 **b)** Zur **Ausgleichzahlung** s § 5 Rn 7 und § 8 Rn 8.
- 4 **c)** Entsch erfolgt idR **nach mündlicher Verhandlung**, bei der die Beteiligten nach Möglichk anzuhören sind (HVO 7 u 13 Rn 5).
- 5 **d)** Maßß für die zu berücksichtigten Umst ist der **Zeitpunkt** der BeschlFassg (BayObLG 56, 370), wobei aber voraussehbb Entwicklgtn (zB Wiederheirat) einzubeziehen sind (BayObLG 56, 375).
- 6 **e)** **Teilentscheidungen** sind nicht zuläss (Zweibr FamRZ 83, 1148). **Zurückbehaltungsrecht** (§ 273) aus and Forderungen, zB ZugewAusglAnspr, sind mit dem Zweck der HVO nicht vereinbaren (BayObLG FamRZ 75, 421; Hamm FamRZ 81, 875).
- 7 **2) Entscheidungskriterien.** Es sind **alle Umstände** des Einzelfalls zu berücksichtigen. **S 2** führt nur Bsp auf („insbes“). Das **Wohl der Kinder** steht wie bei § 1361 b (dort Rn 11) an oberster Stelle, so dass dem sorgeberecht Elternteil meist auch die Wohnng u der für die Kinder erfdl Hausrat zuzuweisen sein wird, um ihnen ihr bish Umfeld zu erhalten u weil dem dann alleinstehden Eheg nach den Verhältnissen des WohnngsMarkts ein Umzug idR eher zuzumuten ist (KG 67, 631 u FamRZ 91, 467; auch Stiefgeschwister; Karlsru FamRZ 81, 1087). – Nach den **Erfordernissen des Gemeinschaftslebens** (nicht: Ehelebens) soll einem Eheg nicht die Mögkl genommen werden, in der Nähe seiner Arbeitsstelle zu wohnen; gemeint ist ferner die bessere Einfügg eines Eheg in die übrige Hausgemisch (BayObLG 55, 205; 56, 159 u 376); Wohnraumbedarf infolge
- 8 Wiederheirat (Stgt OLG 68, 125). – Die **Ursachen der Eheauflösung** dürfen nach der auf das 1. EheRG zurückgehden Neufassg nicht mehr berücksichtigt werden; das hindert indes nicht, eindeut Fehlverhalten in besond gelagerten extremen Fällen mitzuberechtigten (KG FamRZ 88, 182). So kann zB gemeins Hausrat demjen Eheg zu Alleineigt übertr werden, der vom and dch Prozbetrug zu UnterhZahlg veranlasst worden ist (AG Weibg FamRZ 92, 191). – Weitere zu berücksichtigde Umst sind die **Eigentumsverhältnisse** (HVO 3), insbes bei Verteilg des Hausrats (HVO 8, 9), wobei im Hinbl auf den Normzweck, dass die Verteilg auch der Fortsetz des bish Lebenszuschnitts dient (Düss FamRZ 87, 1055), die Herkunft der Mittel für den Erwerb der Hausratsgegenstände (zB Erbsch) von geringerer Bedeutg ist; Aufwendngtn, die ein Eheg für die Wohnng allein erbracht hat; die **wirtschaftlichen Verhältnisse** beider Eheg (BayObLG FamRZ 65, 513); das Vorliegen einer Dienst- od Werkwohnng (HVO 4); die Notwendigk der Wohnng für den Lebensunterh (zB Wohnng auf dem Pachthof); die Tats, dass ein Eheg die Wohnng schon vor der Eheschl bewohnte; dass nahe Angehör des einen Eheg im selben Haus wohnen (Hbg NJW 54, 1892); welchem der beiden Eheg die Wiederbeschaffg von Wohnng od Hausrat leichter fällt; die **persönlichen Verhältnisse**, insbes Alter, GesundhZustand, Hilfsbedürftigk.

Abschnitt 2. Besondere Vorschriften für die Wohnung

Einleitung

Bei der Ehwohnng ist **danach zu unterscheiden**, ob sie einem Eheg allein od gemeins mit einem Dritten gehört (HVO 3) od ob sie im Miteigt beider Eheg steht (HVO 3 Rn 5) u ob es sich um eine Dienst- od Werkwohnng (HVO 4) od um eine Mietwohnng (HVO 5) handelt.

Schrifttum: [Götz/Brudermüller](#). Die gemeinsame Wohnng – Begründg, Änderg u Aufhebg der RVerhältnisse, Wohnngszuweisg, Gewaltschutz, 2008.

§ 3. Wohnung im eigenen Hause eines Ehegatten. (1) *Ist einer der Ehegatten allein oder gemeinsam mit einem Dritten Eigentümer des Hauses, in dem sich die Ehwohnnung befindet, so soll der Richter die Wohnung dem anderen Ehegatten nur zuweisen, wenn dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden.*

(2) Das gleiche gilt, wenn einem Ehegatten allein oder gemeinsam mit einem Dritten der Nießbrauch, das Erbbaurecht oder ein dingliches Wohnrecht an dem Grundstück zusteht, auf dem sich die Ehwohnung befindet.

1) **Alleineigentum oder Miteigentum mit einem Dritten, I.** Bis zur Scheidg hat der and Eheg ein BesitzR (vgl § 1353 Rn 6); danach sind aber grdsätzl die EigtVerhältnisse zu beachten. Dem Eigt stehen gleich: WEigt, DauerNutzgsR, gem II: Nießbr, ErbbauR (Oldbg FamRZ 98, 571), dingl WohnR (Düss FamRZ 80, 171; Stgt FamRZ 90, 1260; Bamgb FamRZ 96, 1085). Bei Konkurrenz zw Eigt des einen Eheg u dingl WohnR des and Eheg ist der Maßst str (für HVO 3: Stgt FamRZ 90, 1260, für HVO 2: Naumbg FamRZ 98, 1529).

2) **Härtefall.** Wg des Eingriffs in verfassungsrrechtl geschützte RPosition (vgl BayObLG FamRZ 74, 17 u 77, 467) u wg des AusCharakters sind an die Annahme einer **unbilligen Härte** (vgl § 1361 b, dort Rn 8–20) **strenge Anforderungen** zu stellen. Die WohngsZuweisg muss dringd notw sein, um eine andfalls eintretende unerträgl Belastg für den and Eheg abzuwenden, die ihn außergewöhnl beeinträchtigen würde (Oldbg FamRZ 98, 571; Naumbg FamRZ 02, 672; Hamm FamRZ 04, 888), zB wenn ein Eheg für sich u die von ihm betreuten Kinder keine Wohng finden kann; wenn er aus berufl od fam Grden auf die Wohng dringd angewiesen ist; wenn die Kinderbetreuung iF des Umzugs nicht gesichert ist. **Keine** unbillige Härte dagg bei bloßer Unbequemlichk od schlechter Unterbringg in der neuen Wohng (Mü FamRZ 95, 1205). Die Zuweisg ist nicht schon desh erleichtert, weil der dingl Berecht nicht od nur geringen Unterh bezahlt u der and Eheg aus finanziellen Grden keine Erssatzwohnng finden kann (Mü FamRZ 95, 1205; Hamm aaO; aA Klein FuR 97, 111). – Die **Zuweisungsdauer** ist unter Festsetzg eines NutzgsEntgelts, bei entspr Antr, od Begründg eines Mietverhältnisses zeitl zu begrenzen.

3) Bei **Miteigentum** der Eheg – ein trotz erhebl prakt Bedeutg vom Gesetz nicht speziell geregelter Fall – gilt nicht der Maßst von HVO 3, sond von HVO 2, dh billiges Ermessen (BayObLG FamRZ 71, 34 u 74, 22; Celle FamRZ 92, 465; Kindeswohl als vorrangiges Kriterium). IdR wird die WohngsZuweisg an den einen Eheg dch Begründg eines NutzgsVerhältnisses (nicht dch Übereing, KG FamRZ 86, 72) erfolgen. Zw den MitEigtümern kann auch ein Mietverhältn begründet werden (HVO 5 II 1). IRv HVO 2 ist zu prüfen, ob ein Miet- od wg ZVG 57 ff nur ein NutzgsVerh angem ist. Soweit keine übergreifende UnterhRegelg getroffen wird, hat der MitEigtümer, dem die Wohng zugewiesen wird, an den and eine NutzgsVergütg zu zahlen (BayObLG 53, 49; Offbg FamRZ 65, 277) u zwar aus dem Miet- od NutzgsVerh iRd MitEigtGemsch (BayObLG FamRZ 74, 22). Bei Aufteilg der Hauslasten unter den Eheg zur Hälfte beträgt auch die NutzgsVergütg den halben Mietwert (Celle FamRZ 92, 465), wobei Höhe der Vergütg auch der Billigk entsprechen muss. Ist ein geschiedener Eheg bei MitEigt bereits endgült aus der Wohng ausgezogen, kann er nach bislang hM NutzgsVergütg nur üb eine Neuregelg der Verwaltg u Benutzg nach BGB 745 II (mit Zuständigk des ProzGerichts) verlangen (so BGH FamRZ 82, 335; 83, 795; Mü FamRZ 05, 806; Brdbg FamRZ 08, 1444; dagg mit guten Argumenten Mü FamRZ 07, 1655 mAv Wever; zustimmd Hamm FamRZ 08, 1637). Bei dingl WohnR scheidet eine AusglZahlg aus, wenn der weiche Eheg die Wohng iRv § 1093 II nicht nutzen kann (Bamgb FamRZ 96, 1085). Hat ein Eheg die Ehwohnng ersteigert, ist eine nachträgl WohngsZuweisg an den and Eheg nach der HVO nicht mögl (Hamm FamRZ 98, 181). Zur Zuständigk des FamG bei der Erlösverteilg Köln NJW-RR 96, 1347.

§ 4. **Dienst- und Werkwohnung.** Eine Wohnung, die die Ehegatten auf Grund eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses innehaben, das zwischen einem von ihnen und einem Dritten besteht, soll der Richter dem anderen Ehegatten nur zuweisen, wenn der Dritte einverstanden ist.

1) Die Benutzg von Dienst- od Werkwohnungen soll nur mit **Zustimmung des Dienstherrn oder der Werkleitung** geändert werden. Deren Begünstig kein Verstoß gg GG Art 3 II (BayObLG 72, 216). EigtSituation unerhebl (BayObLG 59, 403; 71, 377). Dienst- od Arbeitsverhältn muss im Ztpkt des HausVerf bestehen. Ist eine Frist verstrichen, nach deren Ablauf die Wohng nicht mehr als mit Rücksicht auf das ArbVerh überlassen gelten sollte, so kann die Wohng gleichwohl nicht gg den Widerspr des ArbG dem and Eheg zugewiesen werden (Ffm FamRZ 91, 838; aA Hbg FamRZ 82, 939).

2) **Zuweisung** grdsätzl („soll“) an den Dienstverpflichteten od Arbeitnehmer, mit Zustimmung des ArbG auch an den and Eheg; an ihn ist trotz fehler od verweigerter Zustimmung des Vermieters WohngsZuweisg mögl, wenn seine Belange (od die der Kinder) schwerer wiegen (Ffm FamRZ 92, 695; AG Ludwigshafen FamRZ 95, 558 u 1207), insbes wenn der Charakter als Dienst- od Werkwohnng in absehbar Zeit aufgehoben wird od zur Vermeidg einer ungewönl Härte, wenn die Fortsetzg des ArbVerh für den betriebsangehör Eheg nicht unzmögl od unzumutb erschwert wird (BayObLG NJW 70, 329; BayObLG 72, 216). Aber keine Überlassg einer Bergarbeiterwohnng an den and Eheg (Hamm FamRZ 81, 183; aA AG Kerpen FamRZ 97, 1344). Bei Dienst- u Arbeitsverhältn **mit beiden Ehegatten** (zB Hausmeisterehepaar) ist die Wohng demjen zu belassen, der das ArbVerh fortsetzt.

§ 5. **Gestaltung der Rechtsverhältnisse.** (1) Für eine Mietwohnung kann der Richter bestimmen, daß ein von beiden Ehegatten eingegangenes Mietverhältnis von einem Ehegatten allein fortgesetzt wird oder daß ein Ehegatte an Stelle des anderen in ein von diesem eingegangenes Mietverhältnis eintritt. Der Richter kann den Ehegatten gegenüber Anordnungen treffen, die geeignet sind, die aus dem Mietverhältnis herrührenden Ansprüche des Vermieters zu sichern.

(2) Besteht kein Mietverhältnis an der Ehwohnung, so kann der Richter zugunsten eines Ehegatten ein Mietverhältnis an der Wohnung begründen. Hierbei setzt der Richter die Miete fest.

- 1 **1) Umgestaltung des Mietverhältnisses, I 1.** Hat ein Eheg allein od haben beide zus gemietet, so kann der Richter (verfassgskonform, BayObLG NJW 61, 317) nach billigem Ermessen unter Berücksichtig der in HVO 2 (Rn 7 ff) genannten Gesichtspunkte bestimmen, dass der and Eheg od einer von ihnen das Mietverh fortsetzt, wobei sich das Gericht über die fehlde Zustimmung des Vermieters hinwegsetzen kann (Karlsru FamRZ 95, 45 mN). Der Eheg, der bish Mit- od Alleinmieter war, wird mit Wirksam der Entsch (HVO 16) von seinen vertragl Verpfl als Mieter frei; das VermieterpfandR an den Möbeln des Ausziehden erlischt hins künft Forderungen. Zur Haftg des ausziehden Eheg Schmitz-Jüsten WuM 99, 495 – **Sicherung der Ansprüche des Vermieters** ist anzuordnen, wenn Bedenken (dh nicht bei unzweifelhafter Solvenz, Karlsru FamRZ 95, 45) bestehen, dass der das Mietverh fortsetzende Eheg die Miete od sonstige aus dem Mietverh resultierende Forderungen nicht sicher erfüllen kann (Celle FamRZ 02, 340). Als Anordng kommt insbes die gesamtschuldner Mithaftg (Hamm FamRZ 93, 574) des ausziehden unterpfl Eheg für zukünft Mietfordergen od SicherhLeistg in Betr, **I 2**, u zwar auch ggf über den Ztpkt der Ehescheidg hinaus (aA AG Herne-Wanne FamRZ 90, 529); ferner Befreiung (idR keine volle Mithaftg auf unbegrenzte Zeit, Karlsru NJW 98, 2148; vgl auch Schlesw WuM 99, 522) u Beschränk auf eine bestimmte Höhe (Hamm FamRZ 94, 388). Die Anordng wird Teil des alten Mietvertrags, in den der verbleibde Eheg eintritt u den der FamRichter nur ändern kann („fortgesetzt wird“, „eintritt“), so dass nach Kündigg des Mietvertrags Eintritt des and Eheg in den alten Mietvertrag, ggf mit Rückwirkg, angeordnet werden muss. Eigenbedarfsgesichtspunkte des Vermieters bleiben idR außer Betr (BayObLG NJW 61, 317). Der Vermieter kann der WohngsZuweisg auch bei Benennung eines Bürgen widersprechen, wenn der Eheg zu Mietzahlgen nicht in der Lage ist (Mü NJW-RR 95, 1474). – Zur **Rechtsgestaltung** nach der Scheidg (bei Getrenntleb kommt gem BGB 1361b Rn 2 nur eine NutzgsRegelg im Innenverh in Betr) kann ein WohngsZuweisgsVerf auch nur mit dem Ziel eingeleitet werden, die allein noch **fehlende Zustimmung des Vermieters**, der die Entlassg des weichden Eheg aus dem Mietverh verweigert, zu ersetzen (Hamm FamRZ 94, 388; Karlsru FamRZ 95, 45; Celle FamRZ 98, 1530; Köln FamRZ 99, 672; str). – **I** gilt **analog** für ähnl VertrVerh (BGH LM HVO 3 Nr 1). So kann eine **Genossenschaftswohnung** auch dem Eheg zugewiesen werden, der nicht Mitgl der Genossensch ist (Mü FamRZ 91, 1452). Für Mietverh, die gem I 1 fortgesetzt werden, gilt der gesetzl KündSchutz.
- 5 **2) Neubegründung eines Mietverhältnisses (II)** ist als Folge einer Sonderbindg ohne Entschädigg zuläss (vgl BGH 6, 270). Bestand zw dem Vermieter u dem Eheg, dem die Wohng zugewiesen wird, noch kein MietVertr – also Fälle der WohngsZuweisg einer Wohng im Alleineigt des and (HVO 3 Rn 1) od im Miteigt beider Eheg (HVO 3 Rn 3), ebenso iF der Neubegründg eines Mietverh an einer Teilwohng (HVO 6 II) –, kann der FamRichter ein Mietverh zw dem Eigentümer u dem Eheg, der die Wohng erhalten hat, begründen (BayObLG FamRZ 74, 22; Mü FamRZ 01, 1709), wobei ein vorheriger Streit zw Vermieter u begünstigtem Eheg die Zuweisg der Mietwohng an letzteren nicht ausschließt (KG NJWE-FER 97, 121). Will das FamG entgegen § 5 II kein Mietverh, sond nach § 2 ein unentgeltl, unbefristetes NutzgsVerh an der bish Ehewohng zu Lasten des GrstEigtümers begründen, ist diesem rechtl Gehör unter Hinw auf die idR nicht vorherseh Rfolge zu gewähren (BVerfG NJW 02, 1334). – Die **Höhe des Entgelts** muss der Billigk entsprechen (vgl BGB 1361b III 2) u richtet sich vor allem nach den wirtschaftl Verh der Eheg. Das Gericht kann einen unter der Marktmiete liegenden Betrag festsetzen, wenn auch der Wohngsbedarf gemeins minderj unterberecht Kinder zu befriedigen ist (BayObLG FamRZ 77, 467); dies kann allerd nicht gelten, wenn der Entgeltberechtigte den vollen KiUnterh zahlt, da darin ein Wohnkostenanteil enthalten ist.
- 7 **3) Eine Ausgleichszahlung** an den weichden Eheg ist nur gem HVO 8 III 2 mögl, nicht aber bei der WohngsZuweisg mangels Analogiefähigk der Vorschr (ausführl Brudermüller FamRZ 89, 7; ebenso Hbg FamRZ 88, 80; Hamm FamRZ 93, 1463; aA AG Duisburg-Hamborn FamRZ 02, 1715; Karlsru FamRZ 81, 1087; BayObLG FamRZ 65, 513; 70, 33; 74, 22; Soergel/Heintzmann Rn 18).
- 8 **4) Verfahrensrecht.** Zur Beteiligg HVO 7. Widerspr des Vermieters unerhebl, es sei denn, er würde in einem alsbald RäumgsStreit voraussichtl obsiegen (LG Mannh NJW 66, 1716). Die Neuregelg des Mietverh dch den Richter ist **Hohheitsakt**. Der neue Vertr (HVO 3, 5 II) od die alleinige Fortsetzg u der Eintritt des Eheg, dem die Wohng zugewiesen worden ist, in den Vertr des and wird mit RKraft der Entsch wirks (HVO 16 I), dh der and Eheg tritt in den Mietvertr als Alleinmieter ein, ohne dass die Änderg u Begründg des MietVerh dch den FamRichter einer sonstigen (öff- od privrechtl) Genehmigg bedarf (HVO 16 II). Zur zeitl Beschränk HVO 12. Auch der Vermieter ist daran gebunden. And Ändergen des Mietverh (zB bezügl der KündFrist od des Mietzinses) sind unzuläss. Keine Haftg des neuen Mieters für Mietrückstände. Das Gericht kann sich, insbes iF der Versagg der nach HVO 12 erfdl Zustimmung, darauf beschränken, eine nur im Innenverh der Eheg wirkde Regelg zu treffen (KG NJW 61, 78; BayObLG NJW 70, 329). Wg Vorgeflichk der Entsch über eine AusglForderg des auf Zahlg einer NutzgsVergütg in Anspr genommenen Eheg kann eine Aussetzg nach FGG 12, ZPO 148 in Betr kommen (Köln FamRZ 02, 1124; Stgt ÖLGR 02, 217).

§ 6. Teilung der Wohnung. (1) Ist eine Teilung der Wohnung möglich und zweckmäßig, so kann der Richter auch anordnen, daß die Wohnung zwischen den Ehegatten geteilt wird. Dabei kann er bestimmen, wer die Kosten zu tragen hat, die durch die Teilung und ihre etwaige spätere Wiederbeseitigung entstehen.

(2) Für die Teilwohnungen kann der Richter neue Mietverhältnisse begründen, die, wenn ein Mietverhältnis schon bestand, an dessen Stelle treten. § 5 Abs. 2 Sätze 2 und 3 gelten sinngemäß.

- 1 **1) Allgemeines.** – **a) Aufteilung.** Nach dem Grds der Verhältnismäßigk (geringstmögl Eingriff) ist die Ehewohng zur selbständigen Benutzg nur von Teilen der Ehewohng unter den Eheg (nicht auch im Verh zu Dritten) unabhäng vom dingl Recht aufzuteilen, wenn eine längerfristige Aufteilg zweckmäß u ein friedl Zusammenleben unter demselben Dach zu erwarten ist. HVO 6 gilt auch für das Untermietverh. – **b)** Die Vorschr hatte Bedeutg wg der WohngsNot in der Kriegs- u Nachkriegszeit. Unter den gegenwärt Umst wird eine Aufteilg nur in besond **Ausnahmefällen** bei entspr großzügigen räuml Verhältnissen in Betr kommen. – **c) Die Kosten** der Teilg tragen die Eheg.
- 2 **2) Zur Neugestaltung der Mietverträge** vgl Anm zu HVO 3 und 5. Bestand ein einheitl Mietvertr für die nunmehr geteilte Wohng, so endet jener mit der RKraft der Entsch, **II 1**, HVO 16 I.

§ 7. **Beteiligte.** Außer den Ehegatten sind im gerichtlichen Verfahren auch der Vermieter der Ehwohnung, der Grundstückseigentümer, der Dienstherr (§ 4) und Personen, mit denen die Ehegatten oder einer von ihnen hinsichtlich der Wohnung in Rechtsgemeinschaft stehen, Beteiligte.

Hinweis: HVO 7 wird im Zuge der Reform des VerfR aufgehoben (Art 62 Nr 1 FGG-RG), die Beteiligtenstellung ist künftig in § 204 FamFG geregelt, dessen Abs 1 inhaltl dem derzeitigen Recht entspricht und nach dessen Abs 2 das Jugendamt künftig auf seinen Antr hin zu beteiligen ist, wenn Kinder im Haushalt der Eheg leben.

- 1) **Zweck** der Beteiligung: Gewähr des rechtl Gehörs u Sachaufklärung (BayObLG FamRZ 70, 36). 1
- 2) **Förmlich Beteiligte.** – a) **Zu beteiligen sind:** der Dienstherr (HVO 4), der Vermieter, GrdstEigtümer, Nießbraucher (auch wenn nicht Verm, Stgt OLG 68, 126); bei Zuteilg einer GenossenschWohnung auch die Genossensch; der Vermieter auch bei WohnsTeilg (BayObLG FamRZ 55, 202); dagg **nicht:** das JugAmt (str); minderj Kinder der geschiedenen Eheg (BayObLG FamRZ 77, 467); der InsVerw über das Vermögen eines Eheg (vgl Celle MDR 62, 416). – b) Dritte sind **keine** Beteiligten iSv HVO 7 bei nur **vorläufigen Regelungen** gem 3 BGB 1361 a, 1361 b (Köln FamRZ 94, 632; aA Kblz FamRZ 87, 406; Hamm FamRZ 91, 466) u ZPO 620 Nr 7 (Hamm FamRZ 87, 1277) bzw ZPO 621 g. 3
- 3) **Verfahren.** Den (Dritt)Beteiligten sind zuzustellen: der Antr, die sie betreffden Schriftsätze (im Verbund: ZPO 624 IV) u die Entsch. Die Beteiligg schafft eine parteiähnl Stellg (BayObLG FamRZ 70, 36). Der Richter ist an etwaige Vorschläge der Beteiligten nicht gebunden (Ausn: HVO 12 für Vermieter). Drittbeteiligte haben kein AntrR, aber, soweit beschwert, selbständ Beschwer; dagg kein VollstrgR. Die Entsch wird erst mit RKraft ggü allen Beteiligten wirks. Verstoß gg zwingde Beteiligg kann Zurückverweis an das FamG rechtfertigen (Düss FamRZ 93, 575). 4

Abschnitt 3. Besondere Vorschriften für den Hausrat

Einleitung

1) **Inhalt.** HVO 8–10 enthalten die besond Vorschr für den **Hausrat** einschließl **Wohnungseinrichtung** („u sonst Hausrat“). HVO 8 betrifft gemeins Eigt der Eheg am Hausrat, HVO 9 Alleineigt. Gläubigerrechte werden dch die Hausratsteilg nicht berührt (HVO 10). An den güterrechtl EigtVerhältnissen wird, abgesehen von HVO 8 II, nichts geändert. Ein Eingriff in Verträge mit Dritten erfolgt nicht (vgl HVO 10 I), so dass diese – and als nach HVO 7 bei der Wohng – in einem derart Verf nicht Beteiligte sind. Da die Zuweisg von Ggsten oft von deren Eigt abhängt (HVO 8 II, 9), wird der FamRichter über das Eigt in diesen Fällen als **Vorfrage** vAw (HVO 12) mit entscheiden müssen, soweit nicht die Vermutg von HVO 8 II eingreift. Die EigtKlage für einz Ggste ist dann ausgeschl, ebenso eine Feststellgsklage. Umgekehrt ist der FamRichter an eine rkräft Verurteilg des Eheg zur Herausg eines Ggst an den and Eheg gebunden. Nach hM keine analoge Anwendg der §§ 8, 9 auf nELGemsch (krit Schlüter/Heckes/Stommel Dtsch u Europ FamR 00, 1/13 mwN; Empfehlg des 8. DFGT FamRZ 90, 24/7).

2) **Verhältnis zum Güterrecht.** Nach BGH NJW 84, 484 unterliegt Hausrat, der nach der HausrVO verteilt werden kann, nicht dem **Zugewinnausgleich**. Dagg werden Sachen, die einem Eheg allein gehören, nach der HausrVO nur im AusnFall dem and zugeteilt; sie sind dann vom ZugewAusgl nicht auszunehmen. Vgl § 1372 Rn 2, § 1375 Rn 5. 2

§ 8. **Gemeinsames Eigentum beider Ehegatten.** (1) Hausrat, der beiden Ehegatten gemeinsam gehört, verteilt der Richter gerecht und zweckmäßig.

(2) Hausrat, der während der Ehe für den gemeinsamen Haushalt angeschafft ist, gilt für die Verteilung (Absatz 1) auch dann, wenn er nicht zum Gesamtgut einer Gütergemeinschaft gehört, als gemeinsames Eigentum, es sei denn, daß das Alleineigentum eines Ehegatten feststeht.

(3) Die Gegenstände gehen in das Alleineigentum des Ehegatten über, dem sie der Richter zuteilt. Der Richter soll diesem Ehegatten zugunsten des anderen eine Ausgleichszahlung auferlegen, wenn dies der Billigkeit entspricht.

1) **Zweck.** Dch I wird eine Auseinandersetzung dch Verkauf gem § 753 vermieden, die Verteilg der Ggste erfolgt unmittelbar an die Eheg. Dch II wird eine umständl Beweiserhebung darüber, wer Eigtümer der einz Ggste ist, ausgeschl. – Keine Zuteilg an Dritte. Zum **Auskunftsanspruch** vgl § 1361 a Rn 18. Zu **Vereinbarungen** über Hausrat vgl Müller FPR 01, 103. 1

2) **Gegenstand der Verteilung,** dh das, was zum Hausrat (Begriff wie in BGB 1361 a, dort Rn 3–10) gehört, richtet sich nach HVO 1. Im Hausratsverf kann nur über Ggste entschieden werden, die noch vorhanden sind (Hamm FamRZ 96, 1423) u nicht im Eigt Dritter stehen (Brdbg FamRZ 04, 891). Bei Veräußerung ist BGB 1369 zu beachten (s dort Rn 3). 2

a) **Beiden Ehegatten gemeinsam gehörender Hausrat, I,** gleichgült, ob es sich um Miteigt nach Bruchteilen od um eine Gesamthandgmsch handelt, wird vom Richter gem Rn 6 verteilt. Hierher gehören auch Surrogate, selbst wenn sie wertvoller sind (KG FamRZ 68, 648; BayObLG FamRZ 70, 31). Analoge Anwendg von I auf nur im Mitbesitz der Eheg befindl, ihnen von den Eltern zum Zweck späterer Erbfolge überlassene Ggste (Hamm FamRZ 90, 531). Vgl iÜ HVO 10 Rn 2. 3

b) Die **Eigentumsvermutung** gem II gilt für die Verteilg unabhäng vom Güterstand, also iF der GüTrenng od ZugewGemsch, soweit nicht § 1370 eingreift, als gemeins Eigt. Währd der Ehe zum Zweck der gemeins Lebensführg angeschaffte Hausratsgegenstände sind nach dem Willen der Eheg im Zweifel ihr gemeins Eigt (Köln FamRZ 02, 3223). Wenn nichts and erklärt wird od besond Umst nicht dagg sprechen, ist beim Erwerb von Hausrat die EiniggsErkl auch nur des einen Eheg dahin zu verstehen, dass beide Eheg Miteigtümer werden sollen 4

(BGH NJW 91, 2283). Nutz fremden Eigentums während der Ehe vermag nicht ohne weiteres Miteigentum zu begründen. Die Beweislast für Alleinerwerb liegt beim kaufenden Ehegatten (Mü NJW 72, 542). Wird Alleineigentum behauptet, muss das FamG vAw ermitteln, kann also nicht nach billigem Ermessen entscheiden. Die **Vermutung** ist nur dann **widerlegt**, wenn das Alleineigentum feststeht. Dafür reicht nicht aus, dass während der Ehe mit Mitteln des einen Ehegatten gekauft worden ist (AG Weibg FamRZ 92, 191). Alleineigentum am Pkw ergibt sich weder aGrd Kaufs noch einen Ehegatten allein noch aus seiner Haltereigenschaft u Eintrag im KfzBrief (Hbg FamRZ 90, 1118). Die üblichen Geschenke von Haushaltsgütern dem Ehegatten od Dritte erfolgen idR für den gemeinsamen Haushalt, also kein Alleineigentum eines Ehegatten.

- 5 **c) Der Zeitpunkt der Anschaffung** ist für die Zuordnung zum Begriff „Hausrat“ unerheblich. Vor der Eheschließung für den späteren gemeinsamen Haushalt angeschaffte Hausratsgegenstände unterliegen der Hausratsenteilung u stehen im gemeinsamen Eigentum der Ehegatten, da schon bei Anschaffung gemeinsames Eigentum mit bestimmter Zweckrichtung begründet wird (vgl BrdBG FamRZ 03, 532 LS 2), nicht aber nach der Trennung (§ 1567) angeschaffte Gegenstände, weil sie nicht für das Zusammenleben in der Familie bestimmt sind; bei letzteren ist im Zweifel von Alleineigentum des Erwerbers auszugehen (vgl BGH NJW 84, 484).
- 6 **3) Gerechte und zweckmäßige Verteilung.** Die Verteilung erfolgt unter Berücksichtigung der in HVO 2 Rn 7 ff genannten Gesichtspunkte, wobei insbes das Kindeswohl zu berücksichtigen ist. Es können auch Umstände Berücksichtigung finden, die für den Beweis des Alleineigentums nicht ausreichen, zB wenn ein Gut einem Ehegatten besond zugeordnet war, aus seinen Ersparnissen angeschafft od von ihm fast ausschließlich für sich allein benutzt wurde. Es besteht auch bei reichhaltigem gemeinsamen Hausrat kein Halbteilungsgrundsatz (Mü FamRZ 97, 752).
- 7 **4) Wirkung der Zuteilung, III. – a)** Mit der Wirksamkeit der Entscheidung wird die Gemeinschaft aufgelöst u erwirbt der Ehegatte mit der Zuteilung **Alleineigentum (S 1)**. Die Rechte Dritter mit Ausnahm des Vermieterpfandrechts bleiben unberührt (HVO 10 I *arg*: „im Innenverhältnis“). Bestand kein Eigentum, so kann es auch dem Zuteilungsberechtigten nicht übergehen. Bei Miteigentum kein Schutz des guten Glaubens. Die Hausratsenteilung verpflichtet zur Herausgabe; kein Zurückbehalt an einzelnen Hausratsgegenständen (LG Limburg FamRZ 93, 1464).
- 8 **b) Ausgleichszahlung, III 2.** Erhält ein Ehegatte mehr als der andere, so kann (Hamm FamRZ 67, 105) jenem unter Berücksichtigung von HVO 2 S 2 eine Ausgleichszahlung entspr dem Mehrwert auferlegt werden, wenn das der Billigkeit entspricht. Dies soll der Ausgleich dienen, wenn eine wertmäßig gleiche Aufteilung doch das Gericht nicht möglich od sinnvoll ist (Naumbg FamRZ 07, 920). Die Zuweisung eines im Alleineigentum des begünstigten Ehegatten stehenden Haushaltsgutes an den anderen als Ausgleich ist nur unter den Voraussetzungen des HVO 9 zulässig (dazu JH/Brudermüller Rn 16). Zu berücksichtigend sind alle Umstände des Einzelfalles, ohne dass es erforderlich ist, einen exakten wertmäßigen Ausgleich zu erreichen (BGH FamRZ 94, 505). Keine Ausgleichszahlung für Güter, die nicht mehr vorhanden sind (Hamm FamRZ 96, 1423) od die der Ehegatte vor Eheschließung im Alleineigentum angeschafft hat u nach Scheidung behält (Zweibr FamRZ 87, 165).
- 9 Der Zahlungsanspruch entsteht erst mit der Zuweisung des Gutes (Rn 7) u der hieraus resultierenden Zahlungsverpflichtung. – Die **Höhe** der Ausgleichszahlung richtet sich nach dem Wert der zugeteilten Güter zum Zeitpunkt der Ehescheidung (Stgt FamRZ 92, 1446; 93, 1461; bei Pkw nach dessen Wert zzt der Auseinandersetzung). Da die Ausgleichszahlung die Wiederanschaffung entspr gebrauchter Güter ermöglicht soll, ist dieser Wert maßgebend, nicht der Neuanschaffungswert (Zweibr FamRZ 93, 82). Bei der Ausgleichszahlung braucht der Verkehrswert der Mehrleistung nicht erreicht zu werden. Bei dieser Zahlung können aber nicht Schadensansprüche eines Ehegatten gg den anderen für unbefugte Verfügungen vor der Scheidung berücksichtigt werden; auch nicht Ausgleichszahlungen (Hamm FamRZ 80, 469) od Zahlung anteiliger Miete, wenn die Ehegatten sich unabhängig von HVO 5 über die Benutzung der früheren Ehewohnung einig geworden sind (Mannh Just 76, 515). – Gegen die Ausgleichszahlung kann im Hausratsverfahren **nicht aufgerechnet** werden (Hamm FamRZ 81, 293), auch nicht gg Ausgleichsansprüche wg entspr Versicherungsgeld für (zB abgebrannten) Hausrat (Köln NJW-RR 93, 1030). – **Keine isolierte** Ausgleichsordnung nach bislang hM ohne Zuteilung von Hausrat (Hamm FamRZ 98, 1530; Naumbg FamRZ 04, 889 u 07, 920; Karlsruhe FamRZ 04, 891; zweifelnd Weber NJW 07, 3040/5). Zulässig dagg der Antrag auf Zuteilung sämtl im Miteigentum stehender Güter an den anderen Ehegatten unter Auferlegung einer entspr Ausgleichszahlung (Karlsruhe FamRZ 87, 848).
- 12 **5) Verfahren.** Das Gericht muss eine teilw Einigung bei der Entscheidung über den Rest berücksichtigen (§ 13 Rn 1). Zur interessengerechten Hausratsenteilung muss daher der Gesamtbestand des Hausrats u dessen Wert aufgenommen werden, u zwar auch betr den bereits verteilten Hausrat, der Gegenstand der Teileinigung ist (Bamberg FamRZ 01, 1316). Das Gericht hat iÜ vAw (HVO 13 I, FGG 12) festzustellen, was an verteilungsfähigen Hausrat insges tats vorhanden ist bzw zum Stichtag vorhanden war u in wessen Eigentum diese Güter stehen (Bamberg FamRZ 96, 1293; Zweibr FamRZ 99, 672; BrdBG FamRZ 00, 1102; zu weitgehend Düss FF 08, 169 mAv van Els: Gericht müsse vAw auch aufklären, in welchem Umfang eine Partei Hausratsgüter verborgen hat). Die Beteiligten haben ungeachtet des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 13 Rn 4) den gesamten vorhandenen Hausrat aufzulisten u anzugeben, wer unter Beachtung welcher Überlegungen die jew Güter erhalten soll (BrdBG FamRZ 04, 891; Naumbg FamRZ 07, 565). Es obliegt ihnen, zur Aufklärung beizutragen u die Beweismittel, die das Gericht noch nicht kennt, anzugeben. Keine Aussetzung des Verfs zur Klärung der Eigentfrage im Prozweg (BayObLG FamRZ 65, 331; str). Es muss üb die einz doch das Verf betroffenen Güter entschieden werden (BGH 18, 143). Die Güter müssen hinreichend konkret bezeichnet werden, damit der Herausgabebetitel vollstreckbar ist (Köln FamRZ 01, 174; BrdBG FamRZ 07, 565). Zuteilung „soweit vorhanden“ ist daher wg Unbestimmtheit unzulässig. Nach Zuteilung Verschaffung der zugeteilten Güter durch Zwangsvollstreckung (HVO 16 III) od bei Nichtvorhandensein Geldersatz im Prozweg – Reform: s §§ 203 II, 206 FamFG-E.

§ 9. Alleineigentum eines Ehegatten. (1) *Notwendige Gegenstände, die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, kann der Richter dem anderen Ehegatten zuweisen, wenn dieser auf ihre Weiterbenutzung angewiesen ist und es dem Eigentümer zugemutet werden kann, sie dem anderen zu überlassen.*

(2) *Im Falle des Absatzes 1 kann der Richter ein Mietverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem anderen Ehegatten begründen und die Miete festsetzen. Soweit im Einzelfall eine endgültige Auseinandersetzung über den Hausrat notwendig ist, kann er statt dessen das Eigentum an den Gegenständen auf den anderen Ehegatten übertragen und dafür ein angemessenes Entgelt festsetzen.*

- 1 **1) Inhalt.** AusnahmVorschr vom Grundsatz, dass jeder Ehegatte die ihm gehörenden Güter behält; daher eng auszulegen u auf seltene Ausnahmefälle zu beschränken. idR kein Eingriff in die Eigentumsverhältnisse bei reichhaltigem Hausrat (Mü FamRZ 97, 752).

2

2) Voraussetzungen für die Zuweisg von Ggsten an den NichtEigtümer, **I**: – **Alleineigentum des anderen** Eheg (vgl § 8 Rn 4). – **Notwendige Gegenstände** sind solche, die obj gesehen für das Leben des Nicht-Eigtümers unentbehrl sind, also Bett u Bettwäsche, sonst EinrichtgsGgste, Geschirr, Bestecke, aber auch solche, die der Eheg, der sie begehrt, zur Arbeitsverrichtg braucht. – Der Eheg (u ggf Kinder) muss **auf die Weiterbenutzung angewiesen** sein, zB weil er sich ErsGgste nach seiner Einkommens- u Vermögenslage nicht beschaffen kann. Daher keine Zuweisg bei VeräußersAbsicht (AG Borken FamRZ **08**, 696/7). – Die erfdl **Zumutbarkeit** der Überlassg an den and Eheg hängt von wirtschaftl, aber auch von persönl Umst ab (Bambg FamRZ **96**, 1293).

3) Richterliche Gestaltung. Die **Überlassung** an den NichtEigtümerEheg tritt mit Wirksamk der richterl Entsch in Kraft (HVO 16 I) u erfolgt (entgegen Wortlaut „kann“) nur gg ein entspr Entgelt im Weg der Begründg: **3**

a) eines **Mietverhältnisses (II 1)**. Dann ist ein Mietzins zwingd festzusetzen, so dass die Begründg eines unentgeltl Leihverh nicht statth ist. Eine Befristg des Mietverh kann zweckmäß sein. Ergänzd gelten die gesetzl mietrechtl Vorschr. Für Streitigk daraus ist das ProZGericht zuständ. Aufrechng des UnterhAnspr des unterberecht Eheg gg eine solche Mietzinsforderg zuläss;

b) od dch **Eigentumsübertragung (II 2)**, wenn eine endgült Auseinandersetg über den Hausrat erfdl ist, zB weil die Begründg eines Mietverh nur Anlass zu neuen Streitigk geben, die zugeteilten Ggst bald verbraucht sein od ihre Rückschaffg auf besond Schwierigk stoßen würde.

§ 10. Gläubigerrechte. (1) *Haftet ein Ehegatte allein oder haften beide Ehegatten als Gesamtschuldner für Schulden, die mit dem Hausrat zusammenhängen, so kann der Richter bestimmen, welcher Ehegatte im Innenverhältnis zur Bezahlung der Schuld verpflichtet ist.*

(2) *Gegenstände, die einem der Ehegatten unter Eigentumsvorbehalt geliefert sind, soll der Richter dem anderen nur zuteilen, wenn der Gläubiger einverstanden ist.*

1) Für mit dem Hausrat zusammenhängende Schulden (zB VersichergsBeitrag, InstandsetzgsKosten), für die ein Eheg allein od beide als Gesamtschuldner (§ 421) haften, kann – muss aber nicht (Koblenz FamRZ **00**, 304) – der Richter im **Innenverhältnis** die Verpfl zur Zahlg and bestimmen (**I**). Das Außenverh bleibt unberührt. Wird also ein Eheg an Stelle des and allein verpfl, so hat er diesen freizustellen; aGrd der richterl Festsetzg kann der freizustellde, aber im Außenverh in Anspr genommene Eheg LeistgsKlage gg den and Eheg erheben. **1**

2) Unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Gegenstände soll der Richter dem and Eheg nur zuteilen (dch Übertrag der Anw), wenn der Gläub damit einverstanden ist (**II**), da der Gläub im allg an dem Verbleib der Sache interessiert ist. Ausnahmsw Zuteilg auch gg den Willen des insow dann beschwerdeberecht Gläub (str; vgl JH/Brudermüller Rn 4 mN). Die Gläubigerrechte (§ 433 II) bleiben iÜ unberührt; jedoch kann der Richter bestimmen, dass der Eheg, dem zugeteilt wird, den erst später fällig werdden Kaufpreisrest sofort zahlt. Mit Zust Abänderg der Gläubigerrechte (§ 305). Entspr Anwendg auf gemieteten od geliehenen Hausrat. **2**

Abschnitt 4. Verfahrensvorschriften

§ 11. Zuständigkeit. (1) *Zuständig ist das Gericht der Ehesache des ersten Rechtszuges (Famliengericht).*

(2) *Ist eine Ehesache nicht anhängig, so ist das Familiengericht zuständig, in dessen Bezirk sich die gemeinsame Wohnung der Ehegatten befindet. § 606 Abs. 2, 3 der Zivilprozeßordnung gilt entsprechend.*

(3) *Wird, nachdem ein Antrag bei dem nach Absatz 2 zuständigen Gericht gestellt worden ist, eine Ehesache bei einem anderen Familiengericht rechtshängig, so gibt das Gericht im ersten Rechtszug das bei ihm anhängige Verfahren von Amts wegen an das Gericht der Ehesache ab. § 281 Abs. 2, 3 Satz 1 der Zivilprozeßordnung gilt entsprechend.*

Hinweis: HVO 11 wird bei Neuregelg des VerfR dch das FamFG-E aufgehoben (Art 62 Nr 1 FGG-RG). Die maßg ZuständigkVorschr finden sich dann (im Wesentlichen inhaltsgleich) in § 201 FamFG-E, der allerd eine feste Rangfolge für die Zuständigk vorsieht. Die Verweisg an das Gericht der Ehesache bei späterer RHängigk dieser ist in § 202 FamFG-E geregelt.

1) Die sachliche Zuständigkeit des FamG (**I**) ist ausschließl (GVG 23 b I Nr 8, ZPO 621 I Nr 7). FamG ist zuständ bei Streit der Eheg – nicht: Lebensgefährten – über die Wirksamk der Einigg od das Zustandekommen der Vereinbg u nach umstr Ansicht auch für Streitigk aus der Vereinbg (vgl JH/Brudermüller § 1361 b Rn 54 u HVO § 1 Rn 7 mN). Zuständ auch für Anordng od Verlängerg einer RäumgsFrist; ferner für den einstw RSchutz wg Besitzentziehg dch verbotene Eigenmacht (str), insbes die Rückschaffg von eigenmächt aus der Ehwohnng entfernten Ggsten, auch wenn einz Ggste kein Hausrat sind (BGH NJW **83**, 47); ebenso für NutzgVergütg nach HVO 8. Anspr aus Eigt u Besitz (§§ 985 ff, 858 ff) können nicht vor dem ProZGericht verfolgt werden, solange die EntschKompetenz des FamG nach HVO (als lex specialis) besteht. Für HerausgKlage persönl Ggste ist nach (reformbedürft) geltdem Recht das ProZGericht zuständ (BayObLG FamRZ **88**, 155; Bambg FamRZ **93**, 335; zu den prakt Probl Brudermüller FuR **96**, 230). Zuständ ist das ProZGericht für Klagen auf SchadErs im Verh der Eheg untereinander wg Verlustes, unbefugter Veräußerg od Zerstörg (Verbrauch) od NichtHerausg von Hausrat; im Verh zu Dritten ist zu unterscheiden, ob Zuteilg Surrogat für Hausrat darstellt (dann FamG) od ob Streit über Dchsetzg nach Zuteilg im HausrVerf als Surrogat besteht (dann ProZG). Bei Geldtmachg von HausrAnspr vor dem ProZGericht Abgabe an das FamG (§ 18). Vgl Übbl FamRZ **99**, 129/194f. **1**

2) Örtliche Zuständigkeit (wie in ZPO 621 III) bei Anhängigk einer Ehe-, insb der ScheidgsSache ausschließl das Gericht der Ehesache (**I**), bei NichtAnhängigk einer Ehesache das FamG an Ort der gemeins **2**

Wohng der Eheg (**II 1**). Fehlt eine gemeins Wohnng im Inland, ist der gewöhnl Aufenth maßg, hilfsw der AufenthOrt des AntrGegners (**II 2**). Bei nachträgl Anhängigk Abgabe an das Gericht der Ehesache (**III**). Die Zuständigk nach I dauert auch nach Beendig der Anhängigk der Ehesache fort (BGH NJW **86**, 3141).

§ 12. Zeitpunkt der Antragstellung. Wird der Antrag auf Auseinandersetzung über die Ehwohnung später als ein Jahr nach Rechtskraft des Scheidungsurteils gestellt, so darf der Richter in die Rechte des Vermieters oder eines anderen Drittbeteiligten nur eingreifen, wenn dieser einverstanden ist.

Hinweis: Im Zuge der Reform des VerfR werden die Wörter „des ScheidgUrteils“ dch die Wörter „der richterl Entsch über die Scheidg“ ersetzt, da nach § 38 FamFG-E künftig einheitl, also auch über die Scheidg dch Beschluss entschieden werden soll (Art 62 Nr 2 FGG-RG).

- 1 **1) Zweck.** Da der Antr auf Auseinandersetzung der Ehwohnung nicht fristgebunden ist, soll der Vermieter innerhalb von 1 Jahr Klarh darüber haben, welcher der Eheg künftig sein Mieter ist. Da sich die Ausschlussfrist nur auf Eingriff in Rechte Dritter bezieht, ist die Vorschr (die systemat hinter HVO 6 gehört) für Hausrat ohne Bedeutg. Fristwahrng auch dch Klageerhebng vor dem ProZGericht, wenn Abgabe an das FamG nach Ablauf von 1 Jahr erfolgt (HVO 18 II).
- 2 **2) Einverständnis ist erforderlich** iF von HVO 51 u 6 I (Einverständnis auch noch in der RMittelinstanz widerrufb, BayObLG **57**, 33); – **nicht** erfdl für eine Regelg im Verh der Eheg untereinander (zu den Regelgsmöglichk BayObLG FamRZ **70**, 35; Mü FamRZ **86**, 1019). – **Kein Anspruch** des Vermieters auf RGestaltg nach seinen Wünschen (BayObLG NJW **70**, 329). – Der **ausgezogenen Mieter-Ehegatte** hat gg den Mitmieter-Eheg im Innenverhältn uU einen Anspr auf Freistellg od Zustimmung zur Künd (Hbg NJW-RR **01**, 1012; sehr str, vgl dazu Götz/Brudermüller Rn 90).

§ 13. Allgemeine Verfahrensvorschriften. (1) Das Verfahren ist unbeschadet der besonderen Vorschrift des § 621 a der Zivilprozessordnung eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

(2) Der Richter soll mit den Beteiligten in der Regel mündlich verhandeln und hierbei darauf hinwirken, daß sie sich gütlich einigen.

(3) Kommt eine Einigung zustande, so ist hierüber eine Niederschrift aufzunehmen, und zwar nach den Vorschriften, die für die Niederschrift über einen Vergleich im bürgerlichen Rechtsstreit gelten.

(4) Lebt ein Kind in einer Wohnung, die Gegenstand einer Entscheidung über die Zuweisung ist, teilt der Richter dem

Jugendamt, in dessen Bereich sich die Wohnung befindet, die Entscheidung mit.

(5) (gegenstandslos)

- 1 **1) Verfahrensrechtlich (I)** gilt ein **Mischsystem** aus HVO 11–18, ZPO 621–621 f, 623–630 u FGG 12, 15 mit Einschränkngen.
- 2 **a)** Das Verf erfordert als **streitiges Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit** einen **Verfahrensantrag** (keinen Sachantrag iSv ZPO 253, dieser wäre auch nicht bindend) mit der bloßen Funktion der Verfahrensinitiative u eines Vorschlags an das Gericht (BGH **18**, 143; FamRZ **92**, 414/9 u 531 zu FGB 39 I; **94**, 98/101; Naumbg FamRZ **04**, 899 u **07**, 565; Brdbg FamRZ **04**, 891). Eine verbindl Teileinigg bezügl einz Hausrgstde ist allerd zu beachten (§ 1 Rn 2; § 8 Rn 12). Keine AntrFrist, aber Gesichtspkt der **Verwirkung** gem § 242 (Bambg FamRZ **92**, 332; RMissbr bei Geldtdmachg längere Zeit nach der Scheidg, zumal bei vollzogener Vermögensauseinandersetzung u Herausg einz Hausrggste; AG Weilbg FamRZ **98**, 963; Naumbg FamRZ **07**, 1579). Kein BestimthtErfordern iSv ZPO 253 (Zweibr FamRZ **80**, 1143). Antragsberecht nur Eheg. Zustellg an Beteiligte: HVO 7.
- 3 **b)** Im **isolierten** Verf (auch in BeschwlInstanz) besteht **kein Anwaltszwang**, and im ScheidgVerbund (ZPO 78 II Nr 2; Ausn: AntrStellg im einstwAO-Verf gem ZPO 620). Drittbeteiligte brauchen keine anwaltl Vertretg.
- 4 **c)** Es gilt der Grds der **Amtsermittlung** gem FGG 12, ZPO 621 a I 2. Das FamG hat vAw nach pflichtgem Ermessen alle wesentl Verhältnisse wie auch die maßg Einzelumstände aufzuklären, wenn es Kenntn von ihnen erlangt od sich entspr Anhaltspunkte ergeben; es hat dann die erfdl Maßnahmen zur Sachaufklärg zu treffen (Ffm FamRZ **89**, 84; vgl Zweibr FamRZ **93**, 82 u **99**, 672; s HVO 8 Rn 12). Bei NichtFeststellbark einer Tats, zB des Alleineigt, Nachteil zu Lasten dessen, der daraus Vorteile herleiten will (Staud/Weinreich Rn 9 ff).
- 5 **d)** IdR **mündliche Verhandlung (II)**, nicht öff (GVG 170). Der Richter hat auf eine **gütliche Einigung** hinzuwirken; sie ist ggf gem ZPO 159 ff zu protokollieren (**III**). Dchsetzg der Anordng des persönl Erscheinens eines Beteiligten über FGG 33 (BayObLG NJW-RR **87**, 136; Brem FamRZ **89**, 306).
- 6 **2) Vorläufige Benutzungsregelungen.** Der bish Inhalt von IV ist in der neuen Vorschr des **§ 621 g ZPO** geregelt, eingeführt dch GewSchG Art 4 Nr 7 (s dort vor Art 1 § 1 Rn 8). Zu den früheren Streitfragen s 61. Aufl Rn 6.
- 7 **3) Unterrichtung des Jugendamts (IV).** Nach der dch GewSchG Art 12 Nr 1 (s dort Einf Rn 7) neu eingefügten Vorschr, die über die Verweisg in § 18 a auch in Verf auf WohnngZuweisg (§ 1361 b BGB) u gem FGG 64 b II 4 auf Wohnngs Überlassg (GewSchG 2) gilt, hat das Gericht das JugAmt über eine WohnngsZuweisg zu unterrichten, wenn Kinder im Haush der Beteiligten leben. Dadch soll gewährleistet werden, dass das JugAmt bei bestehenden Umgangsrechten die Beteiligten beraten u unterstützen kann (SGB VIII 18 III), ob u ggf unter welchen Modalitäten (zB Umgangsbegleitg) ein Elternteil od eine nach BGB 1685 umgangsberecht Pers künftig Umgang mit dem Kind haben soll (BT-Drs 14/5429 S 37 zu Art 10 Nr 1). Die Mitteilg ist an das JugAmt zu richten, in dessen Bereich sich die Wohnng befindet; der Vorgang ist ggf an das gem SGB VIII 86 ff zuständ JugAmt abzugeben.

§ 14. Rechtsmittel. Eine Beschwerde nach § 621 e der Zivilprozessordnung, die sich lediglich gegen die Entscheidung über den Hausrat richtet, ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 Euro übersteigt.

Hinweis: HVO 14 wird bei Neuregelung des VerfR dch das FamFG-E aufgehoben (Art 62 Nr 3 FGG-RG). Die Beschwerde ist künftig in §§ 58 ff FamFG-E geregelt, wobei die Beschlüsse gemäß § 39 FamFG-E künftig eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten müssen. 2

1) Gg Endentscheidungen des FamG über die Ehwohnung u den Hausrat findet die befristete **Beschwerde** 1
statt (ZPO 621 e I, 629 a II). Richtet sich diese nur gg die Entsch über **Hausrat**, auch im Eilverf, so kann sie
nicht auf einz Ggste beschränkt werden, sond erfasst automat den gesamten noch nicht verteilten Hausrat
(BGH 18, 143; Zweibr FamRZ 93, 82). – Der **Wert des Beschwerdegegenstandes** muss 600 Euro übersteigen 2
(vgl WEG 45 I, dazu dort Rn 2). Für die Wertbemessg ist von einer weiten Fassg des Begriffs Hausrat
auszugehen (Düss FamRZ 88, 535). Maßß ist nicht das Interesse der Beteiligten an der Regelg (so aber Köln
FamRZ 89, 417), sond der Verkehrswert (dazu LG Mü FamRZ 70, 38) der ändergsbetroffenen Ggste
(BayObLG 59, 472; KG FamRZ 60, 241 u NJW 61, 1028). Wertermittlg gem ZPO 511 III. Prüfg vAw, ob
BeschwWert erreicht ist (Zweibr FamRZ 76, 699). – **Bindung.** Das BeschwGericht ist an Antr der Beteiligten 3
nicht gebunden, aber VerschlechtergsVerbot (hM; differenziert JH/Brudermüller Rn 4 mN).

2) Anordnungen im Eilverfahren sind im Weg der sofort Beschw gem ZPO 620 c anfechtb, nach der Neufassg 4
dch GewSchG Art 4 Nr 3 (s dort Rn 8 vor Art 1 § 1) auch die eine WohnngZuweisg ablehnende Entsch. Das gilt
sowohl bei Anhängigk einer Ehesache als auch über ZPO 621 g (s § 13 Rn 6) im isolierten HausrVerf, da ZPO
621 g S 2 auf ZPO 620 a bis 620 g verweist. Bei Hausrat: Wertbegrenzg analog HVO 14. – **Beschwerdewert:**
1/5 des Verkehrswerts der HausrGgste, um die gestritten wird (vgl Brdbg FamRZ 00, 1102 LS).

3) Keine weitere Beschwerde od (im VerbundVerf) Revision (ZPO 621 e II, 629 a I), auch dann nicht, wenn 5
die Erstbeschwerde als unzuläss verworfen wurde (BGH NJW 80, 402; FamRZ 08, 1245).

§ 15. Durchführung der Entscheidung. Der Richter soll in seiner Entscheidung die Anordnungen treffen, die
zu ihrer Durchführung nötig sind.

Hinweis: HVO 15 wird bei Neuregelung des VerfR dch das FamFG-E aufgehoben (Art 62 Nr 3 FGG-RG); eine
inhaltsgleiche Regelg findet sich künftig in § 209 I FamFG-E.

Zweck. Das FamG hat die erfdl Anordngen zu treffen, die für die prakt Dchführ u Vollstrg (§ 16 III) der 1
Entsch maßß sind, zB: Anordng über die **Räumung** der Wohnng (BGH FamRZ 94, 98/101) – die Wohnngs-
Zuweisg allein stellt noch keinen Räumgstitel dar – u **Herausgabe** an den and Eheg unter Fristsetzg; Bewilligg
gem § 2 einer **Räumungsfrist** (BayObLG FamRZ 75, 421; Oldbg FamRZ 98, 571; Bambg FamRZ 01, 691), die
bei wesentl Änderg der tats Verhältnisse (§ 17), soweit dies zur Vermeidg einer unbill Härte erfdl ist, verlängert
od abgekürzt werden kann. ZPO 765 a, 721 auf Gewährg von RäumgSchutz nicht anwendb. – Außerdem
Anordngen von **Verboten u Geboten** zur sachgerechten NutzgsRegelg (Karlsru FamRZ 94, 1185; Dresd FamRZ
97, 183; Brdbg FamRZ 04, 477); Herausg von HausrGgstden; Anordng von AusglZahlgen, Auferlegg von
Umzugs- u Transportkosten. Anordng auch ggü Dritten zuläss, zB ggü dem Lebensgefährten des räumungspfl
Eheg.

§ 16. Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. (1) Die Entscheidungen des Richters werden mit der Rechtskraft
wirksam. Sie binden Gerichte und Verwaltungsbehörden.

(2) Die Änderung und die Begründung von Mietverhältnissen durch den Richter bedarf nicht der nach
anderen Vorschriften etwa notwendigen Genehmigung.

(3) Aus rechtskräftigen Entscheidungen, gerichtlichen Vergleichen und einstweiligen Anordnungen findet die
Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung statt.

Hinweis: HVO 16 wird bei Neuregelung des VerfR dch das FamFG-E aufgehoben (Art 62 Nr 3 FGG-RG). Die
Wirksamk der Endentscheidg mit RKraft ist in § 209 II 1 FamFG-E vorgesehen, nach dessen Satz 2 – insoweit
neu – der Richter bei Wohnngzuweisg nach BGB 1361 b die sofortige Wirksamk anordnen soll. Die in HVO 16
I 2 und II enthaltenen Regelgen entfallen ersatzlos, die Vollstrg ist in § 95 FamFG-E, wiederum dch Verweisg
auf die ZPO, geregelt, mit einer Sondervorschr in § 96 FamFG-E für Verf nach dem GewSchG und bei
Wohnngszuweisgssachen.

Wirksamkeit der Entsch des FamG erst mit der RKraft, **I 1** (Köln FamRZ 97, 892; Nürnberg FamRZ 00, 1
1104), dh keine vorläuf Vollstreckbark. Einschränkungg der materiellen RKraft dch HVO 17. Mit der RKraft
Vollzug des EigtÜbergangs od Inkrafttr des Mietverhältnisses. – **Zwangsvollstreckung** nach ZPO, **III.** 2
Umschreibg eines Titels gem HVO auf Dritte unzuläss (Hamm FamRZ 87, 509). Für die
ZwangsvollstreckgsgGegenklage
fehlt idR wg § 17 das RSchutzbedürfn, sonst aber zuläss (Hamm FamRZ 88, 745). ZbR idR ausgeschl (BayObLG
FamRZ 75, 421). – **Zuständig** für SchadErsAnspr gem BGB 281 aus famgerichtl HerausgTitel wg Hausrats ist 3
FamG (Zweibr FamRZ 06, 431; str).

§ 17. Änderung der Entscheidung. (1) Haben sich die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich geändert, so kann
der Richter seine Entscheidung ändern, soweit dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden. In
Rechte Dritter darf der Richter durch die Änderung der Entscheidung nur eingreifen, wenn diese einverstanden
sind.

(2) Haben die Beteiligten einen gerichtlichen Vergleich (§ 13 Abs. 3) geschlossen, so gilt Absatz 1 sinngemäß.

(3) Will der Richter auf Grund der Absätze 1 oder 2 eine Wohnungsteilung (§ 6) wieder beseitigen, so soll er
vorher die Gemeinde hören.

Hinweis: HVO 17 wird bei Neuregelung des VerfR dch das FamFG-E aufgehoben (Art 62 Nr 3 FGG-RG); eine
Aufhebg oder Änderg rkräftl Endentscheidgen erfolgt künftig gemäß § 48 I FamFG-E.

- 1 **1) Abänderungsmöglichkeit (I 1)** für rwrks Entsch sowie gerichtl (Celle NJW 64, 1861) u außergerichtl (BayObLG FamRZ 75, 582; BGH FamRZ 94, 98) Vergleiche **(II)**. Regelg ist **ZPO 323** nachgebildet, wird aber erweiternd ausgelegt (Rn 3). Wird in einem ScheidgsVergl an Stelle von EhegBarunterh die Nutzg der früheren Ehwohnng vereinbart, richtet sich die Abändg nach den Grdsätzen der Abändg des UnterhVergl gem ZPO 323 (Karlsru FamRZ 95, 1157). § 17 gilt üb § 18 a auch bei Getrenntleben. **Voraussetzungen.**
- 2 **a) Wesentlich** ist eine **Änderung der tatsächlichen Verhältnisse**, wenn das Gericht bei Kenntn der neuen Umst mit großer Wahrscheinlich anders entschieden hätte, zB Erhöhg des Wohnbedarfs infolge Wiederheirat od Änderg der Sorgeregelg (vgl Hamm FamRZ 88, 645; Mü FamRZ 97, 892; Naumbg FamRB 04, 316). Das Verf darf nicht zu einer erneuten Prüfg bereits bekannter Umst in rechtl Hinsicht dienen. Daher keine Abändgsmöglchk bei Veränderungen, die der Richter bereits in Betr gezogen u gewürdigt hat (AG Neustadt a.Rbge FamRZ 07, 920). Sinnngem Anwendg bei gerichtl Vergl (Zweibr FamRZ 00, 1105). Beachtl sind nur Umst, die Grdlage der Erstentsch waren.
- 3 **b) In erweiternder Auslegung** (auch ohne die Voraussetzg nach Rn 2), wenn sich die Regelg nachträgl als **grob unbillig** herausstellt (BayObLG 63, 286; Karlsru FamRZ 02, 1716), zB wenn die Entsch auf Gründe gestützt wurde, die zwar bei der Erstentsch vorhanden, jedoch in Unkenntn des Gerichts nicht berücksichtigt wurden, die Entsch also auf offensichtl falschen TatsVoraussetzgen beruht (Hamm aaO; Zweibr FamRZ 00, 1105), od sie arglistig herbeigeführt wurde od wenn zB eine Wiederaufnahme des Verf nach ZPO-Vorschr mögl wäre. Allg BilligkErwäggen sind nicht ausreichend.
- 4 **2) Verfahren.** Voraussetzung ist ein Antr (vgl BGH FamRZ 88, 1035; Köln FamRZ 97, 1345; str), der zwar nicht befristet ist, Zeitablauf heilt aber idR Unbilligk. Zustand ist das FamG, das die abzuändernde Entsch getroffen hat. Anordngn vorläuf Art (HVO 15, 13, 2; ZPO 621 g) sind mögl, insbes eine Verlängerg der RäumgsFrist, wenn eine so wesentl Änderg der Verhältnisse (Rn 2) eintritt, dass die Räumg nunmehr für den Betroffenen eine unbill Härte darstellt (Dresd FamRZ 05, 1581). RBefehl: befristete Beschw gem ZPO 621 e. **III** ist heute obsolet.

§ 18. Rechtsstreit über Ehwohnung und Hausrat. (1) Macht ein Beteiligter Ansprüche hinsichtlich der Ehwohnung oder des Hausrats (§ 1) in einem Rechtsstreit geltend, so hat das Prozeßgericht die Sache insoweit an das nach § 11 zuständige Familiengericht abzugeben. Der Abgabebeschuß kann nach Anhörung der Parteien auch ohne mündliche Verhandlung ergehen. Er ist für das in ihm bezeichnete Gericht bindend.

(2) Im Falle des Absatzes 1 ist für die Berechnung der in § 12 bestimmten Frist der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgebend.

Hinweis: Die Verweise auf § 1, der aufgehoben wird, und die Worte „nach § 11“ entfallen, da die Zuständigk künftg in § 201 FamFG-E geregelt ist (Art 62 Nr 4 FGG-RG).

- 1 **1) Zweck.** Sicherh der ausschließl sachl Zuständigk des FamG bei Auseinandersetzg von Ehwohnng u Hausrat dadch, dass bei Geldtmachg von Anspr, die unter § 1 od BGB 1361 a, 1361 b fallen, vor dem Prozeßgericht dieses die Sache vAw an das gem § 11 zuständ FamG **abgibt (I 1)**. Gehört nur ein Teil des Streitgegenstands vor das FamG, so ist eine beschränkte Abgabe zuläss („insow“). Abgabe auch dann, wenn die Zuständigk dch Trenng der Ehg od ScheidgsAntr (vgl § 18 a) erst im Lauf des Verf wechselt (vgl BGH 67, 217). Abgabe auch noch in der RMittelinstanz mögl (KG FamRZ 74, 195). Beim FamG beginnt ein voll neues Verf (KG FamRZ 74, 195/7); wg der bereits entstandenen Kosten besteht VerfEinh (§ 23). Hält der FamRichter eine Sache nicht für eine Hausrats- od EhehngsAngelegenh: Abgabe an das Prozeßgericht.
- 2 **2) Der Abgabebeschluss (I 2)** ist für das bezeichnete Gericht **bindend (I 3)**. Bindg tritt nur hinsichtl der (sachl) Zuständigk, nicht für das Vorliegen einer FamSache ein (BGH FamRZ 88, 155), auch nicht Bindg an die matrechtl Grdlagen u an die VerfVorschr der HVO. Bindg nach I 2 auch bei Abgabe dch Prozeßgericht an FamG-Abteilg desselben Gerichts (Ffm FamRZ 01, 367; aA Bambg FamRZ 90, 179 mit ablehnder Anm Ewers FamRZ 90, 1373) u auch bei fehlerh Annahme, es handle sich um Anspr bezügl Ehwohnng u Hausrat (BayObLG FamRZ 68, 319 u 75, 582). Für die Bindg reicht es aus, wenn die Verweisg der Sache dch das LG an das FamG auch nach §§ 18, 18 a erfolgt (Karlsru FamRZ 92, 1082). Die Bindgswirkg entfällt nur dann, wenn der Abgabebeschl jeder gesetzl Grdlage entbehrt (Köln FamRZ 80, 173; Stgt FamRZ 96, 172; Brdbg FamRZ 08, 1444: zur isolierten NutzgsVergütg vgl § 1361 b Rn 20; Götz/Brudermüller Rn 297). Die Bindgswirkg endet, wenn der Ggst nach Abgabe an das FamG den Charakter als Hausratssache verliert, so dass das FamG dann an das zuständige Prozeßgericht verweisen kann (Ffm FamRZ 81, 186). Zur Bindgswirkg eines VerweisgsBeschl gem ZPO 281 II 5: BGH FamRZ 99, 501.
- 3 **3) Keine Beschwerde** gg die Abgabe entspr ZPO 281 II 1 (vgl BGH FamRZ 94, 100). Hat fälschl die allg ProzeßAbteilg des AG über eine FamSache entschieden, ist nach der formalen Anknüpfg (BT-Drs 10/2888 S 21) nur Berufug zum LG zuläss; keine Verweisg innerh der RMittelgerichts (BGH NJW 91, 231).

§ 18 a. Getrenntleben der Ehegatten. Die vorstehenden Verfahrensvorschriften sind sinngemäß auf die Verteilung des Hausrats im Falle des § 1361 a und auf die Entscheidungen nach § 1361 b des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzuwenden.

Hinweis: HVO 18 a wird ersatzlos aufgehoben (Art 62 Nr 5 FGG-RG), da die künftigen VerfRegeln der §§ 201 bis 209 FamFG-E für alle Wohnngszuweisg- und Hausratssachen iSv § 200 FamFG-E gleichermaßen gelten.

- 1 **1) Bei Getrenntleben** erfolgt **materiellrechtlich** die Hausratsverteilg gem BGB 1361 a bzw die Wohnngszuweisg gem BGB 1361 b, **verfahrensrechtlich** nach HVO 18 a (iVm HVO 11–18, 20). Die VerfVorschr der HVO sind auf alle Regelgen gem BGB 1361 b, die im Zushang mit der WohnngsÜberlassg stehen, anwendb, wie die Änderg gem GewSchG Art 12 Nr 3 klarstellt (BT-Drs 14/5429 S 37).
- 2 **2) Beendigung.** Mit Auflösng der Ehe endet die Zulässigk eines selbständ Verf nach BGB 1361 a, 1361 b u HVO 18 a; ist es bereits anhäng, so ist es in der Hauptsache erledigt (str). Eine für die Trenngszeit schon ergangene Regelg verliert ihre Wirksamk; aber auf Antr Fortführg des Verf nach HVO 1 ff mögl, wenn Regelg für die Zeit nach der Scheidg angestrebt wird (Karlsru FamRZ 88, 1305; str).

§ 19. *Einstweilige Anordnung in Ehesachen* (aufgehoben dch 1. EheRG; s ZPO 620 Nr 7, 621 g).

Abschnitt 5. Kostenvorschriften

§ 20. **Kostenentscheidung.** ¹Welcher Beteiligte die Gerichtskosten zu tragen hat, bestimmt der Richter nach billigem Ermessen. ²Dabei kann der Richter auch bestimmen, daß die außergerichtlichen Kosten ganz oder teilweise zu erstatten sind.

Hinweis: Auch HVO 20 wird aufgehoben (Art 62 Nr 5 FGG-RG) und dch die Kostenregelgen in §§ 80 ff FamFG-E ersetzt.

Wie im AnwendgsBereich von FGG 13a trägt im Regelfall jeder Beteiligte seine außergerichtl Kosten ¹ grdsätzl selbst (vgl Brdbg FamRZ **02**, 1356 mwN). Die VerfKosten können einem Drittbeteiligten auferlegt werden, wenn sie dch sein Verhalten verursacht wurden (Mü FamRZ **08**, 1640 Vermieter).

§ 21. (aufgehoben)

§ 22. (aufgehoben)

§ 23. **Kosten des Verfahrens vor dem Prozeßgericht.** Gibt das Prozeßgericht die Sache nach § 18 an das nach dieser Verordnung zuständige Familiengericht ab, so ist das bisherige Verfahren vor dem Prozeßgericht für die Erhebung der Gerichtskosten als Teil des Verfahrens vor dem übernehmenden Gericht zu behandeln.

Hinweis: HVO 23 wird gleichfalls aufgehoben (Art 62 Nr 3 FGG-RG).

Geschäftswert für endgült WohnngsZuweisg: einjähriger Mietwert („Kaltmiete“); KostO 100 III 1; für ¹ endgült HausrVerteilg: Verkehrswert der noch betroffenen Ggste, über die noch keine wirks Einigg erzielt wurde (and wohl Köln FamRZ **07**, 234: Verkehrswert des gesamten zur Verteilg anstehenden Hausrats unabhängig vom Antr iVm dessen Begründg).

Abschnitt 6. Schlussvorschriften

§ 24. (aufgehoben)

§ 25. **Aufhebung und Nichtigkeitserklärung der Ehe.** Wird eine Ehe aufgehoben, so gelten die §§ 1 bis 23 sinngemäß.

Hinweis: HVO 25 verweist künftig nur noch auf die „vorstehenden Vorschriften“ (Art 62 Nr 6 FGG-RG).

§ 26. (aufgehoben)

5. Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht

Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. 7. 2009 (BGBl I 2355) hat das Darlehensrecht, insbesondere das Verbraucherdarlehensrecht (§§ 488–507 BGB a.F.), in Anpassung an die VerbrKrRL 2008 mit Wirkung ab 11. 6. 2010 tiefgreifend umgestaltet. Für vor diesem Zeitpunkt entstandene Schuldverhältnisse gilt weiterhin im Wesentlichen das frühere Recht (Art. 229 § 22 EGBGB). Dieses ist daher im Folgenden aufgeführt (Stand der 68. Auflage 2009).

Ferner hat das Gesetz mit Wirkg ab 31. 10. 2009 erstmals eine umfassende Regelg der wichtigsten Formen des Zahlgsverkehrs in das BGB eingefügt und in diesem Zusammenhang die bisher im BGB enthaltenen Vorschriften zum Zahlungsverkehr (§§ 676a–h BGB a.F.) aufgehoben. Für Zahlungsvorgänge, mit deren Abwicklung vor dem 31. 10. 2009 begonnen wurde, gilt aber weiterhin das alte Recht (Art. 229 § 22 EGBGB). Die aufgehobenen Vorschriften und ihre Kommentierung (Stand 68. Auflage 2009) sind im Folgenden aufgeführt.

Untertitel 1. Darlehensvertrag

Vorbemerkungen vor § 488

- 1) Allgemeines.** Der Untertitel ist nur auf den Regelfall des GeldDarl anwendb. Für das sehr seltene SachDarl gelten §§ 607–609. Darl ist das wirtschaftl wichtigste KreditGesch. – **a) Rechtsnatur** des DarlVertr. Es ist ein VerpflGesch (nicht mehr ein RealVertr), aGrd dessen der DarlG dem DarlN einen Geldbetrag zur Vfg zu stellen hat, der DarlN dafür Zins u Rückerstattg schuldet. Er setzt die Gewähr eines KapitalnutzgsR auf Zeit an den KreditN voraus (BGH NJW **08**, 1070). – **aa) Gegenseitiger Vertrag** ist das entgeltl Darl. Im GgseitigVerh (Mülberr WM **02**, 465/7) stehen einerseits das Verschaffen u Belassen des Geldes (Kapital), andseits die Abnahme der vereinbarten Geldsumme (BGH NJW **91**, 1817 für § 607 aF; vgl § 488 Rn 23), die Zinszahlg (§ 488 II) u die Bestellg der vereinbarten Sicherh. Nicht im GgseitigVerh steht die vertragstyp Pfl des DarlN zur Rückerstattg (§ 488 I 2). – **bb) Zweiseitig verpflichtender Vertrag** ist der unentgeltl (zinslose) DarlVertr. Bei Vereinbg der Zinslosigk (§ 311 I) wird insow § 488 I abgeändert. Der Vertr begründet die Pfl zur Gewähr, näm das ZurVfgStellen des Geldes, u die zur Rückerstattg. Die vereinbarte Bestellg einer Sicherh macht den DarlVertr nicht zum ggeit Vertr. – **b) Vorvertrag** (Einf 19 v § 145) ist mögl u im GeschVerkehr, insbes bei Banken sehr häuf, zweckmäß dann, wenn einz VertrBedinggen noch nicht festliegen. – **c) Dauerschuldverhältnis** (§ 314 Rn 2) ist der DarlVertr zwangsläufig, da das Darl immer für einen bestimmten u unbestimmten Zeitraum gewähr wird. Insofern besteht eine Gemeinsamk mit GebrauchüberlassgsVertr (insbes Miet- u PachtVertr, Leihe). – **d) Darlehensvermittlungsvertrag.** Er ist trotz des wirtschaftl Zushangs vom DarlVertr zu unterscheiden u ist in §§ 655 a ff für die Vertr zw Untern u Verbr od Existenzgründer geregelt.
- 2) Abgrenzung** zu and RGesch. – **a) Kauf** eines Rechts (§ 453 I). Es steht einem Kauf nicht entgg, wenn die Haftg für das Bestehen des Rechts übernommen wird. Für Darl spricht, wenn auch für die Bonität gehaftet wird (Fleckner ZIP **04**, 585/92). Im Rahmen der Vorfinanzierg eines Gesch wird häuf eine noch nicht fäll od noch nicht bezahlte KaufpreisFdg an einen GeldG (idR ein Kreditinstitut) übertragen (§ 398) u dafür ein (idR niedrigerer) Betrag unter Regressverzicht bezahlt (Forfätierg). Bei dieser Konstellation liegt Kauf vor (§ 453 Rn 26); es besteht kein RückerstattgsAnspr (§ 488 I). Bei einer Wechseldiskontierg liegt grdsätzl ein RKauf vor (BGH **19**, 282/92), ein Darl dann, wenn das Kreditinstitut den Wechsel für Rechng seines Kunden diskontiert u ihm aus eig Mitteln den Betrag gutschreibt od den Wechsel zur Sicherh übernimmt (Depot-, Sichgs- od Kautionswechsel). – **b) Gesellschaft** (vgl § 705 Rn 9). Darl, die ein Gesellschafter der Gesellsch (insbes EinmannGmbH, oHG, GbR, stille Gesellsch) gewährt, können bei Missbrauch als Einlage behandelt werden. Schwier ist die Einordng bei einer partiar Beteiligg (Rn 17). Gesellsch (§ 705) liegt vor, wenn das Geld für den gemeins Zweck auf gemeins Rechng geleistet wird, wobei die bloße Hingabe des Kapitals genügen kann. Es ist auch ein Beteiliggskauf (GesellschAnteil) mögl (dann § 453 I). Darl ist zu bejahen, wenn ledigl das Geld geleistet wird, Risiko u Verlust ausgeschl, nur Kontroll- u MitspracheR eingeräumt sind; ebso wenn das Entgelt für die Kapitalhingabe nicht allein von Gewinn od Verlust abhäng ist. – **c) Leihe** (§ 598). Bei ihr ist die bestimmte entliehene Sache zurückzugeben; bezieht sich nie auf Geld. Abgrenzg zum SachDarl: Einf 2 v § 607. – **d) Inhaberschuldverschreibung** (§ 793). Ihr Erwerb ist RKauf (§ 453 I). Ihre Übertrag dch den DarlG an den DarlN zwecks Verwertg auf eig Rechng kann Erfüllung der HauptPfl aus § 488 I sein (Valutierg des Darl). – **e) Erfüllung** (§ 362). Da das Darl ausnahmslos VerpflVertr ist, können Abgrenzgsprobleme kaum noch auftreten. Ein Vorschuss auf die DarlValuta ist jedenfalls iZw als vorzeit TeilErf einzuordnen.
- 3) Arten.** Je nach Zweck u Inhalt des DarlVertr können folgede typ Arten unterschieden werden: – **a) Personaldarlehen** sind allein gesichert dch die Pers des DarlN, daneben dch die eines Bürgen (§ 765) od MitSchu (kumulative Schuldübernahme, Übb1 3 v § 414). – **b) Immobiliardarlehen** (Real- od Bodenkredit) sind dch GrdPfundR (Hyp, Grdschuld od Rentenschuld) gesichert. Dafür gelten die Sonderregelungen der §§ 1113–1203 mit besond auf GeldDarl zugeschnittenen Vorschr, für VerbrDarl in § 492 I a, dort Rn 15 a. – **c) Lombarddarlehen** sind DarlVertr, die dch PfandR an bewegl Sachen (§§ 1204–1296) od Rechten gesichert sind. Dem steht insow die allg gebräuchl SichgsÜbereigng (§ 930 Rn 11–20) gleich. – **d) Pachtkredit** ist eine Sonderform des Lombardkredits. Das Darl wird dem Pächter eines landwirtschaftl Grdst gewährt u am landwirtschaftl Inventar gesichert. Es gilt das PachtKrG (Einf 2 v § 1204). – **e) Verbraucherdarlehen** ist neben and Formen des VerbrKredits (Einf 4, 5) die häufigste Art von Darl. Es ist in §§ 491–498 (bis zum 31. 12. 01 im VerbrKrG) besond ggü dem allg DarlR (§§ 488–490) geregelt u setzt die VerbrKrRL 87/102/EWG (PalArch I B 4) um, an deren Stelle allerd die neue VerbrKrVertrRL 2008/48/EG v 23. 4. 08 (ABI EU L 133, 66, PalArch I B 25) tritt, die bis 12. 5. 10 umzusetzen ist. Es gilt nur, wenn DarlG ein Untern (§ 14) ist u DarlN ein Verbr (§ 13; vgl Einf 2). – **f) Baudarlehen** sind Darl, die gesichert dch Hyp od Grdschuld am zu bebauenden Grdst gewährt werden, deren Zweck vertragsgem auf die Verwendg für Neu-, Aus- od Umbau eines Gebäudes gerichtet ist (BGH NJW **88**, 263) u die dadch einen Mehrwert des Grdst schaffen (BGH NJW-RR **91**, 728). Dazu gehören nicht: ein Kredit, der vereinbarungsgem od auf Veranlassg des DarlG zur Tilgg eines GrdstKaufkredits verwendet wird (BGH NJW-RR **89**, 788), sowie verlorene Zuschüsse als staatl Fördermittel (Dresd OLG-NL **99**, 121). Für BauDarl gilt das BauFdgG (vgl hierzu § 648 Rn 6 u § 823 Rn 145). Der BauDarlVertr begründet ein ggeit VertrauensVerh. Die ausbezahlten DarlBeträge, insbes Raten, dürfen nicht für and Zwecke als für den bestimmten Bau verwendet werden. Grd hierfür ist die Sichg des gewährten Immobiliardarl u der BauwerkUntern (§ 648). Das gilt nicht, soweit der DarlN aus and Geldmitteln BauGläub befriedigt (Dresd OLG-NL **00**, 123 mwN). Die Abtretg des Anspr auf Auszahlg des Darl ist nur zuläss, wenn die Verwendg der Gelder für den Bau gewährleistet ist od alle Betroffenen (DarlG u BauUntern) zustimmen. Gilt auch für den NachUntern (BGH NJW-RR **90**, 342). Entspr eingeschränkt ist wg ZPO 851 die Pfändg. Die Abtretg der Hyp u die Veräußerung des Grdst wärd des Baus ist nur zuläss, wenn der jew VertrPartner zustimmt. Wg der Zweckbestimmg kann gg den AuszahlgsAnspr auch nicht aufgerechnet werden. – **g) Bauspardarlehen** ist ein aGrd eines BausparVertr gewährtes Darl. Es wird grdsätzl wie ein BauDarl (Rn 14) behandelt. Es gelten die AGB der Bausparkassen. Zwischenkredite zur Vorfinanzierg unterliegen grdsätzl der gleichen Zweckbestimmg (vgl BGH WM **76**, 682). – **h) Mieterdarlehen:** Einf 114 v § 535. – **i) Brauereidarlehen** ist ein Darl, das eine Brauerei einem Gastwirt

- iVm einer BierbezugsVerpfl gewährt. DarlVertr (§ 488) u BierbezugsVertr (§ 433 in SukzessivLieferg) sind rechtl teils nach DarlR, teils nach KaufR zu behandeln. Diese Verbindg führt grdsätzl nicht dazu, dass vorzeit Rückzahlg des Darl die BierbezugsVerpfl erlöschen lässt. Rückzahlg des Darl dch Verrechng mit einem bestimmten Anteil an Bezahlg der Bierlieferg ist übl u zuläss. Der Anspr auf das Darl steht mit der BierbezugsVerpfl im GgseitigVerh (§§ 320 ff). Ein KündR kann grdsätzl frei vereinbart werden. Bei übermäß Bindg kann § 138 erfüllt sein (dort Rn 81). Übertrag der Pfl an den Erwerber (insbes Käufer, neuen Pächter) der Gaststätte erfordert wg §§ 414, 415 Zustimmung des DarlG. – **j) Beteiligungsdarlehen** (partiar Darl) ist zunächst von Gesellsch (§ 705, dort Rn 9) u Kauf (§ 453 I) abzugrenzen (Rn 6, 7). Wesentl Merkmal ist die Vereinbg eines Anteils am Gewinn eines Untern od aus einem Gesch, zu dessen Zweck (insbes zur Finanzierng) das Darl gewährt wird. Daneben kann eine ZinszahlgsPfl vereinbart werden. Es besteht Pfl zur Rechngslegg gem § 259 (vgl BGH 10, 385). Eine Gewinnbeteiligg erstreckt sich iZw nicht auf den vom DarlN erzielten Preis bei Verkauf des Untern. – **k) Arbeitgeberdarlehen:** § 611 Rn 92 u § 491 II Nr 2.
- 4) Bankkredite.** Betrifft alle Geldinstitute iS des KWG. Der BankVertr fällt unter § 675 (dort Rn 9–12). – **a) Geldeinlagen** der Kunden sind grdsätzl nach § 700 (unregelmäß Verwahrng) zu behandeln, zB (tägl fällt) Sichteinlagen, so dass die DarlVorschre gelten. Die AGB der Geldinstitute gehen vor. Echte Darl sind Termineinlagen (Fest- u KündGelder), zu denen auch Spareinlagen gem § 21 IV 1 RechKredV gehören (MüKo/Berger v § 488 Rn 67; zu Vorschusszinsen s Servatius BKR 05, 295, Rösler/Wimmer BKR 07, 8). – **b) Bankdarlehen.** Ihm liegt regelmä ein KrediteröffngsVertr zugrunde. Das ist der als eigentl DarlVertr anzusehde RahmenVertr. Dch ihn wird der Kredit in bestimmter Höhe festgelegt (Kreditrahmen). Innerh dieses Rahmens sind davon einz, gewährte Darl rechtl getrennt. IdR ist Schriftform vereinbart. Mündl od stillschw Abschluss ist aber nicht ausgeschl. Bei VerbrDarl ist Schriftform vorgeschrieben (§ 492). Für den Inhalt des Vertr gelten iZw die AGB der Bank. Der Abruf des einz Darl steht als einseit GestaltgsR allein dem DarlN zu (BGH NJW 04, 1444 mwN). Erst dadch entsteht der Anspr auf Auszahlg des Darl (BGH NJW 01, 1937). Auszahlg an Dritte genügt der DarlGewährg nur, wenn es vereinbart ist od mit Zustimmung des DarlN geschieht (BGH NJW 85, 730). BankDarl werden insbes in folgder Form gewährt: – **aa) Kontokorrentkredit** ist die häufigste Art des BankDarl. Es wird über das Einlagen- (Kontokorrent- od Giro-)Konto des DarlN abgewickelt. Dieser kann das Geld innerh des Kreditrahmens abrufen (Dispositionscredit), insbes dch Auszahlg od Überweisg. KrediteröffngsVertr u GiroVertr des Bankkunden sind Voraussetzg. HGB 355–357 sind grdsätzl anzuwenden. – **bb) Überziehungskredit.** Im Rahmen eines Kontokorrents kann die Bank dem Kunden die Möglichk einräumen, im Wege eines Darl das Konto zu überziehen (bei Gehaltsempfänger vielfach bis zu drei Monateinkommen gebräuchl). Dadch wird ein Darl gg erhöhte Vergütg (Zins od besond Entgelt) gewährt. Sonderregel für Verbr in § 493. – **cc) Teilzahlungskredit** ist ein Darl, das vereinbarungsgem in gleichbleibden, im Voraus festgelegten, idR monatl Raten zurückzuzahlen ist. Zinsen u sog Kreditgebühren sind darin eingerechnet. Ist der KreditN Verbr, ist § 498 anzuwenden. – **dd) Kontokorrentratenkredit** (Canaris WM-Beil 87 Nr 4) ist eine Verbindg von Kontokorrent- u Ratenkredit, bei dem innerh eines bestimmten Rahmens der DarlN jederzeit ganz od teilw den Kredit nehmen kann, Rückzahlgen jederzeit mögl sind u eine monatl Mindestrückzahlgsrate vereinbart ist. Ist der DarlN Verbr, gilt § 498. – **ee) Forward-Darlehen** ist ein KreditVertr, in dem die Auszahlg erst zu einem späteren Ztpkt vereinbart u für die Zeit bis dahin (Forwardzeit) Bereitstellgszinsen (Nobbe WM 08, 185) od eine Prämie zu zahlen ist (Peters/Zehrt WM 03, 1509; Rösler WM 00, 1930). Forwardzeit: bis 5 Jahre sind mögl u zuläss (Peters/Zehrt aaO). Ist der DarlN Verbr, so ist § 492 I 5 Nr 2 u 4 zu beachten. – **c) Akzeptkredit** ist die vom GeldDarl zu unterscheidde and Form eines dch BankGesch gewährten Kredits. Das Darl wird dch Hafig der Bank gewährt, indem die Bank einen Wechsel ihres Kunden akzeptiert (WG 25) u der Kunde den Wechsel von einem Dritten diskontieren lässt (vgl § 453 Rn 27). Das ist im Einzelfall GeschBesorggsVertr od Darl (BGH 19, 282/8). Gewährt die Bank das Geld aus eig Mitteln (Eigendiskont), so kann Darl vorliegen. Beschafft sie den Diskont selbst, gilt § 675 u es sind §§ 669, 670 anzuwenden.

488 Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag. (1)¹ Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. ² Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuerstatten.

(2) Die vereinbarten Zinsen sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablauf je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten.

(3) ¹ Ist für die Rückerstattung des Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, dass der Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer kündigt. ² Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate. ³ Sind Zinsen nicht geschuldet, so ist der Darlehensnehmer auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt.

- 1) Allgemeines** zum DarlVertr. Begriff: Einf 2. Rechtsnatur: Vorb 2, 3. Abgrenzg zu and RVerh: Vorb 6–10. Arten von Darl Vorb 9–14. – **a) Anwendbar** nur auf Darl, die in Geld gewährt werden. Für SachDarl gelten §§ 607–609. Auf alle Arten von Darl (Vorb 9–14), insbes auch auf VerbrDarl ist § 488 anzuwenden. – **b) Abdingbarkeit.** Die vertragstyp Pfl gem I sind zwingd; sonst liegt kein DarlVertr vor. Höhe der Zinsen, ihre Laufzeit u Fälligk (II), Ztpkt u Höhe der Rückerstattg (III) stehen der VertrPart offen. Wesentl Einschränkngen mit Umgehgsverbot gelten bei einem VerbrDarl aGrd des § 506. – **c) Abschluss** des Vertr geschieht ausschließl dch übereinstimnde WillensErkl (§§ 145 ff), bei HandDarl (sofort u tats Hingabe des Geldbetrags, auch Scheck) oft stillschw. – **d) Form.** Vorgeschrieben ist die Schriftform nur, wenn DarlN ein Verbr ist u DarlG ein Untern (§ 491 I, § 492 I). Das gilt auch für Existenzgründer (§ 507). Soweit § 492 I nicht anwendb ist, wird zur RSicherh u zur Beweisbark idR Schriftform vereinbart (§ 127).

2) Hauptpflicht des Darlehensgebers (I 1). Sie steht bei einem entgeltl Darl im GgseitigkVerh der §§ 320–326 (Vorb 3). – **a) Geldbetrag.** Die Währg ist gleichgült; iZw ist es die inländ. Mit dem Wort Geldbetrag ist die wertmäß Verschaffg gemeint (Rn 7), nicht eine Anzahl bestimmter Geldscheine. – **b) Vereinbarte Höhe.** Es muss nicht ein bestimmter Geldbetrag sein. Es kann ein Höchst- od Mindestbetrag nach Abruf od Inanspruchnahme des Darl vereinbart werden, auch ein für ein bestimmtes vorzunehmendes Gesch erfdl, aber noch nicht feststehender Betrag. – **c) Zur Verfügung stellen** bedeutet, dass der DarlGgst aus dem Verm des DarlG ausgeschieden u dem Verm des DarlN in der vereinbarten Form endgült zugeführt ist (BGH NJW **06**, 1788). Das umfasst das Verschaffen u Belassen des Geldes für die Laufzeit des DarlVertr dch Bar- od Buchgeld. – **aa) Verschafft** wird dch Zahlg in jeder übll Art: bar dch Geldscheine, insbes Auszahlg der Bank, Überweisg, Gutschrift auf dem Konto des DarlN od Einräumen eines Überziehungskredits. Die bargeldlose Leistg ist kein Fall des § 364 (vgl Rn 9; MüKo/Berger Rn 29). – **bb) Zahlung an Dritte** (§ 362 II) bedeutet Erfüllg, wenn es vereinbart ist (BGH WM **97**, 1658). Das trifft insbes zu, wenn der DarlN an den Dritten zur Zahlg verpfl ist (allgM; Oldbg WM **88**, 1813); ggf genügt Zustimmung od Weisg des DarlN (BGH NJW **06**, 1788, 2099). Dagg liegt kein Empfang vor, wenn der Dritte nicht überwiegd im Interesse des DarlN, sond als „verlängerter“ Arm des DarlG handelt (BGH NJW **06**, 1788, 2099, NJW-RR **06**, 1419, BKR **06**, 405). Ist die Weisg unwirks, besteht der RückzahlgsAnspr aus § 812 nur gg den Dritten als Empfänger (BGH NJW **05**, 1576, ZIP **06**, 846). Der DarlVertr u das finanzierte Gesch des DarlN mit dem Dritten sind grdsätzl voneinander unabhng, können aber dch Vereinbg der VertrPart miteinander verbunden sein (BGH NJW **00**, 3065). Eine Verbindg besteht bei VerbrDarlVertr kr Gesetzes bei Finanzierg eines Kauf-, Dienst- od WerkVertr, der widerrufen wurde (§ 358), mit Einwendgsdurchgriff (§ 359). – **cc) Erfüllungersatz** ist nach § 364 zu behandeln. Es kommt Wechsel od Scheck in Betr, auch Übertragg von geldwerten Rechten, insbes von Fdgen (dch Abtretg), WertPap u Sachen zur Verwertg gg Geld. Das alles muss zw den VertrPart von vornherein od nachträgl vereinbart sein (§ 311 I). Aufrechng (§ 387) dch den DarlG ist wg des DarlZwecks regelmß ausgeschl (§ 157). Hingg ist die Aufrechng dch den DarlN zuläss u bringt, wenn sie wirks ist, den ErfAnspr zum Erlöschen (§ 389). – **dd) Belassen** des Geldbetrags als Darl bedeutet, dass der DarlG Rückerstattg (I 2) nur verlangen kann, wenn Fälligk (Rn 14) eingetreten ist, dh die bestimmte Laufzeit beendet od wirks gekündigt ist (III; §§ 489, 490). Daran ist auch der InsolvenzVerw gebunden (Laudenklos/Sester ZIP **05**, 1757). – **d) Fälligkeit** der Pfl zur DarlGewährg. Es gilt grdsätzl § 271, also iZw sofort nach VertrAbschluss. Die Vereinbg der VertrPart weicht davon sehr häuf ab, zB ein bestimmter Kalendertag. Im GeschVerkehr wird idR darauf abgestellt, dass die vereinbarte Sicherh geleistet ist, od auf ein Ereign, zB ein Abruf des Darl dch den DarlN (vgl Vorb 20).

3) Nebenpflichten des Darlehensgebers bestehen grdsätzl nicht, insbes nicht ow zur Beratg, Warng, Aufkl od zum Verwendungszweck, auch nicht zur Ausk od Rechensch, da der DarlVertr kein Verh gem §§ 666, 675 begründet (BGH BKR **06**, 405). Bestimmte SchutzPfl ergeben sich aus dem WpHG. Ausnahmew können solche Pfl bestehen, wenn der DarlG über die Rolle als KreditG hinausgeht, einen besond Gefährdgsstatbestand schafft, in eine schwerwiegde Interessenkollision verwickelt ist od einen Wissensvorsprung hat (BGH NJW **06**, 2099, **07**, 357, 361, 2396, 2404, **08**, 2572, 2576, NJW-RR **08**, 1226, stRspr, Einzelh § 280 Rn 56). Bei schuldh Verletzg der Pfl: § 311 II od § 280. Ohne AnlageberatgsVertr besteht bei einem finanzierten Kauf keine AufklPfl über eine Innenprovision (BGH NJW **04**, 2378, § 280 Rn 60a). DarlVertr mit GmbH hat keine Schutzwirkg für Gesellschafter od GeschFührer (BGH NJW **06**, 830/835, § 328 Rn 23).

4) Hauptpflicht des Darlehensnehmers (I 2) ist außer der Abnahme der DarlValuta bei einem verzinsl Darl (Rn 23) die Rückerstattg des zur Vfz gestellten Geldbetrags (Jau/Mansel Rn 25, MüKo/Berger Rn 42, str, aA AnwK/Reiff Rn 5; NebenPfl). Das ist der gesamte kreditierte Betrag, der Nennbetrag (§ 492 Rn 10, § 498, Rn 5). Zum GgseitigkVerh (§§ 320 ff) vgl Vorb 3. RSchutzinteresse für Klage entfällt nicht aGrd Sichg wie Grdschuld od SchuldVerspr iVm VollstrgsUnterwerfg (BGH BKR **07**, 156). – **a) Voraussetzungen** sind die Wirksamk des DarlVertr u die Erfüllg der HauptPfl des DarlG, indem dieser den Geldbetrag zur Vfz gestellt hat (Rn 7–10). Der Anspr entsteht aGrd des Vertr als künft Fdg, nicht als gesetzl AbwicklgsAnspr (so Mülberr WM **02**, 465/9). Ist der DarlVertr nichtig, bestehen nur Anspr aus §§ 812 ff. – **b) Inhalt.** Es ist grdsätzl in derselben

Währg zurückzuzahlen, ohne Rücksicht auf Devisenkurs, Auf- oder Abwertg, Inflationsverlust geht zu Lasten des DarlG. Es wird bar od unbar (wie Rn 7–9) erfüllt (Mülberr WM **02**, 465/8). Häuf wird vereinbart, dass die Rückerstattg (Tilgg) dch Auszahlg einer KapitallebensVers erfolgt. Erreicht diese die DarlSumme nicht, kommt es darauf an, wem im Vertr das Risiko zugewiesen ist; idR ist die Vereinbg als Abtretg erfüllgshalber auszulegen (§ 133 Rn 14, § 364 Rn 6 mwN, BGH WM **08**, 121). Wertsicherungsklauseln sind zuläss u werden häuf vereinbart (§ 245 Rn 18–23). – **c) Fälligkeit.** Sie tritt ein mit Ende der Laufzeit, dch Künd (Rn 31) od AufhebgVertr (Rn 17). Es ist zu unterscheiden: – **aa) Bestimmte Laufzeit.** Sie ist idR im DarlVertr vereinbart: **(1) Ausdrücklich.** Kalendertag od nach Zeitraum (Monate, Jahre); gerechnet nach einem bestimmten Tag od Ereign (zB Auszahlg des Darl, Beendig eines ArbVerh, Eintrag im Grdbuch). In einer Tilggsabrede kann dch Auslegg (§ 157) zugleich eine Laufzeitvereinbg gesehen werden (vgl BGH WM **70**, 402). Ebo in einer Bessergsklausel (Fälligk bei Besserg der wirtschaftl Verh des DarlN) od in der Vereinbg der Rückzahlg, sobald der DarlN kann (MüKo/Berger Rn 227). **(2) Stillschweigend** kann sich die Laufzeit aus dem Zweck des Darl ergeben. Bsp: Aufbau eines Untern bis zur Gewinnerzielg; Überbrückg vorübergehender Zahlgsschwierigk; bei Schwiegerkind der Bestand der Ehe zu deren besseren wirtschaftl Lage u ExistenzSichg (BGH NJW **95**, 2282; Düss NJW **89**, 908). **(3) Einseitig** bestimmt werden (von DarlN od DarlG) kann der Ztpkt der Fälligk, wenn die Laufzeit freigestellt ist. Dann gilt § 315 (§ 271 Rn 6). – **bb) Unbestimmte Laufzeit.** Als DauerschuldVerh unterliegt der DarlVertr der Künd, jedoch wird der RückerstattgsAnspr nach Künd gem III fäll (Rn 35). Ohne Künd ist der DarlN zur Rückzahlg nur dann berecht, wenn für das Darl keine Zinsen geschuldet werden (III 3). Das ist keine vorzeit Rückerstattg (Rn 35), weil der DarlVertr beendet wird. – **d) Aufhebungsvertrag** (Rn 37) zw den Part des DarlVertr ist bei bestimmter wie unbestimmter Laufzeit jederzeit mögl (§ 311 I). Das kann mit od ohne VorfälligkEntschädigg (Rn 37) geschehen. – **e) Verzug** tritt ein nach § 286. Höhe der Verzugszinsen: § 288 I (nicht II; Krüger/Bitter WM **02**, 2094/9).

- 18 **5) Sonstige Pflichten des Darlehensnehmers** sind Zinszahlg, die Abnahme (Rn 23) u, wenn es vereinbart ist (§ 311 I), die Bestellg einer Sicherh (Rn 22). Diese Pfl stehen im GgseitigkVerh (§§ 320–326). – **a) Zinszahlung (I 2, II)** (entgeltl Darl) ist der gesetzl Regelfall. Sie ist beim entgeltl Darl HauptPfl des DarlN (Jau/Mansel Rn 18). – **aa) Zinsbegriff:** § 246 Rn 1–3. Ist das Darl eindeutig als unverzinsl vereinbart, muss dies mind dch Auslegg (§§ 133, 157) zu ermitteln sein. – **bb) Höhe.** Ist ein bestimmter Zinssatz nicht vereinbart, gilt der gesetzl (§ 246 u HGB 352). Der vereinbarte Zins kann sich insbes auf den Basiszinssatz (§ 247) beziehen. Die Grenze ist § 138 (dort Rn 25, 67). Der Zins kann auch in einer festen Summe bestimmt sein, beim BeteiliggsDarl (Vorb 17 v § 488) auch als Gewinnanteil bezeichnet. Ein Disagio (Rn 34) kann verdeckter Zins sein, nämli die Spanne zw Nominal- u Effektivzins (§ 246 Rn 3). Ein ZinsCap (variabler Zins mit gleichzeit Begrenzg) ist zuläss (Rösler WM 00, 1930). – **cc) Zinspflicht** entsteht iZw mit der Auszahlg (Rn 7). Sie ist zur RückerstattgPfl (Rn 12) nicht akzessor (Mülbert WM 02, 465/70) u beginnt auch ohne Erfüllung der ÜberlassgPfl (Rn 5) allein aGrd des Vertr (Mülbert aaO 471). Eine and Vereinbg ist häuf (BGH NJW 85, 730 für § 608 aF). Die ZinsPfl endet iZw mit der Beendig des DarlVertr (Rn 28–30). Zur Frage, ob bei 21 Unterbleiben der Rückzahlg SchadErs, Verzugszinsen od VertrZinsen verlangt werden können, § 288 Rn 11 ff. – **dd) Fälligkeit** (II). Primär gilt die Vereinbg der Part. Ist sie nicht getroffen, gilt der Grds jährl Fällig od bei kürzerer Laufzeit Fällig bei Rückerstattg. Bei Verwendg von AGB ist Verstoß gg § 307 I 1 mögl, aber nicht dadch, dass bei gleichbleibder Jahresleistg, die Zinsen u Tilgg enthält, die Zinsen vom Vorjahresstand des Darl berechnet u unterjähr, insbes in vierteljährl Raten für Zinsen u Tilgg fäll gestellt werden (BGH NJW 93, 3261). – **ee) Verjährung:** 3 Jahre gem §§ 195, 199 (Budzikiewicz WM 03, 264). – **b) Sicherheit.** Es kommen alle von §§ 232–239 erfassten Arten von Sicherh in Betr. Ist nicht eine bestimmte Sicherh vereinbart, so hat der DarlN die Wahl (§ 232 Rn 1). Die Höhe richtet sich nach der Vereinbg; iZw entspr dem DarlBetrag u ein angem Zuschlag für mind eine Zinsperiode nach billigem Ermessen (§ 315 III). Ohne Vereinbg bestimmt der DarlG die Höhe (§ 316). Übli ist, insbes bei Grdschuld eine SichgZweckErkl der VertrPart, für welche Fdg die Sicherh bestellt ist (Hamm WM 05, 1263). DarlN kann SicherhTausch nur verlangen, wenn schutzwürd Interesse des DarlG an der bish Sicherh nicht besteht, so iFv gleichwert Risikoabdeckg, gesicherter Kostenübernahme dch DarlN u Ausschluss von Nachteilen bei Verwaltg u Verwertg (Stgt BKR 07, 506).
- 23 **6) Nichtabnahme der Darlehensvaluta.** Die Abnahme der DarlValuta ist bei verzinsl Darl idR HauptPfl des DarlN, nicht dagg beim Dispositionskredit (BaRo/Rohe Rn 24). Zum GgseitigkVerh Vorb 3. Bei Nichtabnahme hat der DarlG gem § 281 iVm § 280 III einen SchadErsAnspr statt der Leistg (Budzikiewicz WM 03, 267), sog Nichtabnahmeentschädigg (BGH NJW 01, 509). Mahng od Fristsetzg ist oft entbehr (vgl BGH NJW-RR 90, 432). Der DarlG kann als SchadErs den abgezinsten Bruttozins bis zum nächstmögl KündTermin abzügl ersparter Refinanziergskosten verlangen, sog **Zinsmargenschaden** (BGH 136, 161/71). Bei AnnuitätenDarl ist der kontinuierl Reduzierg der DarlSchuld dch Anwendg der Cash-Flow-Methode Rechng zu tragen (BGH NJW 01, 509). Der Abzinsg ist der Wiederanlagezinssatz zugrunde zu legen; auch hier sind die bei AnnuitätenDarl bestehen Besonderh zu berücksichtigen (BGH aaO). Abzuziehen sind ein Risikoabschlag, der gem ZPO 287 auf 0,014 bis 0,06% geschätzt werden kann (BGH aaO), u ersparte Verwaltgskosten, insow ist nicht ein Prozentsatz, sondern ein absoluter Betrag anzusetzen (BGH aaO), zB 20 Euro jährl (Schlesw WM 98, 861). Die Bank braucht ihre „Marge“ (Differenz zw VertrZins u Refinanziergskosten) nicht offen zu legen, wenn sie ihren Schaden nach den branchenübli Dchschnittssätzen berechnet (BGH 136, 161/69). Ist das Zinsniveau gesunken, kann sie in Anwendg der **Aktiv-Aktiv-Methode** (von Heymann/Rösler ZIP 01, 441/47, Rösler/Wimmer WM 05, 1873) zusätzl als **Zinsverschlechterungsschaden** die abgezinste Differenz zw VertrZins u Wiederausreichgzsins fordern (BGH aaO u NJW 98, 592). Kann die Bank das Darl wg des gestiegenen Zinsniveaus zu einem höheren Zins wiederanlegen, muss sie sich diesen Vorteil anrechnen lassen (BGH 133, 355). Zuläss ist auch eine SchadBerechng nach der sog **Aktiv-Passiv-Methode**, die den Zinsmargen- u Zinsverschlechtergsschaden zusfasst (BGH NJW 01, 509, 05, 751, LG Stgt BKR 06, 495). Schaden ist danach die abgezinste u um einen Risikoabschlag u Verwaltgskosten verminderte Differenz zw dem VertrZins u der Rendite, die sich bei einer laufzeitkongruenten Wiederanlage am Kapitalmarkt ergibt (BGH aaO, von Heymann/Rösler aaO). Die Darlegg einer tats erfolgten konkreten Wiederanlage ist nicht erfdl; als Wiederanlagezinns kann der Zinssatz von HypPfandbriefen herangezogen werden (BGH aaO). Dieser ist der Kapitalmarktstatistik der BBank, nicht dem PEX-Index der HypoBanken zu entnehmen (BGH NJW 05, 751). Die dargelegten Grds der SchadBerechng gelten auch, wenn die Bank einen DarlVertr mit fester Laufzeit wg VertrVerletz des DarlN **vorzeitig kündigt** (BGH 133, 355) od wenn die vom DarlN gem § 490 II 3 geschuldete **Vorfälligkeitsentschädigung** (BGH 136, 161, NJW 01, 509, 05, 751) zu ermitteln ist (§ 490 Rn 14).
- 24 **7) Mehrheit von Darlehensnehmern** liegt vor, wenn für ein einz Darl ein DarlVertr abgeschl wird, bei dem als DarlN mind 2 Pers beteiligt sind (nicht als HauptSchu u Bürge). Das kann auch nachträgl geschehen, insbes dch Schuldbetritt (Übb1 2 v § 414). Abgrenzg nach Interessenlage (Madaus WM 03, 1705). Die DarlN sind iZw GesamtSchu (§ 421). Der DarlG erfüllt seine Pfl (Rn 6), indem er den Geldbetrag einem der DarlN zur VfG stellt (Hamm WM 92, 257 für § 607 aF). Problem ist der Schuldbetritt vermögensloser Pers, insbes von Angehör des DarlN (§ 138 Rn 36). Künd des DarlVertr kann nur einheitl erklärt werden (BGH NJW 02, 2866).
- 25 **8) Abtretung** der Anspr (§ 398) ist grdsätzl zuläss, ausgeschl bei einem Anspr aus dem VorVertr (allgM; Vorb 4). Die VertrPart können die Abtretbark dch Vertr (§ 311 I) ausschließen (§ 399). Der Abtretg des RückerstattsAnspr dch die Bank stehen das sog Bankgeheimn u das BDSG grdsätzl nicht entgg (BGH NJW 07, 2106 mwN, Nobbe ZIP 08, 97; aA Schwintowski/Schantz NJW 08, 472, sa § 134 Rn 22a, § 399 Rn 8), auch nicht StGB 203 II bei Abtretg dch Sparkasse (Schlesw BKR 08, 25). Auch wenn der DarlN seinen Anspr abtritt, bleibt er VertrPart u Schu des RückerstattsAnspr. Bei BauDarl (Vorb 14) ist die Abtretg grdsätzl ausgeschl.
- 26 **9) Pfändung** des Anspr aus DarlVertr erfolgt gem ZPO 829 u ist zuläss, soweit der Anspr abgetreten werden kann (Rn 25; ZPO 851). Das gilt insbes für den vertragl eingeräumten Kontokorrentkredit (offene Kreditlinie, sog Dispositionskredit) schon vor dem Abruf (Vorb 20; BGH NJW 01, 1937). Die bloß geduldete Überziehg des Bankkontos schafft noch keinen pfändb Anspr (BGH 93, 315). Zur Überweisg (ZPO 835) ist der Abruf dch den

DarLN nôt. Das ist dessen einseit GestaltsR, das nicht gepfändet werden kann (BGH NJW 04, 1444; Bitter WM 04, 1109). Bei Bankkonten ist im Einzelfall dch besond Umst die Abtretbark über § 399 ausgeschl.

10) Vereinbarungsdarlehen. Darunter wurde vor dem SMG die Umwandlg einer and Schuld in ein Darl 27
 verstanden (§ 607 II aF). Die alte Schuld (zB §§ 433 II, 667, 812) blieb bestehen u wurde inhaltl in einen Rück-
 erstattgsAnspr verändert, dadch dem DarlR unterstellt, wobei die vorhandene Sicherh weiter haftete. Die gesetzl
 Regelg erschien notw, weil das Darl damals als RealVertr angesehen wurde. Die bloße Schuldabänderg war von
 der kausalen od abstrakten Schuldumschaffg zu unterscheiden. Da der DarlVertr nun eindeut VerpflVertr ist,
 wird die Umwandlg gem § 311 I behandelt u bedarf keiner besond Regelg. Sie steht im Vertr den Part frei
 (Mülbert WM 02, 465/8).

11) Beendigung des Darlehensvertrages. Die BeendiggsGrde sind voneinander unabhäng. Es ist zu 28
 unterscheiden: **a) Zeitablauf** bei bestimmter Laufzeit (Rn 14). – **b) Rückerstattung** des Darl ohne Künd nur
 bei zinslosen Darl (III 3; Rn 36). – **c) Rücktritt** gem §§ 323, 324, wenn eine GgseitigkPfl (Rn 5–12) verletzt
 wird, insbes der Geldbetrag nicht zur Vfg gestellt, eine vereinbarte Sicherh nicht geleistet wird. Rücktr ist
 grdsätzl nur vor der Leistg des DarlBetrags zuläss. Danach kommt nur Künd (Rn 31) in Betr. – **d) Widerruf** der 29
 zum

DarlVertr führen WillensErkl des DarlN ist bei VerbrDarl mögl (§ 495). – **e) Rückabwicklung** des DarlVertr
 gem § 358, wenn er mit einem widerrufenen VerbrVertr über Kauf, Dienst- od Werkleistg verbunden ist u dieser
 Vertr vom Verbr gem § 355 widerrufen od der Widerruf dch Ausüb des RückgabeR (§ 356) ersetzt wurde. 30
 – **f) Eintritt** einer auflösend Bedingg (§ 158 II). – **g) Anfechtung** (§§ 119, 123, 142), sofern die Voraussetzgen
 ihrer Wirksamk gegeben sind. – **h) Aufhebungsvertrag** (Rn 37), auch im Wege des § 779, insbes wenn
 unsicher ist, ob eine Künd (§§ 489, 490) wirks erklärt wurde. – **i) Kündigung** gem III 1 (Rn 31), gemäß § 489
 od § 490, aber auch § 313 u § 314 (wicht Grd); vgl § 490 III.

12) Kündigung (III 1, 2) des DarlVertr. Entspricht § 609 aF. **a) Anwendbar** grdsätzl nur bei DarlVertr mit 31
 unbestimmter Laufzeit (Rn 26), gleich ob fester od variabler Zinssatz (Freitag WM 01, 1370). – **b) Abding-
 barkeit** ist grdsätzl zu bejahen. Es kann die Zulässigk der Künd bei bestimmter Laufzeit (Rn 14) vereinbart
 werden, auch der Ausschluss der Künd für eine bestimmte Zeit od für die ganze Dauer, zB auf Lebenszeit des 32
 DarlN, insbes wenn ein HypDarl mit einem LebensVersVertr verbunden ist. – **c) Erklärung** der Künd. Sie steht
 beiden VertrPart zu, ist empfangsbedürft WillensErkl (§ 130) u kann schon abgegeben werden, bevor das Darl
 valutiert ist (MüKo/Berger Rn 233; aA BaRo/Rohe Rn 41). Die Künd ist ab Zugang unwiderrufl u als
 GestaltgsR bedinggsfeindl. Der Ztpkt, auf den gekündigt wird (KündTermin), muss nicht angegeben werden
 (BGH BB 65, 104 für § 609 aF); es ist iZw der nächstzuläss Termin. Konkludent erklärt ist die Künd dch Klage
 auf od mind Verlangen der Rückerstattg, auch dch ZwVollstrg (BGH WM 65, 767 für § 609 aF), dch Aufrechng
 mit der RückerstattgsFdg gg eine Fdg des DarlN (BaRo/Rohe Rn 39). Eine TeilKünd ist nicht ausgeschl, wenn
 beiderseits jederzeit gekündigt werden kann (BGH NJW 99, 2269 für § 609 aF). – **d) Frist** (III 2). Die 3- 33
 Monats-Frist gilt nur, wenn nichts and vereinbart ist, zB fristlose Künd. Eine solche kann im Wege der Auslegg
 (§ 157) bejaht werden bei KleinDarl (nach § 609 II aF bis 200 Euro DarlBetrag 1-Monats-Frist). Bei unverzinsl
 Darl kann die wg III 3 unnöt Künd des DarlN fristlos erfolgen. Die Berechng der Frist richtet sich nach
 § 188 II.

13) Disagio (Damnum). – **a) Begriff.** Es ist der Betrag, um den das zur Vfg gestellte Geld geringer ist als der 34
 Nennbetrag des Darl u als der RückerstattgsAnspr. – **b) Rechtliche Einordnung.** Wie das Disagio zu behandeln
 ist, richtet sich nach der Auslegg des Vertr (BGH NJW 81, 2180 für § 609 aF). Es kann ein laufzeitabhäng
 Ausgl für einen niedrigeren Nominalzins u/od der Aufwand für Kapitalbeschaffg u/od Teilvorauszahlg der
 Zinsen sein (BGH NJW 90, 2250, 92, 2560, 96, 3337 für § 609 aF). Es ist nicht Vergütg für Bearbeitg u Risiko.
 Es wird fällt mit Übergabe der DarlValuta (Budzikiewicz WM 03, 264/70 mwN). – **c) Rückforderung.** Der
 DarlN kann es anteil aus § 812 zurückfordern, wenn er wirks kündigt (BGH NJW 93, 3257 für § 609 aF), nicht
 aber, wenn der DarlG wg schuldh VertrVerletzg kündigt (BGH aaO) od wenn der unkündb DarlVertr auf
 Wunsch des DarlN aufgehoben wird (BGH aaO). Zugrunde zu legen ist idR nicht die Gesamtlaufzeit des Darl,
 sond die Zinsfestschreibg (BGH NJW 95, 2778 für § 609 aF). Ist es and vereinbart, so verbleibt das Disagio
 beim DarlG (vgl Köln NJW-RR 92, 681 für § 609 aF). Davon ist bei öff geförderten Darl auszugehen (BGH
 NJW 92, 2285; umstr; aA Koller DB 92, 1125 mwN für § 609 aF).

14) Rückerstattung (I 2) des DarlBetrags ist vertragstyp Pfl des DarlN. Zu Voraussetzgen u Fälligk: vgl 35
 Rn 12, 14, 17. **a) Unterbliebene Rückerstattung** (auch verspätete) begründet SchadErsAnspr (§ 280), auch
 hinsichtl der Zinsen als VerzugsSchad, nicht VertrZinsen (umstr; vgl Budzikiewicz WM 03, 264/70). – **b) Nicht
 verlangte Rückerstattung.** Fordert sie der DarlG bei Beendig des DarlVertr (Rn 28–30) nicht, so verlängert
 sich desh nicht der DarlVertr, aber es können die VertrZinsen für die Zeit nach Fälligk nur bis zur Rückerstattg
 verlangt werden (§ 301 Rn 1). – **c) Vorzeitige Rückerstattung** (ohne Künd od vor Ablauf der KündFrist) ist bei 36
 unverzinsl Darl vertragsgem (III 3), bei verzinsl Darl grdsätzl ausgeschl (Hammen DB 91, 953 für § 609 aF).
 Sie ist nur dch wirks Künd, insbes gem § 489 od § 490 einseit herbeizuführen. Jederzeit mögl ist ein
 AufhebsVertr (Rn 37). – **d) Aufhebungsvertrag** ist inhaltl eine VertragsÄnd u fällt unter § 311 I (vgl Rn 17; 37
 hierzu BGH 136, 161), weil der Vertr auf die vorzeit Rückzahlg ausgerichtet wird. Darauf kann der DarlN im
 Einzelfall Anspr haben (BGH aaO). Die Aufhebg wird idR mit einer VorfälligkEntschädigg verbunden u davon
 abhäng gemacht. Die VorfälligkEntschädigg ist legal definiert in § 490 II 3 als der Schaden, der dem DarlG aus
 der vorzeit Künd entsteht. Dem ist die vorzeit Beendig des DarlVertr gleichzustellen. Der DarlG darf aber
 daraus nicht Vorteile erlangen (BGH NJW 97, 2878 für § 609 aF). Berechng: § 488 Rn 23; diese ist im Einz
 vom GesetzG bewusst der Rspr überlassen. Für den DarlG besteht keine Pfl, den DarlN auf die Möglichk
 vorzeit Rückerstattg aufmerks zu machen (Stg WM 99, 1007). Kein AufhebsVertr ist der Eintritt eines Dritten
 als ErsKreditN. Es ist rgeschäftl ein Fall von VertrÜbernahme (§ 398 Rn 41) u nur mit (dreiseit) Vertr od
 Zustimmung (§ 182) des DarlG wirks (vgl hierzu Knops WM 00, 1427).

- 38 **15) Beweislast.** – **a) Abschluss** des DarlVertr. Die Beweislast trägt derjen, der sich darauf beruft, auch für den jew behaupteten Inhalt, insbes die Laufzeit, also der DarlG für DarlVertr u Auszahlg als Voraussetzung des RückzahlgsAnspr, aber nicht für dessen Fortbestand (BGH NJW-RR 07, 705). Ein Schuldschein mit monatl
- 39 Zinszahlg beweist noch nicht den Abschluss als DarlVertr (BGH WM 76, 974). – **b) Zins.** Der DarlG muss, wenn der DarlVertr unstreit od bewiesen ist, nicht die Verzinslichk beweisen (PWW/Kessal-Wulf Rn 6, str, aA BaRo/Rohe Rn 51, Jau/Mansel Rn 19), hingg der DarlN die behauptete Unverzinslichk. Zinshöhe: der DarlG, wenn er einen höheren Zinssatz als den gesetzl behauptet (vgl Oldbg NJW-RR 95, 1452), der DarlN einen niedrigeren. – **c) Erfüllung.** DarlN für Erfüllg des DarlRückzahlgsAnspr, auch dch vertragl vereinbarte Verrechng mit and Anspr (BGH NJW-RR 07, 705) Es gilt § 363, damit eine Beweislastumkehr. Bestätigt der DarlN schriftl den Empfang des DarlBetrags u die Pfl zur Rückerstattg, hat er die volle Beweislast dafür, dass diese Pfl nicht entstanden ist (hM; BGH NJW 86, 2571 für § 607 aF). – **d) Kündigung** (Rn 31). Für die Erkl, den Ztpkt u die Tats zur Wirksamk trägt die Beweislast derjen, der sich auf die Künd beruft.

489 Ordentliches Kündigungsrecht des Darlehensnehmers. (1) Der Darlehensnehmer kann einen Darlehensvertrag, bei dem für einen bestimmten Zeitraum ein fester Zinssatz vereinbart ist, ganz oder teilweise kündigen,

1. wenn die Zinsbindung vor der für die Rückzahlung bestimmten Zeit endet und keine neue Vereinbarung über den Zinssatz getroffen ist, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat frühestens für den Ablauf des Tages, an dem die Zinsbindung endet; ist eine Anpassung des Zinssatzes in bestimmten Zeiträumen bis zu einem Jahr vereinbart, so kann der Darlehensnehmer jeweils nur für den Ablauf des Tages, an dem die Zinsbindung endet, kündigen;
2. wenn das Darlehen einem Verbraucher gewährt und nicht durch ein Grund- oder Schiffspfandrecht gesichert ist, nach Ablauf von sechs Monaten nach dem vollständigen Empfang unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten;
3. in jedem Fall nach Ablauf von zehn Jahren nach dem vollständigen Empfang unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten; wird nach dem Empfang des Darlehens eine neue Vereinbarung über die Zeit der Rückzahlung oder den Zinssatz getroffen, so tritt der Zeitpunkt dieser Vereinbarung an die Stelle des Zeitpunkts der Auszahlung.

(2) Der Darlehensnehmer kann einen Darlehensvertrag mit veränderlichem Zinssatz jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen.

(3) Eine Kündigung des Darlehensnehmers nach Absatz 1 oder Absatz 2 gilt als nicht erfolgt, wenn er den geschuldeten Betrag nicht binnen zwei Wochen nach Wirksamwerden der Kündigung zurückzahlt.

(4) ¹Das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers nach den Absätzen 1 und 2 kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder erschwert werden. ²Dies gilt nicht bei Darlehen an den Bund, ein Sondervermögen des Bundes, ein Land, eine Gemeinde, einen Gemeindeverband, die Europäischen Gemeinschaften oder ausländische Gebietskörperschaften.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr entspricht mit geringfüg redaktionellen Ändergen § 609 aF. – **a) Zweck:** InteressenAusgl u Schutz des DarlN. Es sollen marktgerechte Zinsen ermöglicht u eine Umschuldg erleichtert wer-

- 2 den. Das soll der Druck des KündR fördern. – **b) Anwendungsbereich.** Die Vorschr gilt für alle Arten von DarlVertr (Vorb 9ff v § 488), insbes BankDarl (Vorb 20 v § 488). I gilt nur für Darl mit festem Zinssatz, II für solche mit variablem (veränderl) Zinssatz. I Nr 2 gilt nur, wenn ein Verbr (§ 13) DarlN ist. – **c) Abdingbarkeit.** I u II sind zG des DarlN zwingnd nach Maßg von IV (Rn 19). Entggestehde Vereinbgen sind nichtig (§ 134). Zu den nachteil Folgen von I Nr 3 für den DarlN bei niedr langfrist Zinsen Hey FS Canaris S 443. – **d) Kündigung** (I, II). Sie ist eine ordentl Künd. Es gilt daher grdsätzl § 488 Rn 31, 32; jedoch sind die Kündfristen unterschiedl: 1 Monat in I Nr 1, 3 Monate in I Nr 2 u II, 6 Monate in I Nr 3; auch der Fristbeginn ist unterschiedl u es bestehen bestimmte KündTermine (I Nr 1; Ende der Zinsbindg) u Mindestlaufzeiten (I Nr 2: 6 Monate; I Nr 3: 10 Jahre). – **e) Andere Kündigungen** sind dch § 489 nicht ausgeschl. Das Recht zur außerordentl Künd aGrd des § 490 II od § 314 (aus wicht Grd) bleibt unberührt, ebenso wie bei Störg der GeschGrdlege der Anspr auf Anpassg des Vertr (§ 313 I) od bei Unzumutbark der Anpassg das Recht zur Künd (§ 313 III 2).

- 5 **2) Festverzinsliche Darlehensverträge (I).** Begriff: Darl, bei denen für einen bestimmten Zeitraum ein fester Zinssatz (idR dch Angabe in %) vereinbart ist. Darunter fallen auch die zeitl begrenzte Zinsbindg (zB Abschnittsfinanzierg, langfrist Darl mit Festzinssatz für einen kürzeren Finanziergsabschnitt, zu dessen Ende bei der echten das Darl fällt u über die Fortführg des Darl eine neue Vereinbg getroffen wird u bei der unechten das Darl nur fällt wird, wenn der DarlN der Änderg des Zinssatzes widerspricht) u die Zinsvariabilität nach vereinbarten begrenzten Zeiträumen. Grdsätzl sind Darl für die Dauer der Zinsbindg nicht ordentl kündb.
- 6 Voraussetzgen des KündR aus § 489 sind: – **a) Nr 1. Kürzere Zinsbindung** als die DarlLaufzeit. Es ist zu unterscheiden: (1) Hs 1: Das Ende der Bindg an einen festen Zinssatz muss vor dem Rückzahlgstern (§ 488 Rn 14) des Darl enden. (2) Hs 2: Vereinbarte Zinsanpassg (meist an einen vereinbarten Referenzzinssatz) bis zu höchstens 1 Jahr od für mehrere jew im Voraus bestimmte Zeiträume (roll-over-Kredite). Sind die Zinsperioden länger, so verbleibt es bei Hs 1. – **b) Nr 2. Verbraucherdarlehen,** nicht ident mit § 491, weil DarlG nicht ein Untern sein muss (AnwK/Reiff Rn 10); Darl an Verbr (§ 491 Rn 7; auch SchuMehr), ohne Sichg dch Hyp, Grdschuld od SchiffspfandR. Eine solche Sichg setzt voraus, dass diese Rechte (vollwert gesichert) vereinbart sind (Stgt

- 7 WM 99, 1007 mwN; aA Knops/Stempel ZfIR 00, 789 für § 609 aF), ohne Rücksicht auf Einleitg u Stadium des GrdbuchVerf. Kurzzeit vorübergehender Wegfall der dingl Sichg dch Freigabe des DarlG schafft kein KündR (Stgt aaO). Auf Wert u Höhe der Sichg kommt es nicht an (von Heymann BB 87, 415/419). Das Darl darf nicht ganz od überwieg (vom Betrag her zu messen) für gewerbl od berufl Zwecke bestimmt gewesen sein (Beweislast für Vorliegen dieses Zwecks: DarlG, Häuser/Welter NJW 87, 17/20). Ist der DarlN Kaufm, so gilt HGB 344 I (Bülow NJW 90, 2534). Auf die spätere tats Verwendg kommt es nicht an. Am besten wird zur Klarstellg der DarlZweck in die Urkunde aufgenommen. – **c) Nr 3. Langfristige Darlehen.** Gilt für alle Darl, insbes auch für befristete. Hs 1: Empfang ist selbstverständlich auch die vereinbarte Zahlg an einen Dritten (§ 488 Rn 7–9). Vollständ: auch bei Disagio (§ 488 Rn 34), bei Teilzahlgen die letzte Leistg; maßg ist Aushändig od Gutschrift. Das gilt auch für

Forward-Darl (Einf 25 v § 488; Peters Zehrt WM 03, 1509). Fristberechnung: §§ 187 I, 188 II. Zum Fristbeginn bei Forward-Darl: Rösler WM 00, 1930. Hs 2: Regelt die Fälle der Prolongationsvereinbarung, von deren Abschluss (§ 151) an die 10-Jahres-Frist neu zu laufen beginnt. Auszahlung ist ident mit Empfang iSv Hs 1.

3) Kündigungsrecht bei festverzinslichen Darlehen (I). Dem DarlN steht ein Recht zur ordentl Künd 9 15
grdsätzl erst zum Ablauf der Zinsbindg zu (Ausn Nr 2, 3). Die KündErkl kann grdsätzl (Ausn Nr 2, 3) schon zu
einem beliebfriheren Ztpkt zugehen (wie § 488 Rn 32). Wird die Künd wirks u fristgerecht erklärt, so endet
der DarlVertr u die Rückerstattg ist fällt (§ 488 Rn 14). Stets ist die Vereinbg einer Zinsanpassg unter Fortdauer
des DarlVertr mögl, auch mit BestimmgsR des DarlG gem § 315. – **a) Nr 1. Kürzere Zinsbindung** (Rn 6). Es 10
ist zu unterscheiden: – **aa) Kündigungsfrist** bei Zinsbindg (Hs 1). Die Künd kann frühestens mit Wirkg zum
Ablauf des Zinsbindgstermins erklärt werden, also auch für einen späteren Termin. Die Kündfrist beträgt
1 Monat vor dem Ende der Zinsbindg. Berechnung: § 188 II, III. Bsp: Die Künd zum 31. 3. muss spätestens am
28. od 29. 2. zugehen. – **bb) Zinsanpassung** (Hs 2). Die Kündfrist ist auch hierfür 1 Monat (wie bei Hs 1). Es 11
kann aber bei jedem der Zeiträume auf den Tag gekündigt werden, an dem die Zinsbindg für den betr
Zeitraum endet (Stupp/Mucke BKR 05, 20/1). Auf einen Tag dazw darf nicht gekündigt werden. Die
Monatsfrist gilt auch, wenn der DarlG die Mittelg über den neuen Zinssatz innerh dieses Monats dem DarlN
zusendet. 12
– **b) Nr 2. Verbraucherdarlehen** (Rn 7). Es ist die 6-Monats-Vorlaufzeit einzuhalten. Sie ist vom vollständ
Empfang des Darl an zu berechnen. Das ist der Ztpkt, zu dem der DarlBetrag zur Vf g gestellt wurde (§ 488
Rn 7). Eine Künd des Verbr muss nach Ablauf der 6 Monaten zugehen, nicht vorher (MüKo/Berger Rn 20); sie
setzt die 3-Monats-Frist in Lauf. Die Erkl kann erst am 1. Tag nach dem Ablauf für KündTermin nach
3 Monaten od später abgegeben werden, so dass der DarlVertr frühestens nach 9 Monaten endet. Berechnung der 13
Frist: § 187 I, § 188 II, III. – **c) Nr 3. Langfristige Darlehen** (Rn 8). KündErkl: § 488 Rn 32. Sie kann erst
nach Ablauf der 10 Jahre erklärt werden (Jau/Mansel Rn 8, AnwK/Reif Rn 17). Fristberechnung: wie Rn 12. Der
Fristbeginn ist grdsätzl der vollständ Empfang (wie Rn 12). Die 10-Jahres-Frist beginnt aber neu, wenn danach
eine neue (kürzere od längere) Laufzeit od ein neuer (höherer od niedrigerer) Zins vereinbart wurde. Es ist dann
auf das Zustandekommen der ÄndVereinbg (§ 311 I) abzustellen.

4) Darlehensverträge mit veränderlichem Zinssatz (II). Ein variabler Zinssatz liegt nicht ow in der Vereinbg 14
einer Neuverhandlgsklausel (Stupp/Mucke BKR 05, 205). – **a) Voraussetzungen.** Gilt für alle DarlVertr, bei
denen die Änderg des Zinssatzes jederzeit eintreten kann, gleichgültig aus welchem Grd, zB Bindg an den
Basiszinssatz (§ 247) mit od ohne Zuschlag. Bestimmt gem § 315 bei kapitalmarktbedingten Ändergen (BGH
NJW 86, 1803, 92, 1751). ZinsÄndKlauseln erfordern idR einen bestimmten Anlass u Voraussetzgen im Vertr; nur
ausnahmsw darf sie ins Ermessen der Bank gestellt werden (Langenbucher BRK 05, 134). Zum
Gestaltungsspielraum: Langenbucher aaO. Eine zusätzl vereinbarte Gewinnbeteilg bewirkt keinen veränderten
Zinssatz (Stupp/Mucke BKR 05, 20/3). Problematisch ist, ob bonitätsgestufte Zinsabreden unter II fallen (Mülbert
WM 04, 1205, Ohletz BKR 07, 129). II gilt nicht, sond I Nr 1, wenn zunächst für eine bestimmte Zeit ein fester
Zinssatz für eine bestimmte Laufzeit vereinbart u danach eine Änderg vorgesehen ist. – **b) Kündigungsrecht** des
DarlN besteht vom Abschluss des DarlVertr an (Mülbert WM 02, 465/9), so dass die Mindestlaufzeit prakt
3 Monate dauert, auch von dem Ztpkt an, zu dem dch ÄndVertr (§ 311 I) ein verändert Zinssatz statt des letzten
(bestimmten) Zinssatzes vereinbart wird. Die Künd ist jederzeit mögl, dh ohne Bindg an bestimmte Termine
(Stupp/Mucke BKR 05, 20/2). Es ist nur die 3-Monats-Frist einzuhalten. Fristbeginn u Fristberechnung: wie Rn 13.
Bsp: Künd am 20. 1. wirkt zum Ablauf des 20. 4. Eine TeilKünd ist nicht mögl u, wenn sie trotzdem erklärt wird,
unwirks.

5) Fiktion unterbliebener Kündigung (III). – **a) Zweck.** Ein Missbrauch des KündR zu dem Zweck, dadch 16
zu einem ggü dem VertrZins günstigeren Verzugszins zu gelangen, soll verhindert werden, indem der VertrZins
weiter gilt, wenn das Darl nicht zurückerstattet wird. – **b) Anwendbar** auf alle DarlVertr, die aGrd des I od II
gekündigt wurden. – **c) Voraussetzungen** der Fiktion (Rn 18): **(1)** Wirks Künd gem I od II. **(2)** Unterbleiben
der Rückerstattg des Darl gem § 488 Rn 12–14. Es muss nicht od nicht vollständig bezahlt worden sein. 17
(3) Ablauf der 2-Wochen-Frist. Berechnung: §§ 187 I, 188 II. Fristbeginn: Wirksamwerden der Künd (Rn 3), also
nicht vor Zugang der WillensErkl (§ 130). – **d) Rechtsfolge** ist die Fiktion („gilt“), dass die wirks abgegebene
Künd nicht erfolgt sei. Der DarlVertr besteht also mit allen Rechten u Pfl der VertrPart fort. Änd KündR bleiben
unberührt. 18

6) Unabdingbarkeit (IV) besteht grdsätzl für alle DarlN mit Ausn derjen, die unter IV 2 fallen (Rn 20). 19
– **a) Verboten** (IV 1) ist jede Ausgestaltung des DarlVertr, dch die eine Künd gem I u II ausgeschl od erschwert
wird. Dazu gehören: eine VertrStrafe u eine VorfälligkEntschädigg (§ 490 II 3), die sich auf den Zinsverlust des
DarlG erstreckt (Stupp/Mucke BKR 05, 20/4 mwN). Ein Disagio (§ 488 Rn 34) ist zuläss, darf aber nur so
berechnet werden, dass der DarlG einen Ausgl für den Zinsverlust erhält. Vereinbgen, die sich auf and Termine
beziehen, insbes kürzere Kündfrist, sind zuläss u ggf wirks, auch die Vereinbg ausländ Rechts, aber nur bei
Auslandsberührg (Stupp/Mucke aaO). – **b) Zulässig** (IV 2) sind alle KündBeschränkgen, wenn DarlN eine der 20
aufgeführten Körpersch öffR ist. Anstalten u Stiftngen öffR fallen nicht darunter. IV 2 bewirkt, dass die Künd des
DarlVertr ganz ausgeschl od beliebf beschränkt werden darf.

490 Außerordentliches Kündigungsrecht. (1) Wenn in den Vermögensverhältnissen des
Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit eine
wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht, durch die die Rückerstattg des
Darlehens, auch unter Verwertung der Sicherheit, gefährdet wird, kann der Darlehensgeber den
Darlehensvertrag vor Auszahlung des Darlehens im Zweifel stets, nach Auszahlung nur in der Regel
fristlos kündigen.

(2) ¹ Der Darlehensnehmer kann einen Darlehensvertrag, bei dem für einen bestimmten Zeitraum ein
fester Zinssatz vereinbart und das Darlehen durch ein Grund- oder Schiffspfandrecht gesichert ist, unter
Einhaltung der Fristen des § 489 Abs. 1 Nr. 2 vorzeitig kündigen, wenn seine berechtigten Interessen dies
gebieten. ² Ein solches Interesse liegt insbesondere vor, wenn der Darlehensnehmer ein Bedürfnis nach
einer anderweitigen Verwertung der zur Sicherung des Darlehens beliehenen Sache hat. ³ Der

Darlehensnehmer hat dem Darlehensgeber denjenigen Schaden zu ersetzen, der diesem aus der vorzeitigen Kündigung entsteht (Vorfälligkeitsentschädigung).

(3) Die Vorschriften der §§ 313 und 314 bleiben unberührt.

- 1 **1) Allgemeines.** Die einseit u vorzeit Lösg einer VertrPart aus dem DarlVertr war vor dem SMG dch
 2 Widerruf des DarlG in § 610 aF u dch ein aus § 626 abgeleitetes außerordentl KündR (wicht Grd) für beide
 3 VertrPart mögl. Außerdem konnte unter bestimmten Voraussetzgen ein Anspr des DarlN auf vorzeit
 4 VertrAufhebg bestehen (hM; BGH 136, 161, NJW 97, 2875, 2978). Das SMG regelt diese Materie in § 490 nur für Darl,
 5 allg für SchuldVerh in § 313 (Störg der GeschGrdlage) u in § 314 (außerordentl Künd von DauerschuldVerh).
 6 – **a) Zweck.** Unabhäng vom Recht auf ordentl Künd soll den VertrPart die kurzfrist Lösg vom Vertr in Fällen
 7 ermöglicht werden, in denen die für einen DarlVertr typ Risiken auftreten u das Bedürfn besteht,
 8 Vermögensverluste u -einbußen zu ersparen. Zugleich sollen Schäden vermieden od ersetzt werden (vgl II 3). –
 9 **b) Anwendbar** ist I grdsätzl für alle DarlVertr, auch wenn sie noch nicht valuiert sind. Der Vertr muss aber
 10 bereits abgeschl sein. II ist nur bei DarlVertr anwendb, die einen festen Zinssatz mind für einen bestimmten
 11 Zeitraum aufweisen u dch Grd- od SchiffsPfandR gesichert sind. Eine Beschräng auf Verbr als DarlN besteht
 12 trotz der Verweisg in II 1 auf § 489 I Nr 2 nicht. – **c) Abdingbarkeit** ist nicht ausgeschl (Mülbert WM 02,
 13 465/75), allenfalls dch § 242 (RMissbr) u bei Verwendg von AGB dch § 307 (dort Rn 79, 96). Insbes können
 Zinsanpassgsklauseln bei Eintritt bestimmter Voraussetzgen (zB BonitätsÄnd) vereinbart werden (Hey ZBB 04,
 259, Ohletz BKR 07, 129).
 14 – **d) Andere Kündigungsrechte,** sowohl ordentl (§ 488 III, § 489 I u II) wie außerordentl (§ 313 III 2, § 314),
 bestehen unabhängig von § 490 u können daneben od statt § 490 ausgeübt werden (III; Rn 17). Zum KündR aGrd
 der Banken AGB Freitag WM 01, 2370. – **e) Sonstige Rechte.** Soweit ein ggseit Vertr vorliegt (Vorb 3 v § 488)
 u Sicherh vereinbart ist, kann der DarlG die Rechte aus §§ 320–322 geltend machen statt zu kündigen.
 15
 16 **2) Kündigungsrecht des Darlehensgebers (I).** Die Regelg tritt an die Stelle von § 610 aF. Die Tats, die den
 17 KündGrd ausmachen, dürfen dem DarlG zZt der Kreditgewähr nicht bekannt gewesen sein (BGH NJW 02,
 18 3167). – **a) Voraussetzungen** sind: – **aa) Wirksamer Darlehensvertrag** (§ 488), gleich welcher Art, verzinst
 19 od nicht, bereits valuiert od noch nicht. – **bb) Gefährdete Rückerstattung.** Ist ggü § 321 (UnsicherhEinrede)
 20 eine besond Regelg für den DarlVertr. Die Gefahr muss für die Zeit der Fälligk des RückerstattgsAnspr (§ 488
 21 Rn 14ff) u darin bestehen, dass der Anspr nicht od nur zT erfüllt wird, sofern die bestellte Sicherh voraussichtl
 22 nicht ausreicht. Hierfür ist auf eine Prognose abzustellen. Bei GrdPfandR sind die voraussichtl Wertentwicklg
 23 des Grdst u der Rang zu berücksichtigen. – **cc) Verschlechterung.** Sie muss obj vorliegen (Freitag WM 01,
 24 2370), für die Gefährd (Rn 6) kausal sein („durch“). Maß Ztpkt ist der VertrAbschluss. Dem DarlG unbekannt
 25 Tats können nur die Anfechtg (§§ 119, 123) begründen (AnwK/Reiff Rn 3). Ob die VermLage schlechter
 26 geworden ist, wird dch einen Vergl zw der bei VertrAbschluss u der zum KündZtpkt festgestellt. Die VermLage
 27 kann schon anfangs schlecht gewesen sein, wenn die Lage sich noch weiter verschlechtert. Bsp: Verlust von Eigent
 28 u Liquidität im Umfang von mehr als einem Viertel der vorher Substanz; bei einem SaniergsDarl, wenn die
 29 Sanierg nicht mehr aussichtsreich erscheint (BGH NJW 04, 3782 für § 610 aF). Die Verschlechterg muss noch
 30 nicht eingetreten sein; es genügt, dass sie mit einiger Wahrscheinlichk zu befürchten ist („droht“). Die
 31 Verschlechterg muss sich beziehen auf: **(1) Vermögensverhältnisse** des DarlN; dabei ist auf das gesamte der
 32 ZwVollstrg unterliegende Verm abzustellen. Kein KündR, wenn die Sicherh ausreicht. **(2) Werthaltigkeit** der
 33 gestellten
 Sicherh. Die Sicherh kann auch von einem Dritten bestellt sein, insbes dch Bürgsch (§ 765), so dass es dann auf
 die VermVerh dieser Pers ankommt (Freitag WM 01, 2370). Restriktive Anwendg ist zu empfehlen (Mülbert WM
 02, 465/74). Bei GrdPfandR ist der Wertverlust des Grdst maßg. – **b) Kündigung.** Für die Erkl gilt grdsätzl § 488
 Rn 32. Die Künd ist an keine Frist gebunden und fristlos mögl. Es ist aber auch zuläss, sie auf einen späteren
 Ztpkt nach Zugang (§ 130) als KündTermin zu erklären. Das Recht zur Künd besteht iZw immer u ausnahmslos,
 wenn der DarlBetrag noch nicht ausgezahlt ist (I, vorletzter Hs), dh zur Vfg gestellt (§ 488 Rn 7–10). Ist das Darl
 schon zur Vfg gestellt, kann nur idR gekündigt werden (I, letzter Hs). Das bedeutet, dass Ausn mögl sind (hierzu
 krit Freitag WM 01, 2370). Es kann sich im Einzelfall herausstellen, dass es der Interessenlage der Part besser
 entspricht, das Darl bis auf weiteres dem DarlN zu belassen, weil sich seine VermLage sonst zur Insolvenz
 verschlechtert. Das setzt allerd voraus, dass dem DarlG das erhöhte Risiko zuzumuten ist, weil sonst § 314
 zuträfe.
 34
 35 **3) Kündigungsrecht des Darlehensnehmers (II).** Die Regelg nimmt Ergebn der Rspr des BGH auf (vgl Rn 1),
 36 ohne sie darauf beschränken zu wollen (Freitag WM 01, 2370). Zweck ist, die wirtschaftl HandlgsFreih des DarlN
 37 zu erhalten. – **a) Voraussetzungen** sind: – **aa) Wirksamer Darlehensvertrag** (§ 488), gleich welcher Art, nicht
 38 nur von Verbr (§ 13) als DarlN. Zweifelh, ob auch bei Forward-Darl (Emf 25 v § 488) in der Vorlaufzeit
 39 (Peters/Zehrt WM 03, 1509). – **bb) Fester Zinssatz** für einen bestimmten Zeitraum, der im DarlVertr festgelegt
 40 ist. Er kann auch für die ganze Dauer eines Darl auf bestimmte Zeit (§ 488 Rn 16) festgeschrieben sein.
 41 – **cc) Sicherung** des RückerstattgsAnspr (§ 488 I 2) dch ein GrdPfandR (Hyp, Grdschuld, Rentenschuld) od eine
 42 SchiffsHyp. Das Grdst od Schiff muss nicht dem DarlN gehören; es kann auch ein Dritter der SichgsG sein (vgl
 43 Rn 12). – **dd) Berechtigte Interessen** des DarlN müssen die vorzeit Künd gebieten. Das ist nicht der Fall, wenn
 dem DarlN and interessengerechte Möglichk, zB geringerer Zinssatz, offen sind. Die Interessen des Dritten, der
 die Sichg gegeben hat, bleiben dabei außer Betr. Der Wortlaut des Gesetzes schließt eine Interessenabwäg nicht
 aus, so dass das Interesse des DarlG an kongruenter Refinanzierung zu beachten wäre (Becher/Lauterbach WM 04,
 1163). Auf den BewegGrd u die Ursache eines berechtig Interessens kommt es nicht an. Der Regelfall ist (II 2) das
 Bedürfn zur anderweit Verwertg des Grdst od Schiffs, insbes dch Verkauf (auch Versteigerg) aus geschäftl od
 privatem Grd (Umzug, Geldbedarf, Scheidg), auch die Gelegenh zu einem besond günst Kaufpreis (BGH NJW 97,
 2875 für § 609 aF). And Interessen als der Regelfall des II 2 sind geeignet, wenn sie im Einzelfall berecht sind.
 Dazu kann die Möglichk gehören, von einem Dritten für die Sicherh einen dringd benötigten höheren Kredit zu
 erhalten (BGH NJW 97, 2878). Ob es ausreicht, dass der DarlN ohne Umschuldg das Grdst veräußern müsste, ist
 fragl (bejahd Naumbg NJW-RR 07, 1728). Nicht genügt, dass der DarlN unerwartete Liquidität erlangt od einen
 billigeren
 44 Zins bekäme (LG Mü I WM 04, 616; Becher/Lauterbach WM 04, 1163). – **b) Kündigungsrecht.** Erkl: wie § 488
 45 Rn 32. Die Künd kann erst erklärt werden, wenn die Voraussetzgen (Rn 10–12) erfüllt sind. And als bei I

(Rn 18) kann nicht fristlos gekündigt werden. Es ist die Frist des § 489 I Nr 2 einzuhalten (dort Rn 12). Das bedeutet eine Kündfrist von 3 Monaten, wobei die Frist erst beginnen kann, wenn das Darl seit 6 Monaten vollständig ausbezahlt ist (vgl § 489 I Nr 2). Von der Vereinbg od Zahlg der dann geschuldeten VorfälligkEntschädigg (II 3) ist die Wirksamk der Künd unabhängig (Freitag WM 01, 2370; Wittig/Wittig WM 02, 145/9). R Folge der Künd ist die Beendig des DarlVertr u die Fälligk der Rückerstattg (§ 488 Rn 12, 14), ferner der Anspr des DarlG auf die VorfälligkEntschädigg (Rn 14). – **c) Vorfälligkeitsentschädigung** (II 3). Sie ist im Zushang mit der einvernehmll vorzeit Aufhebg von DarlVertr gebräuchl u nunmehr legal definiert für die Künd gem II 1. Derselbe Begriff gilt für die VorfälligkEntschädigg bei einvernehmll Beendig des DarlVertr (§ 488 Rn 30), insbes auch anzuwenden, wenn die Voraussetzgen des II nicht gegeben, zw den VertrPart streit od unsicher sind. Sie kann vermieden werden, indem der DarlN einen ErsatzDarlN stellt (Wehrt WM 04, 401/9 mwN). – **aa) Begriff.** VorfälligkEntschädigg ist derjen Schaden, der dem DarlG aus der zur Beendig des DarlVertr führden Künd entsteht. Das erfordert im Einzelfall einen VorteilsAusgl (Vorb 119 ff v § 249) u Abzug bei einer Mitverursachg (§ 254). Zu aktuellen Zweifelsfragen: Wehrt WM 04, 401. – **bb) Berechnung.** Sie ist vom GesetzG bewusst der Rspr überlassen worden. Grdsätzl ist davon auszugehen, dass der DarlG daraus weder Vorteile erlangen noch Nachteile erleiden darf (BGH NJW 97, 2875). Die Höhe kann nicht von vornherein wirks vereinbart werden (Mülbert WM 02, 465/76). Es handelt sich eindeutig um SchadErs (Hamm WM 05, 1265), so dass iR der §§ 249 ff insbes auch § 252 anzuwenden ist. Zu ersetzen ist jedenfalls der ZinsSchad (vgl § 488 Rn 23), nämll der ZinsmargenSchad (entgangener Nettogewinn) u der darüber hinausgehde ZinsverschlechtergSchad (Zinsminderungsverlust), gemessen an der Wiederanlage des Kapitals (BGH aaO). Diese Wiederanlagerendite ist der Kapitalmarktstatistik der BBank zu entnehmen (BGH NJW 05, 751 mwN). Hinzu kommt die Differenz zw den erhöhten u ersparten Verwaltungsaufwendgen (BGH NJW 01, 509). Im Proz ist gem ZPO 287 zu schätzen.

4) Anpassungsverlangen und Kündigung aus wichtigem Grund (III). Diese beiden Möglichk zur Änderg od Künd des DarlVertr bleiben von § 490 unberührt bestehen; jedoch hat § 490 als Sonderregelg Vorrang (§ 314 Rn 4; Freitag WM 01, 2370). Ein DarlN, der danach wirks kündigt, schuldet keine VorfälligkEntschädigg (§ 490 II; Karlsru NJW-RR 01, 1492 für § 626). – **a) Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313 Rn 7, 48). Im Rahmen des § 242 waren solche Fälle schon bisher für DarlVertr aktuell geworden. Soweit die Anwendg bejaht u vorzeitig Beendig gg VorfälligkEntschädigg zugelassen wurde, ist das nunmehr in § 490 II 1, 2 besond geregelt. Die Voraussetzgen des § 313 sind zu verneinen, wenn der DarlN das Darl wg and günstigerer Finanzierg od Änderg seiner Plang nicht mehr benötigt (BGH NJW 90, 981 u 91, 1817); ebenso wenn er entspr Liquidität erlangt hat. Die Anpassg des VertrInhalts kann insbes die Tilgg u den Zeitraum betreffen. Sie reicht bis zur Künd (§ 313 III 2). – **b) Kündigung aus wichtigem Grund** (§ 314) ist eine außerordentll Künd ohne Kündfrist u daher auch fristlos mögl. Das Recht kann beiden VertrPart zustehen. Zu den allg Voraussetzgen des § 314 wird auf die Anm dort verwiesen. – **aa) Typische Beispiele** eines wicht Grds bei DarlVertr sind: wiederholter Verzug mit Zins- u Tilggsraten; schuldh Zerrüttg eines bei VertrAbschluss vorhandenen VertrauensVerh; dringend Eigenbedarf bei zinslosem Darl (Stgt NJW 87, 782); bei Fusion zweier Banken Ungewiss über Eintritt der RNachfolge (Karlsru NJW-RR 01, 1492); falsche Darstellg wesentl Tats zw VertrAbschluss u Auszahlg (Karlsru BB 72, 287); drohde ZahlungsUnfähigk (BGH NJW 03, 2674). – **bb) Kein wichtiger Grund:** Verweigerg einer fällt Ratenzahlg wg erwägenswerter rechtl Zweifel (BGH NJW 81, 1666); die vollzogene od beabsichtigte Veräußerg des dch das Darl finanzierten Objekts (Ffm NJW-RR 96, 814), wobei aber I erfüllt sein kann; bei Darl für einen Untern die bloße Unwirtschaftlichk seines Betriebs (vgl BGH NJW 86, 1928).

Vorbemerkungen zu den §§ 491–498

(Verbraucherdarlehensvertrag)

1) Gesetzesgeschichte. Zur Umsetzg der VerbrKrRL (PalArch I B 4) war das VerbrKrG erlassen worden u am 1. 1. 91 in Kraft getreten. Dch das SMG wurde die Materie des VerbrKrG in das BGB integriert, ohne dass der Inhalt wesentl verändert worden ist, allerd im systemat Zushang neu aufgebaut. Die VerbrDarlVertr sind in den §§ 491–498 geregelt, die verschiedenen Formen der Finanziergshilfen in §§ 499–504 (Untertitel 2), die RatenliefergVertr in § 505 (Untertitel 3). Der KreditvermittlgsVertr, nun DarlvermittlgsVertr, ist als Untertitel 2 (§§ 655 a–655 e) in den Titel 10 (MaklerVertr) gekommen. Der Begriff VerbrDarlVertr (§ 491) ist enger als der des VerbrKredits (VerbrKrG I II), der herkömml auch die and Kreditarten als GeldDarlVertr umfasst, nämll alle Finanziergshilfen, insbes Zahlgsaufschub, Leasing u Teilzahlg.

2) Übergangsregelung. Sie ist in EG 229 § 5 enthalten. Ist der VerbrDarlVertr vor dem 1. 1. 02 abgeschl worden, so ist das bis dahin geltde VerbrKrG anzuwenden u das BGB in der aF. Das gilt auch für den VerbrKredit als DauerschuldVerh, jedoch mit der Maßg, dass ab 1. 1. 03 auch auf die alten Vertr das BGB in nF angewendet werden muss. Soweit es dabei auf bestimmte Zeiträume ankommt, wird die Zeit vor dem 1. 1. 2003 eingerechnet. Für die Voraussetzgen einer Künd kommt es allein darauf an, dass sie zum Ztpkt der KündErkl vorgelegen haben. Für Zinsen ist EG 229 § 7 anzuwenden.

3) Vorschriften über Verbraucherdarlehensverträge. Es gelten die allg Vorschr für DarlVertr (§§ 488–490), insbes auch für Zinsen u Verj (vgl aber § 497), ergänzt od abgeändert dch §§ 491–498, ferner dch § 506 (Unabdingbark u Umgehgsverbot) sowie § 507 (entspr Anwendg auf DarlVertr mit Existenzgründern).

- 4 **4) Änderungen** zum VerbrDarLR. – **a) Widerrufsrecht.** Noch vor Inkrafttreten des SMG war infolge der Entsch des EuGH vom 13. 12. 01 (NJW **02**, 281) abzusehen, dass hinsichtl des ImmobilienDarLVertr (Realkredit-Vertr) mit Verbr eine Änderg notw wird, um die Übereinstimm mit der HausTWRL (PalArch I B 3) herzustellen (§ 312a Rn 1). Danach wäre nur notw gewesen, für ImmobilienDarLVertr, die als HaustürGesch abgeschl wurden, ein unbefristetes WiderrufsR einzuführen, für den Fall, dass nicht od nicht ordngsgem über das WiderrufsR belehrt wurde (vgl BGH NJW **02**, 1881). Der GesetzG hat eine Änderg der §§ 491 ff dch Art 25 OLGVertrÄndG vom 23. 7. 02 (BGBl 2850), in Kraft seit 1. 8. 02, vorgenommen. Über die EU-rechtl Erfordern hinaus werden alle ImmobilienDarLVertr gem § 495 widerrufl gestaltet, auch wenn sie nicht als HaustürGesch abgeschl werden. Außerdem bestimmt § 358 III 3 die Voraussetzgen für die wirtschaftl Einh zw ImmobilienDarLVertr u dem Vertr über den GrdStErwerb. Die erfdl Angaben bei VerbrDarL ergeben sich aus Anlage 2 zu BGB-InfoV 14. Die Überleitg ist geregelt in EG 229 § 9, der EG 229 § 5 S 2 vorgeht (BGH NJW **06**, 3349).
- 5 – **b) Schutz bei Kreditverkauf (Abtretung, Übertragung).** Der zunehmde Verkauf von notleidenden, aber auch ordngsgem bedienten DarLFdgen, insbes aus ImmobilienDarLVertr mit dingl Sichg u ZwVollstrgsUnterwerfg, dch Kreditinstitute an Pers ohne Banklizenz, die nicht an einer langfrist GeschBeziehg, sond an der schnellen Realisierg der Vorteile interessiert sind, hat den GesetzG dazu bewogen, den Schutz der DarLN bei Kreditverkauf zu verbessern (dazu Zimmermann BKR **08**, 95, Reifner BKR **08**, 142, Bredow/Vogel BKR **08**, 271, Koch ZBB **08**, 232). Er hat dch Art 6 RisikobegrenzsG v 12. 8. 08 (BGBl I 1666, 1669), in Kraft seit 19. 8. 08, ua im VerbrDarLR Hinw- u UnterrichtsPfl (§§ 492 I a 3, 492 a, 496 II) eingeführt u den Zahlgsverzugs bei ImmobilienDarLVertr (§ 498 III), die nach Inkrafttr abgeschl od übertragen werden (ÜbergangsVorschr EG 229 § 18 I), geregelt.

491 Verbraucherdarlehensvertrag. (1) Für entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer (Verbraucherdarlehensvertrag) gelten vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 ergänzend die folgenden Vorschriften.

(2) Die folgenden Vorschriften finden keine Anwendung auf Verbraucherdarlehensverträge,

1. bei denen das auszahlende Darlehen (Nettodarlehensbetrag) 200 Euro nicht übersteigt,
2. die ein Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer zu Zinsen abschließt, die unter den marktüblichen Sätzen liegen,
3. die im Rahmen der Förderung des Wohnungswesens und des Städtebaus auf Grund öffentlich-rechtlicher Bewilligungsbescheide oder auf Grund von Zuwendungen aus öffentlichen Haushalten unmittelbar zwischen der die Fördermittel vergebenden öffentlich-rechtlichen Anstalt und dem Darlehensnehmer zu Zinssätzen abgeschlossen werden, die unter den marktüblichen Sätzen liegen.

(3) Keine Anwendung finden ferner

1. § 358 Abs. 2, 4 und 5 und die §§ 492 bis 495 auf Verbraucherdarlehensverträge, die in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes gerichtliches Protokoll aufgenommen oder notariell beurkundet sind, wenn das Protokoll oder die notarielle Urkunde den Jahreszins, die bei Abschluss des Vertrags in Rechnung gestellten Kosten des Darlehens sowie die Voraussetzungen enthält, unter denen der Jahreszins oder die Kosten geändert werden können;
2. § 358 Abs. 2, 4 und 5 und § 359 auf Verbraucherdarlehensverträge, die der Finanzierung des Erwerbs von Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Edelmetallen dienen.

- 1 **1) Allgemeines.** Von der Zielsetz her ist § 491 eine Zusfassg von VerbrKrG I I u 3. In III wurden dch das OLGVertrÄndG (s Vorb 4 a) die bisher Nr 1 gestrichen u die bisher Nrn 2 u 3 zu Nr 1 u 2. – **a) Zweck.** Die unabdingb SchutzVorschr (§ 506) zG des Verbr (§ 13), der als DarLN einem Untern (§ 14) ggüsteht, sollen nur den Verbr zugute kommen, die sich bei Abschluss des DarLVertr in schutzbedürft Lage befinden. Das wird erzielt dch die Ausgrenz bestimmter Gesch (II) u die Nichtanwendg bestimmter Vorschr auf öff, insbes notariell,
- 2 beurkundete Vertr u auf Finanzierg des Erwerbs von WertPap, Devisen, Derivaten u Edelmetall (III Nr 1 u 2). – **b) Begriff.** VerbrDarLVertr (in I legal definiert) ist jeder DarLVertr (§ 488 I), bei dem DarLG ein Untern (Rn 6) u DarLN ein Verbr (Rn 7) ist. Für diesen Begriff ist es gleichgült, zu welchem Zweck, in welcher Höhe u zu welchen Bedinggen der DarLVertr abgeschl ist. Auch die Vertr gem II u III sind VerbrDarLVertr iSv I, nur sind die
- 3 angegebenen Vorschr nicht anwendb. Erfasst werden nur privatrechtl DarLVertr (BGH NJW **08**, 1070). – **c) Unabdingbarkeit** ist in § 506, der auch § 491 umfasst, ausdrückl zG des DarLN bestimmt u dahin zu verstehen, dass der DarLVertr zw Verbr u Untern als DarLG §§ 491 ff nicht entzogen u nicht als gewöhnl DarLVertr (§ 488) behandelt werden darf. – **d) Beweislast.** Der DarLN trägt sie für die Tats, die seine VerbrEigensch begründen. Ist er offenkund nicht Untern, ist iZw die VerbrEigensch gegeben (vgl Bülow NJW **98**, 3454). Der DarLG hat die Beweislast für die Tats, aus denen sich die Unanwendbark der §§ 491 ff (II) u der in III genannten Vorschr ergibt.

- 2) Verbraucherdarlehensvertrag (I)** setzt voraus: – **a) Darlehensvertrag** (§ 488 I) entspr Einf 2 v § 488. **5**
– **b) Entgeltlich** muss das Darl sein. Das wird vom GesetzG in I ausdrückl vorausgesetzt, sei das Entgelt
Zinsen
od einmal Vergütg od irgendeine and Ggleistg, zB eine Gebühr od ähnl verschleiernde Bezeichng, ferner eine
Einrechng in die Rückzahlungssumme. Das Entgelt kann ganz geringfügig sein (Köln ZIP **94**, 776); aber nicht ein
unerhebl Kleinstbetrag (Karlsruh NJW-RR **00**, 1442). Gesetzl Fälligk- od Verzugszinsen sind kein Entgelt (BGH
NJW **08**, 1070). – **c) Unternehmer** (§ 14) muss der DarlG sein. Das ist idR eine Bank, Sparkasse od ein sonst
Kreditinstitut iSv KWG 1. Es kann aber auch ein Untern (§ 14) sein, dessen GeschTätigk nicht auf BankGesch
gerichtet ist, der aber das Darl iR der gewerbl od berufl Tätigk einem Verbr gewährt. Kennzeichnd für einen
Untern ist, dass er im Wettbew mit and Untern Leistgen gg Entgelt anbietet (§ 14 Rn 2). – **d) Verbraucher**
(§ 13) muss der DarlN sein. Das ist immer eine natürl Pers. Es kann auch ein Gesellsch (§ 705) sein, wenn sie
nur aus natürl Pers besteht (BGH NJW **02**, 368; aA Mülberr WM **04**, 905) u der Zweck des Darl einem Bedürf-
nis dient, das nicht auf einem von ihnen betriebenen Gewerbe od ihrer selbstd berufl Tätigk beruht (§ 13 Rn 2). Das
kann die Verwaltg privaten Verm sein, wenn sie keinen geschäftsmaß Betrieb erfordert (BGH aaO). Privat ist
alles, was nicht dem Zweck einer gewerbl od selbstd berufl Tätigk dient. Daraus folgt, dass eine natürl Pers, die
Untern ist, in den privaten Gesch als Verbr handelt. Der jew Zweck des Darl ist aus dem VertrInhalt u den tats
Umst, ggf dch Auslegg (§ 157) zu ermitteln. Maßg Ztpkt ist der Abschluss des Vertr (Hamm WM **01**, 2339).
Der private Nebenzweck eines Untern genügt nicht (Naumbg NJW-RR **98**, 1351). Bei Mischfällen (teils privat, **7a**
teils unternehmer) u Unteilbarkeit ist auf den überwiegden Zweck abzustellen (§ 13 Rn 3 mwN). – **e) Mehrheit**
von Darlehensnehmern. Das ist von den Fällen des Schuldbeitritts (Rn 11) zu unterscheiden. Auch wenn das
Darl gemeins u gesamtschuldner aufgenommen wird, ist für die Anwendbarkeit der §§ 491 ff die RBeziehg zw
dem Untern als DarlG u den DarlN für jeden getrennt zu prüfen u zu beurteilen (sog Einzelbetrachtg), nicht
nach Schwerpkt (Gesamtbetrachtg) zu werten (hM, MüKo/Schürrnbrand Rn 22).
- 3) Beteiligung Dritter.** – **a) Vertretung** (§§ 164 ff). Es kommt allein auf die Verbr- od UnternEigensch der **8**
vertretenen Pers an. Ist diese Verbr, muss der Vertreter nicht auch Verbr sein (Masuch ZIP **01**, 143). Zur Form
der Vollm: § 492 IV, dort Rn 19–22. – **b) Rechtsnachfolge** kann bei GesamRNachfolge, insbes dch Erbfolge
(§ 1922) bei beiden VertrPart eintreten. EinzelRNachfolge wird beim DarlG dch Abtretg (§ 398), beim DarlN
dch Schuldübernahme (§§ 414, 415) herbeigeführt, ferner dch VertrÜbernahme (Rn 10). Der DarlVertr bleibt
grdsätzl VerbrDarlVertr, auch wenn der neue DarlN nicht Verbr ist (Ulmer/Masuch JZ **97**, 654). Das gilt auch,
wenn der neue DarlG nicht Untern ist, weil sonst eine Umgehg (§ 506 S 2) vorläge. Der Vertr bleibt VerbrDarl-
Vertr, wenn der DarlN den AuszahlgsAnspr (§ 488 I 1) abtritt, auch wenn der Zessionar nicht Verbr ist; denn
VertrPart bleibt der DarlN. Das gilt auch, wenn die Zins- u Rückzahlungsschuld von einem NichtVerbr
übernommen wird. Das WiderrufsR (§ 495) bleibt in allen diesen Fällen beim DarlN. Bei GesamRNachfolge
treten Erben, auch wenn sie nicht Untern od Verbr sind, an die Stelle der VertrPart des VerbrDarlVertr. – **c) Ver- 10**
tragsübernahme. Zum Begriff: § 398 Rn 41. Der dreiseit Vertr bewirkt RNachfolge (Rn 10). Der DarlVertr
bleibt od wird VerbrDarlVertr, wenn die neue VertrPart als DarlG (auch) Untern ist od der DarlN (auch) Verbr
(BGH NJW **99**, 2664). Folgl ist die Form des § 492 nöt (BGH aaO). Die Zulässigk der VertrÜbernahme folgt
daraus, dass die Anspr u die Schuld abtretb u übernehm sind (Bülow WM **95**, 2089). Mit Übernahme des Vertr
dch einen Verbr als DarlN muss auch das WiderrufsR übergehen, wg § 506 mit neuer Frist. Hingg geht das
WiderufsR nicht über, wenn der neue DarlN nicht Verbr ist (BGH NJW **96**, 2094). Gesetzl Haftg eines GbR-
Gesellschafters analog HGB 128, 130 (§ 164 Rn 6, § 736 Rn 6) ist keine VertrÜbernahme (BGH NJW **06**,
2980). – **d) Schuldbeitritt** (Übb1 2 v § 414) zu einem DarlVertr führt dazu, dass für die aus dem bestehdem **11**
DarlVertr folgenden Verbindlichk ein weiterer DarlN als GesamtSchu hinzutritt. Er ist zwar kein KreditVertr, wird
ihm aber aGrd wertder Betrachtg gleichgestellt (BGH stRspr NJW **06**, 431 mwN, NJW-RR **07**, 1673; aA u für
analoge Anwendg von § 766, HGB 350 MüKo/Schürrnbrand Rn 74, Madaus BKR **08**, 54). Ist der Beitretde
Verbr (Rn 7), so gelten die Vorsch der VerbrDarlVertr (§§ 491–498, 506), auch wenn der erste DarlN nicht
Verbr ist. Maßg ist allein, dass der Beitretde zZt seiner MithaftgsErkl (BGH NJW **96**, 2156, NJW-RR **07**, 1673)
Verbr ist. Das trifft insbes zu, wenn bei dem geschäftl DarlVertr einer GmbH deren GeschFührer beitritt, auch
als weiterer VertrPart (Dresd OLG-NL **02**, 122), auch zu einem ExistenzgründgDarl von über 50 000 Euro
(BGH NJW-RR **07**, 1673). Er ist weder Kaufm noch Untern, sond Verbr, auch wenn er Allein- od
Mitgesellschafter ist (BGH NJW **06**, 431); also wenn ein Gesellschafter der DarlSchuld seiner GmbH beitritt
(Dresd NZG **02**, 292). – **e) Bürgschaft** (§ 765) als SichgsMittel für die gg den VerbrDarlN bestehenden Anspr ist **12**
selbst kein DarlVertr (hM, Erman/Saenger Rn 21 mwN, aA Bülow/Artz VerbrKreditR Rn 123). Auf die Bürgsch
wird auch eine analoge Anwendg der §§ 491 ff ausgeschl (Düss WM **07**, 2009, Ffm ZGS **07**, 240). Das
entspricht der hM zum VerbrKrG (BGH **138**, 321 mwN) jedenfalls insow, als ein DarlVertr für gewerbl od
selbstd berufl Tätigk die HauptVerbindlichk betrifft. Die hM hat die Anwendg des VerbrKrG wg Fehlens der
Entgeltlichk verneint. Daran hat sich nichts geändert, weil auch § 491 nur entgeltl DarlVertr betrifft. Häuf wird
Sicherh dch die Bürgsch von FamAngehör gestellt, die dadch idR wirtschaftl überfordert sind. In diesen Fällen
greift zum Schutz des Bürgen § 138 ein (dort Rn 37–38 f).
- 4) Abschluss der Anwendbarkeit (II).** Mit den folgenden Vorsch sind die §§ 492–498 gemeint. Inhalt **13**
entspricht II zT VerbrKrG 3 I. Die Sonderregel für Existenzgründer (VerbrKrG 3 I Nr 2) enthält § 507. Der
gesetzgeber Grd für diese Ausn ist, dass die VerbrInteressen in diesen Fällen nicht wesentl gefährdet sind.
– **a) Kleindarlehensverträge** (II Nr 1). Es kommt allein auf den NettoDarlBetrag an. Das ist (legal definiert) **14**
der Betrag, der aGrd des DarlVertr ausgezahlt wird (§ 492 Rn 9a), auf einmal od in Teilbeträgen. Ein Disagio
(§ 488 Rn 34) u einbehaltene Beträge sind ggf abzuziehen. Die Aufteilg eines größeren Darl in Teilbeträge bis
200 Euro fällt unter § 506 (Umgehg). – **b) Arbeitgeberdarlehensverträge** (II Nr 2). Begriff: § 611 Rn 92. Das **15**
ArbVerh muss zZt des VertrAbschlusses bestehen. Eine spätere Beendigg führt nicht zur Anwendg der
§§ 492 ff. Für die Höhe der marktüb1 Zinsen ist auf den Ztpkt abzustellen, an dem das Darl zur VfG gestellt
wurde. Der vereinbarte Zinssatz muss darunter liegen.
c) Förderdarlehen (Nr 3). Es handelt sich um Darl, die aGrd der WoBauG u des WoFG aus öff Mitteln **16**
bewilligt u dch private DarlVertr von öffrechtl Anstalten (zB Landesbanken) an Verbr vergeben werden. Nr 3
hat nur klarstellende Wirkg, weil der DarlG nicht Untern (§ 14) ist. Marktüb1 Zinsen: wie Rn 15.
- 5) Begrenzte Anwendbarkeit (III).** Sie entspricht weitgehnd VerbrKrG 3 II Nr 3, 4. Es ist davon auszugehen, **17**
dass die hierunter fallenden DarlVertr ihrem Wesen nach VerbrDarlVertr sind, für welche grdsätzl §§ 492–498
gelten. Die Anwendg der nicht aufgeführten Vorsch bleibt unberührt.

- a) Immobiliardarlehensverträge.** Begriff: § 492 I a; dort Rn 15 a. Sie waren bis 1. 8. 02 in III Nr 1 geregelt (vgl Rn 1). Das WiderrufsR (§§ 495, 355) kann (seit 1. 7. 05) nicht ausgeschl werden (§ 506). Zur RLage bis 30. 6. 05 s § 312 a Rn 1. Ist der Vertr aber ein HaustürGesch, so darf das WiderrufsR des § 312 nicht ausgeschl werden (EuGH NJW 02, 281 für HausTWG 1, VerbrKrG 7). Insow tritt § 312 a zurück u § 491 III Nr 1 aF stand dem Widerruf nicht entgg (vgl § 312 a Rn 1; BGH NJW 02, 1881).
- 20 **b) Beurkundete Darlehensverträge** (III Nr 1). – **aa) Voraussetzungen.** Der DarlVertr muss nach der ZPO beurkundet sein, insbes gem ZPO 794 I Nr 1 u 5 (ProzVergl u vollstreckb Urkunde). Notarielle Beurkundg: BeurkG 8 ff; dem Verbr ist idR der VertrText 2 Wochen vor Beurkundg zur Vfz zu stellen (BeurkG 17 II a 2 Nr 2). Jahreszins ist der vereinbarte Zinssatz pro Jahr; nicht der effektive Jahreszins iSv § 492 I 5 Nr 5. DarlKosten: nur solche, die bei VertrAbschluss zu zahlen sind (wie § 492 I 5 Nr 4), ggf auch eine RestschuldVers (§ 492 I 5 Nr 6); sonstige von der Laufzeit unabhä Angewendgen. – **bb) Wirkung.** Unanwendb sind die Vorschr über das Entfallen der Bindg an einen mit dem Darl verbundenen Vertr bei Widerruf (§ 358 II, IV u V), die Vorschr über Form u Inhalt (§ 492, 494), Überziehungskredit (§ 493) u WiderrufsR (§ 495).
- 21 **c) Erwerb von Effekten und Edelmetallen** (III Nr 2). – **aa) Voraussetzungen.** Der Zweck des Darl muss gerichtet sein auf den Kauf von WertPap (wie § 453 Rn 10), Devisen (Geld in ausländ Währg, vgl § 244), Derivate (von WertPap abgeleitete u nicht verbriefte Rechte, zB Optionen), Edelmetalle (Gold, Platin, Silber, Palladium). – **bb) Wirkung.** Die Auswirkg eines Widerrufs des DarlVertr (§ 495) erstreckt sich nicht auf das finanzierte (damit verbundene) Gesch, da § 358 II, IV u V sowie § 359 nicht anwendb sind. Auch bei Widerruf des DarlVertr (§ 495) bleibt der DarlN an sein SpekulationsGesch gebunden.

492 Schriftform, Vertragsinhalt. (1)¹ Verbraucherdarlehensverträge sind, soweit nicht eine strengere Form vorgeschrieben ist, schriftlich abzuschließen.² Der Abschluss des Vertrags in elektronischer Form ist ausgeschlossen.³ Der Schriftform ist genügt, wenn Antrag und Annahme durch die Vertragsparteien jeweils getrennt schriftlich erklärt werden.⁴ Die Erklärung des Darlehensgebers bedarf keiner Unterzeichnung, wenn sie mit Hilfe einer automatischen Einrichtung erstellt wird.⁵ Die vom Darlehensnehmer zu unterzeichnende Vertragserklärung muss angeben:

1. den Nettodarlehensbetrag, gegebenenfalls die Höchstgrenze des Darlehens,
2. den Gesamtbetrag aller vom Darlehensnehmer zur Tilgung des Darlehens sowie zur Zahlung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen, wenn der Gesamtbetrag bei Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags für die gesamte Laufzeit der Höhe nach feststeht, bei Darlehen mit veränderlichen Bedingungen, die in Teilzahlungen getilgt werden, einen Gesamtbetrag auf der Grundlage der bei Abschluss des Vertrags maßgeblichen Darlehensbedingungen,
3. die Art und Weise der Rückzahlung des Darlehens oder, wenn eine Vereinbarung hierüber nicht vorgesehen ist, die Regelung der Vertragsbeendigung,
4. den Zinssatz und alle sonstigen Kosten des Darlehens, die, soweit ihre Höhe bekannt ist, im Einzelnen zu bezeichnen, im Übrigen dem Grunde nach anzugeben sind, einschließlich etwaiger vom Darlehensnehmer zu tragender Vermittlungskosten,
5. den effektiven Jahreszins oder, wenn eine Änderung des Zinssatzes oder anderer preisbestimmender Faktoren vorbehalten ist, den anfänglichen effektiven Jahreszins; zusammen mit dem anfänglichen effektiven Jahreszins ist auch anzugeben, unter welchen Voraussetzungen preisbestimmende Faktoren geändert werden können und auf welchen Zeitraum Belastungen, die sich aus einer nicht vollständigen Auszahlung oder aus einem Zuschlag zu dem Darlehen ergeben, bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses verrechnet werden,
6. die Kosten einer Restschuld- oder sonstigen Versicherung, die im Zusammenhang mit dem Verbraucherdarlehensvertrag abgeschlossen wird,
7. zu bestellende Sicherheiten.

(1a)¹ Abweichend von Absatz 1 Satz 5 Nr. 2 ist kein Gesamtbetrag anzugeben bei Darlehen, bei denen die Inanspruchnahme bis zu einer Höchstgrenze freigestellt ist, sowie bei Immobiliardarlehensverträgen.² Immobiliardarlehensverträge sind Verbraucherdarlehensverträge, bei denen die Zurverfügungstellung des Darlehens von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird und zu Bedingungen erfolgt, die für grundpfandrechlich abgesicherte Darlehensverträge und deren Zwischenfinanzierung üblich sind; der Sicherung durch ein Grundpfandrecht steht es gleich, wenn von einer Sicherung gemäß § 7 Abs 3 bis 5 des Gesetzes über Bausparkassen abgesehen wird.³ Bei Immobiliardarlehensverträgen muss die vom Darlehensnehmer zu unterzeichnende Vertragserklärung auch einen deutlich gestalteten Hinweis darauf enthalten, dass der Darlehensgeber Forderungen aus dem Darlehensvertrag ohne Zustimmung des Darlehensnehmers abtreten und das Vertragsverhältnis auf einen Dritten übertragen darf, soweit nicht die Abtretung im Vertrag ausgeschlossen ist oder der Darlehensnehmer der Übertragung zustimmen muss.

(2)¹ Effektiver Jahreszins ist die in einem Prozentsatz des Nettodarlehensbetrags anzugebende Gesamtbelastung pro Jahr.² Die Berechnung des effektiven und des anfänglichen effektiven Jahreszinses richtet sich nach § 6 der Verordnung zur Regelung der Preisangaben.

(3) Der Darlehensgeber hat dem Darlehensnehmer eine Abschrift der Vertragserklärungen zur Verfügung zu stellen.

(4)¹ Die Absätze 1 und 2 gelten auch für die Vollmacht, die ein Darlehensnehmer zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags erteilt.² Satz 1 gilt nicht für die Prozessvollmacht und eine Vollmacht, die notariell beurkundet ist.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr regelt mit Ergänzgen in I 1–4 die Form des VerbrDarlVertr (bisher VerbrKrG 4 I 1–4) u in I 5 Nr 1–7 den Vertrinhalte (bisher VerbrKrG 4 I 5). I 5 Nr 2 ist geändert, Ia 1 u 2 eingefügt dch das OLGVertrÄndG, Ia 3 dch das RisikobegrenzgsG (Vorb 4, 5 v § 491). – **a) Zweck.** Die Schriftform u der anzugebende Vertrinhalte haben Aufkl-, Beweis- u Warnfunktion für den Verbr (BGH NJW 06, 681, BKR 06, 405). – **b) Unabdingbar** mit Umgehungsverbot (§ 506). – **c) Anwendbar** bei allen VerbrDarlVertr, nicht aber wenn sie gerichtl od notariell beurkundet werden (§ 491 III Nr 2), seit 1. 8. 02 auch für ImmobiliardarlVertr (vgl Rn 1, 15 a

u § 491 Rn 1), u bei Überziehungskredit (§ 493 I 1), ferner auf VertragsÄnd (§ 311 Rn 4; Herresthal BKR 04, 479) 2
wie Änderg der Konditionen (BGH NJW 06, 681) u insbes die Verlängerg (Prolongation), wobei die Form
jedenfalls für den geänderten VertrInhalt eingehalten werden muss (Herresthal aaO). – **d) Vertretung** (§§ 164 ff)
auf Seiten des DarlN erfordert eine Vollm in Form u Inhalt gem I. Das ergibt sich aus IV 1 (Rn 19, 20). Der
Vertreter muss nicht Verbr sein, weil es auf den Vertretenen ankommt (§ 491 Rn 8). – **e) Beteiligung Dritter** 3
(§ 491 Rn 10–12). § 492 ist bei RNachfolge, VertrÜbernahme u Schuldbeitritt anzuwenden, wenn ein Verbr in die
Stellg des DarlN gelangt. Für den VertrInhalt ist auf den jew Stand des DauerschuldVerh abzustellen. – **f) Ehe-** 4
gatten. Ihre MitVerpfl ist nach § 1357 I zu beurteilen. Nur kleinere Darl können darunter fallen. Jedenfalls
schließt der VerbrSchutz die Anwendg von § 1357 nicht aus (dort Rn 11). Die 200 Euro des § 491 II Nr 1 sind 5
keine absolute Grenze. Nur bei Darl, die ein Viertel des jew Monatsbedarfs nicht übersteigen, wird der Ehegatte
ow mitverpfl. Für größere Darl ist § 492 uneingeschränkt anzuwenden. – **g) Rechtsfolgen bei Verstößen** gg I
sind in § 494 geregelt, wobei dessen I dem § 125 vorgeht. Heilg der Mängel ist mögl (§ 494 II 1), aber mit einem
nach Maßg des § 494 II 2–6, III veränderten Inhalt. Ein Verstoß des DarlG gg I a 3 wird nicht von § 494 erfasst; 6
er stellt eine PflVerletzg dar, die einen SchadErsAnspr des DarlN gem § 280 I zur Folge haben kann.

2) Form des Verbraucherdarlehensvertrags (I 1–4). – **a) Schriftform** ist grdsätzl vorgeschrieben. Ausn 7
bestehen nur bei strengerer Form, insbes öff Beurkundg (§§ 128, 127a), zB wenn der DarlVertr Teil eines
GrdstKaufVertr ist (§ 311 b I). Schriftform gem § 126; daher ist eigenhänd Unterzeichng notw (§ 126 I; dort
Rn 6), aber nur für den DarlN. Die Erkl des DarlG (Angebot od Annahme des Vertr) kann ohne eigenhänd
Unterschrift wirks werden, wenn sie dch eine automat Einrichtg abgegeben wird (I 4). Abweicht von § 126 II 1
ist die Schriftform erleichtert, indem die Unterzeichng des Vertr nicht auf derselben Urkunde erfolgen muss,
sond auf getrennten Urkunden zuläss ist (I 3). Wesentl ist, dass die vom DarlN unterzeichnete Urkunde den
vorgeschriebenen Inhalt aufweist (I 5). Eine Blankounterschrift genügt nicht (BGH NJW-RR 05, 1141, NJW 06,
1955). Die Erkl jedes Partners muss formgem dem and Partner zugehen (BGH NJW 06, 681); Verzicht auf
Zugang (§ 151) ist mögl. Der Zugang ledigl mit Fax genügt der Schriftform nicht (BGH NJW 97, 3169).
– **b) Elektronische Form** (§ 126a) ist ausgeschl (I 2). Das gilt für die Erkl beider VertrPart. – **c) Textform** 8
(§ 126b) scheidet aus, da sie in § 492 weder vorgeschrieben noch zugelassen ist.

3) Inhalt der Vertragsurkunde (I 5 Nr 1–7). Nicht angegeben werden muss der Zweck des DarlVertr. Für 9
ihn gilt der Formzwang nicht (Düss ZMR 06, 363).

a) Nettodarlehensbetrag. Nr 1. Legal definiert in § 491 II Nr 1 (dort Rn 14). Das ist der auszuzahlde 9a
Betrag, dh der Betrag nach Abzug aller kreditierten Einmalkosten für Bearbeitg, Vermittlg, RestschuldVers,
Disagio (§ 488 Rn 34). – **Höchstgrenze.** Sie ist dann anzugeben, wenn die VertrPart einen Kreditrahmen
vereinbart

haben u die endgült Bestimmg des NettoDarlBetrags noch ansteht. Eine Höchstgrenze kann auch über einen
bereits feststehenden NettoDarlBetrag hinaus vereinbart sein. Dann sind beide Beträge anzugeben.

b) Gesamtbetrag. Nr 2. Das ist der zurückzuzahlde Betrag od BruttoDarlBetrag, dh der NettoDarlBetrag 10
u die kreditierten Einmalkosten (Rn 9a), die den Nennbetrag (§ 498 I Nr 1) bilden, u die Zinsen. Nr 2 gilt nicht
bei Immobilardarl (vgl Ia; Rn 15a). Der Gesamtbetrag ist aGrd der Leistgen zu berechnen, die bei
vertragsgem Erfüllung insges zu erbringen sind. Dazu gehören auch die Leistgen, die bei Endfälligk als TilggsErs
(BGH NJW-RR 05, 483) vorgesehen sind, wie BausparDarl u KapitallebensVers (hM; BGH NJW 02, 957, 04,
2820, 06, 1955); aber nicht, wenn sie Sicherh des DarlG sind (Stgt WM 03, 2234). Es ist zu unterscheiden:
– **aa) Feststehender Gesamtbetrag** gilt für alle Darl mit festliegden VertrBedinggen, insbes gleichbleibdem
Zinssatz u fester Laufzeit, wenn also insbes die Einzelbeträge bereits bei VertrAbschluss feststehen (BGH NZM
08, 380). Anzugeben sind die Summe der Tilggsraten, Zinsen u Kosten (Rn 12). Es muss nicht nach Zins-
u Tilggsraten aufgeschlüsselt werden (BGH NJW-RR 05, 354). – **bb) Fiktiver Gesamtbetrag** ist bei KreditGesch
anzugeben, bei denen die DarlSchuld vertragsgem dch Teilzahlgen zurückgeführt werden soll, wenn die
VertrBedinggen sich verändern können, zB in Teilbeträgen valuiert wird, der Zinssatz variabel od die Laufzeit
ungewiss ist. Hier ist der Gesamtbetrag aGrd der Anfangskonditionen zu errechnen. Das gilt auch bei unechter
Abschnittsfinanzierung (§ 489 Rn 5, BGH NJW 04, 2820, NJW-RR 06, 1419 mwN), wenn der Zinssatz nur für
einen Teil der Gesamtlaufzeit des Darl festgeschrieben ist (BGH NJW-RR 05, 483, BKR 06, 405, § 489 Rn 5)
od wenn ein endfäll Kredit mit Tilggsaussetzg bei Fälligk zumindest zT mit in der Zwischenzeit angesparten
BausparVertr od KapitallebensVers abgelöst werden soll (BGH NJW 06, 1788), nicht dagg bei Einmalzahlg in
eine TilggsVers (BGH NZM 08, 380). Auf die Möglichk, dass sich die anfängl Belastg, die Höhe der Raten od
die Zahl u Dauer der Raten ändern kann, muss ausdrückl hingewiesen werden, ohne dass die Beträge anzugeben
sind. – **cc) Ausnahmen (Ia 1).** Entbehr ist die Angabe des Gesamtbetrags nach Maßg des Ia 1. Wird dennoch
ein (fehlerh) Gesamtbetrag angegeben, greift nicht die R Folge des § 494 ein; mögl ist nur ein SchadErsAnspr
gem § 311 II Nr 1. Ausn sind: **(1) Höchstbetragsdarlehensvertrag.** Darunter fällt nur ein Rahmenkredit. Die
vereinbarte Höhe (§ 488 Rn 6) bezieht sich auf den Höchstbetrag (wie Rn 9a). Es kann zugleich ein
Mindestbetrag vereinbart sein. Die Pfl des DarlN beziehen sich auf den abgerufenen u zur Vfg gestellten
Betrag. Dem DarlN ist die Inanspruchnahme des Darl bis zur Höchstgrenze freigestellt. Der Gesamtbetrag steht
daher nicht fest. **(2) Immobilardarlehensvertrag.** Begriff Rn 15a. Der Gesamtbetrag könnte wg der langen
Laufzeit u des veränderl Zinssatzes nur unter Schwierigk fiktiv ermittelt werden u hätte keinen Aussagegwert für
den Verbr.

c) Rückzahlung. Nr 3. Sie ist mit dem ident, was in § 488 „zurückzuerstatten“ genannt ist (dort Rn 12 ff). 11
Art u Weise: Gesamtbetrag od Teilbeträge (Raten) in bestimmter Höhe zu den jew FälligkTerminen sowie die
Anzahl der Raten. Nur wenn hierzu nichts vereinbart ist (zB bei Kontokorrentkredit) u daher die gesetzl Regelg
gilt, muss die Möglichk der VertrBeendigg beschrieben werden: bei befristeter Laufzeit (§ 488 Rn 14) der
Kalendertag od ein nach Ereign bestimmt Termin; die Möglichk der Künd, insbes §§ 489, 490, 314,
einvernehm VertrAufhebg (§ 488 Rn 37).

d) Zinssatz und Kosten. Nr 4. Der Zinssatz ist auf das Jahr zu beziehen. Bei veränderl Zins sind die 12
Zeiträume u der Bezug (zB Basiszinssatz, § 247) anzugeben. Kosten: alle sonst Aufwendgen, die der Verbr
vereinbarungsgem bei planmäß Abwicklg (BGH NJW 98, 602) für den Kredit zu tragen hat, insbes (verdeckte,
Mü WM 01, 1215) Vermittlgsprovision (Brdbg WM 00, 2103 mwN), Bearbeitgsgebühren, Spesen, sonst
Provisionen, laufzeitabhäng Disagio, Prämie für RestschuldVers, Forward-Prämie u Cap-Prämie (Rösler WM 00,
1930), nicht eine VorfälligkEntschädigg (BGH NJW 98, 602). Zur Berechng bei Forward-Darl (Einf 25 v § 488):
Peters/Zehrt WM 03, 1509/19. Kann die Höhe des einz Betrags bei VertrAbschluss nicht in Geld angegeben

werden, weil der Betrag noch nicht feststeht, so ist der Grd anzugeben (Stichwort genügt). Die Vermittlungsprovision aGrd der §§ 655 a–d (aus dem Vertr mit dem vermittelnden Untern) schuldet der DarlN auch ohne Vereinbg mit dem DarlG.

- 13 **e) Effektiver Jahreszins. Nr 5.** Begriff: in II (Rn 16) legal definiert. Zweck der Regelg: Dem Verbr soll der PreisVergl ermöglicht werden. Ist ein Vorbeh bei Änderg von Zinssatz od and preisrelevanten Faktoren vereinbart, muss in jedem Fall der anfängl effektive Jahreszins angegeben werden, zusätzl die Voraussetzgen, unter denen die Änderg der preisbestimmnden Faktoren mögl ist. Zu den prakt Erfordern: Schimansky WM **03**, 1449. Zu bonitätsorientierten ZinsÄndKlauseln Ohletz BKR **07**, 129. Nicht zu berücksichtigen sind die Prämien für eine tilgersetzte KapitallebensVers (BGH NJW **05**, 985, hierzu Reifner WM **05**, 1825, Knops AcP **206**, 867). Auch Zinssenkung muss mögl sein. Außerdem ist der Zeitraum anzugeben, auf den ein Disagio (§ 488 Rn 34) od Zuschlag zum DarlBetrag (Agio) für den DarlN belastet verrechnet werden kann. Sind die Angaben unterblieben, gilt § 494 II 5. Nicht anwendb ist Nr 5, wenn vorbehalten ist, einen anfängl variablen Zins währd der Laufzeit des Darl in einen festen Zinssatz umzuwandeln (Hbg NJW-RR **94**, 1011).
- 14 **f) Versicherungskosten. Nr 6.** Für den Zushang ist ein zeitl u sachl Bezug zw Abschluss des VersVertr u des DarlVertr erfdl (BGH NJW-RR **07**, 1202). Zu den Versicherghn gehört insbes eine RestschuldVers. Diese Kosten gehen in den effektiven Jahreszins nicht ein u müssen daher angegeben werden, mind berechnen sein, wenn sie bei VertrAbschluss noch nicht beziffert werden können. Die Prämien für eine KapitallebensVers, die neben einem GrdPfandR zur Tilgg des Darl bei dessen Endfälligg abgeschl wird, fallen darunter (BGH NJW **05**, 987, **06**, 1955, 1957).
- 15 **g) Sicherheiten. Nr 7.** Der DarlN muss aGrd des DarlVertr verpfl sein, die Sicherh zu bestellen, auch wenn die Sicherh erst bei der Gewährg des Kredits bestellt werden muss (allgM). Es kommen in Betr insbes GrdPfandR, SichgsÜbereigng u Gehaltsabtretg. Nr 7 gilt nur, falls Sicherh vereinbart u bestellt werden. Dies muss nicht in der eigentl Urkunde geschehen. Es genügt die bestimmte Bezeichnung od der pauschale Hinw auf ihr Bestehenbleiben, wenn die Sicherh bereits bestellt sind.
- 15a **4) Immobiliardarlehenverträge. – a) Begriff (Ia 2).** Er ist legal definiert, entspr dem in der aufgehobenen Nr 1 des § 491 III (vgl dort Rn 1). Voraussetz: VerbrDarlVertr (wie § 491 Rn 5–7). GrdPfandR: Grdschuld, Hyp, Rentenschuld, auch wenn sie nicht voll werthalt gesichert sind (BGH stRSpr NJW **00**, 2352, **03**, 2093; Bruchner WM **99**, 825 u ZfR **00**, 677; aA Frisch VuR **99**, 432). Das Darl muss nach dem Vertr nur von der Sichg dch ein GrdPfandR abhäng gemacht werden (BGH NJW **06**, 1952). Ausreichd, wenn die Sicherh erst bei DarlGewährg bestellt werden muss. Der DarlN muss nicht der SichgsG sein (BGH NJW **05**, 664, **06**, 1952, NJW-RR **08**, 643). Das GrdPfandR muss nicht erst bestellt, ein bereits bestehendes kann übernommen werden (BGH aaO). Abhängigg: jedenfalls zu bejahen, wenn das GrdPfandR die einzige Sichg ist. Die Bestellg weiterer Sicherh steht der Abhängigg nicht entgg (BGH NJW **02**, 3103). Zum Maß der Abhängigg: Bülow WM **01**, 2225. Es genügt die bloße Bestellg des GrdPfandR (BGH NJW **00**, 2352). Die Bedinggen können auch „üblich“ sein, wenn der vereinbarte Zinssatz die von der BBank ausgewiesene Streubreitengrenze übersteigt (BGH NJW **03**, 2093, **06**, 1957). – **b) Angabe (Ia 1)** des Gesamtbetrags (I 5 Nr 2) ist entbehrlich (Rn 10). – **c) Hinweis (Ia 3).** Er dient wie § 309 Nr 10 dem Schutz des DarlN vor dem Wechsel des Gläub od VertrPartners. – **aa) Inhalt.** Die Hinwpfl des DarlG erstreckt sich auf die Möglichk der Abtretg von einz Fdgen aus dem DarlVerh gem § 398 u der gschäftl Übertrag des VertrVerh nach dem UmwG, die eine Zustimmung des DarlN nicht erfordert. Entbehrl ist der Hinw, soweit die Abtretg vertragl ausgeschl (§ 399) ist; bleibt danach eine Abtretg in best Umfang od Fällen noch mögl, ist ein Hinw darauf notw. Ferner ist kein Hinw erfdl auf die Möglichk einer gschäftl VertrÜbernahme, der der DarlN zustimmen müsste (§ 415), einer gesetzl RNachfolge wie der Erbfolge od einer Insolvenz. Verstoß gg die Hinwpfl Rn 6. – **bb) Form.** Der Hinw muss in die VertrUrkunde aufgenommen werden, also deren Form (Rn 7) genügen u deutlich gestaltet werden (wie § 355 Rn 16).
- 16 **5) Begriff des effektiven Jahreszinses (II).** Er ergibt sich aus der Legaldefinition des II. **a) Angabe** ist in I 5 Nr 5 (Rn 13) vorgeschrieben. Sie muss in einem Prozentsatz des NettoDarlBetrags (I 5 Nr 1; § 491 II Nr 1) bezeichnet sein, der aus der jährl Gesamtbelastg zu errechnen ist. Gesamtbelastg ist die Summe aus Zinsen u allen sonst Kosten (I 5 Nr 4; Rn 12), soweit sie jährl anfallen. – **b) Berechnung** des effektiven u des anfängl effektiven Jahreszinses geschieht nach PrAngV 6. Ist er zu niedr errechnet, tritt die Rfolge des § 494 III ein.
- 17 **6) Abschrift (III)** der VertrErkl. Die Pfl bezieht sich auf die zum DarlVertr von beiden Part abgegebenen WillensErkl. Sie können in einem Schriftstück zugefasst sein. Dieses muss alle Bestandteile des I 5 Nr 1–7 enthalten. Die Übersendg od persönl Aushändigg ist nicht WirksamVoraussetz des DarlVertr (vgl § 494 I). Unterbleibt sie, beginnt die Widerrufsfrist erst zu laufen, wenn die Abschrift zur Vfö gestellt ist (§ 355 II 3). Die Beweislast trägt der DarlG.
- 18 **7) Vollmacht (IV).** Die Regelg ändert die FormFreih des § 167 II ab, um zu verhindern, dass der Schutz des § 492 für den DarlN leerläuft, der sich beim Abschluss des DarlVertr vertreten lässt. Damit ist die zu VerbrKrG 4 entstandene Frage entschieden, ob die Vollm den Mindestinhalt von VerbrKrG 4 I 5 Nr 1 aufweisen muss. Die hM (BGH NJW **01**, 1931 u 3479 mwN) hatte dies auch für die unwiderrufl Vollm verneint. – **a) Anwendungsbereich** ist auf VerbrDarlVertr beschränkt. Gilt nicht für die Genehmigg (§§ 182, 177) des vollmachtlos abgeschl Vertr (BGH NJW **94**, 1344, str, aA Bülow/Artz VerbrKreditR Rn 72a, BaRo/Möller Rn 33). Nicht anwendb in den Fällen der §§ 499 ff. – **b) Grundsatz (IV 1).** Schriftform u Vertrinhalt (I) gelten auch für die Vollm, gleichgült, ob der Bevollm seinerseits Verbr od Untern ist. Die VollmUrkunde muss die Bevollmächtigg (§ 167 I) sowie den Vertrinhalt (I 5 Nr 1–7) aufweisen u vom DarlN unterzeichnet sein (§ 126). Auch die Berechng des effektiven Jahreszinses (II) muss vorgenommen sein. Das führt prakt dazu, dass der DarlN den Inhalt des DarlVertr dem Vertreter schriftl aushändigen muss. Dem DarlN muss bei VollmErteilg der Inhalt des Vertr vorliegen, damit er davon Kennt nehmen kann u wissen muss, wozu er sich dch den vom Vertreter vorzunehmenden VertrSchluss verpfl. Wird IV 1 verletzt, treten die Rfolgen des § 494 ein, nämll Nichtigk der Vollm über die entspr Anwendg von I 1 u § 494 I. Bei VertrAbschluss dch den vollmachtlosen Vertreter gelten §§ 177 ff. Heilig ist gem § 494 II mögl. – **c) Ausnahmen (IV 2)** gelten für die ProzVollm (ZPO 80–89), die formlos erteilt werden kann (vgl ZPO 80), u für eine notariell beurkundete VollmErteilg (vgl § 128 Rn 1). Die ProzVollm ist auf ihren gesetzl Umfang beschränkt, so dass sie nur im RStreit (ZPO 81) u in NebenVerf

(ZPO 82) wirks ausgeübt werden kann. Sie gilt dann für den im RStreit abgeschl DarlVertr, auch bei einem ProzVergl (ZPO 794 I Nr 1), wenn § 492 wg Fehlens der Voraussetzgen des § 491 III Nr 1 anzuwenden ist. – **d) Alte Vollmachten**, die vor dem 1. 1. 02 wirks erteilt wurden u die dem IV nicht genügen, werden im Nachhinein nicht unwirks u gelten über den 1. 1. 02 hinaus weiter (BGH NJW-RR 03, 1203). Da die Bevollmächtig nach bisher Recht wirks erteilt ist, konnte auch nach dem 31. 12. 01 der Vertreter für den Verbr wirks handeln.

492 a Unterrichtungspflichten während des Vertragsverhältnisses. (1)¹ Ist im Darlehensvertrag ein fester Zinssatz vereinbart und endet die Zinsbindung vor der für die Rückzahlung bestimmten Zeit, unterrichtet der Darlehensgeber den Darlehensnehmer spätestens drei Monate vor Ende der Zinsbindung darüber, ob er zu einer neuen Zinsbindungsabrede bereit ist.² Erklärt sich der Darlehensgeber hierzu bereit, muss die Unterrichtung den zum Zeitpunkt der Unterrichtung vom Darlehensgeber angebotenen Zinssatz enthalten.

(2)¹ Der Darlehensgeber unterrichtet den Darlehensnehmer spätestens drei Monate vor Beendigung eines Darlehensvertrages darüber, ob er zur Fortführung des Darlehensverhältnisses bereit ist.² Erklärt sich der Darlehensgeber zur Fortführung bereit, muss die Unterrichtung die zum Zeitpunkt der Unterrichtung gültigen Pflichtangaben aus § 492 Abs. 1 Satz 5 enthalten.

(3) Wurden Forderungen aus dem Darlehensvertrag abgetreten, treffen die Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 auch den neuen Gläubiger, wenn nicht der bisherige Gläubiger mit dem neuen Gläubiger vereinbart hat, dass im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der bisherige Darlehensgeber auftritt.

1) Allgemeines. Die Vorschr wurde eingefügt dch das RisikobegrenzgsG (Vorb 5 v § 491). – **a) Zweck.** Der DarlN soll rechtzeitig an die bevorstehende Änderg od Beendigg VertrVerh erinnert werden, damit er sich darauf einstellen kann. – **b) Unabdingbar** mit Umgehgsverbot (§ 506). – **c) Anwendbar** bei allen VerbrDarlVertr, auch ImmobilierDarVertr.

2) Unterrichtungspflicht. – **a) Voraussetzung** ist ein befristeter VerbrDarlVertr und für I zusätzl ein fester Zinssatz mit zeitl kürzerer Zinsbindg (§ 489 Rn 5, 6). – **b) Unterrichtung.** Sie besteht in der Erkl über die Bereitsch zu einer neuen Zinsbindgsabrede (I 1) od einer Fortführg des DarlVerh (II 1) u ggf in der Mitteilg des neuen Zinssatzes (I 2) od der neuen DarlBedinggen (II 2) im Umfang gem § 492 I 5, jew zu diesem Ztpkt. Die Unterrichtg muss spätestens 3 Monate vor Ende der Zinsbindg (I) od des VertrVerh (II) erfolgen. Ob in der Erkl bereits ein VertrAngebot enthalten ist, hängt von den Umst des Einzelfalls ab. Grdsätzl wird dies, wenn die Erkl ledigl in der Erfüllg der gesetzl Pfl besteht, nicht anzunehmen sein. – **c) Verpflichteter** ist der DarlG u iF der offenen Abtretg zusätzl der neue Gläub, bei stiller Zession weiterhin nur der bish Gläub (III). – **d) Rechtsfolge bei Verstoß.** Wird der DarlN nicht od nicht rechtzeitig unterrichtet, stellt dies eine PflVerletzg dar, die einen SchadErsAnspr des DarlN gem § 280 I zur Folge haben kann.

493 Überziehungskredit. (1)¹ Die Bestimmungen des § 492 gelten nicht für Verbraucherdarlehensverträge, bei denen ein Kreditinstitut einem Darlehensnehmer das Recht einräumt, sein laufendes Konto in bestimmter Höhe zu überziehen, wenn außer den Zinsen für das in Anspruch genommene Darlehen keine weiteren Kosten in Rechnung gestellt werden und die Zinsen nicht in kürzeren Perioden als drei Monaten belastet werden.² Das Kreditinstitut hat den Darlehensnehmer vor der Inanspruchnahme eines solchen Darlehens zu unterrichten über

1. die Höchstgrenze des Darlehens,
2. den zum Zeitpunkt der Unterrichtung geltenden Jahreszins,
3. die Bedingungen, unter denen der Zinssatz geändert werden kann,
4. die Regelung der Vertragsbeendigung.

³ Die Vertragsbedingungen nach Satz 2 Nr. 1 bis 4 sind dem Darlehensnehmer spätestens nach der ersten Inanspruchnahme des Darlehens zu bestätigen.⁴ Ferner ist der Darlehensnehmer während der Inanspruchnahme des Darlehens über jede Änderung des Jahreszinses zu unterrichten.⁵ Die Bestätigung nach Satz 3 und die Unterrichtung nach Satz 4 haben in Textform zu erfolgen; es genügt, wenn sie auf einem Kontoauszug erfolgen.

(2) Duldet das Kreditinstitut die Überziehung eines laufenden Kontos und wird das Konto länger als drei Monate überzogen, so hat das Kreditinstitut den Darlehensnehmer über den Jahreszins, die Kosten sowie die diesbezüglichen Änderungen zu unterrichten; dies kann in Form eines Ausdrucks auf einem Kontoauszug erfolgen.

- 1 5 **1) Allgemeines.** Die Vorschr entspricht VerbrKrG 5. Sie stellt für die Form u den Inhalt des DarlVertr eine Ausn zu § 492 dar, indem die Schriftform entfällt, wenn dch das Kreditinstitut als DarlG bestimmte Voraussetzgen erfüllt werden. – **a) Zweck.** Der Kontokorrentkredit dch Kontoüberzieh ist eine gebräuchl, für den WirtschVerkehr wicht Art des DarlVertr, der dch FormVorschr, die im Einzelfall nur mit unverhältnismäß Aufwand zu erfüllen sind, nicht behindert werden soll. Das liegt auch im Interesse des Verbr. – **b) Begriff.** Überziehungskredit iSv § 493 ist ein VerbrDarlVertr (§ 491), bei dem der DarlG ein Kreditinstitut ist, das dem DarlN Kredit gewährt, indem es ihm gestattet, sein lfdes Konto so zu belasten, dass er dem Kreditinstitut daraus Beträge schuldet u außer Zinsen keine sonst Kosten zu bezahlen hat. Das setzt idR einen bestimmten Höchstbetrag voraus. Der Überziehungskredit ist eine besond Art des Dispositionskredits (Einf 20 v § 488). Für § 493 ist zw vereinbartem (Rn 6) u geduldetem (Rn 14) Überziehungskredit zu unterscheiden. – **c) Anwendbar** ist § 493 nur, wenn DarlG ein Kreditinstitut ist (KWG 1) u DarlN ein Verbr (§ 491 Rn 7), der ein lfdes Konto (Giro od Kontokorrent) bei dem DarlG unterhält. – **d) Abdingbarkeit** ist wg § 506 nur zG des DarlN zu bejahen. Von der Form u dem VertrInhalt (§ 492) darf nur abgewichen werden, wenn die Voraussetzgen des § 493 erfüllt sind u diese nicht umgangen werden (§ 506 S 2). – **e) Wirkung.** Unabhängig von der Heilg gem § 494 ist die Genehmigg gem § 177 mögl (Roth WM 03, 2356). Liegt ein Überziehungskredit vor (Rn 2), so bedarf es nicht der Schriftform u Angabe des VertrInhalts gem § 492. Es bestehen die Pfl aus dem DarlVertr, näml Belassen des DarlBetrags, Zinszahlg u RückerstattgPfl bei Fälligk dch Gutschrift auf dem Konto od ein vereinbarter and Ausgl, der die Rückerstattg (§ 488 I 1) bewirkt. Zusätzl entstehen die Bestätiggs- u UnterrichtsPfl des I 2–4 (Rn 10). – **f) Form.** § 492 gilt nicht (vgl Rn 4). Es sind nur die Unterrichts- u BestätiggsPfl (Rn 12, 15) einzuhalten. – **g) Beweislast** für Vereinbg (Rn 7), Unterrichtg (Rn 10), Bestätigg (Rn 13) u den Umfang der Überzieh trägt der DarlG.
- 6 **2) Vereinbarter Überziehungskredit (I).** **a) Voraussetzungen** (I 1): – **aa) Persönlich:** entspr der Anwendbark (Rn 3). – **bb) Laufendes Konto.** Damit ist jedes Kontokorrentkonto (Rn 3) gemeint, das der Abwicklg des Zahlgsverkehrs dient u nicht einem bestimmten Auszahlungszweck (LG Bln WM 99, 2156). Unerhebl ist, dass der Verbr seinen Zahlgsverkehr auch od später über ein and Konto leitet. – **cc) Darlehensvertrag** (§ 488). Er muss darauf gerichtet sein, dass der DarlN (Verbr als Bankkunde) Anspr darauf hat, von seinem Konto bis zu einer festgelegten (vereinbarten od vom DarlG bestimmten u dem DarlN bekannten) Höhe des Sollsaldo (bestimmter od bestimm Betrag, zB 2 Monatsgehälter) zu überweisen od abzuheben ohne die Vereinbg, den Kredit in einer bestimmten Weise zurückzuführen (Kreditrahmen). Bankübl Kreditrahmen sind 3 Nettomonatsgehälter (Köln WM 99, 1003). RahmenVertr ist der KrediteröffngsVertr (vgl Einf 20 v § 488; Falke WM 02, 1632/4). – **dd) Entgelt** für den Überziehungskredit dürfen nur die vereinbarten Zinsen sein (alle laufzeitabhäng Entgelte, gleich wie benannt), keine sonst Kosten, außer den Kontoführgsgebühren. – **ee) Belastungsperiode.** Die Zinsen dürfen zwar nach Zinszahlen pro Tag berechnet, aber dem Konto nicht früher als alle drei Monate belastet werden. Damit kommt der vereinbarte Jahreszins dem Effektivzins (§ 492 II) sehr nahe. – **b) Unterrichtungspflicht** (I 2 u 4). Sie tritt an die Stelle der FormVorschr (§ 492). – **aa) Inhalt** bei Inanspruchnahme. **Nr 1:** Geldbetrag od bestimm Höhe (zB Monatsgehalt). **Nr 2:** § 492 I 5 Nr 4 (nomineller Jahreszins). **Nr 3:** Die ÄndBedinggen sind so genau anzugeben wie die Voraussetzgen bei § 492 I 5 Nr 5. Bei Verstoß gilt § 494 II 5. Die Unterrichtg ist auch dch AGB mögl, insbes dch Zinsanpassgsklauseln. **Nr 4:** wie § 492 I 5 Nr 3. Die Beendig kann sich auf die gesamte GeschVerbindg od nur auf den Kreditrahmen (Rn 7) beziehen. – **bb) Änderungen** (I 4). Mitzuteilen ist jede Änderg des Jahreszinses währd der Inanspruchnahme. Ist die Änderg eingetreten, währd der Überziehungskredit nicht in Anspr genommen war, ist nachträgl zu informieren (BaRo/Möller Rn 9). – **cc) Zeitpunkt** (I 2): Vor Inanspruchnahme bedeutet vor der ersten Überzieh. Währd der Inanspruchnahme: ist prakt nur so zu realisieren, dass die Unterrichtg aller Konteninhaber mit Überziehlimit erfolgt. Es kann auch nachträgl Unterrichtet werden. – **dd) Form:** bis zur Überzieh nicht vorgeschrieben, daher insbes dch AGB u Aushang in den zugängl GeschRäumen zuläss. Ab Überzieh ist schriftl Mitteilg zumindest in Textform (§ 126b) vorgeschrieben. Ein Ausdruck auf dem Kontoauszug genügt (I 5 Hs 2). Zwischenzeitl Habensaldo begründet keine neue Unterrichtgspfl. – **c) Bestätigung** (I 3) der VertrBedinggen (I 2 Nr 1–4) u zwar aller. Das ist keine WillensErkl u kann schon bei Abschluss des DarlVertr mit Vereinbg des künft Überziehungskredits erfolgen u darf nicht später als bei der ersten Inanspruchnahme geschehen, jedenfalls auch eine angem kurze Zeit nach Kenntn der Überzieh.
- 14 **3) Geduldete Überziehung (II).** – **a) Anwendbar** sowohl bei Überzieh des vereinbarten Kreditrahmens (Rn 7) als auch bei voll eigenmächt Überzieh des lfdes Kontos. Bsp: ungedeckter Scheck, Barauszahlg im Soll. – **b) Dauer** der Überzieh. Sie muss ununterbrochen 3 Monate dauern u vom Kreditinstitut bewusst od unbe-
- 15 wusst hingenommen worden sein. Wie hoch der DarlN überzogen hat, ist grdsätzl gleichgült. – **c) Unterrichtungspflicht.** Sie ist ggü I stark eingeschränkt. – **aa) Inhalt.** Die Mitteilg (wie Rn 10) muss den Jahreszins u die Kosten (§ 492 I 5 Nr 4; dort Rn 12) sowie die Änderg (Rn 11) dieser Positionen umfassen, auch wenn sich Zins u Kosten ermäßigen. Der DarlG muss nur den neuen Betrag angeben. – **bb) Zeitpunkt** der Mitteilg: nach Eintritt der Überzieh od nach Änderg des Jahreszinses od der Kosten im gewöhl GeschGang, idR nicht mehr als 3 Werktage. – **cc) Form.** Die Textform (§ 126b) wäre nur aus I 5 Hs 1 abzuleiten, wenn man die Unterrichtg gem II Hs 1 mit der gem I 2 u 4 gleich behandelt. Das ist nicht unbedenkl, weil dann II Hs 2 überflüss wäre. Prakt bedeutungslos, da auch hier der Kontoauszug genügt. – **d) Rechtsfolgen.** Es ist zu unterscheiden: – **aa) Wille zur Darlehensgewährung** kann zu einem stillschw DarlVertr führen, wenn das Kreditinstitut als DarlG den Willen äußert (insbes dch Auszahlg, Falke WM 02, 1632/4), dem DarlN den Kredit im bankübl Umfang (bis 10% über die 3-Monats-Gehaltsgrenze) einzuräumen (Köln WM 99, 1003), wobei für die Unterrichtg nicht I, sondern II gilt. – **bb) Eigenmächtige Überziehung,** die nicht geduldet wird. Der Verbr verletzt seine Pfl aus dem GiroVertr u ist bei Verschulden (§ 276) schadersatzpfl aus § 280 I (BaRo/Möller Rn 12).

494 Rechtsfolgen von Formmängeln. (1) Der Verbraucherdarlehensvertrag und die auf Abschluss eines solchen Vertrags vom Verbraucher erteilte Vollmacht sind nichtig, wenn die

Schriftform insgesamt nicht eingehalten ist oder wenn eine der in § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 bis 6 vorgeschriebenen Angaben fehlt.

(2) ¹ Ungeachtet eines Mangels nach Absatz 1 wird der Verbraucherdarlehensvertrag gültig, soweit der Darlehensnehmer das Darlehen empfängt oder in Anspruch nimmt. ² Jedoch ermäßigt sich der dem Verbraucherdarlehensvertrag zugrunde gelegte Zinssatz (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 4) auf den gesetzlichen Zinssatz, wenn seine Angabe, die Angabe des effektiven oder anfänglichen effektiven Jahreszins (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 5) oder die Angabe des Gesamtbetrags (§ 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2, Abs. 1 a) fehlt. ³ Nicht angegebene Kosten werden vom Darlehensnehmer nicht geschuldet. ⁴ Vereinbarte Teilzahlungen sind unter Berücksichtigung der verminderten Zinsen oder Kosten neu zu berechnen. ⁵ Ist nicht angegeben, unter welchen Voraussetzungen preisbestimmende Faktoren geändert werden können, so entfällt die Möglichkeit, diese zum Nachteil des Darlehensnehmers zu ändern. ⁶ Sicherheiten können bei fehlenden Angaben hierüber nicht gefordert werden; dies gilt nicht, wenn der Nettodarlehensbetrag 50 000 Euro übersteigt.

(3) Ist der effektive oder der anfängliche effektive Jahreszins zu niedrig angegeben, so vermindert sich der dem Verbraucherdarlehensvertrag zugrunde gelegte Zinssatz um den Prozentsatz, um den der effektive oder anfängliche effektive Jahreszins zu niedrig angegeben ist.

1) Allgemeines. Die Vorschr entspricht VerbrKrG 6, jedoch ohne Geltg für TeilzahlgsGesch, die in den §§ 501–504 geregelt sind. II 2 ist redaktionell geändert dch OLGVertrÄndG (s Vorb 4 v § 491). – **a) Zweck** ist eine den VerbrSchutz berücksichtigte Abwändlg des § 125 S 1 (totale Nichtigk). Es soll für den Verbr mögl sein, zu günstigeren Bedinggen am Vertr festzuhalten, insbes dann, wenn er das Darl, das er benötigt, bereits empfangen hat. – **b) Unabdingbarkeit** ergibt sich aus § 506 u zudem aus dem grdsätzl zwingden Charakter gesetzl FormVorschr (vgl § 125 Rn 22). – **c) Anwendbar** nur auf VerbrDarlVertr (§ 491), soweit § 492 gilt, also auch für VertragsÄnd u Prolongation (§ 492 Rn 2) u für die vom DarlN erteilte Vollm (§ 492 IV). Nicht anwendb auf öff beurkundeten Vertr (§ 491 III Nr 1). – **d) Wirkung (I).** § 494 ist eine § 125 S 1 u § 139 vorgehde Sonderregelg. Nichtigk des DarlVertr ist die zwingde R Folge, wenn die Schriftform (§ 492 I 1) insges nicht eingehalten ist (BGH NJW 06, 681). Falsche Angaben: Rn 12. Die Nichtigk tritt auch dann ein, wenn in der VerUrkunde einer der notw Bestandteile von § 492 I 5 Nr 1–6 (dort Rn 12–17) fehlt, dh nicht in die VerUrkunde aufgenommen worden ist. Daher ist es unschäd, wenn nur der Verwendungszweck falsch angegeben wurde (Barmert WM 04, 2002/8). Nur die Nichtaufnahme der zu bestellden Sicherh (§ 492 I 5 Nr 7) ist unschäd, hat aber die R Folge des II 6 (Rn 11). Solange keine Heilg eingetreten ist (II 1), können die Part aus dem Vertr keine Anspr stellen. – **e) Nebenabreden** dch Vereinbg der Part des DarlVertr, die zum notw Inhalt (§ 492 I 5 Nr 1–7) gehören, unterliegen auch der Schriftform. Ist sie insow nicht eingehalten, besteht Teilnichtigk, die nach § 139 zu beurteilen ist, auf den sich aber nur der DarlN berufen kann (Bülow/Artz VerbrKreditR Rn 19, str). Unwesentl Nebenabreden sind formlos wirks. – **f) Andere Nichtigkeitsgründe,** zB §§ 134, 138, 142, 177 bleiben unberührt. II gilt nicht.

2) Heilung des Formmangels (II 1). – **a) Anwendbar** nur auf die Vertr, die unter I fallen. Heilg ist auch nur zT mögl („soweit“). Da der Empfang (Auszahlg) des Darl vorausgesetzt wird, ist II auf den Schuldbeitritt (§ 491 Rn 11) nicht anwendb (BGH NJW 97, 654, 06, 431); hier kann aber die Berufg auf den Formmangel uU unzuläss RAusübng (§ 242) sein, zB wenn der Verbr als GmbH-Gesellschafter aus dem Vertr längere Zeit mittelb beträchtl Vorteil gezogen hat u der DarlG den Vorteil im Vertrauen auf die Wirksamk des Vertr erbracht hat (BGH NJW 06, 431). – **b) Vollmacht.** Eine Heilg kann nur in Bezug auf den DarlVertr eintreten (Karlsru WM 99, 222), nicht auf eine formnichtige Vollm. Diese führt nicht automat zur Nichtigk des DarlVertr, sond zu § 177. Die Genehmigg des Vertr bedarf nicht der Voraussetzngen gem I u II (Roth WM 03, 2356). – **c) Voraussetzungen.** Das Darl muss dem DarlN zur Vfng gestellt sein (§ 488 I 1). Das kann auf zweierlei Weise geschehen: – **aa) Empfang.** Das Darl muss aus dem Vermögen des DarlG ausgeschieden u dem Vermögen des DarlN in der vereinbarten Form endgültig zugeführt sein (BGH NJW-RR 06, 1419). Das erfordert eine Leistgshandlg des DarlG, insbes Auszahlg, auftragsgem Überweisg od Gutschrift auf dem Konto des DarlN, auch weisgsgem Leistg an einen Dritten (BGH NJW 06, 1788, 2099, NJW-RR 06, 1419, BKR 06, 405, § 488 Rn 8). Dies gilt auch iFv § 358 (BGH aaO). Bei einem Formmangel der Vollm (§ 492 IV) muss der vertretene DarlN beim Empfang (ErfGesch, § 488 I 1) mitwirken (Mü NJW 99, 2196), insbes dch wirks Vertretg bei der ErfHandlg (Roth WM 03, 2356). – **bb) Inanspruchnahme** erfordert eine Disposition des Verbr als DarlN, mind das an den DarlG gerichtete Verlangen, das Geld zur Vfng zu stellen, dem der DarlG entspricht, indem er auszahlt, überweist od einen Scheck einlöst. Darunter fällt nicht die Überziehng des Kontos, wofür allein § 493 gilt. Ist eine VertragsÄnd (§ 492 Rn 2) nicht formwirks, liegt die Inanspruchnahme in der Fortsetzng der DarlNutzg (BGH NJW 06, 681), auch dch einen Dritten, an den weisgsgem geleistet worden war (BGH NJW-RR 08, 643).

3) Wirkung der Heilung. Der DarlVertr wird voll wirks („gültig“) mit dem vereinbarten Inhalt od mit den Sanktionen nach Maß von II 2–6 u III. Fehlen mehrere PflAngaben, tritt eine Kumulation der Sanktionen ein (BGH NJW 06, 681). Dies gilt auch, wenn die Erkl des DarlN vollständig formunwirks ist, weil sie nicht in einer einheitl Urkunde, nur mündl od ohne Unterschrift erfolgt ist (BGH aaO). Dagg treten die Sanktionen nicht ein,

- wenn die Erkl des DarlN vollstän u formwirks ist u nur die Erkl des DarlG formungült abgegeben od zugegangen ist; der VertrZins gem II 2 ermäßigt sich also nicht (BGH aaO). – **a) Zinsen (II 2)**. Die VertrZinsen ermäßigen sich auf den gesetzl Zinssatz (§ 246) mit RückzahlgsAnspr aus § 812 (BGH NJW-RR **05**, 483, **06**, 1419) od nach Wahl des DarlN Verrechng der überzahlten Zinsen auf die Tilgg (MüKo/Schürnbrand Rn 32, str, aA Stgt WM **07**, 2281), wenn eine der folgden Angaben (überhaupt) fehlt: – **aa)** der vertragsgem Zinssatz (§ 492 I 5 Nr 4); – **bb)** der effektive Jahreszins (§ 492 I 5 Nr 5 1. Alt); – **cc)** der anfängl effektive Jahreszins (§ 492 I 5 Nr 5 2. Alt); – **dd)** der Gesamtbetrag der zu entrichtden Teilzahlgen (§ 492 I 5 Nr 2 u 1a). Sind aGrd des ermäßigten Zinssatzes zuviel Zinsen bezahlt worden, sind bei der Rückerstatt die Geldbeschaffgskosten u das Disagio zu berücksichtigen (BGH NJW **00**, 2816). – **b) Kosten (II 3)**. Fehlt die Angabe (§ 492 I 5 Nr 4), so hat der DarlG keinen Anspr auf Kosten. Der DarlN bleibt aber einem Dritten verpfl u hat keinen Anspr auf Erstattg od Freistellg gg den DarlG, zB hinsichtl Vermittlgskosten od Prämien einer KapitallebensVers (BGH NJW **05**, 985, **06**, 1957, NJW-RR **08**, 643). – **c) Teilzahlungen (II 4)** gem § 492 I 5 Nr 2 sind wg Verminderg der Zinsen u wg Wegfalls der Kosten neu zu berechnen u mit Zahl, Termin u Höhe der einz Zins- u Tilggsraten ohne Aufschlüsselg nach Zins- u Tilggsanteilen anzugeben (BGH NJW-RR **06**, 1419, BKR **06**, 405). Das gilt rückwirkd. – **d) Preisbestimmende Faktoren (II 5)**. Sind die ÄndVoraussetzgen (§ 492 I 5 Nr 5) nicht gegeben, so kann nicht zum Nachteil des DarlN geändert werden. Das gilt auch für Überziehgskredit (vgl § 493 I 2 Nr 3) u Immobiliarkredit gem § 492 Ia (Schimansky WM **03**, 1449). Eine Änderg zu günstigeren Ergebn bleibt unberührt. – **e) Sicherheiten (II 6)**. Fehlt die Angabe (§ 492 I 5 Nr 7), so muss das Darl ohne Sicherh gewährt werden. Ausn nur bei GroßDarl (über 50 000 Euro). Maßg ist der NettoDarlBetrag (§ 492 I 5 Nr 1; vgl § 491 II Nr 1). Das gilt auch für Immobiliardarl (§ 491 III Nr 1), weil bei diesen § 494 anwendb ist.
- 4) Unrichtige Angaben** bewirken keine Nichtigk (BGH NJW **04**, 154), zB Rechenfehler od irr Nichtberücksichtigg einer wesentl Kostenposition bei Gesamtbetrag (BGH NJW-RR **06**, 1419). Sie werden grdsätzl VertrlInhalt für die gesamte Laufzeit (BGH NJW-RR **05**, 483, NJW **06**, 1955), wenn die getroffene Vereinbg nicht aus and Grden unwirks ist. Insbes kann Anfechtg (§§ 119, 123) mögl sein, auch ein Anspr auf SchadErs aus c. i. c. bei Verschulden (§ 280 Rn 8, 30; § 311 Rn 27). Bei zu niedr angegebenen effektivem u anfängl effektivem Jahreszins tritt stattdessen die Wirkg gem **III** ein: Der Jahreszins wird verhältnismäß herabgesetzt, aber nicht unter den gesetzl Zinssatz (§ 246). Zuviel gezahlte Zinsen sind zurückzuzahlen (Rn 8). Ganz geringfüg Abweichgen von der tats Belastg (zB 0,05%) sind tolerabel (LG Stgt NJW **93**, 208). Bei variablem Zinssatz ist auf der Basis des verminderten Nominalzins anzupassen. Die Neuberechnung hat der DarlG vorzunehmen.

495 **Widerrufsrecht.** (1) Dem Darlehensnehmer steht bei einem Verbraucherdarlehensvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung auf die in § 493 Abs. 1 Satz 1 genannten Verbraucherdarlehensverträge, wenn der Darlehensnehmer nach dem Vertrag das Darlehen jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne zusätzliche Kosten zurückzahlen kann.

- 1) Allgemeines.** § 495 ersetzt VerbrKrG 7. **a) Neufassung.** II ist aufgehoben u III ist mit redaktioneller Ändergen II geworden dch OLGVertrÄndG (s Vorb 4 v § 491). Damit wurde das fingierte Unterbleiben des Widerrufs bei unterlassener Rückzahlg des Darl als zwingde Rfolge beseitigt. Allerd konnte gem § 506 II–IV idF des OLGVertrÄndG bis 30. 6. 05 (EG 229 § 9 I 1 Nr 2, Art 25 II, 34 S 3 OLGVertrÄndG) vereinbart werden, dass ein erklärter wirks Widerruf gem I als nicht erfolgt gilt, wenn der Verbr das Darl nicht innerh 2 Wochen ab Widerruf od Auszahlg zurückzahlt, od dass bei ImmobiliardarlVertr (§ 492 Rn 15a) das WiderrufsR ausgeschl ist. – **b) Zweck.** Der Verbr soll wg der wirtschaftl Bedeutg eines DarlVertr vor übereilter Bindg geschützt werden, indem ihm innerh einer Bedenkzeit die Möglichk eingeräumt wird, den Vertr zu beseitigen. – **c) Anwendungsbereich** (vgl Rn 7): grdsätzl alle VerbrDarlVertr (§ 491 I, dort Rn 2, 5–7), seit 1. 8. 02 dch Aufhebg des § 491 III Nr 1 aF einschl der ImmobiliardarlVertr (§ 492 Rn 15a). Ausgenommen bleiben die öff beurkundeten Vertr (§ 491 III Nr 1 = Nr 2 aF) u die Überziehgskredite des § 493 (II). – **d) Abdingbarkeit.** I ist zwingnd mit Umgehgsverbot (§ 506). – **e) Konkurrenzen.** Besteht für denselben VerbrDarlVertr zugleich ein and WiderrufsR aus HaustürGesch (§ 312) od FernAbs (§ 312d), so geht § 495 vor (§ 312a u § 312 V). – **f) Vertretung.** Das WiderrufsR (Rn 6) steht dem vertretenen Verbr zu, der den Vertreter zum Widerruf bevollmächtigen kann. Die erteilte Vollm kann nicht gem I widerrufen werden, sond nur aus § 168, also bis VertrSchluss (§ 167 I).
- 2) Widerrufsrecht (I).** § 495 räumt in I dem DarlN als Verbr das WiderrufsR ein, das § 355 I 1 allg voraussetzt. Die Voraussetzgen des Widerrufs, dessen Erkl, die dafür geltde Form u Frist, deren Beginn, die efdl Belehrg u deren notw Inhalt, nebst Aushändigg der VertrUrkunde sowie das Erlöschen des WiderrufsR sind in § 355 geregelt u kommentiert, die Rfolgen des Widerrufs in § 356. Darauf wird verwiesen.
- 3) Unanwendbarkeit (II).** Das WiderrufsR (I) besteht nicht bei vereinbarten Überziehgskrediten (§ 493 I 1), wenn diese zu den dort genannten Konditionen abgeschl sind u das Recht eingeräumt ist, den DarlVertr jederzeit fristlos zu kündigen, ohne dass dem DarlN dadch zusätzl Kosten (wie § 492 I 5 Nr 4) entstehen. Dieses Recht muss Bestandteil des VertrlInhalts sein. Das trifft insbes zu, wenn der Sollsaldo jederzeit vom DarlN zurückgeführt werden kann. Damit besteht ständ ein beliebig auszuübdes Recht, den Vertr zu beenden.

496 **Einwendungsverzicht, Wechsel- und Scheckverbot.** (1) Eine Vereinbarung, durch die der Darlehensnehmer auf das Recht verzichtet, Einwendungen, die ihm gegenüber dem Darlehensgeber zustehen, gemäß § 404 einem Abtretungsgläubiger entgegenzusetzen oder eine ihm gegen den Darlehensgeber zustehende Forderung gemäß § 406 auch dem Abtretungsgläubiger gegenüber aufzurechnen, ist unwirksam.

(2) Wird eine Forderung des Darlehensgebers aus einem Darlehensvertrag an einen Dritten abgetreten oder findet in der Person des Darlehensgebers ein Wechsel statt, ist der Darlehensnehmer

unverzüglich darüber sowie über die Kontaktdaten des neuen Gläubigers gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der BGB-Informationspflichten-Verordnung zu unterrichten. ²Die Unterrichtung ist bei Abtretungen entbehrlich, wenn der bisherige Darlehensgeber mit dem neuen Gläubiger vereinbart hat, dass im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der bisherige Darlehensgeber auftritt. ³Fallen die Voraussetzungen des Satzes 2 fort, ist die Unterrichtung unverzüglich nachzuholen.

(3) ¹Der Darlehensnehmer darf nicht verpflichtet werden, für die Ansprüche des Darlehensgebers aus dem Verbaucherdarlehensvertrag eine Wechselverbindlichkeit einzugehen. ²Der Darlehensgeber darf vom Darlehensnehmer zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Verbaucherdarlehensvertrag einen Scheck nicht entgegennehmen. ³Der Darlehensnehmer kann vom Darlehensgeber jederzeit die Herausgabe eines Wechsels oder Schecks, der entgegen Satz 1 oder 2 begeben worden ist, verlangen. ⁴Der Darlehensgeber haftet für jeden Schaden, der dem Darlehensnehmer aus einer solchen Wechsel- oder Scheckbegebung entsteht.

1) Allgemeines. Die Vorschr entspricht, abgesehen von der Bezeichnung der VertrPart (DarlG u DarlN statt KreditG u Verbr), VerbrKrzG 10. II wurde eingefügt dch das RisikobegrenzgsG (Vorb 5 v § 491). – **a) Zweck.** Der DarlN soll dch I davor geschützt werden, dass er infolge der häuf Äbtrtg solcher Fdgen an einen Zessionar zahlen muss, bevor er seine Einwendgen gg den DarlG dchsetzen, insbes mit seinen GgFdgen aufrechnen kann. Dch II soll der DarlN iF der offenen Abtretg u der Übertragg des VertrVerh über den neuen Gläub informiert werden. Dch III soll vermieden werden, dass der DarlN aus Wechsel od Scheck im UrkundenProz in Anspr genommen wird, ohne dass er wg ZPO 598 die Einwendgen aus dem GrdGesch (DarlVertr) mit der Begründg entgsetzen kann, diese Einwendgen seien ihm ggü Dritten abgeschnitten (WG 17); desh könne er seine RückgriffsAnspr nur noch erschwert dchsetzen (Müller WM 91, 1781). – **b) Unabdingbarkeit** ergibt sich aus § 506; ebso die Anwendg des § 496 bei UmgehgsGesch. – **c) Anwendbar** auf alle VerbrDarlVertr (§ 491), einschl der Immobilardarl, auch auf die des § 491 III, sowie auf Finanzierngshilfen (§ 499 I), nicht auf § 505. III ist nicht analog anwendb auf abstrakte SchuldAnerkenntn u -Verspr (§§ 780, 781) mit Unterwerfg unter die sofort ZwVollstrg in das gesamte Verm des DarlN (BGH NJW 05, 1576; aA MüKo/Schürnbrand Rn 8).

2) Verzicht auf Aufrechnung und sonstige Einwendungen (I). – **a) Voraussetzungen.** Die Vereinbg des Verzichts (vgl § 397 Rn 4) auf die Einwendgen des § 404 (dort Rn 3 u 7) u auf das GestaltgsR der Aufrechng (§ 406) muss im DarlVertr enthalten od auch gesondert vereinbart (§ 311 I) sein. Ein einseitl Verzicht ist schon aus and Grden unwirks, weil § 397 einen Vertr erfordert. – **b) Wirkung** des I. Der vereinbarte Verzicht ist unwirks mit der Folge, dass der DarlN ggü dem Zessionar jede gg den DarlG bestehde Einwendg erheben u mit einer Fdg gg den DarlG aufrechnen kann (§ 387).

3) Unterrichtungspflicht (II). – **a) Voraussetzungen.** Die Pfl besteht bei offener Abtretg (II 1), bei stiller Zession, sobald diese aufgedeckt wird (II 2, 3). Bei einem Wechsel in der Pers des DarlG greift die Pfl in jedem Fall ein, nicht nur bei rgeschäfll Übertrag, sond auch bei der gesetzl RNachfolge. – **b) Inhalt.** Zu unterrichten ist gem II 1 über die Abtretg od den Wechsel u die Daten des neuen Gläub iSv BGB-InfoV I I Nr 1–3 (dort Rn 2). – **c) Verpflichteter** ist, da es sich um eine vertragl Verpfl handelt, bei Abtretg der bish Gläub, bei VertrÜbernahme u RNachfolge der neue VertrPartner. Abweichde Vereinbg ist zuläss.

4) Wechsel- und Scheckverbot (III). – **a) Verpflichtungsverbot** betrifft jede Art von Verpfl, insbes als Aussteller u Akzeptant. Anspr des DarlG: alle, die sich aus dem DarlVertr (§ 491) gg den DarlN ergeben, insbes Rückzahlg, Raten. Verstoßfolge: Rn 8. – **b) Schecks** (II 2) dürfen grdsätzl weiterhin begeben werden; der DarlN soll damit seine ZahlgsPfl erfüllen können. Nur zur Sichg (vgl § 492 I 5 Nr 7) dürfen Schecks nicht verwendet werden. Verstoßfolge: Rn 8. – **c) Herausgabeanspruch** (III 3). Wird gg III 1 od 2 verstoßen, so sind nur das VerpflGesch u die SichgsAbrede nichtig (§ 134); die Wechsel- u ScheckVerbindlichk ist wirks. Daher war es notw, gg den KreditG einen Anspr auf Herausg des Wechsels od Schecks zu schaffen, damit der DarlN dem Umlauf der WertPap u dem Einwendgsausschluss entgwirken kann. – **d) Schadenersatzanspruch** (III 4). Voraussetzgen: Wechsel od Scheck muss verbotswidr (III 1 od 2) begeben worden sein. Der Anspr ist vom Verschulden unabhängig (AnwK/Reiff Rn 7). Zum Schaden gelten die allg Vorschr (§§ 249 ff). – **e) Auswirkung auf den Darlehensvertrag** bei Verstoß gg III. Hierauf ist § 139 nicht anzuwenden, so dass der DarlVertr wirks bleibt (MüKo/Schürnbrand Rn 14, str).

497 Behandlung der Verzugszinsen, Anrechnung von Teilleistungen. (1) ¹Soweit der Darlehensnehmer mit Zahlungen, die er auf Grund des Verbaucherdarlehensvertrags schuldet, in Verzug kommt, hat er den geschuldeten Betrag nach § 288 Abs. 1 zu verzinsen; dies gilt nicht für Immobilardarlehensverträge. ²Bei diesen Verträgen beträgt der Verzugszinssatz für das Jahr zweieinhalb Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. ³Im Einzelfall kann der Darlehensgeber einen höheren oder der Darlehensnehmer einen niedrigeren Schaden nachweisen.

(2) ¹Die nach Eintritt des Verzugs anfallenden Zinsen sind auf einem gesonderten Konto zu verbuchen und dürfen nicht in ein Kontokorrent mit dem geschuldeten Betrag oder anderen Forderungen des Darlehensgebers eingestellt werden. ²Hinsichtlich dieser Zinsen gilt § 289 Satz 2 mit der Maßgabe, dass der Darlehensgeber Schadenersatz nur bis zur Höhe des gesetzlichen Zinssatzes (§ 246) verlangen kann.

(3) ¹Zahlungen des Darlehensnehmers, die zur Tilgung der gesamten fälligen Schuld nicht ausreichen, werden abweichend von § 367 Abs. 1 zunächst auf die Kosten der Rechtsverfolgung, dann auf den übrigen geschuldeten Betrag (Absatz 1) und zuletzt auf die Zinsen (Absatz 2) angerechnet. ²Der Darlehensgeber darf Teilzahlungen nicht zurückweisen. ³Die Verjährung der Ansprüche auf Darlehensrückerstattung und Zinsen ist vom Eintritt des Verzugs nach Absatz 1 an bis zu ihrer Feststellung in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 bezeichneten Art gehemmt, jedoch nicht länger als zehn Jahre von ihrer Entstehung an. ⁴Auf die Ansprüche auf Zinsen findet § 197 Abs. 2 keine Anwendung. ⁵Die Sätze 1 bis 4 finden keine Anwendung, soweit Zahlungen auf Vollstreckungstitel geleistet werden, deren Hauptforderung auf Zinsen lautet.

(4) Die Absätze 2 und 3 Satz 1, 2, 4 und 5 gelten nicht für Immobilardarlehensverträge.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr entspricht VerbrKrG 11 mit inhaltl Ändergen. I 1 ist neugefasst u IV angefügt
 11 dch OLGVertrÄndG (s Vorb 4 v § 491). – **a) Zweck.** Die Vorschr strebt einen angem InteressenAusgl zw DarlG
 u säum DarlN an. Es soll vermieden werden, dass VerbrHaush in eine ansteigde Verschuldg geraten. Dazu
 2 dienen die abstrakte Berechng des VerzugsSchad (I), die Behandlg der nach Verzugsseintritt anfallden Zinsen (II)
 12 u die von § 367 I abweichde Anrechng von Teilleistgen (III). – **b) Anwendbar:** auf alle wirks VerbrDarlVertr
 (hM; MüKo/Schürmbrand Rn 6). Für entspr Anwendg des § 497 auf unwirks DarlVertr: MüKo/Schürmbrand
 Rn 7.
 § 497 ist auch auf Überziehungskredit (§ 493) anwendb (MüKo/Schürmbrand Rn 6). I 1 Hs 1 gilt für alle Zahlgen,
 die der Verbr aus dem DarlVertr schuldet, II nur für Zinsen, die nach dem u dch den Verzugsseintritt (§ 286)
 entstanden (angefallen) sind. Unanwendb ist I auf VerzugsSchad eines Kreditinstituts, der nicht auf einem
 DarlVertr beruht (Dresd BB 98, 2229). III 3 ist auf Schuldbeitritt anwendb (Celle WM 07, 1319) Für Immobili-
 3 arDarlVertr (§ 492 Rn 15 a) gelten nur I 2 u 3 sowie III 3 (vgl IV). Für Anwendg auf sog AltVertr (vor dem
 1. 1. 02): Schlesw NJW-RR 03, 180. – **c) Unabdingbarkeit** zG des DarlN u Unwirksam einer Umgehg
 ergeben sich aus § 506.
- 4 **2) Verzugszinsen (I).** Sie sind zu unterscheiden von den vereinbarten VertrZinsen, die aGrd des DarlVertr nach
 der vereinbarten Höhe u Fälligk geschuldet u nicht gem § 497 behandelt werden. – **a) Voraussetzung** ist, dass der
 DarlN mit Zahlgen in Verzug kommt (§ 286), die er aGrd des DarlVertr schuldet, insbes Zinsen, Tilggsraten u
 5 Kosten, auch die gesamte Rückerstattg. Die Anspr aus I bestehen für den ganzen Zeitraum, in dem der Verzug
 andauert. – **b) Zinshöhe.** Es ist zu unterscheiden: – **aa) Immobiliardarlehensvertrag** (§ 492 Rn 15 a). Der
 Zinssatz ist niedriger als der normale Verzugszinssatz des § 288 I, näml nur 2½% über dem Basiszinssatz (§ 247).
 Das ergibt sich aus 12. – **bb) Alle sonstigen Verbraucherdarlehensverträge** (I 1), die nicht dch GrdPfandR
 6 gesichert sind. Es gilt § 288 I, der normale VerbrVerzugszinssatz von 5% über dem Basiszinssatz (§ 247). –
c) Schaden (13). Der
 Verzugszins wird vom GesetzG als obj MindestSchad angesehen (§ 288 Rn 4). Daher ist in § 288 IV dem Gläub
 (DarlG) freigestellt, einen höheren Schaden dch eine höhere ZinsFdg geltnd zu machen (§ 288 Rn 12), insbes wg des
 Verlusts von Anlagezins od wg Aufwendg von Kreditzins. Ggü § 288 IV ist I 3 eine Sonderregelg insofern, als der
 höhere Schaden konkret („im Einzelfall“) bewiesen werden muss u Schätzg (ZPO 287) ausgeschl ist. Das gilt auch
 für den DarlN, der einen niedrigeren ZinsSchad geltnd machen will, so dass dem VerbrDarlN der Beweis auch nicht
 erleichtert ist (Ungewittler JZ 94, 701/7). Wird der Schaden dch den Verzugszins in Höhe des § 288 I (also
 pauschaliert) verlangt, kann daneben nicht zusätzl VerzögergsSchad über § 280 II verlangt werden (Zweibr WM
 01, 24).
- 7 **3) Behandlung der Verzugszinsen (II).** Dadch soll das Zinseszinsverbot (§ 289 S 1) berücksichtigt, zugleich
 der zuläss SchadErs (§ 289 S 2) reguliert werden. Gilt nicht für ImmobiliardarlVertr (IV). – **a) Buchung** (II 1).
 – **aa) Gesondertes Konto.** Die ab Eintritt des Verzugs (§ 286) angefallenen Zinsen sind als Fdg des DarlG auf
 einem gesonderten Konto mit den errechneten Beträgen dem DarlN zu belasten. Ist ein solches Unterkonto (als
 8 Zinskonto) nicht vorhanden, muss es der DarlG einrichten, unter od (einseit) ohne Mitwirkg des DarlN. Es dürfen
 auch ZinsFdgen aus and DarlVertr auf diesem Konto gebucht werden. – **bb) Buchungsverbot** besteht für die
 Verzugszinsen hinsichtl des DarlKontos. Sie dürfen nicht auf das Konto gebucht werden, auf dem and Fdgen des
 DarlG, insbes der RückerstattgsAnspr (§ 488 I) eingestellt sind. Dieses Verbot gilt auch für period (vgl HGB 355)
 9 errechnete Geldbeträge aus Verzugszins. – **b) Zinsschaden** (II 2). Da das Kreditinstitut als DarlG dch die nicht
 termingerech erfüllt ZinsAnspr einen Schaden erleidet, besteht ein Anspr auf Ersatz des VerzögergsSchad
 (§ 280 I, II; § 286), der dch den Verzugszins nicht ausgeschl wird (§ 288 IV, § 289 S 2). Setzt Verzug mit dem
 Ersatz des VerzugsSchad voraus. Für diesen SchadErsAnspr legt II 2 den gesetzl Zinssatz (§ 246) als Höchstbetrag
 fest. Bis zu dieser Höhe kann im Proz gem ZPO 287 geschätzt werden (kein Beweis wie für I 3; Rn 6 aE).
- 10 **4) Teilleistungen (III 1 u 2).** Gilt nicht für selbstd (isolierte) Zinstitel (III 5 u 6; Rn 16) u
 ImmobiliardarlVertr (IV). Die Funktion des III ist eine wg § 506 zwingde Änderg des § 367. –
a) Voraussetzung (III 1) ist eine Zahlg des DarlN, die für die fäll Schuld (Tilggsrate, Zins, Rückerstattg) nicht
 ausreicht u daher eine Teilleistg darstellt. Die fäll Schuld kann ein Titel über einen Teil der Hauptschuld mit
 VerzugsSchad sein (MüKo/Schürmbrand Rn 37). – **b) Wirkung.** Die Teilzahlg wird, and als nach § 367, in
 dieser Reihenfolge als Erfüllung (§ 362 I) angerechnet: **(1) Kosten** der RVerfolg (wie § 367 Rn 4).
(2) Geschuldeter Betrag. Das ist der gesamte gem § 488 I geschuldete DarlBetrag od der Teil, der zZt der Zahlg
 fäll ist. **(3) Zinsen** gem I. Das ist der bis zur Zahlg angefallene Betrag. Diese Regelg stellt wg § 289 den DarlN
 günstiger als § 367 I. – **c) Recht zur Teilleistung** (III 2). Abweichd von § 266 darf der DarlN auch Teilbeträge
 leisten. Der DarlG darf die angebotenen od erbrachten Teilzahlgen nicht unter Berufg auf § 266 ablehnen od
 zurückweisen.
- 13 **5) Verjährung (III 3–5).** Bei ImmobiliardarlVertr vgl Rn 15. Wg der von § 367 abweichden Reihenfolge der
 Tilgg (III 1) kann die Tilgg der Anspr des DarlG auf einen langen Zeitraum hinaus geschoben sein u es kann
 Verj eintreten, weil für die ZinsAnspr, auch wenn sie titulierte sind, gem § 197 II die 3-Jahres-Frist des § 195
 gilt. Das berücksichtigt die Sonderregelg des III 3–5. Sie gilt nur bei Zinsen, für die III 1 anzuwenden ist, näml
 die Verzugszinsen des II u nicht für den Vertragszins (Bülow/Artz VerbrKreditR Rn 73, aA MüKo/Schürmbrand
 14 Rn 38). – **a) Hemmung** (III 3). Gilt auch für ImmobiliardarlVertr (IV). Die Hemmg betrifft die Zinsen u die
 RückerstattgsAnspr (§ 488 I). Es gilt grdsätzl die regelmä VerjFrist (§ 195; 3 Jahre), bei rechtskräft, auch im
 InsolvenzVerf festgestellten u öff beurkundeten Anspr 30 Jahre (§ 197 I Nr 3–5) ab Entstehg (§ 200). Die Frist
 ist gehemmt, sobald der Verzug eingetreten ist (§ 286), so dass der Zeitraum danach nicht in die VerjFrist
 eingerechnet wird (§ 209). Die Hemmg dauert bis zur rechtskräft Feststellg der Anspr od Beurkundg gem ZPO
 794 I Nr 1 u 5 (von da an 30 Jahre, § 197 I). Die VerjFrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspr
 15 entstanden ist u dem DarlG zur Kenntn gelangt (§ 199 I). Die Hemmg dauert längstens 10 Jahre ab Entstehg
 (ohne Rücksicht auf die Kenntn). – **b) Verjährung der Zinsen** in VollstrgsTiteln (III 4). Dadch wird die in
 § 197 II angeordnete regelmä VerjFrist (§ 195; 3 Jahre) für die Verzugszeit ausgeschl, weil auch die Tilgg
 16 hinausgeschoben wird. Es gilt daher die 30-jähr Frist des § 197 I Nr 3–5. – **c) Isolierte Zinstitel** (III 5). Das
 sind solche, deren HauptFdg ausschließl auf Zinsen iSv I, II, III 1 lautet. Bei diesen gilt III 1–4 nicht, so dass
 die allg Tilggverrechnungsregel anzuwenden (§ 367 I) u die Verj nicht gem III 3 gehemmt ist. Zu den
 Anfordergen an die Zulässigk isolierter Zinstitel Erman/Saenger Rn 47 ff. Umstr ist, ob auf gemischte, aus
 Hauptsache u Zinsen bestehende Titel III 5 teleolog reduziert entspr anzuwenden ist (s MüKo/Schürmbrand
 Rn 44 ff mwN).

6) Immobiliardarlehensverträge (IV). Begriff: § 492 Rn 15a. Die unterschiedl Behandlg der Verzugszinshöhe (Rn 5) beruht auf der dch den Wert der Immobilie regelmäÙ erhöhten Sicherh. Bei GrdPfandR sind außerdem die R Folgen von Verzug u Teilleistg sowie deren Verrechng vertragl geregelt, so dass die Anwendg der ausgeschl Vorschr (II, III 1, 2, 4 u 5) nicht passt od überflüss ist.

17

498 Gesamtfälligkeitstellung bei Teilzahlungsdarlehen. (1)¹ Wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers kann der Darlehensgeber den Verbraucherdarlehensvertrag bei einem Darlehen, das in Teilzahlungen zu tilgen ist, nur kündigen, wenn

1. der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mindestens zehn Prozent, bei einer Laufzeit des Verbraucherdarlehensvertrags über drei Jahre mit fünf Prozent des Nennbetrags des Darlehens oder des Teilzahlungspreises in Verzug ist und
2. der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags mit der Erklärung gesetzt hat, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange.

² Der Darlehensgeber soll dem Darlehensnehmer spätestens mit der Fristsetzung ein Gespräch über die Möglichkeiten einer einverständlichen Regelung anbieten.

(2) Kündigt der Darlehensgeber den Verbraucherdarlehensvertrag, so vermindert sich die Restschuld um die Zinsen und sonstigen laufzeitabhängigen Kosten des Darlehens, die bei staffelmäßiger Berechnung auf die Zeit nach Wirksamwerden der Kündigung entfallen.

(3) Bei Immobiliardarlehensverträgen gilt Absatz 1 mit der Maßgabe, dass der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mindestens 2,5 Prozent des Nennbetrags des Darlehens in Verzug sein muss.

1) Allgemeines. I u II entsprechen für DarlVertr mit TilggsVereinbg in Teilzahlgn VerbrKrG 12. III erstreckt nun idF des RisikobegrenzungsG die Anwendg auf ImmobiliardarlVertr, die ursprüngl dch III idF des OLGVertrÄndG u auch vorher ausgeschl war (Vorb 5, 4 v § 491); in Kraft seit 19. 8. 08; er ist nach der Übergangsvorschr EG 229 § 18 I nur auf ImmobiliardarlVertr anzuwenden, die nach 18. 8. 08 abgeschl od übertragen werden. Auf TeilzahlgsGesch ist § 498 über § 501 (dort Rn 2) anwendb. – **a) Zweck.** Der VerbrSchutz des DarlN wird verwirklicht dch eine KündBeschränk (I 1 Nr 1 u 2, III), dch Förderg einer einvernehmli Regelg (I 2) sowie dch eine Begrenzg des SchadErs mittels einer Restschuldverminderg (II). – **b) Unabdingbarkeit**

1

u Umgehgsverbot: § 506. – **c) Anwendungsbereich:** alle VerbrDarlVertr einschließl ImmobiliardarlVertr (III, § 492 Rn 15 a), bei denen der RückerstattgsAnspr (§ 488 I) in Teilzahlgn zu erfüllen ist. Es müssen wg I 1 Nr 1 u III mind 3 Raten (Teilzahlgn) vereinbart sein. § 498 gilt auch für einen Schuldbeitritt (§ 491 Rn 11; Karlsr NJW-RR 98, 1438), aber nicht für RatenliefergsVertr (§ 505). Die entspr Anwendg auf Finanziergleasing (§§ 499, 500) war schon bisher geboten (BGH NJW 01, 1349). § 498 gilt nur u ausschließl bei Verzug mit der Zahlg von Teilbeträgen (Karlsr WM 00, 1995). § 498 ist entspr anwendb, wenn ein VerbrDarlVertr mit einer KapitallebensVers verbunden ist (bei gleichzeit Abschluss idR zu bejahen) u statt Tilgg VersPrämien zu zahlen sind (Celle BKR 05, 66; MüKo/Schürnbrand Rn 5). – **d) Andere Kündigungsgründe.** § 498 I 1 schränkt eine zuläss Künd des DarlG nur ein (I 1 Nr 1, III) u stellt ein zusätzl Erfordern auf (I 1 Nr 2, III). Die außerordentl KündR aus § 490 I u § 314 bleiben davon unberührt.

2

2) Kündigung (I). VerbrDarlVertr haben idR eine bestimmte Laufzeit (§ 488 Rn 14). Sie können daher nur außerordentl gekündigt werden od wenn ein KündR des DarlG vereinbart ist, insbes im Falle des Zahlgsverzugs bei Tilggsraten. In diesen Fällen können die Voraussetzgen des § 498 eintreten. – **a) Voraussetzungen** des I od III sind kumulativ: – **aa) Verzug** (I 1 Nr 1, III). Er tritt ein, wenn § 286 vorliegt, u ist für jede Teilzahlg (Rate) gesondert festzustellen: **(1) Ratenrückstand** mit mind 2 aufeinander folgdten Teilzahlgn. Es genügt, wenn die Rate nur teilw nicht bezahlt ist. Der DarlN kann nicht dch Tilggsbestimmg gem § 366 nur jede 2. Rate tilgen, um das Aufeinanderfolgen zu vermeiden; in der Teilzahlgsabrede liegt eine Verrechngsabrede über die Zahlg auf die jew noch offene älteste Schuld (AnwK/Reiff Rn 3; str). **(2) Nennbetragsanteil.** Die Summe (Gesamtbetrag) aller Raten, mit denen sich der DarlN zZt der Künd in Verzug befindet (§ 286), muss grdsätzl mind einen bestimmten Prozentsatz des Nennbetrags, des gesamten kreditierten Betrags, dh des NettoDarlBetrags u der mitkreditierten Einmalkosten (s § 492 Rn 9 a, 10) erreichen. Bei nach dem 18. 8. 08 abgeschl od übertragenen (Rn 1) ImmobiliardarlVertr (III, § 492 Rn 15 a) müssen es mind 2,5% sein, bei and VerbrDarlVertr mind 10%, bei einer Laufzeit (§ 488 Rn 14) von mehr als 3 Jahren aber nur mind 5%. Der Gesamtbetrag ist aus allen offenen Raten, nicht nur aus den aufeinander folgdten zu errechnen. Es muss Verzug (§ 286), nicht ein bloßer Rückstand vorliegen. Soweit § 498 bei Finanziergshilfen (Untertitel 2) anzuwenden ist (vgl Rn 2), sind die Bruttorenten (einschl Zinsen u Kosten) zugrunde zu legen (BGH NJW 01, 1349, NJW-RR 05, 1410; bestr). Der im Wortlaut der Nr 1 angeführte Teilzahlgspreis bezieht sich nur auf die Verweiss in § 499 I u § 501.

4

5

– **bb) Fristsetzung mit Androhung** der Gesamtfälligk (I 1 Nr 2). Das ist eine formlose empfangsbedürft WillensErkl (§ 130). Die 2-Wochen-Frist kann wg § 506 nicht verkürzt, aber verlängert werden. Fristsetz: grdsätzl wie § 323 I (dort Rn 12–16). Es muss der gesamte geschuldete (offene) Betrag ausgerechnet angegeben werden (BGH NJW-RR 05, 1410). Die Androh darf nicht auf die Künd beschränkt werden u muss darauf bezogen sein, dass die gesamte noch offene (u bisher noch nicht fäll) Restschuld verlangt wird, wenn der DarlN nicht innerh der Frist den vollen offenen Betrag zahlt (Celle BKR 05, 65). Mängel der Erkl (bzgl Frist od Inhalt) führen zum Ausschluss der Künd u zu ihrer Unwirksamk. Fristsetz mit KündAndroh ist entbehr, wenn der DarlN die Leistg ernsth u endgültl verweigert (BGH NJW-RR 07, 1202, str, aA MüKo/Schürnbrand Rn 17). Eine Teilzahlg, die den geschuldeten Betrag unter die 10 od 5% der Nr 1 (Rn 5) drückt, schließt die Künd nicht aus (BGH NJW-RR 05, 1410). – **b) Wirkung.** Zahlt der DarlN rechtzeitig den Gesamtbetrag, so läuft der DarlVertr weiter (Celle aaO), insbes mit höherem Gesamtbetrag, als tats geschuldet ist (BGH aaO). Zins- od SchadErsAnspr bleiben unberührt. Erst wenn die Frist versäumt ist, steht es dem DarlG frei zu kündigen (BGH NJW 96, 2033; LG Bonn NJW-RR 98, 779 mwN); jedoch nur innerh angem Zeit. Die verspätete Zahlg steht dem nicht entgg. – **c) Gesprächsangebot** (I 2). Ist keine WirksamkVoraussetz für Fristsetz od Künd (allgM;

BGH NJW 01, 1249). Das Angebot kann schon mit der Mahng erfolgen. Als einverständl Möglichk der VertrÄnd (§ 311 I) kommen vor allem Stundg od Änderg der Ratenhöhe in Betr. – **d) Mehrere Darlehensnehmer**. Ist nur einer von ihnen Verbr, so ist für die einheitl Künd § 498 anzuwenden, wenn bei ihm die Voraussetzgen (Rn 5, 6) vorliegen (BGH NJW 00, 3133 für LeasingVertr).

- 10 **3) Restschuldverminderung (II)**. Sobald die Künd wirks ist, wird die Restschuld fäll, jedoch im
 11 verminderten Umfang. **a) Voraussetzung** ist eine Künd des DarlG, die unter I fällt (Rn 2, 4–7). Sie muss voll
 dem Anwendungsbereich des § 498 unterliegen. Für and Künd (Rn 3) ist § 498 auch nicht entspr anwendb. –
b) Wirkung. Es ist zu unterscheiden: – **aa) Restschuld** ist der zZt des Wirksamwerdens der Künd dem DarlG
 aGrd des DarlVertr zu zahlde Betrag ohne die künft, vorausgerechneten Zinsen; denn die laufzeitabhäng Kosten
 u die VertrZinsen, die auf die Zeit nach Gesamtfälligstellg entfallen, dürfen in die Neuberechnung nicht
 aufgenommen werden. Eine gestaffelte Abrechng der Zinsen ist vorzunehmen. Erfdl ist eine finanzmathemat
 6 exakte Rückrechng (LG Bln NJW-RR 05, 1649). Das Disagio gehört zu den laufzeitabhäng Kosten. Einmalige,
 laufzeitunabhäng Leistgen bleiben unberücksichtigt. Wirksamwerden der Künd: der Tag, an dem aGrd der Künd
 die Rückzahlg fäll wird (§ 488 Rn 14). Die Verminderung tritt kr Gesetzes ein. Zur Berechnung beim
 Finanzierungsleasing gem § 499 MüKo/Schürnbrand Rn 28. – **bb) Finanzierter Vertrag** (insbes KaufVertr). Er
 wird von der Künd nicht berührt. Dem DarlN, der das Darl zurückzahlt od noch zurückzahlen muss (§ 488 I),
 darf die aGrd des finanzierten Gesch erlangte Ggleistg nicht desh entzogen werden, weil die Künd des
 DarlVertr erfolgt ist. IdR hat der DarlN zB als Käufer mit dem Geld aus dem DarlVertr den Kaufpreis bezahlt.
- 12 **4) Unanwendbarkeit (III)**. Bei ImmobilardarlVertr war § 498 schon bisher nicht anwendb wg § 491 III
 Nr 1 aF, weil § 498 auf DarlVertr zugeschnitten ist, die dch Bürgsch od SichgsEigt gesichert sind (vgl Rn 2). Da
 die ImmobilardarlVertr von §§ 492 ff nicht mehr ausgeschl sind (Vorb 4 v § 491), ist § 498 unanwendb.

8 Untertitel 2. Finanzierungshilfen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher

9 Vorbemerkungen

- 1 **1) Neuregelung**. Der Anwendungsbereich des VerbrKrG umfasste mit dem Begriff KreditVertr (§ 1 II) nicht nur
 DarlVertr, sond auch den Zahlgsaufschub u die sonst Finanziergshilfen. In der neuen Systematik ist der
 VerbrDarlVertr (§ 491) dem GeldDarlVertr (§ 488) unterstellt, der seinerseits vom SachDarl (§§ 607–609)
 getrennt ist. Die Besonderh von Vertr, in denen ein Untern (§ 14) einem Verbr (§ 13) Zahlgsaufschub od eine
 sonstige Finanziergshilfe gewährt, erfordern eine im Verh zum VerbrDarlVertr (§ 491) gesonderte Regelg
 (§§ 499–505). Andseits passen für diese Vertr weitgehnd die Vorschr des VerbrDarlVertr, so dass deren entspr
 Anwendg schon wg der VerbrKrRL (PalArch 1B 4) geboten ist. Gesetzestechn kommt es zu
 Mehrfachverweisgen. Dadch werden Übersicht u Verständn erschwert.
- 2 **2) Grundbegriffe** für §§ 499–505: – **a) Personen** als Part des betr Vertr müssen auf Seiten des KreditG ein
 Untern (§ 14; wie § 491 Rn 6) u KreditN einVerbr (§ 13; wie § 491 Rn 7) sein. Mehrh von VertrPart ist mögl. –
 3 **b) Zahlungsaufschub** liegt vor, wenn die vereinbarte Fälligk der vom Verbr geschuldeten Zahlg abweichnd vom
 dispositiven Recht gg Entgelt (Rn 6) hinausgeschoben wird, um dem Verbr die Zahlg des vereinbarten Preises
 zu erleichtern. Darunter fällt auch eine einmalige Zahlg, mit od ohne Anzahlg. Die bloße Fälligkvereinbg
 (§ 271 Rn 4) genügt hierfür nicht (Dresd ZIP 00, 830 für VerbrKG 1). Die häuf Form des Zahlgsaufschubs ist
 4 das TeilzahlgsGesch (Rn 4). Der Zahlgsaufschub muss mehr als 3 Monate im Vergl zur gesetzl Fälligk (§ 271)
 betragen (§ 499 I). – **c) Teilzahlungsgeschäft** ist in § 499 II legal definiert als Vertr, der die Lieferg einer
 bestimmten Sache (idR Kauf) od das Erbringen einer bestimmten and Leistg (idR Werk, § 631 od Dienst, § 611)
 5 gg Teilzahlg (Raten) zum Ggst hat. – **d) Sonstige Finanzierungshilfen** sind Vertr, dch die es dem Verbr
 ermöglicht wird, das Entgelt für den Erwerb von Sachen u Rechten od den Empfang von Dienstleistgen leichter,
 insbes früher aufzubringen od die Leistg (zB den Besitz der Sache) eher zu erhalten. Dies wird insbes dch das
 6 Finanzierungsleasing (§ 499) u den Mietkauf (Einf 30 v § 535) verwirklicht. – **e) Entgeltlichkeit** ist bei allen
 Vertr, die unter §§ 499–505 fallen, notw Voraussetzung. Sie bezieht sich nicht auf den finanzierten Vertr, sond auf
 die Finanziergshilfe; diese muss entgeltl sein. Es genügt jede Art von Ggleistg, auch eine nur geringfüg (Köln
 ZIP 94, 776), insbes Zinsen, einmalige Vergütg, Teilzahlgszuschlag (auch eingerechnet in den
 RückerstattgsAnspr). Auf die oft verdeckende Bezeichng (zB Bearbeitgsgebühr) kommt es nicht entscheidd an,
 wohl aber darauf, dass der Teilzahlgspreis höher ist als der Barzahlgspreis. Nur Kleinstbeträge sind unerhebl
 (Karlsru NJW-RR 00, 1442). Auch die Übernahme von Kosten kann ein Entgelt darstellen (Martis MDR 98,
 1189/94 mwN).

499 **Zahlungsaufschub, sonstige Finanzierungshilfe.** (1) Die Vorschriften der §§ 358, 359 und
 492 Abs. 1 bis 3 und der §§ 494 bis 498 finden vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 entsprechende
 Anwendung auf Verträge, durch die ein Unternehmer einem Verbraucher einen entgeltlichen
 Zahlungsaufschub von mehr als drei Monaten oder eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe gewährt.

(2) Für Finanzierungsleasingverträge und Verträge, die die Lieferung einer bestimmten Sache oder die
 Erbringung einer bestimmten anderen Leistung gegen Teilzahlungen zum Gegenstand haben
 (Teilzahlungsgeschäfte), gelten vorbehaltlich des Absatzes 3 die in den §§ 500 bis 504 geregelten
 Besonderheiten.

(3) ¹ Die Vorschriften dieses Untertitels finden in dem in § 491 Abs. 2 und 3 bestimmten Umfang keine
 Anwendung. ² Bei einem Teilzahlungsgeschäft tritt an die Stelle des in § 491 Abs. 2 Nr. 1 genannten
 Nettodarlehensbetrags der Barzahlungspreis.

- 1) Allgemeines.** Die Vorschr entspricht in der Funktion teilw VerbrKrG I I, II u bewirkt für die Finanziergshilfen die grdsätzl Anwendbar der §§ 491–498 (VerbrDarlVertr). Deren Inhalt entspricht weitgehnd VerbrKrG 2–14, dch die bereits bisher auch die Finanziergshilfen geregelt wurden. – **a) Zweck.** Dch die Verweisg in I soll der für DarlVertr geltde VerbrSchutz auf alle Finanziergshilfen erstreckt werden. Zugleich wird dch II für Finanziergshilfen Vertr u TeilzahlgsGesch die Anwendg von besond auf diese KreditVertr zugeschnittenen SchutzVorsch (§§ 500–504) bestimmt. – **b) Unabdingbarkeit** u Umgehungsverbot: § 506. – **c) Anwendbar** ist I auf Zahlgsaufschub (Vorb 3) u alle sonst Finanziergshilfen (Vorb 5), einschl der TeilzahlgsGesch (Vorb 4), jew Entgeltlichk (Vorb 6) vorausgesetzt. II ist nur anwendb auf TeilzahlgsGesch (Vorb 4) u Finanziergshilfen (Vorb 5). III betrifft nur die Ausn, die § 491 II, III bestimmen. 1
- 2) Anwendung der Verbraucherdarlehensvorschriften (I).** Für die (entspr) Anwendg der jew Vorschr entspricht dem DarlBetrag u dem RückerstattgsAnspr der Umfang des vom Untern finanzierten Betrags. – **a) Voraussetzungen** sind: – **aa) Zahlungsaufschub** (Vorb 3), der entgeltl (wie Vorb 6) sein muss u länger als 3 Monate. Der Zeitraum ist von der gesetzl Fälligk des Barzahlgspreises an zu rechnen (iZw sofort, § 271) bis zum vereinbarten FälligkTermin. Bei Kreditkarten u ec-Karten liegt kein Zahlungsaufschub vor (MüKo/Schürmbrand Rn 18. 3
- **bb) Sonstige Finanzierungshilfe** (Vorb 5). Sie muss entgeltl sein (Vorb 6). Dazu gehören trotz der Sonderregelg des II auch die Finanziergshilfen Vertr u TeilzahlgsGesch, für die also grdsätzl die in I aufgeführten Vorschr (Rn 5) gelten, jedoch wiederum eingeschränkt u abgeändert (§ 500 u §§ 501–504). Das ist gesetzestechng unglückl gelöst. 4
- **b) Wirkung** ist, dass die meisten Vorschr zum VerbrDarlVertr (§ 491) anzuwenden sind, im Einz: – **aa) Verbundene Geschäfte** werden bei Widerruf nach §§ 358, 359 behandelt. – **bb) Schriftform und Vertragsinhalt** gem § 492 I–III. – **cc) Formmängel** mit mögl Heilg (§ 494). – **dd) Widerrufsrecht:** § 495 mit Anwendg des § 355, Fiktion des § 495 II u Unanwendbar bei sofort KündMöglchk des § 495 III. – **ee) Verbote** für Einwendgsverzicht, Wechsel u Scheck (§ 496). – **ff) Verzugszinsen und Teilleistungen** mit Behandlg gem § 497. – **gg) Gesamtfälligkeit** bei Teilzahlg gem § 498, also mit Restschuldverminderg. 5
- 3) Eingeschränkte Anwendung (II)** betrifft. – **a) Finanzierungsleasingverträge** (Einf 39 v § 535) sind gesetzgeber dch VerbrKrG 3 II Nr 1 eingeführt (Canaris ZIP 93, 401) u von Operatingleasing (Einf 40 v § 535) zu unterscheiden. Wesentl ist, dass beim Finanziergshilfen der LeasingN (Verbr, § 13) dem LeasingG (Untern, § 14) die Amortisation schuldet (BGH NJW 96, 2033 mwN). Dazu gehört auch ein Kfz-LeasingVertr mit km-Abrechng, wenn der LeasingN bei der Rückgabe einen Kfz-Minderwert ausgleichen muss (BGH aaO u NJW 98, 1637 mwN; Engel MDR 00, 797; aA von Westfalen NZM 98, 607). Was von den Vorschr des I (Rn 5) für Finanziergshilfen Vertr gilt u was nicht, ist § 500 zu entnehmen. – **b) Teilzahlungsgeschäfte** (Vorb 4). Der Begriff ist in II legal definiert. Es ist ein Kauf-, Werk-, Werklieferg- od DienstVertr, bei dem ein Untern (§ 14) u ein Verbr (§ 13) als Käufer, Besteller od DienstBerechtigter VertrPart sind u die Vergütg (insbes Kaufpreis, Werklohn) in Teilbeträgen (Raten) u gg Entgelt (Vorb 6) später als gesetzl bestimmt fällt gestellt ist, um dem Verbr die Zahlg zu erleichtern (BGH NJW 06, 904). Idr wird außer einer ersten Zahlg (Anzahlg) mind ein Teilbetrag später zu zahlen sein. Erfasst wird aber auch der Fall, dass die gesamte Vergütg gestundet u für einen späteren Termin auf einmal fällt gestellt wird (MüKo/Schürmbrand Rn 37). Kein TeilzahlgsGesch ist ein finanzierter Kauf (DarlVertr u KaufVertr als verbundenes Gesch iSv § 358). Was für TeilzahlgsGesch von den in I aufgeführten Vorschr nicht gilt u was gilt, nämli die §§ 502–504, ist dem § 501 zu entnehmen. 7
- 4) Keine Anwendung (III 1)** finden §§ 499–504: – **a) Uneingeschränkt** bei Finanziergshilfen, die im Kreditbetrag 200 Euro nicht übersteigen, die vom ArbG dem ArbN gewährt werden, u bei Förderkredit (ohnehin nicht denk) gem § 491 Nr 1–3. – **b) Teilweise** in dem dch § 491 III bestimmten Teilumfang bei Krediten, die öff beurkundet sind od der Effektenspekulation dienen; bei diesen sind dann nur §§ 358, 359 ausgeschl. 8
- 5) Nettodarlehensbetrag (III 2; § 491 II Nr 1).** An seine Stelle tritt bei TeilzahlgsGesch (§ 501) der Barzahlgspreis (§ 502 I 1 Nr 1; dort Rn 5). Das hat nur klarstellde Funktion u hätte in § 501 gehört. 9
- 10**

500 Finanzierungleasingverträge. Auf Finanzierungsleasingverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher finden lediglich die Vorschriften der §§ 358, 359, 492 Abs. 1 Satz 1 bis 4, § 492 Abs. 2 und 3 und § 495 Abs. 1 sowie der §§ 496 bis 498 entsprechende Anwendung.

- Allgemeines.** § 500 entspricht in seiner Funktion VerbrKrG 3 II Nr 1, der die Anwendg bestimmter Vorschr des VerbrKrG ausgenommen hat. – **Zweck.** Da in § 499 I die entspr Anwendg der Vorschr für den VerbrDarlVertr angeordnet ist (positive Verweisg auf §§ 358, 359, 492 I–III, 494–498), musste gem dem Vorbeh in § 499 II davon ausgenommen werden, was auf Finanziergshilfen Vertr nicht passt. – **Begriff** des Finanziergshilfen Vertr: § 499 Rn 6. – **Wirkung.** Die entspr Anwendg der Vorschr (§ 499 Rn 6) wird eingeschränkt. Insbes gilt nicht § 492 I 5 u § 494 II (Dresd MDR 08, 311). Es verbleibt: Regelg bei verbundenen Vertr (§§ 358, 359), Schriftform (§ 492 I 1–4), Übermittlg der VertrUrkunde (§ 492 III), WiderrufsR (§ 495 I) ohne die Unterbleibensfiktion (§ 495 II), Verbot von Einwendgsverzicht, Wechsel u Scheck (§ 496), Behandlg der Verzugszinsen u Teilzahlgen (§ 497) sowie die Gesamtfälligkeit (§ 498). Die entspr Anwendg von § 492 II (Definition des effektiven Jahreszinses) kann, da Angaben gem § 492 I 5 nicht vorgeschrieben sind, nur bei freiwill Angaben bedeutsam sein. Für Vertr mit Übergang des Eigent auf den LeasingN bei VertrEnde, Erwerbsoption od AndiengsR, die unter VerbrKrRL 2 I b (PalArch I B 4) fallen, ist wg VerbrKrRL 4 II, 7 S 2, 8 richtilkonforme Auslegg dch entspr Anwendg von §§ 502 I, III, 503 II 4, 5, 504 geboten (MüKo/Schürmbrand Rn 12). – **Vertretung.** Die Vollm ist formfrei (§ 167), da weder § 499 I noch § 500 die Geltg des § 492 IV anordnet. – **Vertragsanpassung** ist gem § 313 im Einzelfall mögl. – **Kündigung** aus wicht Grd gem § 314 ist nicht ausgeschl, da das Finanziergshilfen ein DauerschuldVerh ist. 1
- 2

501 Teilzahlungsgeschäfte. ¹Auf Teilzahlungsgeschäfte zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher finden lediglich die Vorschriften der §§ 358, 359, 492 Abs. 1 Satz 1 bis 4, § 492 Abs. 2 und 3, § 495 Abs. 1 sowie der §§ 496 bis 498 entsprechende Anwendung. ²Im Übrigen gelten die folgenden Vorschriften.

- 1 **Allgemeines.** Die Sonderregel für Teilzahlsgesch im VerbrKrG (§§ 4 I 5 Nr 2, I 6; § 6 I, III u IV; § 7 I 2, § 8 II, §§ 13, 14) ist ohne inhaltl Änderg in den §§ 501–504 zusammengefasst. – **Zweck.** Der VerbrSchutz wird dem von and Finanziergshilfen unterschiedl Zuschnitt des Teilzahlsgesch angepasst, gesetzestechn wie beim FinanzierungsleasingVertr (§ 500) dch Einschränkung der generellen Verweisg (§ 499 I) auf Vorschr des VerbrDarlVertr. – **Begriff** des Teilzahlsgesch: wie § 499 Rn 7. Es ist kein DauerschuldVerh iSv § 314 u vom RatenliefergVertr (§ 505) zu unterscheiden. – **Inhalt.** Es sind dieselben Vorschr aufgeführt wie in § 500, so dass sich die gleiche Wirkg wie für § 500 Rn 2 ergibt. Außerdem sind § 502 (VertrInhalt, Rfolgen bei Formmängeln), § 503 (RückgabeR, Rückkr) u § 504 (vorzeit Zahlg) anzuwenden. – **Vertretung:** wie § 500 Rn 2. – **Vertragsanpassung** gem § 313 ist nicht ausgeschl. – **Kündigung** ist nicht mögl. § 314 ist ausgeschl, weil kein DauerschuldVerh vorliegt.

502 Erforderliche Angaben, Rechtsfolgen von Formmängeln bei Teilzahlungsgeschäften.

(1) ¹Die vom Verbraucher zu unterzeichnende Vertragserklärung muss bei Teilzahlungsgeschäften angeben

1. den Barzahlungspreis,
2. den Teilzahlungspreis (Gesamtbetrag von Anzahlung und allen vom Verbraucher zu entrichtenden Teilzahlungen einschließlich Zinsen und sonstiger Kosten),
3. Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen,
4. den effektiven Jahreszins,
5. die Kosten einer Versicherung, die im Zusammenhang mit dem Teilzahlungsgeschäft abgeschlossen wird,
6. die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts oder einer anderen zu bestellenden Sicherheit.

²Der Angabe eines Barzahlungspreises und eines effektiven Jahreszins bedarf es nicht, wenn der Unternehmer nur gegen Teilzahlungen Sachen liefert oder Leistungen erbringt.

(2) Die Erfordernisse des Absatzes 1, des § 492 Abs. 1 Satz 1 bis 4 und des § 492 Abs. 3 gelten nicht für Teilzahlungsgeschäfte im Fernabsatz, wenn die in Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Angaben mit Ausnahme des Betrags der einzelnen Teilzahlungen dem Verbraucher so rechtzeitig in Textform mitgeteilt sind, dass er die Angaben vor dem Abschluss des Vertrags eingehend zur Kenntnis nehmen kann.

(3) ¹Das Teilzahlungsgeschäft ist nichtig, wenn die Schriftform des § 492 Abs. 1 Satz 1 bis 4 nicht eingehalten ist oder wenn eine der im Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 vorgeschriebenen Angaben fehlt. ²Ungeachtet eines Mangels nach Satz 1 wird das Teilzahlungsgeschäft gültig, wenn dem Verbraucher die Sache übergeben oder die Leistung erbracht wird. ³Jedoch ist der Barzahlungspreis höchstens mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen, wenn die Angabe des Teilzahlungspreises oder des effektiven Jahreszins fehlt. ⁴Ist ein Barzahlungspreis nicht genannt, so gilt im Zweifel der Marktpreis als Barzahlungspreis. ⁵Die Bestellung von Sicherheiten kann bei fehlenden Angaben hierüber nicht gefordert werden. ⁶Ist der effektive oder der anfängliche effektive Jahreszins zu niedrig angegeben, so vermindert sich der Teilzahlungspreis um den Prozentsatz, um den der effektive oder anfängliche effektive Jahreszins zu niedrig angegeben ist.

- 1 **1) Allgemeines.** I entspricht VerbrKrG 4 S 5 Nr 2 u S 6; II VerbrKrG 8 I; III VerbrKrG 6 I, III u IV. – **a) Zweck.** Die Schriftform des Vertr u der vorgeschriebene Inhalt sollen neben RSicherh u Beweisbark dch Urkunden (ZPO 416) den Verbr umfassend informieren u hinsichtl des Umfangs seiner Verpfl warnen. Zugleich soll dch die Erleichterung bei VertrInhalt u Form der Versandhandel (FernAbs) nicht über das notw Maß an VerbrSchutz hinaus erschwert werden. – **b) Unabdingbarkeit** u Unwirksamkeit einer Umgehg: § 506. – **c) Anwendbar:** nur auf Teilzahlsgesch (§ 501 Rn 2). Bei Vertretg kommt es auf die VerbrEigensch (§ 13) des Vertretenen an (§ 491 Rn 8). Vollm: wie § 500 Rn 3. § 502 gilt auch, wenn ein Dritter, der Verbr (§ 13) ist, den Schuldbeitritt erklärt (§ 491 Rn 11) od die VerbrÜbernahme (§ 491 Rn 10). Wg § 499 III findet § 502 insbes keine Anwendg bei Kleinkrediten (bis einschl 200 Euro; § 491 II Nr 1), bei Teilzahlsgesch zw ArbG u ArbN (§ 491 II Nr 2) u öff beurkundeten Vertr (§ 491 III Nr 2). – **d) Ehegatten.** Ohne ausdrückl Erkl des handelnden Eheg, dass er das Gesch als VerbrPart gemeins abschließt, ist § 1357 I anzuwenden (wie § 492 Rn 5). – **e) Falsche Angaben** des Untern führen nur beim effektiven Jahreszins (I 1 Nr 4) zur Änderg des VertrInhalts (III 6), begründen aber bei Verschulden einen SchadErsAnspr aus § 280 (vgl dort Rn 19 ff). Bei Arglist ist Anfechtg (§ 123) mögl (§ 437 Rn 54).

- 4 **2) Vertragsinhalt (II).** Die aus der entspr Anwendg von § 492 I 1–4 über § 499 I, § 501 abzuleitde Schriftform des Vertr umfasst die zum VerbrAbschluss führde Erkl des Verbr (Angebot od Annahme, vgl § 151). Sie muss enthalten (mit Ausn gem I 2 u II, Rn 9, 10) u von der Unterschrift des Verbr gedeckt sein: – **a) Barzahlungspreis. Nr 1.** Er entspricht dem NettoDarlBetrag des § 491 II Nr 1 (§ 499 III 2). Dieser ist legal definiert in § 491 II Nr 1 (dort Rn 14). Dementspr ist Barzahlgspreis der übl Preis bei BarzahlgsGesch (Listenpreis) einschl USt. Er ist als Summe anzugeben. Rabatt u Skonto sind nicht abzuziehen. Der Barzahlgspreis muss nicht angegeben werden nach Maßg von I 2 (Rn 9) u im FernAbs (II, Rn 10). – **b) Teilzahlungspreis. Nr 2.** Er ist legal definiert: Gesamtbetrag (Summe) von Anzahlg, allen vereinbarten Teilzahlgen, Zinsen (bei termingerechter Zahlg) u Kosten, zuzügl USt aus den einz anfallden Beträgen. Der Gesamtbetrag muss errechnet, nicht nur berechnb sein (Hamm NJW-RR 89, 370). Er muss dem Betrag entsprechen, den der Verbr bei ordngsgem Erfüllg des Vertr tats bezahlen muss. Anzahlg ist der erste, vor od bei Übergabe fällt, auf den Kaufpreis anzurechnende Geldbetrag, bar od verrechnet (zB bei Anzahlgnahme gem § 480 Rn 6). Zinsen sind nach planmäß Laufzeit zu berechnen. Kosten: wie § 492 Rn 12; nicht dazu gehören Verpackg, Porto od Fracht. – **c) Teilzahlungsplan. Nr 3.** Betrag: Er ist in Geld anzugeben, nicht als Bruchteil des Teilzahlgspreises. Zahl: iZw ohne eine vereinbarte Anzahlg, zB Rest in 6 Monatsraten. Fälligk: Sie muss sich auf den Kalender od einen nach ihm bestimm Tag beziehen, zB am 5. eines jeden dem VerbrAbschluss folgenden Kalendermonats. – **d) Effektiver Jahreszins. Nr 4.** Begriff: legal definiert in § 492 II (dort Rn 16, 17). Bei veränderl Zinsen ist der anfängl effektive Jahreszins (s III 6) entspr § 492 I 5 Nr 5 anzugeben (MüKo/Schürbrand Rn 11). Die Angabe ist entbehrl gem I 2 (Rn 9) u gem II (Rn 10). – **e) Versicherungskosten.**

Nr 5. Wie § 492 Rn 14; auch TransportVers. – **f) Sicherheiten.** **Nr 6.** EigtVorb: § 449 mit Angabe der Art des vereinbarten EigtVorb: (vgl § 449 Rn 17 ff). And Sicherh: wie § 492 Rn 15.

3) Ausschließlicher Teilzahlungsverkauf (I 2). Das setzt voraus, dass der Untern nur TeilzahlgsGesch abschließt, u zwar üblicherw. Es steht nicht entgg, dass er im Einzelfall gg Barzahlg leistet, wenn er auch da den Teilzahlgspreis verlangt, od bei and Waren od Leistgen bar abrechnet od Skonto gewährt (MüKo/Schürmbrand Rn 15). Es entfällt nur die Angabe gem I 1 Nr 1 u 4. Die and Erfordern bleiben bestehen.

4) Fernabsatz (II). Die Ausn für die TeilzahlgsGesch im FernAbs (Versandhandel) waren bisher in VerbrKrG 8 geregelt. Für Vertr im FernAbs gelten nunmehr §§ 312 b–312 f mit Widerrufs- u RückgabeR (§ 312 d) u besond geregelten Pfl des Untern (§§ 312 c, 312 e u BGB-InfoV 1, 3). Bei TeilzahlgsGesch im FernAbs gelten grdsätzl §§ 499–504. Für die Angaben gem I u die Form gem § 492 I 1–4, III gilt eine im elektron GeschVerkehr gebotene Erleichterg. – **a) Voraussetzungen.** – **aa) Mitteilung** der Angaben zu I 1 Nr 1–5 (mit Ausn des Betrags der einz Teilzahlgen der Nr 3) in Textform (§ 126 b) genügt. – **bb) Rechtzeitig** bedeutet angem Zeit vor dem VertrAbschluss zur eingehden Kenntnisaahme, also mind einige Tage Bedenkzeit. – **b) Wirkung.** Die Schriftform (§ 492) u die Angabe des VertrInhalts gem I auf der VertrUrkunde entfällt. Die übr Vorschr des § 501 gelten. Die WiderrufsR u RückgabeR aus § 312 d u §§ 495 I, 503 bestehen mit mögl unterschiedl Fristbeginn nebeneinander.

5) Mängel der Form und des Inhalts (III). Es ist zu unterscheiden: **a) Nichtigkeit** (III 1) des Vertr insges. Sie folgt unmittelb aus I 1. Das ist eine Sonderregel zu § 125 S 1 u § 139, wenn die Schriftform des § 492 I 1–4 insges nicht eingehalten ist od auch nur eine der Angaben des I 1 Nr 1–5 fehlt (nicht Nr 6), soweit die Angaben nicht dch I 2 (Rn 9) od II (Rn 10) entbehrl sind. Heilig ist nur dch III 2 (Rn 14) mögl, nicht dch formgerechte Neuvernahme (neuer Vertr). – **b) Heilung** (III 2) des formnichtigen Vertr (Rn 13). Sie tritt unabhängig von der Kenntn od Unkenntn des Formmangels ein. – **aa) Voraussetzung** ist alternativ: **(1) Lieferung** der gekauften Sache. Sie muss übergeben sein. Übergabe: grdsätzl wie § 433 I 1, soweit eine einverständl Mitwirkg des Verbr als Käufer vorausgesetzt wird, weil der Kaufentschluss nach außen bestätigt werden muss. Dies ist wg der Rfolge des VertrAbschlusses erfdl. Die Übergabe ist erst vollzogen, wenn der Käufer seinen Besitzwillen (auch schlüss) äußert. Es steht ihm frei, die Übernahme zu verweigern. Nicht genügt: BesitzzmittlgsVerh (§ 930) od Abtretg des HerausgAnspr gem § 931 (umstr; vgl MüKo/Schürmbrand Rn 30). Bei teilb Sachen, mehreren Sachen od Sachgesamth muss für die Wirksamk des Vertr restlos übergeben sein. **(2) Erbrachte Leistung.** Ist eine Werk- od Dienstleistg geschuldet, muss sie erbracht sein, dh der Untern od Dienstverpflichtete muss erfüllt haben (§ 362). Es wird (wie für Rn 14) eine Mitwirkg des Verbr bei Übergabe wie bei Erfüllg vorausgesetzt. – **bb) Wirkung.** Das TeilzahlgsGesch wird wirks („gültig“), jedoch unter bestimmten Voraussetzgen (III 3–6) mit and Inhalt (Rn 16–19). – **c) Verzinsung** (III 3) des Barzahlgspreises (§ 499 Rn 10; hier Rn 5) erfolgt vertragsgem nur in Höhe des gesetzl Zinssatzes (§ 246), wenn die Angabe des Teilzahlgspreises (Rn 6) od des effektiven Jahreszinses (Rn 8) fehlt. Ist die Angabe falsch, so ist III 6 anzuwenden. Ist eine Anzahlg geleistet, wird sie bei der Verzinsg vom Barzahlgspreis abgezogen. Die Laufzeit der Teilzahlgen ändert sich nicht. – **d) Barzahlgspreis** (III 4). Es gilt primär der angegebene (I 1 Nr 1). Fehlt die Angabe, so ist der Preis zu ermitteln, zB der Richtpreis des Herstellers, Abzug des Teilzahlgszuschlags vom Teilzahlgspreis. Ist der Preis nicht festzustellen, so ist der Marktpreis maßg. – **e) Sicherheiten** (III 5), die nicht angegeben sind (entgg I 1 Nr 6), kann der Untern nicht verlangen. Das gilt insbes für den EigtVorb: (§ 449). Liefert er die Sache trotzdem nur unter EigtVorb: , so ist dieser vertragswidr (§ 449 Rn 11). – **f) Jahreszins** (III 6). Ist er zwar gem I 1 Nr 4 angegeben, aber zu niedr (gleich ob aus Absicht od versehentl), so vermindert sich der Teilzahlgspreis (I 1 Nr 2) um den Prozentsatz, um den der effektive Jahreszins zu niedr angegeben ist. Diese Verminderg geht aber nicht unter den Barzahlgspreis (Rn 17) u den gesetzl Zinssatz (§ 246). Die Teilzahlgen sind dementspr zu vermindern. Zu niedrig: gemessen an der tats Zinsbelastg. Abweichgen sind bis 0,05% tolerabel (LG Stgt NJW 93, 208).

503 Rückgaberecht, Rücktritt bei Teilzahlungsgeschäften. (1) Anstelle des dem Verbraucher gemäß § 495 Abs. 1 zustehenden Widerrufsrechts kann dem Verbraucher ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden.

(2) ¹ Der Unternehmer kann von einem Teilzahlungsgeschäft wegen Zahlungsverzugs des Verbrauchers nur unter den in § 498 Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen zurücktreten. ² Der Verbraucher hat dem Unternehmer auch die infolge des Vertrags gemachten Aufwendungen zu ersetzen. ³ Bei der Bemessung der Vergütung von Nutzungen einer zurückzugewährenden Sache ist auf die inzwischen eingetretene Wertminderung Rücksicht zu nehmen. ⁴ Nimmt der Unternehmer die auf Grund des Teilzahlungsgeschäfts gelieferte Sache wieder an sich, gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechts, es sei denn, der Unternehmer einigt sich mit dem Verbraucher, diesem den gewöhnlichen Verkaufswert der Sache im Zeitpunkt der Wegnahme zu vergüten. ⁵ Satz 4 gilt entsprechend, wenn ein Vertrag über die Lieferung einer Sache mit einem Verbraucherdarlehensvertrag verbunden ist (§ 358 Abs. 2) und wenn der Darlehensgeber die Sache an sich nimmt; im Falle des Rücktritts bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Darlehensgeber und dem Verbraucher nach den Sätzen 2 und 3.

1) Allgemeines. I ersetzt VerbrKrG 7 I 2, II fasst den Inhalt von VerbrKrG 13 zus. Die Verweisg in II 5 auf § 358 II (richt wäre III) ist vermutl ein Redaktionsversehen (vgl Rn 17). Zum Verständn der Regelg ist zu beachten: Für TeilzahlgsGesch beruht das WiderrufsR des Untern auf § 495 I (über § 501 entspr anzuwenden). Das RückgabeR bedarf wg § 356 I 1 einer ausdrückl Zulassg dch Gesetz; das geschieht in I. – **a) Zweck.** Die Rückgabe der gelieferten Sache mit der Wirkg, dass das TeilzahlgsGesch beseitigt wird, entspricht der allg Übg im Versandhandel u schützt den Verbr in gleicher Weise wie das WiderrufsR. Zugleich wird dadch die Abwicklg des Vertr vereinfacht. Dch II wird der Rücktr des Untern an strengere Voraussetzgen geknüpft u das AbwicklgsVerh so geregelt, dass der Verbr keine unbill Nachteile erleidet. – **b) Unabdingbarkeit** u Umgehungsverbot aGrd des § 506. – **c) Anwendbar** ist I bei allen TeilzahlgsGesch (§ 501), welche die Voraussetzgen eines RückgabeR gem § 356 aufweisen. Schon begriffll ist für eine Rückgabe nur eine gelieferte Sache geeignet, somit aGrd eines Kauf- od WerkliefergsVertr (§§ 433, 651). II gilt für den Rücktr des Untern wg Zahlgsverzugs (§ 286) des Verbr (§ 498 I). Das betrifft sowohl den Rücktr als Verkäufer od WerkUntern von TeilzahlgsGesch wie den als DarlG bei gem § 358 verbundenen Vertr (II 5; vgl Rn 15).

- 3 **2) Rückgaberecht des Verbrauchers (I)** als Käufer (§ 433) od Besteller (§§ 631, 651). Es kann vom Untern
 4 anstelle des WiderrufsR (§ 495 I, § 501) eingeräumt werden. Dabei kann das WiderrufsR ersetzt (u damit
 5 ausgeschl) werden od (weil für den Verbr günstiger, § 506 S 1) wahlw daneben bestehen bleiben, je nach
 6 VerbrInhalt. – **a) Voraussetzungen** des RückgabeR sind: – **aa) Wirksame Einbeziehung** in den Vertr, der über
 7 das TeilzahlgsGesch abgeschl wird (§ 356 Rn 7). Das ist inhaltl u in den Voraussetzgen nach § 356 (dort Rn 3–
 8 6) zu beurteilen, insbes nach dessen 12 Nr 1–3 (Verkaufsprospekt mit Belehr, Kenntnisnahme, Textform). –
 9 **bb) Gegenstand des Teilzahlungsgeschäfts** muss eine bewegl Sache (§ 90) sein, weil das RückgabeR nur dch
 10 Rücksendg od Rücknahmeverlangen ausgeübt werden kann (§ 356 II 1; dort Rn 8–10). – **b) Wirkung.** Mit
 11 wirks Ausüb des RückgabeR (§ 356 Rn 8–10) treten die R Folgen des § 357 ein, nämli die entspr Anwendg der
 12 Vorschr über den Rücktr. Ist mit dem TeilzahlgsGesch ein VerbrDarVertr (§ 491) verbunden (§ 358 Rn 13–16),
 13 so gelten §§ 358, 359 u II 5 (Rn 17).
- 14 **3) Rücktrittsrecht des Unternehmers (II 1–3).** Der GesetzG geht davon aus, dass dem Untern bei einem
 15 VerbrDar ein KündR (§ 498 Rn 4; über § 501 anwendb) zusteht, bei Zahlgsverzug (§ 286) des Verbr auch ein
 16 RücktrR (§ 323), das dann aber an die gleichen strengeren Voraussetzgen des § 498 zu binden ist. – **a) Voraus-**
 17 **setzung (II 1)** ist, dass der Verbr mit Teilzahlgen in SchuVerzug (§ 286) geraten ist u zwar in dem Umfang, den
 18 § 498 I für eine Künd vorschreibt (dort Rn 5–7). Das gilt auch für das Gesprächsangebot (§ 498 Rn 8). Wird es
 19 unterlassen, ist desh der Rücktr nicht unwirks (§ 498 Rn 8). – **b) Aufwendersatz (II 2).** Dieser Anspr ist
 20 dem Untern über die Rechte der §§ 346 ff hinaus eingeräumt. – **aa) Aufwendungen** sind freiwill Auslagen
 21 u Aufopferg von VermWerten (vgl § 256 Rn 1). Sie müssen dch das TeilzahlgsGesch verursacht worden
 22 („infolge“) u dürfen nicht überflüss od unangebracht sein. Erstattgsföh sind: Verpackg, Fracht, Porto,
 23 Mahnkosten; Provision nur dann, wenn sie nicht zu den allg GeschKosten gehört u vom Untern nicht
 24 zurückverlangt werden kann (MüKo/Schürnbrand Rn 21); VersPrämien, die speziell für dieses Gesch gezahlt
 25 werden. Grdsätzl nicht
 26 zu erstatten sind: USt, die der Untern zurückerhält; Finanzierskosten; Kosten einer Ausk u eines
 27 Weiterverkaufs. – **bb) Ersatz.** Der Anspr ist auf Geld gerichtet (§ 256 Rn 2), nicht auf Naturalherstellg, weil
 28 § 249 nicht gilt. Besteht die Aufwendg nicht in Geld, ist der Betrag zu zahlen, der zZt der Zahlg (im Proz zZt
 29 der letzten mündl Verhandlg) erfdl ist, um die Aufwendg auszugleichen. – **c) Nutzungsvergütung (II 3).**
 30 Setzt § 346 I, II 1 Nr 1 voraus u schreibt die Berücksichtig des Wertverlusts der Sache vor. Von der Übergabe
 31 der Sache bis zur Rückgabe ist die Vergütg für den tats Gebrauch zu leisten. – **aa) Überlassungswert** ist der
 32 Wert der Nutzgen (§ 100), also insbes der Gebrauchsvorteile, ohne Rücksicht darauf, ob sie tats gezogen
 33 wurden, die Sache
 34 gebraucht wurde oder nicht. Maß ist der obj Verkehrswert (hM). Es ist der Wert der Gebrauchsuberlassg zu
 35 ermitteln od zu schätzen. Dabei sind Kapitaleinsatz, anteil GeschKosten, RisikoAusgl u angem UnternGewinn
 36 zugrunde zu legen, aber grdsätzl keine Finanzierskosten (hM; vgl MüKo/Schürnbrand Rn 23). – **bb) Wert-**
 37 **minderung.** Zu berücksichtigen ist die inzw tats eingetretene (nicht die kalkulierte), u zwar die zw Übergabe
 38 (Lieferg) u Rückgabe. Zu ermitteln ist sie aus der gewöhnl, verfragl vorausgesetzten Abnutz u dem Verlust der
 39 Neuheit. Ob auch der Wertverlust dch Veralterg, insbes infolge ModellÄnd, berücksichtigt werden muss, ist
 40 umstr (MüKo/Schürnbrand Rn 31 mwN). Nicht berücksichtigt werden: allg Preisrückgang u Veräußersverlust
 41 bei Weiterverkauf; verschuldete Beschädiggen, die unter SchadErs (§ 823 I) fallen.
- 42 **4) Fingierter Rücktritt (II 4).** Dadch soll der Verbr bei Rücktr des Untern davor geschützt werden, den
 43 Besitz der Sache zu verlieren u weiter das Entgelt zu schulden. – **a) Voraussetzung** ist, dass der KreditG die Sache
 44 an sich genommen hat u ein RücktrR besteht (Rn 6.). Ansichnehmen bedeutet, dass der Untern dem Verbr die
 45 Nutzg der Sache entzieht u diese in ihrem wirtschaftl Wert sich zuführt, im Einz dch: – **aa) Besitzverschaffung**
 46 gem § 854 ist der Regelfall. Mittelb Besitz (§ 868) genügt, wenn der Verbr auf Verlangen des Untern die Sache an
 47 einen Dritten herausgibt, der dem Untern den Besitz vermittelt. – **bb) Wertverschaffung** genügt nur dann, wenn
 48 sie allein dch den Untern erfolgt, insbes dch Weiterveräußerg an einen Dritten (BGH NJW 89, 163), auch auf
 49 Rechng des Verbr zur Begleichg der Kaufpreisschuld, wenn der Untern die Verkaufsbedinggen bestimmt (Celle
 50 NJW-RR 87, 821). – **cc) Herausgabeklagen** begründen nicht die Fiktion (Jau/Mansel Rn 4; bestr; aA BGH NJW
 51 65, 2399, MüKo/Schürnbrand Rn 51), stellen aber eine schlüss RücktrErkl gem § 349 dar. – **dd) Pfändung** der
 52 Sache gem ZPO 808, 809 bewirkt noch nicht die Fiktion (hM), wohl aber die Wegnahme (MüKo/Schürnbrand
 53 Rn 56), spätestens die Wertvergt (ZPO 814, 825) im Auftr des Untern (Karlsru NJW-RR 98, 1437). – **b) Wirkung.**
 54 Die Fiktion bewirkt nur die RücktrErkl. Darüber hinaus muss auch noch ein RücktrR bestehen (hM; Oldbg
 55 NJW-RR 96, 564 mwN; Köln WM 98, 331, str; aA MüKo/Schürnbrand Rn 47). – **c) Ausschluss der Fiktion** ist als
 56 Ausn (Beweislast: Verbr) nur mögl dch die Einigg (gem § 311 I) zw Untern u Verbr, dass der gewöhnl Verkaufswert
 57 (wie ZPO 813 I 1, Stgt NJW-RR 96, 563 mwN) zZt der Wegnahme (Besitzverlust des Verbr) vergütet wird (bezahlt
 58 od verrechnet). Diese Einigg kann jederzeit, auch schon im TeilzahlgsVertr erfolgen. Sie muss nicht auf einen
 59 bestimmten Betrag lauten. R Folge: Der Kauf-(Werklieferg-)Vertr bleibt aufrechterhalten. Die KaufpreisFdg wird
 60 mit den bislang bezahlten Raten u dem (zu schätzden) gewöhnl Verkaufswert verrechnet. Dieser Ausschluss der
 61 Fiktion ist auch bei verbundenem Vertr mögl (Rn 17).
- 62 **5) Verbundene Verträge (II 5).** Die Verweiss auf II des § 358 müsste richt auf III lauten (vgl Rn 1). Ist das
 63 TeilzahlgsGesch mit einem VerbrDarVertr (§ 491) verbunden iSv § 358, so wird der Rücktr des DarlG wie der
 64 des Untern (II 4; Rn 12) fingiert, wenn der DarlG die Sache an sich nimmt (insbes aGrd einer
 65 SichgsÜbereigng). Auf das RVerh zw DarlG u Verbr sind für AufwendersErs (II 2; Rn 8) u Nutzungsvergütg (II 3;
 66 Rn 10) dieselben Vorschr wie für den Verbr u den Untern anzuwenden.

504 Vorzeitige Zahlung bei Teilzahlungsgeschäften. ¹Erfüllt der Verbraucher vorzeitig seine Verbindlichkeiten aus dem Teilzahlungsgeschäft, so vermindert sich der Teilzahlungspreis um die Zinsen und sonstigen laufzeitabhängigen Kosten, die bei gestaffelter Berechnung auf die Zeit nach der vorzeitigen Erfüllung entfallen. ²Ist ein Barzahlungspreis gemäß § 502 Abs. 1 Satz 2 nicht anzugeben, so ist der gesetzliche Zinssatz (§ 246) zugrunde zu legen. ³Zinsen und sonstige laufzeitabhängige Kosten kann der Unternehmer jedoch für die ersten neun Monate der ursprünglich vorgesehenen Laufzeit auch dann verlangen, wenn der Verbraucher seine Verbindlichkeiten vor Ablauf dieses Zeitraums erfüllt.

Allgemeines. Die Vorschr entspricht VerbrKrG 14. – **Zweck.** Dem Verbr soll dch das Recht zur vorzeit Erfüllung seiner ZahlgsPfl ermöglicht werden, jederzeit seine Verpfl aus dem Teilzahlgskredit zurückzuführen, insbes die Verteuerung dch die Zinsen u laufzeitabhäng Kosten zu vermeiden. – **Unabdingbarkeit** u Umgehgsverbot: § 506. Dieses Recht darf auch nicht in seiner Ausübng beschränkt werden; § 271 wird insow abgeändert. – **Anwendbar** nur bei TeilzahlgsGesch (§ 501). Ist dieses mit einem VerbrDarlVertr gem § 358 verbunden, gilt § 504 nicht für diesen Vertr; es verbleibt bei dem KündR des § 489 I Nr 2. Die Anwendg von S 2 (Rn 5) ist beschränkt auf Vertr mit solchen Untern, die ausschließl auf Teilzahlg verkaufen (§ 502 I 2) u deshalb keinen Barzahlgspreis angeben müssen. – **Voraussetzungen** (S 1) sind die vorzeit Erfüllung im Vergl zur vereinbarten (§ 271 II) Fälligk der Teilzahlgen u die tats eingetretene vollständ Erfüllung der noch offenen ZahlgsPfl des Verbr, auch dch Dritte. Eine teilw Erfüllung genügt nicht (MüKo/Schürmbrand Rn 8). – **Wirkung** (S 1). Der Teilzahlgspreis (§ 502 I 1 Nr 2) vermindert sich (begrenzt dch S 3; Rn 6) unmittelb kr Gesetzes um: **(1) Zinsen**, die im Teilzahlgspreis enthalten sind u die nach der vorzeit Zahlg anfallen würden. Staffelmäß zu berechnen bedeutet nach den vereinbarten Zahlgsabschnitten, also nicht pauschaliert. **(2) Kosten:** wie § 492 I 5 Nr 4 (dort Rn 12). Es sind nur diejen zu berücksichtigen, die von der Laufzeit der Zahlgen abhängen. Dazu gehören auch die Kosten der Versichg (§ 492 I 5 Nr 6; dort Rn 14). – **Zinssatz** (S 2). Grdsätzl ist für die Abzinsg der vereinbarte Zinssatz zugrunde zu legen. Nur wenn § 502 I 2 (ausschl Teilzahlgsverkauf, § 502 Rn 9) anzuwenden ist, gilt der gesetzl Zinssatz (§ 246), weil in diesen Fällen der im Teilzahlgspreis enthaltene Zins im Einzelfall schwer festzustellen ist. – **Mindestdauer** (S 3). Die Regelg führt zu einer Gleichbehandlg des mit dem TeilzahlgsGesch verbundenen Kredits mit dem VerbrDarl, das gem § 489 I Nr 2 frühestens zum Ende des 9. Monats gekündigt werden kann, wenn es innerh von 2 Wochen zurückgezahlt wird (§ 489 III). Die gleiche Wirkg wird erzielt, indem für die ersten 9 Monate auch bei vorzeit Rückzahlg die vereinbarten Zinsen u die laufzeitabhäng Kosten vom Untern verlangt werden können; dh es steht ihm frei. Fristbeginn ist der Ztpkt, an dem die Fdg gg den Verbr ohne Teilzahlg fäll wäre, bei Übergabe (§ 433 I) od Abnahme (§ 640). Einer Verkürzg der 9-Monats-Grenze steht § 506 S 1 nicht entgg.

Untertitel 3. Ratenlieferungsverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher

505 Ratenlieferungsverträge. (1)¹ Dem Verbraucher steht vorbehaltlich des Satzes 2 bei Verträgen mit einem Unternehmer, in denen die Willenserklärung des Verbrauchers auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet ist, der

1. die Lieferung mehrerer als zusammengehörend verkaufter Sachen in Teilleistungen zum Gegenstand hat und bei dem das Entgelt für die Gesamtheit der Sachen in Teilzahlungen zu entrichten ist oder
2. die regelmäßige Lieferung von Sachen gleicher Art zum Gegenstand hat oder
3. die Verpflichtung zum wiederkehrenden Erwerb oder Bezug von Sachen zum Gegenstand hat, ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu.

² Dies gilt nicht in dem in § 491 Abs. 2 und 3 bestimmten Umfang. ³ Dem in § 491 Abs. 2 Nr. 1 genannten Nettodarlehensbetrag entspricht die Summe aller vom Verbraucher bis zum frühestmöglichen Kündigungszeitpunkt zu entrichtenden Teilzahlungen.

(2)¹ Der Ratenlieferungsvertrag nach Absatz 1 bedarf der schriftlichen Form. ² Satz 1 gilt nicht, wenn dem Verbraucher die Möglichkeit verschafft wird, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern. ³ Der Unternehmer hat dem Verbraucher den Vertragsinhalt in Textform mitzuteilen.

1) Allgemeines. Die Vorschr entspricht VerbrKrG 2 mit den Verweisen auf VerbrKrG 4 u 7 ohne wesentl Änderg (Anwendungsbereich, WiderrufsR u Form). – **a) Zweck.** Dem Verbr, der sich dch die langdauernde Bezugsbindg belastet, soll eine Überleggsfrist gegeben werden, wenn er sich nach besserer Einsicht vom Vertr lösen will. Außerdem soll er dch die Form des II informiert u gewarnt werden. – **b) Begriff** des RatenliefergsVertr ergibt sich aus I 1. Das stellt aber keine Legaldefinition dar, sond bestimmt ledigl den Anwendungsbereich des § 505 (Vertr zw Untern u Verbr), im Ggsatz zu RatenliefergsVertr zw 2 Untern, bei denen ein abweichder Vertrlnhalt insbes dch AGB mögl ist. – **c) Rechtsnatur.** Es liegt ein Kauf-, Werk- od WerkliefergsVertr zugrunde, der vom Untern in Teilleistgen (Raten) zu erfüllen ist. Der RatenliefergsVertr ist kein KreditVertr, weil eine Vorleistg des Untern u ein Aufschub der Vergütg nicht stattfinden. Daher ist der RatenliefergsVertr im Gesetz dch einen eig Untertitel von den Finanziergshilfen getrennt, kann aber im Einzelfall damit verbunden sein, insbes mit einem VerbrDarlVertr (§ 491). In solchen Fällen gelten §§ 358, 359. – **d) Unabdingbarkeit.** Es gilt das Benachteiliggs- u Umgehgsverbot des § 506. – **e) Anwendungsbereich.** Er ist auf die in I aufgeführten Vertr zw Untern (§ 14) u Verbr (§ 13) beschränkt u nicht entspr zu übertragen auf ähnl gestaltete Vertr, denen bei Umgehg § 506 S 2 entggstünde. Eine analoge Anwendg auf Dienstleistgen gg lfdg ZahlgsVerpfl ist abzulehnen (BGH NJW 03, 1932), in and Hinsicht jedoch nicht ausgeschl (AnwK/Reiff Rn 5). Es ist aber die Einschränkng in I 2 zu beachten. Danach ist § 505 nicht anwendb insbes bei einer Teilzahlgssumme von bis zu 200 Euro beim frühest mögl KündTermin (§ 491 II Nr 1; vgl hier Rn 10) u bei RatenliefergsVertr zw ArbG u ArbN (§ 491 II Nr 2). – **f) Dauerschuldverhältnisse** (§ 314 Rn 2) sind nur die unter I 1 Nr 2 u 3 fallnden Vertr, nicht der TeilliefergsVertr (I 1 Nr 1) über bestimmte Sachen od eine bestimmte Menge (vgl § 314 Rn 2).

- 6 **2) Voraussetzungen (I 1).** Sie sind auf die WillensErkl des Verbr (VertrAngebot od -Annahme) bezogen u zu beurteilen. – **a) Teilleistungen. Nr 1.** Erfordert einen KaufVertr, nicht WerkVertr (Einf 19 v § 433, BGH NJW 06, 904), über eine Mehrh von Sachen, die als zugehörd verkauft, aber sukzessive in Teilleistgen geliefert werden u dementspr in Teilbeträgen vor, bei od nach Lieferg zu bezahlen sind. Das fällt unter den Begriff des SukzessivliefergsVertr (vgl Übbl 27 v § 311). Bsp für Nr 1: eine Sachgesamth, deren einz Bestandteile nacheinander geliefert werden; Buchreihen (BGH NJW 76, 1354); mehrbänd Sammelwerk (insbes Lexikon); Bausätze für die Herstellg einer zusammengesetzten Sache (vgl BGH 78, 975); aus Buch u Kassetten zusammengesetzter Sprachkurs (BGH NJW 90, 1011). – **b) Gleichartige Sachen. Nr 2.** Umfasst den Kauf- od WerkliefergsVertr über eine regelmäÙ (dh in bestimmten Zeitabschnitten od innerh bestimmter Zeiträume) zu erbringende Lieferg von Sachen in festliegender Menge od Mindestmenge, zB Kaffee, Kindernährmittel, Zeitgs- od Zeitschriftenabonnemnt (BGH NJW 02, 2391; Oldbg NJW-RR 04, 701). Das gilt nicht bei einem einmonat Probeabonnemnt (BGH NJW 90, 1046). Keine analoge Anwendg auf Vertr über Dienstleistgen mit lfd ZahlungsVerpfl (BGH NJW 03, 1932 zu Pay-TV-Vertr). Bei einmal Zahlg im Voraus gilt Nr 2 auch, weil nach dem Wortlaut Teilzahlgen nicht vorausgesetzt sind. Das im Voraus bezahlte Jahresabonnemnt einer Zeitschr fällt nicht darunter (BGH NJW-RR 90, 562), wohl aber die Bestellg auf sog Orderkarte (BGH NJW 90, 3144). Nach dem Gesetzeswortlaut ist auf die Bezugsverbindlichk abzustellen. Die Möglichk, jederzeit zu kündigen, steht nicht entgg (BGH aaO). – **c) Wiederkehrende Verpflichtung. Nr 3.** Betrifft nicht die Fälle der zugehörd (Nr 1) u gleichart Sachen (Nr 2), sond ist, um alle Arten von RatenliefergsVertr zu umfassen, auf RahmenVertr zugeschnitten, bei denen nicht eine von vornherein festliegende Lieferg bestimmter Sachen vereinbart wird od eine Bestellg zur Lieferg mit AblehngsR (Ffm NJW-RR 90, 1080), bei denen vielmehr bestimmte Erwerbs- u BestellPfl bestehen (Martinek ZIP 86, 1440); zB BuchGemisch. Die Anwendg auf FranchiseVertr (Einf 21 v § 581) u Existenzgründer (§ 507) ist zu bejahen, soweit es den Warenbezug betrifft (BGH 128, 156; Hamm NJW 92, 3179 mwN; Giesler ZIP 02, 421 mwN), entspr bei BierliefergsVertr. Nicht unter Nr 3 fallen leitgsgebundene VersorgungsVertr für Strom, Gas u Wasser (hM).
- 7
- 8 **3) Beteiligung Dritter am RatenliefergsVertr. a) Vertreter.** Es kommt allein auf die Untern- u Verbr-Eigensch der vertretenen VertrPart an. Die Vollm ist formfrei (§ 167 I). § 492 IV 1 ist auch nicht entspr anwendb. – **b) Ehegatten.** Ihre MitVerpfl aus den RatenliefergsVertr ist nach § 1357 zu beurteilen, je nachdem, ob das Gesch den gemeins Lebensbedarf deckt. Unabhäng davon können die Eheg sich gemeinschaftl verpfl od einen Schuldbeitritt erklären. In diesen Fällen gilt die Form des II. – **c) Rechtsnachfolge und Vertragsübernahme:** wie § 491 Rn 10, 11 entspr. – **d) Schuldbeitritt** (Übbl 2 v § 414) eines Verbr: Es gilt § 505 insges mit WiderrufsR (I) u Form (II). § 491 Rn 11 gilt sinngem. – **e) Bürgschaft** (§ 765); auch die eines Verbr fällt nicht unter § 505, weil der Ggst des Gesch ein and ist; im Ergebn wie § 491 Rn 12.
- 9 **4) Unanwendbarkeit (I 2, 3)** des § 505. Das WiderrufsR (I 1) u die FormVorschr (II) gelten nicht im gleichen Umfang, wie sie bei VerbrDarlVertr § 491 II u III bestimmt. Das bedeutet insbes, dass § 505 nur gilt für Gesch des I 1 Nr 1–3, die ein VerpflVolumen von 200 Euro bei frühest mögl ordentl Künd übersteigen (I 2 iVm § 491 II Nr 1; BGH NJW-RR 04, 841; Oldbg NJW-RR 04, 701). Da es bei RatenliefergsVertr keine NettoDarlSumme gibt, bestimmt I 3, dass für die 200 Euro die Summe aller Teilzahlgsbeträge maßß ist, die bis zu dem Ztpkt anfallen, an dem der RatenliefergsVertr endet, wenn der Verbr so früh kündigt, wie es ihm mögl ist. Damit wird auf die MindestVerpfl des Verbr abgestellt. Teilzahlgen: wie § 502 I 1 Nr 3. Bsp: Anzahllg als 1. Teilzahlg 30 Euro, monatl Teilzahlg 30 Euro, Kündfrist 3 Monate, früheste ordentl Künd nach 2 Monaten Laufzeit ergibt Bindg auf 5 Monate, somit 180 Euro Gesamtbetrag der Teilzahlgen einschl Anzahllg.
- 10 **5) Form (II).** – **a) Grundsatz** (II 1). Es ist Schriftform od elektron Form (§§ 126, 126a) vorgeschrieben. Sie gilt für den gesamten Vertrinhalte. Dieser muss keinen bestimmten Inhalt aufweisen; insbes ist § 502 auch nicht entspr anwendb. AGB sind mit den Einschränkgen der §§ 307–309 zuläss. Wg der FormErleichterung des II 2 (Rn 12) wird II 1 prakt der AusnFall. – **b) Formerleichterung** (II 2). Dem Wortlaut zufolge gilt II 1 für den gesamten Vertr einschl der Erkl des Verbr nicht, wenn die Voraussetzgen des II 2 erfüllt sind. Diese sind § 312 e I 1 Nr 4 nachgebildet (vgl dort Rn 8). Damit wird jedenfalls die Beweisfunktion der sonst notw Schriftform erfüllt, wohl auch dch die gespeicherte Info die Warnfunktion. – **c) Mitteilung** (II 3) des Vertrinhalts. Es ist Textform (§ 126b) zugelassen u zumindest erfdl. Die Mitteilg muss die VertrErkl beider Part enthalten. II 3 bezieht sich auch auf II 1, wenn der Vertr in Schriftform abgeschl wurde. – **d) Verstöße.** Wird weder II 1 noch II 2 erfüllt, ist der Vertr nichtig (§ 125). Keine HeilgsMöglichk, da § 502 III nicht entspr anwendb ist. Ein Verstoß gg die MitteilgsPfl (Rn 13) berührt die Wirksamk des Vertr nicht, sond begründet nur einen klagb Anspr auf Mitteilg u SchadErs bei Verschulden aus § 280 I.
- 11 **6) Widerrufsrecht (I 1).** Im gesamten Anwendungsbereich des § 505 hat der Verbr das WiderrufsR des § 355. Ein RückgabeR (§ 356) ist nicht normiert (AnwK/Reiff Rn 18, 19) u auch nicht dch Auslegg zu begründen (Bülow NJW 02, 1145/8). – **a) Ausübung** richtet sich nach § 355, ohne Besonderh. – **b) Wirkung.** Wird der Widerruf wirks ausgeübt, insbes formgerecht (Textform od Rücksendg der Sache, § 355 I 2) u fristgem (2 Wochen, mit Fristbeginn gem § 355 II), so ist der teilw erfüllte (insow dchgeführte) Vertr mit den RFOlgen des § 357 rückabzuwickeln. Das trifft bei den Fällen des I 1 Nr 1 u 2 für die gesamten erbrachten Leistgen zu, wähd bei I 1 Nr 3 nur der künft fall werdde Erwerb od Bezug entfällt (MüKo/Schürbrand Rn 42 mwN).
- 12 Für die Zeit ab Widerruf erlöschen die Verpfl der VertrPart aus dem RatenliefergsVertr. – **c) Andere Widerrufsrechte.** Ist der RatenliefergsVertr mit einem VerbrDarlVertr verbunden (§ 358), bestehen die WiderrufsR nebeneinander. RFOlgen §§ 358, 359. Ist das RatenliefergsGesch zugleich Haustürgesch (§ 312), gilt allein § 505, sofern er auf das Gesch im Einzelfall anwendb ist (vgl Rn 10). Dann gilt § 312 nicht (§ 312 a). Auch bei FernAbsVertr geht § 505 vor (§ 312 d V 1); in diesem Fall richtet sich der Beginn der Widerrufsfrist aber gem § 312 d V 2 nach der günstigeren Regelg des § 312 d II.
- 13 **7) Beendigungsgründe** des RatenliefergsVertr sind außer Widerruf (Rn 15, 16): **a) Zeitablauf**, wenn der Vertr eine bestimmte Laufzeit hat (wie § 488 Rn 14). – **b) Auflösende Bedingung** (§ 158 II). Ihr steht § 506 nicht entgg, da sie den Verbr aus der Bindg entlässt. – **c) Rücktritt** aus § 437 Nr 2 wg Sach- od RMangel (§§ 434, 435), wenn die Voraussetzgen des § 323 V vorliegen. – **d) Kündigung.** Das Recht, den Vertr zu kündigen, kann vereinbart sein, nach Frist, Termin u Form der Erkl. Soweit ein DauerschuldVerh vorliegt (Rn 5), kann außerdem aus wicht Grd gekündigt werden (§ 314); ordentl Künd, wenn sie nicht ausgeschl ist (vgl § 314 Rn 13), bleibt in Analogie zu § 489 I Nr 2 mögl. – **e) Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313) kann zur Anpassg u Beendig des Vertr führen (vgl dort). – **f) Widerruf** eines gem § 358 verbundenen
- 14
- 15
- 16
- 17
- 18
- 19

VerbrDarlVertr hebt die Bindg an den RatenliefergsVertr auf mit den Folgen der §§ 358 II, 359. – **g) Aufhebungsvertrag** (§ 311 Rn 7) ist jederzeit mögl, insbes im Wege des Vergl (§ 779).

Untertitel 4. Unabdingbarkeit, Anwendung auf Existenzgründer

506 Abweichende Vereinbarungen. ¹ Von den Vorschriften der §§ 491 bis 505 darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. ² Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

1) Allgemeines. Die Vorschr entspricht VerbrKrG 18. Zu II–IV, die vom 1. 8. 02 bis 30. 6. 05 galten, s § 495 Rn 1, iÜ 64. Aufl. – **b) Zweck** ist, die Schutzvorschr zG des Verbr in allen Bereichen des Kredit- u des RatenliefergsVertr wirks zu erhalten. – **c) Anzuwenden** ist § 506 auf alle genannten Vorschr. Das ist das gesamte VerbrSchutzR für Darl (§§ 491–498), Finanziergshilfen (§§ 499–504) u RatenliefergsVertr (§ 505), auch für Existenzgründer (§ 507).

2) Unabdingbarkeit (S 1). – **a) Grundsatz.** Abweichen von §§ 491–505, 507 zum Nachteil des Verbr sind unzuläss. – **b) Zulässige Abweichung** von den sonst zwingden Vorschr dch Vereinbg der Part ist nur vorgesehen, wenn sie sich nicht zum Nachteil des Verbr od Existenzgründers auswirkt; sie darf daher günstiger, auch gleichünst od gleich ungünst sein. Bsp: Eine längere Widerrufsfrist; ein späterer Beginn von Fristen, die für den Verbr gelten; ein (sonst nicht zuläss) teilw Widerruf; zusätzl Voraussetzgen für die Fälligk von Fdgen des Untern, insbes für den Eintritt des Verzugs (§ 286). – **c) Nachteilige Rechtsgeschäfte.** Vereinbgen u auch einseit Erkl des Verbr fallen nach dem Gesetzeswortlaut („abgewichen“) unter § 506 S 1. Erfasst werden zB ein ErlassVertr (§ 397) zG des Untern, ein Verzicht des Verbr auf ein GestaltgsR u auf eine Einrede (§ 397 Rn 4). – **d) Wirkung.** Die unzuläss Abweichg („darf nicht“) ist nichtig (§ 134) mit der Folge, dass die betr gesetzl Regelg gilt.

3) Umgehung (S 2) ist objekt zu bestimmen. R Folge ist, dass §§ 491–505 anzuwenden sind, nicht die für das UmgehgsGesch geltenden Vorschr. Absicht ist nicht erfdl. Es kommt insbes die Aufspaltg eines wirtschaftl einheitl Vertr in mehrere EinzelVertr in Betr, zB in Kleinkredite unter 200 Euro (§ 491 II Nr 1), auch bei Zahlungsaufschub, sonst Finanziergshilfen u TeilzahlgsGesch (§ 499 III 1) sowie RatenliefergsVertr (§ 505 I 2); bei KettenVertr mit jew Laufzeit unter 3 Monaten (§ 499 I). Dagg nicht ein Darl für private Zwecke des Gesellschafters der Einmann-GmbH, bei dem als VertrPart die Gesellsch vorgeschoben ist (MüKo/Schürbrand Rn 14).

507 Anwendung auf Existenzgründer. Die §§ 491 bis 506 gelten auch für natürliche Personen, die sich ein Darlehen, einen Zahlungsaufschub oder eine sonstige Finanzierungshilfe für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gewähren lassen oder zu diesem Zweck einen Ratenlieferungsvertrag schließen, es sei denn, der Nettodarlehensbetrag oder Barzahlungsbetrag übersteigt 50 000 Euro.

1) Allgemeines. Die Vorschr erstreckt über VerbrKrG 3 I hinaus die Anwendg des gesetzl VerbrSchutzes iR der §§ 491–506 auf die Gesch, die der Existenzgründg natürl Pers dienen. – **a) Zweck.** Soweit es sich nicht um Großkredit u umfangreichere Ratenlieferg (§ 505) handelt, soll privaten Pers zur Aufnahme einer selbst berufl Tätigk der VerbrSchutz gewährt werden, weil das Schutzbedürfn idR gleich ist, obwohl es sich um ein berufl Gesch handelt. – **b) Persönlicher Anwendungsbereich:** nur natürl Pers, dh solche, die Verbr sein können (§ 13 Rn 2). § 507 gilt daher nicht, wenn ledigl die Einmann-GmbH das Gesch vornimmt, wohl aber, wenn ihr Gesellschafter für das ExistenzgründgsGesch den Schuldbeitritt (Übbl 3 v § 414) erklärt (§ 13 Rn 3 mwN). – **c) Beweislast.** Es ist von der grdsätzl Geltg der §§ 491–506 auszugehen, wenn eine natürl Pers den Vertr mit dem Untern schließt. Dieser hat daher im Streitfall zu beweisen, dass der Kredit 50 000 Euro übersteigt (AusnTatbestand) od dass er der Fortsetz od Erweiterung einer bereits aufgenommenen berufl od gewerbl Tätigk dient. Der Existenzgründer (BGH NJW **05**, 1273, **08**, 435) muss beweisen, dass der Kredit der Aufnahme (Rn 5) dient. Ein Untern (§ 14), der sich als DarlN, KreditN od iRv § 505 verpfl hat, muss beweisen, dass er den Vertr als Verbr iSv §§ 491–506 abgeschl hat od gem § 507 einem Verbr gleichgestellt ist (vgl Rn 9).

2) Voraussetzungen sind: – **a) Wirksamer Vertrag.** Er muss unter §§ 491, 499 od 505 fallen. Anstelle des Verbr muss eine natürl Pers als Existenzgründer stehen. Auch dch Kauf von GesellschAnteilen (§ 453 Rn 23) kann § 507 erfüllt sein, wenn die unternehmer Funktion übernommen u damit begonnen wird. – **b) Aufnahme** einer gewerbl od selbst berufl Tätigk: Das betr Gesch muss dem Zweck der Aufnahme (dem Beginn) dienen; davon abweichde tats Verwendg ist unbeachtl (Düss ZMR **06**, 363). Die Aufnahme umfasst einen im Einzelfall zu bestimmenden Zeitraum (Gründgsphase). Aufgenommen wird insbes dch Ladeneröffng od planmäß Angebot der Leistgen, zB Verkauf od Dienstleistg (offengelassen von BGH NJW **02**, 2030). Das Gesch (der Vertr, Rn 4) muss nicht vor dem Beginn der Tätigk abgeschl sein, es muss nur mit der Aufnahme im Zushang stehen, zB Ergänzg der Erstausstattg einer Werkstatt in angem kurzer Zeit nach Eröffng. Es darf nicht eine bloße Erweiterung od Anderg sein (Martis MDR **89**, 1189). Unerhebl ist die Eintragg im HandelsReg od eine Konzessionserteilg (AnwK/Reiff Rn 4). Eine früher ausgeübte gewerbl od berufl Tätigk steht nicht entgg, auch nicht in derselben Branche (Köln NJW-RR **95**, 816; Celle NJW-RR **96**, 120), ebsowenig die bisher Ausüb einer gewerbl od freiberufl Tätigk, die mit der Aufnahme der neuen zusätzl berufl Tätigk (MüKo/Schürbrand Rn 5) nicht in Zushang steht (BGH NJW-RR **00**, 1221). – **c) Tätigkeit:** Jedes Gewerbe, insbes Handwerk, u jede freiberufl Tätigk (zB Arzt, RA, Steuerberater) als Inhaber od Mitinhaber. GesellschGründg dch einen Mit-Untern, für den auch § 507 zutrifft, steht nicht entgg. – **d) Kredit- oder Geschäftsvolumen.** Der NettoDarlBetrag (§ 491 II Nr 1) od der Barzahlungsbetrag (§ 502 I Nr 1) darf 50 000 Euro nicht übersteigen. Das ist also der Maximalbetrag. Bei Ratenlieferg ist der Teilzahlungsbetrag maßg (§ 505 I 3), problemat bei FranchiseVertr (vgl Giesler ZIP **02**, 421). Wird ein größerer Betrag für ein einheitl Gesch bewilligt, aber in kleinere Raten aufgeteilt, so liegt Umgehg vor (§ 506 S 2) u § 507 ist anzuwenden (Brdbg WM **99**, 2208 mwN). Ohne Zushang gewährte Darl od Finanziergshilfen and Untern werden nicht zugerechnet. – **e) Maßgebender Zeitpunkt** ist grdsätzl jew der Beginn der selbst Tätigk, im Einzelfall die Vornahme von Vorbereitgshandlgen.

Beim FranchiseVertr (Einf 21 v § 581) kommt es auf den Ztpkt des VertrAbschlusses an, nicht auf Erfüllung od Aufnahme des GeschBetriebs (BGH 128, 156).

- 9 **3) Wirkung.** Der Existenzgründer wird dch § 507 nicht Verbr (§ 13), sond bleibt auch bei der Existenzgründg Untern (§ 14). Er wird, soweit § 507 anwendb ist, bei dem GründgGesch dem Verbr ledigl gleichgestellt (BGH NJW 05, 1273, 08, 435; aA § 13 Rn 3), ist also grdsätzl Untern. Soweit im Einzelfall die §§ 491–506 entspr anwendb sind, steht der Existenzgründer dem Verbr gleich. Insbes hat er die WiderrufsR (§§ 495, 499 I, 505 I) wie ein Verbr. Die vorgeschriebenen VertrInhalte u die FormVorschr (§§ 492, 499 I, 505 III, 506 II–IV) gelten. Es treten auch die gleichen Rfolgen ein, zB die Zinsverminderg (§ 502 III 6). Bei Beteiligg Dritter gelten dieselben Grdsätze (vgl § 505 Rn 12, 13). Gibt der Existenzgründer die Tätigk innerh der ersten sieben Jahre auf, kündigt u erfüllt den RückerstattgAnspr (§ 488 Rn 12), muss er die gewährte Zinssubvention zurückzahlen (BGH NJW-RR 05, 276).

Untertitel 2. Geschäftsbesorgungsvertrag

Vorbemerkungen vor §§ 676 a bis 676 h

Literatur: S zunächst die allg Literatur zum BankR (§ 675 Rn 9). Ferner: [Langenbacher](#) u.a. Zahlgsverkehr, 2004; zur Dogmatik [Tober](#) Die VertrKette im bargeldlosen Zahlgsverkehr 2005. Zum ÜG: [Einsle](#) JZ 00, 9; [Gößmann/van Look](#) WM 00 Sonderbeilage I; [Grundmann](#) WM 00, 2269; [Klamt/Koch](#) NJW 99, 2776; [Risse/Lindner](#) BB 99, 2201; [Schneider](#) WM 99, 2189 (AuslandsÜberw); [Schulz](#) ZBB 99, 287; [Wilkins](#) MDR 99, 1236. **RsprÜbersicht:** [Nobbe](#) WM 01 Beilage 4 (ÜberwVerkehr).

- 1 **1) Bargeldloser Zahlungsverkehr** (Einzelh SchBL/Schimansky § 46). – **a) Wesen.** Bei der bargeldlosen Zahlg, einem den KredInst vorbehaltenen BankGesch (KWG 1 I Nr 9), wird Buchgeld (§ 245 Rn 4), dh eine Fdg des Zahlten (Schuldner) gg sein KredInst (SchuBank), idR ein Guthaben auf einem Kto dadch auf den Zahlgsempfänger (Gläub, Begünstigter iS der §§ 676 a ff) „übertragen“, dass für den Empfänger eine Fdg gg sein KredInst (GläubBank) begründet wird, idR dch Gutschrift auf seinem Kto (§ 676 f). Die Verminderg des SchuKtos ergibt sich aus der Belastg mit dem AufwendgErs- od VorschussAnspr (§§ 669, 670) seines KredInst. Die VermVerschiebg zw Schu (Zahlder) u Gläub (Empfänger) wird also dch Einschaltg eines od mehrerer KredInst bewirkt. Das KredInst ist zur Ausführg nur verpflichtet, wenn die Kten vereinbarungsgem für den Zahlgsverkehr genutzt werden dürfen, was allg insbes bei GiroKten, nicht aber zB bei SparkTen der Fall ist.
- 2 **b) Formen.** Der Zahlgsvorgang kann vom Zahlten ausgelöst werden, indem dieser sein KredInst mit der Dchführg der Übertragg beauftragt (Überw, § 676 a Rn 1). Die Initiative kann aber auch vom Empfänger ausgehen, indem dieser sein KredInst veranlasst, zu Lasten des Ktos des Zahlten einen bestimmten Betrag einzuziehen u seinem eig Kto gutzuschreiben. Dies setzt voraus, dass dem KredInst des Zahlten dessen Zustimmung zur Dchführg der Belastg vorliegt, zB dch einen auf das KredInst ausgestellten Scheck (ScheckVertr u -inkasso, § 676 f Rn 19) od einen AbbuchgAuftr bzw eine Einzugsermächtig im LastschriftVerf (§ 676 f Rn 26 ff). Weitere Formen des bargeldlosen Zahlgsverkehrs sind Kreditkartenzahlg u Zahlg per Geldkarte od electronic cash (§ 676 h Rn 1 ff). Die VertrBeziehgen zw den Beteiligten sind ähnl wie bei der Überw (§ 676 a Rn 4 ff) gestaltet, s die Erläuterger zu den einz Gesch.
- 3 **2) Zweck, Regelungsgehalt und Anwendungsbereich der §§ 676 a–h.** Zur Entstehg der Vorschr s Einf 2 v § 675. Auf EG-Ebene wurde am 13. 11. 07 die ZahlgsdiensteRL verkündet (ABl EU L 319 S 1; PalArch I B 24), die bis 31. 10. 09 umzusetzen ist, zu diesem Ztpkt die ÜberweisgRL aufhebt u zu erhebl Ändergen führen wird (dazu Manger-Nestler EuZW 08, 332). – **a) Ziel** der §§ 676 a–g ist es, in Umsetzg der ÜberweisgRL u ZahlgsSichgRL dem Überweisen eine Ausführg seines ungekürzten ÜberwAuftr innerh angem Frist zu sichern u ihn bei Einschaltg and KredInst in den ÜberwVorgang besser gg Abwicklgsstörgen u Verlust des ÜberwBetrags zu schützen. Das überweide KredInst ist desh nicht mehr nur für die eig Tätigk iR der Überw verantwortl, sond garantiert in bestimmtem Umfang den fristgerechten Erfolg des ÜberwVorgangs u haftet für zwgeschaltete KredInst. Ebo haftet das empfangde KredInst für von ihm beauftragte KredInst. Hat der Überweide die Einschaltg eines bestimmten KredInst vorgegeben, haftet ihm dieses, soweit es die Störg zu verantworten hat. § 676 h schützt in Umsetzg des allerd auf FernAbsVertr beschränkten Art 8 FernAbsRL (PalArch I B 9) den Inhaber einer Zahlgskarte gg unberech Inanspruchnahme bei KartenMissbr.
- 4 **b) Inhaltlich** erfassen die Vorschr im wesentl nur die Bereiche des bargeldlosen ZahlgsVerkehrs, die dch die genannten RL betroffen sind, dh **Überweisungen**, diese jedoch nicht nur bzgl der grenzüberschreitden Überw innerh der EG, außerdem den **Girovertrag** in Einzelaspekten. Soweit §§ 676 a–h keine Regelg enthalten, gilt, da es sich um GeschBesorggVertr handelt, über § 675 I das AuftrR entspr u, soweit nicht verdrängt, WerkVertr- bzw DienstVertrR (wie § 675 Rn 7). IdR sind die einz VertrTypen dch AGB (§ 307 Rn 77) od standardisierte Abk detailliert geregelt.
- 5 **c) Der Geltungsbereich** der §§ 676 a–g erstreckt sich grdsätzl auf alle GiroVertr, ZahlgsVertr u Überw, für die dtsches Recht gilt (*IPR* s Einf 3 v § 675). Bei den Überw gilt dies unabhäng davon, ob es sich um Inlands- od Auslands-Überw (§ 676 a Rn 3) handelt; allerd werden diese Überw in bestimmten Beziehgen (zB Ausführgsfrist, Abdingbark) unterschiedl Regeln unterworfen. Ausgenommen sind InlandsÜberw der RentenVersTräger iR des RentenzahlgsVerf u vergleichb InlandsÜberw and SozVersTräger (EG 228 III; dort Rn 4). Ferner haben völkerrechtl Vertr, insbes Postabkommen Vorrang (EG 228 IV). **Zeitliche Geltung** der Neuregelgen des *ÜberwG* EG 228 (s dort; sa Gößmann/van Look [v Rn 1] 14). Zum GiroVertr s § 676 f Rn 2, zur Zahlgskarte § 676 h Rn 18.
- 6 **3) Verfahrensrechtliches.** Neben den ordentl Gerichten können die VertrPart die **Schlichtungsstelle** gem UKlaG 14 anrufen. S dort.

Kapitel 2. Überweisungsvertrag

676a Vertragstypische Pflichten; Kündigung. (1)¹ Durch den Überweisungsvertrag wird das Kreditinstitut (überweisendes Kreditinstitut) gegenüber demjenigen, der die Überweisung veranlasst (Überweisender), verpflichtet, dem Begünstigten einen bestimmten Geldbetrag zur Gutschrift auf dessen Konto beim überweisenden Kreditinstitut zur Verfügung zu stellen (Überweisung) sowie Angaben zur Person des Überweisenden und einen angegebenen Verwendungszweck, soweit üblich, mitzuteilen.² Soll die Gutschrift durch ein anderes Kreditinstitut erfolgen, ist das überweisende Kreditinstitut verpflichtet, den Überweisungsbetrag rechtzeitig und, soweit nicht anders vereinbart, ungekürzt dem Kreditinstitut des Begünstigten unmittelbar oder unter Beteiligung zwischengeschalteter Kreditinstitute zu diesem Zweck zu übermitteln und die in Satz 1 bestimmten Angaben weiterzuleiten.³ Der Überweisende kann, soweit vereinbart, dem Kreditinstitut den zu überweisenden Geldbetrag auch in bar zur Verfügung stellen.

(2)¹ Soweit keine anderen Fristen vereinbart werden, sind Überweisungen baldmöglichst zu bewirken.

² Es sind

1. grenzüberschreitende Überweisungen in Mitgliedstaaten der Europäischen Union und in Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, die auf deren Währung oder Währungseinheit oder auf Euro lauten, soweit nichts anderes vereinbart ist, binnen fünf Werktagen, an denen alle beteiligten Kreditinstitute gewöhnlich geöffnet haben, ausgenommen Sonnabende, (Bankgeschäftstage) auf das Konto des Kreditinstituts des Begünstigten,
2. inländische Überweisungen in Inlandswährung längstens binnen drei Bankgeschäftstagen auf das Konto des Kreditinstituts des Begünstigten und
3. Überweisungen in Inlandswährung innerhalb einer Haupt- oder einer Zweigstelle eines Kreditinstituts längstens binnen eines Bankgeschäftstags, andere institutsinterne Überweisungen längstens binnen zwei Bankgeschäftstagen auf das Konto des Begünstigten

zu bewirken (Ausführungsfrist).³ Die Frist beginnt, soweit nichts anderes vereinbart ist, mit Ablauf des Tages, an dem der Name des Begünstigten, sein Konto, sein Kreditinstitut und die sonst zur Ausführung der Überweisung erforderlichen Angaben dem überweisenden Kreditinstitut vorliegen und ein zur Ausführung der Überweisung ausreichendes Guthaben vorhanden oder ein ausreichender Kredit eingeräumt ist.

(3)¹ Das überweisende Kreditinstitut kann den Überweisungsvertrag, solange die Ausführungsfrist noch nicht begonnen hat, ohne Angabe von Gründen, danach nur noch kündigen, wenn ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Überweisenden eröffnet worden oder ein zur Durchführung der Überweisung erforderlicher Kredit gekündigt worden ist.² Im Rahmen von Zahlungsverkehrssystemen kann eine Überweisung abweichend von Satz 1 bereits von dem in den Regeln des Systems bestimmten Zeitpunkt an nicht mehr gekündigt werden.

(4)¹ Der Überweisende kann den Überweisungsvertrag vor Beginn der Ausführungsfrist jederzeit, danach nur kündigen, wenn die Kündigung dem Kreditinstitut des Begünstigten bis zu dem Zeitpunkt mitgeteilt wird, in dem der Überweisungsbetrag diesem Kreditinstitut endgültig zur Gutschrift auf dem Konto des Begünstigten zur Verfügung gestellt wird.² Im Rahmen von Zahlungsverkehrssystemen kann eine Überweisung abweichend von Satz 1 bereits von dem in den Regeln des Systems bestimmten Zeitpunkt an nicht mehr gekündigt werden.³ Das überweisende Kreditinstitut hat die unverzügliche Information des Kreditinstituts des Begünstigten über eine Kündigung zu veranlassen.

1) **Überweisung.** Literatur: Vorb v § 676 a, insbes Gößmann/van Look WM 00 Sonderbeilage 1.

a) **Begriff.** Sie ist ein KredInst vorbehaltener (KWG I 1 Nr 9) GeschVorgang, den ein KredInst (überweisendes KredInst) auf Veranlassung des zahlenden AuftrG (Überweisender, Schu) durchführt, um dem Endempfänger einer ZahlG (Begünstigter, Gläub) einen bestimmten Geldbetrag zur Gutschrift auf dessen Kto (Begriff § 676 f Rn 6) zur VfG zu stellen (I 1; sa Art 3 Buchst f ÜberweisgRL, PalArch I B 8). ÜberwBetrag ist der Geldbetrag, der nach dem Inhalt des ÜberwVertr letztlich auf dem EmpfängerKto gutgeschrieben werden soll. Die ZahlG wird idR von einem Kto des Überweisenden geleistet (daher bargeldloser ZahlGsverkehr, Vorb 1 v § 676 a), zwingende Voraussetzung ist dies nicht (I 3). Ebo nicht, dass Überweisender u Begünstigter verschiedene Pers sind; mittelb Veranlassung dch den Überweisenden genügt (zB Zinsgutschrift, DarlAuszahlG; Gößmann/van Look [v Rn 1] 25). – Nicht um eine Überw handelt es sich beim **Auszahlungsauftrag** (zu ihm SchBL/Schimansky § 49 Rn 223 ff), bei dem der Geldbetrag nicht einem Kto des Empfängers gutgeschrieben, sond an diesen bar ausbezahlt werden soll (zB weil der Empfänger bei dem KredInst kein Kto unterhält). Er liegt in Abgrenzung zur AnweisG (§ 783 Rn 4) vor, wenn von vornherein eine Verpfl des beauftragten Auszahlenden (nicht notw ein KredInst, da FinanztransferGesch, KWG I 1 a Nr 6) zur AuszahlG begründet werden soll. Hauptanwendungsbereich ist der Geldtransfer in Länder ohne funktionierenden Giroverkehr. Das beauftragte KredInst ist iR des mit ihm geschlossenen GeschBesorggsVertr (je nach Ausgestaltg Werk- od DienstVertr; aA Reimer/Wilhelm BKR 08, 234) gehalten, nur an die Pers auszuzahlen, auf welche bei sorgfältig Prüfg die in dem Auftr genannten Angaben zutreffen; andfalls steht ihm kein AufwendsErsAnspr (§ 670) zu, der zur VfG gestellte Betrag ist zurückzugewähren (§ 667; BGH 130, 87). – Keine Überw sind auch die *andere Formen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs* (Vorb 2

v § 676 a), bei denen der ZahlGsvorgang jew vom Begünstigten eingeleitet wird.

b) **Arten.** Eine innerbetriebl od **institutsinterne Überweisung** liegt vor, wenn das überweisende KredInst u das KredInst, bei dem das Kto des Begünstigten geführt werden, identisch sind. Dann findet nur eine innerbetriebl Verrechnung statt. Sind die KredInst verschieden, handelt es sich um eine außerbetriebl od **institutsfremde Überweisung**. Die dann erfdl Verrechnungsbeziehung zw den Instituten (sa Rn 7) kann darin bestehen, dass eines der Institute bei dem and ein Kto unterhält. Sie kann aber auch aGrd VereinbG einer größeren Zahl von KredInst nach einheitl Regeln dchgeführt werden, zB bei Clearingstellen, innerh von Gironetzen od über das Verrechnungsnetz der Bundesbank (Einzelh SchBL/Schimansky § 46). Ein solches **Zahlungsverkehrssystem** (III 2) muss nach Art 2 ZahlG SichgRL (PalArch I B 11) bestimmte Voraussetzungen erfüllen; insbes ist der Veranlasser zur Anzeige des Systems u ggf zur Ausk darüber verpflichtet (KWG 24b). ZT werden auch, insbes im Auslandszahlungsverkehr u uU zusätzl zur NutzG eines Zahlungsverkehrssystems,

KorrespondenzKredInst eingeschaltet (mehrgliedrig od KettenÜberw). KredInst, die über das überweide KredInst u das KredInst des Begünstigten hinaus in den ÜberwVorgang eingeschaltet werden, sind **zwischen geschaltete Kreditinstitute** (I 2; Art 2 Buchst e ÜberweisgsRL). – Eine **Inlandsüberweisung** liegt vor, wenn sowohl die den ÜberwAuftr annehmde (dh idR das Kto desÜberweisden führde) Zweig- od Hauptstelle des überweisden KredInst wie auch die Zweig- od Hauptstelle des KredInst, bei der das Kto des Begünstigten geführt wird, im Inland liegen. Liegen sie in verschiedenen Staaten, handelt es sich um eine (mit besond Risiken behaftete, Schneider WM 99, 2189) **Auslandsüberweisung**, gleichgült ob sie demselben Institut angehören od nicht (s Art 2 Buchst f ÜberweisgsRL); dabei unterscheidet das Gesetz nochmals (II Nr 1) zw Überw in MitglStaaten der EU in ihrem jew Bestand (derzeit Belgien, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn, Vereinigtes Königreich, Zypern; Zugehörigk zur Euro-Zone ist nicht erfdl) od des EWR (EWR-Abk v 2. 5. 92; derzeit zusätzl Island, Liechtenstein, Norwegen) u Überw in and Staaten (Rn 16).

- 4 **c) Vertragsbeziehungen.** An der Überw sind mind drei Pers beteiligt, zw denen gesonderte vertragl Beziehgen bestehen. Diese Beziehgen sind in den Grdzügen dch die §§ 676a–f geregelt u werden dch standardisierte Vereinbgen (AGB, VerrechngsAbk) ergänzt. Nicht geregelt ist das Verhältn zw dem KredInst des Be-

günstigten u dem letzten in der ÜberwKette vorangehenden KredInst, sei es das überweide KredInst od das letzte zwgeschaltete KredInst. Zu unterscheiden sind: – Das **Valutaverhältnis**, dh die RBezieh zw Überweisdem (Schu) u Begünstigtem (Gläub). Es bildet die rechtl Grdlage für die dch die Überw bewirkte VermVerschieb. Es ist in den §§ 676a ff nicht angesprochen, aber dch die Überw insbes bzgl der Fragen der Art u Weise u des Ztpkts der Erfüllg der Schuld berührt. Die Geldschuld ist grdsätzl mit der Gutschrift (§ 676f Rn 10) auf dem

- 5 vom Gläub angegebenen Kto getilgt, nicht hinggg bei Buchg auf einem and Kto des Gläub; näher dazu u zur Frage, wann der Gläub die Überw als Erfüllg gelten lassen muss, § 362 Rn 9 f. Zur Frage der **Rechtzeitigkeit** der Leistg dch Überw u der einschläg Entsch des EuGH vom 3. 4. 08 (NJW 08, 1935) s § 270 Rn 5. – Das **Deckungsverhältnis** zw dem Überweisden u seinem KredInst ist der GiroVertr, der dch den ÜberwVertr (§§ 676a–c) ausgefüllt wird. Ergänzt sind die AGB der Banken u Sparkassen heranzuziehen (sa § 675 Rn 9, § 307 Rn 77; Muster-AGB des Zentralen Kreditausschusses für AuslandsÜberw im EU-Raum u EWR [Rn 3] WM 00, 794; AGB-Sparkassen für grenzüberschreide Überw, Stand 1999, abgedruckt ZBB 99, 403). – Das **Inkassoverhältnis** zw dem Begünstigten u seinem KredInst ist dch den diesen Pers bestehenden GiroVertr geregelt (§§ 676f, g). Auch insow greifen
- 6 ergänzd die AGB der Banken u Sparkassen ein. – **Interbankenverhältnisse** nennt man die RVerhältn zw den beteiligten KredInst, dch die insbes der Ausgl zw diesen Banken für den übertragenen Geldbetrag geregelt wird. Für den innerdeutschen Zahlgsverkehr ist dch das Abk zum ÜberwVerkehr Stand 2002 (abgedruckt bei SchBL Anh 3 zu §§ 52–55). Zu den verschiedenen Verrechngsmodalitäten Rn 3. Es handelt sich idR ebenfalls um GeschBesorggsVertr. Bei Verrechng unmittelbar zw SchuBank u GläubBank über ein Kto einer dieser Banken liegt ein GiroVertr vor; bei Einschaltg von ZwBanken insbes iR einer Überw ein ZahlgsVertr (§§ 676d, dort Rn 2). Bei Benutzg von Verrechngssystemen bestimmen sich die Rechte u Pfl der beteiligten KredInst nach den jew VerrechngsAbk, die ebenfalls GeschBesorggsCharakter haben (BGH NJW 03, 1389); ist wie häuf das KredInst des Begünstigten beteiligt, besteht desh bei weisgwidr Gutschrift des ÜberwBetrags auf einem and als dem angegebenen Kto ein ErstattgtsAnspr des AusgangsKredInst aus §§ 675, 667 (Düss WM 04, 1233; § 665 Rn 7). –
- 8 **Keine Vertragsbeziehungen** bestehen bei institutsfremden Überw zw dem Überweisden u dem KredInst des Begünstigten, dem Begünstigten u dem KredInst des Überweisden sowie zw Überweisden/Begünstigten u den zwgeschalteten KredInst (Karlsruh WM 07, 300). Nach früherem Recht wurden VertragsVerh zw den KredInst (Rn 7) uU als Vertr zG Dritter angesehen (§ 328 Rn 17a), so dass dem Überweisden od Begünstigten SchadErsAnspr gg ein zwgeschaltetes KredInst zustehen konnten (näher Einsele AcP 199, 145, für DrittSchadLiquidation SchBL/van Gelder § 58 Rn 210; offen noch BGH 144, 245 zu ÜberwVerkehrsAbk 3 I 1). Wg der detaillierten geldten Haftgsregelg (s § 676b Rn 1) ist hierfür kein Raum mehr (BGH NJW 08, 2245, str).

- 9 **2) Überweisungsvertrag. – a) Wesen, Regelungsgehalt, anzuwendendes Recht.** §§ 676a–c behandeln die nach früherem Recht als Weisg (§ 665) iR eines GiroVertr ausgestaltete Überw als besond VertrVerhältn (zu den Grden Schmidt-Räntsch ZIP 99, 676; aA [weiterhin Weisg] SchBL/Schimansky § 49 Rn 4) u geben damit die Parallelität der bish Gestaltg zu and Formen des bargeldlosen Zahlgsverkehrs, insbes zum LastschriftVerf auf. Es handelt sich um einen GeschBesorggsVertr mit WerkVertrCharakter (Gößmann/van Look [v Rn 1] 11), da das KredInst einen bestimmten Erfolg schuldet (s I 1, 2). Allerd sind §§ 631 ff wg des Vorrangs der §§ 676a ff u des AuftrR (§ 675 Rn 7) nur sehr eingeschränkt anwendb. – Der ÜberwVertr regelt das **Deckungsverhältnis** (Rn 5) zw dem Überweisden u dem überweisden KredInst. Rechte zG des Begünstigten der Überw begründet er nicht (Rn 8). – **Abweichende Vereinbarungen** sind zuläss, zu Lasten des Überweisden aber nur in den Fällen des § 676c III (dort Rn 6); zur Vereinbg von Ausführgsfristen Rn 16. Die Vereinbg eines and, nur auf Weisg gerichteten VertrTyps scheidet wg Umgehng der gesetzl Regelg aus (Bydlinki WM 99, 1046/1050). idR gelten AGB des KredInst (Rn 5). – **Internationales Privatrecht** Einf 3 v § 675.

- 10 **b) Vom Anwendungsbereich** der §§ 676a–c sind bestimmte InlandsÜberw der SozVersTräger generell ausgenommen; dazu u zum zeitl Anwendungsbereich EG 228 Rn 2f.

- 11 **c) Abschluss.** Überweisder (dh Veranlasser der Überw, I 1, u AuftrG) kann jede natürl od jur Pers sein, auch ein KredInst (s § 676c III Nr 1); Beauftragter nur ein KredInst. Der Überweide muss kein Kto bei dem KredInst unterhalten (I 3). Das KredInst kann sich zum Abschluss eines ÜberwVertr verpflichten (BGH NJW 04, 2517). Wird der Vertr (wie idR) iR eines GiroVertr abgeschl (sa § 676f I 1), ergibt sich aus diesem idR eine solche Pfl (§ 676f Rn 14), wenn der Überweide über das Kto verfügen darf (§ 676f Rn 6). Das Angebot zum VertrSchluss liegt dann in der Übermittlg des ÜberwAuftr an das KredInst, ggf auch auf elektron Weg (Online-Banking, Wiesgickl WM 00, 1037/44; sa Einf 1 v § 116, § 130 Rn 7); zur Vereinbg von Annahmezeiten (sog cut-off-Zeiten) Gößmann/van Look [v Rn 1] 31. Will das KredInst den Auftr nicht annehmen, hat es dies unverzügl anzuzeigen (§ 663), andfalls gilt das Angebot als angenommen (HGB 362 I; Annahme dch Schweigen § 147 Rn 3, ausführl Meder JZ 03, 443, auch zur Einschränk der WidersprMöglichk; BT-Drs 14/745 S 18 hält § 151 S 1 für anwendb); girovertragl BenachrichtiggsPfl s § 676f Rn 15. Bei **fehlender Verfügungsmacht** bzw Vollm des Handelnden (§ 676f Rn 6), zB **Fälschung** des ÜberwAuftr od

Verfügungsverbot (BGH NJW 06, 294), kommt ein ÜberwVertr mit dem KtoInhaber nicht zustande, das Risiko trägt grdsätzl das KredInst (sa § 665 Rn 2; BereichersAnspr § 812 Rn 107). UU aber SchadErs aus § 280 (§ 676 f Rn 16; sa Rn 17). Bei Online- u Internet-Banking gelten bei Verwendg von SicherhCodiergen (PIN, TAN) für die Beweislast dem KartenGesch vergleichb Grds (s § 676 h Rn 13; Borges NJW 05, 3313/16; für AnscheinsVollm SchBL/Göbmann § 55 Rn 26, and AG Wiesloch ZIP 08, 1467 [Borges EWiR § 812 2/08]).

d) Beendet werden kann der ÜberwVertr einseit nur dch **Kündigung** (näher Grundmann WM 00, 2267/75). **12**
III, IV enthalten insow eine Sonderregelg ggü § 671 (sa § 675 Rn 8). Zu den Folgen der Künd sa § 676 d II u dort Rn 5. Zum BereichersAusgl, wenn das KredInst nach wirks Künd die Überw ausführt, § 812 Rn 107. Es gilt folged Abstufg: – Wird die Überw iR eines **Zahlungsverkehrsystems** (Rn 3) abgewickelt, scheidet eine Künd des Überweisden wie des KredInst nach dem in diesem System festgelegten Ztpkt aus, auch wenn die sonst Voraussetzgen gegeben wären, III 2, IV 2. – Hiervon abgesehen können vor **Beginn der Ausführungsfrist** (II 3, Rn 16) sowohl das überweide KredInst (krit Grundmann S 2277) wie auch der Überweide ohne Einschränkung kündigen, III 1 Hs 1, IV 1 Hs 1. Bedeuts zB bei DauerAuftr (Rn 19). Maßg ist der Zugang der Künd (aA Göbmann/van Look [v Rn 1] S 34). Die Künd des KredInst ist gem § 242 ausgeschl, sofern eine Pfl zum Abschluss eines entspr ÜberwVertr (Rn 11) besteht (Becher DStR 99, 1360/1364); jedenfalls besteht dann ein SchadErsAnspr gem § 280 gg das KredInst aus dem GiroVertr. – **Danach** kann das **Kreditinstitut** nur unter engen Voraussetzgen künd: (1) Eröffng des InsolvenzVerf über das Vermögen des Überweisden bewirkt zwar kein Erlöschen des ÜberwVertr (InsO 116 S 3; Keller WM 00, 1269/1276), gewährt dem KredInst aber ein KündR, III 1 Hs 2 (Grd: der AufwendgsErsAnspr ist Masseverbindlich); od (2) nachträgl Entfallen der KtoDeckg dch wirks Künd des Kredits, III 1 Hs 2, wobei sich die Wirksamk der KreditKünd nach dem KreditVertr, hilfsw nach § 610 beurteilt; od (3) unter den Voraussetzgen des § 676 b III 4 (dort Rn 10); diese Künd

soll nach dem Gesetzeszweck dch III 1 nicht ausgeschl werden. Die Künd des **Überweisenden** ist zwar nicht ausgeschl, kann aber nur noch wirks werden, wenn sie dem das Kto des Begünstigten führden KredInst mitgeteilt wird, bevor ihm der ÜberwBetrag zur Gutschrift auf diesem Kto endgült zur Verfüg gestellt wird, IV 1 Hs 2,

u scheidet jedenfalls nach Gutschrift auf dem EmpfängerKto aus (Düss ZIP 03, 1139). Sie ist ggü dem überweisden KredInst zu erklären (Grundmann WM 00, 2267/2276). Dieses hat unverzügl (§ 121 I 1) das KredInst des Begünstigten zu informieren (Rn 17), es behält grdsätzl seinen nach den Grds des § 649 zu berechnen EntgeltAnspr (Einsele JZ 00, 9/13). Bei institutsinternen Überw (Rn 3) scheidet eine solche Künd praktisch aus. – **Weitere Beendigungsgründe:** Ablauf der Nachfrist nach ErstatttsVerlangen, § 676 b III 3. Nicht Tod des Überweisden, § 672. **13**

3) Pflichten des Überweisenden. Sie ergeben sich aus §§ 675 I, 662 ff u, soweit anwendb (§ 675 Rn 7), WerkVertrR. Insbes: Zahlg des vereinbarten od übl Entgelts, §§ 631 I, 632 (sa § 675 Rn 9); Vorschuss u Erstattg von Aufwendgen, §§ 669, 670, idR dch Belastg des Ktos des Überweisden, zB bzgl ÜberwBetrag (MüKo/Casper Rn 33 mwN) od Gebühren zwgeschalteter KredInst. Zu NebenPfl sa § 676 f Rn 16. **14**

4) Pflichten des Kreditinstituts. – a) Bewirken der Überweisung. dh Erfüllg der Pfl gem I 1, 2. Die fristgerechte Bewirkg der Überw u die Übermittlg der erfdl Angaben sind HauptPfl des KredInst; Art u Weise der Dchführg s Rn 17. Die **Bewirkungspflicht** setzt das Vorliegen der für die Überw erfdl Umst voraus. Das gilt insbes für die sogenannte **Kontodeckung**, dh das Vorliegen eines den ÜberwBetrag abdecken Guthabens od Kreditrahmens auf dem Kto im Ztpkt der Freigabe der Überw dch das KredInst (zu den Kreditformen, insbes Überziehungskredit Einf 20 ff v § 488; zur KtoÜberzieh ohne Kredit § 676 f Rn 14, § 493 Rn 14 ff). Desh ist das KredInst vor Erfüllg der Voraussetzgen gem II 3 nicht in Verzug; jedoch besteht uU eine Pfl zur Ermittlg der erfdl Angaben, zB der KtoNr anhand des Namens des Begünstigten. **Bewirkt** ist die Überw erst mit Gutschrift des ÜberwBetrags (einschl Wertstellg, Grundmann WM 00, 2267/78). Der Betrag muss **ungekürzt** zur Vf g gestellt sein, wenn nicht iR des ÜberwVertr und vereinbart ist; diese in I 2 enthaltene Regel gilt, wie sich aus dem Kontext ergibt, auch für die institutsinterne Überw gem I 1. **Rechtzeitig** ist die Überw bewirkt, wenn der Betrag innerh der Frist gem II zur Vf g steht. – **I 1** regelt die **institutsinterne Überweisung** (Rn 3). Sie ist bewirkt, wenn der ÜberwBetrag ungekürzt dem Begünstigten zur Gutschrift auf dessen Kto (§ 676 f Rn 11) zur Vf g gestellt ist, dh in einer Weise, dass der Begünstigte darüber verfügen kann; daher ist insbes die Gutschrift (§ 676 f Rn 10) erfdl (sa BT-Drs 14/745 S 19). Die Angaben (Pers des Überweisden, Verwendungszweck) müssen dem Begünstigten nur soweit übl mitgeteilt werden. Der Umfang der Angaben zum Verwendungszweck kann daher, schon im Hinbl auf die erfdl Standardisierg, auf das übl Maß beschränkt werden. In zeitl Hinsicht genügt es idR, dass die Angaben auf dem nächsten vereinbarungsgem zu übermittelnden KtoAuszug vermerkt sind. – **I 2** regelt die **institutsfremde Überweisung** (Rn 3). Sie ist bewirkt, sobald das überweide KredInst den ÜberwBetrag dem KredInst des Begünstigten übermittelt hat, dh der Betrag dem Kto dieses KredInst (s II 2) od des von diesem Institut mit der Entggnahme des ÜberwBetrags beauftragten KredInst (§ 676 g III) gutgeschrieben ist (BT-Drs 14/745 S 19, 23). Die Verpfl dieses KredInst zur Gutschrift auf dem Kto des Begünstigten ergibt sich dann aus dem mit diesem bestehenden GiroVertr, insow läuft eine weitere Frist (§§ 676 f, g). Das überweide KredInst kann den Übermittlungsweg (zu den verschiedenen Möglichk Rn 3), soweit keine Weisg (§ 665) vorliegt, iR seiner Verpfl zur baldmöglichsten Ausführg (Rn 16) frei wählen, also auch weitere KredInst einschalten. Diese sind **Erfüllungsgehilfen** des überweisden KredInst (§ 676 c Rn 3). Die erfdl Angaben (Pers des Überweisden, Verwendungszweck) müssen an das KredInst des Begünstigten weitergeleitet werden (I 2 aE), damit dieses sie dem Begünstigten mitteilen kann (s § 676 f S 2). **15**

b) Ausführungsfristen, II. Sie sind gewahrt, wenn die Überw innerh der Frist bewirkt (Rn 15) wird. Ihre Nichteinhaltg führt zu den Folgen gem §§ 676 b, c. – **aa) Beginn, II 3,** gem Vereinbg, die sich auch auf die erfdl Angaben beziehen kann. Sonst (Einzelh Göbmann/van Look [v Rn 1] 31) mit Ablauf des Tages, an dem der Name des Begünstigten, sein Kto (Bezeichng, insbes KtoNr), das KredInst des Begünstigten (Bankleitzahl genügt bei eindeut Identifikationsmöglichk, erfdl ist sie idR nicht) sowie die sonst zur Ausführg der Überw erfdl Angaben (insbes der ÜberwBetrag; im Einzelfall auch and Erfordern, zB Genehmigg nach dem AWG, FreigabeErkl der Staatsanwaltsch gem GeldwäscheG 12) vorliegen, dh für das KredInst unter normalen Verhältn die **16**

Möglichk der Kenntnisnahme besteht (wie § 130 Rn 5, Risse/Lindner BB 99, 2201), u KtoDeckg (Rn 15) vorhanden ist; nicht aber vor Abschluss des ÜberwVertr (Einsele JZ 00, 9/11; sa Hadding FS 50 Jahre BGH S 425/44). Unrichtigk einz Angaben schadet nicht (SchBL/Schimansky § 49 Rn 11 g). Entscheidet sich das KredInst trotz Unterdeckg für die Ausführg (§ 676 f Rn 14), beginnt die Frist mit dieser Entsch. – **bb) Dauer, II 1, 2.** Für sie gilt in erster Linie die zw KredInst u Überweiden vereinbarte Frist (arg II 1 Hs 1; zur Bedeutg abweichder Info gem § 675 a u zur Zulässigk von AGB Erman/v Westphalen Rn 24 ff). Nennt ein KredInst in der gem § 675 a 1 2 vorgeschriebenen Info eine kürzere Frist als die in II 2 bestimmte, wird mangels and Anhaltspkte eine entspr Vereinbg anzunehmen sein (sa Nr 3.1. Muster-AGB, Rn 5). Fehlt eine Vereinbg, ist die Überw baldmöglichst zu bewirken, II 1 Hs 2, dh schneller als unverzögl (Gößmann/van Look [v Rn 1] 31); insbes ist der schnellste Übermittlgsweg zu wählen. II 2 bestimmt zum Schutz des Überweiden in Umsetzg der ÜberweisgRL für bestimmte Arten von Überw Höchstfristen, von denen nur iF der Nr 1 zum Nachteil des Überweiden abgewichen werden darf (s BT-Drs 14/1067 S 15, Becher DStR 99, 1360; aA Einsele JZ 00, 9/11). Folgde **Fallgruppen** sind zu unterscheiden (zu den Begriffen Rn 3): (1) Institutsinterne InlandsÜberw in Inlandswährg (§ 245 Rn 7), Kto des Überweiden od Einzahlg (I 3) u Kto des Begünstigten bei derselben Haupt- od Zweigstelle des überweiden KredInst: verbindl Höchstfrist 1 Tag (Nr 3 Hs 1). (2) And institutsinterne InlandsÜberw in Inlandswährg: verbindl Höchstfrist 2 Tage (Nr 3 Hs 2). (3) Institutsfremde InlandsÜberw in Inlandswährg: verbindl Höchstfrist 3 Tage (Nr 2). (4) AuslandsÜberw (auch institutsinterne, Schneider WM 99, 2189/93) in MitglStaaten der EU od des EWR, die auf Euro od die Währg bzw WährgsEinh des Zielstaates (weiter Gößmann/van Look [v Rn 1] 26: alle EU/EWR-Währgen) lauten: 5 Tage, angem längere Frist kann vereinbart werden (Nr 1; Gößmann/van Look [v Rn 1] 31). (5) Sonst Überw: Frist gem Vereinbg, iÜ baldmöglichst (II 1). Letzteres dürfte als allg Grds auch für die Überw gem § 676 c III gelten. – **cc) Berechnung** nach §§ 187 I, 188 I; erster Tag daher der auf das Vorliegen aller Erfordern folgde Tag, Ende mit Ablauf des letzten Tages. Es zählen nur **Bankgeschäftstage**, dh gem Nr 1 nur Werkstage, nicht dagg Sa, So u Feiertage (§ 193) bzw Tage, an denen eines der beteiligten KredInst gewöhl nicht geöffnet hat (insbes bei AuslandsÜberw Feiertage, die im Land eines der beteiligten KredInst, auch der zwgeschalteten, als solche ausgewiesen sind).

17 **c) Weitere Pflichten** s zunächst § 675 Rn 9. Das überweide KredInst hat Weisgen des Überweiden grdsätzl zu befolgen (§ 665), zB zu Art u Weise der Ausführg (etwa ÜberwWeg). Sie können wirks auch außerh des ÜberWFormulars erteilt werden (Zweibr BB 84, 748). Die Überw ist formal u ohne Rücksicht auf die zu Grde liegend RVerhältn der Beteiligten auszuführen (Grds der **formalen Auftragsstrenge**, BGH NJW-RR 00, 272, NJW 04, 2517); maßß ist der obj ErklWert des ÜberWAuftr, bei Auseinanderfallen von Kto- u Empfängerbezeichnung grdsätzl letztere (BGH NJW 03, 1389). Das ist im beleggebundenen ÜberWVerkehr nicht in AGB abdingb (BGH NJW 90, 250); ggf ist Rückfrage beim Überweiden erfdl (Jena WuB I D 1.–5.02 [Hellner]). Für die Teilnahme des Überweiden am Online-ÜberWVerkehr kann hingg, auch in AGB mit einem Untern, and vereinbart werden (BGH NJW 06, 503; sa Dresd WM 07, 1023). Auch im InterbankenVerh (Rn 7) kann der Grds dch das jew maßß Abk eingeschränkt sein (Düss WM 04, 1233), die PrüfngPfl des empfangend KredInst richten sich nach dem Abk (sa Nürnberg ZIP 02, 1722); das vom Überweiden beauftragte KredInst kann diese PflReduzierg aber nicht in AGB auf den (beleggebunden überweiden) Kunden abwälzen (SchBL/Schimansky § 49 Rn 88, str). Zum Verh des Empfängers zu seinem KredInst § 676 f Rn 11. Die Angabe des Verwendungszwecks auf der Überw ist Mitteilg des Zahlend an den Zahlgsempfänger; das KredInst hat sie gem I 1 weiterzuleiten, verletzt es diese (Neben)Pfl, kann es gem § 280 schadersatzpfl sein (Celle NJW-RR 07, 1350; and 66. Aufl, sa BGH 50, 227). Eine Künd des ÜberWVertr hat das angewiesene KredInst dem KredInst des Begünstigten unverzögl mitzuteilen od die Mitteilg zu veranlassen (IV 3). Das Gesetz gestattet die unmittelb Mitteilg (arg § 676 d II 1); das KredInst ist zur Wahl des schnellsten Weges verpflichtet (aA Becher DStR 99, 1360/64: Mitteilg in der ÜberWKette; zu Recht differenziert Gößmann/van Look [v Rn 1] 36). Ist der Auftr nicht dch Gutschrift auf dem Kto des Begünstigten ausführb, hat der Überweide nur die Anspr gem §§ 676 b, c (sa § 676 c Rn 2). **Warn- und Schutzpflichten** (§ 241 II) treffen das KredInst wg der Massencharakters der Überw nur in engsten Grenzen (BGH NJW 78, 1852, 08, 2245). IdR darf es sich auf die formale Prüfng beschränken, ob der ÜberWAuftr nach seinem äußeren Erscheingsbild in Ordng ist (Köln NJW-RR 99, 1725: Echth des Auftr, keine RückfragePfl bei Verwendung eines bankfremden ÜberWFormulars; sa Rn 11). And nur, wenn Treu u Glauben dies nach den Umst des Einzelfalls gebieten (dazu § 676 f Rn 15, auch zur Ablehng eines Auftr). Zahlt der Kunde bei Erteilg des ÜberWAuftr den erfdl Betrag auf seinem Kto ein, muss das KredInst beide Gesch so abwickeln, dass der Kunde nicht mit Zinsen belastet wird (AG Hbg NJW-RR 93, 114).

18 **5) Sonderformen der Überweisung. – a) Barüberweisung, I 3.** IdR wird die Überw von einem Giro-Kto des Überweiden bei dem KredInst aus dchgeführt. Der ÜberWBetrag steht dann in Form von Buchgeld zur Vfg (Vorb 1 v § 676 a). I 3 gestattet die Bareinzahlg des ÜberWBetrags u ermöglicht so die Überw auch außerh einer KtoBeziehg. Dies gilt aber nur bei besond Vereinbg (eigenständ GeschBesorggsVertr, BGH NJW 08, 2245 Tz 41); fehlt diese, kann das KredInst die Ausführg aGrd Bareinzahlg verweigern. Zum AuszahlgsAuftr s Rn 2.

19 **b) Dauerauftrag.** Bei ihm verpflichtet sich das KredInst aGrd eines ÜberWVertr im Voraus zur Dchführg einer Kette von (idR gleichart) Überw zu bestimmten Ausführungsterminen, idR auf ein bestimmtes Kto (Bsp: Mietzahlg). Die Ausführg steht unter dem Vorbeh, dass bei jeder einz Überw die Ausführungsvoraussetzgen, insbes KtoDeckg (Rn 15), gegeben sind. Die Beschränkg des KündR des KredInst gem III 1 bezieht sich nur auf die einz Überw, für künft Überw kann der DauerAuftr jederzeit gekünd werden.

20 **c) Sammelauftrag** ist die Zusfassg mehrerer Überw in einem besond Formular (Sammelverzeichnis). Es gelten für jede Überw die allg Regeln.

676b Haftung für verspätete Ausführung; Geld-zurück-Garantie. (1)¹ Wird die Überweisung erst nach Ablauf der Ausführungsfrist bewirkt, so hat das überweisende Kreditinstitut dem Überweisenden den Überweisungsbetrag für die Dauer der Verspätung zu verzinsen, es sei denn, dass der Überweisende oder der Begünstigte die Verspätung zu vertreten hat.² Der Zinssatz beträgt fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz im Jahr.

(2) Das überweisende Kreditinstitut hat von ihm selbst oder von einem der zwischengeschalteten Kreditinstitute entgegen dem Überweisungsvertrag einbehaltene Beträge ohne zusätzliche Entgelte und

Auslagen nach Wahl des Überweisenden entweder diesem zu erstatten oder dem Begünstigten zu überweisen.

(3) ¹ Der Überweisende kann die Erstattung des Überweisungsbetrags bis zu einem Betrag von 12 500 Euro (Garantiebetrag) zuzüglich bereits für die Überweisung entrichteter Entgelte und Auslagen verlangen, wenn die Überweisung weder bis zum Ablauf der Ausführungsfrist noch innerhalb einer Nachfrist von 14 Bankgeschäftstagen vom Erstattungsverlangen des Überweisenden an bewirkt worden ist. ² Der Überweisungsbetrag ist in diesem Fall vom Beginn der Ausführungsfrist bis zur Gutschrift des Garantiebetrags auf dem Konto des Überweisenden mit dem in Absatz 1 Satz 2 bestimmten Zinssatz zu verzinsen. ³ Mit dem Erstattungsverlangen des Überweisenden und dem Ablauf der Nachfrist gilt der Überweisungsvertrag als gekündigt. ⁴ Das Kreditinstitut ist berechtigt, den Vertrag zu kündigen, wenn die Fortsetzung des Vertrags unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für das Kreditinstitut nicht zumutbar ist und es den Garantiebetrag entrichtet hat oder gleichzeitig entrichtet. ⁵ Der Überweisende hat in den Fällen der Sätze 3 und 4 die vereinbarten Entgelte und Auslagen nicht zu entrichten. ⁶ Ansprüche nach diesem Absatz bestehen nicht, wenn die Überweisung nicht bewirkt worden ist, weil der Überweisende dem überweisenden Kreditinstitut eine fehlerhafte oder unvollständige Weisung erteilt oder wenn ein von dem Überweisenden ausdrücklich bestimmtes zwischengeschaltetes Kreditinstitut die Überweisung nicht ausgeführt hat. ⁷ In dem zweiten Fall des Satzes 6 haftet das von dem Überweisenden ausdrücklich bestimmte Kreditinstitut diesem anstelle des überweisenden Kreditinstituts.

(4) Ansprüche nach den Absätzen 1 bis 3 sind ausgeschlossen, wenn die Ursache für den Fehler bei der Abwicklung der Überweisung höhere Gewalt ist.

1 Haftungssystem der §§ 676 b, c; Verhältnis zu anderer Rechten. *Literatur:* Vorb v § 676 a, Hadding WM 00, 2465. Die Vorschr regeln die Haftg des beauftragten KredInst iR eines ÜberwVertr (§ 676 a) iF einer Leistungsstörg bei Dchföhr der Überw (zur dogmat Einordng Kümpel WM 00, 797). Sie unterscheidet 3 Fälle: Das KredInst föhrt den geschuldeten ÜberwErfolg (§ 676 a I) nicht fristgerecht (§ 676 a II) herbei (verspätete Überw, I); es föhrt ihn nicht vollständ herbei (gekürzte Überw, II); od es föhrt ihn überhaupt nicht herbei (gescheiterte Überw, III). Verspätg und Kürzg der Überw können nebeneinander auftreten; dagg schließt die Haftg nach den Grds der gescheiterten Überw die Haftg nach I u II aus. Die gescheiterte Überw wird von der verspäteten Überw nach den Voraussetzgen des III 1 Hs 2 abgegrenzt; liegen sie vor, gilt die Überw als dch den Überweisen gekündigt u damit gescheitert (III 3; Hadding WM 00, 2467/70). – § 676 b gewährt dem Überweisen zu dessen Schutz (sa Vorb 3 v § 676 a) verschuldensunabhäng (§ 676 c I 1), weitgehend unabhding MindestAnspr. Daneben bleiben nur verschuldensabhding Anspr u BereichergsAnspr nach allg Vorschr bestehen (§ 676 c I 2). Dabei wird für das Verschulden das zwgeschaltete KredInst grdsätzl als ErfGeh betrachtet (§ 676 c I 2, 3); jedoch kann in diesen Fällen die Haftg dch Vereinbg begrenzt werden (§ 676 c I 4, 5). Sonst

Anspr, die sich nach den allg Vorschr aus Leistungsstörgen ergeben würden, sind ausgeschl (BT-Drs 14/745 S 23); insbes ist die Mängelhaftg des an sich anwendb WerkVertrR verdrängt. Ebs besteht kein selbstd ErstattgAnspr aus § 667 mehr (§ 676 c Rn 2). Der Überweise kann jedoch anstelle der Erstattg gem III auch Erfüllg des ÜberwVertr in Form einer NachÜberw verlangen (GöBmann/van Look [§ 676 a v Rn 1] 38). – **2 Anspruchsgegner** ist grdsätzl (Ausrn III 7 u § 676 c II) das überweise KredInst als VertrPartner, dieses kann gg die für die mangelh Erfüllg des ÜberwVertr (verspätete od unvollständ Gutschrift etc) verantwortl zwgeschalteten KredInst ggf Rückgriff nehmen (§ 676 c Rn 1). – **Abweichende Vereinbarungen** wie § 676 a Rn 9; sa § 676 c III (dort Rn 6).

2) Verspätete Überweisung, Verzinsungsanspruch, I. AnsprGegner: überweisdes KredInst, Rn 2.

a) Voraussetzungen: (1) Bestehen eines wirks ÜberwVertr, also nicht iF einer gescheiterten (gem III 3 beendeten) Überw (Rn 1). (2) Überschreiten der Ausführungsfrist (§ 676 a Rn 16); sie kann, falls die Überw schneller bewirkt werden konnte, kürzer als die gesetzl Höchstfrist sein (arg § 676 a II 1). Kein Verschulden des überweisen KredInst od zwgeschalteter KredInst erfdl (§ 676 c I 1). Beweislast: Überweiser, substantiierte Darlegg der Verspätg genügt (Hadding WM 00, 2465). – **Ausschluss:** Wenn der Überweise od Begünstigte die Verspätg zu vertreten hat (I 1 Hs 2; Abgrenzg nach Risikosphären, Erman/v Westphalen Rn 3). Bei höherer Gewalt, IV. Nur ausnahmsw dch Vereinbg (Rn 1).

b) Inhalt: Verzinsg des ÜberwBetrags (§ 676 a Rn 1), nicht nur des Garantiebetrags für die Dauer der Verspätg, dh den Zeitraum ab Ablauf der Ausführungsfrist bis zur Bewirkg der Überw (§ 676 a Rn 15; BT-Drs 14/745 S 21). Zinssatz: Basiszinssatz (§ 247) zzgl 5% im Jahr.

3) Gekürzte Überweisung, Erstattungsanspruch, II. AnsprGegner: überweisdes KredInst, Rn 2.

a) Voraussetzungen: (1) Bestehen eines wirks ÜberwVertr. (2) Unberechtigter (dh nicht mit dem Überweisen vereinbarter) Einbehalt eines Betrags, also Abweichg des bei Bewirken der Überw (§ 676 a Rn 7) gutgeschriebenen Betrags vom ÜberwBetrag (§ 676 a Rn 1). Sie wird idR dadch verursacht sein, dass ein beteiligtes KredInst Gebühren od Auslagen vereinbarungswidrig (dh auch höher als vereinbart) einbehält; welches KredInst verantwortl ist, ist gleichgültig. Kein Verschulden des überweisen KredInst od zwgeschalteter KredInst erfdl (§ 676 c I 1). – **Ausschluss:** Gem IV bei höherer Gewalt (Rn 11). Nur ausnahmsw dch Vereinbg (Rn 2).

b) Inhalt: Nach Wahl des Überweisen (§§ 262 ff) kostenlose Erstattg des einbehaltenen Betrags an diesen od Überw des Betrags auf das Kto des Begünstigten.

4) Gescheiterte Überweisung, „Money-back-Garantie“, III. – a) Voraussetzungen: (1) Wirks ÜberwVertr; bei Künd dch das überweise KredInst (III 4) sind die Anspr des Überweisen dadch gesichert, dass die Wirksamk der Künd an die Entrichtg des Garantiebetrags gebunden ist (sa Rn 10). (2) Kein Bewirken der Überw (§ 676 a Rn 15) bis zum Ablauf der Ausführungsfrist (§ 676 a Rn 16). Da das überweise KredInst das Risiko des Gelingens trägt, ist die Ursache hierfür grdsätzl ohne Belang; zB Insolvenz eines zwgeschalteten KredInst, Verlorengeden der Überw in einem Abrechngssystem (BT-Drs 14/745 S 22). (3) ErstattgVerlangen des Überweisen an das überweise KredInst, dh jedes Verhalten, mit dem er Rückgutschrift od Auszahlg des ÜberwBetrags verlangt. (4) Kein (vollständ) Bewirken der Überw bis zum Ablauf der Nachfrist. Beginn der Frist mit Zugang des ErstattgVerlangens bei dem überweisen KredInst; Dauer 14 BankGeschTage (Begriff § 676 a Rn 16); Berechnung gem §§ 187 I, 188 I. Verschulden des KredInst ist nicht erfdl (§ 676 c I 1). – **Ausschluss:** Bei fehlerh

od unvollständ Weisg des Überweisden (insbes fehlerh Angaben), wenn diese die nicht fristgerechte Ausführg der Überw verursacht hat, **III 6** Hs 1, u zwar nach dem Wortlaut in vollem Umfang (Ehmann/Hadding WM **99** Sonderbeilage 3 S 11); dem Überweisden verbleibt dann nur gem § 676 c I 2 der BereicherGsAnspr sowie eine evtl Verschuldenshaftg des KredInst (sa Wilkens MDR **99**, 1236/40; and Erman/v Westphalen Rn 25: kein Ausschluss bei Mitverschulden des KredInst). Für das beauftragte KredInst, wenn das zwgeschaltete KredInst, das der Überweise selbst ausdrückl bestimmt hat, die Überw nicht ausgeführt hat, III 6 Hs 2 (sa Rn 9). Bei höherer Gewalt, IV. Nur ausnahmsw dch Vereinbg (Rn 2).

8 b) Inhalt: Erstattung, III 1, des Garantiebetrags, dh des ÜberwBetrags, höchstens 12 500 Euro, außerdem der dem Überweisden entstandenen ÜberwKosten (Entgelte u Auslagen), dch Gutschrift auf dem Kto des Überweisden (sa III 2), bei BarÜberw dch Auszahlg. Zur Erstattg überschießder Beträge § 676 c Rn 2. **Verzinsung, III 2**, des ÜberwBetrags (§ 676 a Rn 1), nicht nur des Garantiebetrags, für den Zeitraum vom Beginn der Ausführgsfrist (§ 676 a Rn 16) bis zur Gutschrift des Garantiebetrags auf dem Kto des Überweisden. Zinssatz wie I 2 (Rn 4); für entspr Anwendg von § 676 g I 4 bei Abbuchg vom debitor Kto Hoffmann WM **07**, 1773.

9 c) Anspruchsgegner ist grdsätzl das überweise KredInst als VertrPartner (Rn 2). Hat das vom Überweisden ausdrückl bestimmte zwgeschaltete KredInst die Überw nicht ausgeführt, richtet sich der Anspr gg dieses, **III 7**; es liegt nahe, diesen Anspr dem ZahlgsVertr zuzuordnen (§ 676 e V, dort Rn 4; näher zur Dogmatik Gößmann/van Look [§ 676 a v Rn 1] 40, 42, Tober [Vorb v § 676 a] 163 ff).

10 d) Folgen der Geltendmachung. Verlangt der Überweise Erstattg, soll der ÜberwVertr nicht mehr dchgeführt werden, wenn die Überw auch in der Nachfrist nicht bewirkt wird. – Dch **Kündigung, III 4**, kann das KredInst abweicht von § 676 a III 1 (dort Rn 12) den ÜberwVertr (zB zur Vermeidg weiterer Zinszahlg) sofort beenden unter folgendn **Voraussetzungen**: (1) Unzumutbar der Fortsetzg des ÜberwVertr für das KredInst, auch unter Berücksichtig der Interessen des Überweisden; Maßst ähnl wie § 314 Rn 7. (2) Erstattg des Garantiebetrags einschl Zinsen u bereits entrichteter Entgelte u Auslagen (Gößmann/van Look [§ 676 a v Rn 1] 40) spätestens gleichzeit mit der Künd. Es dürfte sachgerecht sein, diesen Fall wg der systemat Stell der Vorschr unabhängig vom Ztpkt der Künd als (dch das KredInst herbeigeführte) gescheiterte Überw zu behandeln mit der Folge, dass das KredInst den ÜberwBetrag gem III 2 bis zur Wirksamk der Künd zu verzinsen hat. Andfalls ergäbe sich diese VerzinsgsPfl aus I. – Kündigt das KredInst nicht, tritt **mit Ablauf der Nachfrist Beendigung** des ÜberwVertr ein, **III 3**. Es gelten dann die Regeln für die gescheiterte Überw (Rn 1). – In beiden Fällen entfällt der Anspr des KredInst auf Entgelt u Auslagenerstattg gg den Überweisden, **III 5**.

11 5) Ausschluss bei höherer Gewalt, IV. Art 9 ÜberweisgsRL (PalArch I B 8) versteht darunter ungewöhn u unvorhersehbar Ereign, auf die derjen, der sich auf höhere Gewalt beruft, keinen Einfluss hat u deren Folgen trotz Anwendg der gebotenen Sorgfalt nicht hätten vermieden werden können (zum EG-rechtl Begriff sa BVerwG DÖV **04**, 838). Nach dtischem RVerständn liegt höhere Gewalt nur vor, wenn der Fehler auf einem von außen kommen, nicht vorhersehbar, keinen betriebl Zushang aufweisden Ereign beruht u auch dch äußerste vernünftigerw zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbar war (§ 206 Rn 4, § 651 j Rn 3). So ist auch der Begriff in IV auszulegen, die RL ist nur MindStandard (aA Grundmann WM **00**, 2267/81). Jedenfalls fällt der Ausfall od ein Versagen in die Leistgserbringg eingeschalteter KredInst grdsätzl nicht darunter (Einsele JZ **00**, 9/15: Insolvenz).

676c Verschuldensunabhängige Haftung; sonstige Ansprüche. (1)¹ Die Ansprüche nach § 676 b setzen ein Verschulden nicht voraus. ² Andere Ansprüche, die ein Verschulden voraussetzen, sowie Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung bleiben unberührt. ³ Das überweisende Kreditinstitut hat hierbei ein Verschulden, das einem zwischengeschalteten Kreditinstitut zur Last fällt, wie eigenes Verschulden zu vertreten, es sei denn, dass die wesentliche Ursache bei einem zwischengeschalteten Kreditinstitut liegt, das der Überweisende vorgegeben hat. ⁴ Die Haftung nach Satz 3 kann bei Überweisungen auf ein Konto im Ausland auf 25 000 Euro begrenzt werden. ⁵ Die Haftung für den durch die Verzögerung oder Nichtausführung der Überweisung entstandenen Schaden kann auf 12 500 Euro begrenzt werden; dies gilt nicht für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, den Zinsschaden und für Gefahren, die das Kreditinstitut besonders übernommen hat.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 Satz 3 Halbsatz 2 haftet das von dem Überweisenden vorgegebene zwischengeschaltete Kreditinstitut anstelle des überweisenden Kreditinstituts.

(3) Von den Vorschriften des § 675 Abs. 1, der §§ 676 a und 676 b und des Absatzes 1 darf, soweit dort nichts anderes bestimmt ist, zum Nachteil des Überweisenden nur bei Überweisungen abgewichen werden,

1. deren Überweisender ein Kreditinstitut ist,
2. die den Betrag von 75 000 Euro übersteigen oder
3. die einem Konto eines Kreditinstituts mit Sitz außerhalb der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums gutgeschrieben werden sollen.

1 **1) Allgemeines** s § 676 b Rn 1. **1.1** stellt ledigl den Charakter der Anspr gem § 676 b als (eingeschränkte) GarantieAnspr klar.

2 **2) Verschuldens- und Bereicherungshaftung.** **1.2** regelt abschließd, welche Anspr wg fehlerh Ausführg der Überw neben § 676 b gg das überweise od ausnahmsw gg das vom Überweisden vorgegebene (II) KredInst geltend gemacht werden können (dort Rn 1).

a) Unberührt bleiben mit dem nach den allg Vorschr gegebenen Inhalt: **Verschuldensabhängige Ansprüche**, dh Anspr, die Vorsatz od Fahrlässigk des KredInst od seines ErfGeh (§§ 276 ff, Hadding WM **00**, 2465/67; sa Rn 3) voraussetzen. Bsp: SchadErs gem § 280 (wg § 280 I 2); so bei Verzug (ob gem § 286 Mahng erfdl ist, ist str; ausführl u zu Recht zw Überw nach § 676 a II 2 u and Überw differenziert Seibert NJW **06**, 2357); gem §§ 281, 283 nur, wenn die Überw nicht ausgeführt wird od gescheitert ist (vgl Hadding WM **00**, 2465/67), insbes für FolgeSchäd (VertrRücktr im ValutaVerh oä), wobei die Nachfrist gem § 281 I 1 kürzer als die Frist gem § 676 b III 1 sein kann (Risse/Lindner BB **99**, 2201/03, aA Gößmann/van Look [§ 676 a v Rn 1] 41); bei Verletzg von Mitteilgs-, Warn- u HinwPfl (§ 241 II, § 676 a Rn 17). Anspr aus §§ 823 ff.

Mitverschulden des Überweisenden, insbes wg unterlassenen Hinw auf besond Risiken, ist gem § 254 zu berücksichtigen

(Seibert NJW 06, 2357/61, auch zu AGB-Banken 11 III, AGB-Sparkassen 20 I). **Bereicherungsansprüche**, dh Anspr aus §§ 812ff (dort Rn 107). Gem § 667 steht dem Überweisenden an sich gg sein KredInst bei gescheiterten Überw ein Anspr auf Herausg des überlassenen Betrags, bei Bareinzahlg als Barbetrag, bei Überw als

Rückgutschrift zu, der sich bei (Mit)Verschulden des Kunden um den SchadErsAnspr des KredInst aus § 280 mindern kann (Hamm BB 78, 1686; KG NJW-RR 96, 427). I 2 schließt diesen Anspr aus, um das KredInst vor einer über den Garantiebetrag hinausgehenden Haftg zu schützen (sa BT-Drs 14/745 S 23). Das ist überflüss, wenn

u soweit der ÜberwBetrag (noch od wieder) bei dem KredInst vorhanden ist (sa Ehmann/Hadding WM 99 Sonderbeilage 3 S 13). Für diese Fälle ist die Einschränkung der Rechte des Überweisenden dch die RL nicht geboten u vom Gesetzgeber nicht gewollt (BT-Drs 14/1067 S 19). I 2 ist desh insow einschränkt auszulegen (teleolog Reduktion, Langenbuecher/Göbmann/Werner § 1 Rn 76, aA Hoffmann WM 01, 881: § 812).

b) Haftung für zwischengeschaltete Kreditinstitute. I 3 stellt klar, dass diese KredInst (Begriff § 676 a Rn 3) als ErfGeh (§ 278) des überweisenden KredInst anzusehen sind (ebso im Ergebn v Westphalen BB 00, 157; aA Kumpel WM 00, 797: GarantieHaftg des überweisenden KredInst; für Abdingbark iR von III Wackerbarth ZIP 00, 1187/94), u zwar entgg § 664 I 2 auch bei Ausführg der Überw. Ausn: Der Überweiser hat (idR dch Weisg, § 676 a Rn 17) die Einschaltg eines bestimmten KredInst vorgegeben u die wesentl Ursache für den Fehler liegt bei diesem Institut. In diesem Fall richten sich die Anspr gem Rn 2 wie iFv § 676b III 7 gg das vorgegebene KredInst (II). Nachw zur Dogmatik s dort.

c) Haftungsbegrenzung. Sie betrifft nur die Anspr gem I 2, 3 u wäre insow an sich unbeschadet III zuläss, da I 2 keine eig Anspr begründet, sond nur auf Anspr außerh der §§ 676 a ff verweist. I 4 und I 5 legen jedoch Mindesthaftgssummen fest, von denen nur bei Überw gem III zum Nachteil des Überweisenden abgewichen werden kann (krit Bydlinki WM 99, 1046/51), u zwar auch dch AGB des KredInst (Klamm/Koch NJW 99, 2776/78).

– I 4 gestattet bei **Auslandsüberweisungen** (§ 676 a Rn 3) eine Begrenzg der Haftg für zwgeschaltete KredInst (I 3) auf höchstens 25 000 Euro; Grd: eine Absicherg des Rückgriffs auf das zwgeschaltete Auslandsinstitut ist häuf nicht mögl. Bei InlandsÜberw ist eine Begrenzg dieser Haftg nur iR von I 5 zuläss. – Für **Nichterfüllungs- und Verzögerungsschäden**, die nicht in einem ZinsSchad bestehen, lässt I 5 eine Haftgsbegrenzg mit 2 Einschränkungen zu: (1) Das Verschulden (auch des zwgeschalteten KredInst, I 3) darf nicht in Vorsatz (§ 276 Rn 10) od grober Fahrllk (§ 277 Rn 4) bestehen. (2) Das überweiserde KredInst darf das Risiko nicht ausdrükl übernommen haben; allein die Annahme des ÜberwAuftr in Kenntn der Bedeutg pünktl Dchführg genügt nicht (Bydlinki aaO).

3) Abweichende Vereinbarungen, III. Allg zur Bedeutg der Vorschr Göbmann/van Look [§ 676 a v Rn 1] 27, 42; sa Wackerbarth ZIP 00, 1187/94.

a) Zwingend sind grdsätzl die über § 675 I (dort Rn 7, 8) in Bezug genommenen AuftrVorschr sowie §§ 676 a, 676 b u 676 c I, aber nur zG des Überweisenden. Zu den Ausn bzgl der einz Vorschr s dort.

b) Eine Ausnahme bzgl der Haftg (Risse/Lindner BB 99, 2201/06) gilt für **folgende Überweisungsarten:** **Nr 1:** Überw eines KredInst (Begriff § 675 a Rn 7). **Nr 2:** Überw mit einem ÜberwBetrag (§ 676 a Rn 1) über 75 000 Euro. **Nr 3:** AuslandsÜberw auf Kten, die bei KredInst (dh Haupt- od Zweigstellen, auch desselben KredInst) in Staaten außerh der EU od des EWR (§ 676 a Rn 3) geführt werden (BT-Drs 14/745 S 24). Dies entspricht Art 2 Buchst d ÜberweisgRL (PalArch I B 8), der Zweigstellen außerh des Staates, in dem das Untern seinen Sitz hat, als selbstd KredInst behandelt. Ein Abstellen auf den Sitz des Untern, nicht die Belegen der ktführenden Stelle (so der Wortlaut) würde dem widersprechen (ebso Göbmann/van Look [§ 676 a v Rn 1] 27). Die Erstattg einbehaltener Beträge (§ 676 b II) kann auch in den Fällen des § 676 c III nur bzgl der Folgen einer PflVerletzg eingeschränkt werden (Bydlinki WM 99, 1046/1052). – Bei Abweichg in **AGB** (§ 676 a Rn 5; näher Risse/Lindner BB 99, 2201/06, Grundmann WM 00, 2267/81) gelten für die Inhaltskontrolle die allg Regeln der §§ 305 ff (für allg Zulässigg Göbmann/van Look [§ 676 a v Rn 1] 42; sa Erman/v Westphalen Rn 12). Eine im RegEntw enthaltene Einschränkung (BT-Drs 14/745 S 28) ist nicht Gesetz geworden.

Kapitel 3. Zahlungsvertrag

676d Vertragstypische Pflichten beim Zahlungsvertrag. (1) Durch den Zahlungsvertrag verpflichtet sich ein zwischengeschaltetes Kreditinstitut gegenüber einem anderen Kreditinstitut, im Rahmen des Überweisungsverkehrs einen Überweisungsbetrag an ein weiteres Kreditinstitut oder an das Kreditinstitut des Begünstigten weiterzuleiten.

(2) Das Kreditinstitut des Begünstigten ist verpflichtet, einen Überweisungsbetrag an das überweisende Kreditinstitut zurückzuleiten, wenn ihm vor dessen Eingang eine entsprechende Mitteilung durch das überweisende Kreditinstitut zugeht. ² Im Rahmen von Zahlungsverkehrssystemen braucht die Kündigung von dem in den Regeln des Systems festgelegten Zeitpunkt an nicht mehr beachtet zu werden.

1) Allgemeines, Anwendungsbereich der §§ 676 d, e. Literatur: Vorb v § 676 a (ÜG), insbes Göbmann/van Look WM 00 Sonderbeilage 1 S 43. Die Vorschr regeln nicht nur den ZahlgsVertr, sond auch die AusglProblematik im InterbankenVerh (§ 676 a Rn 7) bei Störgeen iR eines ÜberwVorgangs (§ 676 a Rn 1). Sie dienen dem Ziel, bei derart Störgeen einen entstandenen Schaden letztl dem KredInst zuzuordnen, das die Störg verursacht hat (sa Vorb 3 v § 676 a). Ist die Störg dch eine Künd des Überweisenden verursacht, muss der ÜberwBetrag an das überweiserde KredInst zurückgeleitet werden (§ 676 d II). Für and Störgeen haftet das überweiserde KredInst zwar dem Überweisenden grdsätzl verschuldensunabhäng gem § 676 b, erhält aber seinerseits Kompensation, u zwar entweder von dem verantwortl zwgeschalteten KredInst unmittelb (§ 676 e I, II, III 4, sog Sprunggreß; zur dogmat Einordng Einsele JZ 00, 9/18) od von dem KredInst, mit dem es einen ZahlgsVertr abgeschl hat (§ 676 e III 1). Dieses kann im letztgenannten Fall das von ihm beauftragte

zwgeschaltete

KredInst in Anspr nehmen, wenn es nicht selbst für die Störg verantwortl ist, usw; die Kette bricht bei dem für die Störg verantwortl KredInst ab (sog Kettenregress). Dieses hat so im Ergebn den dch die Störg verursachten Aufwand zu tragen. Desh korrespondieren auch die Anspr gem § 676e weitgehd mit den Anspr aus §§ 676b, c. Haftet das überweide KredInst nicht selbst (§ 676b III 7), wird ein unmittelb AusglAnspr zG des Überweiden begründet (§ 676e Rn 4). Nicht erfasst ist das KredInst des Begünstigten, da dieses gem § 676g ggü dem Begünstigten verpflichtet ist. – **Anwendbar** sind §§ 676d, e wg des engen Zushang der Vorschr nur auf Überw, für die §§ 676a ff gelten; s Vorb 5 v § 676a u EG 228. Nicht dagg auf das InterbankenVerh iR and bargeldloser Zahlgen (Bülow WM 00, 58: Scheckzahlg). – **Abdingbar** sind §§ 676d, e, and als §§ 676a–c, in vollem Umfang; Grenze nur gem § 307. Folge: Risikoverlagerg auf das überweide KredInst, da die Anspr aus dem ÜberwVertr weitgehd unabdingb sind (§ 675c III; Schneider WM 99, 2189/95). Im Inlandsverkehr gilt das Abk zum ÜberwVerkehr (§ 676a Rn 7; Gößmann/van Look S 45).

- 2 **2) Zahlungsvertrag, I. – a) Wesen.** Der ZahlgsVertr betrifft nur das Verhältn zw KredInst iR des mehrgliedr ÜberwVerkehrs, u zwar des überweiden od eines zwgeschalteten KredInst zu einem and zwgeschalteten KredInst (s § 676a Rn 3), nicht aber das Verhältn des überweiden od zwgeschalteten KredInst zum KredInst des Begünstigten (ÜberwEmpfänger; BT-Drs 14/1067 S 19; für Anspr dieses KredInst gg das letzte zwgeschaltete KredInst Gößmann/van Look [Rn 1] 11) od zum Überweiden od Begünstigten selbst. Es handelt sich um einen GeschBesorggsVertr mit DienstVertrCharakter (für WerkVertrCharakter Gößmann/van Look [Rn 1] 43), da das KredInst als HauptPfl nur eine Tätigk (Weiterleitg) schuldet. Nach dem Gesetzeswortlaut bezieht sich der Vertr auf die einz Überw, er kann aber auch als RahmenVertr für eine Vielzahl von Überw abgeschl werden u ist dann DauerschuldVerh (Gößmann/van Look [Rn 1] 43). – **Abschluss** des Vertr nach den allg Vorschr, sa HGB 362 I. Als RahmenVertr können die Abk zum ÜberwVerkehr (§ 676a Rn 7) angesehen werden. – **Beendigung** dch Künd ist für den EinzelVertr im Hinbl auf die Besonderh des mehrgliedr ÜberwVerkehrs grdsätzl ausgeschl (s aber Rn 5 u § 676e Rn 2), vertragl Aufhebg jedoch mögl (Rn 5; Klamt/Koch DB 99, 943/44). Bei Rahmen-Vertr ist Künd zuläss (Gößmann/van Look aaO). Keine Beendigg des beauftragten KredInst (InsO 116 S 3).
- 3 **b) Pflichten des beauftragten Kreditinstituts.** Weiterleitg des ÜberwBetrags (§ 676a Rn 1) u, wie sich aus der gesetzl Gesamtkonzeption ergibt, auch der für die Dchführg der Überw erfdl Daten (§ 676a I, § 676f S 2) an ein and KredInst; das kann das KredInst des Begünstigten sein od ein weit zwgeschaltetes KredInst. Der ÜberwBetrag muss unverzügl u ungekürzt weitergeleitet werden, andfalls wird SchadErs u/od Erstattg geschuldet (§ 676e I–III). NachforschgsPfl gem § 676e IV. Ggf Rückleitg (Rn 5).
- 4 **c) Pflichten des beauftragenden Kreditinstituts.** S §§ 675 I, 662 ff. Insbes Zahlg der vereinbarten od übl Vergütg (§§ 611, 612); Erstattg von Aufwendgen (§§ 675 I, 670).
- 5 **3) Rückleitgspflicht, II.** Der Überweide (§ 676a IV 1) u unter engen Voraussetzgen auch das KredInst (§ 676b III 4) können den ÜberwVertr auch noch nach Beginn der Ausführgsfrist kündigen. **II 1** regelt die Rückabwicklg im InterbankenVerh für den Fall einer solchen Künd (BT-Drs 14/745 S 24), indem er dem überweiden KredInst einen Anspr auf Rückleitg des ÜberwBetrags gg das KredInst des Begünstigten einräumt. Daraus folgt, dass das Gesetz mit der Rückleitg auch den ZahlgsVertr als beendet ansieht, wenn er als EinzelVertr ausgestaltet ist. Man wird das Rückleitgsverlangen (Rückruf) dann als Angebot zur Aufhebg des ZahlgsVertr auffassen können (sa Rn 2). Ist der ÜberwBetrag dem KredInst des Begünstigten endgült zur Gutschrift zur Vfg gestellt worden, scheidet ein Rückruf aus (§ 676a IV 1 analog), wenn dem Begünstigten gg dieses ein Anspr auf Gutschrift (§ 676f Rn 11) od Auskehrg (§ 667) zusteht (BGH NJW 07, 914: Beendigg des GiroVertr). – Wird die Überw iR eines **Zahlungsverkehrssystems** (§ 676a Rn 3) dchgeführt, kann nach dessen Regeln die Lösg vom ÜberwVertr u ZahlgsVertr sowohl für das KredInst des Überweiden (§ 676a III 2) wie auch für den Überweiden selbst (§ 676a IV 2) u ein zwgeschaltetes KredInst (Art 5 ZahlgsSichgsRL, PalArch I B 11) ausgeschl sein. Das überweide KredInst u das zwgeschaltete KredInst sind dann zur unbedingten Ausführg der Überw verpflichtet. Desh ist der RückleitgsAnspr, ebenso wie das LösgsR selbst, dch **II 2** bei Dchführg der Überw iR eines Zahlgsystems dch dessen Regeln eingeschränkt (wie § 676a Rn 12).

676e Ausgleichsansprüche. (1) Liegt die Ursache für eine verspätete Ausführung einer Überweisung in dem Verantwortungsbereich eines zwischengeschalteten Kreditinstituts, so hat dieses den Schaden zu ersetzen, der dem überweisenden Kreditinstitut aus der Erfüllung der Ansprüche des Überweisenden nach § 676b Abs. 1 entsteht.

(2) Das zwischengeschaltete Kreditinstitut hat die von ihm selbst entgegen dem Überweisungsvertrag einbehaltenen Beträge ohne zusätzliche Entgelte und Auslagen nach Wahl des überweisenden Kreditinstituts entweder diesem zu erstatten oder dem Begünstigten zu überweisen.

(3) ¹ Das Kreditinstitut, das mit dem überweisenden Kreditinstitut einen Zahlungsvertrag geschlossen hat, ist verpflichtet, diesem die geleisteten Zahlungen zu erstatten, zu denen dieses nach § 676b Abs. 3 gegenüber dem Überweisenden verpflichtet war. ² Jedes zwischengeschaltete Kreditinstitut ist verpflichtet, dem Kreditinstitut, mit dem es einen Zahlungsvertrag zur Weiterleitung der Überweisung abgeschlossen hat, die nach Satz 1 oder nach dieser Vorschrift geleisteten Zahlungen zu erstatten. ³ Wird die Überweisung nicht bewirkt, weil ein Kreditinstitut dem von ihm zwischengeschalteten Kreditinstitut eine fehlerhafte oder unvollständige Weisung erteilt hat, ist der Erstattungsanspruch dieses Kreditinstituts nach den Sätzen 1 und 2 ausgeschlossen. ⁴ Das Kreditinstitut, das den Fehler zu vertreten hat, hat dem überweisenden Kreditinstitut den ihm aus der Erfüllung seiner Verpflichtungen nach § 676c Abs. 1 entstehenden weitergehenden Schaden zu ersetzen.

(4) An der Weiterleitung eines Überweisungsbetrags beteiligte Kreditinstitute, die nicht auf Ersatz haften, haben selbständig nach dem Verbleib des Überweisungsbetrags zu forschen und dem

Anspruchsberechtigten den von ihnen aufgefundenen Überweisungsbetrag abzüglich einer angemessenen Entschädigung für die Nachforschung zu erstatten.

(5)¹ **Entfallen Ansprüche, weil der Überweisende das zur Weiterleitung beauftragte Kreditinstitut vorgegeben hat, so hat dieses den Überweisenden so zu stellen, wie er bei Anwendung des § 676b Abs. 3 stünde.** ² **Im Übrigen gilt § 676b Abs. 4 sinngemäß.**

1) Ersatzansprüche des überweisenden Kreditinstituts. Zum Zweck der Regelgen § 676 d Rn 1. Es handelt sich ihrer Natur nach um SchadErsAnspr. Sie richten sich gg ein dch ZahlgsVertr zwgeschaltetes KredInst (§ 676 d Rn 2) u setzen, and als der ErstattgsAnspr (Rn 2), voraus, dass dieses für die Störg verantwortl ist (zur dogmat Einordng Gößmann/van Look [§ 676 d Rn 1] 46, Tober [Vorb v § 676 a] 163 ff). Ggf können auch mehrere zwgeschaltete KredInst haften, wenn jedes nur für einen Teil der Störg verantwortl ist (zB mehrfache Verzögerung bei verschiedenen KredInst). Für Kürzgen gem § 254 sind die Verursachgsbeiträge maßß (BT-Drs 14/745 S 25). – **Für Zinsschaden, I**, wie § 676 b I, dort Rn 3, 4. – **Für einbehaltene Beträge, II**, wie § 676 b II, dort Rn 5, 6. Das WahlR (§ 262) des überweisenden KredInst gestattet es diesem, von dem zwgeschalteten KredInst Erfüllung des Anspr entspr der Wahl zu verlangen, die seinerseits der Überweisende gem § 676 b II getroffen hat. – **Für verschuldensabhängige Ansprüche, III 4**, wie § 676 c Rn 2 ff. Der Anspr erstreckt sich nach seiner systemat Stellg nur auf Anspr bei gescheiterter Überw; ob er auf Anspr bei verspäteter od gekürzter Überw entspr herangezogen werden kann, ist zweifelh. Er ist nach dem Wortlaut der Vorschr unabhängig von der ÜberwKette gg das verantwortl zwgeschaltete KredInst gerichtet u setzt voraus, dass dieses die Störg zu vertreten hat (§§ 276, 278). Er ist der Ausgl dafür, dass das überweisende KredInst ggü dem Überweisenden für V erschulden des zwgeschalteten KredInst einzustehen hat (§ 676 c I 3). Er ist desh nicht gegeben, soweit wie iFv § 676 c I 3 Hs 2 diese Voraussetzng fehlt.

2) Erstattung der Garantiezahlungen, III. Sie wickelt sich iR der ÜberwKette ab, dh jew iR des abgeschl ZahlgsVertr bis zu dem KredInst, das die Störg verursacht hat (s § 676 d Rn 1). S 1 regelt den ErstattgsAnspr des überweisenden KredInst. S 2 gewährt dem erstattenden KredInst einen Anspr gg das seinerseits von ihm beauftragte KredInst in Höhe des von ihm erstatteten Betrags. Das dch den ZahlgsVertr beauftragte KredInst wird, um die Erstattg gering zu halten, von dem überweisenden KredInst uU die Künd des ÜberwVertr (mit der Folge der Beendigg auch des ZahlgsVertr, § 676 d Rn 5) verlangen können, wenn die Voraussetzgen des § 676 b III 4 vorliegen. – **Voraussetzung** des Anspr ist jew: (1) ein wirks ZahlgsVertr; (2) Leistg einer Erstattgszahlg dch den AuftrG des ZahlgsVertr; die Verpfl zur Leistg genügt nicht (aA Gößmann/van Look [§ 676 d Rn 1] 47: Erstattgsverlangen genügt). – **Ausgeschlossen, III 3**, ist der Anspr, soweit die Störg bei dem verpfl KredInst dch eine fehlerh od unvollständ Weisg (§ 665) des beauftragten KredInst verursacht ist. Grd: In diesem Fall ist das beauftragte KredInst für die Störg verantwortl, so dass die Erstattgskette bei ihm abrechnen muss. Außerdem iF höherer Gewalt (V 2). – **Inhalt.** Der Anspr umfasst grdsätzl den Garantiebetrag zzgl ÜberwKosten sowie den Zinsbetrag (§ 676 b III 1, 2, dort Rn 8), höchstens aber den von dem berecht KredInst seinerseits erstatteten Betrag. – **Wirkung.** Der ZahlgsVertr gilt als gekündigt (§ 676 b III 3).

3) Erstattung des Überweisungsbetrags, IV. Die Vorschr betrifft den ÜberwBetrag, also die Erstattg auch des über den Garantiebetrag hinausgehenden Betrags. Bei Abbruch des ÜberwVorgangs ergibt sich eine ErstattgsPfl des KredInst, bei dem der Betrag aufgefunden wird, sowie der KredInst, die den Betrag wiedererlangen, bereits aus §§ 675 I, 667 (BT-Drs 14/1067 S 19). IV verpflichtet darüber hinaus alle zwgeschalteten KredInst, die nicht gem I–III haften, ggü ihrem VertrPartner (Gößmann/van Look [§ 676 d Rn 1] 49; dogmat Einordng Tober [Vorb v § 676 a] 163 ff), nach dem Verbleib des ÜberwBetrags zu forschen u ihn, sofern er bei ihnen aufgefunden wird, zu erstatten. Eine Entschädigg für die Nachforschg erhält das KredInst nur, wenn der Betrag aufgefunden wird, in der Form, dass es bei Erstattg eine angem Entschädigg abziehen darf. Hadding (WM 00, 2465/72) hält die Regelg für überflüss.

4) Haftung des vorgegebenen Kreditinstituts, höhere Gewalt (V). Hat der Überweisende die Einschaltg eines bestimmten KredInst vorgegeben u liegt die Ursache für den Fehler des ÜberwVorgangs bei diesem Institut, haftet das überweisende KredInst nicht (§ 676 b III 6 Hs 2). **V 1** bestimmt, dass dann das vorgegebene KredInst ggü dem Überweisenden für die gem § 676 b III geschuldeten Beträge aufzukommen hat. Die Vorschr stellt klar, dass auch im InterbankenVerh dieses KredInst verantwortl ist, u begründet entspr § 676 b III 7 einen eig Anspr des Überweisenden aus dem ZahlgsVertr, so dass letztere Vorschr überflüss ist (dort Rn 9, auch zur Dogmatik). – Gem **V 2** entfällt die Haftg gem § 676 e wie iF des § 676 b IV bei höherer Gewalt (s § 676 b Rn 11).

Kapitel 4. Girovertrag

676f Vertragstypische Pflichten beim Girovertrag. ¹ **Durch den Girovertrag wird das Kreditinstitut verpflichtet, für den Kunden ein Konto einzurichten, eingehende Zahlungen auf dem Konto gutzuschreiben und abgeschlossene Überweisungsverträge zu Lasten dieses Kontos abzuwickeln.** ² **Es hat dem Kunden eine weitergeleitete Angabe zur Person des Überweisenden und zum Verwendungszweck mitzuteilen.**

1) Girovertrag	1–5	b) Gutschrift, S 1	9–13
a) Wesen, anzuwendendes Recht	1	c) Ausführung von Überweisungen, S 1	14
b) Anwendungsbereich	2	d) Weitere Pflichten	15
c) Abschluß	3	3) Pflichten des Kunden	16
d) Inhalt	4	4) Weitere Geschäfte	17–30
e) Beendigung	5	a) Scheckvertrag und Scheckinkasso	17–19
2) Pflichten des Kreditinstituts	6–15	b) Bankkarte, Kreditkarte	20–25
a) Kontoeinrichtung und -führung	6–8	c) Lastschriftverfahren	26–30

- 1 **1) Girovertrag.** *Literatur:* Vorb v § 676 a, insbes Gößmann/van Look WM 00 Sonderbeilage 1.
- a) Wesen, Anwendungsbereich, anzuwendendes Recht.** Der GiroVertr ist ein GeschBesorggsVertr (§ 675 I) mit DienstVertrCharakter, uU mit einz werkvertragl Elementen (Gößmann/van Look [Rn 1] 10, 19; zu den anzuwendenden Vorschr § 675 Rn 7). Er ist gseit Vertr u wg seines auf Dauer angelegten Inhalts DauerschuldVerh (BGH NJW 02, 3695) mit dem Ziel der Abwicklg bargeldlosen Zahlungsverkehrs (Vorb 1 v § 676 a) des Kunden über ein für diesen bei dem KredInst eingerichtetes Kto. Er ist RahmenVertr (Einf 19 v § 145; Klant/Koch NJW 99, 2776) für EinzelVertr, die zu Buchgen auf diesem Kto führen (zB ÜberwVertr gem § 676 a). – **Abdingbar** sind §§ 676 f, g zwar im Grds, § 676 g jedoch nur in engem Umfang (§ 676 g IV; dort Rn 11). – **Internationales Privatrecht** Einf 3 v § 675.
- 2 **b) Anwendbar** sind §§ 676 f, g seit Inkraftf des *ÜberweisgsG* (Einf 2 v § 675) auf alle, auch bereits bestehde GiroVertr (Grd: DauerschuldVerh; s § 314 Rn 2), soweit nicht EG 228 (s dort) ausdrückl Sonderregelgen trifft. Daher gelten § 676 f (insbes S 2) u § 676 g für InlandsÜberw u Überw in Staaten außerh der EG u des EWR erst seit **1. 1. 2002**, für inländ Überw der RentenVersTräger u vergleichb Überw gar nicht. Ändergen dch das *SMG* gelten für alle ab 1. 1. 02 abgeschl Vertr, außerdem, da DauerschuldVerh, ab 1. 1. 03 auch für vorher abgeschl GiroVertr (EG 229 § 5).
- 3 **c) Abschluss.** Kunde kann jede natürl od jur Pers sein, auch eine OHG, KG, GbR (Köln WM 02, 2340), Vor-GmbH (Brdbg NZG 02, 182, auch zur Haftg des handelnden Gesellschafters); Mehrh von KtoInhabern Rn 6. Minderj bedürfen der Zustimmung des gesetzl Vertreters (§§ 107, 108), keine Ausn für öff Sparkassen iRv EG 99. VertrPartner muss wg KWG 1 I Nr 9 ein KredInst (§ 675 a Rn 7) sein. Der Vertr ist formfrei, auch wenn die KtoÜberzieh gestattet ist (§ 493), wird jedoch schon wg der Einbeziehg der AGB idR schriftl abgeschl. Grdsätzl kein Abschlusszwang für KredInst (str); and uU für Kto auf Guthabenbasis bei KredInst der öff Hand aGrd LandesR (Sparkassen), bei SelbstVerpfl des KredInst (allg ZKA-Empfhehg genügt nicht, str, sa Mülberr FS Konzen S 561/65), für polit Part (PartG 5, OVG Bln NJW 04, 3585) od gem dem AGG (dort § 19 Rn 3, § 21 Rn 7); Nachw Einf 10 v § 145.
- 4 **d) Inhalt.** Er richtet sich grdsätzl nach den vertragl Vereinbgen, idR nach den einschläg *AGB* des KredInst (§ 307 Rn 77). Wesentl ist die Verpfl des KredInst zur Führg eines laufden Ktos (Rn 6f), ggf auch mehrerer Kten (Gößmann/van Look [Rn 1] 19), über das iR des bargeldlosen Zahlungsverkehrs Zahlsvorgänge zG des Kunden (Gutschrift, Rn 9) od zu seinen Lasten (zB aGrd Überw, Rn 14) dchgeführt werden (S 1). Inbegriffen sind ferner idR (BGH NJW 06, 430) die Ausführg von DauerAuftr, Einziehg vom Kunden eingereichter Schecks (Rn 19) u Abbuchg von Lastschriften von dem Kto (Rn 26ff). Weitere Leistgen des KredInst bedürfen besond Vereinbg, zB die Verpfl zur Einlösg von dch den Kunden auf das KredInst gezogener Schecks (ScheckVertr, Rn 18), zu mit einer Bankkarte verbundenen Leistgen (§ 676 h Rn 7ff), zum Lastschriftinkasso für den Kunden (Rn 27), zum Online- od Internet-Banking (Wiesgickl WM 00, 1039/43; sa § 675 Rn 11). IR der KtoDeckg (dh Guthaben od Kredit, der ggf bis zu einem bestimmten Betrag, VfgsRahmen, gewährt wird; sog Buchgeld, Vorb 1 v § 676 a) hat das KredInst vertragsmäß getroffene Vfgn des *Berechtigten* auszuführen (BGH 98, 28; zum ÜberwVertr s Rn 14). Das ist grdsätzl der KtoInhaber (Rn 6), iÜ sein gesetzl Vertreter od Bevollm iR ihrer Vertretgsmacht (Einf 5 ff v § 164; BGH NJW 06, 430 für Betreuer; KtoVollm § 167 Rn 9). Mit Ausführg erlangt das KredInst einen AufwendsErsAnspr (§ 670, dort Rn 2, auch zu Fälschgen uä), uU auch einen VorschussAnspr (§ 669), mit dem es das Kto belasten kann; § 787 I ist nicht entspr anwendb (dort Rn 3). Außerdem bestehen eine Reihe von NebenPfl (Rn 15). *Pflichtverletzungen* führen im Grds zu den R Folgen nach allg SchuldR, insbes zu Schad-ErsAnspr gem § 280. Mitverschulden s § 254 Rn 14.
- 5 **e) Beendigung.** Der GiroVertr kann dch Vereinbg beendet werden. Er ist, auch für das KredInst unter Beachtg von § 627 II, jederzeit ordentl kündb (§ 627 I, BGH NJW 91, 978; LG Saarbr NJW-RR 01, 481; KtoPfändg); bei abweichder Vereinbg (AGB-Banken [Rn 4] 19 I 3; KündFrist 6 Wochen) jedenfalls außerordentl aus wicht Grd gem § 626 (sa AGB-Banken 19 III u § 314). Das gilt auch, wenn das Kto als KtoKorrent geführt, zB ein KtoKorrentkredit eingeräumt ist (BGH BB 87, 1488; sa § 490, HGB 355 III). Einseitl TeilKünd ist nicht mögl (BGH NJW 06, 430). Die Künd kann im Einzelfall missbräuchl sein (Köln u BGH WM 85, 1128), zB bei KontrahiergsPfl (Rn 3 u § 242 Rn 52), od gg § 134, § 138 verstoßen (dort Rn 91); str für ParteiKten (NPD- u DVU oä), bejahd BGH für staatl od staatl beherrschtes KredInst (NJW 03, 1658 [öff Sparkassen; Lepper BKR 04, 175], 04, 1031 [Postbank]), verneind zB Mü NJW-RR 02, 193, sa § 242 Rn 12 a u Köln WM 03, 1892. Eröffnung des InsolvenzVerf des Kunden beendet den GiroVertr einschl der KtoKorrentAbrede (InsO 116 S 1, BGH WM 08, 1442 Tz 11, aA Mülberr FS Kumpel S 395; insolvenzrechtl Folgen Heublein ZIP 00, 161), nicht dagg diejen des KredInst od der Tod des Kunden (§ 1922 Rn 30f). Mit Beendig endet die Funktion des Ktos als Zahlungsverkehrskto. Ein Guthaben ist auszuzahlen, ein Sollsaldo zurückzuführen (Rn 8, HGB 355 III). Das KredInst ist zur Ausführg bargeldloser Transaktionen (Rn 4) nicht mehr verpfl, kann aber, jedenfalls für angem Zeit, eingehde Zahlgen weiterhin entgegennehmen u auf dem Kto verbuchen (S 1) od an den Inhaber auskehren (§ 667; BGH NJW 07, 914; WM 08, 1442 Tz 12 zur Bedeutg in der Insolvenz des Kunden; krit von Sethe BKR 08, 16).
- 6 **2) Einzelne Pflichten des Kreditinstituts.** S zunächst Rn 4.
- a) Kontoeinrichtung und -führung, S 1.** Die ordnungsgem Führg des Ktos ist HauptPfl. – **aa) Konto** iS des BilanzR ist das Handelsbuch (HGB 238), das bezogen auf die dch den GiroVertr begründete GeschBeziehg über die Gesch geführt wird, die das KredInst iR dieser GeschBeziehg vornimmt (SchBL/Gößmann § 29); iwS das zur KtoFührg bestehde VertrVerhältn zw Kunde u KredInst (Baumbach/Hopt Anh 7 A/36, auch zu verschiedenen KtoFormen). Es beinhaltet entweder eine Fdg des Kunden (Guthaben; AktivKto) od eine Fdg des KredInst (idR aGrd Kredits; PassivKto; sa Einf 20 ff v § 488). **Inhaber** ist, wer nach dem erkennb Willen des die KtoEröffng beantragden Kunden Gläub (od Schu) des KredInst werden soll, auch wenn die Ersteinlage von einem Dritten stammt od das Kto wirtschaftl einem and zuzurechnen ist (BGH NJW 95, 2621). Das ist idR bei einem Giro- od FestgeldKto, wer als KtoInhaber bezeichnet ist (BGH NJW 96, 840, Saarbr NJW-RR 08, 954; sa § 328 Rn 9 a), sofern sich aus den Umst nicht and ergibt (Mü NJW-RR 00, 1682); beim (VollR)TreuhandKto der Treuhänder (Zweibr WM 00, 2491; sa KG NZG 06, 706/10), auch bei Offenlegg der Treuhand (Karlsru WuB I B 2.–1.00); beim SparKto, wer das Sparbuch in Besitz nimmt (BGH NJW 05, 980, GgBsp NJW 05, 2222, BamB WM 06, 273; Eltern). Das Kto kann für eine Pers geführt werden (EinzelKto; auch für eine GbR, Rn 3) od für mehrere (GemschKto). Beim *Gemeinschaftskonto* (näher K. Schmidt FS Hadding S 1093) kann jeder Inhaber aGrd wechselseit Vertretgsmacht (BGH WM 91, 313) allein verfügsberecht sein (*Oder-Konto*;

dazu Lenkaitis/Messing ZBB 07, 364). Die Inhaber sind dann als Gläub GesamtGläub (§ 428 Rn 3; InnenVerh § 430 Rn 2, Gernhuber WM 97, 645; Reihenfolge der Ausführg mehrerer Auftr LG Ffm NJW-RR 04, 775; Wirkg der Pfändg gg einen Inhaber Dresd WM 01, 1148); als Schu GesamtSchu (§ 421, BGH NJW-RR 93, 233; InnenVerh § 426), wobei nur solche Buchgen eingestellt werden dürfen, die beide Inhaber gg sich gelten lassen müssen (BGH BKR 02, 835 [Schäfer]; sa Karlsr NJW 03, 222). Od die Inhaber sind nur gemeinschaftl verfügberecht (*Und-Konto*). Dann sind sie (SchBL/Hadding § 35 Rn 17f): als Gläub GesamthandGläub, sofern sie eine GesamthandGemsch bilden u als solche das Kto eröffnet haben, sonst BruchteilsGemsch gem § 741 (dort Rn 3; sa § 432 Rn 2); als Schu sind sie GesamtSchu. Der einz Beteiligte kann ein Oder-Kto mangels and Vereinbg nicht ggü der Bank dch Widerruf der EinzelVfgsBefugn des and in ein Und-Kto umwandeln (BGH NJW 91, 420, str). EhegattenKto § 1372 Rn 8. Tod des KtoInhabers § 1922 Rn 30. Sa Rn 4.

bb) Geführt wird das Kto idR kr Vereinbg in AGB als **Kontokorrent** (HGB 355; BGH 84, 325), dh die beiderseit ktokorrentföh (dh unbedingten u fäll) Anspr u Leistgen werden in eine laufde Rechng eingestellt mit dem Ziel der Verrechng u Feststellg eines Saldos zu einem bestimmten Ztpkt (idR das Quartalsende). Gutschrift für nach SGB I 55 unpfändb Fdgen sind grdsätzl nicht verrechnungs- u damit nicht ktokorrentföh (§ 394), and bei ZPO 850k unterfallden Fdgen (aA Heidelbg WM 00, 241 [Bitter WuB VI E. § 850k ZPO 1.00]). Die vom KtoKorrent erfassten EinzelAnspr verlieren ihre rechtl Selbständigk, dh sie werden Rechngsposten u können nicht mehr selbstd geldgemacht od erfüllt, abgetreten, verpfändet (BGH 84, 371) od gepfändet (BGH 80, 172) werden (KtoKorrentbindg); Klage auf Feststellg eines EinzelAnspr ist aber mögl. Insolvenz des Kunden beendet das KtoKorrentVerh (Steinhoff ZIP 00, 1141, insbes zur Verrechng von Gutschriften vor Eröffng). – **Buchungen.** Ihre Dokumentation ist HauptPfl des KredInst, dieses trägt das Risiko der Ordnngsmäßigk u des materiellen Bestehens gebuchter Positionen (BGH NJW 01, 453). Als *Gutschrift* (Rn 9) werden Leistgen u Fdgen des Kunden gebucht. Als *Belastung* werden Fdgen des KredInst (insbes AufwendsErsAnspr, Rn 4, 16) gebucht. Belastgsbuchgen (and das spätere Saldoanerkentn) haben nur deklarator Bedeutg (BGHZ 105, 263). Erfolgen sie zu Unrechtl, lassen sie das KtoGuthaben u daraus folgede ZahlgsAnspr unberührt, können aber einen Schaden darstellen (BGH NJW 01, 3183 u 3190; Vorb 19 v § 249). Der Kunde hat gem § 667 Anspr auf rückwirkde Beseitigg, ggf auch auf Auszahlg des Betrags (Rn 8; BGH NJW 93, 735/37, 02, 3093 für Oder-Kto; Ffm WM 08, 534). Der Anspr kann gg § 242 verstoßen, wenn eine weisgwidr Erledigg eines Auftr gleichwohl den vom KtoInhaber verfolgten Zweck erfüllt hat (BGH NJW 06, 294/96). Er bleibt bei Beendigg des GiroVerh bestehen (BGH NJW 92, 112) u schließt einen Anspr des KredInst gem § 812 nicht aus (Köln WM 03, 17). – Der period **Rechnungsabschluss** beruht auf der idR kr Vereinbg automat eintretenden Verrechng der eingestellten Fdgen (BGH 107, 192). Er enthält ein Saldoanerkentn der Bank u ist auf ein solches des Kunden gerichtet (Wirkg § 781 Rn 9), setzt insow allerd Zugang des Abschlusses beim Kunden voraus (Köln BKR 07, 170: Abrufmöglichk genügt nicht). Die widerspruchslöse Hinnahme von Tages- u Monatsauszügen (zu deren Gestaltg BGH NJW 07, 3002) enthält hing keine konkludente Genehmigg widerrechtl Abbuchgen (§ 781 Rn 9). – Umstellg auf *Euro* § 245 Rn 8.

cc) Bei Guthaben liegt eine vom GiroVertr streng zu trennde unregelmäß Verwahr (§ 700, dort Rn 1) vor (BGH 131, 60, str; für einheitl VertragsVerh besond Art zB Mülberr FS Canaris 2007 S 271/74). Hierüber kann der Kunde mangels abweicher Vereinbg (zB SichgsAbrede) auch zw zwei Saldenabschlüssen verfügen, zB ihn sich (bar am Schalter auch ohne Einreichg eines Schecks, SchBL/Schimansky § 47 Rn 49; am Geldautomaten des KredInst, § 676h Rn 11; sa BT-Drs 14/745 S 12) auszahlen lassen. Dieser AuszahlgsAnspr (eingehd dazu Mülberr aaO) betrifft das jew KtoGuthaben (Tagessaldo), er ist übertragb u pfändb, esbo der Anspr auf künft Salden (BGH 84, 325, 135, 140); eingehd zur Pfändg Fritzsche DStR 02, 265, bei TreuhandKten Lange NJW 07, 2513, Pfändgsschutz ZPO 850k, SGB I 55. Zur Pfändg des Anspr aus einem Oder-Kto genügt ein Titel gg nur einen der Inhaber (BGH 93, 315/21).

b) Gutschrift. S 1 verpflichtet das KredInst, für das Kto des Kunden eingehde Zahlgen auf dem Kto gutschreiben (sa BGH NJW 97, 3168). Es ist insow „Zahlstelle“ des Kunden (dazu Peters/Lwowski WM 99, 258). Von diesem Anspr auf Gutschr sind die Gutschr selbst u die Wertstellg zu unterscheiden. Besteht kein Kto für den Empfänger, wird für diesen ein ZahlgsAnspr gg die Bank nur begründet, wenn die Umst, die der Buchg (zB auf einem Kto „pro Diverse“) zu Grde liegen, einen VerpflWillen der Bank erkennen lassen (BGH 27, 241, 103, 143); er ist der Buchg selbst als rein techn Vorgang nicht ow zu entnehmen. Zum BarauszahlgsAuftr § 676a Rn 2.

aa) Begriff. Die Gutschr ist ein auf dem GiroVertr beruhdes u grdsätzl dessen Wirksamk voraussetzdes (SchBL/Schimansky § 47 Rn 53; and für nachvertragl fortgeführtes Kto BGH NJW 07, 914 mwN) abstraktes SchuldVerspr (BGH NJW 91, 2140), das eine vom Grd des Anerkenntn u vom DeckgsVerh unabhäng Fdg des Kunden gg das KredInst begründet. Diese Fdg wird idR in den KtoKorrent eingestellt u ist dann ktokorrentgebunden (BGH NJW 05, 1771, Rn 7). Der Anspr des Kunden aus dem Anerkenntn („der Gutschr“) ist von dem Anspr auf die Gutschr gem S 1 streng zu trennen. Ersterer entsteht, sobald das KredInst dch einen Organisationsakt die Daten der Gutschr auf dem Kto (nicht nur den erhöhten KtoStand) mit nach außen erkennb RBindgsWillen dem Kunden, zB bei Ausdruck od Abruf eines KtoAuszugs, ohne Vorbeh zugängl macht (BGH NJW 88, 1320 u 05, 1771 für beleglosen Datenträgeraustausch, sa BSozG WM 07, 2232; für stillschw Annahme Meder JZ 03, 443/44); bei rein elektron dchgeführten Überw liegt der Organisationsakt idR erst in der Datenfreigabe nach Ablauf der zur Prüfng gem dem betr InterbankenVerh (§ 676a Rn 3, 7) erfdl Nachdispositionsfrist (BGH NJW 00, 804). SchuldVerspr, allerd (wohl auflösd, Nobbe ua WM 06, 1885/88; str) bedingt dch die Einlösg ist auch die Gutschr unter Vorbeh auf dem Kto des Kunden bei Erteilg eines Auftr zum Scheck- od Lastschriftinkasso (Rn 19, 29; sa BGH WM 03, 524). Eine fehlerh, dh einen RückfordergsAnspr begründde Gutschr kann das KredInst idR aGrd seiner AGB (zur Wirksamk LG Bonn BKR 07, 519) bis zum nächsten Rechnungsabschluss (Rn 7) *stornieren*, dh dch Belastgsbuchg (Rn 7) mit Wirkg ex nunc rückgäng machen (BGH NJW 01, 453; sa Hbg ZIP 06, 1981 [krit Lohnig/Würdinger WM 07, 961], Karlsr WM 08, 632: Storno nach „phishing“); danach hat es nur Anspr od Einreden aus §§ 812, 821 (BGH 72, 9, NJW-RR 01, 127; sa Celle BKR 05, 506). Der Kunde kann die Gutschr nur zurückweisen u RückÜberw auf das Kto des Schu verlangen, wenn sie auf einer rechtsgrdlosen FehlÜberw beruht, so dass er im ValutaVerh einem Anspr des Überweisden aus § 812 ausgesetzt wäre (BGH 128, 135, aA Häuser ZIP 95, 89). – Bei **Einzahlungen auf das eigene Konto** erwirbt der Kunde ein unmittelb FdgsR, die Gutschr wirkt nur deklarator (BGH 74, 129; sa Rn 8).

bb) Einen **Anspruch auf Gutschrift** hat der Kunde gem S 1 bei eingehenden Zahlgen. Er ergibt sich auch aus §§ 675 I, 667 (s aber BGH NJW-RR 01, 127 für den Fall der Rückgabepf). § 676 g konkretisiert diesen Anspr für aGrd ÜberwVertr eingehende Überw. Er entsteht, soweit dem KredInst nicht vorher eine Kündigung (§ 676 a Rn 12) zugegangen ist, endgült (Gößmann/van Look [Rn 1] 20) mit Eingang des ÜberwBetrags (§ 676 g I 1), also in dem Ztpkt, in dem das KredInst für die Zahlg buchmäß Deckg erhält (sa BGH NJW-RR 90, 366, str), dh bei institutsinterner Überw mit Abbuchg des Betrags vom Kto des Überweisden, bei institutsfremder Überw mit Gutschr des Betrags auf dem Kto des KredInst, wobei im rein elektron Verkehr die Nachdispositionsfrist zu beachten ist (BGH NJW 05, 1771). **Berechtig** ist grdsätzl der KtoInhaber, bei einem Oder-Kto (Rn 6) jeder Beteiligte unabhängig vom and (BGH 95, 185). Fraglich ist, für wen das KredInst gutschreiben hat, wenn die im ÜberwA angegebene KtoNr mit der *Empfängerbezeichnung* nicht übereinstimmt (zum Parallelproblem im Verh zum Überweisden § 676 a Rn 17). Die bish Rspr ist nicht ow heranzuziehen, da das empfangde KredInst nicht mehr Empfänger von Weisgen ist (§ 676 d Rn 2). Gleichwohl wird wie bish (BGH NJW 91, 3208) der Anspr auf Gutschr grdsätzl dem bezeichneten Empfänger zustehen, wobei die Auslegg des Auftr ausnahmsw and ergeben kann (Düss WM 01, 2000). Das gilt sowohl im beleggebundenen ÜberwVerkehr (hier unstr PrüfgsPfl des KredInst auf Übereinstimmg) wie auch bei beleglosem Datenträgeraustausch u Übermittlg des Datensatzes dch den Überweisden (Pauli NJW 08, 2229, MüKo/Casper Rn 14, auch zu ErsAnspr, wenn nur die Kto-Nr mitgeteilt wird; str, sa Dresd WM 07, 1023, Köln VersR 00, 1547, Düss ZIP 03, 1139); abweichde Regeln gelten nach den Abk über den Datenträgeraustausch im InterbankenVerh, wirken aber nur dort (BGH 108, 386; sa Karlsru ZIP 04, 1900 zum alten Recht). Das KredInst ist iR seiner AGB berecht, einen gem KtoNr gutgeschriebenen Betrag zu stornieren (Rn 10) u dem Kto des benannten Empfängers gutschreiben, auch wenn dieser nach dem (der Bank nicht bekannten) ValutaVerh irrtüml angegeben wurde (Ffm WM 99, 1208). Hat der Empfänger **mehrere Konten**, entscheidet die aus dem ÜberwTräger erkennb Zielsetzg (Schlesw WM 84, 549), dh idR die angegebene KtoNr; and nur bei Vereinbg zw Empfänger u KredInst (Gößmann/van Look [Rn 1] 20). Die formularmäß eingeräumte Befugn, den eingegangenen Betrag auf einem and Kto des Empfängers gutschreiben, ist unwirks (BGH 98, 24). Ist das angegebene Kto ein SperrKto, so darf das KredInst den Betrag nicht auf einem freien Kto gutschreiben (BGH WM 74, 274).

- 12 **cc)** Die **Wertstellung** (Valutierung) einer Buchg (Gutschr od Belastg) gibt den Ztpkt an, ab dem der jew Betrag zu verzinsen ist, wenn gem GiroVertr eine ZinsPfl besteht, bzw zinsmindernd wirkt, wenn ein Negativsaldo besteht. Der Ztpkt kann, muss sich aber nicht mit dem der Gutschr decken, Tagesguthaben u zu verzinsder

Betrag können daher unterschiedl sein (Celle NJW-RR 04, 1346). Ob eine Wertstellg korrekt ist, richtet sich nach der jew Vereinbg; fehlt eine solche, hat sie das KredInst für den Tag vorzunehmen, an dem es für die eingehde Zahlg Deckg erhält u damit der Anspr des Kunden auf Gutschr entsteht (vgl BGH NJW 97, 2042 u 3168). Für die Überw gilt § 676 g I 4. Einzelh Borges WM 98, 105.

- 13 **dd)** Eine **Mitteilungspflicht**, S 2, iR einer Gutschr trifft das KredInst für Angaben zur Pers des Überweisden u zum Verwendungszweck des ÜberwBetrags, die ihm gem § 676 a I 2 dch das überweisde KredInst unmittl od über zwgeschaltete KredInst zugeleitet worden sind. Bei institutsinternen Überw ergibt sich die MitteilgPfl aus § 676 a I 1. Gem § 12 II, III BGB-InfoV (s dort) hat das KredInst den Kunden außerdem über die Pfl zur Trag von ÜberwKosten u ggf über den Wechselkurs bei einer WährgsUmrechng zu unterrichten.

- 14 **c)** **Ausführung von Überweisungsverträgen**. S 1 begründet nach seinem Wortlaut nur die Pfl, abgeschl ÜberwVertr (§ 676 a) über das GiroKto (Rn 6) auszuführen, wobei sich die Pfl zur Ausführg der Überw als solche auch aus dem ÜberwVertr ergibt (AnsprKonkurrenz, Gößmann/van Look [Rn 1] 10). Zu Warn- u SchutzPfl s § 676 a Rn 17. Eine **Pflicht zum Abschluss** des ÜberwVertr u damit zur Ausführg eines „ÜberwAuftr“ enthält die Vorschr nicht (Bydlinski WM 99, 1046/48). Allerd kann vertragl die Ausführg solcher Auftr vereinbart werden, auch stillschw in AGB (Grundmann WM 00, 2269/75). § 676 a III 1 steht, da abdingb, nicht entgg. IU dürfte sich aus dem Zweck des GiroVertr (Abwicklg bargeldlosen Zahlgsverkehrs, Rn 1) ergeben, dass das KredInst mangels abweichder Vereinbg trotz der Erfolgsorientierg des ÜberwVertr (§ 676 a Rn 9) verpflichtet ist, die übl Formen der Überw zu Standardbedinggen (§ 675 a) zu Lasten des Ktos dchzuführen und die hierzu erfdl ÜberwVertr abzuschließen (zum Abschluss im Einz § 676 a Rn 11), wenn die Voraussetzgen für die Dchführg (§ 676 a II 3) gegeben sind, insbes ein für die Ausführg der Überw ausreichendes Guthaben vorhanden od ein ausreichder Kredit eingeräumt ist (KtoDeckg, s § 676 a II 3 u dort Rn 15; ähnl Gößmann/van Look [Rn 1] 22: Ablehng nur aus wicht Grd, Schulz ZBB 99, 287/91, Meder JZ 03, 443/46 [Hinw auf HGB 362]; aA Risse/

Lindner BB 99, 2201: nur c.i.c., Einsele JZ 00, 9/10); ähnl für Überw vom SparKto Ffm ZIP 03, 1390 (Ablehng nur bei Überschreitg der Grenzen des gewöhl Zahlgsverkehrs, zB Anhaltspkten für Missbr der Vertretgsmacht); HinwPfl s Rn 15. Dagg wird bei außergewöhl Überw (insbes in Drittländer) schon im Hinbl auf die Haftg gem § 676 b keine AbschlussPfl bestehen. Das KredInst darf aber die Überw auch bei fehlender KtoDeckg ausführen (Duldg der Überzieh), darin liegt die konkludente Annahme des Angebots des Kunden zum Abschluss eines DarlVertr (BGH ZIP 07, 435); sa § 493 Rn 14 ff.

- 15 **d)** **Weitere Pflichten**. Sa § 280 Rn 56 ff, § 675 Rn 9. Das KredInst hat dem Kunden *Auskunft* zu geben (selbst Anspr gem § 666; davon zu trennen ist der mit dem ZahlgsAnspr verbundene NebenAnspr gem § 242, § 259 Rn 8 ff, BGH NJW 06, 217), zB über den Einlöser eines Schecks (BGH NJW 97, 2528), den Umfang einer KtoSperr (Rstk ZIP 02, 429); esbo sofern der Kunde Unterlagen benötigt, um die Richtigk der Berechnng zu prüfen od die Dchführg eines ZahlgsVorgangs ggü Dritten nachzuweisen (BGH NJW 85, 2699; Krüger MDR 00, 745: Berechtig von Gebühren). Die Übersendg von Tagesauszügen u period Rechngsabschluss schließt einen (weiteren) AuskAnspr, ggf gg AufwendgsErs (Hamm WM 92, 1100; aA AG Siegen NJW-RR 00, 641 [Batereau WuB I C 1.-1.00]; sa Schlesw ZIP 00, 789 [Krüger ZIP 00, 1196]) u auch nach Ablauf der Aufbewahrsfrist gem HGB 257, nicht aus, soweit der Kunde den Verlust der früheren Information glaub macht u das Verlangen nicht im Einzelfall unzumutb ist (BGH NJW 01, 1486), insbes soweit die benötigten Informationen aus den KtoAuszügen nicht ersichtl sind (Schlesw NJW-RR 00, 780). Daneben steht dem Kunden ein umfassder RechngsLeggsAnspr bei Beendiggg des GiroVerh nicht mehr zu (BGH NJW 85, 2699). Das KredInst hat *Verschwiegenheit* ggü Dritten zu wahren (§ 675 Rn 9, 43). Pfl bzgl des Umgangs mit *PIN und TAN* Kind/Werner CR 06, 353. **Hinweis- und Warnpflichten** (§ 241 II; sa § 662 Rn 9): Das KredInst hat den Kunden wg der uA eintretenden schwerwiegden Folgen zu unterrichten, wenn es einen Zahlgsvorgang (Überw, Lastschrift, Scheckeinlösg) nicht ausführt, obwohl der Kunde damit rechnen darf, zB: bei Nichtausführg einer Überw mangels KtoDeckg (Bonn NJW-RR 00, 52: auch Direktbank), bei PflVerletzg

jedoch idR überwiegendes Mitverschulden des KtoInhabers (Hamm WM 84, 1222); bei Rückgabe von Lastschrift/Scheck an die GläubBank wg KtoÜberzieh (BGH NJW 01, 1419). DoppelÜberw hat es zu verhindern, wenn es selbst doppelte AuftrEinreichg veranlasst hat (Schlesw ZIP 05, 2008). Darüber hinaus treffen das KredInst wg der Massencharakters der Vorgänge im Zahlgsverkehr besond WarnPfl nur ganz ausnahmsw, wenn Treu u Glauben dies nach den Umst des Einzelfalls gebieten, um den KtoInhaber vor uU drohendem Schaden zu bewahren (BGH NJW 08, 2245), zB: Keine Ausführg der Überw ohne Rückfrage beim Überweisden, wenn das KredInst vom Zusbruch des Begünstigten (od dessen KredInst) weiß (BGH NJW 87, 317; s aber auch NJW 06, 503), od das Fortbestehen des Auftr unklar ist (BGH NJW 08, 2245 Tz 14). Hinw auf rechtl Bedenken gg eine Überw (BGH 23, 222: Devisenbestimmgen), auf offensichtl Fehler bei einem SammelAuftr (Düss BB 91, 114), auf sich aufdrängden Missbr der Vertretgsmacht (BGH NJW-RR 04, 1637). Bei massiven Anhaltspkten dafür, dass der Kunde im Zushang mit der Transaktion dch eine Straftat geschädigt werden soll (BGH NJW 08, 2245 Tz 15). Vor Ausführg von Vfgen, die zu außergewöhnl KtoÜberzieh führen, soll der Kunde ggf zu unterrichten sein (NürnbG-Fürth ZIP 01, 786: Direkt-Banking; zweifelh wg der Wertg in § 122); HinwPfl bei Überziehungskredit § 493 II. **Nicht** dagg ist das KredInst zur Entgnahme von Bareinzahlgen verpflichtet, soweit diese vertragl ausgeschl sind (zB bei sog Direktbanken ohne Schalterverkehr; BT-Drs 14/1067 S 20).

3) Pflichten des Kunden. Er hat die vereinbarten Entgelte zu zahlen (§ 675 Rn 9) u Aufwendgen des KredInst zu erstatten, ggf Vorschuss zu leisten (§§ 669, 670; Rn 4). Er ist verpflichtet, iR des Mögl u Zumuth Schädiggen der Bank zu vermeiden, zB die KtenBeweggen in gewissem Umfang zu kontrollieren (Zweibr NJW-RR 97, 1546; bei Missachtg uU SchadErsPfl, KG NJW-RR 96, 427), erkannte Falschbuchgen anzuzeigen (BGH 72, 9, 73, 207), nicht gedeckte Einziehungsermächtiggen zu widerrufen (AG Neuss WM 98, 2021). Die Gefahr gefälschter Auftr hat er möglichst auszuschließen (BGH NJW 01, 2968). Insbes hat er dem Missbr ihm mit seinem Willen überlassener vorcodierter Formulare (Scheck, ÜberwAuftr) vorzubeugen (BGH NJW 01, 3190; NJW 94, 3344: sorgfält Aufbewahrg); ebso dem Missbrauch ihm auf seinen Wunsch für Transaktionen zugeordneter Kodiergen wie PIN, TAN für elektron Überw (ausführl Kind/Werner CR 06, 353); zu SichgsPfl gg das Ausspähen per Email öa („phishing“) Borges NJW 05, 3313, sa § 676h Rn 13. Für die Übersendg darf er grdsätzl den einfachen Postweg benutzen (BGH 139, 108: Scheck).

4) Weitere Geschäfte. S zunächst Rn 4, ferner § 675 Rn 10 ff.

a) Scheck. Er ist eine Sonderform der Anweisg (dazu u zu den zu Grde liegden RVerhältn § 783 Rn 5 ff, zur Wirkg im ValutaVerh § 364 Rn 9). Scheckgarantie u Scheckbestätigg Einf 20 v § 765.

aa) Der Scheckvertrag (Rn 4) zw KredInst (Bezogener, ScheckG 3) u Kunde (Aussteller) ist GeschBesorggsVertr u kommt meist stillschw dch die Aushändigg der Scheckvordrucke iR des GiroVerh zustande (sa BGH WM 94, 1204). Er verpflichtet das KredInst ggü dem Kunden, einen von diesem auf das KredInst gezogenen formgült (BGH 122, 156) Scheck gem der darin stillsch enthaltenen scheckvertragl Weisg (§ 665; sa § 783 Rn 13) einzulösen, wenn die VertrBedinggen eingehalten sind, insbes KtoDeckg (Rn 4, 14) besteht (Bülow WM 00, 58). Sein Inhalt richtet sich grdsätzl nach den AGB (ScheckBedinggen) des KredInst (sa § 675 Rn 9). Widerruf des Kunden (Schecksperr) ist zwar gem ScheckG 32 I erst nach Ablauf der Vorleggsfrist wirks, jedoch kann das KredInst mit dem Kunden vereinbaren, ihn bereits vorher zu beachten (BGH 35, 217); von einer solchen Vereinbg ist kr VerkSitte iR des ScheckVertr grdsätzl auszugehen, entgegsthde Klauseln in AGB sind unwirks (BGH 104, 374). Mit der Einlösg des Schecks ggü dem daraus Empfangsberecht (PrüfgsPfl gem ScheckG 35, BGH NJW-RR 01, 127; sa BGH WM 95, 20/22) erwirbt das KredInst einen AufwendgsErsAnspr (Rn 16; BenachrichtiggsPfl bei Nichteinlösg Rn 15). And bei gefälschten Schecks (BGH 135, 116 [Koller JZ 97, 1066]; § 665 Rn 2), jedoch hat das KredInst bei PflVerletzg des Kunden einen SchadErsAnspr aus § 280, zB unsorgfält Aufbewahrg der Formulare od ausgefüllten Schecks (BGH NJW 97, 2236; sa Rn 16); die Verletzg von PrüfgsPfl (ggf sogar Pfl zur Rückfrage beim Kunden) kann aber zu einem Mitverschulden des KredInst, uU auch dessen eig Haftg führen. So ist das KredInst ggü dem Kunden (zum ScheckBerecht s § 990 Rn 5) zu einer den Anfordergen des Massenverkehrs entspr Prüfg verpfl, ob der Scheck nach seinem äußeren Gesamtbild den Eindruck der Echtheit erweckt (BGH NJW 97, 2236), insbes die Unterschrift mit den KtoUnterlagen übereinstimmt (BGH 91, 229) u ausreichde Vollm des Ausstellers vorliegt (BGH WM 82, 425). Es verletz seine Pfl, wenn es (wie im beleglosen EinzugsVerf) ohne Prüfg leistet; ebso idR eine nicht ktoführdde Stelle, wenn sie einen Scheck an den Einreicher bar auszahlt, der sich nicht als KtoInhaber od sonst VfgsBerecht ausweisen kann (BGH 91, 229). Auch sonst Auffälligk können Anlass zu besond Prüfg geben, zB Vorlage außergewöhnl hoher Bar-schecks dch Unbekanntn u abweichd von den bish Kundengepflogenh (BGH NJW 86, 988, WM 92, 12, Köln NJW-RR 87, 164), Mitteilg des Kunden vom Verlust der Scheckformulare (LG Köln NJW-RR 88, 368). AuskPfl Rn 15. Entgelt bei Scheckrückgabe s § 307 Rn 62.

bb) Beim Scheckinkasso zieht das KredInst idR aGrd Weisg seines Kunden (BGH 118, 171) iR des GiroVertr den diesem als Schecknehmer übergebenen u von ihm eingereichten Scheck zG des Ktos des Kunden ein. Hierzu ist es idR aGrd des GiroVertr verpfl (Brem WM 91, 1253, AG Saarbr NJW-RR 05, 1494; Rn 4). Es hat den schnellsten u sichersten Weg zu wählen (BGH 22, 305, ZIP 81, 149). Bei schuldh verzögerter Weiterleitg des Schecks an die bezogene Bank hat der Kunde SchadErsAnspr aus § 280 (BGH 96, 9/17). Die Gutschrift auf dem Kto des Einreichers unter Vorbeh des Eingangs ist Vorschuss. Sie ist dch Rückbelastg stornierb, wenn der Scheck, gleichgült ob zu Recht od zu Unrecht (Celle NJW-RR 01, 1416), nicht eingelöst wird, iR des Vorbehalts aGrd AGB selbst nach Bezahltmeldg der bezogenen Bank (BGH 135, 307, NJW-RR 01, 127; sa Rn 10, Bln WM 00, 568 [Schnauder WuB I D 3.–3.01]). Erkl des KredInst ggü dem Kunden zur Sicherh der Scheckgutschrift sind idR Ausk, keine Garantie; bei Unrichtigk ggf Haftg aus § 280 (Nobbe WM 00 Sonderbeilage 5 S 14). Holt das KredInst im Auftr des Kunden eine Scheckbestätigg (Einf 20 v § 765) ein, hat es diesem alle für ihn relevanten Zusatzinformationen mitzuteilen (BGH NJW 94, 2541). – Übernimmt das KredInst das Inkasso für einen Einreicher, der nicht Girokunde ist, liegt ein selbst GeschBesorggsDienstvertr vor (BGH NJW 02, 1950). – Das KredInst hat gg den Einreicher einen AufwendgsErsAnspr gem § 670 (BGH NJW 02, 1950), zB auf Erstattg eines vorab ausgezahlten Scheckbetrags, falls der Scheck nicht gedeckt ist (Ffm WM 78, 1025). – Für das **Interbankenverhältnis** (InkassoKredInst zur bezogenen Bank u evtl zwgeschalteten KredInst) gilt das ScheckAbk (abgedruckt bei SchBL Anh 7 zu §§ 60ff). Dieses hat nach der neuen Rspr des BGH (NJW 08,

2245) keine Schutzwirkg zG des Einreichers, jedoch besteht die Möglichk der DrittSchadLiquidation (and die früher hM, sa § 328 Rn 17a).

20–25 **b) Bankkarte, Kreditkarte** s § 676h.

26 **c) Lastschrift.** *Zusfassd van Gelder WM 02 Beilage 7. Ungerechtf Bereicherg iR des LastschrVerkehrs § 812 Rn 108, unerlaubte Handlg u Sittenwidrigk der Nutzg § 826 Rn 31. – aa) Der Ablauf ähnelt dem einer Überw (§ 676a Rn 1), jedoch wird der Vorgang dch Weisg des Empfängers der bargeldlosen Zahlg (Gläub) eingeleitet, sog rückläuf Überw (BGH 69, 82). Der Gläub reicht die Lastschr bei seinem KredInst (1. Inkassostelle, GläubBank) ein. Dieses erteilt eine Gutschrift, die trotz ihres vorläuf Charakters bereits ein bedingtes abstraktes SchuldVerspr ist (BGH 70, 181; Rn 11), u gibt die Lastschr in Form einer Weisg zum Einzug iR des InterbankenVerh (§ 676a Rn 7; BGH 79, 381) an das KredInst des Schu (Zahlstelle, SchuBank) weiter. Dieses belastet das Kto des Schu u löst die Lastschr ein. Gläub u Schu können dieselbe Pers sein (sog Eigen- od UmbuchgLastschr, Mü WuB I D 2.–2.99). Zu unterscheiden ist zw AbbuchgsAuftr- (Rn 28) u EinzugsermächtiggsVerf (Rn 29). Die Regeln des letzteren gelten im InterbankenVerh nur, wenn die Lastschr einen EinzugsermächtiggsVermerk trägt (BGH 79, 381).*

27 **bb) Vertragsbeziehungen** s § 676a Rn 4 ff. – Im *Inkassoverhältnis* zw Gläub u seinem KredInst ist eine besond InkassoVereinbg erfdl, die GeschBesorggsCharakter hat; daher AufwendgsErsAnspr des KredInst gg den Gläub zB für Entgelte od Erstattgsleistgen im InterbankenVerh (Dresd WM 07, 547), VergütsAnspr bei entspr Vereinbg (s § 675 Rn 9, § 307 Rn 82). Keine allg BelehrgsPfl des KredInst über die Risiken des Verf (Dresd WM 07, 547). InfoPfl des Gläub bei besond WidersprRisiko BGH(St) NJW 05, 3008 (krit Knierim NJW 06, 1093). – Im *Deckungsverhältnis* zw dem Schu und seinem KredInst genügt der allg GiroVertr (Rn 4, 6 ff, insbes Rn 15); Hinw- u WarnPfl des KredInst s Rn 15. – Im *Interbankenverhältnis* (u nur in diesem) richten sich die vertragl Rechte u Pfl nach dem Abk über den LastschrVerkehr (Fassg I. 2. 02, abgedruckt bei Baumbach/Hopt Anh 10; sa BGH 72, 343); Bsp: SchadErsatzAnspr der GläubBank bei verspät Rückbelastg einer nicht eingelösten Lastschr (BGH NJW 83, 220). SchutzPfl der SchuBank ggü dem Gläub sowie der GläubBank ggü dem Schu ergeben sich daraus nach der konsequenten neuen Rspr des BGH nicht, jedoch besteht die Möglichk einer DrittSchadLiquidation (NJW 08, 2245; and die bish hM, sa § 328 Rn 17a). – Im *Valutaverhältnis* zw Gläub u Schu hat bei Vereinbg des LastschrVerf (Wirksamk in AGB § 307 Rn 124, zur Auslegg BGH NJW 08, 2495) beim EinziehungsermächtiggsVerf der Gläub unter Vorlage der Belege selbst für den Einzug der Fdg zu sorgen, die Schuld ist nicht mehr Schick-, sond Holschuld (BGH BB 85, 1022; Schwarz ZIP 89, 1442, insbes zum Verzug des Schu). Für die Rechtezeitg der Leistg ist grdsätzl der Gläub verantwortl (BGH 69, 366). Der Schu hat das seinerseits Erforderl getan, wenn auf seinem Kto Deckg für die Lastschr vorhanden ist. Will der Gläub nicht (mehr) Lastschr einziehen, muss er dies dem Schu rechtzeitig u unzweideut mitteilen (BGH aaO). Widerruft der Schu einen AbbuchgsAuftr ggü seiner Bank ohne die vertragl erfdl Zustimmung des Gläub, so kann er diesem ggü aus § 280 zum SchadErs verpflichtet sein (Düss WM 84, 724). Ebso, wenn er im EinzugsermächtiggsVerf ohne anerkennenswerten Grd (zB Nichtbestehen des Anspr) der Lastschr widerspricht (Hamm WM 85, 1139; sa Mü ZIP 07, 807: Berücksichtigv von nach Einzugsermächtig entstanden Einwendgen gg den Anspr); jedoch darf nach der Rspr des IX. ZS (BGH NJW 05, 675, 08, 63) der Schu nach Stellg eines InsolvenzAntr über sein Verm u bei Eröffnung des InsolvenzVerf der InsolvenzVerw (auch der schwache) allg widersprechen (aA zB Nobbe/Ellenberger WM 06, 1885; sa Jungmann WM 07, 1633, Michel/Bauch BKR 08, 89). Erfüllt hat der Schu seine Verpfl im Grds mit Einlösg der Lastschr (Rn 28) od später deren Genehmigg (Rn 29; Einzelh str, s § 362 Rn 11).

28 **cc) Beim Abbuchungsverfahren** erteilt der Schu iR des GiroVertr seinem KredInst die generelle Weisg (§§ 675, 665), zu Lasten seines Ktos vom Gläub eingehde Lastschr einzulösen (AbbuchgsAuftr, BGH 72, 343). Dieses ist aGrd der bindden Weisg der GläubBank (Rn 26) berecht u verpflichtet, die bei ihm eingehde Lastschr des im AbbuchgsAuftr bezeichneten Gläub einzulösen, soweit auf dem Kto des Schu Deckg (Rn 14) vorhanden ist (BGH 74, 352). In diesem Fall ist die Lastschr mit der Belastg des SchuKtos eingelöst (BGH 79, 381), andfalls (fehlder AbbuchgsAuftr) nur u erst, wenn der Schu die Lastschr genehmigt, od wenn die SchuBank den Willen zu erkennen gibt, die Lastschr aus besond Grd endgült u ggf auf eig Risiko einzulösen (BGH 74, 352, eingehd Bauer WM 83, 198), zB weil sie zur Vereinfachg ihres GeschBetriebs bei Lastschr bis zu einem bestimmten Betrag das Vorliegen eines AbbuchgsAuftr nicht prüft (BGH 79, 381); SchadErs bei verspäteter Rückbelastg Rn 27. Der Schu hat kein WidersprR gg die Lastschr, sein WiderrufsR bzgl des AbbuchgsAuftr erlischt mit der Einlösg (§ 665 Rn 4; BGH 72, 343). Widerruft er dennoch, darf sein KredInst nicht die Rückbelastg veranlassen. Tut es dies dennoch, kann es sich ggü dem Zahlgsempfänger uU nach § 826 (dort Rn 31) schadensersatzpfl machen, nicht jedoch aGrd des LastschrAbk (Rn 27; aA die bish Rspr); and, wenn die Lastschr im EinzugsermächtiggsVerf vorgelegt worden ist, denn dann ist die SchuBank zwar trotz Widerspr des Schu zur Einlösg berecht, aber nicht verpfl (Rn 29). Ggü der GläubBank hat der Schu mangels vertragl Beziehgen kein WiderrufsR.

29 **dd) Im Einzugsermächtigungsverfahren** gestattet der Schu dem Gläub schriftl (für Form gem § 126b bei elektron Übermittlg Mitterhuber/Mühl WM 07, 963, str), unter Nutzg des entspr techn LastschrVerf die zu leistde Zahlg bei der SchuBank einzuziehen; eine Ermächtig od Vollm zum Handeln für den Schu ist damit nicht verbunden (BGH NJW 06, 1965, krit Burghardt WM 06, 1892). Wirksamk in AGB § 307 Rn 124. Es gibt keine allg SchutzPfl der GläubBank ggü dem Schu zur Prüfg, ob die Einzugsermächtig wirkl erteilt wurde (BGH 69, 186) od gar, ob ein Anspr des Gläub gg den Schu in Höhe der einzulösen Lastschr besteht. Es gibt auch keine Pfl des Schu ggü seiner Bank, entspr Deckg für erteilte Ermächtiggen vorzuhalten (BGH NJW 05, 1645/47, str), od der SchuBank ggü dem Gläub, den Widerspr des Schu unbeachtet zu lassen (BGH 72, 343). – Der Schu erteilt in diesem Verf seiner Bank keine Weisg zur **Einlösung**, die Einzugsermächtig wirkt nur im ValutaVerh (Rn 27). Im DeckgsVerh handelt die SchuBank zunächst in GoA für den Schu, einen Aufwendgs-ErsAnspr (Rn 4) u damit die Möglichk zw endgült Belastg des Ktos erwirbt sie erst, wenn der Schu zustimmt (BGH NJW 00, 2667, 08, 63/64: *Genehmigungstheorie*). Die Zustimmung kann im Vorhinein erteilt werden; ein AbbuchgsAuftr für denselben Gläub soll das KredInst trotz Widerspr (Rn 30) zur Einlösg berechtigen (BGH 72, 343, Rostock WuB I D 2.–3.99; zu Recht ablehnd van Gelder WM 00, 101/09), allerd nicht auch ggü dem Gläub hierzu verpflichten. Regelfall ist die (ggf auch stillschw) Genehmigg (§ 684 S 2; BGH NJW 05, 675/76), die nach den AGB idR fingiert wird, wenn der Schu bzw sein „starker“ InsolvenzVerw (BGH NJW 08, 63; nicht der vorläuf Verw gem InsO 21 II Nr 2) nicht binnen 6 Wochen nach Mitteilg des Rechnungsabschlusses

(Rn 7) widerspricht (Sonnenhol WM 02, 1259/62); das setzt allerd das tats Bestehen einer Einzugsermächtig voraus (Celle ZIP 07, 810). Die Genehmigg liegt hingg idR nicht schon in der widerspruchslosen Hinnahme eines Tagesauszugs od eines Rechngsabschlusses (BGH 144, 349/54), uU aber in der Fortsetzg des Zahlungsverkehrs auf dem Kto nach angem Überleggsfrist (Mü BKR 06, 37; sa BGH NJW 08, 63). – **Widerspruch** des Schu, ggf seines InsolvenzVerw (Rn 27) gg die Lastschr ggü der SchuBank (dazu van Gelder WM 00, 101) bedeutet Rückbuchungsverlangen unter Verweigerg der Zustimmung. Er unterliegt im Grds keiner Frist u kann ggf auch noch nach Auflös des GiroVerh erklärt werden; ausgeschl ist er nach Erteilg der Zustimmung (Rn 29; BGH 144, 349). Er ist unwiderrufl (BGH NJW 89, 1672). Die SchuBank muss ihn beachten ohne Rücksicht darauf, ob der Schu im ValutaVerh ggü dem Gläub widerspruchsberecht ist od insow missbräuchl handelt (Dresd WM 00, 566, Düss BKR 07, 514). Sie muss dann ohne Prüfg der materiellen RLage die belastde Buchg auf dem Kto des Schu rückgäng machen (BGH 95, 103, NJW 03, 143; Rn 7) u hat gg die GläubBank (nur, LG Bielefeld WM 04, 925) 6 Wochen ab Belastg des SchuKtos Anspr auf Rückvergütg (LastschrAbk Abschnitt III Nr 2); kein EntgeltAnspr hierfür gg den Schu, auch nicht aGrd AGB (§ 307 Rn 82), idR auch kein SchadErsatz-Anspr aus § 280 (BGH NJW 05, 1645 [Jungmann aaO 1621]); s aber LG Mü I WM 04, 926: unterlassene Prüfg des KtoAuszugs). Die GläubBank muss bei rechtzeitig Geldtmachg der SchuBank die Gutschrift zurückgeben u bucht ihrerseits ihre (auflösd bedingte, Rn 10) Gutschrift auf dem Kto des Gläub aGrd entspr Abrede in der InkassoVereinb zurück. Ggü dem Gläub/der GläubBank, nicht aber ggü seiner eig Bank (Düss BKR 07, 514) kann der Schu (bei kollusivem Mitwirken auch seine Bank) uU sittenwidr/pflichtwidr handeln, wenn er der Belastg seines Ktos widerspricht, obwohl er im Verhältn zum Gläub hierzu nicht berecht ist (Folge: Schad-ErsatzPfl aus § 826, dort Rn 31; ggü dem Gläub uU auch aus § 280; sa Hülk/Timme NJW 02, 1243). Ein Schaden entsteht der GläubBank, wenn sie dem Gläub den gutgeschriebenen LastschrBetrag nicht rückbelasten kann, weil dieser darüber vor Erheb des Widerspr and als dch Verrechng mit dem Schuldsaldo auf seinem GiroKto verfügt hat u den Betrag nicht zurückzahlen kann (BGH NJW 79, 2146, Saarbr WM 05, 1660), sie andseits aber der SchuBank den LastschrBetrag rückvergüten muss. Dieser RückvergütgsAnspr nach Widerspr des Schu wird nicht schon dadch ausgeschl, dass der Schu im Verhältn zu seinem Gläub oder zur Gläub-Bank rmissbräuchl von der WidersprMöglichk Gebrauch gemacht hat u die Bank dies weiß. Er besteht auch iF der *Lastschrfeiterei* (Gläub zieht den Betrag ein, Schu widerruft im Einvernehmen mit diesem, um dadch das Insolvenzrisiko des Gläub auf die Bank abzuwälzen; dazu Block/Voß BKR 06, 225), wenn die SchuBank davon erst nach Belastg des Ktos des Schu erfährt; and aber, wenn die SchuBank vor Einreichg der Lastschr die Lastschrfeiterei erkennt u deren laufde Abwicklg unter Inkaufnahme einer Schädigg der GläubBank duldet (BGH 74, 309).

676g: *Gutschriftanspruch des Kunden.* (1) ¹Ist ein Überweisungsbetrag bei dem Kreditinstitut des Kunden eingegangen, so hat es diesen Betrag dem Kunden innerhalb der vereinbarten Frist, bei Fehlen einer Fristvereinbarung innerhalb eines Bankgeschäftstags nach dem Tag, an dem der Betrag dem Kreditinstitut gutgeschrieben wurde, gutzuschreiben, es sei denn, es hat vor dem Eingang des Überweisungsbetrags eine Mitteilung nach § 676 d Abs. 2 Satz 1 erhalten. ²Wird der überwiesene Betrag nicht fristgemäß dem Konto des Kunden gutgeschrieben, so hat das Kreditinstitut dem Kunden den Überweisungsbetrag für die Dauer der Verspätung zu verzinsen, es sei denn, dass der Überweisende oder der Kunde die Verspätung zu vertreten hat. ³§ 676 b Abs. 1 Satz 2 ist anzuwenden. ⁴Die Gutschrift ist, auch wenn sie nachträglich erfolgt, so vorzunehmen, dass die Wertstellung des eingegangenen Betrags auf dem Konto des Kunden, soweit mit Unternehmern nichts anderes vereinbart ist, unter dem Datum des Tages erfolgt, an dem der Betrag dem Kreditinstitut zur Verfügung gestellt worden ist.

(2) ¹Hat das Kreditinstitut bei der Gutschrift auf dem Konto des Kunden den Überweisungsbetrag vertragswidrig gekürzt, so hat es den Fehlbetrag dem Begünstigten frei von Entgelten und Auslagen gutzuschreiben. ²Der Anspruch des Kreditinstituts auf ein im Girovertrag vereinbartes Entgelt für die Gutschrift von eingehenden Zahlungen bleibt unberührt.

(3) Ist ein Zahlungsvertrag von einem Kreditinstitut nicht ausgeführt worden, das von dem Kreditinstitut des Begünstigten mit der Entgegennahme beauftragt worden ist, so hat dieses seinem Kunden den Überweisungsbetrag bis zu einem Betrag von 12500 Euro ohne zusätzliche Entgelte und Kosten gutzuschreiben.

(4) ¹Die Ansprüche nach den Absätzen 1 bis 3 setzen ein Verschulden nicht voraus. ²Weitergehende Ansprüche, die ein Verschulden voraussetzen, bleiben unberührt. ³Das Kreditinstitut des Kunden hat hierbei ein Verschulden eines von ihm zwischengeschalteten Kreditinstituts wie eigenes Verschulden zu vertreten. ⁴Die Haftung nach Satz 3 kann bei Überweisungen auf ein Konto im Ausland auf 25000 Euro begrenzt werden. ⁵Die Haftung für den durch die Verzögerung oder Nichtausführung der Überweisung entstandenen Schaden kann auf 12500 Euro begrenzt werden; dies gilt nicht für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, den Zinsschaden und für Gefahren, die das Kreditinstitut besonders übernommen hat. ⁶Die Ansprüche sind ausgeschlossen, soweit der Fehler bei der Ausführung des Vertrags auf höherer Gewalt beruht.

(5) Von den Vorschriften der Absätze 1 bis 4 darf, soweit dort nichts anderes bestimmt ist, zum Nachteil des Begünstigten nur bei Überweisungen der in § 676 c Abs. 3 bezeichneten Art abgewichen werden.

1) Allgemeines, Regelungsgehalt. *Literatur:* wie Vorb v § 676 a, insbes Gößmann/van Look WM 00 Sonderbeilage I. Der Anspr des Begünstigten (Kunde) gg sein KredInst auf Gutschr (Begriff § 676 f Rn 9) eines iR eines ÜberwVorgangs eingegangenen Betrags ergibt sich aus dem GiroVertr unmittelbar (§ 676 f S 1; dort Rn 11). § 676 g regelt nur die näheren Einzelh dieses Anspr sowie die verschuldensunabhäng Garantiehaftg (I–III) u die Verschuldenshaftg (IV) des empfangden KredInst ggü seinem Kunden (dem Begünstigten) bei Verzögerg bzw

30

1

unterlassener od unvollständ Ausführg des ÜberwVorgangs, soweit sie in der Sphäre dieses KredInst begründet sind. Die Regelg entspricht weitgehend derjen für die Haftg des überweisden KredInst ggü dem Überweisden gem §§ 676 b, c. Die dortigen Erläuterger zu Systematik der Vorschr u zum Verhältn zu sonst Anspr (§ 676 b Rn 1) gelten auch hier. – **Anspruchsgegner** ist ausschließl das KredInst als Partner des GiroVertr. – **Anwendungsbereich** § 676 f Rn 2, jedoch ist § 676 g auf Überw beschränkt. – **Abweichende Vereinbarungen** Rn 11.

- 2 **2) Verschuldensunabhängige Ansprüche. – a) Auf fristgerechte Gutschrift, I 1. – Voraussetzungen:** (1) Wirks GiroVertr. (2) Eingang des ÜberwBetrags bei dem KredInst (näher § 676 f Rn 11). (3) Keine Mitteilg gem § 676 d II 1, dh über eine wirks Künd des ÜberwVertr (näher § 676 d Rn 5). Ist die Künd nicht wirks, verbleibt es beim Anspr auf Gutschr. – **Frist:** Es gilt in erster Linie die vereinbarte Frist; sonst ist Bewirkg der Gutschr bis zum Ablauf des auf den Tag des Eingangs des ÜberwBetrags folgenden BankGeschTages (Begriff § 676 a Rn 16) geschuldet.
- 3 **b) Auf Verzinsung, I 2 – Voraussetzungen:** (1) Wirks GiroVertr; (2) Überschreitg der Frist gem I 1. Verschulden des KredInst ist nicht erfdl (IV 1). **Ausschluss** bei Vertretenmüssen des Überweisden (zB Angabe einer falschen KtoNr) od des Kunden (I 2 Hs 2), ferner bei höherer Gewalt (Rn 10). Dch abweichde Vereinbg nur in AusnFällen (Rn 11). – **Inhalt, I 3** iVm § 676 b I 2, wie dort Rn 4: Verzinsg des ÜberwBetrags für die Zeit vom Fristablauf bis zur Gutschr. Zinssatz 5% über Basiszinssatz.
- 4 **c) Auf taggenaue Wertstellung, I 4.** Begriff der Wertstellg § 676 f Rn 12. Maßg ist in erster Linie eine Vereinbg, die aber nur mit Untern (§ 14) wirks getroffen werden kann, auch in AGB; sonst der Tag des Eingangs des ÜberwBetrags bei dem KredInst.
- 5 **d) Auf Erstattung einbehaltener Beträge, II.** Die Vorschr soll verhindern, dass das empfangde KredInst den ÜberwBetrag nur zT gutschreibt (u dadch uÜ die vollständ Erfüllg im ValutaVerh verhindert), weil es vertragswidrig eig Entgelte u/od Auslagen abzieht. – **Voraussetzungen:** (1) Wirks GiroVertr. (2) Eingang eines ÜberwBetrags bei dem KredInst. (3) Gutschr eines ggü dem eingegangenen gekürzten Betrags auf dem Kto des Kunden. Die Differenz ist der Fehlbetrag. Bei instinternen Überw (§ 676 a Rn 3) ist nach Erfüllg des Anspr aus § 676 b II keine Kürzg mehr gegeben. (4) Fehld Grdlage für die Kürzg. Die Grdlage kann im VertrVerhältn KredInst – Empfänger liegen, zB in einer abweichden Vereinbg, die dem KredInst die Kürzg (Verrechng eig Anspr mit dem ÜberwBetrag) gestattet, da dann die ErfWirkg der Überw nicht beeinträchtigt ist. Aber auch in einer Vereinbg Überweisder – überweisdes KredInst (zB zur Übernahme von Kosten dch den Empfänger, Gößmann/van Look [Rn 1] 23). Verschulden des KredInst ist nicht erfdl (IV 1). – **Inhalt:** Gutschr des ungekürzten Fehlbetrags auf dem Kto des Kunden. – **Entgeltanspruch, II 2** stellt klar, dass der Anspr des KredInst auf vertragl begründete Entgelte od Auslagen fortbesteht (aA Grundmann WM 00, 2267/83) u nur die nicht vereinbarte Verrechng dieser Anspr mit dem ÜberwBetrag nicht gestattet ist.
- 6 **e) Auf Gutschrift des Garantiebetrages, III.** Im Regelfall hat das KredInst des Überweisden für den Eingang des ÜberwBetrags auf dem Kto des KredInst des Begünstigten zu sorgen (§ 676 a I 2). Beauftragt aber das KredInst des Begünstigten seinerseits ein and KredInst mit der Entggnahme des ÜberwBetrags, fällt das Risiko einer Störg des ÜberwVorgangs, die bei diesem KredInst auftritt, in die Sphäre des KredInst des Begünstigten. Für Störger bei einem solchen zwgeschalteten KredInst haftet desh das KredInst des Begünstigten. Die Haftg des überweisden KredInst entfällt (ausführl Hoffmann WM 01, 881/84), da die Überw als mit der Gutschr auf dem Kto des beauftragten KredInst bewirkt anzusehen ist (§ 676 a Rn 15). Der Rückgriff des KredInst des Begünstigten gg das beauftragte KredInst richtet sich nach dem nicht näher geregelten VertrVerhältn zw diesen Instituten (idR GeschBesorggsVertr iR eines Zahlssystems; für ErstattgAnspr analog § 676 e III 2 Gößmann/van Look [Rn 1] 24). – **Voraussetzungen:** (1) wirks GiroVertr. (2) Beauftragg des KredInst dch das KredInst des Begünstigten; bloße Bestimmg genügt (Hoffmann aaO; str). (3) ZahlgsVertr (§ 676 d) zw dem überweisden KredInst od einem and von diesem zwgeschalteten KredInst u dem beauftragten KredInst. (4) Nichtausführg der Überw dch das beauftragte KredInst. Welche Zeit ab Entggnahme des ÜberwBetrags dch das beauftragte KredInst verstrichen sein muss, damit von einer Nichtausführg gesprochen werden kann, ist (and als iF des § 676 b III) nicht näher geregelt. Verschulden des KredInst ist nicht erfdl (IV 1). **Ausschluss** iF höherer Gewalt (Rn 10). Dch abweichde Vereinbg nur in AusnFällen (Rn 11). – **Inhalt:** Gutschr (§ 676 f Rn 9) in Höhe des ÜberwBetrags ohne Abzüge, höchstens des Garantiebetrags von 12500 Euro (wie § 676 b III, dort Rn 8); Entgelte u Kosten (dh Auslagen) darf das KredInst des Begünstigten diesem nicht in Rechng stellen.
- 7 **3) Verschuldenshaftung, IV.** IV 1 stellt ledigl den Charakter der Anspr gem I–III als (eingeschränkte) GarantieAnspr klar. IV 2 regelt abschließd, welche Anspr des Begünstigten gg sein KredInst wg fehlder od verzögerter Ausführg der Gutschr neben I–III bestehen bleiben.
- a) Unberührt bleiben, IV 2,** mit dem nach den allg Vorschr gegebenen Inhalt **verschuldensabhängige Ansprüche**, dh Anspr, die ein Verschulden (§ 276) des KredInst od seiner ErfGeh (§ 278) voraussetzen. Bsp: SchadErs aus § 280 (wg § 280 I 2), zB bei Verzug (§ 286) für FolgeSchäd, die sich aus der Verspätg ergeben; Anspr aus §§ 823 ff. Der Anspr gem § 667 auf Herausg des in Ausführg der GeschBesorgg erlangten ÜberwBetrags dürfte dch die Sonderregelg des § 676 g verdrängt sein.
- 8 **b) Haftung für beauftragte Kreditinstitute, IV 3** stellt klar, dass diese zwgeschalteten (gemeint ist wohl iSv III beauftragten) KredInst als ErfGeh (§ 278) des KredInst des Begünstigten anzusehen sind, u zwar entgg § 664 I 2 auch bei Ausführg der Gutschr.
- 9 **c) Haftungsbegrenzung, IV 4, 5.** Sie betrifft Anspr gem IV 2, 3 u entspricht der Regelg in § 676 c; s dort Rn 4. Die Begrenzmöglchk gem IV 5 erstreckt sich nicht auf die vertragswidr gekürzte Gutschr.
- 10 **4) Ausschluss bei höherer Gewalt, IV 6** erfasst nach seinem Wortlaut alle Anspr gem I–IV, hat jedoch bei den verschuldensabhäng Anspr gem IV 2, 3 keine selbstd Bedeutg. Auch der Anspr auf die Gutschr fällt, da auf § 676 f beruht, nicht darunter. Höhere Gewalt: § 676 b Rn 11; die sprachl abweichde Formulierg ist ohne rechtl Bedeutg (sa BT-Drs 14/1067 S 21).
- 11 **5) Abweichende Vereinbarungen, V.** – **Zwingend** sind grdsätzl alle Regelgen gem I–IV, aber nur zG des Begünstigten. Zu den Ausn bzgl der einz Vorschr s dort. – **Ausnahme** für die ÜberwArten gem § 676 c III (dort Rn 6), dh bei Überw zG eines KredInst, über 75000 Euro od ausgehd von einem KredInst außerh des Anwendgsbereichs (Hoffmann WM 01, 881/888).

676h *Missbrauch von Zahlungskarten.* ¹ Das Kreditinstitut kann Aufwendersatz für die Verwendung von Zahlungskarten oder von deren Daten nur verlangen, wenn diese nicht von einem Dritten missbräuchlich verwendet wurden. ² Wenn der Zahlungskarte nicht ein Girovertrag, sondern ein anderer Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde liegt, gilt Satz 1 für den Kartenaussteller entsprechend.

1) Zahlungskarte (ZK). – **a) Wesen.** Bei der *Zahlungskarte (ZK)* handelt es sich um eine Urkunde, mit deren Hilfe der *Inhaber der Karte (KartInh)* den *Aussteller der Karte (AusSt)* verpflichten kann, an einen Dritten, idR ein *Vertragsunternehmen (VertrUntern)* des AusSt, eine bestimmte Geldleistg zu erbringen, u zwar grdsätzl ohne Rücksicht auf Einwendungen aus den der Transaktion zu Grde liegenden KausalVerh, insbes dem ValutaVerh zw KartInh u Dritten (sa StGB 152a IV; str); allerdings bedarf es uU wertder Einschränkungen (ausführl MüKo/Casper Rn 6 ff). AGrd der wirtschaftl Potenz des AusSt (idR ein KredInst od TochterUntern eines KredInst) hat der Dritte die prakt Gewiss, dass die Verpfl erfüllt wird. Die Verwendg der Karte dient damit als Bargeldersatz (BGH NJW **02**, 285/86).

b) Vertragsbeziehungen. An der ZK-Transaktion sind idealtyp drei Pers beteiligt (KartInh, KartenAusSt, VertrUntern), zu denen jew gesonderte vertragl Beziehgen bestehen; in der Praxis verteilt sich die Funktion des AusSt häuf auf mehrere Untern (ausführl Jungmann WM **05**, 1351 zu den Kreditkarten). Soweit sich Transaktionen nur zw KartInh und AusSt ohne Beteiligg eines Dritten vollziehen, sind sie von § 676h nicht erfasst

(sa Rn 17). ZG eines Dritten (zB Ehegatte) können Zusatzkarten ausgestellt sein (Langenbacher NJW **04**, 3522). Für dessen Karteneinsätze haftet auch der Erstkarteninhaber (Kblz NJW **04**, 3563). Zu unterscheiden sind: – Das **Valutaverhältnis**, dh die RBezieh zw KartInh (Schu) u dem begünstigten Dritten (VertrUntern, Gläub), die Anlass für den Einsatz der ZK ist (zB Kauf, Miete, Dienstleistg, Geldauszahlg). Die dort bestehende ZahlgsVerpfl des KartInh bildet die Grdlage für die dch den ZK-Einsatz bewirkte VermVerschiebg. Der ZK-Einsatz berührt hierbei insbes die Fragen der Art u Weise u des Ztpkts der Erfüllg der Verpfl; idR handelt es sich nur um eine Leistg erfüllgshalber (§ 364 II; s § 362 Rn 12, § 364 Rn 7, 9). Der KartInh hat gg das VertrUntern Anspr auf Mitwirkg bei der Stormierg unberecht Belastgsbuchgen (BGH NJW **02**, 3698). – Das **Deckungsverhältnis** zw KartInh u AusSt. Es wird dch den sog **Emissionsvertrag** geregelt. Er ist GeschBesorggsVertr mit werkvertragl Charakter (Hofmann BKR **03**, 321) in Form eines DauerschuldVerh (BGH **125**, 343/349 für Kreditkarte), häuf eine Zusatzvereinbg zum GiroVertr (§ 676f Rn 4), u idR dch AGB (zB der Banken od Sparkassen) ausgestaltet. Der AusSt führt für den KartInh ein Kto. Er verpflichtet sich zur Erfüllg der dch den Inhaber der ZK od Zusatzkarte unter deren ordngsgem Verwendg ggü VertrUntern eingegangenen Verpfl (§ 329; BGH NJW **02**, 3698) u erhält dafür einen AufwendersErsAnspr (§ 670), den er in das Kto, ggf in den laufden KtoKorrent (insbes bei Ausgabe iR eines GiroVertr, § 676f Rn 7) einstellt. Der KartInh erhält das Recht, die vorgesehenen Leistgen (zB Einkauf bei VertrUntern unter Verwendg der ZK, Barabheben od Zahlgen an Automaten) in Anspr zu nehmen. Er verpflichtet sich zur Zahlg der vereinbarten Entgelte (häuf Jahrespauschale

u Sonderentgelte für bestimmte Transaktionen insbes im Ausland; ZK-Verlust s Pamp WM **02**, 573) sowie ggf der (idR monatl) Abrechnen, idR dch Lastschrift (Einzugermächtigg, § 676f Rn 29). Sa Rn 5 a, 13. – Das **Zuwendungsverhältnis** (VollzugsVerh) zw AusSt u VertrUntern. Es ist idR dch einen RahmenVertr als DauerschuldVerh ausgestaltet. Darin verpflichtet sich das VertrUntern, die ZK als Zahlsmittel anzunehmen. Diese Verpfl wirkt idR auch zG des KartInh (§ 328). Der AusSt verpflichtet sich zur Begleichg der dem VertrUntern anlässlich der ZK-Verwendg entstandenen Fdgen gg den KartInh, wobei die RNatur der EinzelVerpfl umstr ist (Rn 6, 10 ff; für einheitl Einordng als abstraktes SchuldVerspr Hofmann BKR **03**, 321, sa Einsele WM **99**, 1801). – Nicht selten stellt ein KredInst die Karte zwar im eig Namen, aber nur in Lizenz des KartenUntern aus, das seinerseits die Abrechng mit den VertrUntern übernimmt, sog **Interchange**. Dann besteht zu diesen Beteiligten ein als GeschBesorggsVertr zu qualifiziertes Lizenz- u AbrechngsVerh (dazu Reinfeld WM **94**, 1505).

c) Kreditkartensysteme (SchBL/Martinek § 67; MüKo-HGB/Hadding § 362 Anh I G). Der Einsatz sog Universalkreditkarten (zur Kundenkreditkarte Rn 17) wie Eurocard, Visa, American Express, Diners Club etc ist idR so ausgestaltet, dass der KartInh entweder bei dem VertrUntern zur Erfüllg einer ZahlgsPfl im ValutaVerh (Rn 2; zur Rückabwicklg bei nachträgl Entfallen dieser Pfl wg Rücktr oä Freitag WM **00**, 2185) einen Belastgsbeleg unterzeichnet (PräsenzGesch, BelegVerf), od dem VertrUntern briefl, telefon od elektron die Kartendaten übermittelt u dieses selbst anhand der Daten einen Leistgsbeleg erstellt (DistanzGesch, MailorderVerf, zB über Internet; s Pichler NJW **98**, 3234, Oechsler WM **00**, 1613/20). Das VertrUntern reicht anschließd die Belege beim AusSt ein. Sowohl im DeckgsVerh wie im ZuwendgsVerh können allg od für bestimmte Gesch weitere Voraussetzgen für den Karteneinsatz (Verwendg einer persönl Nummer, PIN; vorangehde Rückfrage beim AusSt; Einhaltg eines FdgsLimits, Köln WM **95**, 1914, auch zu den Folgen einer Überschreitg) vereinbart sein. IR dieser Verwendg ist die Kreditkarte ZK iSv § 676h. – Im **Deckungsverhältnis** (Rn 3) erteilt der KartInh dach beim PräsenzGesch dem AusSt die aGrd des EmissionsVertr verbindl Weisg (§ 665), die Verbindlichk ggü dem VertrUntern aus dem ValutaVerh zu tilgen (BGH NJW **02**, 3698; aA: Anweisg, zB Schnauder NJW **03**, 849). Er kann sie wg der Zahlgsfunktion der Kreditkarte grdsätzl nicht widerrufen (BGH NJW **02**, 3698, str), dem ErsAnspr des AusSt (§ 670) aber jedenfalls bei RMissbr Einwendungen aus dem ValutaVerh od gg die Wirksamk der Weisg entghalten (Grd: fehlde Erforderlichk, BGH NJW **02**, 3698; § 670 Rn 4). Auch beim DistanzGesch wird idR eine Weisg vorliegen (Ausleggsfrage, Burghardt WuB I D 5 a.–1.99). Der AusSt stellt seinen AufwendersErsAnspr (Rn 3, 16) gg den KartInh in das GiroKtoKorrent ein od zieht ihn unter period Abrechng bei dem KredInst des KartInh ein, idR aGrd Einzugermächtigg (§ 676f Rn 29). Beweislast für Bestehen der Weisg beim AusSt (§ 670 Rn 7), ob Beleg u/od PIN-Verwendg Voraussetzgen der Weisg sind, ist str (ja LG Karlsru NJW-RR **01**, 770 [Pichler WuB I D 5 a.–1.01]; nein KG ZIP **93**, 1303); zum KartenMissbr s Rn 15 ff. Ein gesetzl Leitbild des Emissions- (Kreditkarten)Vertr gibt es nicht (BGH NJW **98**, 383); Zulässigk von AGB s § 307 Rn 122 f. Zu weiteren Pfl, insbes sorgfält Umgang mit Karte u PIN sa Rn 13. – Im **Zuwendungsverhältnis** zw KartenAusSt u VertrUntern (Rn 4) wird der sog **Aquisitionsvertrag** als

- RahmenVertr abgeschlossen (eingehd Meder ZBB 00, 89). Er beinhaltet insbes die Zahlgzusage des AusSt, dh ein aufschiebd bedingtes (§ 158 I) abstraktes SchuldVerspr (§ 780, BGH NJW 02, 2234, NJW-RR 04, 481; aA Heermann JZ 02, 1170 mwN: bei entspr Vereinbg FdgsKauf; sa Schnauder NJW 03, 849), dem ggü nur der Einwand des RMissbr dchgreift, insbes bei offensichtl, liquide beweisb od unbestr Einwendgen aus dem ValutaVerh (BGH NJW 02, 2234/37 u 3698, NJW-RR 05, 780). Der Inhalt der Bedingng ist Frage der vertragl Vereinbg (sa Rn 5; zu AGB s § 307 Rn 123), idR: beim PräsenzGesch die Unterzeichng u Übergabe eines ordngsgem Belastgsbelegs für die Transaktion an den AusSt (Bsp AG Krefeld NJW-RR 07, 1540); beim DistanzGesch das Vorliegen einer Bestellg beim VertrUntern u die Erstellg u Übergabe eines ordngsgem Leistsbelegs (BGH NJW-RR 04, 1122 u 1124: strikte Beachtg der Förmlichk, vorher Zustimmung des AusSt ändert dies nicht; sa BGH NJW-RR 05, 1570). Ist die Bedingng nicht erfüllt, braucht der AusSt nicht zu leisten, bereits geleistete Zahlgen kann er (ggf gem § 812) zurückfordern. Das Risiko des KartenMissbr kann individualvertragl dem VertrUntern überbürdet werden, hingg nach BGH nicht verschuldensunabhäng in AGB, auch nicht beim DistanzGesch (NJW 02, 2234, NJW-RR 04, 481; krit zB Meder NJW 02, 2215; Schlinker ZGS 07, 248; zu neueren Entwicklgen, auch bzgl der Vertr-Bedinggen Jungmann WM 05, 1351). Beide VertrPart haben Prüfgs- u SorgfaltsPfl. Beim VertrUntern kann ihre Erfüllg als Bedingng Voraussetzung für die EinstandsPfl des AusSt sein (soben), ihre Verletztg SchadErsAnspr des AusSt gem § 280 begründen (BGH NJW-RR 04, 481: Annahme einer Mailorder trotz MissbrVerdachts). Verletzt der AusSt seine Pfl, ist er dem VertrUntern gem § 280 ersatzpfl (BGH NJW-RR 04, 1122 u 1124: Pfl, vor Zahlg die Übereinstimmg von Kartlnh u Besteller zu prüfen). Ggf ist § 254 zu beachten.
- 7-9 **d) Bankkarte, ec-Karte.** Sie wird idR im Zushang mit dem GiroVertr (§ 676 f), aber aGrd selbst, gesondert jederzeit kündb Vereinbg (BankkartenVertr, BGH NJW 06, 430; sa Rn 3) ausgegeben. Es gelten besond AGB (§ 307 Rn 80). RNatur der Karte § 807 Rn 1. Der Kartlnh kann je nach Ausstattung verschiedene Dienstleistgen (Geldautomat, Geldkarte, automatisierte Kassen) nutzen. Die Karte ist ZK iSv § 676 h, soweit sie an Geldautomaten fremder KredInst (vgl BGH NJW 04, 3623) od an elektron Kassen im POS-System eingesetzt wird; für die Verwendg am bankeig Automaten (bejahd Staud/Martinek Rn 5), im POZ-System (ablehnd MüKo/Casper Rn 8) u als Geldkarte (ablehnd Schinkels WM 05, 450; sa Rn 10, 17) ist dies str.
- 10 **aa)** Bei Verwendg als **Geldkarte** sind auf der Karte aGrd vorher Aufladg (nach hM eine Vorauszahlg ggü dem AusSt iS eines Vorschusses, § 669) Werteinheiten gespeichert, die zur Bezahlg an zugelassenen Geldkarten-Terminals verwendet werden können (dazu Pfeiffer NJW 97, 1036; Kümpel WM 97, 1037). Das Aufladen ist an Geldautomaten des KartenAusSt od eines and KredInst mögl. Bei Zahlg am Terminal ist das Untern, an das der Kartlnh zahlt, aGrd der RahmenVereinbg (abgedruckt WM 96, 2353, 2359) verpflichtet (Rn 4), die Karte zu akzeptieren. Bei ordngsgem Zahlgsvorgang entsteht ein Anspr aus abstraktem SchuldVerspr gg den AusSt (Rn 4; aA Kümpel aaO: GarantieVertr). Dch dessen Erfüllg vermindert sich der auf der Karte gespeicherte Vorschuss. Es handelt sich um eine Form des elektron Geldes, *E-Geld* (dazu § 245 Rn 5, sa KWG 1 I Nr 11, XIV). – Bei Abhebg an **Geldautomaten**, auch eigenen des ktoföhrden KredInst (Staud/Martinek Rn 5, 79; aA 67. Aufl), führt das KredInst iR des KartenVertr (Rn 7) eine Weisg des Kartlnh aus; Abhebg an fremden Automaten
- 12 begründet einen GarantieAnspr der betreibden Bank gg den AusSt (Bröcker WM 95, 468), zum InterbankenVerh in diesem Fall Karlsr ZIP 06, 1718 (Volksbanken) – Bei Verwendg an **elektronischen Kassen** (electronic-cash od edc-Verf; dazu Rossa CR 97, 138) mittels Angabe der Geheimzahl (PIN) des Kartlnh (*POS-System*) kommt mit der Autorisiersantwort des AusSt (Einf 1 v § 116; BGH NJW 03, 1256) ein abstraktes SchuldVerspr zw AusSt u Händler zustande (Rn 4; aA GarantieVertr). Die Verwendg ohne PIN (*POZ-System*) ermächtigt den Händler ledigl zum Einzug des vom Kartlnh geschuldeten Betrags dch Lastschrift im EinzugsermächtiggsVerf (§ 676 f Rn 29); bei Fehlschlagen der Lastschrift hat er uU einen Anspr gg den AusSt auf Mitteilg der Kundendaten (Wuppertal NJW-RR 98, 775).
- 13 **bb)** Im **Deckungsverhältnis** darf der Kartlnh nur iR der ihm eingeräumten Deckg (§ 676 f Rn 14) verfügen. Der AusSt hat iF der Vfg dch den Berecht (sa § 676 f Rn 6) nach Zahlg Anspr auf AufwendgsErs (Rn 3, 16), bei der Geldkarte mit der Aufladg auf Vorschuss (§ 669; § 676 f Rn 16). Aufwendgen dch unberecht Vfgen Dritter, insbes Schäden dch KartenMissbr (Rn 19), ohne Verschulden des Kartlnh (zB bei Diebstahl, Hamm NJW 97, 1711) hat der AusSt allein zu tragen (Rn 15 ff). Ermöglicht der Kartlnh den Missbr schuldh, haftet er dem AusSt gem § 280 (Rn 16), nach den AGB bei leichter Fahrllk mit höchstens 10%, ganz nur bei mind grober Fahrllk, Mitverschulden des AusSt ist zu berücksichtigen (§ 254; Bonn NJW-RR 05, 1645: mehrere hohe Abheben innerh kurzer Zeit; sa Ffm NJW-RR 07, 198). Hinsichtl des Umgangs mit der Karte u Berechtiggsmerkmalen treffen beide VertrPart **Sorgfaltspflichten**. Ausführl dazu u zur SchadVerteilg Hofmann WM 05, 441 (sa § 676 f Rn 15 f). Diejen des Kartlnh sind zT in AGB geregelt (Einzelh § 307 Rn 80). IdR hat er die persönl Geheimnummer PIN (Ffm NJW-RR 01, 1341) und die Karte sorgfält u getrennt aufzubewahren (zu den Pfl bei Zusendg dch den KartenAusSt LG Hbg WM 06, 1623); die PIN geheim zu halten (dazu Hamm NJW-RR 98, 561, LG Köln NJW-RR 01, 1340; Gößmann WM 98, 1261/69); evtl Verluste unverzögl anzuzeigen (Ffm NJW-RR 04, 206: höchstens 1½ Std, sehr knapp). Bsp: gemeins Aufbewahrg von Karte u PIN (BGH 145, 337: einheitl Zugriffsmöglchk, Ffm NJW-RR 04, 206: als Telefonnummer notiert, KG MDR 00, 1022: offen in einer Wohng); Liegenlassen der Karte an allg zugängl Ort (Rottweil WM 99, 1934), nicht dagg ow in verschlossenem Pkw (aA LG Hbg NJW-RR 02, 264), Wohnwagen im Urlaub (Ffm NJW-RR 02, 692, sa Mainz WM 03, 1172) od allg nicht zugängl Büro (Bonn NJW-RR 05, 1645, strenger Düss BKR 08, 41); Eingabe der PIN an freistehden Automaten (Halle WM 01, 1298 [zu Recht krit Haertlein WuB I D 5b-3.01]); nicht hingg unterlassene Vernichtg der PIN-Mitteilg (BGH 145, 337). **Beweislast:** Den Zugang der Karte hat der AusSt zu beweisen (AG Bln-Mitte MDR 02, 654); der Kunde hat aber uU Mitteilgs- u NachforschgsPfl, wenn ihm die beantragte Karte nicht zeitnah zugeht (KG NJW 06, 381). Liegt dann die SchadUrsache ausschließl im Gefahrenbereich des Kartlnh, obliegen diesem Darlegg u Beweis, keine PflVerletztg begangen zu haben (§ 280 Rn 37), wobei uU Beweiserleichterger bestehen (Hamm VersR 98, 372: Handtaschendiebstahl). Bei Verwendg an Geldautomaten (Ffm WM 08, 534) u automatisierten Kassen im electronic-cash od edc-System (AG Schönebg WM 97, 66) besteht **Anscheinsbeweis** (Vorb 163 ff v § 249) dafür, dass Originalkarte u PIN verwendet wurden u damit zwar nicht dafür, dass der Berecht tätig wurde (str, sa Stgt NJW-RR 02, 1274), wohl aber nach den tats Umst des Einzelfalls (instruktiv Osnabrück BKR 03, 509 [Metz]; zum Ausspähen der PIN

Hoppe VuR 05, 76) dafür, dass bei Diebstahl der Karte der KartInh dem Täter die Kenntn der PIN pflichtwidr verschafft hat (Zwade/Mühl WM 06, 1225/31); dabei kann derzeit idR die Sicherh des Systems gg Herausfiltern der PIN aus der Karte vorausgesetzt werden, ggf hat das KredInst seine SicherhVorkehrgen darzulegen (BGH NJW 04, 3623, 07, 593/96, Ffm NJW-RR 07, 198 für EC-Karte, Ffm WM 02, 2101, Brdbg WM 07, 2193 für Kreditkarte; str). Erschütterg des Anscheinsbeweises nur dch den Nachw besond Umst (Stgt NJW-RR 02, 1274, Karlsru WM 08, 1549; sa Ffm NJW-RR 01, 1341, Oldbg NJW-RR 00, 1718: Dieb aus dem Umfeld des Opfers).

e) **Andere Kartenarten.** In Betr kommen zB Karten, mit denen der Inhaber an institutsfremden Geldautomaten Geld abheben kann (zB Sparcard der Postbank). 14

2) **Aufwendungsersatz bei Kartenmissbrauch (§ 676 h).** Entstehg der Vorschr, IPR, richtlkonforme Auslegg Einf 2 f v § 675, Vorb 3 ff v § 676 a. Von einer eingehderen Regelg der Beziehgen der Beteiligten über § 676 h hinaus hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen (BT-Drs 14/3195 S 34). 15

a) **Zweck** der Vorschr ist der Schutz des Inhabers einer ZK gg missbräuchl Verwendg der Karte dch Dritte. – **Inhalt.** Der KartenAusSt hat für unmittelb an den KartInh od iR des ZuwendgsVerh an das VertrUntern erbrachte Leistgen im DeckgsVerh einen AufwendgsErsAnspr (§ 670; s Rn 3) gg den KartInh, aber nur, soweit er iR des Auftr des KartInh gehandelt, dh dieser ihn zur Leistg angewiesen od einen zurechenb Vertrauens-tatbestand geschaffen hat (§ 665, dort Rn 2; BGH 145, 337; zur Überschreitg des Kartenlimits Zwade/Mühl WM 06, 1225/29); Beweislast beim AusSt, § 670 Rn 7. Die Weisg fehlt insbes, wenn die ZK von einem Dritten ohne Zustimmung des KartInh verwendet (missbraucht) wird (Rn 19). Für diesen Fall schließt § 676 h den AufwendgsErsAnspr ausdrückl aus. Der AusSt darf also das Risiko des Missbr nicht mehr auf den KartInh abwälzen

(so bereits BGH 114, 238: AGB im KreditkartenVerh). Das gilt bei Präsenz- wie DistanzGesch (Rn 5, Schlinker ZGS 07, 248). Dem AusSt kann jedoch ein SchadErsAnspr aus § 280 gg den KartInh zustehen, wenn dieser seine Pfl iR des DeckgsVerh verletzt u dadch den Missbr ermöglicht hat (Rn 13 mit Bsp; Zwade/Mühl WM 06, 1225/31; Hadding DRiZ 06, 355, insbes zum DistanzGesch); diesen Anspr kann er evtl BereichergsAnspr des KartenInh entgsetzen (Ffm NJW-RR 07, 198). – **Nicht abdingbar** zu Lasten des KartInh ist die Vorschr, wie sich aus ihrem Schutzzweck ergibt.

b) **Anwendungsbereich.** – **Sächlich** werden erfasst: **Aufwendungsersatzansprüche** gem § 670 des AusSt gg den KartInh. Gleichgült ist, ob der Anspr sich aus einem GiroVertr ergibt (dann S1), od ob ihm ein and GeschBesorggsVerh zu Grde liegt (S 2), wie idR bei spezialisierten KreditkartenUntern. Nicht hingg: SchadErsAnspr (Rn 16, Ffm NJW-RR 07, 198, Timme MDR 05, 304; aA Hoffmann/Petrick ZBB 03, 343); Anspr auf

Vorschuss (§ 669; wicht bei GeldkartenVerwendg, Rn 13); Anspr des AusSt gg das VertrUntern (sa Rn 6). Auch Anspr des AusSt aus Darl scheiden aus. Der Einsatz von Kundenkreditkarten (SchBL/Martinek § 67 Rn 1), dch die ein Untern dem KartInh den Erwerb von Waren od sonst Leistgen in seinem Bereich (zB Kaufhäuser, Lebensmittel- od Hotelketten) auf Kreditbasis ermöglicht, fällt daher nicht unter § 676 h. Auf die **Verwendung der Zahlungskarte** od von deren Daten muss der Anspr zurückgehen. Es muss also im ValutaVerh von der ZK (den Daten) Gebrauch gemacht worden sein mit dem Ziel der Leistg dch den AusSt an das VertrUntern. Nicht hingg ist erfdl, dass die vertragl Voraussetzgen für die Entstehg des Anspr des VertrUntern gg den AusSt erfüllt sind. Daher genügt zB die Verwendg der KreditkartenNr im beleglosen Verf, insbes bei FernabsatzVertr, dch Telefon, mail-order etc (Rn 5; MüKo/Casper Rn 11; sa § 312 b, BGH NJW 02, 2234). – **Zeitlich:** s EG 229 § 2 I (anwendb ab 29. 6. 00). Ändergen dch das SMG gelten für alle ab 1. 1. 02 abgeschl Vertr, außerdem ab 1. 1. 03 auch für vorher abgeschl KreditkartenVertr, da diese DauerschuldVerh sind (EG 229 § 5). 18

c) **Kartenmissbrauch durch Dritte** ist Voraussetzung für die Wirkg des § 676 h. **Dritter:** Jeder außer dem Inhaber der ZK (Haupt- od Zusatzkarte) selbst. § 676 h greift daher nicht, wenn die Verwendg dch den Inhaber im Verhältn zum AusSt gg die vertragl Bedinggen (zB ungenehmigte KtoÜberziehg oä), od (bei Zusatzkarte) gg die Vereinbgen mit dem HauptKartInh (Zwade/Mühl WM 06, 1225/29) verstößt. **Missbrauch** ist jede Verwendg der ZK (od deren Daten) ohne od gg den Willen des KartInh, auch die weisgwidr Verwendg dch das VertrUntern (LG Karlsru NJW-RR 01, 770). Auch die (im Verhältn zum Inhaber) unberecht Verwendg dch denjen, dem der Inhaber die ZK überlassen hat, fällt nach wohl hM darunter (MüKo/Casper Rn 11; aA zB Mülberr FS Canaris 2007 S 271/84; dem KartInh ist der Vorgang zuzurechnen, sa § 665 Rn 2). 19

d) **Wirkung.** Ausschluss des AufwendgsErsAnspr; SchadErsAnspr (Rn 13, 16) bleiben unberührt. Die AGB der Banken u Sparkassen entsprechen dem (sa Rn 13, 16). Risikoverteilg im ZuwendgsVerh Rn 6. 20

e) **Beweislast.** Bei Geldtmachg der Erfüllg (Rn 11) od des AufwendgsErsAnspr trägt sie der AusSt für deren Voraussetzgen, u damit auch für die Vornahme der Transaktion dch den KartInh od mit dessen Einverständnis, insbes dessen Weisg (§ 665 Rn 2); so für die Echth der Unterschrift auf dem Belastgsbeleg im KreditkartenVerf (BGH 91, 221: Fälschg dch Bedienstete von VertrUntern). § 676 h ändert hieran nichts (BT-Drs 14/3195 S 34). Ebso trägt der AusSt die Beweislast für die Voraussetzgen eines evtl SchadErsAnspr gg den KartInh (Rn 16); jedoch können ihm insow Beweiserleichtergen zugute kommen (Rn 13). 21

§ 676h

Stand bis 31. 10. 2009

Sprau

6. Rom I-Verordnung

Seit 17. 12. 2009 gilt die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“) vom 17. 6. 2008 (ABl EU Nr L 199 S 40). Sie gilt nicht für Verträge, die bis 17. 12. 2009 geschlossen worden sind (Art. 28 Rom I-VO, vgl die Kommentierung dort). Insoweit ist weiterhin das bisher geltende Recht maßgebend. Allerdings sind die bisher insoweit maßgebenden Art. 27–37 EGBGB aufgehoben worden bzw. (Art. 29 a) in einen neuen Art. 46 b EGBGB überführt worden. Diese Vorschriften und ihre Kommentierung (Stand 68. Auflage) sind daher im Folgenden aufgeführt.

Erster Unterabschnitt. Vertragliche Schuldverhältnisse

Vorbemerkung

1 1) Zugl mit der Verabschiedung des IPRG hat der Bundestag dch Gesetz vom 25. 7. 86, BGBl II 809, dem EVÜ vom 19. 6. 80 zugestimmt (BGBl 86 II 810), vgl dazu BT-Drs 10/503 mit Denkschrift zum Übereinkommen u Bericht von Giuliano u Lagarde. Das EVÜ ist für Deutschland am 1. 4. 91 in Kraft getreten, Bek vom 12. 7. 91, BGBl 91 II 871, vgl dazu Martiny ZEuP 03, 590; es galt aGrd verschiedener BeitrittsÜbk schon bisher für Belgien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn, Vereinigtes Königreich u Zypern, BGBl II FN B 2008 S 696; zudem ist das Übk am 15. 1. 2008 für Bulgarien und Rumänien in Kraft getreten, BGBl II 775; an der in Deutschland innerstaatl geltenden RLage hat sich damit jedoch nichts geändert (vgl unten Rn 3).

2) Eine **Revision** des EVÜ ist seit Langem in Vorbereitung; es wird nunmehr dch eine **EG-Verordnung** ersetzt. Die EG-VO über das auf vertragl Schuldverh anzuwendende Recht (**Rom I-VO**; abgedruckt Abl EU 2008, L 177/6) wurde am 6. 6. 08 dch den Rat der Justizminister der EG verabschiedet, nachdem das Parlament bereits im November 2007 zugestimmt hatte. Sie wird 18 Monate nach ihrem Inkrafttr wirksam u somit ab Mitte Dezember 2009 in den EU-Mitgliedstaaten mit Ausn Dänemarks anzuwenden sein, wobei aber das Vereinigte Königreich aGrd eines Zusatzprotok zum EG-Vertr noch über seine Teilnahme entscheiden muss. Da die VO nur auf Vertr anwendbar sein wird, die nach dem 17. 12. 09 geschlossen werden (Rom I-VO Art 28), unterliegen Altvertr weiterhin dem derzt geltenden Recht. Die Rom I-VO entwickelt das EVÜ behutsam weiter u verzichtet im ALLG auf radikale Veränderungen der bislang geltenden Anknüpfungsregeln (Mankowski IHR 08 133. Wichtige Neuerungen sind: Begrenzg der Folgen einer RWahl bei Binnenmarktsachverhalten (Art. 3 IV Rom I-VO); Aufnahme besond Regelanknüpfen für einzelne VertrTypen in Art 4 I Rom I-VO; Regelg für VersVertr (Art. 7 Rom I-VO); ausdrückl Ausklammerg von Verpfl aus cic (Art I II lit i Rom I-VO).

Zur Harmonisierg des materiellen VertrR dch Entwicklg eines Gemeinsamen Referenzrahmens (CFR) vgl zuletzt Hirsch ZIP 07, 937, Lehne ZEuP 07, 1, Martiny ZEuP 07, 212, Schulze EuZW 07, 449, Zimmermann EuZW 07, 455; sa BGB Einl 33 v § 1.

3) Das EVÜ schafft in seinen Art 1–21 einheitl **Kollisionsregeln** für vertragl SchuldVerh, die **allseitig** gelten u daher in ihrem sachl Anwendungsbereich keinen Raum für abweichde Vorschr des autonomen dtschen IPR lassen. Das IPRG 1986 hat desh entgg einer Empfehlg der EG-Komm vom 15. 1. 85 (IPRax 85, 178) die einheitl KollRegeln des Übk im Interesse der Überschaubarkeit des geltenden dtschen IPR u der Verhinderung einer RZersplitterg mit gewissen Anpassungen in EGBGB Art 27–37 eingestellt (vgl dazu Einl 16 v Art 3). Die über das SchuldVertrR hinausgreifenden einheitl KollRegeln des EVÜ sind in der Formulierung der entspr allg dtschen KollNormen berücksichtigt worden, vgl insbes Art 6 S 1, 11 I–IV u 12 S 1. Auch seit dem völkerrechtl Inkrafttr des Übk kann sich ein Konflikt mit den in das EGBGB eingearbeiteten KollNormen nicht ergeben, da Art I II des Zustimmungsg vom 25. 7. 86 die in EVÜ Art 1–21 enthaltenen einheitl KollRegeln ausdrückl von der unmittelb **innerstaatlichen** Anwendg **ausgenommen** hat; diese besitzen daher auch nicht gem Art 3 Nr 2 den Vorrang vor dem autonomen dtschen IPR, vgl Art 3 Rn 11. Im Ggsatz zum Haager Übk über das auf Unterpfllichten anwendb Recht vom 2. 10. 73, Anh 2 zu Art 18, u zum Haager TestFormÜbk vom 5. 10. 61, Anh zu Art 26, ist bei der innerstaatl RANwendg der Rückgriff auf die kollrechtl Vorschr des EVÜ nicht nur überflüssig, sondern **ausgeschlossen**. Auf den Abdruck des Übk wird desh verzichtet. Bei der Auslegg u Anwendg der Art 27–37 ist aber deren staatsvertragl Hintergrd zu berücksichtigen, dh insbes die mit dem EVÜ angestrebte **Rechtsvereinheitlichung** zu fördern, vgl dazu Einl 8 v Art 3; darauf weist **Art 36** (in Anlehnung an EVÜ Art 18) ausdrückl hin. Die beiden **Protokolle** vom 19. 12. 88 betr die **Auslegung** des EG-SchuldVertrÜbk dch den **Europäischen Gerichtshof** sind für Deutschland am 1. 8. 04 in Kraft getreten (Bek vom 11. 1. 05 BGBl II 147 u 148); vorlageberecht sind die obersten Gerichtshöfe des Bundes u alle Gerichte, sofern sie als RMittelinstanz entscheiden (Art 2 lit a und b des 1. Protokolls); die Vorlage steht im Ermessen des Gerichts (vgl dazu BGH NJW 06, 762 Tz 20, Weller NJW 06, 1249); an die Stelle des Generalbundesanwalts als zuständ Behörde iSv Art 3 I des 1. Protokolls (vgl Bek vom 21. 4. 05 BGBl II 402) ist am 1. 1. 07 das BAmt für Justiz getreten (Wagner IPRax 07, 88).

2 4) Auf **einseitige** Leistversprechen, zB Auslobg, PatronatsErkl, Gewinnmitteilg, sind Art 27f entspr anwendb (vgl BGH NJW 03, 3620, 04, 1652, 06, 230 Tz 29, Nürnberg NJW 02, 3637/9, Brdgb OLG-NL 04, 199, S. Lorenz IPRax 02, 195, Martiny ZEuP 06, 64; zur vertragsrechtl Qualifikation von Anspr auf Gewinnauszahlg iSv Art 5 Nr 1 bzw 13 des früheren EuGVÜ (nunmehr EuGVVO) vgl EuGH EuZW 02, 539, NJW 05, 811, BGH NJW 03, 426, 06, 230 Tz 20, Rstk NJW-RR 06, 209, Leible NJW 05, 796, S. Lorenz/Unberath IPRax 05, 219, Mörsdorf-Schulte JZ 05, 770; für deliktsrechtl Qualifikation AnwK/Leible Art 28 Rn 155, Staudinger JZ 03, 857). Vom Anwendungsbereich der Art 27–36 **ausgenommen** sind die in Art 37 aufgeführten RMaterien betr WertPapR, GesellschR, Vertretungsmacht u VersichsR (vgl Art 37 mit Erläuterungen).

EG 27 Freie Rechtswahl. (1) ¹Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten Recht. ²Die Rechtswahl muß ausdrücklich sein oder sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben. ³Die Parteien können die Rechtswahl für den ganzen Vertrag oder nur für einen Teil treffen.

(2) ¹Die Parteien können jederzeit vereinbaren, dass der Vertrag einem anderen Recht unterliegen soll als dem, das zuvor auf Grund einer früheren Rechtswahl oder auf Grund anderer Vorschriften dieses Unterabschnitts für ihn maßgebend war. ²Die Formgültigkeit des Vertrages nach Artikel 11 und Rechte Dritter werden durch eine Änderung der Bestimmung des anzuwendenden Rechts nach Vertragsabschluss nicht berührt.

(3) Ist der sonstige Sachverhalt im Zeitpunkt der Rechtswahl nur mit einem Staat verbunden, so kann die Wahl des Rechts eines anderen Staates – auch wenn sie durch die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gerichts eines anderen Staates ergänzt ist – die Bestimmungen nicht berühren, von denen nach dem Recht jenes Staates durch Vertrag nicht abgewichen werden kann (zwingende Bestimmungen).

(4) Auf das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Einigung der Parteien über das anzuwendende Recht sind die Artikel 11, 12 und 29 Abs. 3 und Artikel 31 anzuwenden.

1) **Allgemeines.** – a) Art 27 entspr EVÜ Art 3, vgl Vorb 1 v Art 27. Abs 1 kodifiziert den bish gewohnheitsrechtl geltenden Grds der **Parteiautonomie** (zu deren Gewährleistg im EG-Vertr v Wilmowsky RabelsZ 98, 1, Paefgen ZEuP 03, 270). Danach können die Part das für einen SchuldVertr maßg Recht (das VertrStatut) dch RWahl selbst bestimmen; dies gilt auch bei VertrSchluss im elektron GeschVerkehr; zum Anwendungsbereich des VertrStatuts vgl Art 31 u 32. Die RWahl wird dch einen **kollisionsrechtlichen Verweisungsvertrag** vorgenommen, dessen Zustandekommen Abs 4 regelt. Von der kollrechtl ist die materiellrechtl Verweisg zu unterscheiden, dch welche Vorschr einer bestimmten ROrdng zum VertrInhalt gemacht werden. Sie ist nur insow wirks, als die kollrechtl maßg ROrdng es gestattet, dh deren Vorschr dispositiv sind (Kegel/Schurig IPR § 18 I 1c); in diesem Rahmen können die Part auch die Anwendg der Unidroit Principles of International Commercial Contracts u der Principles of European Contract Law vereinbaren (vgl Canaris in: Basedow, Europ VertrRVereinheitlichg u dtsh Recht, 2001, 17). And als der Entw lässt nunmehr auch Rom I-VO Art 3 nur die Wahl staatl Rechts zu (krit dazu Schinkels GPR 07, 106; vgl ferner Kondring IPRax 07, 244).

b) Die RWahl bezieht sich nur auf die **Sachvorschriften** des gewählten Rechts (vgl Art 4 II, Rugullis ZVglRWiss 07, 217); die Beachtg einer Rück- oder Weiterverweisg ist ausgeschl, Art 35 I (= Rom I-VO Art 20); zur Unteranknüpfg in MehrRStaaten vgl Art 35 II (= Rom I-VO Art 22). Im **innerdeutschen** KollR galt Art 27 entspr (vgl BGH NJW 95, 318, Fischer IPRax 95, 161). War das Recht der BRep VertrStatut, so waren DDR-Gesetze nicht dch § 134 geschützt (BGH 69, 295 betr Fluchthilfe, 128, 41/53, Naumbg NJ 94, 176), konnten aber tatsächl Unmöglichk der Leistg begründen. Mit dem Inkrafttr des BGB im Beitrittsgebiet am 3. 10. 90 hat sich die Frage des anzuwendenden dtshen SchuldvertrR erledigt. In Altfällen ist das anwendb Recht einheitl entspr Art 27 ff zu bestimmen (Art 236 Rn 1 u 4 [PalArch II], vgl dazu auch BGH DtZ 97, 199). Soweit für vor dem Stichtag entstandene SchuldVerh das Recht der früheren DDR maßg war, sieht **Art 232 §§ 1–10 eine Übergangsregelung** vor (Kommentierg im PalArch II). Für neue, sich nicht aus der inneren Entwicklg des SchuldVerh ergebende Umst gilt das BGB (BGH 123, 58/63, NJW-RR 97, 690); zur Anwendbarke der Maßst von Treu u Glauben u der guten Sitten Art 6 Rn 12.

2) **Rechtswahl.** – a) **Grundsatz.** Die RWahl setzt einen übereinstimmenden Willen beider Part voraus. Die Part sind nach **Absatz 1 Satz 1** in ihrer RWahl grdsätzl **frei** (vgl Mankowski RIW 03, 4; keine Inhaltskontrolle); sie können den Vertr wirks auch einem Recht unterstellen, zu dem er sonst keine Beziehgen aufweist, zB einem neutralen Recht (vgl dazu Mankowski aaO, einschränkd FG Düss IPRspr 97 Nr 32); auch ein reines InlandsGesch kann einem auslnd Recht unterstellt werden, was aber faktisch kaum vorkommen wird. Einschränkngen der RWahlfrh bestehen aber nach Abs 3, vgl dazu Rn 4, sowie bei **Verbraucherverträgen**, Art 29 I, u **Arbeitsverträgen**, Art 30 I; eine analoge Anwendg dieser Vorschr auf and Fälle ist wg ihres AusnCharakters nicht statth (vgl Art 29 Rn 1); ergänzd ist Art 29a zu beachten; dagg kann die RWahl nicht an Art 6 gemessen werden (aM LG Bln NJW-RR 95, 754). Dch die RWahl kann unmittelb nur **staatliches Recht** zur Anwendg berufen werden (MüKo/Martiny Rn 32, Canaris in: Basedow, Europ VertrRVereinheitlichg u dtshes Recht, 2001, 19, and Jena IPRspr 99 Nr 25: unmittelb RWahl zG des CISG, AnwK/Leible Rn 33, Roth FS Jayme, 2004, 757, Bälz IPRax 05, 45, vgl dazu Art 28 Rn 7); auch eine Entnationalisierg des Vertr dch Abwahl aller nationalen Rechte ist nicht mögl (Mankowski RIW 05, 492, aM E. Lorenz RIW 87, 573); dies gilt auch bei VertrSchluss im Internet (Pfeiffer JuS 04, 283; keine Wahl von Cyberlaw; zur Wahl außerstaatl Rechts vgl ferner Mankowski RIW 03, 11 u dazu Rn 1).

b) **Geltung zwingender Vorschriften.** Unabhängig von der von den Part getroffenen RWahl gelten aber **kr Sonderanknüpung** nach **Art 34** in jedem Fall die internat zwingenden Vorschr des **deutschen** Rechts, die den Sachverhalt ohne Rücksicht auf das VertrStatut regeln (Eingriffsnormen), vgl dort Anm 2. Nach **Absatz 3** gelten zusätzl auch die (einfach) zwingenden Vorschr einer ROrdng, wenn der Sachverhalt, abgesehen von der RWahl u ggf einer flankierenden Gerichtsstandsvereinbg, **nur zu dieser ROrdng** Beziehgen aufweist (**Binnensachverhalt**; vgl dazu BGH 123, 380/384, BGH NJW-RR 05, 929/931, sowie zB LG Hbg RIW 90, 1020). Welche Bezüge ausreichen, um einen Auslandsachverhalt zu begründen, ist im Einz str, so etwa im Falle der Staatsangehörigk (ablehnend: BGH NJW-RR 05, 929/931, v Hoffmann/Thorn IPR § 10 Rn 30) od bei VertrAbschluss im Ausland (befürwortd Celle RIW 91, 421, Hildesheim IPRax 93, 173, AnwK/Leible Rn 77, Taupitz BB 90, 648, ablehnd Ffm NJW-RR 89, 1018, LG Hbg NJW-RR 90, 695, v Hoffmann/Thorn IPR § 10 Rn 30). Bei obj Bezügen zu mehreren staatl ROrdngen ist die Vorschr unanwendb (Wagner IPRax 00, 251; auch bei ausschließl Bezug zum EU-Binnenmarkt; and künftg Art 3 IV Rom I-VO). Aus der Regelg des Absatz 3 ergibt sich eine Einschränkung der RWahlfrh: Diese hat nur materiellrechtl Wirkg, da sämtl **zwingenden** Vorschr des Staates, in dem alle obj Elemente des Sachverhalts liegen, ohne Rücksicht auf das von den Part gewählte VertrStatut angewandt werden **müssen**; das gewählte Recht verdrängt nur die dispositiven Bestimmungen des obj anwendb Rechts. Bei einem **Konflikt** setzt sich stets Letzteres dch. Unabhängig davon gehen die internat zwingenden Vorschr des dtshen Rechts nach Art 34 immer allen Übr vor. Vgl zum Ganzen Art 34 Rn 4–6.

c) **Zustandekommen.** – aa) Die RWahl braucht **nicht ausdrücklich**, zB dch RWahlklausel in AGB, getroffen zu werden; sie kann nach **Absatz 1 Satz 2** auch konkludent erklärt werden, sofern sich ein entspr **realer** Wille beider Part mit hinreichender Sicherh aus den Bestimmungen des Vertr od den Umst des Falles ergibt (vgl dazu BGH NJW-RR 00, 1002, 05, 206/208, BAG NJW 96, 741, unzutreffd LG Karlsru IPRax 02, 532); die Kriterien der früheren Rspr zur Ermittlg des sog hypothet Parteiwillens dürfen dabei nicht unbesehen übernommen werden (Thode ZfBR 89, 45). Bei Fehlen hinreichender Anhaltspkte für eine schlüssige RWahl, insbes bei mangelnder Häufg von eindeut auf eine ROrdng weisenden Indizien (BGH NJW-RR 05, 206/208), ist das VertrStatut nach Art 28 zu bestimmen. **Indizien** für eine **konkludente** RWahl sind zB VertrAbschluss zw im Inland ansässigen Part in dtsher Sprache im Inland (BGH NJW 04, 3706/3708, Düss NJW-RR 91, 55, Karlsru NZG 01, 748), ebenso umgekehrt VertrAbschluss in Frankr in französ Sprache unter Beteiligg französ RA (BGH NJW-RR 00, 1002, and aber NJW-RR 05, 206/208), die Vereinbg eines einheitl Gerichtsstands (BGH RIW 76, 447, Hbg RIW 86, 462, Ffm RIW 98, 477, nicht aber ein formularmäßg Gerichtsstandsvermerk auf einer Rechng, BGH LM Art 7 ff Nr 33), od eines einheitl ErfOrts, besond wenn er vom tatsächl Leistungsort abweicht (Köln RIW 94, 970), die Vereinbg eines institutionellen Schiedsgerichts mit ständ Sitz (vgl zB BGH RIW 70, 31, Hbg RIW 79, 482, Hamm IPRspr 93 Nr 30, Schiedsgericht Hbg NJW 96, 3229, RIW 99, 394), die Vereinbg der Geltg von AGB einer Part (BGH NJW 03, 288 u 2605 betr VOB, vgl ferner Hamm IPRspr 94 Nr 140, AG

Hbg

NJW-RR 00, 352, einschränkt Meyer/Sparenberg RIW 89, 348), die Verwendg von Formularen, die auf einer ROrdng aufbauen (BGH NJW 97, 397/399, 04, 3706/3708, and wenn ihr Gebrauch wie im Seefrachtverkehr internat übl ist, Hbg MDR 54, 422, 55, 109), Bezugnahme auf RVorschr in VertrUrkunde (BGH NJW-RR 96, 1034, 00, 1002, Köln RIW 93, 414 [insbes bei notarieller Beurkundg], BAG NZA 03, 339, einschränkt LG Hbg RIW 93, 145), Vereinbg der Auslegg des Vertr nach ausländ Recht (LG Mü IPRax 84, 318), Orientierg des

7 VertrInhalts an den besond Bedürfn der einen Part (Zweibr RIW 83, 454 betr Angehör der Stationiergsstreitkräfte) od an den Gepflogenh des gemeins Heimatlandes (Köln NJW-RR 94, 200: Brautgeschenke). Ein Indiz für eine nachträgl RWahl, vgl dazu unten Rn 10, ist ferner das **Verhalten der Parteien im Prozess**, insbes die beiderseit Behandlg der Sache nach ausländ Recht (BGH NJW-RR 90, 248, 00, 1002/1004, Hamm RIW 99, 787, 01, 867). In der ausschließl Berufg der Part auf dtische RVorschr soll idR eine stillschw Vereinbg der Geltg **deutschen** Rechts liegen (stRspr, vgl BGH NJW 99, 950, 03, 3620, 04, 2523 u 3706); irrtüml Anführen dtischer Vorschr reicht dafür nicht aus (Köln NJW 87, 1151/1152); vielmehr müssen beide Part das ErklBewusstsein für eine RWahl haben (BGH NJW 91, 1292/1293: rügelose Hinnahme der UrTBegründg im BerufsVerf genügt; BGH NJW-RR 00, 1002/1004 verlangt beiderseit Gestaltswillen, vgl ferner Mü RIW 96, 330, Köln VersR 02, 1374, Schack NJW 84, 2736, IPRax 96, 248, Sandrock JZ 00, 1119); sind die Part dch Anwälte vertreten, so hängt die Wirksamk einer solchen stillschw RWahl auch von deren Vertretsmacht ab (vgl dazu Schack NJW 84, 2739, Mansel ZVglRWiss 87, 13). Auch eine enge Verknüpfg zweier RGeschäfte kann ein Indiz für eine stillschw RWahl zG des Statuts des HauptVertr sein (vgl zB BGH NJW 01, 1936: RWahl für BauVertr gilt konkludent auch für ArchitektenVertr, Düss FamRZ 01, 1102: DeckgsVerh u ValutaVerh beim Vertr zG Dritter, siehe auch Art 28 Rn 15). Hingg genügt die Sprache eines Vertr allein nicht (BGH 19, 110, LG Hbg RIW 99, 391), ebsonenig Abschlussort (BGH NJW 01, 1936, auch iVm Sprache, LG Hbg RIW 93, 144, weitergehnd BGH NJW 98, 1321, LG Aachen IPRspr 93 Nr 141); ähnl Vorsicht ist bei der Währg geboten (vgl dazu zB BGH NJW-RR 90, 183, NJW 01, 1936, Köln RIW 94, 970, Celle IPRspr 99 Nr 31, Brdbg NJ 01, 257).

8 **bb)** Im Übr unterliegen das **Zustandekommen** u die **Wirksamkeit** der RWahlVereinbg dem von den Part gewählten Recht, **Absatz 4** iVm Art 31 I (ebso Art 3 VI iVm Rom I-VO Art 10 I), nicht also etwa der lex fori; dies gilt insbes für RWahlklauseln in AGB (vgl dazu BGH 123, 380/383, NJW 97, 1697, NJW-RR 05, 1071, Heiss RabelsZ 01, 634); dabei sind auch die Sonderanknüpfen gem Art 29 I u 29 a 1 zu berücksichtigen; für die Kriterien einer konkludenten RWahl gilt dies nicht; diese sind in Abs 1 S 2 selbst geregelt; dies gilt auch für die dabei auftretenden Ausleggsfragen (E. Lorenz RIW 92, 697). Bei der Prüfg des Zustandekommens der Willens-einigg, dh des Vorliegens eines entspr Konsenses ist nach Abs 4 iVm Art 31 II (ebso Rom I-VO Art 3 V iVm Art 10 II) **neben** dem VertrStatut **auch** das Recht am gewöhnl Aufenth einer Part anzuwenden, wenn diese sich darauf beruft, dass sie dem Vertr nicht zugestimmt habe u es nach den Umst des Falles unbillig wäre, die RWirkgen ihres Verhaltens (insbes die Bedeutg ihres Schweigens als Zustimmung, vgl dazu Sandrock RIW 86, 849) allein nach dem VertrStatut zu beurteilen; das Recht des gewöhnl Aufenth ist dann insow als zusätzl Voraussetz für das Zustandekommen einer RWahl zu berücksichtigen. Die **Form** der RWahl beurteilt sich nach Art 11 (bei VerbraucherVertr mit den Einschränkgen des Art 29 III); die Vereinbg bedarf also nicht notw der Form des abgeschl Vertr (vgl BGH 57, 337, 73, 391, LG Düss IPRspr 02 Nr 31, vgl Spickhoff IPRax 98, 464). Der PartWille kann auch zur Maßgeblichk einer ROrdng führen, nach der der materiellrechtl Vertr formnichtig wäre (BGH NJW 69, 1760, Nürnberg NJW-RR 97, 1484); dies ist auch bei Kenntn der Part vom NichtigkGrd nicht ausgeschl, wenn sie auf die Einhaltg der Verpfl vertraut haben (BGH 53, 189, 73, 391); die Wirksamk der RWahl ist also unabhängig von der Wirksamk des materiellrechtl Vertr (BGH JZ 63, 167, Meyer/Sparenberg RIW 89, 349). Bei kollidierenden wirks RWahlklauseln in AGB kommt RWahl nicht zustande (Tiedemann IPRax 91, 426, vgl auch Baumert RIW 97, 808, aM Dutta ZVglRWiss 05, 461: Prüfg des Zustandekommens nach dem Statut der engsten Verbindg). Die GeschFähigk der Part beurteilt sich nach Art 7 mit den Einschränkgen des Art 12 zG des Verkehrsschutzes, Abs 4 (vgl Hamm NJW-RR 96, 1144).

9 **d) Spaltung des Vertragsstatuts.** Die Part können nach **Absatz 1 Satz 3** die RWahl auch auf einen **Teil** des Vertr beschränken (zur Bestimmg des VertrStatuts iÜ vgl Art 28) od für verschiedene Teile des Vertr eine jew unterschiedl RWahl treffen, zB über formelles Zustandekommen des Vertr einerseits u über seine materielle Wirksamk andseits (Aurich RIW 74, 282, Hamm NJW-RR 96, 1144, Lichtenberger FS Hagen, 1999, 149 betr GrdstKauf), was allerd der natürl Betrachtg widerspricht (BGH NZG 05, 41/43, vgl dazu auch BGH NJW-RR 90, 248); auch eine von der Gerichtsstandsregelg abweichde RWahl ist selbstverständl mögl (vgl Hbg RIW 74, 278). Eine TeilRWahl ist dann ausgeschl, wenn sich hieraus unaufösl Widersprüche ergäben. Dies gilt etwa für die Bindgswirkg des Vertr für beide Part sowie das funktionelle Synallagma. Dagg ist es mögl hinsichtl des Inhalts der einz VertrPfl eine TeilRWahl zu treffen (MüKo/Martiny Rn 70, Bälz IPRax 05, 46, and Jayme FS Kegel, 1987, 263, Kropholler IPR § 52 II 3b).

10 **e) Nachträgliche Rechtswahl.** Die RWahl braucht nicht notw bei VertrSchluss getroffen zu werden; sie kann nach **Absatz 2** auch zu einem **späteren** Ztpkt vorgenommen werden; auch kann eine bereits getroffene RWahl jederzeit dch eine neue ersetzt werden (vgl zB BGH NJW 91, 1293, Hamm RIW 93, 940), dafür gelten die gleichen Anforderngen wie nach Abs 1 S 1 (BGH NJW-RR 00, 1002/1004), vgl Rn 5f; auch eine nachträgl TeilRWahl ist zulässig, Abs 2 S 1 iVm Abs 1 S 3 (Kondring IPRax 06, 425). Im innerdtischen KollRecht konnte eine solche nachträgl Abänderg des VertrStatuts (vgl zB BGH NJW-RR 92, 854) nicht schon aus Verstoß des Vertr gg DDR-Vorschr u Übersiedlg aller Beteiligten in die BRep gefolgert werden (aM KG IPRspr 79 Nr 13 A, vgl auch LG Bln u KG IPRspr 80 Nr 15). Soweit sich aus der späteren RWahl ein Wechsel des VertrStatuts ergibt, wirkt dieser im Zweifel ex tunc (LG Heidelberg IPRax 05, 42, MüKo/Martiny Rn 80, aM Ffm IPRax 92, 314/317, W. Lorenz IPRax 87, 273); die Part können die Rückwirkg aber auch konkludent ausschließen (LG Essen RIW 01, 943). Die nachträgl RWahl lässt eine nach dem alten Statut gem Art 11 bestehde Formgültigk des Vertr u die nach dem bish maßg Recht begründeten Rechte Dritter (zB bei Bürgsch od echtem Vertr zG Dritter) unberührt, Abs 2 **Satz 2** (vgl dazu Möllenhoff, Nachträgl RWahl u Rechte Dritter, 1993, sowie Rom II-VO Art 14 Rn 12).

EG 28 Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht. (1) ¹Soweit das auf den Vertrag anzuwendende Recht nicht nach Artikel 27 vereinbart worden ist, unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. ²Lässt sich jedoch ein Teil des

Vertrages von dem Rest des Vertrages trennen und weist dieser Teil eine engere Verbindung mit einem anderen Staat auf, so kann auf ihn ausnahmsweise das Recht dieses anderen Staates angewandt werden.

(2) ¹Es wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, wenn es sich um eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person handelt, ihre Hauptverwaltung hat. ²Ist der Vertrag jedoch in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Partei geschlossen worden, so wird vermutet, dass er die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweist, in dem sich deren Hauptniederlassung befindet oder in dem, wenn die Leistung nach dem Vertrag von einer anderen als der Hauptniederlassung zu erbringen ist, sich die andere Niederlassung befindet. ³Dieser Absatz ist nicht anzuwenden, wenn sich die charakteristische Leistung nicht bestimmen läßt.

(3) Soweit der Vertrag ein dingliches Recht an einem Grundstück oder ein Recht zur Nutzung eines Grundstücks zum Gegenstand hat, wird vermutet, dass er die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweist, in dem das Grundstück belegen ist.

(4) ¹Bei Güterbeförderungsverträgen wird vermutet, dass sie mit dem Staat die engsten Verbindungen aufweisen, in dem der Beförderer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses seine Hauptniederlassung hat, sofern sich in diesem Staat auch der Verladeort oder der Entladeort oder die Hauptniederlassung des Absenders befindet. ²Als Güterbeförderungsverträge gelten für die Anwendung dieses Absatzes auch Charterverträge für eine einzige Reise und andere Verträge, die in der Hauptsache der Güterbeförderung dienen.

(5) Die Vermutungen nach den Absätzen 2, 3 und 4 gelten nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist.

1) Allgemeines. – a) Art 28 entspricht EVÜ Art 4, vgl Vorb 1 v Art 27. Die Vorschr bestimmt das anwendb Recht (VertrStatut), wenn die Part **keine** wirks ausdrückl od stillschw **Rechtswahl** nach Art 27 getroffen haben; zum Anwendungsbereich des VertrStatuts vgl Art 31 u 32. Allg Anknüpfkriterium ist nach der Generalklausel des Abs 1 S 1 die **engste Verbindung** des Vertr zu einem bestimmten Staat. Der Begriff der engsten Verbindg wird in den folgden Abs 2–4 nach bestimmten Merkmalen (Erbringg der charakterist Leistg, Abs 2) od für bestimmte VertrTypen (Grdst- u GüterbefördergsVertr, Abs 3 u 4) **konkretisiert**; diese gesetzl Vermutgen sind widerlegt, wenn sich aus der Gesamth der Umst engere Verbindgen mit einer and ROrdng ergeben (Abs 5, der die Grdregel des Abs 1 wiederherstellt). Grdsätzl gilt die in Art 28 getroffene Anknüpfungsregelg für SchuldVertr **aller** Art; das Gesetz hat auf die Aufstellg besond KollNormen für die Vielzahl von VertrTypen verzichtet.

Eine **Sonderregelung** gilt jedoch nach Art 29 II für VerbraucherVertr u nach Art 30 II für ArbeitsVertr. Veränderg der anknüpfrelevanten Umst nach VertrSchluss lässt das VertrStatut grdsätzl unberührt (BaRo/Spickhoff Rn 8); dies gilt auch bei DauerschuldVerh (aM MüKo/Martiny Rn 27); eine nachträgl abweichde RWahl (ggf auch konkludent) bleibt jedoch vorbehalten, vgl Art 27 Rn 10. **b)** Auch bei der Anknüpfv von SchuldVertr aGrd engster Verbindg sind nur die **Sachnormen** des VertrStatuts zur Anwendg berufen; eine Rück- od Weiterverweisg ist nach Art 35 I ausgeschl; für die erfdl Unteranknüpfv bei MehrRStaaten gilt Art 35 II. Im **innerdeutschen** KollRecht war Art 28 entspr anzuwenden, vgl dazu Art 27 Rn 2 u 10. **c) Rom I-VO Art 4** behält im Unterschied zur Entwfassung das alte System weitgehnd bei. Freil fehlt der Bezug auf den Grds der engsten Verbindg, weshalb die Grdlage für die Vermutgsregeln (Abs 1, 2) verborgen bleibt. Aus Grden der RSicherh sind diese für einige besond wichtige bzw in der Anknüpfv bislang umstr Vertrtypen konkretisiert (Abs. 1). Im letzten Augenblick wiederaufgenommen wurde die Ausweichklausel (Abs. 3), die in ihren Voraussetzgen aber nochmals verschärfte wurde. Greift keine der Vermutgsregeln, so wird wie bisher auf die engste Verbindg im konkreten Einzelfall abgestellt (Abs. 4).

2) Grundsatzanknüpfung. – a) Bei Fehlen einer von den Part getroffenen RWahl unterliegt der Vertr nach der Generalklausel des **Absatz 1 Satz 1** dem Recht des Staates, mit dem er die **engsten Verbindungen** aufweist, in dem er also bei Würdigg aller Umst des Einzelfalls seinen räuml **Schwerpunkt** hat. Die Grenzen zw dieser obj Anknüpfv u den Indizien für eine konkludente RWahl, vgl dazu Art 27 Rn 5–7, sind fließend. Der Inhalt der zur Auswahl stehenden Sachnormen ist auch hier bei der Anknüpfv nicht zu berücksichtigen, vgl Einl I v Art 3; daher keine Bevorzugg derjen ROrdng, nach welcher der Vertr wirks wäre. Das aGrd engster Verbindg bestimmte VertrStatut ist regelmäÙ für den **gesamten** Vertr maßg. Bei Abtrennbark eines VertrTeils mit eig vom Rest des Vertr abweichendem Schwerpkt kann ausnahmsw auf diesen VertrTeil ein besond abgespaltenes VertrStatut angewandt werden, **Satz 2.** – Vorbehaltl des Abs 2, vgl dazu Rn 3, 4, ist ein **Anhaltspunkt**

für die engste Verbindg eines Vertr zu einem bestimmten Staat etwa der gemeins gewöhnl Aufenth der Part, Erfüllungsort, Belegenh des VertrGgst (LG Stgt IPRax 96, 140), uU auch die gemeins Staatsangehörigk der Part (BGH WM 77, 793, and bei gemeins gewöhnl Aufenth außerh des Heimatstaats, LG Hbg IPRspr 73 Nr 16, Düss FamRZ 83, 1229), Abschlussort des Vertr u VertrSprache; bei Vertr mit dem Staat od and öffrechtl Körpersch soll iZw die engste Verbindg zum Recht des betr Staates bestehen (vgl Kblz IPRspr 74 Nr 1 a, LG Bonn NJOZ 02. 222/246, Kegel/Schurig IPR § 18 I 1 d, aM KG IPRax 98, 280/283, v Hoffmann BerGesVR 25, 1984, 57).

b) Der wichtigste Anhaltspkt für die engsten Verbindgen eines Vertr mit einem Staat ist nach **Absatz 2** die Erbringg der **charakteristischen Leistung**, dh derjen Leistg, welche dem betr VertrTyp seine Eigenart verleiht u seine Unterscheidg von and VertrTypen ermöglicht, beim Kauf zB die Lieferg der Sache od die Abtretg der verkauften Fdg, bei der Miete die Überlassg der Mietsache, beim DienstVertr die ArbLeistg, beim WerkVertr die Herstellg des Werkes, beim VerwahrgsVertr die Leistg des Verwahrs usw. Lässt sich für den jeweil Vertr eine solche charakterist Leistg ausmachen (was zB beim Tausch, uU auch bei atypischen Vertr Schwierigk bereitet),

so wird **vermutet**, dass der Vertr die engsten Verbindgen zu demjen Recht besitzt, dem der Schuldner dieser charakterist Leistung zZt des VertrSchlusses unterworfen ist, bei einer natürl Pers also dem Recht an ihrem gewöhnl Aufenth, bei einer Gesellsch, Verein od jur Pers dem Recht an ihrer Hauptverwaltg, Abs 2 S 1 (BGH 4

109, 29/36). Wird der Vertr in Ausübng einer **beruflichen** od **gewerblichen** Tätigk des Schuldners der charakterist Leistg geschlossen, so ist im Zweifel kr engster Verbindg das Recht am Ort ihrer Hauptniederlassung

od, falls die Leistg von einer and Niederlassg zu erbringen ist, am Ort dieser and Niederlassg maßg, Abs 2 S 2; dies gilt auch bei VertrSchluss im Internet (Mankowski RabelsZ 99, 220, Sandrock ZVglRWiss 99, 236, Junker RIW 99, 818, vgl auch Rn 23). Bei Vorliegen einer charakterist Leistg treten and Anhaltspkte für die engste Verbindg, vgl Rn 2, hinter der für den Regelfall in Abs 2 aufgestellten Vermutg zurück, **sofern** sich **nicht** ausnahmsw aus der Gesamth der Umst ergibt, dass der Vertr **engere Verbindungen** mit einem and Staat aufweist, **Absatz 5** (vgl dazu Stgt NJW-RR 90, 1081, KG IPRspr 94 Nr 21, Mü RIW 01, 864, Otto IPRax 96, 22). Lässt sich eine charakterist Leistg nicht bestimmen, so bewendet es bei der Anknüpfng gem Abs 1 S 1, vgl Abs 2 S 3 (aM Dortmund IPRax 89, 51, wo auf Art 32 II abgestellt wird, krit Jayme ebda).

5 **3) Sonderregelung für Grundstücksverträge und Güterbeförderungsverträge (Abs 3 u 4).** – **a)** SchuldVertr, die ein dingl Recht an einem **Grundstück** (zB Kauf, Schenkng) od ein Recht zur Nutzg eines Grdst (zB Miete, Pacht) zum Ggst haben, unterliegen bei Fehlen einer RWahl nach der Vermutg des **Absatzes 3** kraft engster Verbindg dem Recht am Lageort des Grdst (vgl zB BGH NJW-RR 96, 1034, Düss NJW-RR 98, 1159, Celle IPRspr 99 Nr 31); diese Anknüpfng geht als Sonderregelg Abs 2 vor (BGH NJW-RR 05, 206/209). Die gesetzl Vermutg zG der lex rei sitae ist jedoch widerlegt, wenn sich aus der Gesamth der Umst ergibt, dass der Vertr engere Verbindngen mit einem and Staat aufweist, **Absatz 5**, wie zB bei Bereitstellg von Ferienwohnungen im Ausland dch inländ Reiseunternehmen (BGH 109, 29/36, vgl auch BGH 119, 152/158, KG IPRspr 94 Nr 21, Hamm NJW-RR 96, 1144, krit dazu Lindacher BB 90, 661); insow enthalten aber Art 29 u 29a in ihrem tatbestandl Anwendungsbereich eine vorrang Sonderregelg (Lindacher IPRax 93, 229, vgl Art 29 Rn 2 u 3). Nicht unter Abs 3 fallen Verträge, die ein obligator Recht zum Ggst haben, zB Erwerb einer dingl gesicherten Fdg (BGH NJW-RR 05, 206/209, aM Freitag RIW 05, 27). Dagg fallen unter Abs 3 auch Time-Sharing-Vertr über auslnd Immobilien, vgl auch Art 29a Rn 6; der dingl Vollzug unterliegt dem Recht des Lageorts, Art 43 Rn 3. Bei KaufVertr über auslnd Grdst, die im Inland zw dtschen Part abgeschl werden, wird häufig bereits konkludent die Geltg dtschen Rechts vereinbart sein (vgl BGH 52, 239, 53, 189, 73, 391, Nürnberg NJW-RR 97, 1484, Köln IPRspr 00 Nr 26); dies kam auch bei Vertr über Grdst in der früheren DDR in Betr (vgl dazu BGH DtZ 93, 210, Brdgb OLG-NL 98, 154, Schotten/Schmellenkamp DNotZ 92, 208 sowie Art 11 Rn 1); ebenso bei Übertragg von GeschAnteilen einer auslnd GmbH unter Deutschen (Celle NJW-RR 92, 1126, vgl dazu Anh zu Art 12 Rn 16). Zur Beurteilg von KaufVertr über span Immobilien vgl BGH 73, 391, Mü NJW-RR 89, 663, Hbg IPRspr 89 Nr 38, Ffm IPRax 92, 314, Bungert IPRax 92, 296. Für dingl RGeschäfte, die in Erfüllg eines solchen Vertr geschlossen werden, gilt stets die lex rei sitae, vgl Art 43 Rn 3.

6 **b) Güterbeförderungsverträge** (einschl CharterVertr für eine einzige Reise) unterliegen bei Fehlen einer RWahl aGrd der Vermutg des **Absatz 4** kraft engster Verbindg dem Recht der Hauptniederlassg des Beförderers im Ztpkt des VertrSchlusses, **sofern** sich im gleichen Staat (aber nicht notw am gleichen Ort) auch der Verladeort od der Entladeort od die Hauptniederlassg des Absenders befindet (vgl dazu BGH RIW 95, 410, NJW-RR 06, 616 u 1694, Nürnberg IPRspr 98 Nr 150, Köln VersR 99, 639, Dresd IPRax 00, 121, Fischer TranspR 96, 416); liegen diese zusätzl Voraussetzngen nicht vor, zB bei Güterbeförderg dch eine Reederei in einem Billigflaggenstaat, so ist das VertrStatut nach Abs 1 mit Hilfe der engsten Verbindngen zu bestimmen (vgl Mü NJW-RR 98, 549), **nicht** dagg auch mit Hilfe der Vermutg nach Abs 2, deren Anwendbar dch die Sonderregelg in Abs 4 ausgeschl wird (vgl Begründg BT-Drs 10/504 S 79, Mankowski TranspR 93, 224, aM Ffm NJW-RR 93, 809, wohl auch Brem VersR 96, 868). Auch bei Vorliegen aller Voraussetzngen für das Eingreifen der Vermutg nach Abs 4 S 1 bleibt es ferner bei der Bestimmg des anwendb VertrStatuts nach der Generalklausel des Abs 1, wenn sich aus der Gesamth der Umst ergibt, dass der Vertr **engere** Verbindngen mit einem and Staat aufweist, **Absatz 5**. Die Anwendbar von Abs 4 setzt nicht voraus, dass der Beförderer die Beförderg der Güter selbst dchführt; es genügt, dass er sich zur Beförderg verpflichtet, diese aber von einem Dritten dchführen lässt, vgl Bericht BT-Drs 10/503 S 54; die Vorschr gilt desh auch für den **Speditonsvertrag** (Hbg IPRspr 89 Nr 62, Hamm IPRspr 98 Nr 49 A, Rugullis TransportR 06, 380). Die Frage nach dem Schuldstatut stellt sich nur, soweit das Übereinkommen über den BefördergsVertr im internat Straßengüterverkehr (**CMR**) vom 19. 5. 56, BGBl 61 II 1119, für die BRep in Kraft seit 5. 2. 62, BGBl 62 II 12, nicht eingreift (vgl Oldbg IPRspr 00 Nr 112); das dch das Übereinkommen geschaffene EinhR geht iR seines Geltgsbereichs, vgl dazu CMR Art 1, dem IPR vor, Art 3 Nr 2 (vgl Reithmann/Martiny/Mankowski Rn 1385). Zur Anknüpfng multimodaler TransportVertr vgl Basedow FS Herber, 1999, 31, Koller VersR 00, 1188, Otte FS Kegel, 2002, 141. Für Vertr über **Personenbeförderng** gilt Abs 4 nicht; sie beurteilen sich allein nach Abs 1 u 2 sowie ggf Abs 5; Art 29 greift nicht, sofern es sich nicht um eine Pauschalreise handelt (vgl Art 29 Abs 4 S 1 Nr 1 u S 2).

Rom I-VO Art 5 führt nunmehr die Kollnormen für Befördergsvertr räuml zus, ohne diese zu vereinheitlichen. Die Güterbefördergsvertr betreffde Regelg des Abs 1 greift im Wesentl die bestehde Regelg auf, wobei subsidiär an den von den Part vereinbarten Abliefersort angeküpft wird. Für Persbefördergsvertr eröffnet Abs 2 eine beschränkte RWahl; die obj Anknüpfng wurde zG der zu befördernden Pers abgeändert.

7 **4) Ausweichklausel (Abs 5).** Die Konkretisiergen des Anknüpfngsmoments der engsten Verbindngen dch die gesetzl Vermutngen der Abs 2–4 gelten nicht, wenn sich aus der Gesamth der Umst ergibt, dass der Vertr engere Verbindngen mit einem and Staat aufweist, Abs 5. Dabei handelt es sich um eine AusnRegelg, die eng auszulegen ist (BaRo/Spickhoff Rn 22, AnwK/Leible Rn 76). Eine Widerlegg der gesetzl Vermutngen ist dann anzunehmen, wenn sich aus mehreren Anhaltspkten in ihrer Häufig ein eindeut Schwerpkt des betr Vertr im Bereich einer and RÖrdng ergibt (vgl dazu BGH NJW-RR 05, 206). So ist bei **Bargeschäften** unabhäng vom gewöhnl Aufenth des Erbringers der charakterist Leistg auf den Ort des Leistgsaustauschs abzustellen. Dch die Ausweichklausel des Abs 5 wird die Bestimmg des anwendb Rechts nach dem Grds der engsten Verbindngen iSv Abs 1 ermöglicht. Umstr ist, ob hierbei wie iR der Generalklausel des Abs 1 sämtl Anknüpfngskriterien zu berücksichtigen sind (so die hM; vgl dazu Rn 2), od ob nur auf den Leistgsaustausch bezogene Kriterien in der Lage sind, die Regelvermutg, die an das typische Zentrum des Leistgsaustauschs anknüpft, zu widerlegen (so v Hoffmann/Thorn IPR § 10 Rn 59); danach wäre insbes die Staatsangehörigk der Part unerhebl. Über die

Ausweichklausel findet auch eine **akzessorische Anknüpfung** dienender Vertr an das sie beherrschende RGesch statt. Voraussetzgen sind ein enger wirtschaftl Zushang und PartIdentität (MüKo/Martiny Rn 115 f).

- 5) Einzelne Vertragstypen. – a) Warenkauf. – aa)** Maßg ist in 1. Linie das materielle EinHR des UN-Übk über Vertr über den internat Warenkauf (CISG) vom 11. 4. 80, BGBl **89** II 588 (berichtigt BGBl **90** II 1699), das für die BRep am 1. 1. 91 in Kraft getreten ist, Bek vom 23. 10. 90, BGBl II 1477. Weitere VertrStaaten sind: Ägypten, Argentinien, Australien, Belarus, Belgien, Bosnien u Herzegowina, Bulgarien, Burundi, Chile, China, Dänemark, Ecuador, El Salvador, Estland, Finnland, Frankreich, Gabun, Georgien, Griechenland, Guinea, Honduras, Irak, Island, Israel, Italien, Japan, ehemaliges Jugoslawien, Kanada, Kirgisistan, Kolumbien, Kroatien, Kuba, Lesotho, Lettland, Liberia, Litauen, Luxemburg, Mauretanien, Mazedonien, Mexiko, Moldau, Mongolei, Montenegro, Neuseeland, Niederlande, Norwegen, Österreich, Paraguay, Peru, Polen, Rumänien, Russische Föderation, Sambia, Schweden, Schweiz, Singapur, Slowakei, Slowenien, Spanien, St. Vincent u die Grenadinen, Südkorea, Syrien, Tschechische Republik, ehemalige Tschechoslowakei, Uganda, Ukraine, Ungarn, Uruguay, Usbekistan, Vereinigte Staaten, Zypern (FN B 2008 S 690); vgl dazu Magnus ZEuP **06**, 96. Die Anwendbar des Übereinkommens ist ua dann gegeben, wenn die Regeln des IPR zur Anwendg des Rechts eines VertrStaates führen, Art 1 I lit b (Köln RIW **94**, 972, Ffm RIW **01**, 383; beachte aber ZustG Art 2), zB dch Wahl dtschen Rechts (BGH NJW **97**, 3309, **99**, 1259, nicht aber unmittelb dch Wahl des CISG, and Jena IPRspr **99** Nr 25, vgl dazu Art 27 Rn 3), bzw Maßgeblichk dtschen Rechts nach Art 28 (Hbg IPRspr **97** Nr 176). Insow behalten die Regeln des IPR ihre Bedeutg; das gleiche gilt, wenn die Part gem Art 6 die Anwendg des Übereinkommen ausschließen, zB dch Abwahl des CISG zG der Vorschrr des BGB (Köln IPRspr **97** Nr 217, zu den Vor- u Nachteilen vgl Stürmer BB **06**, 2029); auch für die Ausfüllg von Lücken ist das anwendb Recht nach den Regeln des IPR der lex fori zu bestimmen, Art 7 II (vgl zB Hamm RIW **96**, 689, IPRspr **97** Nr 160 A, Düss IPRspr **97** Nr 145 betr Aufrechng, Rstk IPRax **00**, 230, Karlsr RIW **03**, 544, Köln NJW-RR **05**, 932 betr Verzugszinsen), nicht aber für die Einbeziehg von AGB (BGH **149**, 113); für konkurrierde delikt Anspr gilt das Deliktstatut (vgl BGH IPRax **96**, 124).
- bb)** Bei Fehlen einer RWahl ist iÜ nach Abs 2 S 1 idR das Recht am gewöhl Aufenth bzw der Hauptverwaltg des **Verkäufers** maßg; erfolgt der Vertrschluss iR der gewerbl Tätigk des Verkäufers, so entscheidet das Recht am Ort seiner Hauptniederlassg bzw Zweigniederlassg, Abs 2 S 2 (vgl zB BGH NJW **97**, 2322, NJW-RR **03**, 192, **05**, 1518, Ffm NJW-RR **07**, 1357). Dies gilt auch bei Warenkauf iRv privaten Versteigergen (Auktionen, vgl BGH NJW-RR **03**, 192); bei öff Versteigerg gilt idR über Abs 5 das Recht am Versteigergsort (Leible IPRax **05**, 426). Bei Platzgesch gilt auch bei abweichdem gewöhl Aufenth des Verkäufers das Recht am GeschOrt (Abs 5). Das Recht am Sitz des Verkäufers gilt auch beim RKauf, zB Verkauf einer hypothekar gesicherten Fdg (BGH NJW-RR **05**, 206/209, Unberath IPRax **05**, 310) od von Aktien (vgl dazu Stgt RIW **04**, 711, ferner BGH NJW **87**, 1141). Zur Anknüpfg der SchutzVorschrr zG von Zwischenhändlern Gruber NJW **02**, 1180; zum Praxisverkauf Hamm WiB **95**, 266 mAv v d Seipen. Bei **Verbraucherverträgen** gilt eine Sonderregel nach Art 29 u 29a. Bei mehreren Verkäufern mit Sitz in verschiedenen Staaten Anknüpfg aGrd der engsten Verbindg. Zum Grdst-Kauf vgl Rn 5. Zum Verkauf von NutzgsR LG Bonn RIW **99**, 879. Beim **Unternehmenskauf** wird idR eine RWahl getroffen; ist dies nicht der Fall, gilt iZw einheitl das Recht am Hauptsitz des verkauften Untern, Abs 5; dabei ist gleichgült, ob es sich um einen Verkauf sämtl GesellschAnteile (share deal) od um einen Verkauf sämtl UnternGüter (asset deal) handelt (AnwK/Leible Rn 86, aM MüKo/Martiny Rn 148; vgl dazu Merkt RIW **95**, 533, Dürig RIW **99**, 746).
- b) Tausch** (vgl dazu Fehrenbacher ZVglRWiss **02**, 113). Das anwendb Recht ist grdsätzl aGrd der engsten Verbindg nach Abs 1 zu bestimmen; Abs 2 scheidet aus, da keine charakterist Leistg gegeben, Abs 2 S 3. Beim GrdstTausch ist Abs 3 nicht anwendb, wenn sich die Hinw auf die jew lex rei sitae ggseitig aufheben. Schwerpkt nach Abs 1 dann iZw beim beurkundden Notar (LG Amberg IPRax **82**, 29).
- c) Schenkung.** Bei Grdst grdsätzl Recht des Lageorts nach Abs 3, bei bewegl Sachen Recht am gewöhl Aufenth des Schenkers, Abs 2 S 1 (vgl Köln NJW-RR **94**, 1026 betr Brautgeld, Ffm GRUR **98**, 141); bei Schenk g vTw vgl Art 25 Rn 15.
- d) Miete, Pacht.** Bei GrdstMiete u -pacht gilt idR nach Abs 3 das Recht des Lageortes; dies gilt zB auch bei Vermietg von Parkplatz (AnwK/Leible Rn 54 zu AG Delmenhorst IPRspr **94** Nr 45); eine Ausn gilt nach Abs 5, wenn der Vertr nach der Gesamtg der Umst engere Verbindgen mit einem and Staat aufweist (zB bei MietVertr zw Inländern über Ferienwohng im Ausland, vgl dazu BGH **109**, 29/36, **119**, 152/157, Düss NJW-RR **98**, 1159, Celle IPRspr **99** Nr 31 sowie oben Rn 5). Bei bewegl Sachen gilt nach Abs 2 das Recht am gewöhl Aufenth bzw der Hauptverwaltg des Vermieters, bei gewerbl Vermietg das Recht seiner (Haupt-)Niederlassg. Für den LeasingVertr gilt mangels RWahl das Recht des Leasinggebers (Hövel Betr **91**, 1032, Knebel RIW **92**, 538), soweit nicht Art 29 u 29a einschlägig sind. Für FranchiseVertr ist mangels eindeutig bestimmbar charakterist Leistg nach Abs 1 S 1 auf den Schwerpkt im Einzelfall abzustellen (and LG Düss IPRspr **02** Nr 31, Bräutigam WiB **97**, 899; Sitz des Franchisegebers); Art 4 I lit e Rom I-VO knüpft künftg an Sitz des Franchisenehmers an.
- e) Darlehen.** Charakterist Leistg iSv Abs 2 erbringt der DarlGeber (vgl dazu Düss NJW-RR **98**, 1145, RIW **01**, 63, Celle IPRax **99**, 456, KG ZIP **03**, 1538); bei BankDarl ist nach Abs 2 S 2 das Recht der (Haupt-)Niederlassung der Bank maßg, sofern nicht Art 29 II eingreift (vgl Düss FamRZ **01**, 1102, Rosenau RIW **92**, 879). Bei Realkredit in Ermangelg einer RWahl Anknüpfg des DarlVertr an den Lageort des belasteten Grdst (MüKo/Martiny Rn 179a, aM Unberath IPRax **05**, 309; dies gilt auch für ein damit zushängdes abstrakt Schuld- anerkenntn od -verspr, vgl Geimer IPRax **99**, 153; vgl auch Art 43 Rn 4).
- f) Dienstvertrag.** Charakterist Leistg iSv Abs 2 erbringt der Dienstverpflichtete (BGH **128**, 41/48); bei freiberufl Dienstleistg, ist desh idR Recht an der Niederlassg (Praxis) des Dienstverpflichteten maßg, Abs 2 S 2, sofern nicht die Sonderregel des Art 29 II für VerbraucherVertr eingreift, vgl dazu auch Art 29 IV Nr 2; zur Anwendbar von Gebührenordngn für freie Berufe vgl Kilian/Müller IPRax **03**, 436 u Art 34 Rn 3a. Für den ArztVertr gilt idR das Recht am Praxisort (vgl Hübner/Linden VersR **98**, 793, Stumpf MedR **98**, 546, Fischer FS Laufs 2006 S 781), für den Notar- od AnwaltVertr das Recht am Sitz der mit der Interessenwahrnehmung beauftragten Kanzlei (KG Rpfleger **00**, 85, LG Hbg NJW-RR **00**, 510, Stgt IPRspr **00** Nr 135, Berger NJW **01**, 1533 [bei Verbrauchermantanten uU Art 29 II], Knöfel AnwBl **03**, 3, vgl dazu BGH NJW **04**, 1521, ferner Heß NJW **99**, 2485; bei Einbeziehg in RVerfolg im Ausland dch ausländ Großkanzlei Anknüpfg an den Ort der RVerfolg gem Abs 5; zur Unverbindlichk eines Erfolgshonorars vgl Art 6 Rn 16 u Art 34 Rn 3a); zur

Anwaltschaftig Gruson RIW 02, 601; zum Personalstatut einer Anwaltssozietät vgl Anh zu Art 12 Rn 22; zur Anknüpfung des Vertr mit dem WirtschPrüfer Ebke FS Sandrock, 2000, 251 –. Die gleichen Grds gelten für den Gesch-

BesorggsVertr; maßg ist idR das Recht am Sitz des GeschBesorgers (BGH DtZ 96, 51, NJW-RR 03, 1582, BAG NZA 04, 58, Celle NZG 00, 595). Beim VerlagsVertr erbringt die charakterist Leistg der Verleger; maßg ist desh grdsätzl das Recht an seinem Sitz (BGH 147, 178/182, LG Mü IPRspr 00 Nr 24; Reithmann/Martiny/Oberfell Rn 1801). Über Nutzg von Online-Diensten im Internet vgl Müller/Hengstenberg NJW 96, 1781 u Rn 23; zum ManagementVertr Weimar/Grote RIW 98, 272. Für **Arbeitsverträge** gilt Art 30.

- 15 **g) Werkvertrag.** Bei Fehlen einer RWahl entscheidet nach Abs 2 grdsätzl die charakterist Leistg; diese wird vom Untern erbracht (Schlesw IPRax 93, 95, Nürnberg IPRspr 93 Nr 31, Hamm IPRax 95, 104, LG Bln IPRax 96, 416); maßg ist daher idR das Recht am Ort seiner (Haupt-)Niederlassg, Abs 2 S 2; dies gilt auch für die Anknüpfung des SubUnternVertr (BaRo/Spickhoff Rn 89, Pulkowski IPRax 01, 307) u für den WerkliefergsVertr (Ffm NJW 92, 633, Düss RIW 93, 845) sowie für den ReiseveranstaltgsVertr (vgl BGH NJW 96, 54, Düss IPRspr 97 Nr 29); bei Pauschalreisen ist die Sonderregel für VerbraucherVertr gem Art 29 zu beachten, Art 29 IV S 2 (vgl dazu Mü NJW-RR 02, 694). Die Anknüpfung des ArchitektenVertr erfolgt idR an den Ort des Büros (vgl Kaiserslautern NJW 88, 652, Brdgb OLG-NL 02, 3, Wenner RIW 98, 173 u Art 27 Rn 7). Das Recht der Niederlassg des WerkUntern gilt auch für BauVertr (BGH NJW 99, 2442, Brdgb NJ 01, 258, Kartzke ZfBR 94, 4, W. Lorenz IPRax 95, 331); die Baustelle begründet idR keine engere Verbindg iSv Abs 5 (BGH NJW 99, 2442, Wenner FS Mantscheff, 2000, 210, krit Hök ZfBR 00, 8, vgl auch KG IPRax 00, 405, Brdgb OLG-NL 02, 3). Das gleiche gilt für PersonenbefördergsVertr, zB in der Passagierschiffahrt (vgl Basedow IPRax 87, 341, Czerwenka NJW 06, 1251) od für den LuftbefördergsVertr (vgl dazu Ffm IPRax 98, 35, NJW 03, 905, Kblz NJW-RR 06, 1356, Kahlert/Hast VersR 01, 559, Mühlbauer VersR 01, 1482); Art 29 gilt nicht, vgl dessen Abs 4 S 1 Nr 1. Zur Haftg bei internat Luftbeförderg nach dem am 28. 6. 04 in Kraft getretenen Übereinkommen von Montreal vom 28. 5. 99 vgl Schmid/Müller-Rostin NJW 03, 3516; Staudinger/Schmidt-Bendun NJW 07, 2301; Bollweg/Schnellenbach ZEuP 07, 798; Schollmeyer IPRax 04, 78 sowie die EG-VO Nr 261/2004 vom 17. 2. 04 (vgl dazu BGB Einf v § 631 Rn 17b); für LuftVG § 50 (VersZwang) gilt eine vom Statut des BefördergsVertr unabhäng Sonderanknüpfung (BGH VersR 80, 129); zur akzessor Anknüpfung delikt Ers-Anspr s Rom II-VO Art 4 Rn 10ff. Für **Güterbeförderung** gilt Abs 4, vgl dazu Rn 6.

- 16 **h) Handelsvertretervertrag, Vertragshändlervertrag** (vgl Emde MDR 02, 193, Kocher RIW 03, 512, Kindler FS Sonnenberger, 2004 S 433). In Ermangelg einer RWahl (vgl dazu zB BGH NJW 98, 1860) entscheidet die charakterist Leistg; diese erbringt der Handelsvertreter bzw VertrHändler; maßg ist desh nach Abs 2 S 2 idR das Recht am Ort ihrer Niederlassg (vgl BGH NJW 93, 2753/2754, 95, 318/319, NJW-RR 02, 1433, Mü RIW 06, 706), sofern sich nicht aus der Gesamth der Umst ergibt, dass der Vertr engere Verbindgen mit einem and Staat aufweist, Abs 5 (vgl dazu LG Nürnberg DB 03, 2765); das gleiche gilt für den Vertr mit dem Handelsmakler (vgl Düss RIW 97, 780). Auch Rom I-VO Art 4 I lit f knüpft Vertriebsvertr am gewöhnl Aufenth des Vertriebshändlers an. Für die Einzelliefere des Handelsvertreters bzw VertrHändlers sollte zur Vermeidg von Wertswidersprüchen nach Abs 5 akzessorisch an das Statut des Rahmenvertr angeknüpft werden (and Düss RIW 96, 959; selbständige Anknüpfung; für stillschw RWahl zG des Statuts des RahmenVertr Hbg IPRspr 98 Nr 34). Die Bestimmungen der **EG-Richtlinie** Nr 86/653 vom 18. 12. 86 über die AusgleichsAnspr des selbstd Handelsvertreters sind als internat zwingendes Recht auch dann über Art 34 anzuwenden, wenn der Vertr dem Recht eines Drittstaates unterstellt wird, in dem der Untern seinen Sitz hat (EuGH NJW 01, 2007, vgl dazu Jayme IPRax 01, 190, Kindler BB 01, 11, Freitag/Leible RIW 01, 287, Staudinger NJW 01, 1974, Schurig FS Jayme, 2004, 837 u Art 34 Rn 3 a). Bei Anwendbark dtschen Rechts als VertrStatut soll hingg systemwidrig Möglichk zum Ausschluss entsprechender drittstaatl Normen nach HGB 92 c I bestehen (Mü NJW-RR 03, 201, Mankowski MDR 02, 1352, Bälz NJW 03, 1559, aM Thorn IPRax 02, 360, differenzierend Baumbach/Hopt HGB 92 c Rn 6; vgl Art 34 Rn 5). Für den KommissionsVertr gilt iZw das Recht am Sitz des Kommissionärs (BGH NJW-RR 03, 1582); das Statut des AusführgsGesch ist mangels PersIdentität selbstd anzuknüpfen (Baumbach/Hopt HGB 383 Rn 30).

- 17 **i) Auftrag.** Charakterist Leistg iSv Abs 2 erbringt der Beauftragte; maßg ist daher idR das Recht an seinem gewöhnl Aufenth, Abs 2 S 1 (Hamm NJW-RR 97, 1008); dies gilt auch für den GeschBesorggsVertr (BGH DtZ 96, 51, NJW-RR 03, 1582, vgl Rn 13) u bei einem dem AuftragsR zu unterstellten TreuhandVertr (BGH NZG 05, 41). Für Anspr aus **Geschäftsführung ohne Auftrag** gilt grdsätzl das Recht des GeschFührgsOrts, **Rom II-VO Art 11 III**; bei FremdGeschFührg iR eines zu den Part bestehenden RVerh ist idR das Statut dieses RVerh maßg, vgl Rom II-VO Art 11 I (so bereits zum alten Recht BGH NJW 98, 1321 betr MitEigütmerVerh); zum Rückgriff eines Drittleistden vgl Rom II-VO Art 11 Rn 6.

- 18 **j) Verwahrung.** Charakterist Leistg iSv Abs 2 erbringt der Verwahrer; sofern kein VerbraucherVertr nach Art 29 I u II vorliegt, ist daher idR Recht am Sitz des Verwahrers maßg (LG Aachen RIW 99, 304; Termingeldkonto). Die charakterist Leistg beim **Treuhandvertrag** erbringt der Treunehmer (vgl BGH NJW 04, 287, NZG 05, 41, Hamm RIW 94, 513/516 u Rn 17).

- 19 **k) Beherbergungsvertrag.** Charakterist Leistg iSv Abs 2 erbringt der Gastwirt; maßg ist daher idR Recht seiner Niederlassg, also des Unterkunftsorts (PWW/Brödermann/Wegen Rn 38; auch bei Hotelketten). Bei BeherberggsVertr mit auslnd Hotels gilt Art 29 nicht, vgl dessen Abs 4 S 1 Nr 2. Bei **Spiel** u **Wette** gilt iZw kr engster Verbindg gem Abs 1 das Recht am Ort der Dchführg (Martiny in FS Lorenz, 2001, 382).

- 20 **l) Gesellschaft.** Bei GelegenGsellschaft ohne körperschaftl Organisation wird das anwendb Recht meist dch zumindest konkludente RWahl bestimmt; bei deren Fehlen ist das VertrStatut nach Abs 1 aGrd der engsten Verbindg zu bestimmen; Abs 2 scheidet mangels charakterist Leistg aus (Ffm RIW 98, 807, Hbg NJW-RR 01, 1012). Diese Grds gelten insbes für Konsortialverträge von Banken (vgl Schücking WM 96, 285) sowie für den Zuschluss von Stüftgen zu einer BGB-Gesellsch (Kiefer NZG 00, 352); bei GrdstGesellsch gilt nach Abs 3 die lex rei sitae. Über jur Pers u Handelsgesellsch vgl Anh zu Art 12 Rn 2–9 u 23; Art 27 ff gelten für sie nicht, Art 37 Nr 2.

- 21 **m) Bürgschaft.** Das BürgschStatut ist wegen PersVerschiedenh unabhängig vom Statut der Hauptschuld anzuknüpfen; maßg ist in erster Linie die von den Part getroffene RWahl, Art 27 (vgl BGH NJW 03, 2605, Furche WM 04, 210); bei deren Fehlen ist nach Abs 2 S 1 idR das Recht am gewöhnl Aufenth des Bürgen maßg, da dieser die für den Vertr charakterist Leistg erbringt (BGH NJW 93, 1126, Ffm RIW 95, 1033, Saarbr WM 98, 2465); bei Bankgarantie gilt nach Abs 2 S 2 idR das Recht der Niederlassg der Bank (vgl BGH NJW 96, 2569, Mäsch NJW 96, 1455; über Garantiezusage iRv Scheckinkasso Grundmann IPRax 97, 34). Die gleichen Grds gelten auch bei ProzBürgsch (aM Fuchs RIW 96, 288; lex fori) u PatronatsErkl (vgl dazu Ffm

IPRspr 79 Nr 10, Jander/Hess RIW 95, 735, Wolf IPRax 00, 477). Das BürgschStatut entscheidet vor allem, ob der Bürge zu leisten hat, insbes Art der Haftg, Einrede der Vorausklage, Wirkg der Tilgg der Hauptschuld auf die BürgschSchuld (BGH NJW 77, 1011), währd das Recht, dem die Hauptschuld untersteht, besagt, was der Bürge zu leisten hat. Zum Schutz des Bürgen dch Art 6 vgl Dörner FS Sandrock, 2000, 205. Zur Form vgl Art 11 u dort Rn 18 u 19. Erfordern der Zustimmung des Eheg für die BürgschErkl unterliegt nicht dem BürgschStatut, sond dem Ehwirkgsstatut, Art 14, od dem GüterRStatut, Art 15 (so mit Recht Kühne JZ 77, 439, Jochem NJW 77, 1012 gg BGH ebda). Über Schuldbeitritt vgl EG 33 Rn 4.

n) Bank- und Börsengeschäfte. – **aa)** Die Beziehgen zw Bank und Kunden unterliegen idR dem Recht am Sitz der kontoführenden Bank; dies folgt bei dtischen Banken aus der RWahl gem Nr 6 I AGB-Banken (vgl BGH NJW 87, 1825), die mit BGB § 307 vereinbar ist (Baumbach/Hopt AGB-Banken 6 Rn 1); hat der Kunde seinen gewöhnl Aufenth im Ausland, so gilt für das Vorliegen seiner Zustimmung gem Art 27 IV iVm 31 II zusätzl dessen AufenthR (vgl EG 31 Rn 4, 5, Heldrich FS Kegel, 1987, 184). In Ermangelg einer wirks RWahl führt die obj Anknüpfg aGrd engster Verbindg nach Art 28 I u II ebenfalls zum Recht an der Niederlassg der Bank, da diese die charakterist Leistg erbringt (vgl zB BGH NJW 01, 2968/2970, Celle IPRspr 98 Nr 76, LG Aachen RIW 99, 304, Saarbr IPRspr 01 Nr 30). Im Verkehr zw mehreren Banken gilt mangels RWahl gem Art 28 I u II das Recht der Part, welche die charakterist bankmäß Leistg erbringt (vgl BGH 108, 353/362, WM 04, 1177), im grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr also für jedes Glied der Überweisungskette das Recht der beauftragten Bank (Einsele AcP 99, 165, Schneider WM 99, 2191), für die Rückgarantie das Recht der garantierten Erstbank (Köln RIW 92, 145, Heldrich aaO 189), das auch über den Einwand des RMissbr entscheidet (Scheffold IPRax 95, 119). Zu AkkreditivGesch vgl v Bar ZHR 88, 38, Schütze RIW 88, 343, W. Lorenz FS Steindorff, 1990, 405; für das RVerh zw Begünstigtem u Akkreditivbank gilt mangels RWahl das Recht am Sitz dieser Bank (Ffm RIW 92, 315, Thorn IPRax 96, 259, Scheffold IPRax 96, 348, Eschmann RIW 96, 914, abweichd Ffm WM 88, 254, Köln ZIP 94, 1791: Recht am Sitz der inländ Zahlstelle; vgl auch Kblz RIW 89, 815). Der For-

faitierungsVertr mit einer Bank unterliegt in Ermangelg einer RWahl dem Recht am gewöhnl Aufenth des Forfaiteurs, da dieser die charakterist Leistg erbringt (Staud/Magnus Rn 540, AnwK/Leible Rn 127, MüKo/Martiny Rn 369, aM Hakenberg RIW 98, 909 u Vorauf). Zur kollrechl Beurteilg von Vertr über Kapitalmarktprodukte allg Spindler IPRax 01, 400, im Internet Spindler WM 01, 1689, ZHR 01, 324. – **bb)** Bei BörsenGesch, insbes TerminGesch, gilt mangels RWahl kr obj Anknüpfg gem Art 28 II bzw V das Recht des Börsenplatzes (MüKo/Martiny Rn 377, PWW/Brödermann/Wegen Rn 40). BörsG §§ 50 ff aF u BGB § 764 aF sind aufgehoben. Bei FinanzterminGesch besteht nach WpHG § 37 d VI kr einseit KollNorm InformationsPfl auch für Untern mit Sitz im Ausland.

o) Vertr mit den Anbietern von **Telediensten** unterliegen in Ermangelg einer RWahl idR dem Recht der Hauptniederlassg des Diensteanbieters, Abs 2 S 2; das Herkunftslandprinzip gem TelemedienG § 3 (TMG) vom 26. 2. 07, BGBl 179, gilt dafür nicht, vgl TMG 3 III Nr 1, wenn es auch oft zum gleichen Ergebn führt (Mankowski IPRax 02, 264: Ausklammerng des internat SchuldVertrR aus der E-Commerce-RL, aM Spindler RIW 02, 186, vgl dazu auch Rom II-VO Art 6 Rn 15).

EG 29 Verbraucherverträge. (1) Bei Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen zu einem Zweck, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Berechtigten (Verbrauchers) zugerechnet werden kann, sowie bei Verträgen zur Finanzierung eines solchen Geschäfts darf eine Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährte Schutz entzogen wird,

1. wenn dem Vertragsabschluß ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in diesem Staat vorausgegangen ist und wenn der Verbraucher in diesem Staat die zum Abschluß des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat,
2. wenn der Vertragspartner des Verbrauchers oder sein Vertreter die Bestellung des Verbrauchers in diesem Staat entgegengenommen hat oder
3. wenn der Vertrag den Verkauf von Waren betrifft und der Verbraucher von diesem Staat in einen anderen Staat gereist ist und dort seine Bestellung aufgegeben hat, sofern diese Reise vom Verkäufer mit dem Ziel herbeigeführt worden ist, den Verbraucher zum Vertragsabschluß zu veranlassen.

(2) Mangels einer Rechtswahl unterliegen Verbraucherverträge, die unter den in Absatz 1 bezeichneten Umständen zustande gekommen sind, dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

(3) ¹ Auf Verbraucherverträge, die unter den in Absatz 1 bezeichneten Umständen geschlossen worden sind, ist Artikel 11 Abs. 1 bis 3 nicht anzuwenden. ² Die Form dieser Verträge unterliegt dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

(4) ¹ Die vorstehenden Absätze gelten nicht für

1. Beförderungsverträge,
2. Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, wenn die dem Verbraucher geschuldeten Dienstleistungen ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

² Sie gelten jedoch für Reiseverträge, die für einen Pauschalpreis kombinierte Beförderungs- und Unterbringungsleistungen vorsehen.

Allgemeines. – **a)** Art 29 Abs 1, 2 u 4 entspricht EVÜ Art 5, Abs 3 entspricht EVÜ Art 9 V, vgl Vorb 1 v Art 27. Die Vorschr trifft eine **Sonderregelung** für VerbrVertr, welche im Interesse der strukturell schwächeren Partei die in Art 27 eröffnete Rwahlfrei in ihren Folgen einschränkt, Abs 1, u bei Fehlen einer RWahl eine von Art 28 abweichde obj Anknüpfg an den gewöhnl Aufenth des Verbr vorsieht, Abs 2. Bei Fehlen ihrer tatbestandsmäß Voraussetzgen hinsichtl der erfassten VerbrTypen od der erfdl Inlandsbeziehg ist eine **analoge**

Anwendg wg des AusnCharakters der Bestimmg **unzulässig** (BGH 135, 124, NJW 06, 230 Tz 32 u 762 Tz 17, insow zustimm Mankowski RIW 06, 324, Tamm JZ 06, 676, aM Weller NJW 06, 1248, vgl auch Rn 7). Neben Art 29 treten die in neueren EG-VerbraucherschutzRL enthaltenen speziellen KollNormen, die den in der

RL gewährleisteten VerbrSchutz bei hinreichend engem Bezug zum Binnenmarkt ggü der Wahl des Rechts eines Nicht-EU-MitglStaates dchsetzen; hierdch wird die dch das EVÜ erzielte R Vereinheitlich teilw wieder beseitigt. Dabei handelt es sich im Einz um Art 6 II KlauselRL vom 5. 4. 93, TzNrRL Art 9 vom 26. 10. 94, FernabsRL Art 12 II vom 20. 5. 97, VerbrGKRL Art 7 II vom 25. 5. 99 u FernAbs-FinDL-RL Art 12 II vom 23. 9. 02. Anlässl der Umsetzg der FernabsRL dch FernabsG Art 2 vom 27. 6. 00 sind die KollNormen dieser RL im **neuen Art 29 a** zusammengefasst worden, der an die Stelle von AGBG 12 u TzWrG 8 getreten ist. Zur Umsetzg der später ergangenen RL wurde Art 29 a IV jeweils entspr ergänzt. Art 29 a genießt als umgesetztes RichtlinienR normenhierarchisch Vorrang vor Art 29 (vgl EVÜ Art 20). Da es der dtische GesetzG versäumt hat, das in einigen RL enthaltene GünstigkPrinzip in Art 29 a zu übernehmen, sollte Art 29 **vor** Art 29 a geprüft werden

(BT-Drs 14/2658 S 50, Staudinger RIW **00**, 419, Tonner BB **00**, 1419). Die Vorschr ergänzt ledigl den VerbrSchutz nach Art 29, führt aber nicht zu einer Dchkreuzg des GünstigkVergl (MüKo/Martiny Rn 116). Führt also bereits Art 29 zu einem richtlkonformen VerbrSchutz nach dem Recht eines EU-MitglStaates od eines and VertrStaates des EWR-Abk, zB weil danach dtisches Recht maßg ist, so besteht für die Anwendg von Art 29 a kein Grd. Dieser greift erst dann ein, wenn Art 29 tatbestandsmaß nicht anwendb ist (auch aGrd von Art 37) od zur Anwendg des für den Verbr ungünstigeren Rechts eines Nicht-EU- od Nicht-EWR-MitglStaates führt.

- 2 **b)** Soweit Art 29 das anwendb Recht selbst bestimmt, ist die Beachtg einer Rück- od Weiterverweisg, wie im gesamten Unterabschnitt, ausgeschl, Art 35 I; zur Unteranknüpf in MehrRStaaten vgl Art 35 II. Im innerdtischen KollRecht galt Art 29 entspr. Abweichd von früheren Entw lässt **Rom I-VO Art 6** die bisherige Regelg in ihrer Grdstruktur unberührt; freilich werden der sachl u räuml Anwendgsbereich der Norm ausgedehnt.

- 3 **2) Begriff des Verbrauchervertrages** (Abs 1 u 4). – **a)** Art 29 trifft eine kollrechtl Sonderregelg für VerbrVertr. **a)** Darunter fallen nach Abs 1 Vertr über die **Lieferung** bewegl **Sachen** (dh Warenkauf, ebso Kauf von Software, Deike CR **03**, 12), **nicht** aber Kauf von WertPap (BGH **123**, 380/387, NJW-RR **05**, 1071), Gewinnmitteilgen iSv § 661 a (BGH NJW **06**, 230 Tz 32, Häcker ZVglRWiss **05**, 493, S. Lorenz NJW **06**, 472, aM noch Hamm NJW-RR **03**, 717 u RIW **03**, 305, Brdbg OLG-NL **04**, 199, vgl dazu Verb 2 v Art 27 u Art 34 Rn 3 a) u MietVertr (vgl E. Lorenz RIW **87**, 576), wohl aber Finanzierungsleasing (Reithmann/Martiny Rn 806). Unter Abs 1 fallen ferner Vertr über die Erbringg von **Dienstleistungen** aller Art, dh tätigbezogene Leistgen an einen Verbr aGrd von DienstVerh (ohne ArbVerh), Werk- u WerkliefergsVerh sowie GeschBesorggsVerh (BGH **123**, 380, NJW **06**, 762 Rn 13), zB treuhänder Erwerb von Kommanditanteil (BGH **123**, 380/386), anwaltl Honorarvereinbg (BGH NJW **03**, 3486, Staudinger IPRax **05**, 129), Tätigk als Broker bei BörsenterminGesch (Düss IPRax **97**, 117) od als Versicherer, soweit nicht Art 37 Nr 4 eingreift (vgl Basedow NJW **91**, 788); schließt auch Vertr zur **Finanzierung** des Erwerbs von Waren od Dienstleistgen, insbes beim Kreditkauf, nicht aber beim normalen VerbrDarl (BGH NJW **06**, 762, AnwK/Leible Rn 34, aM Mankowski RIW **06**, 321, PWW/Remien Rn 12). **Time-Sharing**-Vertr erfüllen regelmä ß **nicht** die Voraussetzgen eines VerbrVertr iSv Abs 1, da sie keine als HauptPfl ausgestaltete Dienstleistungskomponente enthalten (BGH **135**, 124/130, Mäsch DNotZ **97**, 206, vgl ferner EG 28 Rn 5 u Art 29 a Rn 6).

b) Ausgenommen sind nach **Absatz 4 Satz 1** sämtl **Beförderungsverträge**, vgl dazu Art 28 Rn 6 u 15, sowie Vertr über **Dienstleistungen**, die ausschließl in einem **anderen** Staat erbracht werden müssen als demjen, in welchem der Berecht seinen gewöhnl Aufenth hat, zB BeherberggsVertr mit auslnd Hotels (AG Bernkastel IPRax **94**, 141), od UnterrichtsVertr, die im Ausland erfüllt werden sollen, etwa Ski- od Segelkurs; insow kommt jedoch Art 29 a in Betr. **Nicht** unter die AusnRegelg fallen Vertr über die **Finanzierung** von Vertr über Dienstleistgen (BGH **123**, 380/387, krit W. Lorenz IPRax **94**, 430), Vereinbgen mit auslnd Terminbrokern, die auch im Inland tät werden (BGH NJW-RR **05**, 1071, Düss RIW **94**, 420), sowie FerienhausVertr mit inländ Reiseveranstalter, deren Leistg zu einem erhebl Teil im Inland erbracht wird (Lindacher BB **90**, 661, IPRax **93**, 229 dahingestellt in BGH **119**, 152/158, ferner Art 28 Rn 5); and bei Vertr mit auslnd gewerbl Ferienhausanbietern (AG Hbg NJW-RR **00**, 352, Kartzke NJW **94**, 825; über Time-Sharing-Vertr mit auslnd Anbietern vgl Rn 5 u Art 29 a Rn 6). Auch Vertr über **Pauschalreisen**, zB Kreuzfahrten, fallen nach Abs 4 S 2 uneingeschränkt unter den Begriff des VerbrVertr, sofern dessen sonstige Voraussetzgen erfüllt sind (vgl zB Konstanz NJW-RR **93**, 638, AG Flensburg IPRspr **98** Nr 145).

- 4 **c)** Liefer-, Dienstleistungs- u zugehör FinanzierungsVertr der genannten Art sind jedoch nur dann VerbrVertr iSv Art 29, wenn der Zweck der Lieferg od Dienstleistg überhaupt nicht od nur zum geringeren Teil, vgl Begründg BT-Drs 10/504 S 79, der (selbst ausgeübten, vgl E. Lorenz RIW **87**, 576) berufl od gewerbl Tätigk des **Berechtigten**, dh des Verbr, zugerechnet werden kann, vgl Abs 1 (für Schwerpktbetrachtg Mankowski IPRax **05**, 503). Bei der Zurechng der Leistg zum berufl/gewerbl od zum privaten Lebensbereich entscheiden die dem Schuldner obj erkennb Umst des Gesch, nicht der innere Wille des Leistgempfängers, vgl Begründg aaO. Kein VerbrVertr liegt vor, wenn der **Schuldner** seinerseits die Leistg nicht iR einer berufl od gewerbl Tätigk erbringen soll; Art 29 gilt mangels strukturellen Ungleichgewichts nicht bei reinen PrivatGesch zw Nichtgewerbetreibden, zB beim Verkauf eines gebrauchten Pkw von Privat an Privat (v Hoffmann/Thorn IPR § 10 Rn 69, MüKo/Martiny Rn 13, AnwK/Leible Rn 25, W. Lorenz IPRax **94**, 429 u Rom I-VO Art 6 I; aM PWW/Remien Rn 6, Erman/Hohloch Rn 22).

- 5 **3) Einschränkung der freien Rechtswahl (Absatz 1).** – **a)** Grdsätzl können die Part auch bei VerbrVertr das VertrStatut dch ausdrückl od konkludente RWahl frei bestimmen, Art 27 I (vgl zB Mü NJW-RR **91**, 122), wobei aber wiederum die Fälle des Binnensachverhalt nach Art 27 III sowie die Sonderanknüpf von Eingriffsnormen nach Art 34 zu beachten ist, vgl dazu Art 27 Rn 4. Unabhäng davon stellt Abs 1 bei Vorliegen bestimmter Voraussetzgen zusätzl die Anwendg der zwingden Vorschr zum Schutz des **Verbrauchers** nach dem an seinem **gewöhnlichen Aufenthalt** geltenden Recht sicher, wenn das VertrStatut im konkreten Fall dahinter zurückbleibt.

- 6 **b)** Diese Sonderanknüpfg zwingder VerbrSchutzVorschr ist nach Abs 1 vom Vorliegen bestimmter **Alternativen** abhängig, die einen ausreichenden räuml Bezug zum AufenthStaat des Verbr begründen. **(1)** Erfdl ist dafür nach Abs 1 **Nr 1**, dass dem VertrSchluss ein ausdrückl **Angebot** od eine **Werbung** im AufenthStaat des Verbr auf Initiative seines VertrPartners vorausgegangen ist (vgl dazu BGH **123**, 380/389) **und** der Verbr dort auch die zum Abschluss des Vertr erfdl RHandlgen, zB dch **Annahme** des Angebots, vorgenommen hat; bei VertrSchluss dch einen Vertreter gilt Art 11 III entspr. Die Werb kann zB dch Zeitsanzeige od Fernsehwerb erfolgen (zu

Teleshopping vgl Wagner WM 95, 1129). Ausreichend sind auch Angebot od Werbg auf einer Website im **Internet** (vgl Mankowski RabelsZ 99, 234, Hübner ZVersWiss 01, 371). Als weltweit wirkendes Medium richtet sich das Internet grdsätzl auch an den AufenthStaat des Verbr; der Untern kann aber bestimmte Länder auf seiner Website ausdrückl ausnehmen (vgl BGH NJW 06, 2630 [zu delikt Ansprüchen]; Mehrings CR 98, 613, weitergehnd Härtling internetR, 1999, Rn 10, Boele/Woelki BerGesVR 35, 2000, 331, Borges WM 01, 1546, die die Reichweite des Angebots von seinem inhaltl Zuschnitt abhängig machen). Die Annahme erfolgt im AufenthStaat des Verbr, wenn dieser dort die elektron Eingabe vornimmt; Ferneinwahl in den häusl Rechner aus dem Ausland genügt nicht, da bei dieser Sachlage kein schutzwürd Vertrauen in die Anwendbarkeit der VerbrSchutzVorschr am gewöhnl AufenthOrt besteht (MüKo/Martiny Rn 37, aM Mankowski RabelsZ 99, 250, Borges ZIP 99, 570); die Beweislast für das Vorliegen dieser Ausn trägt der VerbrPartner des Verbr. (2) Eine Sonderanknüpfg erfolgt nach Abs 1 Nr 2 ferner dann, wenn der VerbrPartner des Verbr od sein Vertreter (gleich ob mit od ohne Vertretungsmacht, BGH 123, 380/390) auch ohne vorher Werbg od ein ausdrückl Angebot in diesem Staat die **Bestellung** des Verbr in dessen gewöhnl AufenthStaat **entgegengenommen** hat, zB auf einer Messe; erfdl ist physische Präsenz im AufenthStaat, VerbrSchluss im Internet genügt nicht (Gruber DB 99, 1437, and AnwK/Leible Rn 54, Mehrings CR 98, 620). Entscheid ist der Ort der Entgegnahme, dh des Zugangs der Bestellg, nicht der Annahme dch Zusendg einer AuftrBestätigg (BGH 135, 124/132, and Waldenberger BB 96, 2371 betr Teleshopping). (3) Zu einer Sonderanknüpfg kommt es nach Abs 1 Nr 3 schließlich dann, wenn der Verbr bei einem Warenkauf die Bestellg auf einer vom Verkäufer zu diesem Zweck herbeigeführten **Reise** (Kaffeefahrt) im Ausland aufgegeben hat, sofern der Verbr die Reise vom Staat seines gewöhnl Aufenth aus angetreten hat; für Reisen aus Drittstaaten bleibt es bei der Anwendg von Art 27 u 28 (Düss NJW-RR 95, 1396). Die Alt Nr 1 u Nr 2 betreffen einen VerbrAbschluss, der ganz od zum Teil im AufenthStaat des Verbr erfolgte, aus dessen Sicht also ein InlandsGesch darstellt, bei welchem er den Schutz seines AufenthR erwarten darf (BGH 135, 124/132); die Alt Nr 3 betr VerbrAbschlüsse, die zwar ihren Schwerepckt im Ausland haben, bei welchen der Verkäufer die Auslandsreise des Verbr jedoch selbst zu diesem Zweck veranlasst, dh zumindest mitorganisiert hat, zB dch Übernahme eines Teils der Reisekosten (LG Tübingen NJW 05, 1513); bloßes Ausnutzen der von einem and veranstalteten Reise für Verkaufszwecke genügt nicht (zutreffd LG Hbg RIW 99, 391, Ffm NJW-RR 07, 1357, zu weitgeh LG Limbg NJW 90, 2206).

(4) Bei der Auslegg von Abs 1 ist Art 36 zu beachten (vgl BGH 123, 380/384, 135, 124/134); bei Nichtvorliegen der Voraussetzgen einer der drei Alternativen **analoge** Anwendg daher grdsätzl **nicht** statth (vgl BGH 135, 124/134, Hamm NJW-RR 89, 496 [vgl dazu BGH 113, 11], Bielefeld NJW-RR 99, 1282, BaRo/Spickhoff Rn 15, vgl Rn 1); dies gilt insbes für KaufVertr dtscher Verbr mit auslnd Verkäufern im Ausland (Gran Canaria), die nach Rückkehr von inländ Lieferanten erfüllt werden sollen (Hamm aaO, LG Düss NJW 91, 2220, grdsätzl auch Celle RIW 91, 421, Taupitz BB 90, 648, Mankowski RIW 93, 457, aM Erman/Hohloch Rn 15), ebso für schuldrechtl Time-Sharing-Vertr mit auslnd Anbietern, soweit sie überhaupt von Art 29 erfasst werden (vgl dazu BGH 135, 124/130, Mankowski RIW 98, 287, Ebke IPRax 98, 263). Im Ggsatz dazu wurde in der Praxis früher auf vielfält Weise versucht, trotz Wahl eines auslnd Rechts VerbrSchutzVorschr anzuwenden (für analoge Anwendg von Nr 2 zB Ffm NJW-RR 89, 1018 [vgl dazu BGH 112, 204], LG Hbg NJW-RR 90, 695; für analoge Anwendg von Nr 3 zB Stgt NJW-RR 90, 1081 [vgl dazu BGH NJW-RR 92, 106]; vgl dazu ferner LG Konstanz NJW-RR 92, 1332; für Art 28, LG Bamberg NJW-RR 90, 694; für Art 6, Celle RIW 91, 421, LG Hildesheim IPRax 93, 173; unmittelbar Anwendg von EG-RL, dazu Michaels/Kamann JZ 97, 605); auch die Wirksamk der RWahl wurde zT mit unzutreffden Grden verneint, vgl dazu Rn 6. Die zu diesen Fragen entstandene RUnsicherh ist mit der Entsch des BGH 135, 124 beseitigt (vgl dazu Ebke IPRax 98, 263, Mankowski RIW 98, 287, Heldrich FS BGH, 2000, II 766). Eine Sonderanknüpfg des WiderrufsR bei Haustürgesch (§ 312) gem Art 34 bleibt grdsätzl vorbehalten, vgl dort Rn 3 a; sie scheidet aber aus, wenn die Anwendg von Art 29 nur daran scheitert, dass es an dem von der Norm geforderten räuml Bezug zum AufenthStaat des Verbr fehlt (BGH 123, 380/390; insow Vorrang von Art 29 vor Art 34; vgl dazu Art 34 Rn 3 a, Junker IPRax 98, 69, Mankowski RIW 98, 289).

c) Erfüllt ein VerbrVertr iSv Anm 2 die Voraussetzgen einer der in Abs 1 aufgezählten Alternativen, so unterliegt der Vertr als Mindeststandard den zwingden Vorschr zum Schutz des Verbr nach dem Recht seines gewöhnl Aufenth, zB BGB 312; iÜ bleibt es bei der Anwendg des von den Part gewählten VertrStatuts; ist dieses für den Verbr günstiger als das Recht an dessen gewöhnl Aufenth, so gilt das gewählte Recht (MüKo/Martiny Rn 59: GünstigVergl). Dieses gilt auch für die Wirksamk der RWahl selbst, die nach Art 27 IV iVm Art 31 I, von ihrer Formgültigk abgesehen (vgl dazu Art 27 IV iVm 29 III) nach dem gewählten Recht zu beurteilen ist; das Recht am gewöhnl Aufenth des Verbr ist dabei jedoch bei der Prüfg des Vorliegens seiner Zustimmungserkl iRv Art 31 II zu berücksichtigen (dies gilt aber nur für das Vorliegen der Zustimmung des Kunden, etwa dch Schweigen, nicht auch für die Wirksamk u Bindgswirkg der RWahl, vgl dazu BGH 135, 124/137, Erman/Hohloch Rn 18, zu weitgeh Ffm NJW-RR 89, 1018, LG Hbg NJW-RR 90, 695, Düss RIW 94, 420, LG Stgt RIW 96, 425, Klingsporm WM 94, 1097, vgl dazu Art 31 Rn 5).

d) Hat der Verbr seinen gewöhnl Aufenth im **Inland**, so kommen über die Sonderanknüpfg gem Abs 1 also ggf etwa die zwingden Vorschr der §§ 305 ff (vgl Düss IPRax 97, 115), des § 312, der §§ 491 ff, 655 a ff u der §§ 651 a ff (AG Waldshut-Tiengen NJW-RR 88, 953, Kartzke NJW 94, 825) zur Anwendg, soweit diese für den Verbr günstiger sind als das gewählte Recht; für die Anwendg von Art 29 a besteht dann kein Bedürfn, vgl Rn 1. Zur Anknüpfg des Unterlassgs- bzw WiderrufsAnspr gem UKlaG 1 vgl Rom II-VO Art 6 Rn 11.

4) **Ersatzanknüpfg bei fehlender Rechtswahl (Absatz 2)**. Haben die Part von der Möglichk einer RWahl gem Art 27 keinen Gebrauch gemacht od ist die von ihnen getroffene RWahl nach dem dafür maßg Recht (Art 27 IV iVm Art 31 bzw 29 III) unwirks, so unterliegt ein VerbrVertr bei Vorliegen einer der in Abs 1 genannten Alternativen, vgl Rn 5, in Abweichg von Art 28 nicht dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindgen aufweist, sond dem Recht des Staates, in dem der **Verbraucher** seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** hat, **Absatz 2**. Nach diesem Recht (**Vertragsstatut**) beurteilen sich alle mit Abschluss, Wirksamk, Inhalt u Abwicklg des Vertr zushängden Fragen, vgl dazu Art 31 u 32; diesem Recht ist insbes auch der dem Verbr gewährte Schutz zu entnehmen. Hat der Verbr seinen gewöhnl Aufenth im **Ausland**, ist also VertrStatut ein auslnd Recht, so kommt daneben eine Sonderanknüpfg internat zwingder Vorschr (Eingriffsnormen) des dtschen Rechts gem Art 34 in Betr; diese haben ggf auch Vorrang vor den zwingden Vorschr des VertrStatuts. Art 29 a ist hier nicht einschläg, da er eine RWahl voraussetzt.

5) **Sonderanknüpfung der Formgültigkeit (Absatz 3).** Die Formgültigkeit eines VerbrVertr ist bei Vorliegen einer der in Abs 1 genannten Alternativen, vgl Rn 5, nach Abs 3 in Abweichg von Art 11 I–III **ausschließlich** nach dem Recht am gewöhnl Aufenth des Verbr zu beurteilen. Dies gilt auch für die Formgültigkeit einer auf einen VerbrVertr bezogenen RWahl, Art 27 IV.

EG 29a Verbraucherschutz für besondere Gebiete. (1) Unterliegt ein Vertrag auf Grund einer Rechtswahl nicht dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, weist der Vertrag jedoch einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet eines dieser Staaten auf, so sind die im Gebiet dieses Staats geltenden Bestimmungen zur Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien gleichwohl anzuwenden.

(2) Ein enger Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn

1. der Vertrag auf Grund eines öffentlichen Angebots, einer öffentlichen Werbung oder einer ähnlichen geschäftlichen Tätigkeit zustande kommt, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum entfaltet wird, und
2. der andere Teil bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Erklärung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum hat.

(3) Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Teilzeit-Wohnrechtverträge sind auf einen Vertrag, der nicht dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum unterliegt, auch anzuwenden, wenn das Wohngebäude im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten liegt.

(4) Verbraucherschutzrichtlinien im Sinne dieser Vorschrift sind in ihrer jeweils geltenden Fassung:

1. die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG Nr. L 95 S. 29);
2. die Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (ABl. EG Nr. L 280 S. 83);
3. die Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144 S. 19);
4. die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12);
5. die Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. EG Nr. L 271 S. 16).

- 1 Die Vorschrift entspricht weitgehend dem neuen Art 46 b EGBGB. Vgl die Kommentiertg dort (im Print-Palandt).

EG 30 Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse von Einzelpersonen. (1) Bei Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen darf die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Absatz 2 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre.

(2) Mangels einer Rechtswahl unterliegen Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse dem Recht des Staates,

1. in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist, oder
2. in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, sofern dieser seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet,

es sei denn, dass sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.

- 1 1) **Allgemeines.** – a) Art 30 entspricht EVÜ Art 6, vgl Vorb 1 v Art 27. In der Neufassg des EG in der Bek vom 21. 9. 94, BGBl 2494 wurde die AusnKlausel in Abs 2, vgl dazu Rn 8, ohne Absatz an Abs 2 Nr 2 angeschlossen (in diesem Sinn missverstanden von LAG Köln NZA-RR 99, 118); der Gesetzestext wurde berichtigt dch Bek vom 5. 5. 97, BGBl 1061. Art 30 enthält – ebenso wie Art 29 für VerbraucherVertr – eine Sonderregelg für ArbVertr zum Schutz der strukturell schwächeren Part; sie schränkt in Abs 1 die in Art 27 gewährte RWahlfrei in ihren Folgen ein, vgl dort Rn 3; bei Fehlen einer RWahl sieht sie eine von Art 28 abweichde obj Anknüpfg vor. Rom I-VO Art 8 sieht ledigl kleinere Ändergen des ggwärt RZustands vor.

b) Die Beachtg einer Rück- od Weiterverweisg ist, wie im gesamten Unterabschnitt, ausgeschl, Art 35 I; zur Unteranknüpfung in MehrRStaaten vgl Art 35 II. Im innerdtischen KollRecht galt Art 30 entspr.

- 2 2) **Anwendungsbereich.** – a) Art 30 betrifft **Arbeitsverträge**, dh DienstVertr zw ArbG u ArbN, die eine abhäng, weisgsgebundene Tätigk gg Entgelt zum Ggst haben; dies gilt grdsätzl auch für die wachsd Zahl von **Scheinselbständigen** (vgl dazu Knöfel IPRax 06, 552) sowie für den AnstellgsVertr des FremdGeschFührers einer GmbH (vgl Düss RIW 04, 230, Mankowski ebda 167). Bei Vertr über Dienstleistgen in wirtschaftl u sozialer Selbständigk u Unabhängigk gilt Art 30 nicht (vgl dazu Art 28 Rn 14). Art 30 gilt auch für **Arbeitsverhältnisse**, dh für nichtige, aber in Vollzug gesetzte ArbVertr u für faktische ArbVerh ohne vertragl Grdlage (vgl Bericht BT-Drs 10/503 S 58; zur Anknüpfung der Anspr von Zwangsarbeitern vgl Stgt NJW 00, 2680).

- b) Das von den Part gewählte od dch obj Anknüpfng nach Art 30 II maßg ArbVertrStatut regelt vorbehaltl der Sonderanknüpfng zwingnder Bestimmngen, vgl dazu Rn 4–6 sowie Art 34, grdsätzl alle mit Begründg, Inhalt, Erfüllung u Beendigg eines ArbVerh zushängden Fragen, vgl Art 31 u 32, also insbes LohnzahlgsPfl einschl Mehrarbeitsvergütg (Hohloch RIW **87**, 353, vgl auch LAG Hamm IPRspr **89** Nr 68), Erstattg von Umzugskosten (BAG NJW **96**, 741), FürsorgePfl (Schliemann BB **01**, 1303), UrlaubsAnspr, SchadErsPfl wg VertrVerletzg, zB Verstoß gg das Benachteilggsverbot nach dem AGG, sowie VertrÜbernahme bei Betriebsübergang (BAG IPRax **94**, 123/126, Feudner NZA **99**, 1184). Dem jew ArbVertrStatut unterliegt insbes der privatrechtl KündSchutz (vgl BAG NJW **87**, 211, IPRspr **94** Nr 64, Reiter NZA **04**, 1246, nicht aber dessen Überlagereg dch öffrechtl Vorschr, BAG NJW **87**, 2766); ein auf das Inland beschränkter räuml Geltgssbereich des dtischen KSchG besteht nicht (Junker FS Konzen 2006 S 376 betr KSchG § 23 I). Nach dem ArbVertrStatut zu beurteilen sind ferner nachvertragl WettbewVerbote (LAG Ffm IPRspr **00** Nr 40, Celle NZG **01**, 131, vgl dazu Thomas/Weidmann DB **04**, 2694), betriebl Altersversorgg (vgl BAG IPRax **06**, 254, LAG Ffm IPRspr **00** Nr 42, Junker IPRax **93**, 6, Franzen IPRax **06**, 221, aM Eichenhofer IPRax **92**, 76: VertrStatut selbstid zu bestimmen) u ArbNErfindngen (MüKo/Martiny Rn 97; für Europ Patente vgl aber EPÜ 60 I 2; zum VergütgsAnspr nach UrhG § 32 b Pütz IPRax **05**, 13).
- c) Für das **kollektive** ArbR gilt Art 30 nicht. Im internat **Betriebsverfassungsrecht** gilt das **Territorialitätsprinzip**. Das BetrVG ist danach unabhängig von der Staatsangehörigk von ArbG u ArbN u unabhängig vom jew ArbVertrStatut für alle im Inland gelegenen Betriebe inländ od auslând Untern maßg (BAG NZA **00**, 1119); das gleiche gilt für die PersonalvertretgsG (vgl BAG NZA **97**, 493). Auf die ArbN im Ausland gelegener Betriebe dtischer Untern findet das dtische BetriebsverfassgsR bzw PersonalvertretgsR nur dann Anwendg, wenn die Auslandstätigk eine Ausstrahlg des inländ Betriebes darstellt (BAG NZA **90**, 658, **97**, 493); dabei handelt es sich um eine Frage des persönl Geltgsbereichs des BetrVG (BAG NZA **00**, 1119); entscheidd ist, ob der betr ArbN weiterh in einen inländ Betrieb integriert geblieben ist (Reiter NZA **04**, 1250). Für die unternehmerische Mitbestimmg nach dem MitbestG gilt das Personalstatut der Gesellsch, vgl dazu Anh Art 12 Rn 12. Das auf **Tarifverträge** anwendb TarifVertrStatut können die Part dch ausdrüchl od konkludente RWahl bestimmen, Art 27; in Ermangelg einer RWahl ist dasjen Recht maßg, zu dem die engste Verbindg besteht, Art 28 I 1, insbes in dessen Bereich der TarifVertr seinen räuml Schwerpkt hat bzw ein davon abweichder gemeins HeimatR der Part (Junker IPRax **94**, 21, Thüsing NZA **03**, 1311, vgl auch BAG MDR **92**, 270 betr tarifvertragl DchführgsPfl im Ausland, Schlachter NZA **00**, 64). Ob ein TarifVertr überhaupt auf ein einz ArbVerh einwirkt, hängt von dem dafür maßg ArbVertrStatut ab, zu dessen Vorschr auch die Tarifnormen gehören (ArbG Wiesb IPRspr **98** Nr 143, vgl BAG NJW **77**, 2039, Mankowski RIW **04**, 491); die Beschränkng des räuml u persönl Geltgsbereichs eines TarifVertr ist dabei als materiellrechtl Regelg zu beachten; vgl aber auch die Sonderanknüpfng für allgemeinverbindl erklärte TarifVertr des Baugewerbes nach AEntG § 1 I (dazu Art 34 Rn 3 b, BAG NZA **03**, 275, **06**, 379 Tz 14, Mankowski RIW **04**, 491, Schwab NZA **04**, 4). Die EG-EntsendeRL vom 16. 12. 96 ist dch das KorrekturG zum AEntG vom 19. 12. 98, BGBl 3843 umgesetzt worden; danach ist dtisches Recht auf bestimmten Sachgebieten, zB HöchstArbZeit, MindJahresurlaub, MindLohn, auf alle ArbVerh zu einem im Ausland ansäss ArbG u seinem im Inland beschäftigten ArbN zwingd anwendb, AEntG 7 I (**Sonderanknüpfng** von Mindeststandards nach **Art 34**; zur Frage der Vereinbark solcher Vorschr mit EGV 49 u 50 vgl BAG DB **03**, 556 [VorlageBeschl], ferner EuGH IPRax **02**, 210, EuZW **02**, 245, Franzen IPRax **02**, 186, v Danwitz EuZW **02**, 237, Schlachter NZA **02**, 1242, Junker JZ **05**, 483). Zur sozialversichsrechtl Behandlg von ArbVerh mit Auslandsberührg EuGH EWS **00**, 565, Kblz RIW **02**, 880, Libudda/Otto RIW **02**, 378, Junker JZ **05**, 485.
- 3) Einschränkung der Rechtswahl (Absatz 1).** – a) Die Part können grdsätzl auch bei einem ArbVertr od ArbVerh gem Art 27 I das anzuwendde Recht ausdrüchl od konkludent wählen (zB dch Bezugnahme auf TarifVertr, BAG NZA **02**, 734, od auf dtische RVorschr, BAG NZA **03**, 339; zur nachträgl RWahl im Prozess BAG NJW-RR **88**, 482), wobei aber die Sonderanknüpfng zG internat zwingder Vorschr dtischen Rechts, Art 34, sowie die Fälle des Binnensachverhalts gem Art 27 III zu beachten sind; Bezugnahme auf dtisches SozVersichsR reicht nicht (Junker IPRax **90**, 305 gg ArbG Düss ebda 330). Die RWahl kann formularmäßg erfolgen (AnwK/Doehner Rn 13); auch eine TeilRWahl ist zuläss, Art 27 I 3, zB hinsichtl des KündSchutzes (vgl dazu BAG MDR **98**, 543, aM Krebber IPRax **99**, 165) od der Altersversorgg (BAG IPRax **06**, 254, Franzen ebda 222). Die Vereinbg auslând Rechts setzt keinen obj Bezug zum gewählten Recht voraus (vgl Art 27 Rn 3); gewählt werden kann auch ein neutrales Recht. Unabhängig davon **versagt** Abs 1 einer von den Part getroffenen RWahl insow die **Wirksamkeit**, als dadch dem ArbN der Schutz entzogen wird, den ihm die zwingden Vorschr der ROrdnng gewähren, die ohne die RWahl maßg gewesen wäre. Mit dieser Regelg soll verhindert werden, dass dch eine RWahlklausel im ArbVertr die an sich maßg (einfach) zwingden arbeitsrechtl SchutzVorschr umgangen werden. Welches Recht bei Fehlen einer RWahl an sich maßg ist, regelt Abs 2 einschl der AusnKlausel in HS 2 (BAG DB **90**, 1666), vgl dazu Rn 7, 8.
- b) Ob dem ArbN dch das gewählte Recht der **Schutz** der zwingden arbeitsrechtl Bestimmngen des nach Abs 2 maßg Rechts **entzogen** wird, ist dch Vergleich der beiden ROrdnngen zu ermitteln; dabei ist jeweils auf die **Ergebnisse** abzustellen, zu denen diese Rechte in dem betr Teilbereich, zB KündSchutz, im Einzelfall gelangen (vgl dazu BAG IPRax **94**, 123/126, Schlachter NZA **00**, 61, Junker RIW **01**, 98). Soweit das gewählte Recht mit seinen zwingden Vorschr den ArbN im Ergebng genauso od besser schützt als das bei Fehlen einer RWahl berufene Recht, hat es bei der Anwendg jener Vorschr sein Bewenden; soweit es hinter dem Schutz des nach Abs 2 maßg Rechts zurückbleibt, finden stattdessen die dem ArbN günstigeren zwingden Vorschr dieser ROrdnng Anwendg. Auf diese Weise kann ein ArbVerh uU einem Mosaik zwingder SchutzVorschr verschiedener staatl Herkunft unterliegen, zB den KündFristen des gewählten Rechts u der Lohnfortzahlg im KrankhFall nach dem obj bestimmten Recht (einschränknd Hohloch RIW **87**, 358).
- c) **Zwingende** Bestimmngen, die nach Abs 1 dch RWahl nicht ausgeschaltet werden können, finden sich verstreut im gesamten ArbR. In Betr kommen etwa der GleichbehandlgGrds (aM Bittner NZA **93**, 166), die Benachteilggsverbote nach dem AGG, Vorschr über ArbNErfindngen (Sack FS Steindorff, 1990, 1343), über KündSchutz (BAG MDR **98**, 543, LAG Köln RIW **92**, 933), VertrÜbernahme bei Betriebsübergang (BAG IPRax **94**, 123/126), JugendArbSchutz, Mutterschutz, ArbZeit; zur Sonderanknüpfng von Mindeststandards nach AEntG 7 I vgl Rn 3. Dabei ist gleichgült, ob sie dem privaten od öff Recht angehören; sie können auch in einem TarifVertr enthalten sein, dem die Part unterworfen sind, vgl Bericht BT-Drs 10/503 S 57.

- 7 **4) Bestimmung des Arbeitsvertragsstatuts bei fehlender Rechtswahl (Absatz 2).** – a) Haben die Part von der Möglichk einer RWahl gem Art 27 **keinen** Gebrauch gemacht (was angesichts der mit der RWahl verbundenen Probleme dringd anzuraten ist, vgl Rn 5), od ist die von ihnen getroffene RWahl nach dem dafür maßg Recht (Art 27 IV iVm Art 31) unwirks, so ist aGrd obj Anknüpfg nach **Absatz 2 Nr 1** grdsätzl das Recht des Staates maßg, in dem der ArbN in Erfüllung des Vertr (od des ArbVerh, vgl Rn 2) **gewöhnlich** seine Arb verrichtet, dh das **Recht** des normalen **Arbeitsortes**, also des tatsächl Mittelpkts seiner Berufstätigk (EuGH IPRax **99**, 365 zu EuGVÜ Art 5 Nr 1 [nunmehr EuGVVO], ablehnd Mankowski ebda 332). Dies gilt insbes für im Inland beschäftigte auslnd ArbN eines dtschen ArbG (vgl zB ArbG Wesel IPRspr **95** Nr 58, Weth/Kerwer RdA **98**, 236 betr Grenzgänger) u umgekehrt für im Inland tät dtsche ArbN eines auslnd ArbG (vgl zB BAG NZA **05**, 1117, 1119: auslnd Botsch ist nicht exterritorial). Bei TeleArb entscheidet der Standort des PC (AnwK/Doehner Rn 21, Mankowski DB **99**, 1856); bei Einsatz an wechselnden Orten innerh eines Landes ist ArbOrt das gesamte Staatsgebiet (BAG IPRax **94**, 123/127, NZA **02**, 734); bei Hochseeschiffen kommt diese Anknüpfg nicht in Betr (zutreffd Puttfarken RIW **95**, 623, im Ergebn auch Lagoni JZ **95**, 502, aM Junker FS Heldrich 2005 S 730). Bei der Anwendg dieses Rechts bleibt es auch dann, wenn der ArbN vorübergehd, dh nicht endgültig (Junker/Wichmann NZA **96**, 506, einschränkd Kraushaar BB **89**, 2124: kürzer als 2–3 Jahre, vgl auch BAG IPRax **94**, 123/127), in einen and Staat **entsandt** wird, zB aus Deutschland auf eine auslnd Montagebaustelle (vgl ArbG Wiesb IPRspr **98** Nr 143) od umgekehrt (Junker JZ **05**, 485: Herkunftslandprinzip); Vorschr des Rechts am ArbOrt über ArbSicherh, ArbZeit od Feiertage sind aber entspr Art 32 II zu berücksichtigen (vgl Schlachter NZA **00**, 62, im Ergebn also Junker JZ **05**, 485). Bei einer auf Dauer angelegten **Versetzung** an einen Arbeitsort in einem and Staat kommt es zu einem Statutenwechsel (Junker FS Heldrich 2005 S 736, AnwK/Doehner Rn 22). Bei der Anknüpfg an den normalen ArbOrt nach Abs 2 Nr 1 bleibt es auch dann, wenn der ArbN einen erhebl Teil seiner ArbZeit auf Auslandsreisen verbringt, jedoch im Anschluss daran zum tatsächl Mittelpkt seiner Berufstätigk zurückkehrt (EuGH aaO).
- 8 **b)** Lässt sich ein solcher tatsächl Mittelpkt nicht feststellen, verrichtet der ArbN seine Arb also gewöhnl in verschiedenen Staaten u nicht in ein u demselben Staat od liegt der gewöhnl ArbOrt auf staatsfreiem Gebiet (zB auf hoher See), so ist nach **Absatz 2 Nr 2** grdsätzl das Recht der **Niederlassung** des ArbG maßg, die den ArbN **eingestellt** hat, dh den ArbVertr mit ihm abgeschl hat (str, aM zB MüKo/Martiny Rn 65, Looschelders Rn 41, offen gelassen BAG NZA **02**, 734, vgl dazu Franzen IPRax **03**, 241); dabei genügt eine selbst handelnde OrganisationsEinh (BaRo/Spickhoff Rn 26); bei bloß formalem Bezug (zB gezielte Anwerbng dch Agentur in Niedriglohnlnd) gilt die AusnKlausel des Abs 2 HalbS 2. Diese Regel gilt grdsätzl auch für das fliegde Personal von Luftfahrtunternehmen (BAG NZA **02**, 734, Benecke IPRax **01**, 450) u für die Besatzg von Hochseeschiffen (ebso Erman/Hohloch Rn 19); die frühere Anknüpfg an den Registriergsstaat des Flugzeugs od an die Flagge des Schiffes ist damit hinfällig, da sie im Zeitalter der Billigflaggen kein taugl Indiz für die Bestimmg des sach-nächsten Rechts ist (ebso BVerfG **92**, 26/39 für sog Zweitregisterschiffe, BAG NZA **02**, 734, Looschelders Rn 49f, Lagoni JZ **95**, 502, Puttfarken RIW **95**, 623, aM Mankowski IPRax **96**, 406, Junker FS Heldrich 2005 S 730, RIW **06**, 407); eine wicht Klarstellg hierzu bringt FlaggenrechtsG § 21 IV idF der Bek v 26. 10. 94, BGBl 3141 (ArbVerh nicht im Inland lebder BesatzgsMitgl unterliegen nicht schon desh dtschem Recht, weil in Internat SeeschiffahrtsReg eingetragenes Schiff die Bundesflagge führt); die Vorschr ermögl insbes den Abschluss von TarifVertr für Seeleute mit auslnd Wohnsitz nach deren HeimatR; die Geltg des dtschen SozVersichgsR bleibt aber unberührt (zur Verfassungsmäßigk dieser Regelg BVerfG **92**, 26, Tomuschat IPRax **96**, 85; zur Ver-einbark mit dem EGV EuGH IPRax **94**, 199). Die Anwendg der AusnKlausel der engeren Verbindg nach der Gesamth der Umst bleibt jedoch selbstverständl vorbehalten (vgl BAG NZA **95**, 1191, **02**, 734 u Rn 8); sie führt bei Zweitregisterschiffen idR zur Anwendg des AufenthaltsR der auslnd Seeleute (Mankowski IPRax **96**, 408; für HeimatR hingegen Lagoni JZ **95**, 503, im Ergebn auch BAG NZA **95**, 1191, Puttfarken RIW **95**, 624, die allerd die AusnKlausel in Abs 2 als Regelanknüpfg verstehen, dagg zutreffd Mankowski IPRax **96**, 406, Spickhoff NJW **99**, 2210).
- Eine Überprüfg des fremden Rechts am Maßstab des Art 6 bleibt unberührt (vgl BVerfG **92**, 26/41, Mankowski IPRax **96**, 409); eine Sonderanknüpfg dtscher Eingriffsnormen gem Art 34 kommt dagg nur in Betr, sow die in Abs 1 vorgesehene Sonderanknüpfg zwingder Vorschr des nach Abs 2 maßg ArbVertrStatuts dafür Raum lässt, vgl dazu Art 34 Rn 3 b. Zum Verbot der Altersdiskriminierng Birk FS Siehr, 2000, 45.
- 9 **c)** Die in Abs 2 Nr 1 u 2 vorgesehenen Anknüpfgen an den ArbOrt bzw die Anstellgniederlassg sind allerd **keine starren Regeln**. Sofern sich aus der Gesamth wicht Umst (zB ArbOrt, Sitz des ArbG, Wohnsitz des ArbN, Beschäftigk eines Ausländers im öff Dienst seines Heimatstaats, daneben auch Staatsangehörigk beider Part, VertrSprache u -währg, Abschlussort, Registrierng von Schiff od Flugzeug, Altersversorgg u Krankenkasse (vgl dazu BAG NZA **02**, 734, **03**, 1424, **04**, 680 u 1272, LAG BaWü BB **03**, 900, Benecke IPRax **01**, 450, Thüsing BB **03**, 898) ergibt, dass der Vertr engere Verbindgen zu einem and Staat aufweist, ist nach der **Ausnahmeklausel** in Abs 2 an Stelle des Rechts des ArbOrtes bzw der Anstellgniederlassg das Recht jenes and Staates maßg, zB das Recht von New York für US-Bürger im Dienst einer amerikan FlugGesellsch (BAG IPRax **94**, 123/127, and aber BAG ZIP **96**, 2031) od das dtsche Recht für dtsche Ortskräfte dtscher Auslandsvertretgen (vgl BAG NZA **97**, 493: keine Geltg des dtschen MitbestimmgsR, vgl dazu auch BAG MDR **98**, 543, Junker RdA **98**, 45) od dtscher Fernsehanstalten (vgl LAG RhPf IPRspr **81** Nr 44); ebso bei nicht nur vorübergehder Entsendg dtscher ArbN zu einer auslnd Zweigstelle od Tochtergesellsch ihres ArbG (Däubler RIW **87**, 252); dagg will Mankowski IPRax **01**, 123 die Anwendg der AusnKlausel in Abs 2 HS 2 davon abhängig machen, auf welchem ArbMarkt hypothetisch Ersatz für den betr ArbN gesucht würde. Die AusnKlausel gilt im gesamten Bereich von Abs 2, vgl oben Rn 1; es handelt sich um eine eng auszulegde Korrekturmöglighk der beiden Regelanknüpfgen in Nr 1 u 2 (Junker FS Heldrich 2005 S 720).

EG 31 Einigung und materielle Wirksamkeit. (1) Das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages oder einer seiner Bestimmungen beurteilen sich nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der Vertrag oder die Bestimmung wirksam wäre.

(2) Ergibt sich jedoch aus den Umständen, dass es nicht gerechtfertigt wäre, die Wirkung des Verhaltens einer Partei nach dem in Absatz 1 bezeichneten Recht zu bestimmen, so kann sich diese Partei für die Behauptung, sie habe dem Vertrag nicht zugestimmt, auf das Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthaltsorts berufen.

1) **Allgemeines.** Art 31 entspr EVÜ Art 8 (vgl Vorb 1 v Art 27); Rom I-VO Art 10 behält die Regel bei. Die Vorschr regelt das Zustandekommen u die materielle Wirksamkeit eines SchuldVertr od einer seiner Bestimmungen, zB die Unterwerfung unter AGB; sie gilt nach Art 27 IV auch für eine für diesen HauptVertr geschlossene **Rechtswahlvereinbarung**, gleichgültig ob sie innerh des HauptVertr (als eine seiner Bestimmungen) od isoliert geschlossen wird (vgl dazu Art 27 Rn 8). Für die **Form** des Vertr gilt Art 11 u ggf Art 29 III; dies gilt auch für die Form der RWahlvereinbg, Art 27 IV. Die GeschFähigk der Part beurteilt sich nach Art 7.

2) **Grundsatz (Absatz 1).** – a) Das Zustandekommen der erfdl Willenseinigg u ihre materiellen WirksamkVoraussetzgen beurteilen sich nach Abs 1 grdsätzl nach dem für den **Hauptvertrag** maßg **Vertragsstatut**, das nach Art 27–30 zu bestimmen ist; internat zwingde Vorschr des dtischen Rechts iSv Art 34 gehen aber einem auslnd VertrStatut vor; im Fall einer RWahl ist auch die Sonderanknüpfg zG zwingender Vorschr des an sich maßg Rechts gem Art 27 III, 29 I u 30 I zu beachten, sofern diese Vorschr überhaupt das Zustandekommen u die materielle Wirksamkeit des Vertr betreffen. Für die Wirksamkeit von AGB gilt bei auslnd VertrStatut ergänzd Art 29 a, der an die Stelle von AGB 12 getreten ist (vgl dazu auch Art 29 Rn 8).

b) Das Zustandekommen u die Wirksamkeit des Vertr od seiner Bestimmungen iSv Abs 1 betreffen etwa Vorschr über die Voraussetzgen des VertrSchlusses dch Angebot u Annahme u deren Zugang, über Dissens, Bedinggen, Willensmängel u deren Folgen (Hbg IPRspr 98 Nr 34), Handeln im eig od fremden Namen (Hbg TranspR 96, 40; zu Voraussetzgen u RWirkgen der Stellvertreter vgl Anh zu Art 32), WiderrufsR, Eintritt der Nichtigk wg Gesetzes- od Sittenverstoß (für die Folgen der Nichtigk, insbes die Erstattg einer erbrachten Leistg gilt das VertrStatut gem Art 32 I Nr 5), Folgen der Teilnichtigk (Hamm RIW 95, 681), Möglichk einer Umdeutg, esbo die Änderg od Aufhebg des Vertr dch actus contrarius (Hbg IPRax 99, 168/170), nicht aber die Ersetzg dch neuen Vertr, die nach dessen VertrStatut zu beurteilen ist. Auch die Einbeziehg von **AGB** u deren Wirksamk, insbes die Möglichk einer Inhaltskontrolle, sowie ihre Auslegg gehören hierher (Looschelders Rn 9, AnwK/Leible Rn 21); bei der Bestimmg des anwendb Rechts ist Art 29 besond zu beachten; bei Maßgeblichk auslnd Rechts kr RWahl gilt ergänzd Art 29 a (vgl dort Rn 6). Verbindlichk von in dtischer Sprache abgefassten AGB setzt nach dtischem Recht grdsätzl nicht voraus, dass Kunde die Sprache versteht, in der sie abgefasst sind (BGH NJW 95, 190, aM Kblz RIW 92, 1019); Verschaffg der Möglichk der Kenntnisnahme in zumutb Weise nach § 305 II Nr 2 erfordert nicht Übersetzg (BGH 87, 112/114, krit dazu Schubert JR 83, 459, abweichend MüKo/Martiny Rn 45 ff, vgl dazu § 305 Rn 42); dies gilt nicht, wenn die VertrVerhandlgen in fremder Sprache geführt worden sind (Hbg NJW 80, 1232, Stgt IPRax 88, 293, AG Kehl NJW-RR 96, 565; zur Verbindlichk von AGB, die nicht in der VertrSprache abgefasst sind, vgl BGH NJW 96, 1819, Ffm NJW-RR 03, 704). Zu VertrSchluss im Internet vgl Mehrings CR 98, 613, Mankowski RabelsZ 99, 203, Rott ZVglRWiss 99, 395 sowie Art 29 Rn 5.

3) **Ergänzende Sonderanknüpfung für das Zustandekommen der Einigung (Absatz 2).** – a) Nach dem Statut des HauptVertr beurteilt sich grdsätzl auch die Frage, ob die Part sich überhaupt über den Abschluss des Vertr geeinigt haben, vgl Rn 3. Nach Abs 2 kann sich aber jede Part für den Einwand, sie habe dem Vertr nicht zugestimmt, auf die Vorschr des Rechts an ihrem gewöhnl Aufenth berufen. **Voraussetzung** dieser ergänzden Sonderanknüpfg für den zum VertrSchluss erfdl Konsens ist, (1) dass das von Art 27–30 bestimmte VertrStatut ein and Recht ist als das des gewöhnl Aufenth der betr Part, (2) dass der Vertr nach dem VertrStatut sowie den ggf kr Sonderanknüpfg zu beachtenden weiteren Vorschr (vgl Rn 2) wirks geschlossen ist, **und** (3) dass es nach den gesamten Umst des Einzelfalls, insbes den bish Gepflogenh der Part, unbillig wäre, das Vorliegen einer Zustimmung der betr Part ausschließl an dem ihr fremden VertrStatut zu messen (vgl Köln RIW 96, 778). Sind diese Voraussetzgen erfüllt, so ist bei der Prüfg des VertrSchlusses neben dem VertrStatut iS eines zusätzl AusschlussGrdes auch das Recht am gewöhnl Aufenth derjen Part zu berücksichtigen, die das Zustandekommen der Einigg bestreitet; dass diese Part sich ausdrückl auf ihr AufenthR beruft, ist für die Anwendg dieses Rechts nicht erfdl; es genügt, dass sie den Vertr für sich nicht gelten lassen will. Ist der Vertr bereits nach dem VertrStatut **nicht** wirks geschlossen, so besteht für die Anwendg von Abs 2 kein Bedürfnis; die Anwendg des AufenthR kann insbes nicht zu dem Ergebni führen, dass der Vertr in Widerspr zu dem für ihn maßg VertrStatut zustandegekommen sei, vgl Bericht BT-Drs 10/503 S 60.

b) Prakt Bedeutg hat Abs 2 vor allem für die Entsch, ob das bloße **Schweigen** einer Part, etwa auf ein kaufm Bestätiggschreiben od bei der Bezugnahme der and Part auf ihre AGB, als Zustimmung zu werten ist (BGH 135, 124/137, Hamm RIW 94, 1046, vgl auch Thorn IPRax 97, 104 betr Einbeziehg überraschender Klauseln in AGB, Weller IPRax 05, 428 betr AGB-Banken). Abs 2 gilt aber darüber hinaus auch für die Wirkgen eines aktiven Verhaltens einer Part auf den VertrSchluss, insbes für die Bedeutg von Willensmängeln (Kegel/Schurig IPR § 17 V 1, Looschelders Rn 19, str, aM Erman/Hohloch Rn 15, PWW/Brödermann/Wegen Rn 11). c) Die ergänzde Anwendg des AufenthR nach Abs 2 bezieht sich nur auf die Frage, ob zw den Part der zum VertrSchluss erfdl Konsens besteht, nicht auch auf Bestehen eines Widerrufs-, Rücktr- od KündR (BGH 135, 124/138, BaRo/Spickhoff Rn 14, aM zB noch LG Stgt RIW 96, 424, LG Rottweil NJW-RR 96, 1401, vgl dazu Art 29 Rn 8 u Art 34 Rn 3 a); iÜ bleibt es bei der Maßgeblichk des VertrStatuts nach Abs 1 u ggf der Sonderanknüpfg zG internat zwingender Vorschr des dtischen Rechts, Art 34, od zwingender Regeln des nach obj Kriterien ermittelten VertrStatuts, Art 27 III, 29 I u 30 I.

EG 32 Geltungsbereich des auf den Vertrag anzuwendenden Rechts. (1) Das nach den Artikeln 27 bis 30 und nach Artikel 33 Abs. 1 und 2 auf einen Vertrag anzuwendende Recht ist insbesondere maßgebend für

1. seine Auslegung,
2. die Erfüllung der durch ihn begründeten Verpflichtungen,
3. die Folgen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung dieser Verpflichtungen einschließlich der Schadensbemessung, soweit sie nach Rechtsvorschriften erfolgt, innerhalb der durch das deutsche Verfahrensrecht gezogenen Grenzen,

4. die verschiedenen Arten des Erlöschens der Verpflichtungen sowie die Verjährung und die Rechtsverluste, die sich aus dem Ablauf einer Frist ergeben,
 5. die Folgen der Nichtigkeit des Vertrages.

(2) In bezug auf die Art und Weise der Erfüllung und die vom Gläubiger im Fall mangelhafter Erfüllung zu treffenden Maßnahmen ist das Recht des Staates, in dem die Erfüllung erfolgt, zu berücksichtigen.

(3)¹ Das für den Vertrag maßgebende Recht ist insoweit anzuwenden, als es für vertragliche Schuldverhältnisse gesetzliche Vermutungen aufstellt oder die Beweislast verteilt.² Zum Beweis eines Rechtsgeschäfts sind alle Beweismittel des deutschen Verfahrensrechts und, sofern dieses nicht entgegensteht, eines der nach Artikel 11 und 29 Abs. 3 maßgeblichen Rechte, nach denen das Rechtsgeschäft formgültig ist, zulässig.

- 1 **1) Allgemeines.** – a) Art 32 entspricht den EVÜ Art 10 u 14 (vgl Vorb 1 v Art 27). Rom I-VO Art 12 u Art 18 behalten diese Regelg bei; wicht Neurg ist aber die Ausklammerg von Anspr aus c. i. c. (vgl unten Rn 8).
 b) Die Vorschr bestimmt den Anwendungsbereich des für einen SchuldVertr als VertrStatut maßg Rechts; die Anknüpf dieses VertrStatuts selbst ergibt sich aus Art 27–30, sowie im Fall einer Zession aus Art 33 I u II. Regelmäß unterliegt der Vertr einem einheitl VertrStatut; eine **Vertragsspaltung** kann sich ausnahmsw aus einer entspr RWahl, Art 27 I S 3 (vgl dort Rn 9) od gespaltener obj Anknüpf, Art 28 I S 2 (vgl dort Rn 2) ergeben; dann entscheidet das jeweil VertrStatut nur über den seiner Herrschaft unterworfenen Teilkomplex des Vertr. Das VertrStatut wird ggf überlagert dch eine Sonderanknüpf zG **international zwingender** Vorschr des dtischen Rechts, Art 34, od zwingender Regeln des nach obj Kriterien ermittelten Vertragsstatuts, Art 27 III, 29 I, 29 a I u 30 I; diese setzen sich auch in dem von Art 32 umschriebenen Anwendungsbereich des VertrStatuts als vorrang Sonderregelg dch. Zwingde öffrechtl Vorschr, zB Preisbestimmen werden nicht vom Anwendungsbereich des VertrStatuts erfasst, sondern unterliegen eigenen Anknüpfregeln (vgl Art 34 Rn 6, str, BGH NJW **03**, 2020); dtische Vorschr dieser Art können ggf dch Sonderanknüpf gem Art 34 dchgesetzt werden (BGH aaO betr HOAI, vgl Art 34 Rn 3 a).
 c) Im Art 32 **nicht** geregelt ist das **Zustandekommen** u die materielle Wirksamk eines SchuldVertr; insow gilt Art 31, bzw hinsichtl der GeschFähigk Art 7, hinsichtl der Form Art 11 u ggf Art 29 III, sowie Art 29 a (vgl dort Rn 8).
 d) Anzuwenden ist das VertrStatut in seiner jew Gestalt; Gesetzesändergen nach VertrSchluss sind also iR der intertemporalen Vorschr des betr Rechts zu beachten. Die Part können aber grdsätzl die Anwendg des gewählten Rechts in seinem Zustand zT der RWahl vereinbaren (Versteinerungsklausel, Sandrock FS Riesenfeld, 1983, 211).
- 2 **2) Anwendungsbereich des Vertragsstatuts.** – a) Nach dem VertrStatut beurteilen sich Inhalt u Umfang der Rechte u Pfl der Part sowie ihre Erfüllg u Nichterfüllg u deren Konsequenzen. Eine **beispielhafte** Aufzählg einz nach dem VertrStatut zu beurteilender Fragen enthält **Absatz 1. – aa)** Das für den Vertr maßg Recht entscheidet über seine **Auslegung, Nr 1** (vgl BGH NJW-RR **90**, 248, Mü RIW **90**, 585, NJWE-WettbewR **96**, 180); dies schließt nicht aus, dass dabei auch RVorstellungen aus der Sprache berücksichtigt werden, in der der Vertr abgefasst ist (BGH NJW-RR **92**, 423/425, Hbg VersR **96**, 229, einschränkd Mü IPRspr **93** Nr 48, Triebel/Balthasar NJW **04**, 2193); für die Berücksichtigg von Willensmängeln u die Möglichk einer Umdeutg gilt **Art 31** (vgl dort Rn 3 u 5); zur Auslegg von RWahlklauseln E. Lorenz RIW **92**, 697 u Art 27 Rn 8. – **bb)** Nach dem VertrStatut beurteilt sich ferner der Inhalt der beiderseit Verpfl u deren **Erfüllung, Nr 2**, zB Grds von Treu u Glauben, Zulässigk von Teilleistgen, Leistg dch Dritte, aber auch Einbeziehg Dritter in den Vertr (Soe/ v Hoffmann Rn 27, Mankowski IPRax **96**, 428) u Zeit u Ort der Leistg, insbes der **Erfüllungsort**, dh Vorliegen einer Hol-, Bring- od Schickschuld u damit auch die Regel von Sach- u Preisgefahr (MüKo/Spellenberg Rn 29 f); der Begriff des ErfOrts nach EuGVVO Art 5 Nr 1 lit b ist aber autonom gemeinschrechtl auszulegen (BGH NJW **06**, 1806 Tz 17). Soweit die Erfüllg ein **Rechtsgeschäft** voraussetzt, gelten für dieses die dafür maßg Vorschr, zB der lex rei sitae für die Übereigng einer Sache; die GeschFähigk der Part beurteilt sich nach Art 7; die Form des ErfüllgGesch nach Art 11. Für die **Art und Weise** der Erfüllg, zB Feiertagsregelg, Geschäftszeiten u die vom Gläubiger bei mangelh Erfüllg zu treffden Maßn, zB Untersuchgs- u RügePfl, Aufbewahrungsfrist, schreibt **Absatz 2** die „Berücksichtigg“ der am ErfOrt geltenden Vorschr vor; das VertrStatut ist also um diese Vorschr zu **ergänzen**, soweit sich aus ihnen Einschränkgen od Erweitergen der die Part im Zushang mit der äußeren Abwicklg der Erfüllg treffden Pfl ergeben (BGH NJW-RR **06**, 1694 Tz 17: nicht hierher gehören Regeln über die Substanz der VertragsPfl, insbesondere den HaftgsMaßst, vgl Rn 5) – **cc)** Das VertrStatut regelt weiter die Folgen der vollständ od teilw **Nichterfüllung, Nr 3**, insbes Voraussetzgen u Folgen von **Leistungsstörungen**, zB des Verzugs (einschl Erfordern von Mahng u Fristsetz, Köln RIW **96**, 778) sowie die Höhe der Verzugszinsen (Rstk IPRax **00**, 230, Stgt IPRax **01**, 152, LG Dortmund RIW **02**, 69, Grothe IPRax **02**, 120, Bonsau/Feuerriegel IPRax **03**, 424); die Anknüpf an das Statut der geschuldeten Währg (vgl Ffm IPRspr **99** Nr 34, Grunsky FS Merz, 1992, 152, Berger RabelsZ **97**, 326 u frühere Aufl) hat mit der Einführg des Euro ihre Unterscheidskraft innerh des Europ Währgssystems verloren. Das VertrStatut regelt die Unmöglichk (soweit kein NichtigkGrd, vgl Art 31 Rn 3), sonst PflVerletzgen („positive VertrVerletzg“, vgl BGH **123**,

200/207, LG Stgt IPRax 93, 109), Verschuldenserfordern, Verschuldensbegriff u HaftgsMaßst (BGH NJW-RR 06, 1694), Kausalität, Haftig für ErfGehilfen, Einrede des nichterfüllten Vertr, gesetzl RücktrR u SchadErsPfl (vgl Hamm FamRZ 94, 1259), einschl der SchadBemessg (jedoch innerh der dch das dtsche VerfahrensR als lex fori gezogenen Grenzen, insbes ZPO 287, vgl dazu Einl 33 v Art 3), VertrStrafen u SchadPauschaliergen (Berger RIW 99, 402) sowie Wegfall der GeschGrdlage (Reithmann/Martiny Rn 267, vgl dazu Art 6 Rn 12: betr Interlokales PrivatR) u ZurückbehaltgsR (Reithmann/Martiny Rn 280). Hierher gehören auch Ansprüche wg Verstoß gg die Benachteiligsverbote des AGG, insbes aus §§ 15 u 21. – **dd**) Das VertrStatut regelt nach Abs I Nr 4 ferner die verschiedenen Arten des **Erlöschens** der Verpfl der Part, zB dch vertragl RücktrR od Kündigung (BHG FamRZ 97, 547, NZG 03, 922), dch ErlassVertr (Hamm RIW 99, 621), ferner dch ErfSurrogate, vor allem die **Aufrechnung**, deren Wirkg also nach dem Statut der HauptFdg zu beurteilen ist, gg die aufgerechnet wird (BGH NJW 94, 1413/1416, NJW 06, 3631), ebso Rom I-VO Art 17; dies gilt auch, wenn die zur Aufrechng gestellte GgFdg einem and Statut unterliegt (MüKo/Spellenberg Rn 65, AnwK/Leible Rn 30, and EuGH JZ 04, 87 betr Aufrechng einer dem GemeinschR unterliegenden Fdg mit einer dem Recht eines MitglStaats unterliegenden Fdg: kumulative Anwendg beider ROrdng, ebso Jud IPRax 05, 104); bei Aufrechng währgsverschiedener Fdgen fehlt Gleichartigk (vgl Reithmann/Martiny Rn 313; Vorpeil RIW 93, 529); zur Aufrechng im internat InsolvenzVerfR Bork ZIP 02, 690. Vom Standpkt des dtschen IPR ist die Aufrechng auch dann materiellrechtl zu qualifizieren, wenn sie nach dem VertrStatut prozessrechtl geregelt ist, wie im angloamerikan Recht (vgl Einl 27 v Art 3). Nach dem VertrStatut ist nach Abs I Nr 4 ferner zu beurteilen der RVerlust dch Fristablauf u die **Verjährung** einer vertragl Fdg, insbes die maßg VerjFrist u deren Hemmg od Neubeginn (vgl dazu Otte IPRax 93, 209), etwa dch Klageerheb; bei dtschem Schuldstatut hängt Hemmg der Verj dch eine im Ausland erhobene Klage von der zu erwartden Anerkenn des auslnd Urt ab (RG 129, 385/389, Deggendorf IPRax 83, 125, Duisbg IPRspr 85 Nr 43, aM Frank IPRax 83, 108, Geimer IPRax 84, 83, vgl dazu auch LG Hbg IPRax 01, 45, Spickhoff ebda 37); das gleiche gilt umgekehrt für die Hemmg der Verj dch eine im Inland erhobene Klage bei auslnd Schuldstatut; bei einer Klage gleichgestellten Prozhandlgen wie nach § 204 I hängt die Hemmgwirkg von der Gleichwertigk ab (Düss RIW 89, 743, Looschelders IPRax 98, 300). Ist die Verj nach dem VertrStatut prozessrechtl geregelt, wie im angloamerikan Recht, so ist sie im dtschen Verfahren aGrd materiellrechtl Qualifikation (vgl Einl 27 v Art 3) dennoch zu beachten (BGH NJW 60, 1720). Dem VertrStatut unterliegt auch die **Verwirkung** einer vertragl Fdg (vgl Ffm RIW 82, 914, für Berücksichtigg auch des UmweltR Will RabelsZ 78, 211). Über Restschuldbefreig im InsolvenzVerf entscheidet das Insolvenzstatut (vgl dazu Ehrlicke RabelsZ 98, 726). – **ee**) Nach dem VertrStatut sind schließl nach Abs I Nr 5 auch die **Folgen der Nichtigkeit** des Vertr zu beurteilen, dh insbes die Rückgewähr der erbrachten Leistgen; dabei ist gleichgült, ob die Folgen der Nichtigk vertragl od außervertragl Art sind (vgl Begründg BT-Drs 10/504 S 82); auch die Rückabwickl aGrd **Leistungskondition** gehört also hierher (BGH DiZ 95, 250/253, Köln NJW-RR 94, 1026, Hamm FamRZ 94, 1259, Ffm WM 96, 2109, LG Aachen RIW 99, 304, vgl BT-Drs 14/343 u Rom II-VO Art 10 Rn 7); dies gilt auch, wenn sich der NichtigkGrd nicht aus dem VertrStatut ergibt, zB bei fehlender GeschFähigk (aM Fischer IPRax 02, 2).

b) Die Qualifikation von Anspr aus **culpa in contrahendo** war traditionell sehr umstritten (hierzu die Voraufll). Mit Anwendbar der Rom II-VO zum 11. 1. 2009 ist diese nunmehr einheitl als außervertragl Schuldverhältn einzuordnen (Rom II-VO Art 2 I, zur Anknüpfg Art 12 Rom II-VO Rn 1; für eine delikt Qualifikation iRV EuGVU Art 5 Nr 3 [nunmehr EuGVVO] bereits EuGH IPRax 03, 143). Konsequenter werden Schuldverh aus Verhandlgen vor VertrSchluss aus dem Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgenommen (Rom I-VO Art 1 II lit i).

3) Beweisfragen (Absatz 3). – **a**) Auch für gesetzl Vermutgen sowie für die Verteilg der Beweislast ist entspr den allg Grds des internat VerfahrensR (vgl Einl 33 v Art 3) das VertrStatut maßg, Abs 3 S 1; allerd muss es sich dabei um materiellrechtl Beweisregeln handeln, die das VertrStatut speziell für vertragl SchuldVerh aufstellt (Köln RIW 96, 778); BeweisVorschr verfahrensrechtl Art, zB ob unbestr Vorbringen als zugestanden gilt, sind allein der lex fori zu entnehmen (vgl Bericht BT-Drs 10/503 S 68).

b) Welche **Beweismittel** für den Nachweis eines RGeschäfts zugelassen sind, zB welche Anfordergen an den Urkunden- od Zeugenbeweis zu stellen sind, ist grdsätzl nach **deutschem** Recht als der für das Verf maßg **lex fori** zu beurteilen. Darüber hinaus sind nach Abs 3 S 2 auch die Beweismittel einer der nach Art 11 u Art 29 III als **Formstatut** berufenen ROrdngn zulässig, sofern das RGeschäft nach diesem Recht formgültig ist u das dtsche BeweisVerfR der Zulassg des betr Beweismittels nicht entgsteht, wie etwa bei der Vernehmng einer Part als Zeuge. Die alternative Anwendg der Beweisregeln des Formstatuts soll den Part die Beweisbark des Vertr nach dem Recht ermöglichen, dessen FormVorschr sie beim VertrSchluss eingehalten haben.

4) Währungsstatut. Das VertrStatut bestimmt grdsätzl auch, in welcher Währg geschuldet wird (vgl BGH FamRZ 87, 370: einschl DevisenVorschr, Hamm FamRZ 91, 1319/1321, Maier-Reimer NJW 85, 2055, Remien RabelsZ 89, 248); eine auf die Währg beschränkte abweichde RWahl ist auch nachträgl statth (vgl Art 27 Rn 9, ferner Hamm FamRZ 91, 1319/1321). Sofern es das danach maßg Recht zulässt, kann aber selbstverständl Zahlg in einer and Währg als der des VertrStatuts vereinbart werden (vgl Grunsky FS Lorenz, 1991, 149). Die betr Währg unterliegt dem für sie maßg WährgsR; dies gilt grdsätzl auch für eine Währgs-umstellg od eine Aufwertg (vgl RG 118, 370, aM Mann SchweizJbIntR 80, 102); ein neues Währgsstatut ist aber zu ermitteln, wenn das alte Währgsstatut einen grdlegenden Währgseingriff vornimmt u die Beteiligten zum Ztpkt dieses Eingriffs jede Beziehg zu dem betr Land verloren haben (BGH 43, 162, ablehnd Mann JZ 65, 450). Zur Einführg des Euro Schorkopf NJW 01, 3734. Zum internat DevisenR EG 34 Rn 2.

Anhang zu Art 32

Vollmacht

S. nunmehr Anhang zu Art. 10 EGBGB im Print-Palandt.

EG 33 Übertragung der Forderung, Gesetzlicher Forderungsübergang. (1) Bei Abtretung einer Forderung ist für die Verpflichtungen zwischen dem bisherigen und dem neuen

Gläubiger das Recht maßgebend, dem der Vertrag zwischen ihnen unterliegt.

(2) Das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, bestimmt ihre Übertragbarkeit, das Verhältnis zwischen neuem Gläubiger und Schuldner, die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegengehalten werden kann, und die befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner.

(3)¹ Hat ein Dritter die Verpflichtung, den Gläubiger einer Forderung zu befriedigen, so bestimmt das für die Verpflichtung des Dritten maßgebende Recht, ob er die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner gemäß dem für deren Beziehungen maßgebenden Recht ganz oder zu einem Teil geltend zu machen berechtigt ist.² Dies gilt auch, wenn mehrere Personen dieselbe Forderung zu erfüllen haben und der Gläubiger von einer dieser Personen befriedigt worden ist.

- 1 **1) Art 33** bestimmt das anwendb Recht im Falle einer **Zession**. Abs 1 u 2 regeln die **rechtsgeschäftliche** FdgsAbtretg; sie entsprechen EVÜ Art 12; Abs 3 regelt den **gesetzlichen** FdgsÜbergang; er entspricht Art 13 EVÜ (vgl dazu Vorb 1 v Art 27). **Rom I-VO** Art 14 I u II, Art 15 u 16 stimmen mit dieser Regelg im Wesentl überein; eine Neuregelg enthält vor allem Rom I-VO Art 14 III (RWirkgen der Abtretg als VerfüggsGesch im Verh zu Dritten unterliegen Recht des gewöhl Aufenth des Zedenten; vgl dazu Mankowski IPRax **06**, 111). Zur Reform vgl ferner Kieninger/Schütze IPRax **05**, 200.
- 2 **2) Forderungsabtretung (Absatz 1 u 2).** – a) Bei der rgeschäftl Übertrag einer Fdg unterliegt die kausale VertrBeziehg zw dem alten u dem neuen Gläub, insbes die daraus erwachsenen Verpfl, dem für diesen Vertr maßg VertrStatut, Abs 1; zu dessen Bestimmg vgl Art 27 u 28, uU auch 29 u 30; dies gilt auch für den Verkauf einer hypothekarisch gesicherten Fdg (vgl BGH NJW-RR **05**, 206, Unberath IPRax **05**, 310, für akzessor Anknüpfg Freitag RIW **05**, 27) u die einer SichgsZession zugrundeliegde SichgsAbrede (Koziol DZWIR **93**, 356). Für den Übertragungsvorgang selbst, insbes die Abtretg als VerfüggsGesch (soweit ein solches nach dem anwendb Recht überhaupt vorgesehen ist), gilt diese Regelg nicht (aM Einsele ZVglRWiss **91**, 1).
b) Vielmehr sind die Voraussetzgen einer wirks Abtretg, insbes die Übertragbark der Fdg (Düss RIW **95**, 508, Saarbr IPRspr **03** Nr 39, Bette WM **94**, 1913, einschränkd Wandt NZV **93**, 56) sowie die Art u Weise ihrer Vornahme (mit Ausn der Form, für die Art 11 gilt), etwa die Notwendigk einer SchuBenachrichtig (vgl Hamm RIW **97**, 153, aM Koziol DZWIR **93**, 356; Formerfordern), Einfluss von Mängeln des KausalGesch (AbstraktionsGrds, BGH NJW **91**, 1414, krit v Bar IPRax **92**, 20), sowie das RVerh zw dem neuen Gläub u dem Schu (BGH NJW-RR **01**, 307, Stgt RIW **91**, 159), u die Frage, an wen unter welchen Umst der Schu mit befreiender Wirkg leisten kann, schließl auch das RangVerh konkurrierder Abtretgen (BGH NJW **91**, 637, **99**, 940, krit Kieninger JZ **99**, 405, Stadler IPRax **00**, 104) nach dem Recht der **abgetretenen Forderung** zu beurteilen, Abs 2, dh nach dem Schuldstatut des RVerh, dem diese Fdg entstammt, bei einer vertragl Fdg also dem betr VertrStatut, zB Kauf, Darlehen, bei einer krG entstandenen Fdg dem für ihre Entstehg maßg Recht, zB Deliktsstatut (vgl zB BGH NJW **91**, 637, Kblz RIW **96**, 151, Hamm RIW **99**, 785, MüKo/Martiny Rn 26, AnwK/Doehner Rn 2, hM, aM Kieninger RabelsZ **98**, 678; NiederlassgR des Zedenten zum Ztpkt der Abtretg, esbo Eidenmüller AcP **05**, 493 u Rom I-VO Art 14 III); insow haben Alt- u NeuGläub also nicht die Möglichk einer RWahl (vgl dazu Köln NJW **87**, 1151). Die gleichen Grds gelten für die Einziehgermächtig (BGH **125**, 196/205, Looschelders Rn 10) Das **Unidroit**-Übereinkommen über das internat **Factoring** vom 28. 5. 88 ist für Deutschland am 1. 12. 98 in Kraft getreten (vgl Gesetz vom 25. 2. 98, BGBI II 172 u Bek vom 31. 8. 98, BGBI II 2375); weitere VertrStaaten: Frankreich, Italien, Lettland, Nigeria, Ukraine, Ungarn (vgl FN B **2008** S 741); zur UNCITRAL-Konvention über internat FdgsAbtretgen vom 12. 12. 01 vgl Danielewsky/Lehmann WM **03**, 221, Stoll FS Sonnenberger, 2004 S 695, Eidenmüller AcP **04**, 457, Schmidt IPRax **05**, 93.
- 3 **3) Gesetzlicher Forderungsübergang (Absatz 3).** Der Eintritt eines gesetzl FdgsÜbergangs bei Verpfl eines Dritten zur Befriedigg des Gläub, zB als Bürge od Versicherer, beurteilt sich nach Abs 3 S 1 (esbo jetzt Rom I-VO Art 15) nach dem Recht, auf dem die Verpfl des Dritten beruht, zB dem für den BürgschVertr od VersichgsVertr maßg VertrStatut (vgl BGH NJW **98**, 3205, Düss VersR **00**, 462, Hbg IPRspr **00** Nr 30); dieses Recht entscheidet auch über die Höhe des FdgsÜbergangs (Wandt ZVglRWiss **87**, 281). Abs 3 ist unanwendb bei gesetzl EigÜbergang (Schack IPRax **95**, 159 gg Kblz ebda 171). Dagg entscheidet das für die übergegangene Fdg maßg FdgsStatut, welche Anspr der Dritte als neuer Gläub gg den Schu geltend machen kann, zB ob die Fdg verjährt ist. Ob die übergegangene Fdg vertragl od gesetzl Ursprungs ist, ist für die Anwendg von Abs 3 S 1 (in systemwidr Abweichg von EVÜ Art 13 I, vgl dazu v Bar RabelsZ **89**, 481) gleichgültig, esbo, ob die Verpfl des Dritten ggü dem Gläub od ggü dem Schu besteht (aM Wandt ZVglRWiss **87**, 290). Die gleichen Regeln gelten nach Abs 3 S 2 (esbo jetzt Rom I-VO Art 16) bei Befriedigg des Gläub dch einen von mehreren **Gesamtschuldnern**, welche dieselbe (entscheid ist die Gleichrangigk der Fdgen; unerhebl dagg, ob diese dem gleichen Recht unterliegen, v Bar aaO 484, AnwK/Doehner Rn 16, MüKo/Martiny Rn 50, aM Wandt ZVglRWiss **87**, 293, Looschelders Rn 20) Fdg zu erfüllen haben; der Rückgriff des leistden Schu gg einen MitSchu unterliegt dem Schuldstatut des Leistden im AußenVerh zum Gläub (BGH NJW **07**, 3564). Für den Rückgriff eines freiwill Drittleistden gilt das Statut der getilgten Fdg, Rom II-VO Art 11 Rn 6; eine Ausn gilt für die Erstattgspflicht des UnterhSchuldner nach Art 18 VI Nr 3, vgl dort Rn 18.
- 4 **4) Schuldübernahme, Schuldbeitritt, Schuldanerkennnis.** Das auf eine Schuldübernahme anwendb Recht ist gesetzl nicht geregelt. Die Voraussetzgen einer wirks befreienden Schuldübernahme, dh die Ersetzg des alten Schu dch einen neuen, sind nach dem für die übernommene Schuld maßg Recht (VertrStatut, Deliktsstatut usw) zu beurteilen (vgl RG JW **32**, 3810, Erman/Hohloch Rn 13, aM v Bar IPRax **91**, 199). Die kausale Vereinbg zw dem Übernehmer u dem Gläub bzw zw dem Übernehmer u dem alten Schu unterliegt dem dafür maßg besond VertrStatut. Die Verpfl des Beitretenden aus kumulativer Schuldübernahme unterliegt dem gewählten Recht (Köln RIW **98**, 148), ersatzw dem Recht seines gewöhl Aufenth bzw Niederlassg (MüKo/Martiny Rn 60, vgl ferner Kblz RIW **92**, 491, Rstk TranspR **97**, 115, Fischer IPRax **89**, 217). Ein Schuldanerkennnt unterliegt in Ermangelg einer RWahl dem Statut der betr Fdg (Mü RIW **97**, 507, Hamm RIW **99**, 785); bei abstrakt Schuldanerkennnt in Zushang mit Grundschuldbestellg gilt das Recht am Lageort des Grdst (vgl Art 28 Rn 13). Die Haftg bei **Vermögensübernahme** unterliegt im Interesse einer einheitl Anknüpfg dem Recht am Lageort des Vermögens (vgl MüKo/Martiny Rn 67; bei Belegen in mehreren Ländern ggf Haftgsbeschränkg auf Objekte im Gebiet des anordndn Staates; aM Kblz IPRax **89**, 175; FdgsStatut, Schnelle RIW **97**, 281:

Anwendg des für den Übertragungsvorgang maß Rechts). Die Haftg aus **Unternehmensfortführung** beurteilt sich nach dem Recht am Sitz des Unternehmens (MüKo/Martiny Rn 69, Schnelle RIW 97, 284, Merkt/Dunckel RIW 96, 533, zT abweichd Busch/Müller ZVglRWiss 95, 157; zusätzl Berücksichtigg des Statuts der betr Fdg, Ebenroth/Offenloch RIW 97, 8; Wohnsitz des Veräußerers).

EG 34 **Zwingende Vorschriften.** Dieser Unterabschnitt berührt nicht die Anwendung der Bestimmungen des deutschen Rechts, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln.

1) Allgemeines. – **a)** Art 34 regelt einen Ausschnitt aus dem Problemkreis der Sonderanknüpfg zwingender Vorschr wirtschafts- od sozialpolitischen Gehalts (sog **Eingriffsnormen**), zB Ausfuhrverbote, Preis- u DevisenVorschr, Kartellbestimmngen, Mieter- u VerbrSchutzVorschr. Die Bestimmung entspricht in ihrer nunmehrigen Fassg EVÜ Art 7 II, vgl dazu Vorb 1 v Art 27. Die noch im Regiegsentwurf vorgesehene Übernahme auch des **Art 7 I EVÜ** ist in der parlamentar Beratg des IPRG 1986 aGrd des entspr Vorbeh in Art 22 I EVÜ gestrichen worden; Art 7 I ermöglicht eine weitgehend in das Ermessen des Richters gestellte Anwendg der internat zwingenden RVorschr einer **ausländischen ROrdng**, zu welcher der Sachverhalt eine enge Verbindg aufweist; diese weite Regelg birgt die Gefahr einer erhebl RUnsicherh; der Bundesrat hat dagg mit Recht Einwände

erhoben (BT-Drs 10/504 S 100), denen sich der RAusschuss des Bundestages angeschlossen hat (BT-Drs 10/5632 S 45; vgl dazu auch Rn 5), ohne sich hiermit grdsätzl gg die Anwendg ausländ Eingriffsnormen auszusprechen. **Rom I-VO Art 9 I** enthält erstmals eine Legaldefinition („zwingde Vorschr, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidd für die Wahrg seines öff Interesses, insbes seiner polit, soz od wirtschaftl Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser VO auf den Vertr anzuwendden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen“); Art 9 II erlaubt die Anwendg der Eingriffsnormen der lex fori unabhängig vom VertrStatut, Art 9 III ermöglicht die Berücksichtigg der Eingriffsnormen eines and Staates nach dem Ermessen des Gerichts („kann Wirkung verliehen werden“). Zur Reform vgl noch Leible, Das Grünbuch zum internat VertrR, 2004 S 167; Kühne FS Heldrich 2005 S 815; Mankowski IPRax 06, 108, Thorn, Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa, 2007, 129.

b) Eine Sonderanknüpfg zwingender Vorschr einer ROrdng, die nicht VertrStatut ist, ergibt sich im Falle einer RWahl ferner aus Art 29 I, vgl dort Rn 5–8, Art 29 a, vgl dort Rn 4–6, u Art 30 I, vgl dort Rn 4–6.

c) Für das **Devisenrecht** gilt eine Sonderregelg gem Art VIII Abschnitt 2b des Abk über den Internat Währgsfond (Abk von Bretton Woods) BGBI 52 II 637 (Unklagbark von Vertr, die gg Devisenbestimmngen eines and Mitgliedstaates verstoßen, dazu BGH NJW 94, 390, RIW 94, 327, Ffm NJW 06, 2931, Ebke ZVglRWiss 01, 365).

d) Ein eigenständ **Wirtschaftskollisionsrecht** (vgl dazu Drobnig RabelsZ 88, 1, Basedow RabelsZ 88, 8, Siehr RabelsZ 88, 41, Mestmäcker RabelsZ 88, 205, Schnyder, WirtschKollRecht, 1990) hat sich bish nicht herausgebildet (Reithmann/Martiny/Freitag Rn 398). Zur Anwendg von Eingriffsnormen im schiedsgerichtl Verf vgl Schnyder RabelsZ 95, 293, Berger ZVglRWiss 98, 316, Gamauf ZfRV 00, 41.

e) Über internat **Kulturgüterschutz** vgl Siehr ZVglRWiss 96, 170; Jayme ZVglRWiss 96, 158, ferner Art 43 Rn 2.

2) Sonderanknüpfg zwingender deutscher Vorschriften. – **a)** Unabhäng von dem für einen SchuldVertr nach Art 27–30 geltenden VertrStatut sind nach Art 34 in jedem Fall die vertragl nicht abdingb Vorschr des dtischen Rechts anzuwenden, die den Sachverhalt ohne Rücksicht auf das auf den Vertr anzuwendde Recht **international zwingend** regeln. Die Vorschr bezieht sich ihrem Wortlaut nach nur auf „diesen Unterabschnitt“ (Art 27 ff), mithin nicht auf Art 11 (BGH NJW 93, 1126/1128, aM AnwK/Doehner Rn 5); nicht unter Art 34 fällt BGB 311 b I (Köln RIW 93, 414, vgl dazu Art 11 Rn 12). Art 34 ist eng auszulegen, da sonst die mit dem EVÜ bezweckte Vereinheitlichg des KollR gestört würde (BGH NJW 06, 762 Tz 28, vgl dazu Kühne FS Heldrich 2005 S 815). Erfüllt ist ein internat Geltgswille, der sich entweder unmittelb aus der Eingriffsnorm ergibt (etwa UrhG § 32 b) od dieser dch Auslegg entnommen werden kann; generelle Kriterien lassen sich dafür nicht aufstellen. Art 34 ist eine Öffngsklausel zG des nationalen GesetzG, der selbst über die Erforderlichk der Eingriffsnorm sowie den für deren Anwendg erforderl Inlandsbezug entscheidet (Mankowski RIW 98, 290, aM Looschelders Rn 26; zu Art 9 Rom I-VO Thorn, Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa, 2007 S 129, 139 ff). Die bloße Unabdingbark nach dtischem materiellem Recht genügt nicht (LAG Düss RIW 92, 402, LAG Köln RIW 92, 933, and v Hoffmann IPRax 89, 266). Daher können über Art 34 **nicht** etwa **BGB § 138 u § 242** angewandt werden (BGH 135, 124, aM zB früher LG Detmold NJW 94, 3301, LG Bln NJW-RR 95, 754 betr Time-Sharing-Vertr); das gleiche gilt für die Benachteiliggsverbote nach dem AGG; ihre Dchsetzg ggü dem an sich maßg ausländ Recht kann nur über Art 6 erfolgen (vgl dort Rn 7). In Betr kommen dagg sowohl privatrechtl wie auch öffrechtl Vorschr (BAG IPRax 94, 123/128), die im **öffentlichen** (insbes sozial- od wirtschaftspolit) **Interesse** u sei es auch nur zum Schutz der sozial schwächeren VertrPart in SchuldVerh eingreifen u sich nicht im Ausgl widerstreitender Interessen der VertrPart erschöpfen, sondern zumindest auch Gemeinwohlziele verfolgen (BGH NJW 06, 762 Tz 26, OGH IPRax 02, 530, Sonnenberger IPRax 03, 107, Mankowski RIW 06, 326). Hierher gehören zB Vorschr des AußenwirtschR (Remien RabelsZ 90, 463), Embargobestimmngen (Oeter IPRax 96, 77), DevisenbewirtschaftgsR (BGH NJW 95, 318/320, NJW-RR 05, 599/600), KapitalmarktR (Göthel IPRax 01, 416, Pfeiffer IPRax 03, 233) sowie GeldwertSichgsR (Grothe WM 02, 22). Von Art 34 erfasst wird auch die Anwendg des GWB auf im Ausland veranlasste WettbewBeschränkngen nach § 130 II, insbes den Zuschluss zweier ausländ Unternehmen nach ausländ Recht (vgl BGH 74, 322, KG WM 84, 1195, KG IPRspr 99 Nr 116); ebenso AEntG § 1 I (BAG NZA 03, 275, Schwab NZA 04, 4 u Art 30 Rn 3) u die arbeitsrechtl Mindeststandards nach AEntG § 7 I (vgl EG 30 Rn 3 a). Zur internat zwingenden Anwendg von SchutzVorschr des UrheberR vgl UrhG § 32 b (Schack FS Heldrich 2005 S 997, Pütz IPRax 05, 13), von Eingriffsnormen im VVG vgl Gruber NVersZ 01, 442.

b) Wg ihrer besond sozialpolit Bedeutg fallen in den Anwendungsbereich von Art 34 grdsätzl auch Vorschr des **Verbraucherschutzes**, soweit Art 29 dafür nicht eine in sich geschlossene Sonderregelg enthält (BGH 123,

380/391); der Rückgriff auf Art 34 bleibt also bei Vertr vorbehalten, die nicht in den sachl Anwendungsbereich des Art 29 fallen, zB bei Gewinnzusagen (BGH NJW 06, 230 Tz 32); Voraussetzung ist aber auch hier der internat Geltungsanspr der Schutzvorschr, wobei die in Art 29 I Nr 1–3 genannten Kriterien notfalls eine Orientierungshilfe bieten (vgl dazu BGH 135, 124/135, Naumbg IPRspr 98 Nr 30, Kblz NJW-RR 01, 490, Looschelders Rn 21). Eine weitere ggü Art 34 vorrang Sonderregelg enthält Art 29 a, vgl dort Rn 5; in ihrem Anwendungsbereich kommt eine Sonderanknüpf gem Art 34 nicht in Betr (zum Verh von Art 29 a zu Art 29 vgl dort Rn 1). Soweit Art 29 u 29 a sachlich nicht anwendb sind, kann Art 34 grdsätzl auch auf dem Gebiet des VerbrSchutzes angewandt werden, sofern die betr Bestimmungen auch Gemeinwohlinteressen dienen (Erman/Hohloch Rn 15, PWW/Remien Rn 3, Hoffmann/Primaczenko IPRax 07, 173, stark einschränkd MüKo/Martiny Rn 110). Verneint wird dies für Vorschr des VerbrKreditR, da sie nur dem Schutz des einzelnen Verbr dienen u Belange der Allgemeinh nur reflexartig mitgeschützt würden (BGH NJW 06, 762, zustimmd Mankowski RIW 06, 326, Tamm JZ 06, 678, krit Weller NJW 06, 1249). Für eine Sonderanknüpf gem Art 34 in Betr kommen dagg etwa das dtse WohnraummietR (vgl Begründg BT-Drs 10/504 S 84, Lurger IPRax 01, 55) sowie das WiderrufsR bei **Hausürgeschäften**, soweit die vorrang Sonderregelg des Art 29 dafür Raum lässt (BGH 123, 380/391, Düss MDR 00, 575, zB bei unter den Bedinggen von § 312 [früher HausTWG I] abgeschl ImmobilienGesch; für Anwendg von Art 34 auch LG Bln NJW-RR 95, 754, LG Weiden NJW-RR 96, 438, Celle RIW 96, 963, LG Dresd NZM 98, 825, aM Hamm NJW-RR 89, 496, Celle RIW 91, 421, LG Bielefeld NJW-RR 99, 1282 offenlassd Kblz NJW-RR 01, 490, vgl dazu Art 29 Rn 7); das gleiche gilt wg dessen lauterkeitsrechtl u sozialpolit Zielsetzg für BGB 661 a (BGH NJW 06, 230, Nürnberg NJW 02, 3637, ebso S. Lorenz IPRax 02, 196, NJW 06, 472, aM Fetsch RIW 02, 938); hierher gehören ferner die Unzulässigk eines Erfolgshonorars nach BRAO 49b II (Ffm NJW-RR 00, 1367, Mankowski RIW 04, 488, Martiny FS Heldrich 2005 S 920, vgl auch BGH NJW 03, 3486 u dazu Spickhoff IPRax 05, 125) sowie bei Vorliegen des notw Inlandsbezugs die Vorschr des RBerG (vgl dazu Stgt IPRspr 00 Nr 135, Köln NJW 04, 2684, Armbrüster RIW 00, 585, Mankowski AnwBl 01, 73, and LG Dortmund IPRspr 98 Nr 125), ebso die Mindestsatzregelg in HOAI § 4 (BGH NJW 03, 2020, Wenner ZfBR 03, 421, Mankowski RIW 04, 488, vgl dazu aber die berecht Kritik von Martiny aaO 918, Spickhoff IPRax 05, 125) sowie die in HGB 449 III vorgesehene Anwendg dtsehen Rechts auf auslnd Recht unterliegende FrachtVertr (vgl dazu Staudinger IPRax 01, 183; zu den Befördergsbedinggen des GüKUMT BGH IPRax 95, 248, Mankowski ebda 230). Die Regelg des AusgleichsAnspr des Handelsvertreters in HGB 89b fällt unter Art 34, soweit das Recht eines Nicht-EWR-MitglStaats VertrStatut ist (vgl dazu Art 28 Rn 16 u Mü IPRax 07, 322).

3b c) Eine Sonderanknüpf von **Schutzvorschriften** für **Arbeitnehmer** aus dem mangels einer RWahl berufenen „normalen“ ArbVertrStatut ergibt sich bereits aus Art 30 I, vgl dort Rn 6. Da damit die Dchsetzg der GerechtigtVorstellungen der vom dtsehen IPR nach obj Kriterien zur Anwendg berufenen ROrdng bereits gewährleistet ist, besteht für die Anwendg dtser Eingriffsnormen gem Art 34 im allg kein Bedürfn (vgl dazu auch BAG DB 03, 556). Desh werden von Art 34 **nicht geschützt** der arbrechtl GleichbehandlgsGrds (Junker IPRax 94, 26, aM Bittner NZA 93, 165), das BUrlG (Staud/Magnus Art 30 Rn 230, aM Wiedenfels IPRax 03, 319), das KSchG (BAG IPRax 91, 407, zustimmd Magnus ebda 385, zweifelnd Birk RdA 89, 207) sowie Bestandsschutz nach BGB 613 a (BAG IPRax 94, 123, Feudner NZA 99, 1184, aM Reithmann/Martiny/Freitag Rn 438), Ausschlussfrist nach BRTV-Bau § 16 (BAG DB 03, 556) u SeemannsG § 1 (BAG NZA 95, 1191/1193), ebso wenig MuSchG 14 I u EFZG 3 I (aM BAG NZA 02, 734 gg LAG Hessen NZA-RR 00, 406, vgl dazu Franzen IPRax 03, 242, Gragert/Drenckhahn NZA 03, 305). Dagg gehören AEntG 1 I u 7 I zu den zwingden Vorschr iSv Art 34 (vgl Art 30 Rn 3 a); dies betrifft insbes die MindestArbBedinggen bezügl Entgelt u Urlaub. Für die betriebl Mitbestimmg gilt der TerritorialitätsGrds, vgl Art 30 Rn 3 a; für die Anwendg von Art 34 besteht daher kein Bedürfn (aM Großfeld/Johannemann IPRax 94, 272).

3c d) Vorschr der in Art 34 genannten Art gehen den für den Vertr iÜ geltenden Bestimmungen eines auslnd Rechts vor, gleichgüt, ob diese kr RWahl gem Art 27, od kr obj Anknüpf, Art 28, 29 II u 30 II, berufen sind; sie setzen sich als vorrang Sonderregelg auch ggü zwingden Bestimmungen eines fremden Rechts dch, die ebenfalls unabhng vom VertrStatut kraft Sonderanknüpf gem Art 27 III, 29 I, 29 a u 30 I anwendb sind (aM Magnus IPRax 90, 145).

4 3) **Allgemeine Grundsätze zur Anwendung zwingender Vorschriften wirtschafts- oder sozialpolitischer Art (Eingriffsnormen).** – a) Ein allg Grds der Nichtanwendg auslnd öff Rechts (Territorialitätsprinzip) besteht nicht, vgl dazu Art 3 Rn 4. Ist **deutsches** Recht VertrStatut, so kommt eine Anwendg zwingder Vorschr eines **ausländischen** Rechts nach hergebrachter Ansicht (vgl aber Rom I-VO Art 9 III) nur unter engen Voraussetzgen in Betr: Im Falle der RWahl greifen ggf Art 27 III, 29 I u 30 I ein; bei Maßgeblichk dtsehen Rechts kr obj Anknüpf gem Art 28, 29 II u 30 II scheidet die Anwendg zwingder Vorschr eines fremden Rechts danach aus; eine Ausn gilt für auslnd DevisenVorschr nach Art VIII des Abk von Bretton Woods (vgl Rn 2; zur unmittelb innerstaatl Geltg der EG-VO betr Irak-Embargo vgl BGH NJW 94, 858, Bittner RIW 94, 505, Herdegen JZ 94, 729). Anstelle einer unmittelb Anwendg kommt aber bei entspr tatsächl Beziehgen zu einer auslnd ROrdng stets eine **faktische Berücksichtigung** ihrer Eingriffsnormen in Betr. Dies gilt allerd nicht iRv § 134 (BGH 59, 82/85, 69, 295, 128, 41/53; betr DDR-Gesetz, aM Schurig RabelsZ 90, 240), wohl aber über § 138 (BGH 59, 82/85, 69, 295, 128, 41/53, vgl auch BGH 94, 268: Sittenwidrigk des Verstoßes

gg auslnd StrafVorschr betr Zahlg von Schmiergeldern, BGH NJW 91, 634, 93, 194: Anwendg von § 826 vor Verletzg auslnd Embargobestimmgen u dazu Junker JZ 91, 699); auch können solche Gesetze zu einer tatsächl ursprüngl od nachträgl **Unmöglichkeit** der Leistg (RG 91, 260, Ffm NJW 06, 2931/2934 Karlsr IPRax 06 Nr 14, vgl Remien RabelsZ 90, 469), zum Wegfall der GeschGrdlage (vgl BGH NJW 84, 1746, dazu Baum RabelsZ 89, 152) od zum fakt Ausschluss bestimmter Erfüllgswesen führen, zB dch auslnd DevisenVorschr (vgl dazu Celle FamRZ 81, 200, Hildebrand ROW 81, 123, die insow unzutreffd die Vereinbark der devisenrechtl Bestimmgen der DDR mit Art 6 prüfen; zur Einbeziehg auslnd Rechts als „datum“ bei der Anwendg dtser Generalklauseln Junker JZ 91, 702, W. Lorenz FS Jayme, 2004 S 549). Statt der bloßen Berücksichtigg auslnd Eingriffsgesetze auf der Ebene des anwendb SachR wird im Schrifttum vielfach deren unmittelb Anwendg dch kollrechtl **Sonderanknüpfung** vertreten (für eine solche Bereitsch zu internat Rücksichtnahm dch Schließg einer „Regelgslücke“ in Art 34 zB MüKo/Martiny Rn 62, Erman/Hohloch Rn 24, PWW/Remien Rn 18, Kropholler IPR § 52 X 3 c, Leible ZVglRWiss 98, 299, Junker IPRax 00, 72). Die hieran geknüpften Voraussetzgen sind freil noch unscharf; genannt werden insbes: Macht des auslnd Staates zur fakt

Dchsetzg der Eingriffsnorm, Normzweck wird von der internat RGemisch getragen (zB Kulturgüterschutz), Normzweck entspricht Wertgen des dtschen Rechts.

b) Ist **ausländisches** Recht kr RWahl od obj Anknüpfng VertrStatut, so sollen auch dessen Eingriffsnormen anzuwenden sein, soweit sie nicht gg den dtschen ordre public verstoßen, Art 6 (Mann FS Wahl, 1973, 139, Stoll FS Kegel, 1987, 628, sehr str). Da hiernach die ausländ Eingriffsnorm unabhängig von ihrem eigenen AnwendgsAnspr angewandt würde, führt diese Methode aber zur Verfälschg des ausländ Rechts; gerade aus diesem Grd spricht sich das Schrifttum ganz überwiegd für eine Sonderanknüpfng ausländ Eingriffsnormen aus (zB Kropholler IPR § 52 X: für kollrechtl Sonderanknüpfng aGrd enger Verbindg; Soe/v Hoffmann Rn 89, PWW/Remien Rn 17, Schurig RabelsZ 90, 244, Sonnenberger IPRax 03, 107). Im **Konfliktfall** setzen sich die nach Art 34 berufenen zwingden **deutschen** Vorschr ggü ausländischen Eingriffsnormen dch; Gleiches gilt für die kr Sonderanknüpfng gem Art 27 III, 29 I, 29a I u III u 30 I berufenen zwingden Vorschr des dtschen od eines ausländ Rechts.

EG 35 Rück- und Weiterverweisung, Rechtsspaltung. (1) Unter dem nach diesem Unterabschnitt anzuwendenden Recht eines Staates sind die in diesem Staat geltenden Sachvorschriften zu verstehen.

(2) Umfaßt ein Staat mehrere Gebietseinheiten, von denen jede für vertragliche Schuldverhältnisse ihre eigenen Rechtsvorschriften hat, so gilt für die Bestimmung des nach diesem Unterabschnitt anzuwendenden Rechts jede Gebietseinheit als Staat.

1) **Allgemeines.** Abs 1 entspr EVÜ Art 15, Abs 2 entspr Art 19 I EVÜ, vgl dazu Vorb 1 v Art 27. Art 20 u 22 Rom-I-VO stimmen damit überein.

2) **Rück- oder Weiterverweisung** sind nach Abs 1 für den Bereich der vertragl SchuldVerh insges ausgeschl, gleichgültig ob das VertrStatut dch RWahl (insow übereinstimmnd mit Art 4 II) od dch obj Anknüpfng bestimmt wird (insow abweichd von Art 4 I).

3) **Verweisungen auf Mehrrechtsstaaten** beziehen sich ohne Einschaltg des interlokalen Rechts des Gesamtstaats (insow abweichd von Art 4 III) unmittelb auf die betr TeilRORDng (vgl dazu Art 4 Rn 14–17).

EG 36 Einheitliche Auslegung. Bei der Auslegung und Anwendung der für vertragliche Schuldverhältnisse geltenden Vorschriften dieses Kapitels mit Ausnahme von Artikel 29 a ist zu berücksichtigen, dass die ihnen zugrunde liegenden Regelungen des Übereinkommens vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (BGBl. 1986 II S. 809) in den Vertragsstaaten einheitlich ausgelegt und angewandt werden sollen.

1) **Art 36**, geändert dch Gesetz vom 27. 6. 00, BGBl 897, beruht auf EVÜ Art 18 (vgl Vorb 1 v Art 27, ferner Junker RabelsZ 91, 674, Reinhart RIW 94, 445). Die Vorschr will die **einheitliche** Auslegg der KollNormen für vertragl SchuldVerh in den VertrStaaten dieses Übereinkommen sicherstellen(vgl dazu Einl 8 v Art 3 u Vorb 1 v Art 27). Bei der Auslegg der Art 27–37 ist daher neben dem Wortlaut des Übereinkommens in den Sprachen der übr VertrStaaten vor allem auch der Bericht über die Entstehg u Zielsetzg des Übereinkommen von Giuliano u Lagarde, vgl BT-Drs 10/503 S 33, zu beachten (vgl BGH 123, 380/384). Auch die gerichtl Praxis bei der Anwendg der einheitl KollNormen in den and VertrStaaten ist zu berücksichtigen (vgl dazu Thode ZfBR 89, 43, Magnus IPRax 91, 384, Reinhart RIW 94, 450, u die Kritik von

Däubler RIW 87, 249, Weber IPRax 88, 82); das Gebot einheitl Auslegg gilt grdsätzl auch für die Sonderanknüpfng zwingder Vorschr gem Art 27 III, 29 I, u 30 I (vgl dazu Junker IPRax 89, 74 gg Weber aaO 84, wie hier auch Meyer/Sparenberg, Staatsvertragl KollNormen (1990) S 179). Eine analoge Anwendg einz Normen der Art 27 ff ist nur zulässig, wenn sie übereinstimmnden Wertgen aller VertrStaaten entspricht (BGH 135, 124/134, aM Klingsporn WM 94, 1100, vgl dazu Art 29 Rn 7); hingg ist die Erweiterung des Anwendungsbereichs auf vom EVÜ nicht erfasste Materien (einseitl RGesch) unproblematisch. Das Gebot des Art 36 strahlt auch auf die Auslegg nationaler Vorschr aus, die von den einheitl KollNormen des EVÜ abweichen (BAG IPRax 91, 407/411 zu SeemannsG § 1).

Nachdem die beiden Protokolle vom 19. 12. 88 betr die Auslegg des EG-SchuldVertrÜbk endlich am 1. 8. 04 in Kraft getreten sind (Bek vom 11. 1. 05, BGBl II 147 u 148), ist der **Europäische Gerichtshof** nunmehr zu Entsch von Ausleggsfragen des EVÜ zuständig; vorlageberecht sind die obersten Gerichte des Bundes u alle übr Gerichte, sofern sie als RMittelinstanz entscheiden (Art 2 lit a und b des 1. Prot, vgl dazu Vorb 1 v Art 27). Bei Ersetzg des EVÜ dch die Rom I-VO wird sich die Ausleggskompetenz des EuGH aus dem VorabEntschVerf gem Art 234 EGV ergeben.

2) Von dieser Regel ausgenommen ist Art 29a, der nicht auf dem EVÜ, sond auf der Umsetzg von EG-RL, 2 also auf sekundärem GemeinschR, beruht, EG 29a Rn 1. Die Vorschr unterliegt desh nicht den Ausleggsregeln von StaatsVertr (vgl dazu Einl 7 v Art 3). Bei ihrer Auslegg ist aber der spezif gemeinschrechtl Hintergrd, insbes der mit den RL verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Soweit es dabei um die Ermittlg des Inhalts der RL geht, ist die Ausleggskompetenz des EuGH gem EGV 234 zu beachten (vgl Art 29a Rn 1).

EG 37 Ausnahmen. 1 Die Vorschriften dieses Unterabschnitts sind nicht anzuwenden auf

1. Verpflichtungen aus Wechseln, Schecks und anderen Inhaber- oder Orderpapieren, sofern die Verpflichtungen aus diesen anderen Wertpapieren aus deren Handelbarkeit entstehen;
2. Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen, wie zum Beispiel die Errichtung, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen sowie die persönliche gesetzliche

Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Schulden der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person;

3. die Frage, ob ein Vertreter die Person, für deren Rechnung er zu handeln vorgibt, Dritten gegenüber verpflichten kann, oder ob das Organ einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person diese Gesellschaft, diesen Verein oder diese juristische Person gegenüber Dritten verpflichten kann;
 4. Versicherungsverträge, die in dem Geltungsbereich des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum belegene Risiken decken, mit Ausnahme von Rückversicherungsverträgen. Ist zu entscheiden, ob ein Risiko in diesem Gebiet belegen ist, so wendet das Gericht sein Recht an.
- ² Artikel 29 a findet auch in den Fällen des Satzes 1 Anwendung.

- 1 Art 37, geändert dch Gesetz vom 21. 7. 94, BGBl 1630, erneut geändert dch Gesetz vom 27. 6. 00, BGBl 897, nimmt in Anlehnung an EVÜ Art 1 II–IV bestimmte Sachgebiete aus dem Anwendungsbereich der KollNormen für vertragl SchuldVerh in Art 27 ff aus; insow gelten grdsätzl die bish Anknüpfregeln (Jayme IPRax **86**, 266) ggf unter Heranziehg der allg RGedanken der Neuregelg, insbes des Grds der Parteiautonomie (vgl BGH NJW **87**, 1145 [Beurteilg einer RWahlKlausel entspr EG 27 IV], BGH NJW **94**, 187 [wirks Abbedingg von WG 93 I], Schlesw IPRspr **98** Nr 51 betr Konnossement). Die **Rom-I-VO** enthält in Art 1 II eine Ausschlussklausel, die von Art 1 II-IV des Übereinkommen in mehrfacher Hinsicht abweicht. Vom Anwendungsbereich der VO ausgenommen werden insbes Verpfl aus einem vorvertragl RVerh (vgl Art 32 Rn 8); dagg werden VersichgsVertr nicht insges sondern nur in einem schmalen Teilbereich ausgenommen (Art. 1 II lit j Rom I-VO).
- 2 Nach geldtem Recht sind vom Anwendungsbereich der Art 27 ff ausgenommen (1) **wertpapierrechtliche** Verpfl, Nr 1, dh alle schuldrechtl Verpfl aus dem WertPap, die aus der Handelbark entstehen, dh im Interesse der Verkehrsfähigk besond ausgestaltet sind (BGH NJW **87**, 1145 betr Orderkonnossement, BGH NJW **94**, 187 betr Wechsel, Hamm NJW-RR **92**, 499), nicht auch die Verpfl aus dem zugrundeliegden Vertr (and Basedow IPRax **87**, 340 betr SeefrachtVertr); zum internat WechselR s Art 91–98 WG, zum internat ScheckR Art 60–66 ScheckG; hierher gehören ua auch die Verpfl aus kaufm OrderPap, zB Konnossement (vgl BGH NJW-RR **07**, 321 Tz 17), Lagerschein, sowie aus InhaberPap; (2) ferner die RVerh von Vereinen, Gesellsch u **juristischen Personen**, Nr 2 (vgl dazu Anh zu Art 12), **nicht** aber InnenGesellsch, insbes stille Gesellsch (BGH NJW **04**, 3706/3708), sowie AußenGesellsch ohne eig körperschaftl Organisation (vgl dazu Art 28 Rn 20 betr GelegenGesellsch); nicht hierher gehören ferner SchuldVertr, die sich auf eine Gesellsch beziehen, zB Unternehmenskauf; (3) die **Vertretungsmacht** von Stellvertretern einer natürl Pers u Organen einer Gesellsch od jur Pers, Nr 3 (vgl dazu Anh zu Art 12 Rn 13 u Anh zu Art 32 Rn 3), währd für die vertragl Beziehgen der Beteiligten (zB DienstVertr) die Anknüpfregeln der Art 27 ff gelten; (4) ferner **Versicherungsverträge** zur Abdeckg von Risiken im räuml Geltgsbereich des EWGV od des EWR-Abk mit Ausn von RückVersichgsVertr, Nr 4, vgl dazu **EGVVG Art 7–15** idF des Gesetzes vom 28. 6. 90, BGBl 1249, sowie des Gesetzes vom 21. 7. 94, BGBl 1630 (vgl dazu BGH NJW **03**, 1672, Gruber Internat VersVertrR, 1999, Winter VersR **01**, 1466 u Hübner ZVersWiss **01**, 371: Online-Vers, Dörner IPRax **05**, 26); für Risiken außerh der EG od des EWR u RückVersichgsVertr gelten Art 27 ff (vgl dazu BGH NJW **99**, 950, Basedow NJW **91**, 788, Mankowski VersR **02**, 1177); zukünft greift Rom I-VO Art 7.
- 3 Dch die RückAusn in S 2 wird die richtlkonforme Anwendg von Art 29 a für die in S 1 aufgeführten Gebiete gesichert, zB für geschlechtl Time-Sharing-Modelle od VersichgsVertr (vgl Staudinger RIW **00**, 420, Freitag/Leible EWS **00**, 349).

7. Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts

Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24. 9. 2009 (BGBl I 3142) hat mit Wirkg ab 1. 1. 2010 u.a. praktisch bedeutsame Vorschriften des Erbrechts geändert. Für Erbfälle vor dem 1. 1. 2010 gilt aber grundsätzlich weiterhin das alte Recht (Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB). Im Folgenden wird daher für die Kommentierung der aufgehobenen oder inhaltlich in größerem Umfang geänderten Vorschriften, insbesondere des Pflichtteilsrechts wiedergegeben (Texte aus der 68. Auflage 2009).

1936 *Gesetzliches Erbrecht des Fiskus.* (1) ¹ Ist zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter, ein Lebenspartner noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden, so ist der Fiskus des Bundesstaats, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat, gesetzlicher Erbe. ² Hat der Erblasser mehreren Bundesstaaten angehört, so ist der Fiskus eines jeden dieser Staaten zu gleichem Anteil zur Erbfolge berufen.

(2) War der Erblasser ein Deutscher, der keinem Bundesstaat angehörte, so ist der Reichsfiskus gesetzlicher Erbe.

- 1 **1) Staatserbfolge.** Der Fiskus hat als letzter in der gesetzl Erbfolgeordng ein privates gesetzl ErbR. Vorhandene and gesetzl Erben gehen ihm stets vor, also Verwandte, der Ehegatte od der eingetragene LPartner (LPartG 1) des ErbI, es sei denn, dass deren gesetzl Erbberechtigt dch Enterbg (§ 1938), Erbverzicht (§ 2346), ErbnwüdigErkl (§ 2344), vorzeitigen Erbausgleich (EG 227 I Nr 2) od Eheauflösg (§ 1933) entfallen ist. Ferner ist das gesetzl StaatserbR ausgeschlossen, wenn die Rechte nicht mehr vorhandener Erben durch Nachfolgeorganisationen (Treuhandgesellsch) wahrgenommen werden (s REG Art 10); dagg nicht ein test (KG RzW 66, 212). – § 1936 gilt für die Beerbg deutscher Staatsangehöriger ohne Rücksicht auf deren letzten Wohnsitz (EG 25). Neben der deutschen bleibt eine zusätzl and Staatsangehörigk außer Betracht (EG 5 I 2). Staatenlose mit gewöhnl Aufenth im Inland werden wie Deutsche beerbt (EG 25 iVm EG 5 II; s EG 5 Rn 6 ff). – § 1936 gilt in gewissen Fällen auch für das Vermögen eines aufgelösten Vereins (§§ 45 III; 46); s auch § 88 für das Vermögen einer erloschenen Stiftg.
- 2 **2) Das gesetzliche Erbrecht** des Staats kann nur auf der Grdlage eines entsprechenden Feststellungsbeschlusses geltend gemacht werden (§ 1964; s dort). Der Staat kann auch als MitE (§ 1922 II) in Frage kommen, abgesehen von dem Zusammentreffen mehrerer Länder (1 2) zB in den Fällen der §§ 2088, 2094 I, III. Möglicherw ist er nur VorE (§ 2105). Jedoch gehört er nicht zu den gesetzl NachE (§ 2104 S 2) u zählt auch bei § 2149 nicht zu den gesetzl Erben. – Sein gesetzl ErbR kann der Staat weder ausschlagen noch darauf verzichten (§§ 1942 II, 2346). Er kann nicht ohne Einsetzg eines anderen Erben ausgeschlossen werden (§ 1938). – Wegen seiner Haftg als Erbe s § 2011 mit Rn 1. EinkSteuerschuld des ErbI erlischt dch Konfusion (Übbl 4 v § 362), wenn Fiskus Erbe wird (BFH NJW-RR 06, 1232). Ein BezugsR bei der Lebensversicherg (§ 1922 Rn 39) steht ihm nicht zu (VVG 167 III). Wohl aber das Recht auf ein Patent u aus dem Patent sowie der Anspr auf Erteilg des Patents (PatG 15); s auch UrheberrechtsG 28. Dann umfasst es auch im Ausland befindliche Vermögenswerte des ErbI, soweit nicht EG 3 a II eingreift.
- 3 **3) Erbberechtigter Fiskus** sind die Bundesländer, die seit Art 2 WRV an die Stelle der früheren Bundesstaaten traten. Berufen ist dasjenige BLand gemäß dem nach allgM fortgeltenden u ergänzten § 4 der VO über die deutsche Staatsangehörigk vom 5. 2. 34 (BGBl III 102–2), in dem der ErbI zZt seines Todes seine Niederlassung hatte; bei mehreren in verschiedenen BLändern sind diese zu gleichen Anteilen berufen u bilden ErbenGemsch (1 2; §§ 2032 ff). Niederlassg ist weiter zu interpretieren als Wohnsitz. Groß-Berlin ist in der Zeit zw dem Ende des ehemal Landes Preussen u Gründg der BRep bereits als Land anzusehem (LG Bln Rpfleger 04, 288). – Fehlt Niederlassg, sollte nicht § 4 II der VO herangezogen werden, sond über II der Bundesfiskus Erbe sein (MüKo/Leipold Rn 13). Bei Streit mehrerer BLänder kann die frühere Kompetenz des Reichsinnenministers zur Entscheidg von Zweifelsfällen (§ 4 III der VO) nicht als solche des Bundesinnenministers aufrecht erhalten werden, da zur Entscheidg über das ErbR aus § 1936 nach dem GG allein die Gerichte berufen sind (MüKo/Leipold Rn 12; streitig). – Nach LandesR kann an die Stelle des Fiskus auch eine öff-rechtl Körperschaft treten (EG 138). Ein ausschließliches ErbR des Staates oder anderer Körperschaften des öff Rechts kann aGrd EG 139 (hierzu KG NJW 50, 610) in Betracht kommen, wenn ErbI vom Fiskus (od einer juristischen Person) gepflegt od unterstützt wurde.
- 4 **4) Ausländischer Fiskus.** Ist dieser bei ausländischen Erblassern nach deren HeimatR (EG 25) gesetzl Erbe, wird dieses ErbR anerkannt, sofern es als privates ErbR ausgestaltet ist. Als öff-rechtl AneigngsR kann es dagg außerhalb des betr Staatsgebiets nicht geltend gemacht werden. Siehe zB zum schwedischen Recht KG OLGZ 85, 280 mAv Firsching IPrax 86, 25; zum österreich Recht Stgt IPrax 87, 125 mAv Krzywon. – Gilt dagg deutsches ErbR nach einem ausländischen ErbI infolge Zurückverweisg des ausländischen Rechts, ist zweifelhaft, ob der ausländische od der deutsche Fiskus berufen ist (für letzteren MüKo/Leipold Rn 15; Lorenz Rpfleger 93, 433).

2057a *Ausgleichspflicht bei besonderen Leistungen eines Abkömmlings.* (1) ¹ Ein Abkömmling, der durch Mitarbeit im Haushalt, Beruf oder Geschäft des Erblassers während längerer Zeit, durch erhebliche Geldleistungen oder in anderer Weise in besonderem Maße dazu beigetragen hat, dass das Vermögen des Erblassers erhalten oder vermehrt wurde, kann bei der Auseinandersetzung eine Ausgleichung unter den Abkömmlingen verlangen, die mit ihm als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen; § 2052 gilt entsprechend. ² Dies gilt auch für einen Abkömmling, der unter Verzicht auf berufliches Einkommen den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat.

(2) ¹ Eine Ausgleichung kann nicht verlangt werden, wenn für die Leistungen ein angemessenes Entgelt gewährt oder vereinbart worden ist oder soweit dem Abkömmling wegen seiner Leistungen ein Anspruch aus anderem Rechtsgrund zusteht. ² Der Ausgleichspflicht steht es nicht entgegen, wenn die Leistungen nach den §§ 1619, 1620 erbracht worden sind.

(3) Die Ausgleichung ist so zu bemessen, wie es mit Rücksicht auf die Dauer und den Umfang der Leistungen und auf den Wert des Nachlasses der Billigkeit entspricht.

(4) ¹ Bei der Auseinandersetzung wird der Ausgleichsbetrag dem Erbteil des ausgleichungsberechtigten Miterben hinzugerechnet. ² Sämtliche Ausgleichungsbeträge werden vom Werte des Nachlasses abgezogen, soweit dieser den Miterben zukommt, unter denen die Ausgleichung stattfindet.

- 4 **4) Auszugleichende Leistungen (I).** Ggst der Ausgleich sind nur Sonderleistgen eines Abkömml, die also in besond Maße zur Erhaltg od Vermehrg des ErbI Vermögens beigetragen haben, nicht etwa auch die nach den

jeweiligen Verhältnissen üblichen (Oldbg FamRZ 99, 1466). Sie müssen nicht unerhebl gewesen u in jedem Fall über die bloße UnterhaltsPfl (§§ 1601 ff) hinausgegangen sein. Im Ergebnis müssen sie den gesamten aktiven Vermögensbestand zumindest in Form eines Beitrags positiv beeinflusst haben, wobei der Vermehrg des Aktivvermögens die Erhaltg des wirtschaftl Werts gleichgeachtet wird. Das Gesetz nennt alternativ folgende Leistgen:

- a) **Mitarbeit in Haushalt, Beruf od Geschäft des Erblassers.** 5
- b) **Erhebliche Geldleistungen** 6
- c) **Pflegeleistungen.** Ein AusgleichsR hat auch Abkömml, der unter Verzicht auf berufl Einkommen den Erbl währd längerer Zeit gepflegt hat (**I 2**). Die Pflege, also die Betreuung des pflegebedürftigen Erbl, muss längere Zeit gedauert und es muss sich um eine Leistg in besond Maß gehandelt haben. Auch muss sie einen völligen od teilw Verzicht auf Einkünfte aus eigenen berufl Einkünften notwendig gemacht haben (Weimar MDR 73, 24). Der Abkömml muss die Pflege aber nicht allein dchgeführt, sond kann sich zur Unterstütz auch von ihm bezahlter Hilfskräfte bedient haben. 7
- d) **Kinder im elterlichen Haushalt.** 8

2287 *Den Vertragserben beeinträchtigende Schenkungen.* (1) *Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern.*

(2) *Der Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Anfall der Erbschaft an.*

h) **Verjährung (II).** Die VerjFrist beträgt 3 Jahre u beginnt mit dem Anfall der Erbsch. Diese Sonderregel geht § 197 I Nr 2 vor. Das im BTag eingebrachte ErbRÄndergsG will aber § 197 I Nr 2 aufheben (s § 197 Rn 10) u die Regelverjährg (§ 195) einführen. Damit wird **II** insow entbehrl u soll künftig nur noch den Beginn der VerjFrist regeln, diesen allerd auf den Erbfall vorverlegen. – Für konkurrierde Anspr zB aus § 826 gelten §§ 195; 199, so dass Fristbeginn unterschiedl sein kann. 18

2306 *Beschränkungen und Beschwerden.* (1) ¹ *Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so gilt die Beschränkung oder die Beschwerde als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. ² Ist der hinterlassene Erbteil größer, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerde Kenntnis erlangt.*

(2) *Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist.*

1) **Erbeinsetzung und Pflichtteil.** Wendet der Erbl einem PflichtteilsBerecht einen unbelasteten Erbteil zu, der dessen Pflichtteil gleichkommt od ihn sogar übersteigt, muss dieser sich damit zufrieden geben. Ein PflichtteilsAnspr besteht dann nicht, weil dieser den Ausschluss von der Erbfolge voraussetzt (§ 2303 I 1) u sich dch Ausschlagg nicht verschaffen lässt (§ 2303 Rn 3), ausgenommen bei Eheg in ZugewinnGemsch (§ 2303 Rn 15). Ist der zugewendete Erbteil geringer als sein Pflichtteil, steht ihm zusätzl noch ein Restpflichtteil in Höhe des fehlenden Wertes zu der ihm vom Gesetz garantierten Mindestbeteiligg zu (§ 2305). – Hiervon ausgehd regelt der nicht leicht verständl § 2306 (Bengel ZEV 00, 388) den *Sonderfall*, dass der Erbl den Erbteil des PflichtteilsBerechtigten dch test Anordngn **belastet** hat. Er will verhindern, dass sich dach die NachlBeteiligg dieses Erben unter seinen Pflichtteil mindert. Dazu zählt das Gesetz zunächst die Belastgen abschließl auf u regelt dann zwei Fallgestaltgen unterschiedl je nach Größe des zugewendeten Erbteils: – (1) *Entspricht* der belastete Erbteil in seiner Höhe **genau dem Pflichtteil** od ist er **kleiner** als dieser, ordnet **I 1** an, dass alle angeführten Beschränkgen u Beschwerden kr Gesetzes entfallen (Rn 5). Damit kommt ein solcher Erbteil dem Erben stets uneingeschränkt zugute, so dass kein PflichtteilsAnspr besteht. Zusatzl greift aber die Regelg des § 2305 ein. – (2) *Übersteigt* der belastete Erbteil den Pflichtteil, wird dem Erben dch **I 2** ein **Wahlrecht** zw Annahme des belastetem Erbteils u dem Verlangen des Pflichtteils eingeräumt (Rn 9), so dass er selbst entscheiden kann, welche der beiden Alternativen er als für ihn günstiger bevorzugt. – Auf eine erbrechtl Nachfolge bei PersonenGes (§ 1922 Rn 16 ff) ist § 2306 nicht anwendbar, da sonst die angeordnete Sondererbfolge undurchführb wäre (Hamm OLGZ 91, 388; Keller ZEV 01, 297; aA Reimann FamRZ 92, 117). – *Reform:* Die BRegierg hat Reformentwurf vorgestellt, der Vereinfachg der Vorschr vorschlägt.

2) **Größenvergleich.** Das Verhältnis zw der Größe des Erbteils u des Pflichtteils ergibt sich nach hM dch Vergleich des hinterlassenen quotenmäßigen Anteils am GesamtNachl mit der für den Pflichtteil maßgebl halben gesetzl Erbquote (BGH NJW 83, 2378; WM 68, 543; Köln ZEV 97, 298; BayObLG 68, 112). Bei dieser Ggüberstellg der Bruchteilsgößen von zugewendetem Erbteil u halbem gesetzl Erbteils bleiben die angeordneten Belastgen u Beschwerden außer Betr. Dagg ist ein dem Erben zusätzl zum belasteten Erbteil zugewendetes **Vermächtnis** hinzuzurechnen (BGH 80, 263). Damit ist ein an sich genau dem Pflichtteil entsprechender Erbteil also auch dann größer, wenn der Erbe das zusätzl Vermächtn angenommen hat (Neustadt NJW 57, 1523). Er kann es allerd ausschlagen, um einen befreiten Erbteil zu erhalten (BGH NJW 81, 1837).

a) **Regelfall Quotenvergleich.** Grdsätzl wird also an Hand beider Quoten festgestellt, ob der Erbteil kleiner, gleich od größer als der Pflichtteil ist u nicht dch Vergleich des Wertes von Zuwendg u Pflichtteil, der aber ausnahmsw maßgebl ist (Rn 4; für allg Anwendg dieser Werttheorie Klingelhöffer ZEV 97, 299). Die halbe gesetzl Erbquote des überlebden Eheg ist bei ZugewinnGemsch aus dem um $\frac{1}{4}$ erhöhten gesetzl Erbteil (§ 1371 I) zu bestimmen (s § 2303 Rn 16). Liegt die Erbeinsetzg in der Zuwendg von EinzelGgständen (§ 2087 Rn 3), errechnet sich die Quote aus dem Wertverhältnis zw Zuwendg u GesamtNachl. Unrichtig dah Naumbg FamRZ 08, 98, zumal der dort entschiedene Fall eines mit großem Vermächtn beschwerten AlleinE unter **I 2**

fällt

(s Rn 9 u die Anm von Schindler ZEV 08, 243).

- 4 **b) Ausnahme Wertvergleich.** Sind bei Berechnung des Pflichtteils Vorempfänge über Anrechnungs- oder Ausgleichspflicht (§§ 2315, 2316) anzurechnen, entspricht der Pflichtteil nicht mehr dem Wert des halben gesetzlichen Erbteils. Da § 2306 aber nur den konkreten Pflichtteil schützt, ist es gerechtfertigt, in diesem Sonderfall statt des Quotenvergleichs einen Vergleich zu den Werten von gesetzlichem Erbteil und Pflichtteil vorzunehmen. Dafür ist der konkrete Pflichtteilsbetrags unter Berücksichtigung der anzurechnenden oder auszugleichenden Vorempfänge zu berechnen, der rechnerische Wert des hinterlassenen Erbteils als Rohwert ohne Abzug der Beschränkungen u. Beschwerden des § 2306. Der Vergleich der beiden Werte ergibt sich, ob ein Fall des I 1 oder des I 2 vorliegt (dazu BayObLG 59, 80; 68, 112; Köln ZEV 97, 298; Zweibr ZEV 07, 97; Staud/Haas Rn 12 allerdings nur im Falle, dass Erbteil kleiner als Pflichtteil ist). – Dies ist auf übergroße Vermögensbelastung nicht übertragbar (Keim ZEV 03, 358).
- 5 **3) Erbteil entspricht Pflichtteil oder ist kleiner (I 1).** Übersteigt der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene belastete Erbteil nach dem vorzunehmenden Größenvergleich (Rn 2) nicht seinen hälftigen gesetzlichen Erbteil, gelten die darauf lastenden Beschränkungen u. Beschwerden (Rn 6) insoweit als „nicht angeordnet“, werden also kraft Gesetzes gestrichen und entfallen hinsichtlich dieses Erbteils von selbst (dagegen nicht insgesamt). Der Miterbe wird so vor einer Aushöhlung seines Pflichtteils geschützt, ohne dass zu prüfen ist, ob die Belastung sich letztlich wirklich zu seinem Nachteil auswirken würde (BGH NJW 81, 1837). Er muss hier also gerade nicht ausschlagen, sondern die Erbschaft annehmen, um sich wertmäßig den Pflichtteil zu erhalten; bei kleinerem Erbteil hat er zusätzlich noch den Restanspruch des § 2305 (Rn 1). Bei Ausschlagung des Erbteils steht ihm nämlich auch kein Pflichtteilsanspruch zu, da er nicht durch Verfügung des Erbfolgers ausgeschlossen ist, sondern durch eigenen Entschluss (§ 2303 Rn 3). Anders ist dies nur bei Ehegatten in Zugewinnsgemeinschaft, die den Pflichtteil behalten (§ 1371 III; § 2303 Rn 15) und dazu güterrechtlich Ausgleichsansprüche haben. Einen Restanspruch nach § 2305 behält der Ausschlagende allerdings (§ 2305 Rn 5). Die beschränkenden Anordnungen des Erbfolgers bleiben zu Lasten desjenigen wirksam, der an seine Stelle tritt. Zur Ausschlagung unter Vorbehalt des Pflichtteils s § 1950 Rn 1, aber auch Hamm OLGZ 82, 41 (unwirksame Teilausschlagung, § 1950).
- 6 **a) Die wegfallenden Beschränkungen** u. Beschwerden des Erbteils sind in I 1 abschließend aufgezählt. Doch die Berufung nur zum VorE (auch als Befreiter) wird der Pflichtteilsberechtigten immer beschränkt. Gleiches gilt für die Anordnung einer Testvollstreckung wegen der Verwaltungs- u. Verfügungsbefugnis des TV. Die Unwirksamkeit einer angeordneten Testvollstreckung ist vom Nachlassverwalter zu beachten. – Teilweise Anordnung beschränkt nur, wenn sie den Pflichtteilsberechtigten benachteiligt, vor allem die Werte verschiebt (vgl. § 2289 Rn 5); dagegen nicht, wenn sie ihn begünstigt (zB Übernahme). Und gar nicht berührt (MüKo/Lange Rn 9 ist dann für Vorausvermachungen). Liegt in der Zuwendung bestimmter Gegenstände in Wirklichkeit Erbeinsetzung (§ 2087 II), entfällt die mitenthaltene Teilgesamtheit bei kleinerem Erbteil über I 1 nicht vollständig, sondern bleibt insoweit bestehen, als sie die Erbquote bestimmt (BGH FamRZ 90, 396; streitig). – Die Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten nur als Nacherbe setzt II einer Beschränkung der Erbeinsetzung gleich, weil der Bedachte den ihm zugedachten Erbteil nicht sogleich, sondern erst nach dem VorE erhalten soll. Ergibt der Größenvergleich (Rn 2), für den die erbrechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Erbfalls maßgeblich sind (SchlHOLG NJW 61, 1929 mAv Lange), dass der ihm hinterlassene Nacherbteil nur gleich seinem Pflichtteil oder sogar kleiner ist, gilt die Nacherbfolge als nicht angeordnet. Der als Nacherbe eingesetzte wird dann im Umfang seines Nacherbteils sofort voll und hat ggf. noch den Restanspruch gem § 2305. Schlägt er den Nacherbteil aus, hat er keinen Pflichtteilsanspruch. Der Nacherbteil fällt dann dem VorE an, der dadurch insoweit voll wird. – Als wegfallende **Beschwerden** kommen nur Vermächtnisse u. Auflage in Betracht (I 1).
- 7 **b) Auswirkungen.** Bei Wegfall der Beschränkungen u. Beschwerden wird die Pflichtteilslast von demjenigen getragen, zu dessen Gunsten sie angeordnet waren (Staud/Haas Rn 36). Bei Zugewinnsgemeinschaft steht hier dem Ehegatten kein Ausgleichsanspruch zu, da er Erbe ist (§ 1371 II). Eine Ausn. ergibt sich aus § 2311 I 2. Erfüllt der Pflichtteilsberechtigten das ihn belastende Vermächtnis, gilt § 812 I 1, ggf. § 814. – Der Erbteil kann den Pflichtteilsberechtigten aber nicht nach Art einer gemeinrechtlichen cautela Socimi (Verwirrklausel; s Hennig DNotZ 03, 399) vor die Wahl stellen, entweder den belasteten, dem Pflichtteil lediglich entsprechenden Erbteil anzunehmen oder ihn auszuschlagen u. den Pflichtteil zu verlangen, weil dies unwirksame Beschränkung wäre (BGH 120, 96; zustimmend Schubert JR 93, 368; dagegen Kanzleiter DNotZ 93, 780; zur Streitfrage s MüKo/Lange Rn 15). Die Regel des I 1 steht nicht zur Disposition des Erbfolgers u. erfasst nach BGH aaO alle Verwirrklauseln, doch die er seine Angehörigen zur Beachtung seines letzten Willens anhalten will; ebenso Strafklauseln, doch die er eine Beteiligung der Pflichtteilsberechtigten unter das pflichtteilsrechtliche gebotene Mindestmaß kürzen will.
- 8 **c) Wirksam angeordnet** sind alle anderen als die erschöpfend aufgezählten Beschränkungen. Pflichtteilsberechtigten muss zB seine Einsetzung nur als ErsatzE oder als nur bedingter Nacherbe hinnehmen, kann dafür aber auch sogleich seinen Pflichtteil verlangen (Hamm NJW-RR 96, 1414; § 2303 Rn 2), den er sich dann bei tatsächlicher Eintritt der Ersatz- u. Nacherbfolge anrechnen lassen muss (BayObLG 66, 230). Auch bei seiner Einsetzung als SchlussE nach § 2269 ist ihm beim ersten Erbfall nichts zugewendet, so dass Pflichtteilsanspruch besteht (§ 2269 Rn 11). – Wirksam sind auch familienrechtliche Anordnungen (zB nach § 1638 I, § 1418 II Nr 2; dazu Wendelstein BWNNotZ 74, 10) oder Beschränkungen nach §§ 2333 ff. oder in guter Absicht (§ 2338) sowie Beschränkungen, die schon vor dem Erbfall oder durch Ausschlagung des Bedachten wegfallen (§§ 1953 I, 2180 III, vgl. aber § 2308).
- 9 **4) Erbteil ist größer als Pflichtteil (I 2).** Wendet der Erbfolger einem Pflichtteilsberechtigten zwar einen Erbteil zu, der größer (Rn 2) als dessen Pflichtteil ist, belastet er ihn aber so (insbesondere durch Vermächtnisse), dass sogar dessen Pflichtteil beeinträchtigt wird, verfolgt das Gesetz das Ziel, ihm seinen Pflichtteil wirtschaftlich zu erhalten, hier doch ein besonderes **Wahlrecht**: Der Miterbe kann entweder den belasteten bzw. beschwerten Erbteil (Rn 6) annehmen oder diesen ausschlagen u. dafür den vollen Pflichtteil verlangen. Im Falle der Annahme kann er seine Belastung nicht beseitigen (im Gegensatz zu I 1) u. hat auch keinen Restanspruch nach § 2305 (Celle ZEV 03, 365). Dieses Wahlrecht hat auch der zum AlleinE eingesetzte Pflichtteilsberechtigten, da auch sein Erbteil größer als die Hälfte ist (BayObLG NJW 59, 1734; Karlsruh NJW-RR 08, 316; hM). – Die Entscheidung zu Erbenstellung u. Ausschlagung mit vollem Pflichtteilsanspruch hängt damit davon ab, wie hoch er seine Belastungen wirtschaftlich bewertet bzw. wie er seine Aussichten bei Nacherbfolge (Rn 12) einschätzt. Zu Entstehung u. Kritik an dieser Regelg Hennig DNotZ 03, 399.
- Leitet ein **Träger der Sozialhilfe** den Pflichtteilsanspruch auf sich über (SGB XII § 93; s § 2317 Rn 9), erlangt er damit nach hM aber nicht auch das Wahlrecht, weil dieses im PflichtteilsR u. nicht im Pflichtteilsanspruch gründet, höchstpersönlich ein GestaltungsR, also kein Anspruch iSv SGB XII § 93 I ist (Ffm ZEV 04, 24 mAv Spall; Stgt NJW

01, 3484; MüKo/Leipold § 1942 Rn 14; AnwKomm/Ivo § 1942 Rn 20; van de Loo ZEV 06, 473; Kuchinke FamRZ 92, 363; Nieder NJW 94, 1265; s auch BGH NJW-RR 05, 369).

a) Ausschlagungsfrist. Ihr Beginn hängt hier neben den allg Voraussetzgen des § 1944 noch von weiteren Kenntnissen ab: Der PflichtteilsBerecht muss auch von den Beschränkgen u Beschwergen Kenntn erlangt haben (I 2), sofern diese wirkli bestehen u vom Erben nicht nur irrig angenommen werden (BGH 112, 229). Solange er das Test für unwirksam hält, wird die Frist dch Kenntn des belastenden Test nicht in Lauf gesetzt (BGH LM Nr 4). Ferner muss er davon Kenntn haben, dass der hinterlassene Erbteil den Pflichtteil übersteigt, da nur dann das WahlR besteht. Dies gilt auch, wenn der überlebde Eheg bei ZugewinnGemeinsch mit mehr als 1/4 (bei vorhandenen Abkömml) unter Auferlegg von Beschränkgen od Beschwergen bedacht ist (Staud/Haas Rn 60). Ist

ausnahmsw das Wertverhältnis maßgebl (Rn 4), beginnt wg der Schwierigk der Berechng die Frist erst, wenn der Erbe weiß, ob sein Erbteil den ihm bei Berücksichtigg der Anrechnungs- od AusgleichsPfl (§§ 2315, 2316) zukommenden Pflichtteilsbetrag übersteigt (RG 113, 45; BayObLG 59, 77; Zweibr ZEV 07, 97). – Liegt die Erbeinsetzg in der Zuwendg einzelner Ggstände (§ 2087 Rn 3), beginnt die Frist erst, wenn er die Quote an Hand des Wertverhältnis dieser Zuwendngen zum ganzen Nachl überblicken kann (s Rn 2). – Dch Ungewiss, ob überhaupt eine Anrechnungsbestimmg getroffen ist, wird Fristbeginn hinausgeschoben, weil bis zur Kenntn einer AnrechnungsPfl der PflichtteilsBerecht auch nicht weiß, wie sich sein Pflichtteil stellt; anders ist dies nur, wenn der hinterlassene Erbteil in jedem Fall den Pflichtteil übersteigt (so im Fall von BayObLG aaO).

b) Folge einer Ausschlagg ist, dass der Nächstberufene (§§ 2161, 2192) die PflichtteilsFdg erfüllen u die Lasten (ggf gekürzt nach § 2322) tragen muss, wenn er nicht ebenfalls ausschlägt od der Berechtigte sich mit den VermächtnNehmern vergleicht. – Zur **Anfechtung** der Ausschlagung s § 2308. – Zur Anfechtung der **Annahme** nach § 119, wenn sie in Unkenntn vorhandener Beschränkgen erfolgte, damit sich der Berechtigte wenigstens den Pflichtteil ganz sichern kann, s § 1954 Rn 3–6.

c) Einsetzung als Nacherbe. Ein als NachE eingesetzter PflichtteilsBerecht, dessen Nacherbteil größer als sein Pflichtteil ist, hat gleichfalls nach I 2 die Wahl, entw die NachErbSch anzunehmen od sie auszuschlagen u den Pflichtteil zu fordern (BayObLG 66, 232). Vor Ausschlagg hat der NachE keinen PflichtteilsAnspr (LG Bln Jur Büro 63, 423). Verlangt er ihn vom VorE trotzdem, ist darin aber nicht ohne weiteres eine Ausschlagg der NachErbSch (§ 2142) zu sehen. Erhält der NachE dann den Pflichtteil ausgezahlt, muss er sich dies bei Eintritt des Nacherbfalls als nunmehr rechtsgrundlosen Vorausempfang samt Nutzgen auf seinen Erbteil anrechnen lassen (Soe/Dieckmann Rn 26; MüKo/Lange Rn 8). – Die **Ausschlagungsfrist** beginnt für ihn an sich nicht vor Eintritt der Nacherbfolge. Er kann allerd schon vorher ausschlagen (§ 2142) u wird ggf auch gut daran tun (s § 2142 Rn 2), da für den PflichtteilsAnspr die Verjährgsfrist des § 2332 I unabhängig von der Ausschlagg läuft (§ 2332 III; SchlHOLG NJW 61, 1930).

2325 Pflichtteilergänzungsanspruch bei Schenkungen. (1) *Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird.*

(2) ¹ *Eine verbrauchbare Sache kommt mit dem Werte in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte. ² Ein anderer Gegenstand kommt mit dem Werte in Ansatz, den er zur Zeit des Erbfalls hat; hatte er zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, so wird nur dieser in Ansatz gebracht.*

(3) *Die Schenkung bleibt unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstands verstrichen sind; ist die Schenkung an den Ehegatten des Erblassers erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe.*

1) Normzweck.

2) Der **Ergänzungsanspruch (I)** richtet sich gg den Erben.....

3) Voraussetzungen des Anspr sind

4) Bewertung (II).

5) **Zeitliche Begrenzung (III).** Eine Schenkung ist der Pflichtteilergänzg entzogen, wenn seit Leistg des verschenkten Ggstands bis zum Erbfall 10 Jahre verstrichen sind (III Hs 1). Dem liegt die Annahme zugrde, dass idR dch Zeitablauf die Auswirkngen der Schenkung entfallen od erhebl gemindert sind, zumal der verschenkte Ggst auch in der Hand des Schenkers meist an Wert eingebüßt hätte. Für den **Fristbeginn** ist grdsätzl allein auf den Eintritt des rechtl Leistgserfolgs abzustellen, also auf die auf RÜbertragg gerichtete Vollziehghandlg, dch die der Erbl als Schenker den Ggst wirkli an den Beschenkten verliert, weil er erst dch die Vfg über den verschenkten Ggst diesen auch wirtschaftl aus seinem Vermögen ausgliedert (BGH NJW 87, 122; 94, 1791). Für Eheg/LPartn gilt Ausn (s Rn 24). Bei mehreren Zuwendngen ist er für jeden verschenkten Ggst gesondert festzustellen (BGH NJW 88, 138). Die Frist beginnt also bei Schenkung bewegl Sachen mit Vollendg des EigentÜbergangs, bei GrdstSchenkngen mit der Umschreibg im Grundbuch gem § 873 I (BGH 102, 289; Überprüfg fordert Behmer FamRZ 99, 1254). Konsequenterweise führt dann im Interesse der RKlarh auch die Sicherng des ÜbereigngsAnspr dch Vormerkg im Grdbuch nicht zu einer Ausnahme (streitig; s Soe/Dieckmann Rn 56). Nach Fristablauf kann Berufg hierauf idR nicht § 242 entgg gehalten werden (Bremen NJW 05, 1726).

a) Hinausgeschoben wird der Fristbeginn, wenn der Erbl den verschenkten Ggst nur formal, aber noch nicht wirkli verliert, weil er ihn aGrd vorbehaltenem dingl Recht od schuldrechtl Vereinbarg bis zu seinem Tod selbst weiter nutzte. Leistg iSv III liegt zur Verhinderung von Missbrauch nur vor, wenn der Erbl einen spürbaren Vermögensverlust schon so erlitten hat, dass er die Folgen selbst noch 10 Jahre lang zu tragen hatte. Dagg noch nicht, wenn er nach der Schenkung den „Genuss“ des verschenkten Ggst tatsächl noch gar nicht entbehren muss (BGH NJW 94, 1791; Düss FamRZ 97, 1114; Karlsru FamRZ 08, 1377; dazu Meyding ZEV 94, 202; Draschka Rpfleger 95, 71; Reiff NJW 95, 1136), so dass dann die Schenkung unabhängig von ihrem dingl Vollzug ergänzgs-pflichtig ist. – Hat Erbl sein Haus verschenkt und sich dabei ledigl ein WohnR an einer der im Haus befindlichen Wohnngen einräumen lassen, kann trotz Vorbehalt der Nutzg eines Teils des verschenkten Hauses eine für die Leistg ausreichde wesentl Verschlechterg seiner RStellg vorliegen, wenn er nach den getroffenen Vereinbargen nicht mehr „Herr im Haus“ ist (Karlsru aaO; Bremen NJW 05, 1726; Mü ZEV 08, 480; s dazu Herrler ZEV 08, 461). – Gleiches gilt bei Vorbehalt des freien Widerrufs der Schenkung (Mayer FamRZ 94, 739;

Draschka

aaO).

– Bei ÜbergabeVertr ist vieles noch ungeklärt (s Schindler ZEV 05, 290).

24

b) Sonderregel für Ehegatten (III Hs 2) u eingetragene LPartner (LPartG 10 VI 2): Bei Schenkgen an den Eheg/LPartner verschiebt sich der Beginn der 10-Jahres-Frist auf den Zeitpkt der Auflösg der Ehe od Partnersch, weil bis dahin das Geschenk wirtschaftl noch im Vermögen des Schenkers verblieben war u der Erbl die Folgen seiner Schenk daher nicht wirkli spürte. Ist Auflösgsgrd der Tod des Erbl, sind folgl alle von ihm bis dahin, dh währd der gesamten Ehe an seinen Eheg/LPartner gemachten Schenkgen ergänzspflchtig (soweit nicht § 2330 eingreift). Nach Auflösg dch Scheidg, Aufheb od Tod des beschenkten Eheg bleiben die ehezeitl Schenkgen des Erbl an seinen früheren Eheg nur dann unberücksichtigt, wenn von da an bis zum Erbfall mindestens 10 Jahre verstrichen sind (entspr bei LPartner). – Die Verfassgsmäßigk dieser unterschiedl Behandlg ggü unentgeltl Zuwendgen an Dritte wurde erfolglos angezweifelt, da sie weder gg GG 6 I noch gg GG 3 I verstößt (BVerfG NJW 91, 217; Celle FamRZ 89, 1012). – Die AusnRegelg des III Hs 2 gilt aber nicht für Schenkgen des Erbl vor Eheschließg, auch wenn er später den Beschenkten heiratete (Düss NJW 96, 3156; Dieckmann FamRZ 95, 189; v Olshausen FamRZ 95, 717; Pentz NJW 97, 2033; aA Zweibr FamRZ 94, 1494: analoge Anwendg), gleichgültig ob nichtehel LebensGemsch zw Schenker u Beschenkten bestand. Zur RLage bei Wiederheirat nach Scheidg s Dieckmann aaO.

6) Beweisfragen.

2331 a Stundung. (1)¹ Ist der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er Stundung des Pflichtteilsanspruchs verlangen, wenn die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände ungewöhnlich hart treffen, insbesondere wenn sie ihn zur Aufgabe seiner Familienwohnung oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts zwingen würde, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet.² Stundung kann nur verlangt werden, soweit sie dem Pflichtteilsberechtigten bei Abwägung der Interessen beider Teile zugemutet werden kann.

(2)¹ Für die Entscheidung über eine Stundung ist, wenn der Anspruch nicht bestritten wird, das Nachlassgericht zuständig.² § 1382 Abs. 2 bis 6 gilt entsprechend; an die Stelle des Familiengerichts tritt das Nachlassgericht.

- 1 **1) Stundungsverlangen.** PflichtteilsAnspr, die mit dem Erbfall entstanden u sofort fällig sind (§ 2317), können vom Gericht gestundet werden, um der Gefährd des Nachl dch rücksichtslose Geldtmachg od Durchsetz im Wege der Zwangsvollstr vorzubeugen. Das Gesetz macht Stundg aber zur Ausn. Vereinbart werden kann sie dagg jederzeit, auch schon vor Entstehg des Anspr im Rahmen des § 311 b V (Klingelhöffer ZEV 98, 121). Sie ist auch in Form angemessener Ratenzahlg od teilweise (Dresd OLG-NL 99, 167) u auch hinsichtl Zinsen mögl. – Verlangen kann die Stundg nur ein selbst pflichtteilsberecht Erbe (§§ 2303, 2309), bei MitE nur die pflichtteilsberecht; ferner NachlPfleger (§§ 1960, 1961), NachlVerwalter (§ 1984) u InsolvenzVerw. Dagg nicht der TV (*arg* aus § 2213 I 3). Das Begehren ist an den zu richten, der Anspr (§ 2317)
- 2 **geltnd macht;** bei mehreren kann Erbe gg jeden einzelnen Stundg herbeiführen. – Bei **Miterben** kommt eine gewährte Stundg nur den pflichtteilsberecht zugute, nicht auch den anderen. Auch wenn nur ein MitE selbst pflichtteilsberecht ist, kann sein Interesse Stundg gebieten, auch wenn die übr von sofortiger Erfüllg nicht übermäßig hart getroffen würden. Haften selbst pflichtteilsberecht MitE für den PflichtteilsAnspr (§§ 1967 II, 2058 ff), ist zu beachten, dass ihn keiner der MitE vor Teilg des Nachl bei beschränkter Erbenhaftg aus seinem Privatvermögen erfüllen muss u sich die Vollstreckg nur gg den ungeteilten Nachl richten kann (§ 2059 I 1, II; Damrau FamRZ 69, 582).
- 3 **2) Voraussetzungen sind:** – (1) **Ungewöhnliche Härte** für den Erben (**I 1**), also nicht schon, nur weil die sofortige Erfüllg den Erben (wie oft) in Schwierigk bringt. Vom Erben muss erwartet werden, dass er sich auch von Ggst trennt, an denen er hängt (Familienstück, Kunstwerk), dass er Werte zur Unzeit veräußert, sein sonstiges Vermögen heranzieht od Kredit auch zu ungünstigen Bedinggen aufnimmt. Nur wenn sich aus der Art der NachlGstände eine ungewönl Härte ergibt, ist Stundg mögl. Das Gesetz nennt beispielh Zwang zur Aufgabe der Familienwohng (Dresd OLG-NL 99, 167: mitbewohntes Elternhaus) od zur Veräußerg des die LebensGrdlage bildenden Wirtschaftsguts (Unternehmen; Mietshaus; Landwirtsch; GesellschAnteil, aus dem Erbe seine hauptsächl Einkünfte bezieht). Ungewönl hart würde es Erben auch treffen, wenn dch die sofortige Erfüllg dem zum Nachl gehörenden GeschBetrieb soviel flüssige Mittel entzogen werden müssten, dass als unmittlere Folge der Verlust des Betriebs zu erwarten wäre. Gehören aber zum Nachl mehrere WirtschBetriebe, so würde die Notwendigk der Veräußerg eines von ihnen nicht in jedem Fall die Stundg des PflichtteilsAnspr rechtfertigen. – (2) **Zumutbarkeit (I 2).** Die Stundg muss dem Pflichtteilsberechtigten zumutb sein, nachdem er ohnehin vom Erbl zurückgesetzt wurde. Dazu ist nach den Umständen des Einzelfalls eine Abwäg der beiderseitigen Interessen vorzunehmen, wobei es nur auf das Verhältnis zw Erben u PflichtteilsBerecht ankommt. Dabei können das Verhalten des Erben (zB Verzögerg der Erfüllg dch einen mit allen Mitteln geführten RStreit) und die Einkommens- u Vermögensverhältnisse des PflichtteilsBerecht berücksichtigt werden. Unzumutb ist eine Stundg, wenn vorauszusehen ist, dass der Erbe dch sie nicht in die Lage versetzt wird, sich die Mittel zur Erfüllg des Anspr zu verschaffen.
- 4 **3) Verfahren.** § 1382 II–VI gelten entspr (**II**), ferner FGG 83 a mit 53 a. Antrag muss beim ProzessG gestellt werden, solange der PflichtteilsAnspr streitig ist u über ihn ein RStreit anhängig wird (§ 1382 V). Dieses entscheidet darüber im Urteil. Liegt rkräftiges Urteil über den PflichtteilsAnspr vor, ist nachträgl StundgsAntr beim NachlG unzulässig. Wurde kein StundgsAntr gestellt, kann unter den Voraussetzgen des § 1382 VI Stundg noch beim NachlG beantragt werden. – Nur bei **unstreitigem** PflichtteilsAnspr ist NachlG zuständig (**II**), örtl gem FGG 73, funktionell RPfleger (RPfIG 3 Nr 2 c). Erforderl ist Antrag eines Berecht (Rn 1), über den in echtem StreitVerf mit Amtsermittlg (FGG 12) entschieden wird. Sonderregelgen enthalten FGG 83 a iVm 53 a. NachlG soll mit den Beteiligten mündl verhandeln u darauf hinwirken, dass sie sich über Stundg gütl einigen. **Vergleich** ist zu Prot (nach ZPO 159–165) zu nehmen (FGG 53 a I 2); es sind der Schuldbetrag, die Zins- u Zahlungsbeding sowie etwa vereinbarte Sichergen aufzunehmen; zweckmäßig ist auch Vereinb über die Kosten. Zur Zwangsvollstr aus Vergleich s FGG 53 a IV. Einstw Anordng ist mögl (FGG 53 a III).

5

4) Entscheidung. NachIG kann Stundg bis zu einem bestimmten Ztpkt od Ratenzahlgen (mit Verfallklausel) bewilligen. Auf Antr kann es anordnen, dass Erbe Sicherh zu leisten hat (**II 2** iVm § 1382 III, IV). Bei Stundg muss es auch über die Höhe der Verzinsg des gestundeten Betrags nach billigem Ermessen u den Zinsbeginn befinden (§ 1382 II, IV; BayObLG **80**, 421). Auf Antr des PflichtteilsBerecht kann es zugleich die Verpflichtg des Erben zur Zahlg des unstreitigen PflichtteilsAnspr aussprechen und damit VollstrTitel schaffen (FGG 53 a II 2, IV). Die Entscheid wird erst mit RKraft wirksam (FGG 53 a II), RMittel ist stets sofort Beschwerde (FGG 60 I Nr 6; RPfG 11). Frist: FGG 22 I. – Die **Aufhebung** od **Änderung** (§ 1382 VI) seiner rkräftigen Entscheid (auch des ProzessG) kann NachIG bei nachträgl wesentl Änderg der Verhältnisse auf Antr des Erben od PflichtteilsBerecht aussprechen. Diese Befugn erstreckt sich bei wesentl Änderg auch auf abgeschlossenen gerichtl Vergleich. Für das Verf gilt das Vorstehde.

2332 Verjährung. (1) Der Pflichtteilsanspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an.

(2) Der nach § 2329 dem Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten zustehende Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an.

(3) Die Verjährung wird nicht dadurch gehemmt, dass die Ansprüche erst nach der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden können.

1) Verjährungsfrist (I). Alle PflichtteilsAnspr nach §§ 2303ff unterliegen der kurzen Verj des **I**, der als SondVorschr § 197 I Nr 2 vorgeht. In 3 Jahren ab Fristbeginn (Rn 2) verjährt also nicht nur der Anspr auf den Pflichtteil selbst (§ 2303) od auf Zusatzpflichtteil (§§ 2305, 2307), sond auch der auf Ergänzg (§§ 2325, 2329) od auf Vervollständiggg (§ 2316 II). Ob auch AuskAnspr (§ 2314) erfasst wird, ist streitig (ja Löhnig ZEV **04**, 267), im Ergebnis aber unerhebl (§ 2314 Rn 12). Richtet sich der Anspr bei minderj Kinder gg einen **Elternteil**, wird allerd die Verj nicht vor Eintritt der Volljährigk in Gang gesetzt (§ 207 I Nr 2); das ErbRÄndergsG will dies bis zum 21. Lebensjahr ausweiten (§ 207 Rn 1). – Dagg gilt § 2332 nicht für die auf den Pflichtteilsbruchteil (§ 2304 Rn 1) od Pflichtteilsbetrag eingesetzten Erben od VermächtnNehmer bezügl ihrer Anspr auf Auseinandersetzung od auf das Vermächtn (RG **113**, 237). Auch nicht für MängelAnspr bezügl einer Sache, die der Berecht zur Abgeltg seines Pflichtteils erhalten hat (BGH NJW **64**, 363; § 438). – **Verlängerung** der kurzen VerjFrist ist dch Vereinbarung zw PflichtteilsBerecht u Erben mögl (§ 202 mit Rn 2). Ob auch dch VfG des Erbl, ist streitig (§ 202 Rn 3); ist diese als PflichtteilsVermächtn anzusehen, gilt dafür ohnehin lange VerjFrist. Verlängerg könnte bei Berliner Test (§ 2269) den als SchlussE eingesetzten Abkömml den erbschsteuerl Freibetrag für ihren Pflichtteil beim ersten Erbfall (§ 2269 Rn 11) auch dann sichern, wenn sie diesen bis zum Tod des überlebden Eheg nicht geldt machen wollen. – Nach **Eintritt** der Verj besteht LeistgsverweigerersR (§ 214 I; vgl auch §§ 216, 217). Ist PflichtteilsAnspr nur gg einen Teil der Pflichtteilsschuldner (MitE) verjährt, gilt § 425 II bei gesamtschuldnerischer Haftg (§ 2058). Die Undurchsetzbar des Anspr erhöht aber nicht die PflichtteilsAnspr der anderen Berecht. Berufg auf Verjährg kann allerd treuwidrig sein (§ 242), wenn Erben dch schuldh Täuschg den Berecht abgehalten haben, Anspr rechtzeitig geldt zu machen (Koblz ZEV **02**, 501; Übb1 19 v § 194).

2) Fristbeginn (I). Bei allen gg den Erben gerichteten PflichtteilsAnspr wird die VerjFrist nur dch **doppelte Kenntnis** des PflichtteilsBerecht in Lauf gesetzt, nämld der vom Erbfall u von der beeinträchtigenden VfG. Ohne solche Kenntn verjähren sie erst 30 Jahre nach dem Erbfall. Diese Verj beginnt auch dann, wenn die Geldtmachg des Anspr von einer Ausschlagg (§ 2306 12, § 2307; Eheg gem § 1371 III) abhängt (**III**). – **Ausnahme:** Würden Vermögenswerte, die dem Nachl nach § 2313 zuzurechnen sind, erst dch eine spätere gesetzl Neuregelg geschaffen, kommt es außer dieser Kenntn zusätzl auf die Entstehg dieser neuen Anspr an (BGH FamRZ **95**, 1567). Dies betrifft zB die vom VermG erzeugten Anspr auf Rückübertrag von bzw Entschädigg für GrdSt des Erbl in der früheren DDR (BGH NJW **93**, 2176; s Dressler DtZ **93**, 229; Casimir DtZ **93**, 234). Die Verj der auf Leistgen nach dem VermG bezogenen AusglAnspr entspr § 2313 II 1; 13 beginnt daher mit dessen Inkrafttreten am 29. 9. 90 (BGH FamRZ **04**, 1284; **95**, 1567; Oldbg ZEV **96**, 116). Unerhebl ist, wann die Anspr im RestitutionsVerf dch Verwaltgsbescheide festgestellt werden (BGH FamRZ **04**, 1284; Düss NJW-RR **98**, 1157).

a) Kenntnis vom Erbfall erlangt der PflichtteilsBerecht, wenn er vom Tod des Erbl erfährt; dies gilt auch bei **3** Nacherbfolge, so dass beim Nacherbfall keine neue Frist beginnt. Bei Eintritt entfernterer Abkömml od Eltern (§ 2309) muss noch Kenntn des Wegfalls od des Entziehungsgrundes (§ 2333) hinzukommen. Unerhebl ist Kenntn von Umfang u Wert des Nachl od eine sich aus dessen Unkenntn ergebde Beeinträchtigg des PflichtteilsR (BGH FamRZ **77**, 128; NJW **95**, 1157; Kblz ZEV **02**, 501). Die VerjFrist beginnt also auch dann zu laufen, wenn zum Nachl Fdgen od Verbindlichk gehören, deren Höhe noch nicht feststeht. Sind AusgleichsPfl als Berechnungsfaktoren zu berücksichtigen (§ 2316), hängt Verj nicht noch von der Kenntn des ausgleichspflichtigen Vorempfangs ab (BGH NJW **95**, 1157; Karlsr ZEV **07**, 329 mAv Keim; aA Schindler ZErB **07**, 327).

b) Beeinträchtigende Verfügung ist für die PflichtteilsAnspr (§§ 2303–2307) die enterbende od **4** beschränkende letztwill VfG des Erbl (BGH **95**, 76); zum PflichtErgänzgsAnspr s Rn 5. Ihre Kenntn setzt voraus, dass der PflichtteilsBerecht ihren wesentl Inhalt erkannt hat u nicht nur von ihr erfährt (dch Eröffng od auch mündl, BGH **LM** Nr 1). Dafür muss er die VfG nicht in ihrem vollen Umfang erfassen, wohl aber die Beeinträchtigg seines gesetzl ErbR. Dazu ist eine in die Einzelh gehde Prüfg der VfG od die fehlerfreie Bestimmg ihrer rechtl Natur nicht erforderl (BGH aaO; NJW **95**, 1157; KG FamRZ **07**, 682). Solange dem PflichtteilsBerecht nicht bekannt ist, ob der überlebende Eheg eine Zuwendg angenommen hat, fehlt Kenntn der Höhe seiner Pflichtteilsquote u damit des Ausmaßes der ihn beeinträchtigenden VfG. – Kenntn **fehlt**, wenn aGrd des vorhandenen Test nicht feststeht, wer Erbe geworden ist u wen PflichtteilsBerecht in Anspr nehmen muss (Düss FamRZ **98**, 1267). – Ist die bekannte VfG unwirksam (zB mangels Unterschrift), wird dies aber von allen Beteiligten verkannt, setzt ihre Kenntn VerjFrist nicht in Lauf (Oldbg MDR **99**, 41). – **Lückenhaft** ist die Regelg, wenn der PflichtteilsBerecht kurz nach Kenntn der ihn enterbenden VfG eine weitere VfG des Erbl entdeckt, dch die seine Enterbg allem Anschein nach wieder aufgehoben wurde. Erweist sich später, dass die Enterbg doch wirksam ist, hat er bis dahin keinen Anlass zur weiteren Verfolg seines PflichtteilsAnspr. In

Ausfüll dieser Lücke hat BGH 95, 76 entschieden, dass die frühere Kenntn entfällt u der bereits abgelaufene Teil der VerjFrist als nicht abgelaufen anzusehen ist (dazu Dieckmann FamRZ 85, 1124).

- 5 c) **Pflichtteilergänzung.** Für den ErgänzgsAnspruch gegen den Erben (§ 2325) ist für den Beginn der VerjFrist neben der allg Kenntn (Rn 2) zusätzl noch Kenntn von der Vfg des Erbl unter Lebenden erforderl, also auch von der das ErblVermögen verkürzenden Schenk (s dazu § 2325 Rn 6). – Dagg beginnt die VerjFrist beim ErgänzgsAnspr gg den **Beschenkten** (§ 2329) aGrd der Sonderregel des **II** stets mit dem Erbfall, also auch ohne Kenntn des AnsprBerechtigten (s § 2329 Rn 6).

- 6 d) **Irrtum.** Die erforderl Kenntn kann fehlen, wenn u solange der Berecht sein gesetzl ErbR nicht als beeinträchtigt ansah, weil er infolge Tatsachen- od Rirrtums davon ausging, die ihm als solche bekannte Vfg sei ungültig od unwirksam od auf den Erbfall gar nicht anwendbar u entfalte für ihn keine beeinträchtigte Wirk (BGH NJW 95, 1157; 00, 288), jedenf wenn seine WirksamkBedenken nicht von vornherein von der Hand zu weisen sind (BGH aaO; KG FamRZ 07, 682). Es geht hier um erhebz rechtl Zweifel infolge verwickelter od zweifelhafter

RFRagen, so dass der PflichtteilsBerecht die Frist nicht nach Belieben ausdehnen kann, indem er immer wieder neue, wenig substantiierte WirksamkBedenken im ErbscheinsVerf geltend macht (Düss ZEV 08, 346 mAv Fischer). Auch gibt jede erkannte Beeinträchtigt unabhängig von ihrem Ausmaß bereits hinreichenden Anlass für ein die Verj hemmendes (§ 204) Handeln (BGH NJW 95, 1157 mAv Ebenroth/Koos ZEV 95, 233). Unerhebl ist dah ein Irrtum bei der Auslegg der für wirksam erachteten letztwill Vfg, der nur das Ausmaß der Beeinträchtigt betrifft.

- 7 e) **Verwirkungsklauseln.** Bei Klauseln wie zB Einsetz eines PflichtteilsBerecht als Erben unter Verweisung auf den Pflichtteil für den Fall seiner „Anfechtg“ der letztwill Vfg (§ 2075 Rn 6) beginnt Verj des PflichtteilsAnspr bereits mit Kenntn der beeinträchtigten Vfg und nicht erst mit Eintritt der Beeinträchtigt. Hat aber zB der Erbl seinen Sohn zum AlleinE eingesetzt u bestimmt, dass er den Nachl an einen Dritten herausgeben muss, wenn er nicht binnen 4 Jahren eine Auflage erfüllt, so wird im Fall der Nichterfüllg u der damit eingetretenen Nacherbfolge (§ 2075 Rn 10) die Verj des PflichtteilsAnspr des VorE nicht vor diesem Ztpkt beginnen können.

- 8 3) **Hemmung** der Verj (§ 209) tritt nach §§ 203 ff ein. HemmgsGrd ist die Erhebg der LeistgsKlage (§ 204 I Nr 1), aber nur im Umfang des StreitGgst. ZahlgsKlage auf Pflichtteil hemmt daher nicht auch Verj des PflichtteilergänzgsAnspr (§ 204 Rn 13). Bei Anspr von Kindern gg Eltern s Rn 1. Zur Berechng der VerjFrist s zB KG ZEV 08, 481. – Dagg hemmt die auf § 2325 gestützte Klage auch Verj des auf § 2329 gegründeten HerausgAnspr, wenn es sich um denselben Verpflichteten (Erben od Erbeserben) handelt (BGH NJW 74, 1327; 107, 200 mAv Dieckmann FamRZ 89, 857). Die gg den beschenkten Erben gerichtete Klage hemmt im geltend gemachten

Umfang die Verj des PflichtteilsAnspr nur, wenn Kläger im Verfahren seine Klage entspr umstellt (BGH bei Johannsen WM 77, 308). – Eine als **Stufenklage** (ZPO 254) erhobene LeistgsKlage hemmt Verj auch bezügl des noch unbezifferten Anspr (BGH NJW 99, 1101), allerd nur bis zur Höhe des anschließd bezifferten Betrags (§ 204 Rn 2 mN); hängt Pflichtteil iF des § 2306 I 2 von Erbausschlag ab, besteht Klageberechtigt (§ 204 Rn 9) schon vor Abgabe der AusschlaggsErkl (Schlesw FamRZ 03, 1696). Hemmg endigt aber, wenn Anspr nach Erfüllungg

der vorbereitenden HilfsAnspr nicht beziffert u damit nicht weiterverfolgt wird, mit der letzten Prozesshandlg (§ 204 II 2 mit Rn 47; 49); sie dauert allerd fort, solange aus Urteil über HilfsAnspr noch vollstreckt wird (BGH NJW-RR 06, 948). Späteres Weiterbetreiben begründet dann erneut Hemmg (§ 204 II 3 mit Rn 50).

- 9 a) **Keine** Hemmg tritt ein, wenn die Geldmachg des Anspr von der Ausschlagg der Erbsch od eines Vermächtn abhängt (III); dies gilt zB für die Fälle des § 2306 I 2; § 2307; auch für die Ausschlagg des Eheg bei güterrechtl Lösg (§ 1931 Rn 9). – Auch nicht dch bloße AusKlage (§ 204 Rn 2; Düss FamRZ 99, 1097). – Ferner nicht, wenn PflichtteilsBerecht die letztwill Vfg währd des Laufes der VerjFrist entgg seiner ursprüngl zutreffenden Beurteilg später fälschl für unwirksam hält (BGH WM 77, 307 zum früheren Recht). Klage auf Feststellg der Pflichtteilsberechtigt hemmt nicht Verj des ErgänzgsAnspr (§ 2325), wenn zur Schenk nichts vorgetragen wurde (BGH NJW 96, 1743 mAv Ebenroth/Koos ZEV 96, 224). – Klage gg TV hemmt nicht (BGH 51, 125). – Gerichtl Stundg des PflichtteilsAnspr (§ 2331 a) wirkt dagg nicht hemmend, da § 205 nur das vereinbarte LeistgverweigerersR erfasst.

- 10 b) **Neubeginn** der Verj tritt nach § 212 nur in zwei Fällen ein, nämli bei Anerkenntn (§ 212 I Nr 1) u bei Beantrag od Vornahme einer VollstrHdlg (§ 212 I Nr 2). Zum Anerkenntn s § 212 Rn 2 ff; Düss FamRZ 99, 1097. Gelegentl kann es im Verhalten des Erben ggü einem AuskVerlangen liegen (BGH NJW 75, 1409); zB kann im Einzelfall sich aus AuskErteilg über NachlBestand ergeben, dass auch der PflichtteilsAnspr als bestehd angesehen wird (BGH 95, 76 mAv Dieckmann FamRZ 85, 1124; WM 87, 1108). Gibt VorE Anerkenntn nach Eintritt der Verj ggü einem Abkömml ab, wirkt es auch gg den NachE (BGH NJW 73, 1690 mAv Waltjen NJW 73, 2061). Anerkenntn der PflichtteilsFdg dch TV hat keine Wirkg (BGH 51, 125).

2333 Entziehung des Pflichtteils eines Abkömmlings. Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen:

1. wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten oder einem anderen Abkömmling des Erblassers nach dem Leben trachtet,
2. wenn der Abkömmling sich einer vorsätzlichen körperlichen Misshandlung des Erblassers oder des Ehegatten des Erblassers schuldig macht, im Falle der Misshandlung des Ehegatten jedoch nur, wenn der Abkömmling von diesem abstammt,
3. wenn der Abkömmling sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht,
4. wenn der Abkömmling die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltungspflicht böswillig verletzt,
5. wenn der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt.

- 1 1) **Pflichtteilsentziehung.** Sie ermöglicht es dem Erbl, einem pflichtteilsberecht Abkömml, Eheg od Elternteil über dessen Enterbg hinaus ausnahmsw auch noch die vom Gesetz an sich garantierte Mindestbeteilg am Nachl zu verwehren. Die Berechtig dazu ist im Gesetz dch erschöpfende Aufzählg der Entziehungsgründe

abschließd geregelt, getrennt für Abkömml (§ 2333), Eltern (§ 2334) u Ehegatten (§ 2335). Sie ist weder ausdehnungs- noch analogiefähig (BGH NJW 74, 1084; Mü NJW-RR 03, 1230). Nach BGH 109, 306 lässt das verfassungsrechtl Übermaßverbot eine Entzieh ohne konkrete Abwäg der Vorwürfe gg den Abkömml nicht zu. Hiergg wendet Leipold JZ 90, 700 ein, dass dieses Verbot im ZivilR nur vom GesGeber zu beachten ist u nicht von der Rspr bei konkreter RAnwendg. – Zur **Ausübung** des EntziehgsR s § 2336 Rn 1.

2) Für Abkömmlinge (§ 1924 Rn 7 ff) sind die Grde zur Entzieh ihres Pflichtteils in § 2333 abschließd aufgezählt. Bei Nr 1 bis 4 handelt es sich um Verbrechen im strafrechtl Sinn od schwere vorsätzl Vergehen (idR gg den Erbl od seinen Ehegatten). Nr 1 u 2 erfassen Fehlverhaltensweisen, die schwerwieg genug sind, dass es für Erbl unzumutb ist, eine Teilhabe des Kindes am Nachl hinzunehmen (BVerfG NJW 05, 1561). Sie setzen stets **schuldhaftes** Verhalten des Kindes voraus u genügen den Vorgaben der Verfassg. Dagg ist Bestrafg des Täters nicht erforderl (Rn 3).

a) Lebensnachstellung (Nr 1). Nach dem Leben eines and trachtet, wer dessen Tod dch sein Tun erstrebt, sich also den Tod des Erbl als Ziel seines Tuns gesetzt hat (RG 100, 114; ihm folgd BVerfG NJW 05, 1561). Dies setzt ersten Willen zur Herbeifühg des Todes des Erbl od seines Eheg od Abkömml voraus, wobei Anstiftg, Beihilfe od Versuch genügen, evtl schon bloße Vorbereitgshandlg. Liegt der Entziehgsgrd obj vor, war Täter aber strafrechtl schuldunfähig, kann für das erforderl Verschulden (Rn 2) genügen, dass er den Unrechtstatbestand wissentl u willentl verwirklichte, also mit natürl Vorsatz handelte. Nr 1 kann im Lichte der von der Entscheidg berührten GrundR so ausgelegt u angewendet werden, dass es auf ein Verschulden in strafrechtl Sinne nicht ankommt (BVerfG aaO).

b) Vorsätzliche körperliche Misshandlung (Nr 2) entspricht im Begriff StGB 223. Sie muss kein grober od schwerer körperl Angriff sein, aber sich als schwere Verletzg der dem Erbl geschuldeten familiären Achtg („schwere Pietätsverletzg“) erweisen (BGH 109, 306 mAv Leipold JZ 90, 697; Stgt BWNotZ 76, 92). Für diese Bewertg kommt es nicht darauf an, ob sich die Pietätsverletzg im familiären od im geschäftl Bereich ereignete (BGH aaO). Bei Handeln in Notwehr (RG JW 13, 207) od unverschuldeter Notwehrüberschreitg (Stgt aaO) ist Grd nicht gegeben. – Psychische Misshandlgen fallen nur unter Nr 2, wenn dadch auf die körperl Gesundheit des Erbl eingewirkt werden sollte u wurde (BGH FamRZ 77, 47 mAv Bosch). – Zur BelehrgsPfl des die Entzieh beurkundenden Notars s Köln ZEV 03, 464; § 2336 Rn 5.

c) Verbrechen; vorsätzliche schwere Vergehen (Nr 3) gem StGB 12 gg Erbl od dessen Eheg müssen in deren RSphäre eingreifen (ohne Rücksicht auf strafrechtl geschütztes RGut) u beurteilen sich jeweils nach den Umständen des Einzelfalls. Verfehlgen gg Eigentum od Vermögen des Erbl können unter Nr 3 fallen, wenn sie nach Natur u Begehungsweise eine grobe Missachtg des Eltern-Kind-Verhältnis u damit eine besond Kränk des Erbl bedeuten (BGH NJW 74, 1085; Hamm FamRZ 08, 94). Bei Untreuehandlg (StGB 266 I) ist ein Handeln mit Einverständnis des Erbl nicht pflichtwidrig u damit nicht tatbestandsmäßig (BGH NJW-RR 86, 371). Beleidig kann uU ausreichen (BGH NJW 74, 1085), aber nicht schon eine einzelne (RG aaO; Hannover Rpfleger 92, 253). Heiml Ablichten des Test ist keine schwerwiegde Verfehlg (LG Mü I FamRZ 00, 853).

d) Unterhaltspflichtverletzung (Nr 4) ist praktisch bedeutungslos. Der bedürftige Erbl, der auf gesetzl Unterh (§ 1606) in Geld (nicht in Betreuung, § 1612) angewiesen ist, wird dem leistungsfähigen Abkömml (§ 1603) idR keinen nennenswerten Pflichtteil entziehen können.

e) Ehrloser od unsittlicher Lebenswandel (Nr 5), der vom Erbl nicht geduldet u beim Erbfall noch nicht aufgegeben war (§ 2336 IV), setzt gleichfalls Verschulden voraus (Düss NJW 68, 944; Hbg NJW 88, 977). Lebenswandel ist ein dauerndes, auf festgewurzeltem Hang beruhendes Verhalten (RG 168, 39); einmalige Verfehlgen reichen grdsätzl nicht aus. Der vorwerfbare Lebenswandel muss schutzwürdige Interessen des Erbl verletzen („Familienehre“, BGH 76, 109), wozu ein Übergriff in den Interessenkreis des Erbl festzustellen ist, Dagg als zu weitgehnd Tiedke JZ 80, 717; Soe/Dieckmann Rz 16; in PKH-Verf ist üb die Streitfrage aber nicht zu befinden (Köln ZEV 08, 383). – Nr 5 ist heute praktisch bedeutungslos, da sein Tatbestand offen u wg des Wandels der Wertvorstellgen nur schwer feststellb ist. Seine frühere Funktion als Generalklausel kann er nicht mehr erfüllen, weil allg gültige Moralmaßstäbe kaum mehr vorhanden sind. Zu hohe individuelle sittl Maßstäbe des Erbl wären dagg an den obj u allg gültigen Wertanschauungen zu messen, weil sonst das PflichtteilsR des Kindes der Disposition des Erbl unterstellt wäre (Hbg NJW 88, 977). – Zur Reform s Rn 1 v § 2303.

2334 Entziehung des Elternpflichtteils. ¹Der Erblasser kann dem Vater den Pflichtteil entziehen, wenn dieser sich einer der in § 2333 Nr 1, 3, 4 bezeichneten Verfehlungen schuldig macht. ²Das gleiche Recht steht dem Erblasser der Mutter gegenüber zu, wenn diese sich einer solchen Verfehlung schuldig macht.

1) Elternpflichtteil. Die Entziehungsgründe für den Pflichtteil von Eltern (auch des nichtehel Vaters) regelt § 2334 abschließd dch Verweis auf § 2333 Nr 1, 3 u 4 (s dort). Ist einer dieser Grde gegeben, kann nur dem schuldigen Elternteil sein Pflichtteil entzogen werden. Strafflosigk nach StGB 247 II, 289 IV schützt nicht. – Böswillige Verletzg der Unterhaltspflicht (2333 Nr 4) kann auch bei schweren Fällen der Vernachlässig der Erziehg od Berufsbildg gegeben sein. – Zur **Ausübung** des EntziehgsR s § 2336 Rn 1.

2335 Entziehung des Ehegattenpflichtteils. Der Erblasser kann dem Ehegatten den Pflichtteil entziehen:

1. wenn der Ehegatte dem Erblasser oder einem Abkömmling des Erblassers nach dem Leben trachtet,
2. wenn der Ehegatte sich einer vorsätzlichen körperlichen Misshandlung des Erblassers schuldig macht,
3. wenn der Ehegatte sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser schuldig macht,
4. wenn der Ehegatte die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt.

1) Der Ehegattenpflichtteil kann nur in den besond schwerwiegenden Ausnahmefällen der Nr 1–4 entzogen werden. Damit entspricht die Regelg dem Schutzgebot des GG 6 I, ohne dass die dch GG 14 geschützte Testierfreiheit des Erbl übermäßig eingeschränkt wird (BGH NJW 89, 2054). Die Regelg ist allerd nicht geglückt (MüKo/Lange Rn 1) u gilt für LPartner entsprechd (LPartG 10 VI 2). – Zur **Ausübung** des EntziehgsR

s § 2336 Rn 1. – Ging das PflichtteilsR bereits dch Scheidgsverfahrens verloren (§ 1933 mit Rn 8), ist Entzieh gleichwohl noch wg des UnterhAnspr nach § 1933 S 3 sinnvoll, weil dieser auf den fiktiven Pflichtteil begrenzt (§ 1586b I 3 mit Rn 7) u dann folgl „auf Null“ gestellt ist (Soe/Dieckmann Rn 3). – Eine früher mögl gewesene Entzieh wg Ehebruchs kann nicht mehr wirksam werden (BGH FamRZ 89, 609).

- 2 **2) Die Entziehungsgründe** für den Pflichtteil des Eheg sind in § 2335 abschließd geregelt u nicht ausdehnungsfähig (§ 2333 Rn 1). Ein EntziehgsR besteht nicht, wenn der Erbl das Fehlverhalten seines Ehepartners gebilligt od gleichgültig hingenommen hat. Auf den Anspr des überlebenden Eheg auf Ausgleich des Zugewinns (§ 1371 II) wirkt sich die Entzieh seines Pflichtteils nicht aus; bei grober Unbilligk kann allerd Erfüllung verweigert werden (§ 1381). – Die Entziehungsgründe entsprechen im wesentl § 2333 Nr 1–4 (Nr 5 blieb ausgenommen). Siehe daher zunächst § 2333 Rn 3–5. Dazu ergänzend:
 - 3 **a) Lebensnachstellung (Nr 1)**, Abkömml (§ 1924 Rn 7 ff) sind auch nichtehel Kinder, sofern Vatersch förmll feststeht (§ 1592) sowie angenommene (§§ 1754–1756, 1767 II, 1770), letztere aber bei Volladoption nicht mehr bezügl leibl Verwandter (§ 1755).
 - 4 **b) Straftaten (Nr 3)** gg den Erbl setzen keine Strafbark od Bestrafg voraus, aber Vorsatz. „Schwer“ ist nach den Umständen des Einzelfalls der konkreten Ehe zu entscheiden. Siehe dazu auch den gleichartigen § 1579 I Nr 2 mit Rn 12 ff.
 - 5 **c) Böswillige Unterhaltspflichtverletzung (Nr 4)** erfordert schuldhaft, nach Ausmaß u Dauer erheb Vernachlässig der bestehenden Verpflichtg, obwohl der Pflichtige alle tatsächl Voraussetzgen kennt u zu ihrer Erfüllung imstande ist (Soe/Dieckmann Rn 11). Sie unterscheidet sich von § 2333 Nr 4 dch das wesentl kompliziertere UnterhR bei Eheg, das bei Zusammenleben wechselseitiger UnterhPfl dch Geld- od Haushaltsleistgen (§§ 1360, 1360a) u nach Getrenntleben einseitigen GeldUnterh nach Bedürftigk vorsieht (§ 1361), so dass Böswilligk schwerer festzustellen ist. Die einseitige Veränderg der UnterhSituation gg den Willen des Partners (zB dch Auszug; Aufgabe der Erwerbstätigk usw) wird also Entzieh kaum rechtfertigen, da sie meist nachvollziehbare Grde hat.

2336 Form, Beweislast, Unwirksamwerden. (1) Die Entziehung des Pflichtteils erfolgt durch letztwillige Verfügung.

(2) Der Grund der Entziehung muss zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden.

(3) Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht.

(4) Im Falle des § 2333 Nr. 5 ist die Entziehung unwirksam, wenn sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat.

- 1 **1) Ausübung.** Der Erbl kann den Pflichtteil nur persönl u nur in Form einer Vfg vTw entziehen (**I**). In dieser muss er die betroffene Person bezeichnen, die Entzieh anordnen u den Grund dafür angeben (**II**; Rn 2). Für die Ausüb dieses unverzichtb (§ 2302) GestaltgsR stehen ihm alle TestFormen offen u auch der ErbVertr, in dem er seine Vfg allerd nur einseitig treffen kann (§§ 2299 I), also nicht mit vertragsmäßiger Bindg (§ 2278 II). Eine vertragsmäßg Vfg kann allerd in eine einseitige umgedeutet werden (BGH FamRZ 61, 437). Dch Verzeih erlischt das EntziehgsR; die bereits errichtete Vfg vTw wird unwirksam (§ 2337). – **Umfang:** Der Erbl kann den Pflichtteil ganz od auch nur teilw entziehen. Die Entzieh kann auch nur in einer Beschränk od Beschwerg bestehen, die sonst gem § 2306 I 1 unwirksam wären. – Das Bestehen seines EntziehgsRs kann der Erbl dch positive **Feststellungsklage** (ZPO 256 I) gg PflichtteilsBerecht gerichtl feststellen lassen (BGH NJW 74, 1084; 90, 911), dessen Nichtbestehen der betroffene PflichtteilsBerecht dch negative gg Erbl (BGH NJW 04, 1874 mAv Kummer ZEV 04, 274).
- 2 **2) Der Entziehungsgrund** (§§ 2333–2335) muss zur Zeit der TestErrichtg bestehen (also keine Entzieh od Verzeih für zukünftige Fälle). Um wirksam zu werden, muss er konkret in einer formgültigen letztwill Vfg des Erbl (Rn 1) angegeben sein (**II 1**), dh der konkrete Vorgang u nicht der Straftatbestand als solcher. Dies braucht nicht in die Einzelheiten zu gehen. Die Entzieh ist unwirksam, wenn die Angabe des Grundes fehlt od der angegebene Grund falsch, irrtüml genannt od nicht nachweisbar ist (BGH NJW 64, 549). Dann können angegebene Gründe nicht durch andere, nicht genannte Gründe ersetzt werden.
- 3 **a) Formgerecht** ist der Grund nur erklärt, wenn in der Vfg vTw zumindest ein zutreffender Kernsachverhalt angegeben ist, jedenf bei § 2333 Nr 1–4 (BGH 94, 36; Köln ZEV 98, 144). Der Erbl muss dazu faßbar und unverwechself die Tatsachen festlegen, also eine gewisse Konkretisierg der Gründe vornehmen, für die zB ein bloßer Hinweis auf Polizeiakten nicht genügt (Düss FamRZ 99, 1469). Ist das Test insoweit unvollständig u nicht eindeutig, ist zunächst dch Auslegg zu ermitteln, worauf der Erbl die Entzieh stützen wollte. Das Ergebnis ist dann am Erfordernis des **II** zu messen (BGH 94, 36 mAv Kuchinke JZ 85, 748 u Schubert JR 86, 26; Hamm FamRZ 08, 94), der als reine Formvorschrift die spätere Beweisbark der tatsächl Motivation des Erbl für seine Entscheidg dokumentieren soll (MüKo/Lange Rn 6). Diese Anforderng an die Konkretisierg ist verfassungsrechtl unbedenkli (BVerfG NJW 05, 2691). – Wird zur Begründg ledigl auf eine nicht der TestForm genügende **Anlage** verwiesen, ist die Form nicht gewahrt (BGH aaO). Ungenügend ist auch, wenn der Erbl im Test ledigl erklärt, er werde den Grund demnächst niederlegen u dies dann in einem von ihm nicht unterschriebenen Schriftstück verwirklicht (LG Köln DNotZ 65, 108). – Hinzufügg von später nicht beweisbaren Einzelumständen ist unschädli, wenn sie für den Entziehswillen des Erbl ohne Bedeutg sind (BGH NJW 64, 549).
- 4 **b) Sonderfall § 2333 Nr 5 (IV)**. Dass für diesen Grd der Gesetzeswortlaut genügen soll, weil der Schuldige ja die Gründe kennt (RG 95, 27), ließ BGH aaO offen; ebso Hamm aaO. Besteht dieser Grund, muss das Verhalten des Abkömml auch noch zZt des Erbfalls als ehrloser od unsittl Lebenswandel erscheinen (Kanzleiter DNotZ 84, 22).
- 5 **c) Die Beweislast (III)**, dass der angegebene Grd besteht, trifft den Erben (bei § 2329 den Beschenkten). Dies gilt nach allgM auch für das Nichtvorliegen von Rechtfertiggs- u Entschuldiggsgründen wie zB einer vom PflichtteilsBerecht behaupteten Notwehr (BGH NJW-RR 86, 371), ohne dass damit schon entschieden ist, ob Zurechnungsfähigk zum Grund der Entzieh nach § 2336 Nr 3 gehört od ob die Beweislastregel des § 827 als spezielle Norm vorgeht (BGH NJW 88, 823). Auch bei § 2333 Nr 5 gilt dies nicht nur für den äußeren Entziehstatbestand, sondern auch das Verschulden des PflichtteilsBerecht, vor allem bei Trunksucht (Düss NJW 68, 944). – Den **Enterbten** trifft aber die Beweislast hinsichtl der Besserg iS von **IV** (LG MöGladb, MDR 52, 750)

u Verzeihg (§ 2337). Prozessrichter im Erbstreit tritt an Stelle des Scheidgsrichters (RG 168, 35). – Etwas anders verhält es sich beim Rücktritt vom ErbVertr (§ 2294 – Urkundsnotar hat über die Beweislastregel aufzuklären (Köln ZEV 03, 464).

3) Wirkung. Die begründete EntziehgErkl entfaltet Wirkg nicht schon mit ihrer formgerechten Abgabe, sond trotz des Wortlauts von § 2337 S 2 immer erst im Zeitpkt des Erbfalls (BGH NJW 89, 2054). Grdsätzl bezieht sie sich nur auf den Pflichtteil, erfasst insow aber auch die übr PflichtteilsAnspr auf den Rest (§§ 2305, 2307), auf Ergänzg (§§ 2325, 2329) u auf Auskunft (§ 2314). IdR ist ihr aber zugleich zu entnehmen, dass der Betreffende aus dem Nachl überhaupt nichts erhalten, also von der Erbfolge ausgeschlossen (§ 1938) sein soll (BayObLG FamRZ 00, 1459). Dieser Erfahrungssatz gilt allerd nur, wenn nicht die konkrete Auslegg einen and ErbWillen ergibt, weil eine Zuwendg od sogar Erbeinsetzg neben der Entziehg mögl ist, zB wenn ErbI mit ihr nur Ausschlagg dch TestErben vermeiden wollte (BayObLG aaO). – Weitere Auswirkg der Verfehlungen ist, dass sie zum Rücktritt vom ErbVertr (§ 2294) u zur Aufhebg wechselbezügl Vfgen (§ 2271 II) berechtigen. Siehe auch § 1513. – Die Rechte aus §§ 563 ff werden dch §§ 2333 ff aber nicht berührt.

6

2352 Verzicht auf Zuwendungen. ¹ Wer durch Testament als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht ist, kann durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendung verzichten. ² Das Gleiche gilt für eine Zuwendung, die in einem Erbvertrag einem Dritten gemacht ist. ³ Die Vorschriften der §§ 2347, 2348 finden Anwendung.

1) Zuwendungsverzicht.

2) Teilverzicht

3) Besonderheiten beim Erbvertrag (S 2).

4) Wirkung.

5) Auf die Abkömmlinge des Verzichtenden wirkt sich dessen Verzicht auf eine erfolgte Erbeinsetzg nicht aus. Ein eigenes ErbR der Abkömml wird dch den nur für den Verzichtenden persönl wirkenden Verzicht nicht beseitigt. § 2349 wurde hier absichtl nicht für entspr anwendbar erklärt (hM; vgl Ffm Rpfleger 97, 309; BayObLG NJW-RR 97, 1027; dies soll allerd gesetzl korrigiert werden). Die Abkömml des Verzichtenden treten dah an dessen Stelle, wenn sie als **Ersatzerben** nachrückten u sei es nur auf Grd der Ausleggsregel des § 2069 (Hamm FamRZ 82, 203; Soe/Damrau Rn 2; MüKo/Strobel Rn 14; aA Staud/Schotten Rn 32). Ihre stillschweigde Berufg nach § 2069 wird vor allem dann anzunehmen sein, wenn zu ihren Gunsten verzichtet wurde. War der Verzichtende SchlussE dch gemeinschaftl Test, kann für die Frage, ob die sich aus § 2069 ergebde Ersatzerbfolge dann auch wechselbezügl ist, aber nicht die Ausleggsregel des § 2270 II herangezogen werden (§ 2270 Rn 7). Das Verbot einer Kumulation der Ausleggsregel des § 2270 II mit der des § 2069 ist auch bei § 2352 zu berücksichtigen (Mü NJW-RR 07, 949). – Bei Verzicht gg **volle Abfindung** wird allerd die (ggf ergänzende) Auslegg des ErbWillens meist ergeben, dass eine Ersatzberufg nicht gewollt war (BGH NJW 74, 43 mAv Blomeyer FamRZ 74, 427; BayObLG NJW-RR 97, 1027; MüKo/Strobel Rn 14). Eine solche Auslegg kommt selbst bei ausdrücl Berufg als ErsatzE in Betr (Köln FamRZ 90, 99; Erman/Schlüter Rn 3; Mayer ZEV 96, 127; streitig); od wenn der einzige Sohn auf seine Einsetzg als SchlussE verzichtet hat (Ffm FamRZ 98, 57 mit ablehnder Anm Schotten Rpfleger 98, 113; s auch Mü DNotZ 06, 68). – Zu Gestaltgalternativen s Weidlich ZEV 07, 463.

5

6) Aufhebung. Für sie besteht grdsl keine Notwendigk, da der ErbI die ErbRLage, auf die der Begünstigte verzichtet hat, dch neue Vfge vTw wieder herstellen kann. Nur wenn er an einer wirksamen neuen Vfge gehindert ist, zB weil er sich inzw dch ErbVertr od wechselbezügl gemeinschaftl Test erbrechtl gebunden hat, kann der Zuwendungsverzicht dch notariellen Vertr mit dem ErbI analog § 2351 wg übereinstimmender Interessenlage wieder aufgehoben werden (BGH NJW-RR 08, 747 mAv Kornexl ZEV 08, 240; Kempten MittBayNot 78, 63; hM). Ob bei GeschUnfähigk des ErbI Handeln des ges Vertreter mit gerichtl Genehmigg (§ 2351 iVm § 2347 II 2) mögl ist od das SelbstbestimmgsR (§§ 2064; 2065) vorgeht, ließ BGH aaO offen. – **Wirkung:** Dch den AufhebgVertr wird die ursprüngl RLage (Rn 4) wieder hergestellt, die dch den Verzicht gewonnene TestierFreih des ErbI (Rn 1) ist wieder entfallen. Diese Rfolge tritt jedenf ab dem Zeitpkt der Wirksamk des AufhebgVertr ein. Ist der ErbI allerd zw Zuwendungsverzicht u seiner Aufhebg eine erbrechtl Bindg eingegangen, wird diese nicht rückwirkd hinfällig, da die Aufhebg nicht weiter als beim Erbverzicht (§ 2351 Rn 3) gehen kann u dah nicht ex tunc wirkt (Staud/Schotten Rn 27; BaRo/J. Mayer Rn 27; Mittenzwei ZEV 04, 488; aA Kempten aaO; von BGH aaO nicht entschieden). Die erfolgte Änderg der ErbRLage dch Vfgen vTw des ErbI zw Zuwendungsverzicht u seiner Aufhebg bleibt also wirksam. Aufhebg ist daher nur sinnvoll, wenn ErbI keine neuen, ihn bindenden Vfgen getroffen hatte.

6

§ 2352

Stand bis 16. 12. 2009

Weidlich

8. Gesetz zur Modernisierung der Regelungen über Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte sowie Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge

Das Gesetz zur Modernisierung der Regelungen über Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte sowie Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge vom 17.1. 2011 (BGBl I 34) hat mit Wirkg ab 23. 1. 2011 die einschlägigen Vorschriften des BGB, des EGBGB und der BGB-InfoV geändert. Für Verträge, die vor dem 23. 1. 2011 abgeschlossen wurden, gilt aber grundsätzlich weiterhin das alte Recht (Art. 229 § 25 Abs. 1 EGBGB). Im Folgenden werden daher die aufgehobenen oder inhaltlich geänderten Vorschriften mit Kommentierung dargestellt (Texte aus der 70. Auflage 2011).

I. Bürgerliches Gesetzbuch

Titel 2. Teilzeit-Wohnrechteverträge

Vorbemerkungen

- 1 **1) Gesetzesgeschichte.** Die TeilzeitnutzgsR-RL 1994 (PalArch I B 7) war Anlass u Grdlage für das TzWrG, das am 1. 1. 97 in Kraft getreten ist. Damit sollte der in den 90er Jahren sprungh vergrößerte Markt der Time-SharingVertr innerh der EU möglichst einheitl geregelt, dabei Sicherh u Schutz der Verbr geschaffen werden, dch FormVorschr, InfoPfl, WiderrufsR u Anzählgsverbot. Der Anwendungsbereich wurde inhaltl weit ausgedehnt. Zeitl umfasst er alle Vertr, die seit 1. 1. 97 u bis 31. 12. 01 abgeschl wurden. Darauf ist weiter das TzWrG anzuwenden (EG 229 § 5 S 1), als DauerschuldVerh ab 1. 1. 2003 das neue Recht (EG 229 § 5 S 2). Dch das SMG ist die Materie der TeilzeitWohnR in das BGB (§§ 481–487) integriert. Zugleich wurde TzWrG 4 aGrd von EG 242 dch BGB-InfoV 2 ersetzt.
- 2 **2) Anwendungsbereich.** – **a) Zeitlich.** §§ 481–487 sind auf TeilzeitWohnRVertr anzuwenden, die seit 1. 1. 02 abgeschl werden (vgl Rn 1). – **b) Persönlich.** Nur Vertr zw einem Untern (§ 14) u einem Verbr (§ 13), dem das TeilzeitWohnR verschafft wird od zu verschaffen ist, auch wenn der Verbr dch eine Pers vertreten wird, die nicht Verbr ist (Masuch BB 03, Sonderbeilage 6, 16); nicht entspr anwendb auf Vertr mit einem Verbr, der sein TeilzeitWohnR ohne gewerbl od berufl Tätigk einem and Verbr verschafft od sich hierzu verpfl. – **c) Sachlich.** Alle Vertr, die unter den Begriff des § 481 I fallen. Merkmale: Nutzg zum Zweck der Erholg od des Wohnens in einem Wohngebäude (ganz od zT), für eine begrenzte Zeit innerh des Jahres, auf mind 3 Jahre, gg einen Gesamtpreis entweder unmittelbar zu verschaffen od die Pfl, ein solches Recht zu verschaffen. Nicht darunter fällt der VermittlgsVertr für ein TeilzeitWohnR (BGH NJW-RR 05, 780). – **d) Räumlich.** Problemlos gelten die §§ 481–487 für inländ Vertr über im Inland gelegene Gebäude. Die internat Regelg ist in EG 46b (s 70. Aufl EG 46b Rn 7) enthalten mit einer Sonderanknüpfg in dessen III, die Regelg für die EU in Rom I-VO 6.
- 3 **3) Inhalt.** Es ist davon auszugehen, dass dem Erwerb eines TeilzeitWohnR der Kauf eines Rechts zugrunde liegt u daher über § 453 die §§ 433 ff gelten. Der Gesamtpreis (§ 481 I 1) ist der Kaufpreis iSv § 433 II. §§ 481–487 sind als Sonderregelg angelegt. – **a) Prospektpflicht** (§ 482). Sie besteht schon vor VertrAbschluss u folgt bereits aus dem öff Angebot des Untern. Das ist eine besond Ausgestaltg des § 311 II u III. – **b) Sprache** für Vertr u Prospekt (§ 483). Dadch soll gewährleistet werden, dass der Verbr den Inhalt des Vertr u des Prospekts versteht. Auch eine beglaubigte Übersetzg bei notarieller Beurkundg ist vorgesehen (§ 483 II). – **c) Form** (§ 484). Die Schriftform (§ 126) ist als Mindestform vorgeschrieben u elektron Form (§ 126a) ausgeschl. Die VertrUrkunde ist dem Verbr auszuhändigen (§ 484 II). – **d) Widerrufsrecht** des Verbr (§ 485). Es steht diesem nach Maßg des § 355 zu. Damit ist der Widerruf grdsätzl der allg Regelg für Verbr (§ 355) unterstellt, jedoch sind die Sonderregelgen des § 485 II–V anzuwenden. – **e) Anzählungsverbot** (§ 486) besteht währd des Laufs der Widerrufsfrist u ist damit ggü TzWrG 7 verlängert. – **f) Unabdingbarkeit** mit Umgehungsverbot zum Nachteil des Verbr ist in § 487 statuiert u entspricht TzWrG 9. – **g) Finanzierte Verträge.** Die bisher in TzWrG 6 geregelte Materie ist nun von § 358 erfasst u für VerbrVertr allg geregelt.
- 4 **4) Gesetzesänderung.** Die TeilzeitnutzgsR-RL 2009 (PalArch I B 26), die die TeilzeitnutzgsR-RL 1994 ablöst u bis 23. 2. 2011 umzusetzen ist, ordnet eine vollständ Harmonisierg an u erweitert den VerbrSchutz u erstreckt ihn auf neue Produkte. Sie erfordert umfangreiche GesetzesÄnd. Der RegEntwurf (BT-Drs 17/2764) sieht desh eine Neufassg des Titels mit 11 statt 7 Paragraphen u unter Aufhebg von BGB-InfoV 2 eine ergänzde Regelg in EG 242 vor, die für die vorvertragl u vertragl PflAngaben u die Info über das WiderrufsR die Verwendg der Angaben in den Anhängen I–V der RL vorschreibt. Wesentl Inhalt ist: – **Gegenstand.** Der VerbrSchutz erstreckt sich auf TeilzeitnutzgsR für mehr als 1 Jahr zu Übernachtgszwecken, also nicht mehr nur zu Erholgszwecken, an Wohngebäuden u auch an bewegl Unterkünften wie zB Wohnmobile. Ferner werden erfasst: der entgeltl Vertr über ein langfrist Urlaubsprodukt, dh die Verschaffg von Preisnachlässen od sonst Vergünstigten in Bezug auf eine Unterkunft für mehr als 1 Jahr, wie zB die Mitgliedsch in einem Reise-Rabatt-Club; der entgeltl VermittlgsVertr über Nachw od Vermittlg von Erwerb od Veräußerg der Rechts aus einem TeilzeitWohnRVertr od aus einemVertr über ein langfrist Urlaubsprodukt; der entgeltl TauschsystemVertr über Nachw od Vermittlg von Tausch od and Erwerb od Veräußerg einz Rechte aus einem TeilzeitWohnRVertr od einem Vertr über ein langfrist Urlaubsprodukt. – **Vorvertragliche Informationen.** Sie müssen gem den Mustern in den Anhängen zu der RL rechtzeitig vor VertrSchluss in Textform zur Vfz gestellt werden. – **Widerrufsrecht.** Darauf u auf die Widerrufsfrist muss vor VertrSchluss ebenfalls mit dem Muster im Anhang zu der RL hingewiesen u eine schriftl Bestätigug desVerbr eingeholt werden. Nach einemWiderruf braucht der Verbr keine Kosten zu tragen.

481 Begriff des Teilzeit-Wohnrechtevertrags. (1)¹ Teilzeit-Wohnrechteverträge sind Verträge, durch die ein Unternehmer einem Verbraucher gegen Zahlung eines Gesamtpreises das Recht verschafft oder zu verschaffen verspricht, für die Dauer von mindestens drei Jahren ein Wohngebäude jeweils für einen bestimmten oder zu bestimmenden Zeitraum des Jahres zu Erholungs- oder Wohnzwecken zu nutzen.² Das Recht kann ein dingliches oder anderes Recht sein und insbesondere auch durch eine Mitgliedschaft in einem Verein oder einen Anteil an einer Gesellschaft eingeräumt werden.

(2) Das Recht kann auch darin bestehen, die Nutzung eines Wohngebäudes jeweils aus einem Bestand von Wohngebäuden zu wählen.

(3) Einem Wohngebäude steht ein Teil eines Wohngebäudes gleich.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr entspricht TzWrG 1 II-IV u definiert den Begriff des TeilzeitWohnRVertr, umschreibt zugleich den persönl u sachl Anwendungsbereich (Vorb 2–6). – **a) Rechtsnatur** des Vertr. Es ist ein RKauf (§ 453), der dch die Übertragg des betr Rechts u die Zahlg des Kaufpreises erfüllt wird. Die tats Inanspruchnahme der Räume ist Ausüb des Rechts. – **b) Arten.** Die einz VertrTypen haben das gemeins Merkmal, Wohngebäude od deren Teile entgeltl auf die Dauer von mind 3 Jahren jew für einen bestimmten od

noch zu bestimmenden Zeitraum eines Jahres zum Wohnen od Erholen zu nutzen. Das kann insbes dch folgede gebräuchl VertrTypen erzielt werden: – **aa) Dingliches Nutzungsrecht** in verschiedenen Formen (Tonner/Tonner WM 98, 313), insbes MitEigt (§§ 1008 ff) u DauerwohnR (WEG 31). – **bb) Mietverträge** als schuldrechtl Anspr auf Gebrauchüberlassg (§ 535). – **cc) Mitgliedschaft** in einem Verein od einer Gesellsch dch Erwerb eines Anteils (I 2). – **dd) Kapitalanteil** an einer Gesellsch in Form einer od mehrerer Aktien (Hapimag-System). – **ee) Treuhandmodell**. Das ist ein Vertr zw Untern u Verbr sowie einem Dritten, der das dingl Recht (insbes Eigt) od die WohnR treuhänder hält. – **c) Anwendbares Kaufrecht**. Dem Erwerb eines TeilzeitWohnR (vgl Rn 1) liegt idR ein RKauf zugrunde, für den § 453 gilt. §§ 433–451 gelten daher entspr mit Haftg des Untern für Sach- u RMängel, weil § 453 III zutrifft. §§ 482–487 sind demggü die Sonderregeln. 3

2) Voraussetzungen eines TeilzeitWohnRVertr. Sie müssen zum Ztpkt des VertrAbschlusses vorliegen. – **4 a) Personen**. Die VertrPart müssen auf Verkäuferseite ein Untern (§ 14), auf Käuferseite ein Verbr (§ 13) sein. Ein Vertr, dch den ein Untern, insbes eine jur Pers od Gesellsch ihrerseits erwirbt, um Dritten das NutzgsR zu verschaffen, fällt nicht darunter, ebsonenig ein Vertr über die Weiter- u Wiederveräußerg unter PrivatPers als Verbr (Martinek NJW 97, 1394). – **b) Teilzeitnutzung**. Umfasst jedes period (nicht notw im selben Zeitraum) wiederkehrde NutzgsR, gleich welcher Art (vgl Rn 2) u gleich welcher Länge. Es darf nur nicht ganzjähr für den Verbr vereinbart sein. Eine untere Begrenzg (zB auf 1 Woche) ist gesetzl nicht vorgesehen. – **6 c) Wohngebäude**. Es kommt nur auf das Gebäude an; gleichgült bleibt, ob u wie die Nutzg des Grdst vorgesehen ist. Das NutzgsR kann sich auf das ganze Gebäude (insbes Ferienhaus) beziehen od auf einen Teil (III; zB Apartment, Zimmer). Auf and Immobilien ist der Titel 2 nicht anwendb (Martinek NJW 97, 1393). – **7 d) Wahlrecht (II)**. Die Wohnraumnutz kann auch in der Weise bestellt werden, dass die Nutzg nicht nur für ein bestimmtes Wohngebäude od einen Teil davon ausgeübt werden kann, sond gewählt werden darf, wenn ein Bestand an Wohngebäuden gegeben ist. Das kann der Fall sein, wenn der Untern über eine Wohnanlage mit mehreren Gebäuden verfügt od über mehrere Wohnanlagen an verschiedenen Orten, auch in verschiedenen Ländern. – **e) Erholungs- oderWohnzweck** ist notw Voraussetzg. Dadch wird nicht ausgeschl, dass der Verbr **8 an Dritte** das Wohngebäude od einen Teil (auch nur zeitw) zum gleichen Zweck überlässt (auch entgeltl) u ohne dass das von vornherein beabsichtigt od vereinbart ist. – **f) Zeitraum**. – **aa)** Das WohnR muss mind für die Dauer von 3 Jahren vereinbart sein, gleich ob dingl Recht, schuldrechtl Anspr od Mitgliedsch. Kürzere Zeiträume werden wg der nicht langfrist Bindg vom Zweck des Gesetzes nicht erfasst. KettenVertr können eine Umgeh darstelln (§ 487 S 2). – **bb)** Länge u Termin der Nutzg können von vornherein bestimmt od in beliebiger Weise bestimm gemacht werden (Bütter NZM 98, 945). – **g) Gesamtpreis**. Das ist der Preis, dch **10** den die gesamte Nutzgsdauer abgegolten wird. Es handelt sich um einen Kaufpreis (§ 433 II; Rn 1). Er kann in Raten fällt gestellt werden. Wird er finanziert, gilt § 358.

482 Prospektpflicht bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen. (1) Wer als Unternehmer den Abschluss von Teilzeit-Wohnrechteverträgen anbietet, hat jedem Verbraucher, der Interesse bekundet, einen Prospekt auszuhändigen.

(2) Der in Absatz 1 bezeichnete Prospekt muss eine allgemeine Beschreibung des Wohngebäudes oder des Bestandes von Wohngebäuden sowie die in der Rechtsverordnung nach Artikel 242 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Angaben enthalten.

(3) Der Unternehmer kann vor Vertragsschluss eine Änderung gegenüber den im Prospekt enthaltenen Angaben vornehmen, soweit dies auf Grund von Umständen erforderlich wird, auf die er keinen Einfluss nehmen konnte.

(4) In jeder Werbung für den Abschluss von Teilzeit-Wohnrechteverträgen ist anzugeben, dass der Prospekt erhältlich ist und wo er angefordert werden kann.

1) Allgemeines. § 482 entspricht TzWrG 2. Die Vorschr begründet eine vorvertragl InfoPfl für den, der als **1** Untern (§ 14; § 481 Rn 4) VertrAngebote über TeilzeitWohnR unterbreitet, sofern er diese Angebote allg an Verbr (§ 13) richtet. Das ist eine besond Ausgestaltg vorvertragl Pfl iSv § 311 II, III. In jedem Fall der Verletzg besteht die Sanktion des § 485 III (auf 1 Monat verlängerte Widerrufsfrist).

2) Aushändigspflicht (I). – **a) Voraussetzung.** Der anbietde Untern muss den Prospekt demjen **2** aushändigen, der sich für das angebotene TeilzeitWohnR interessiert, dies bekundet hat u daher als VertrPartner (§ 481 Rn 4) in Betr kommt. Die Aushändigg (Rn 4) muss nicht notw erst auf Wunsch geschehen (Martinek NJW 97, 1393). Der Untern muss den Prospekt daher herstellen u bereithalten (Drasdo NZM 98, 464 mwN). Die Pfl entsteht dch das bekundete (geäußerte) Interesse, ohne dass der Prospekt vom Verbr ausdrückl verlangt werden muss, spätestens aber damit. Voraussetzg ist, dass der Untern mit dem Verbr in VertrVerhandlgen eintritt. Das steht ihm frei. Ohne Prospekt in der gebotenen od verlangten Sprache (§ 483 I 3) darf der Untern **3** allerl mit dem Interessenten nicht über den Vertr verhandeln. – **b) Sprache.** Es gilt § 483 I 1 u 2 über dessen I 3. Im Grds ist keine bestimmte Sprache vorgeschrieben, daher ist jede verständl Sprache geeignet. Dch die Verweisg auf § 483 I 1 u 2 sind VertrSprache u Prospektsprache gleich. – **c) Aushändigg** bedeutet Übergabe **4** zum Besitz (§ 854). Sie muss eine angem Zeit vor VertrAbschluss erfolgen (umstr; vgl Drasdo NZM 98, 464 mwN).

3) Prospektinhalt (II). Die allg Beschreibg (neben der „genauen Beschreibg“ gem BGB-InfoV 2 I Nr 4; **5** EG 242) muss enthalten: Größe der Wohnräume u des Grdst, Zahl der Wohnngn, Bauart u techn Einrichtg, Parkplätze, Lage u mittelb Umgeb sowie Verkehrsbindg. Außerdem muss der Prospekt alle Angaben gem BGB-InfoV 2 (EG 242) aufweisen, insbes bereits den Hinw auf das WiderrufsR des § 485.

4) Bindung (III) des Untern an den Prospekt. Sie besteht grdsätzl, aber nicht vertragskonstitutiv, sond nur **6** mit wettbewerbsrechtl Funktion bis zum VertrAbschluss. Es ist keine bestimmte Zeitspanne vorgeschrieben (krit Martinek NJW 97, 1393/5). Der Untern darf im Vertr von den Prospektangaben (Rn 5) grdsätzl nicht abweichen. Er darf es nur, wenn nach Erstellg des Prospekts Umst eintreten, auf die er keinen Einfluss hatte, zB verweigerte behörl Genehmigg, Änderg von Tarifen od Abgaben, unabwendb Bauhindernisse.

5) Hinweis auf den Prospekt (IV). Die Art der Werbg (zB Zeitg, Fernsehen, Funk, Drucksache) ist **7** gleichgült. Der bloße Hinw auf den Prospekt genügt („erhältlich“). Es muss die Adresse (Name, Firma, Anschrift) angegeben werden. Zweifel ist, ob die Telefon- od Telefax-Nr ausreicht.

483 *Vertrags- und Prospektsprache bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen.* (1)¹ Der Vertrag ist in der Amtssprache oder, wenn es dort mehrere Amtssprachen gibt, in der vom Verbraucher gewählten Amtssprache des Mitgliedstaats der Europäischen Union oder des Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum abzufassen, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat.² Ist der Verbraucher Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats, so kann er statt der Sprache seines Wohnsitzstaats auch die oder eine der Amtssprachen des Staats, dem er angehört, wählen.³ Die Sätze 1 und 2 gelten auch für den Prospekt.

(2) Ist der Vertrag vor einem deutschen Notar zu beurkunden, so gelten die §§ 5 und 16 des Beurkundungsgesetzes mit der Maßgabe, dass dem Verbraucher eine beglaubigte Übersetzung des Vertrags in der von ihm nach Absatz 1 gewählten Sprache auszuhändigen ist.

(3) Teilzeit-Wohnrechtverträge, die Absatz 1 Satz 1 und 2 oder Absatz 2 nicht entsprechen, sind nichtig.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr fasst die Regelgen aus TzWrG 2 I 2–4 u 3 I 2–4 zus. – **a) Zweck.** Schutz des im Einzelfall sprachunkund Verbr vor unverständl Info u nicht erkennb VertrlInhalt bei Vorrang der jew EU-Amtssprachen. – **b) Anwendbar** für den Prospekt (§ 482) über I 3 unmittelbar auch für den genannten VertrlInhalt. Vorausgesetzt wird, dass nach IPR die §§ 481–487 gem EG 46 b (s 70. Aufl EG 46 b Rn 7) international anzuwenden sind. – **c) Unabdingbar** ist die Vorschr nach Maßg des § 487 S 1; sie darf auch nicht umgangen werden (§ 487 S 2). – **d) Verstöße.** Bei Vertr, die nicht dem Sprachengebot des I 1, 2 oder II entsprechen, tritt Nichtigkeit des ganzen Vertr ein (III), wie § 125.
- 2 **2) Vertrags- und Prospektsprache (I).** Es ist davon auszugehen, dass im Grds jede verständl Sprache für Vertr u Prospekt geeignet ist. – **a) Festgelegte Sprache.** Für Verbr, die ihren Wohnsitz (§ 12) in einem Mitgliedstaat der EU od des Europ WirtschRaums haben, schreibt I 1 die Amtssprache des Staates vor, in dem der Verbr seinen Wohnsitz hat, auch wenn der Vertr in einem and Mitgliedstaat abgeschl wird. Bsp: Bei einem in Spanien für ein dort gelegenes Gebäude abgeschl Vertr mit einem in der BRep wohnenden Verbr ist die deutsche Sprache anzuwenden. – **b) Wahlrecht** des Verbr. Es wird wg der Rfolgen des III dch eine empfangsbedürft WillensErkl (§ 130) ausgeübt. Es ist zu unterscheiden: – **aa) Mehrere Amtssprachen** eines Mitgliedstaates. Der Verbr kann zw ihnen belie wählen (I 1). – **bb) Amtssprache der Staatsangehörigkeit** (I 2). Dieses WahlR setzt voraus, dass der Verbr in einem Mitgliedstaat wohnt, aber nicht dessen Staatsangehörig, sond die eines and Mitgliedstaats besitzt. Dann kann er als Vertr- od Prospektsprache diese Amtssprache od eine der Amtssprachen dieses Staates wählen. Bsp: Ein französ Staatsangehör, der in der BRep wohnt u hier das TeilzeitWohnR erwerben will, kann Französ als Vertr- u Prospektsprache wählen. – **c) Wirkung.** Ist das WahlR wirks ausgeübt, kann der Verbr den Vertr u den Prospekt in der gewählten Sprache verlangen. Es besteht aber kein Anspr auf Schriftstücke in mehr als einer Sprache.
- 3 **3) Notarielle Beurkundung (II)** des Vertr. Nimmt sie ein deutscher Notar vor, ist grdsätzl in deutscher Sprache zu beurkunden (BeurkG 5) sowie nach Maßg von BeurkG 16 festzustellen, zu übersetzen u die beglaubigte Übersetzg auszuhändigen (wie § 482 Rn 4). Das hat in der Sprache zu erfolgen, die nach I anzuwenden ist, also ggf nach ausgeübtem WahlR. Da auf I bezogen ist, gilt dies nur für Pers, die einem Mitgliedstaat angehören od in einem dieser Staaten Wohnsitz haben. II gilt nicht, wenn nicht notariell beurkundet werden muss. Ein Verstoß gg II bewirkt unmittelb Nichtigk des Vertr (Rn 2 a), auch wenn nur die Aushändigg unterbleibt (III).

484 *Schriftform bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen.* (1)¹ Der Teilzeit-Wohnrechtvertrag bedarf der schriftlichen Form, soweit nicht in anderen Vorschriften eine strengere Form vorgeschrieben ist.² Der Abschluss des Vertrags in elektronischer Form ist ausgeschlossen.³ Die in dem in § 482 bezeichneten, dem Verbraucher ausgehändigten Prospekt enthaltenen Angaben werden Inhalt des Vertrags, soweit die Parteien nicht ausdrücklich und unter Hinweis auf die Abweichung vom Prospekt eine abweichende Vereinbarung treffen.⁴ Solche Änderungen müssen dem Verbraucher vor Abschluss des Vertrags mitgeteilt werden.⁵ Unbeschadet der Geltung der Prospektangaben nach Satz 3 muss die Vertragsurkunde die in der in § 482 Abs. 2 bezeichneten Rechtsverordnung bestimmten Angaben enthalten.

(2)¹ Der Unternehmer hat dem Verbraucher eine Vertragsurkunde oder Abschrift der Vertragsurkunde auszuhändigen.² Er hat ihm ferner, wenn die Vertragssprache und die Sprache des Staates, in dem das Wohngebäude belegen ist, verschieden sind, eine beglaubigte Übersetzung des Vertrags in der oder einer zu den Amtssprachen der Europäischen Union oder des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zählenden Sprache des Staates auszuhändigen, in dem das Wohngebäude belegen ist.³ Die Pflicht zur Aushändigung einer beglaubigten Übersetzung entfällt, wenn sich das Nutzungsrecht auf einen Bestand von Wohngebäuden bezieht, die in verschiedenen Staaten belegen sind.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr entspricht TzWrG 3, ohne die VertrSprache, die nun in § 483 I geregelt ist. – **a) Zweck** ist die Schutz- u Warnfunktion sowie die RSicherh, vom VerbrSchutz aus gesehen. Die Schriftform ist als MindestErfordern ausgestaltet (I 1). – **b) Anwendbar** auf alle Vertr, die als TeilzeitWohnRVertr (§ 481) einzuordnen sind, ohne Rücksicht auf die Bezeichnung im Einzelfall (zB Vereinsbeitritt). – **c) Unabdingbarkeit** ergibt sich aus § 487 S 1, auch hinsichtl einer Umgehg (§ 487 S 2). Das gilt auch für abweichde Vereinbgen gem I 3, die ihrerseits der vorgeschriebenen Form bedürfen.
- 2 **2) Form des Vertrags (I 1 u 2).** Der Formzwang umfasst auch einen VorVertr (§ 125 Rn 11). – **a) Schriftform.** Das ist die des § 126 u gilt nur, soweit für den Vertr keine strengere Form (Rn 5) vorgeschrieben ist. Sie umfasst den gesamten VertrlInhalt (Rn 8). – **b) Strengere Form.** Das ist vor allem die notarielle Beurkundg. Sie ist insbes zum Erwerb von MitEigt notw (§ 311 b I), nicht aber beim DauerwohnR (WEG 31 I), wofür § 311 b nicht gilt (WEG 31 Rn 6) u § 873 II nur für die Einigg. Folgl ist die Verpfl zum Erwerb eines DauerwohnR in Schriftform wirks. – **c) Elektronische Form** (I 2) ist ausgeschl u ersetzt die Schriftform nicht (§ 126 III). Auch Textform (§ 126 b) scheidet aus, da sie die Schriftform nicht ersetzt u in § 484 nicht zugelassen ist. – **d) Form-**

mängel. § 125 S 1 gilt unmittelb, so dass der Vertr nichtig ist. Heilig ist nur über § 311 b I 2 mögl. Formgerechte Neuvernahme des RGesch steht offen.

3) Vertragsinhalt (I 3–5). – **a) Bestandteile** des Vertr sind: – **aa) Pflichtangaben** gem BGB-InfoV 2 III Nr 1–4 betreffen die Pers des Verbr, Zeiträume u Geltgsdauer, Kosten u Lasten, Datum u Ort der Unterzeichng. – **bb) Prospektangaben** (I 3, 4). Das sind die des § 482 Rn 5. Sie werden ow VertrInhalt. – **cc) Abweichende Vereinbarungen** (I 3, 4). Wenn der VertrInhalt von den Prospektangaben abweicht, muss der Untern dies dem Verbr mitteilen u zwar vor VertrAbschluss. Die Mitteilg ist eine formlose geschäftsähn Handlg u ggf vom Untern zu beweisen. Es müssen nicht vorher die Prospektangaben geändert worden sein. – **dd) Informationspflichten** (I 5). Das sind die Angaben gem § 482 II, BGB-InfoV 2. Sie sind in den Vertr aufzunehmen. – **b) Gesamtinhalt.** Die VertrUrkunde muss mit den Bestandteilen den ganzen VertrInhalt aufweisen, damit der Verbr ihn zushängd zur Kenntn nehmen kann. – **c) Verstöße** gg den vorgeschriebenen Inhalt dch eine od mehrere fehlde Angaben führen nicht zur Nichtigkeit, sond haben die Sanktion des § 485 IV: Fristbeginn erst bei Mitteilg der fehlenden Angaben. §§ 125 S 1 u 139 sind nicht anzuwenden. Nichtigkeit ist mögl, wenn wesentl VertrBestandteile fehlen od formnichtig sind.

4) Aushändigung (II). – **a) Vertragsurkunde** (S 1). Der Untern muss dem Verbr das Original od eine Abschrift der VertrUrkunde aushändigen, dch Übergabe od Zusendg (wie § 482 Rn 4). – **b) Beglaubigte Übersetzung** (S 2) der VertrUrkunde ist zusätzl auszuhändigen nur unter der Voraussetzung, dass einerseits die (ggf gewählte) VertrSprache (§ 483 I) u andseits die Amtssprache des Mitgliedstaates der EU oder des Europ WirtschRaums, in dem das Wohngebäude belegen ist, verschieden sind. – **c) Ausnahme** (S 3). Die Pfl des Untern, die Übersetz auszuhändigen, entfällt, wenn das NutzgsR gem § 481 II gewählt werden kann u die betr Wohngebäude in verschiedenen Staaten belegen sind. – **d) Unterbleiben** der Aushändigg. Der Verbr kann die Erfüllung des Anspr aus II ggf dch Klage verlangen. § 125 S 1 ist nicht anwendb, da keine gesetzl FormVorschr verletzt ist. Die Auswirkg auf den Beginn der Widerrufsfrist ergibt sich aus § 355 II 3.

485 Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen. (1) Dem Verbraucher steht bei einem Teilzeit-Wohnrechtevertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu.

(2) Die erforderliche Belehrung über das Widerrufsrecht muss auch die Kosten angeben, die der Verbraucher im Falle des Widerrufs gemäß Absatz 5 Satz 2 zu erstatten hat.

(3) Ist dem Verbraucher der in § 482 bezeichnete Prospekt vor Vertragsschluss nicht oder nicht in der in § 483 Abs. 1 vorgeschriebenen Sprache ausgehändigt worden, so beträgt die Frist zur Ausübung des Widerrufsrechts abweichend von § 355 Abs. 2 Satz 1 einen Monat.

(4) Fehlt im Vertrag eine der Angaben, die in der in § 482 Abs. 2 bezeichneten Rechtsverordnung bestimmt werden, so beginnt die Frist zur Ausübung des Widerrufsrechts erst, wenn dem Verbraucher diese Angabe schriftlich mitgeteilt wird.

(5) ¹ Eine Vergütung für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Nutzung von Wohngebäuden ist abweichend von § 357 Abs. 1 und 3 ausgeschlossen. ² Bedurfte der Vertrag der notariellen Beurkundung, so hat der Verbraucher dem Unternehmer die Kosten der Beurkundung zu erstatten, wenn dies im Vertrag ausdrücklich bestimmt ist. ³ In den Fällen der Absätze 3 und 4 entfällt die Verpflichtung zur Erstattung von Kosten; der Verbraucher kann vom Unternehmer Ersatz der Kosten des Vertrags verlangen.

1) Allgemeines. § 485 entspricht TzWtG 5. Es wird grdsätzl auf das VerbrWiderrufsR des § 355 verwiesen. II–V sind demggü Sonderregeln. – **a) Zweck** ist, dem Verbr zu ermöglichen, die komplizierte, schwer dchschaub, oft fremdtr RLage bei TeilzeitWohnRVertr, insbes die Verpfl, ohne zeitl Druck, frei vom Verhandlgzwang zu prüfen u zu überdenken, um dann den Vertr ggf rückgäng zu machen. – **b) Anwendbar** auf alle unter § 481 fallenden Vertr; auch notarielle (Martinek NJW 97, 1393/7). – **c) Unabdingbarkeit** ist gem § 487 S 1 gegeben, auch das Umgehgsverbot (§ 487 S 2). – **d) Vorrang.** Das WiderrufsR des § 485 verdrängt das WiderrufsR bei HaustürGesch (§ 312 a II). Ist der TeilzeitWohnRVertr mit einem VerbrDarlVertr (§ 491) verbunden, gelten bei Widerruf §§ 358, 359. – **e) Andere Rechtsfolgen.** Verstöße gg § 484 hindern den Verbr nicht, statt zu widerrufen sich auf Nichtigk des Vertr (Hildenbrand NJW 98, 2940; Bütter ZMR 99, 73) sowie auf Mängel (§§ 434, 435, 453 I, III) zu berufen (Martinek NJW 97, 1393/6). Bei Verwendg von AGB sind auch die §§ 305–310 anwendb.

2) Widerrufsrecht (I) des Verbr. Es ist das des § 355, das grdsätzl für alle VerbrVertr gilt. Es ist folgl eine Begründg nicht notw u Textform (§ 126b) zuläss (§ 355 I 2). Der Widerruf ist mögl, sobald der Vertr abgeschl ist. Die einheitl Frist beträgt 2 Wochen (§ 355 II 1). Sie ist auf 1 Monat verlängert, wenn gg § 482 (Prospekt) verstoßen wurde (III; Rn 6). Der Fristbeginn richtet sich grdsätzl nach § 355 III. Er ist bei TeilzeitWohnRVertr hinausgeschoben dch IV bei Fehlen solcher Angaben, die BGB-InfoV 2 II Nr 1 iVm § 360 I verlangt. Erlöschen des WiderrufsR auch ohne Fristablauf tritt 6 Monate nach VertrAbschluss ein (§ 355 IV 1).

3) Inhalt der Belehrung (II). Sie muss inhaltl § 360 I entsprechen, um die Widerrufsfrist in Lauf zu bringen. Das wird in dem dch das VerKrRL-UG geänderten BGB-InfoV 2 II Nr 1 bestimmt. Zusatzl muss die Belehrg enthalten, dass iF des Widerrufs, wenn der Vertr notariell beurkundet od es darin so vereinbart wurde, der Verbr die Kosten der Beurkundg dem Untern zu erstatten hat (V 2; Rn 12). Fehlt die Belehrg, so beginnt die Frist des § 355 II 1 nicht zu laufen. Der fehlenden steht eine inhaltl falsche Belehrg gleich. Muster für die Belehrg: Anstelle der Anlage 2 zu BGB-InfoV 14, der dch das VerbrKrRL-UG aufgehoben wurde, kann das Muster der Anlage 1 zu EG 246 verwendet werden, das mit Gesetzlichkeitsfiktion versehen ist (§ 360 III).

4) Verlängerte Widerrufsfrist (III). Die 2–Wochen-Frist des § 355 II 1 verlängert sich auf 1 Monat, wenn der Untern gg § 482 verstößt. – **a) Voraussetzung** ist das Unterbleiben der Aushändigg gem § 482 I. Der ausgehändigte Prospekt muss den inhaltl Erfordern (§ 482 II) entsprechen u in der Sprache, die gem § 483 I bestimmt ist, abgefasst sein. Bei Fehlen von einz Angaben im Prospekt gilt weder III entspr (MüKo/Franzen Rn 22, § 482 Rn 14, BaRo/Eckert § 482 Rn 9; aA Staud/Martinek Rn 21) noch IV entspr. – **b) Rechtsfolgen** bei Verstoß, insbes Unterbleiben der Aushändigg des Prospekts od bei einer falschen Sprache. Die Widerrufsfrist

verlängert sich auf 1 Monat, gleich ob der regelmäßige Fristbeginn (§ 355 III 1) oder der hinausgeschobene Fristbeginn aGrd von IV (Rn 8) oder § 355 III 2 anzuwenden ist.

- 8 **5) Hinausgeschobener Fristbeginn (IV).** Dadurch wird § 355 III 2 nicht berührt. Die Wirkung des IV ist davon unabhängig und die Frist beginnt erst zu laufen, wenn die Voraussetzungen beider Vorschriften erfüllt sind, für § 355 III 2 die dort genannten Urkunden zur Verfügung gestellt, für IV die Prospektangaben schriftlich mitgeteilt. – **a) Voraussetzung** des Fristbeginns ist Mitteilung der vorgeschriebenen Prospektangaben. Solange also eine der Angaben fehlt, die BGB-InfoV 2 verlangt, beginnt die Frist erst zu laufen, wenn die fehlende Angabe (bei mehreren fehlenden Angaben auch die letzte) dem Verbraucher (oder dessen Vertreter) schriftlich mitgeteilt wird. Textform (§ 126 b) genügt; keine Schriftform. Beweislast: wie § 355 III 3. – **b) Rechtsfolge.** Die Frist beginnt mit Zugang (§ 130) der formgerechten Mitteilung zu laufen, wenn dies nicht aGrd und Vorschrift gehindert ist.
- 11 **6) Vertragsabwicklung (V)** bei wirksamem Widerruf. Sie ergibt sich aus §§ 357 und 358, ergänzt für Teilzeitwohnungsverträge aus V. – **a) Ausschluss einer Vergütung (V 1).** Bei dem über § 357 I anwendbaren Rücktrittsvorschrift (§§ 346 ff) können im Falle der Rückgewähr Vergütungen anfallen, die dem Unternehmer zu ersetzen sind. Einen solchen Anspruch gegen den Verbraucher schließt V 1 aus, soweit er Dienste des Unternehmers oder die Nutzung des (bereits) überlassenen Vertragsgegenstands (zeitanteilsweise Nutzung) betrifft. Bsp für Dienste: Bearbeitungspauschale (LG Mainz NZM 99, 680). – **b) Beurkundungskosten (V 2)** im Falle notarieller Beurkundung (§ 484 Rn 5). Die Überbürdung auf den Verbraucher ist üblich. Wird sie dementsprechend vereinbart, muss die Kostenpflicht in die Belehrung des § 355 aufgenommen werden (I, Rn 5). – **c) Ausschluss der Kostenerstattung (V 3 Hs 1).** Der Anspruch des Unternehmers aus V 2 ist ausgeschlossen bei Prospektmängeln (III, Rn 6) oder wenn im Vertrag eine in § 482 II vorgeschriebene Angabe fehlt (dort Rn 5). – **d) Vertragskostensatz (V 3 Hs 2).** Der Verbraucher hat unter denselben Voraussetzungen des Hs 1 einen Anspruch darauf, dass ihm der Unternehmer die geleisteten Kosten des beurkundeten Vertrags erstattet. Vertragskosten: alle Kosten, die der Vertragsabschluss notwendig gemacht hat, insbesondere die der Beurkundung und die Maklervergütung.

486 Anzahlungsverbot bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen. ¹ Der Unternehmer darf Zahlungen des Verbrauchers vor Ablauf der Widerrufsfrist nicht fordern oder annehmen. ² Für den Verbraucher günstigere Vorschriften bleiben unberührt.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Vorschrift entspricht TzWRG 7. Der Zeitraum des Anzahlungsverbots ist nun der Widerrufsfrist des § 355 II 1 angepasst. – **a) Zweck.** Doch eine frühzeitige Anzahlung vor Ablauf der regelmäßigen 2-wöchigen Widerrufsfrist könnte der Erwerber an der Ausübung des Widerrufs gehindert sein, weil er damit rechnen müsste, das gezahlte Geld nicht durch freiwillige Leistung der Veräußerer, sondern erst durch einen Prozess zurückzuerlangen.
- 2 – **b) Anwendbar** auf alle unter § 481 fallenden Verträge. – **c) Unabdingbar** ist § 486 aGrd des § 487 S 1; auch das Umgehaltsverbot (§ 487 S 2) gilt. Anders Vorschrift (S 2), die im Zusammenhang mit der Anzahlung für den Erwerber günstiger sein sollen, sind nicht erkennbar; jedenfalls werden sie durch § 486 nicht ausgeschlossen.
- 3 **2) Voraussetzungen** des Verbots. – **a) Zahlung** ist jede Leistung zur Tilgung einer Geldschuld (§§ 244, 245), nach Abrede der Vertragspartei auch schon vor Entstehung des Anspruchs (vgl. § 362 Rn 13). Sie führt zur Erfüllung. Zahlung bedeutet jede Erfüllung (teilweise oder voll, LG Hanau NJW 98, 2983), insbesondere Übergabe von Bargeld, Banküberweisung, Scheckbuch, Buchung im Lastschriftverfahren, Übergabe eines ausgefüllten Überweisungsauftrags (Ffm NJW 99, 296). Dem Zweck (Rn 1) entspricht nicht nur, wenn ein Teil, sondern auch wenn schon der gesamte Betrag bezahlt wurde (LG Hanau aaO) oder eine von der vereinbarten Leistung gesonderte Aufwandsentschädigung (Hildenbrand NJW 98, 2940). Unter Zahlung fällt auch die Überweisung an einen Dritten, auch auf ein Treuhandkonto, über das der Unternehmer verfügt, und jede Leistung an Dritte, wenn der Verbraucher dadurch die Verfügungsbefugnis über den geleisteten Betrag verliert. Jedoch fällt die Überweisung auf ein Anderkonto (insbesondere eines Notars oder Wirtschaftsprüfers), das bei einer Bank gemäß AGB-Anderkonten (s. Baumbach/Hopt (9)) errichtet ist, nicht unter den Begriff der Zahlung, wenn der Verbraucher die alleinige Verfügungsbefugnis über das Geld behält, daher Zahlung erst mit Überweisung vom Anderkonto an den Unternehmer erfolgt und der Verbraucher in seiner Freiheit zum Widerruf nicht beeinträchtigt ist (BaRo/Eckert Rn 5 mwN; aA Jau/Berger Rn 2; MüKo/Franzen Rn 6, 7). – **b) Fordern** ist jedes Verhalten des Unternehmers, mit dem er den Verbraucher zu einer Zahlung (Rn 4) veranlassen will, zur teilweise Tilgung des Erwerbspreises oder zu einem Entgelt für Vertragsabschluss, Reservierung des Objekts (Vertragsgegenstand), Vertragskosten oder. – **c) Annehmen.** Das ist jede Handlung, die darauf abzielt, eine Zahlung entgegen zu nehmen, insbesondere einen Scheck oder Bargeld, auch Überweisungsauftrag (Hildenbrand NJW 98, 2940), selbst wenn der Verbraucher die Zahlung unaufgefordert, von sich aus erbringen will. Wird vom Verbraucher trotzdem geleistet (insbesondere durch Überweisung), auch an einen Dritten, muss der Unternehmer unverzüglich zurückzahlen, solange das Widerrufsrecht noch wirksam ausgeübt werden kann.
- 6 **3) Wirkung des Verbots.** – **a) Zeitraum.** Das Anzahlungsverbot beginnt zu einem unbestimmten Zeitpunkt (schon vor dem Vertragsabschluss) und endet mit dem Ablauf der Widerrufsfrist des § 355 II 1. Ist diese verlängert (§ 485 III) oder ihr Beginn hinausgeschoben (§ 485 IV oder § 355 II 3), dauert das Anzahlungsverbot dementsprechend fort.
- 7 – **b) Verstöße** bewirken keine Nichtigkeit (§ 134 Rn 9; BGH NJW-RR 05, 780). Der Unternehmer haftet aber bei regelmäßig anzunehmendem Verschulden aus § 311 II iVm § 281 (BaRo/Eckert Rn 7) oder aus § 823 II (Ffm NJW 99, 296).

II. Ergänzende Vorschriften

EG 242 *Informations- und Prospektpflichten bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen.* Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates unter Beachtung der Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (ABl. EG Nr. L 280 S. 83) festzulegen,

1. welche Angaben dem Verbraucher bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen gemacht werden müssen, damit er den Inhalt des Teilzeitwohnrechts und die Einzelheiten auch der Verwaltung des Gebäudes, in dem es begründet werden soll, erfassen kann,
2. welche Angaben dem Verbraucher in dem Prospekt über Teilzeit-Wohnrechtverträge zusätzlich gemacht werden müssen, um ihn über seine Rechtsstellung beim Abschluss solcher Verträge aufzuklären, und
3. welche Angaben in einem Teilzeit-Wohnrechtvertrag zusätzlich aufgenommen werden müssen, um eindeutig zu regeln, welchen Umfang das Recht hat, das der Verbraucher erwerben soll.

Die TeilzeitwohnR betr Regelg ist in BGB-InfoV 2 enthalten u dort kommentiert. Zur künft Neuregelg aGrd 1 der TeilzeitnutzgsR-RL 2009 s Vorb 11 v § 481 BGB.

BGB-InfoV 2 *Informationspflichten bei und Vertragsinhalt von Teilzeit-Wohnrechtverträgen.* (1) Außer den in § 482 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Angaben müssen ein Prospekt nach § 482 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Teilzeit-Wohnrechtvertrag folgende Angaben enthalten:

1. Namen und Sitz einschließlich ladungsfähiger Anschrift des das Nutzungsrecht anbietenden Unternehmers und des Eigentümers des Wohngebäudes oder der Wohngebäude, bei Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen auch Firma und Namen des gesetzlichen Vertreters, sowie rechtliche Stellung des Unternehmers in Bezug auf das oder die Wohngebäude,
2. die genaue Beschreibung des Nutzungsrechts nebst Hinweis auf die erfüllten oder noch zu erfüllenden Voraussetzungen, die nach dem Recht des Staates, in dem das Wohngebäude belegen ist, für die Ausübung des Nutzungsrechts gegeben sein müssen,
3. dass der Verbraucher kein Eigentum und kein dingliches Wohn-/Nutzungsrecht erwirbt, sofern dies tatsächlich nicht der Fall ist,
4. eine genaue Beschreibung des Wohngebäudes und seiner Belegenheit, sofern sich das Nutzungsrecht auf ein bestimmtes Wohngebäude bezieht,
5. bei einem in Planung oder im Bau befindlichen Wohngebäude, sofern sich das Nutzungsrecht auf ein bestimmtes Wohngebäude bezieht,
 - a) Stand der Bauarbeiten und der Arbeiten an den gemeinsamen Versorgungseinrichtungen wie zum Beispiel Gas-, Elektrizitäts-, Wasser- und Telefonanschluss,
 - b) eine angemessene Schätzung des Termins für die Fertigstellung,
 - c) Namen und Anschrift der zuständigen Baugenehmigungsbehörde und Aktenzeichen der Baugenehmigung; soweit nach Landesrecht eine Baugenehmigung nicht erforderlich ist, ist der Tag anzugeben, an dem nach landesrechtlichen Vorschriften mit dem Bau begonnen werden darf,
 - d) ob und welche Sicherheiten für die Fertigstellung des Wohngebäudes und für die Rückzahlung vom Verbraucher geleisteter Zahlungen im Fall der Nichtfertigstellung bestehen,
6. Versorgungseinrichtungen wie zum Beispiel Gas-, Elektrizitäts-, Wasser- und Telefonanschluss und Dienstleistungen wie zum Beispiel Instandhaltung und Müllabfuhr, die dem Verbraucher zur Verfügung stehen oder stehen werden, und ihre Nutzungsbedingungen,
7. gemeinsame Einrichtungen wie Schwimmbad oder Sauna, zu denen der Verbraucher Zugang hat oder erhalten soll, und gegebenenfalls ihre Nutzungsbedingungen,
8. die Grundsätze, nach denen Instandhaltung, Verwaltung und Betriebsführung des Wohngebäudes oder der Wohngebäude erfolgen,
9. den Preis, der für das Nutzungsrecht zu entrichten ist, die Berechnungsgrundlagen und den geschätzten Betrag der laufenden Kosten, die vom Verbraucher für die in den Nummern 6 und 7 genannten Einrichtungen und Dienstleistungen sowie für die Nutzung des jeweiligen Wohngebäudes, insbesondere für Steuern und Abgaben, Verwaltungsaufwand, Instandhaltung, Instandsetzung und Rücklagen zu entrichten sind, und
10. ob der Verbraucher an einer Regelung für den Umtausch und/oder die Weiterveräußerung des Nutzungsrechts in seiner Gesamtheit oder für einen bestimmten Zeitraum teilnehmen kann und welche Kosten hierfür anfallen, falls der Unternehmer oder ein Dritter einen Umtausch und/oder die Weiterveräußerung vermittelt.

(2) Der Prospekt muss außerdem folgende Angaben enthalten:

1. eine den Anforderungen des § 360 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Belehrung über das Widerrufsrecht des Verbrauchers gemäß den §§ 485, 355 des Bürgerlichen Gesetzbuchs; gegebenenfalls muss der Prospekt auch die Kosten angeben, die der Verbraucher im Fall des Widerrufs in Übereinstimmung mit § 485 Abs. 5 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erstatten hat,
2. einen Hinweis, wie weitere Informationen zu erhalten sind.

(3) Der Teilzeit-Wohnrechtvertrag muss zusätzlich zu den in Absatz 1 bezeichneten Angaben ferner angeben:

1. Namen und Wohnsitz des Verbrauchers,

2. die genaue Bezeichnung des Zeitraums des Jahres, innerhalb dessen das Nutzungsrecht jeweils ausgeübt werden kann, die Geltungsdauer des Nutzungsrechts nach Jahren und die weiteren für die Ausübung des Nutzungsrechts erforderlichen Einzelheiten,
3. die Erklärung, dass der Erwerb und die Ausübung des Nutzungsrechts mit keinen anderen als den im Vertrag angegebenen Kosten, Lasten oder Verpflichtungen verbunden sind,
4. Zeitpunkt und Ort der Unterzeichnung des Vertrags durch jede Vertragspartei.

- 1 **1) Allgemeines.** Dch Art 9 Nr 2 VerbrKrRL-UG v 29. 7. 09 (BGBl I 2355, 2387), in Kraft seit 11. 6. 10, wurde § 2 II Nr 1 Hs 1 neu gefasst. Der gesamte § 2 wird nur noch kurze Zeit gelten; iR der Umsetzg der TeilzeitnutzgsR-RL 2009 zum 23. 2. 11 (Vorb 11 v § 481 BGB) soll stattdessen in EG 242 die Verwendg der Anhänge I-V der RL vorgeschrieben werden (s BR-Drs 319/10). – § 2 schreibt ergänzd für § 482 II den Inhalt des Prospekts u für § 484 I 5 den notw VertrInhalt vor. AndErmächtigg aGrd EG 242 (vgl Einf 2). § 2 ist richtlkonform nach der TeilzeitnutzgsR-RL 1994 (PalArch I B 7) auszulegen (Einf 2). Außer den notw Angaben des § 482 II ist zusätzl in den Prospekt u den TeilzeitWohnRVertr aufzunehmen, was in § 2 vorgeschrieben ist. Die PflAngaben für Prospekte (§ 482) u Vertr (§ 484) sind in I gleichlautd enthalten. Sie müssen konkretisiert sein u dürfen nicht bloß den Gesetzeswortlaut wiedergeben. Sie sind vollzähl in den Prospekt aufzunehmen (I u II), wenn u soweit sie sich mit den allg Prospektangaben (§ 482 II) decken. Auch soweit der Prospektinhalt selbst VertrInhalt geworden ist (§ 484 I 3), müssen im Vertr die Angaben gem I u III aufgenommen werden (§ 484 I 5), nicht notw doppelt. Decken sich die Prospekt- u VertrAngaben nicht, geht der Inhalt des Vertr vor.
- 2 **2) Verstöße** haben, je nach dem, welche Vorschr verletzt ist, unterschiedl Rfolgen. – **Wirksamkeit** des Vertr (vgl Einf 3 ff v EG 238). Sie ist idR nicht beeinträchtigt (Einf 3 v EG 238). Nichtigk ist aber anzunehmen, wenn wesentl Bestandteile des Vertr fehlen od formnichtig sind (§ 484 Rn 9), insbes wenn die VertrPart sich darüber (noch) nicht geeinigt haben, wie I Nr 2 (VertragsGgst) u Nr 9 (Preis). – **Anfechtung** wg Erkl- od Inhaltsirrtums (Einf 4 v EG 238). – **Hinausgehobener Beginn der Widerrufsfrist**, wenn eine vorgeschriebene Prospektangabe nicht od nicht vollständig schriftl (auch Textform) mitgeteilt u auch nicht im Vertr enthalten ist (§ 485 IV, dort Rn 8). – **Verlängerte Widerrufsfrist** iF des § 485 III (dort Rn 6). – **Schadenersatz** wg Nicht- od SchlechtErf kann aus § 311 II oder § 280 verlangt werden (Einf 7 ff v EG 238). – **Vertragsaufhebung**. Darauf besteht kein Anspr, auch nicht als SchadErsAnspr, weil § 485 III eine spezielle Regel darstellt (Einf 11 v EG 238). – **Unterlassung** bei planmäß Verstoß kann gem UKlaG 2 dch Verbandsklage (UKlaG 3) od nach UKlaG 8 im unternehmer GeschVerkehr verlangt werden (Einf 12 v EG 238). – **Mängelhaftung** aus §§ 434, 435, 453 I ist mögl, wenn dch falsche Angaben eine and Soll-Beschaffenh VertrInhalt geworden ist (Einf 13 v EG 238).
- 3 **3) Gemeinsame Angaben für Prospekt und Vertrag (I).** – **Nr 1:** Mit rechtl Stellg ist zB Eigtümer, Mit-Eigtümer, Pächter, Treuhänder gemeint. Ladgsfah Anschrift: Land, Postleitzahl, Ort u Straße. Der Eigtümer ist auch anzugeben, wenn es der anbietde Untern nicht ist. – **Nr 2:** Von wem die Voraussetzgen zu erfüllen sind, ist gleichgült. Sind sie noch vom Verbr zu erfüllen, muss dies ausdrükl vermerkt sein. – **Nr 3:** Das trifft insbes zu, wenn ein Treuhänder Untern ist od wenn nur ein schuldrechtl NutzgsR (nicht Eigt od dingl Recht) eingeräumt wird. Auch bloßes MitEigt ist anzugeben. – **Nr 4:** Entfällt beim WahlR aus einem Bestand (§ 481 II). Genaue Beschreibg: Größe, auch eines jeden Raums, Lage innerh des Gebäudes, Ausstatt, unmittelb Umgeb. – **Nr 5:** Entfällt bei einem zZt der Prospektaushändigg od des VertrAbschlusses fertiggestellten Gebäude, ferner iF des § 481 II. Es liegt kein Verstoß gg Buchst a) vor, wenn der Stand ggü den Angaben im Prospekt überholt ist. Buchst d) gilt nur, wenn noch nicht fertiggestellt ist. Es wäre anzugeben, wenn keine Sicherh bestehen. Buchst d) begründet keine Pfl, eine Sicherh zu bestellen (BaRo/Eckert § 482 Anh Rn 5). – **Nr 6:** Zu den Nutzgsbedinggen gehört insbes das Entgelt, auch inwieweit es fest od verbrauchsabhäng ist. – **Nr 7:** Wie Nr 6. – **Nr 8:** Zu den Grds gehört insbes, wer die genannten Tätigk leitet u ausführt, auch welche Entgelte hierfür anfallen od im Gesamtpreis enthalten sind. – **Nr 9:** Mit Hs 1 ist das gesamte Entgelt (Kaufpreis, § 433 II, § 453 I) gemeint, das für das TeilzeitWohnR zu entrichten ist. Finanziergskosten fallen nicht darunter. Hs 2: Die BerechnsGrdlagen müssen nicht in jede Einzelh aufgeschlüsselt werden. Zweifelh ist, ob der Betrag pauschal angegeben werden kann od für die aufgeführten Posten getrennt angegeben werden muss. Jedenfalls muss die Berechng für den Verbr nachvollziehbar sein. – **Nr 10:** Eine solche Regelg muss nicht bestehen od eingerichtet werden. Unabhäng davon kann der Verbr iR der gesetzl Regelg sein WohnR abtreten od dch Dritte ausüben lassen. Zu den Kosten gehören auch MitglBeiträge u Vermittlgsentgelte (BaRo/Eckert § 482 Anh Rn 8).
- 4 **4) Zusätzliche Prospektangaben (II).** Hs 1 der Nr 1 ist neu gefasst (Rn 1). Er verweist für den Inhalt der Widerrufsbelehrung auf § 360 I, der die Einzelh der Belehrg aufzählt. Eine sachl Änderg tritt dadch nicht ein. – **Nr 1.** Die Pfl des Untern, den Verbr über das WiderrufsR (§§ 485, 355) aufzuklären, besteht bereits für den Inhalt des Prospekts, also schon vor der Belehrg bei VertrAbschluss. Der Inhalt deckt sich mit dem der Belehrg (§ 485 I, § 355 II). Mit Angabe der (voraussichtl) Kosten der notariellen Beurkundg (§ 485 V 2) ist der Untern idR überfordert, wenn nicht alle angebotenen Objekte den gleichen Gesamtpreis haben. Andseits genügt dem Wortlaut zufolge nicht der bloße Hinw auf Notarkosten. – **Nr 2.** Es ist mind die Anschrift der InfoQuelle, auch Telefon- u Telefax-Nr anzugeben.
- 5 **5) Zusätzlicher Vertragsinhalt (III).** – **Nr 1.** Mit Wohnsitz dürfte auch die ladgsfah Anschrift gemeint sein. – **Nr 2.** Die Bezeichng kann zweckmäß nach der Wochenzahl erfolgen, aber auch nach Kalenderdatum od -monat, selbst nach dem sog Ferienkalender, wenn dieser beigelegt wird. Es kann die Zahl der Jahre (ab Vertr-Abschluss) od die Jahreszahl von Beginn u Ende angegeben werden. Einzelh der Ausüb: zB Anmelde bei örtl Betriebsleitg, Zahlg von Kosten gem I Nr 9. – **Nr 3.** Daraus folgt, dass dem Verbr nur dann die VertrKosten (insbes Notar u GBAmt) auferlegt werden dürfen, wenn dies im Vertr so (zusätzl) bestimmt ist. – **Nr 4.** Diese Angaben sind zur Erfüllung der Schriftform (§ 484 I 1) nicht notw (vgl § 126 Rn 3).

9. Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr 4/2009 etc

Durch Art. 12 des Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr 4/2009 und zur Neuordnung bestehender Aus- und Durchführungsbestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Unterhaltsverfahrensrechts v 23. 5. 11 (BGBl I 898) wurde Art. 18 EGBGB mit Wirkung ab 18. 6. 2011 aufgehoben. Nach Art. 22 des an seine Stelle getretenen Haager Unterhaltsprotokolls (kommentiert im Buch vor Art. 19 EGBGB) iVm dem entsprechenden EU-Ratsbeschluss gilt Art. 18 EGBGB jedoch in bestimmten Fällen für Unterhaltsansprüche aus der Zeit vor dem 18. 6. 2011 fort. Im Folgenden ist daher diese Vorschrift mit Kommentierung dargestellt (Texte aus der 70. Auflage 2011).

Zum *Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht* v 24. 10. 1956 vgl. im Buch Art. 18 HUntProt unter Rn 54. Text des Übereinkommens in Teil I Abschnitt C des Archivs.

EG 18 *Unterhalt.* (1)¹Auf Unterhaltspflichten sind die Sachvorschriften des am jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltenden Rechts anzuwenden.² Kann der Berechtigte nach diesem Recht vom Verpflichteten keinen Unterhalt erhalten, so sind die Sachvorschriften des Rechts des Staates anzuwenden, dem sie gemeinsam angehören.

(2) Kann der Berechtigte nach dem gemäß Absatz 1 Satz 1 oder 2 anzuwendenden Recht vom Verpflichteten keinen Unterhalt erhalten, so ist deutsches Recht anzuwenden.

(3) Bei Unterhaltspflichten zwischen Verwandten in der Seitenlinie oder Verschwägerten kann der Verpflichtete dem Anspruch des Berechtigten entgegenhalten, dass nach den Sachvorschriften des Rechts des Staates, dem sie gemeinsam angehören, oder, mangels einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit, des am gewöhnlichen Aufenthalt des Verpflichteten geltenden Rechts eine solche Pflicht nicht besteht.

(4) Wenn eine Ehescheidung hier ausgesprochen oder anerkannt worden ist, so ist für die Unterhaltspflichten zwischen den geschiedenen Ehegatten und die Änderung von Entscheidungen über diese Pflichten das auf die Ehescheidung angewandte Recht maßgebend.² Dies gilt auch im Fall einer Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und im Fall einer für nichtig oder als ungültig erklärten Ehe.

(5) Deutsches Recht ist anzuwenden, wenn sowohl der Berechtigte als auch der Verpflichtete Deutsche sind und der Verpflichtete seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.

(6) Das auf eine Unterhaltspflicht anzuwendende Recht bestimmt insbesondere,

1. ob, in welchem Ausmaß und von wem der Berechtigte Unterhalt verlangen kann,
2. wer zur Einleitung des Unterhaltsverfahrens berechtigt ist und welche Fristen für die Einleitung gelten,
3. das Ausmaß der Erstattungspflicht des Unterhaltsverpflichteten, wenn eine öffentliche Aufgaben wahrnehmende Einrichtung den ihr nach dem Recht, dem sie untersteht, zustehenden Erstattungsanspruch für die Leistungen geltend macht, die sie dem Berechtigten erbracht hat.

(7) Bei der Bemessung des Unterhaltsbetrags sind die Bedürfnisse des Berechtigten und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unterhaltsverpflichteten zu berücksichtigen, selbst wenn das anzuwendende Recht etwas anderes bestimmt.

1 1) **Allgemeines.** – a) Zugl mit der Verabschiedung des IPRG hat der BT dch Gesetz v 25. 7. 86, BGBl II 825, neben dem Haager Übk über die Anerkennung u Vollstrg von UnterhEntsch v 2. 10. 73, vgl dazu Anh Rn 9, auch dem **Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht** v 2. 10. 73 zugestimmt, vgl dazu Denkschrift BR-Drs 10/258 S 24 u Anh Rn 4–6. Das UnterhPflÜbk von 1973 ist für die BRep am 1. 4. 87 in Kraft getreten, Bek v 26. 3. 87, BGBl II 225 (mit Vorbeh aus Art 15). Es ersetzt nach Art 18 im Verh zu den and VertrStaaten das alte Haager Übk über das auf UnterhPfl ggü **Kindern** anwendb Recht v 24. 10. 56 (vgl dazu Anh Rn 1–3); im Ggsatz zu diesem Abk ist es nach Art 3 unter Verzicht auf das GgseitigkErfordern ohne Beschränkg des PersKreises auch bei gewöhnl Aufenth des Berecht in einem NichtVertrStaat anwendb (**loi uniforme**). Mit dem Inkrafttr des UnterhPflÜbk für die BRep war daher für eine autonome kollrechtl Regelg des Unterh kein Raum mehr; die kollrechtl Vorschr des UnterhPflÜbk, dh dessen Art 4–10 u 11 II, wurden aber im Interesse der Übersichtlichk des geltend dtschen IPR, vgl dazu Einl 18 v Art 3, mit geringen Abweichgen unmittelbar in den **Wortlaut** des Art 18 **eingestellt**. Trotz des Vorrangs der staatsvertragl Regelg vor dem autonomen dtschen KollRecht gem Art 3 Nr 2 **genügt** desh grdsätzl die Anwendg des **Art 18** bei der Bestimmg des UnterhStatuts (vgl Art 3 Rn 12, zustimmld Pirrung IPR S 155, Kartzke NJW **88**, 105, vgl dazu auch BGH NJW **91**, 2212, FamRZ **01**, 412, **05**, 1987); die Vorschr hat, obgleich in das IPRG aufgenommen, **staatsvertraglichen Charakter**; der Rückgriff auf die entspr Regelg des UnterhPflÜbk ist damit zwar keineswegs ausgeschl (vgl Denkschrift BT-Drs 10/258 S 27), jedoch **überflüssig** (vgl dazu zB Hamm FamRZ **96**, 951, Brdgbg FamRZ **06**, 1766, Erman/Hohloch Rn 2, AnwK/Gruber Rn 2, Looschelders Rn 3, PWW/Martiny Rn 2, aM Hbg FamRZ **93**, 101, Saarbr FamRZ **94**, 579, Kblz FamRZ **95**, 1439, Hamm FamRZ **98**, 25, MüKo/Siehr Rn 1, Staud/Mankowski Rn 5); eine Ausn greift für die Unteranknüpfg in MehrRStaaten gem Art 16 UnterhPflÜbk, vgl dazu Art 4 Rn 16. Das gleiche gilt für die Regelg des alten Haager Übk über das auf UnterhPfl ggü Kindern anwendb Recht v 24. 10. 56 (Anh Rn 3), die im Verh zu denjen Staaten weitergilt, die nicht zu den VertrPartnern des neuen UnterhPflÜbk gehören, vgl dazu Anh Rn 1; zwar besitzt auch das alte Übk v 24. 10. 56 gem Art 3 Nr 2 Vorrang vor dem autonomen dtschen IPR; die Regelg des Art 18 steht jedoch nicht in Widerspr zu den Vorschr des alten Übk einschl des in dessen Art 2 eröffneten Vorbeh, von welchem die BRep bei der Ratifizierung Gebrauch gemacht hat, vgl dazu Anh Rn 2; auch insow ist deshalb die Beschränkg auf die Anwendg des Art 18 unbedenkl, vgl Art 3 Rn 12. Bei der **Auslegung** des Art 18 gelten jedoch zT und Regeln als bei der Anwendg des autonomen dtschen IPR; bei ihr ist der staatsvertragl Charakter der Vorschr zu berücksichtigen, vgl Einl 7 f v Art 3.

2 Art 18 sowie das zugrundeliegende UnterhPflÜbk von 1973 werden mit Wirkg vom 18. 6. 11 dch **europäisches Kollisionsrecht** verdrängt werden. Ausgangspkt ist die vom Rat der EU am 18. 12. 08 erlassene VO Nr 4/2009 über die Zuständigk, das anwendb Recht, die Anerkennung u Vollstrg von Entsch u die ZusArbeit in UnterhSachen (EuUnterhVO) v 10. 1. 09 (ABl EU L 7/1, PalArch I; zur zeitl Anwendbarh vgl Art 76 Unterabs 4 EuUnterhVO; zum opt in des Vereinigten Königreichs sowie zur Sonderstellg Dänemarks Mansel/Thorn/Wagner, IPRax **10**, 1/6); hiermit wird zum ersten Mal der neue Ansatz der Kommission umgesetzt, Querschnittsverordngn für einz RGebiete zu schaffen, die Regeln für sämtl grenzüberschreitenden Fragen vorhalten (hierzu Mansel/Thorn/Wagner IPRax **10**, 1/7).

Indes enthält die EuUnterhVO – and als im Kommissionsvorschlag (dazu Boele-Woelki/Mom FPR **06**, 232, Wagner FamRZ **06**, 979) vorgesehen – keine eig KollNormen, sond verweist für die MitglStaaten, die dch das am 23. 11. 2007 abgeschl Haager Prot über das auf UnterhPfl anwendb Recht von 2007 (ABl EU 2009 L 331/17, PalArch I) gebunden sind, auf eben dieses (Art 15 EuUnterhVO). Auch wenn das Haager UnterhProt zum 18. 6. 11 völkerrechtl noch nicht in Kraft getreten sein sollte, wird es ab diesem Zeitpkt in den MitglStaaten der EU (mit Ausn Dänemarks u des Vereinigten Königreichs, die dem Haager UnterhProt vorläufig nicht beitreten) angewandt werden; maßgebll Ztpkt ist die Einl des Verf, die Billigg od der Abschluss des gerichtl Vergl bzw die Ausstellg der öff Urkunde (vgl Art 4 u 5 des Beschl des Rates v 30. 11. 09, ABl EU L 331/17; hierzu Andrae GPR **10**, 196/199).

Die Unterschiede der derzeit RLage sind gering (hierzu Andrae GPR **10**, 196/200). Gem Art 3 Haager UnterhProt ist für UnterhAnspr grdsätzl das Recht des Staates maßgebend, in dem die berechtigte Pers ihren gewöhnl

Aufenth hat. Insbes für den KindesUnterh sieht Art 4 Haager UnterhProt Durchbrechgen zG der lex fori des angerufenen Gerichts u der RÖrdng der gemeins Staatsangehörigk vor, wenn nach der Grdanknüpfg des Art 3 Haager UnterhProt keine UnterhPfl besteht. Art 8 Haager UnterhProt ermöglicht eine beschränkte RWahl.

Das Haager UnterhProt findet universelle Anwendg, gilt folgl auch dann, wenn auf das Recht eines NichtvertrStaates verwiesen wird (Art 2). Art. 18 EGBGB kommt künftig keine Bedeutg mehr zu, weshalb er aufgehoben werden soll. Die Haager UnterhÜbk von 1956 (vgl Anh zu Art 18 Rn 1) u 1973 (vgl Anh zu Art 18 Rn 4) werden im Verhältn der VertrStaaten künft durch das Haager UnterhProt ersetzt werden (Art 18).

b) Art 18 enthält eine **umfassende** Anknüpfungsregel für famrechtl UnterhPfl, die früher verstreut in verschiedenen einz KollNormen sowie dem erwähnten alten Haager Übk v 24. 10. 56 (Anh Rn 3) enthalten war. Dabei wird entspr dem staatsvertragl Hintergrd der allg Anknüpfungsregel jew auf **Sachvorschriften** od dtsches Recht als lex fori verwiesen; die Beachtg einer **Rück- oder Weiterverweisung** dch das IPR des zur Anwendg berufenen Rechts scheidet aus, Art 3 a I, vgl dazu Art 4 Rn 5–13; auch iRv Abs 4 werden nur die Sachnormen des vom Gericht angewandten Scheidgsstatuts berufen (BGH NJW **92**, 438). Der Vorbeh des **ordre public** gilt grdsätzl auch bei der Anwendg von Art 18 (vgl Art 4 des Übk v 24. 10. 56, Anh Rn 3, u UnterhPflÜbk 11, Anh Rn 6); wg der weitgehenden Sicherstellg des UnterhBerech dch Vorbeh zG der Anwendg dtschen Rechts, Abs 2 u 5, sowie der dch Abs 7 zwingnd vorgeschriebenen Berücksichtigg der Bedürfn des Berecht u der wirtschaftl Verh des Verpflichteten besteht aber für die Anwendg von Art 6 nur selten ein Bedürfn (vgl aber BGH NJW **91**, 2212 betr Härtefall bei GeschiedenenUnterh, Zweibr FamRZ **01**, 920, Kblz FamRZ **05**, 1877 sowie Art 6 Rn 28).

c) Eine ggü Art 18 u den beiden Haager Übk v 24. 10. 56 u 2. 10. 73 vorrang staatsvertragliche Sonderregelung, vgl dazu Art 3 Rn 13, enthält das dtsch-iran NiederlassgsAbk v 17. 2. 29, RGBI **30** II 1006 (noch in Kraft, vgl Bek v 15. 8. 55, BGBI II 829); UnterhAnspr iran Kinder gg einen iran Elternteil unterliegen daher weiterhin iran Recht (vgl BGH FamRZ **86**, 345, Schöten/Wittkowski FamRZ **95**, 268); ebsö Unterh-Anspr geschiedener iran Eheg (AG Kerpen FamRZ **01**, 1526, vgl ferner Zweibr FamRZ **01**, 920: Abk nicht erwähnt); bei verschiedenem Personalstatut der Beteiligten entfällt die Anwendbark des dtsch-iran Abk (BGH FamRZ **90**, 32, Bremen IPRax **85**, 296; bei Doppelstaatern entscheidet die effektive Staatsangehörigk).

d) Der Erleichterg der Geltendmachg von UnterhAnspr im Ausland, insbes in den Staaten des angloamerikan RKreises, dient das Auslandsunterhaltsgesetz v 19. 12. 86, BGBI 2563, das am 1. 1. 87 in Kraft getreten ist (vgl dazu Bach FamRZ **96, 1250, Wicke FPR **06**, 240). Das Gesetz regelt die ZusArbeit mit auslnd Gerichten u Behörden ähnl wie das UNÜbk über die Geltendmachg von UnterhAnspr im Ausland, vgl dazu Anh Rn 7. Es enthält keine kollrechtl od materiellrechtl Regelg. Zur Verbürgg der Ggseitigk nach AUG § 1 II vgl die Übersicht in FamRZ **90**, 1329 und Bek v 25. 2. 03, BGBI I 364; erfasst sind nahezu alle US-Bundesstaaten, viele kanad Provinzen und Südafrika (MüKo/Siehr Anh I Rn 24). Zu den verschiedenen Abk über die Dchsetzg von UnterhAnspr u -Entsch vgl Anh Rn 7–10, Boehm DAVorm **00**, 1041, Wagner FamRZ **05**, 410. Zur **Anerkennung** auslnd UnterhEntsch vgl Anh Rn 8–10; soweit keine staatsvertragl Regelg besteht, gelten die allg Vorschr, insbes die Brüssel I-VO bzw FamFG 109; zur Abänderg auslnd UnterhEntsch vgl Rn 12 u 17.**

e) Die Neuregelg in Art 18 gilt gem Art 220 II, vgl dort Rn 7, für alle nach dem 1. 9. 86 fällig gewordenen UnterhAnspr (vgl dazu BGH FamRZ **91, 925, **93**, 176, **05**, 1987) u damit auch für die Abänderg einer vor dem 1. 9. 86 erlassenen UnterhEntsch. Die intertemporale Regelg in UnterhPflÜbk 12 (Anh Rn 4–6) stimmt (zeitl versetzt zum 1. 4. 87) mit diesen Grds überein. Art 220 II gilt auch für den ScheidgsUnterh (BGH FamRZ **91**, 925, FamRZ **93**, 176); wg Abs 4 kam es aber insow am 1. 9. 86 nicht zu einem Statutenwechsel.**

2) Grundsätzliche Anknüpfung des Unterhaltsstatuts (Absätze 1 und 2). Art 18 verfolgt bei der Bestimmg des UnterhStatuts das Ziel, eine dem UnterhBerech günst RÖrdng zu berufen. Die Anknüpfg nimmt desh entgg den Grdprinzipien des IPR, vgl Einl I v Art 3, auch auf den Inhalt der in Betr kommden Sachnormen Rücksicht; eine abweichde RWahl ist nicht vorgesehen. Die so entstandene abgestufte Regelg entspr

UnterhPflÜbk 4–6; allerd wird dabei an Stelle der von UnterhPflÜbk 6 berufenen lex fori in Abs 2 dtsches Recht gesetzt; dies ist jedoch bei der Anwendg des Übk im Inland unbedenkli; die GrdsAnknüpfg des Unterh-Statuts ist auch mit dem alten Übk v 24. 10. 56 (Anh Rn 3) in dessen sachl Anwendungsbereich vereimb, vgl dessen Art 1 I u II 3. Soweit Art 18 auslnd Recht beruft, können die darauf gegründeten UnterhLeistgen nicht steuermindernd berücksichtigt werden (vgl dazu BVerfG FamRZ **05**, 1813).

a) Grundsatz. UnterhAnspr sind nach **Absatz 1 Satz 1** grdsätzl nach dem materiellen Recht am jew **gewöhnlichen Aufenthalt** (zum Begriff vgl Art 5 Rn 10, 11) des UnterhBerech zu beurteilen. Das Statut ist **wandelbar**; mit Verlegg des gewöhnl Aufenth in einen and Staat unterliegt die UnterhPfl ex nunc einem and Recht (vgl dazu Düss FamRZ **95**, 37; Köln FamRZ **05**, 534); eine unter dem bish Statut wirks getroffene UnterhVereinbg, zB im Zushang mit einer Abfindg, behält aber grdsätzl ihre Gültigk (Hamm FamRZ **98**, 1532, MüKo/Siehr Art 18 Anh I Rn 233); eine Ausn gilt jedoch für die Vereinbg über den nahehel Unterh, die nach dem tatsächl angewandten Scheidgsstatut zu beurteilen ist (BGH FPR **09**, 48, vgl Rn 12), welches erst bei Eintritt der Rechtshängigk des ScheidgsAntr bestimmt werden kann. Eine Ausn von der primären Anknüpfg an den gewöhnl Aufenth des Berecht gilt nach Abs 5, vgl Rn 13.

b) Durchbrechung. Gewährt das Recht seines jew gewöhnl Aufenth (ggf also auch das dtsche Recht, Köln IPRspr **90** Nr 107) dem UnterhBerech keinen UnterhAnspr, so ist die UnterhPfl nach **Absatz 1 Satz 2** subsidiär nach dem **gemeinsamen Heimatrecht** der Part zu beurteilen; ob ein solches vorhanden ist, beurteilt sich bei Mehrstaatern nach Art 5 I (ausschließl Berücksichtigg der effektiven bzw dtschen Staatsangehörigk, str, wie hier Erman/Hohloch Rn 16, AnwK/Gruber Rn 25, aM Staud/Mankowski Anh I Rn 192, MüKo/Siehr Anh I Rn 133). Voraussetzung der subsidiären Anwendg eines gemeins HeimatR ist, dass der UnterhBerech nach dem Recht an seinem gewöhnl Aufenth vom Verpflichteten überhaupt **keinen** Unterh erhält (Hamm FamRZ **99**, 888, Brdbg FamRZ **06**, 1766, MüKo/Siehr Anh I Rn 118), etwa wg Ablaufs einer Klagefrist gg den nichtehel Vater, vgl Karlsr DAVorm **79**, 537); dass ein Anspr gg eine and Pers besteht, zB die Mutter, ist dabei unerhebl. Dagg ist für die Anwendg von S 2 **nicht** ausreichend, dass das UnterhStatut gem Abs 1 S 1 dem Berecht gg den Verpflichteten Anspr wg mangelnder Bedürftigk verweigert (Hamm FamRZ **98**, 25) od nur in geringerer Höhe od mit kürzerer Laufzeit einräumt als das gemeins HeimatR (Karlsr FamRZ **90**, 1351, Hamm NJW-RR **92**, 710, insow aM Erman/Hohloch Rn 17), zB zwar Unterh, aber keinen Prozesskostenvorschuss (KG FamRZ **88**, 167/69); Korrekturmöglichk nach Abs 7 bleibt jedoch unberührt (BGH NJW **91**, 2212, Hamm NJW-RR **92**, 710

u Rn 20). Ist die Voraussetzung der Anwendbarkeit von S 2 erfüllt, so ist der Anspruch in vollem Umfang, dh nach Grad u Höhe nach dem gemeinsamen HeimatR zu beurteilen, vgl Rn 16, 17.

- 10 c) Ersatzweise Heranziehung deutschen Rechts.** Gewährt das Recht des jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalts dem Berechtigten dem Grade nach überhaupt keinen Unterhaltanspruch, vgl dazu Rn 9 (also nicht etwa nur in geringerer Höhe, Hamm NJW-RR 92, 710 od weil die Anspruchsvoraussetzungen, zB Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, im konkreten Fall nicht erfüllt sind, BGH FamRZ 01, 412, Hamm FamRZ 00, 29, Nürnberg 16. 4. 10 Az 7WF 492/10, krit Henrich IPRax 01, 437), u ist ein gemeinsamer HeimatR der Part nicht vorhanden od versagt auch dieses den Anspruch, so ist die Unterhaltspflicht in letzter Linie nach deutschem Recht zu beurteilen, **Absatz 2** (Hamm NJW-RR 10, 74, 76: kein Anspruch der nichtehelichen Mutter gg den Kindesvater nach chinesischem Recht). Gewährt auch dieses keinen Anspruch, so hat es damit seinen Bewand. Ist der Anspruch nach deutschem Recht begründet, so entscheidet dieses auch über seinen Umfang, vgl Rn 16, 17. Für den naheheulichen Unterhalt enthält Abs 4 eine vorrangige Sonderregelung, vgl Rn 12.
- 11 3) Ausnahmen. – a) Einschränkung bei entfernter Beziehung (Absatz 3).** Die Anknüpfung des Unterhaltsstatuts nach Abs 1 u 2 berücksichtigt vor allem die Verhältnisse des Berechtigten, der durch Verlegung seines gewöhnlichen Aufenthalts das anwendbare Recht grundsätzlich frei manipulieren kann, vgl Einl 25 f v Art 3. Dies erscheint unbillig bei ihrer Art nach ungewöhnlichen Unterhaltspflichten, die nur relativ wenige Rordnungen aufstellen. Aus diesem Grund gewährt Abs 3 dem von einem Verwandten in der Seitenlinie od einem Verschwägerten in Anspruch genommenen Unterhaltsschuldner eine Einrede (vgl FG RHPf IPRspr 00 Nr 75, MüKo/Siehr Anh I Rn 149) gg die nach dem Unterhaltsstatut gem Abs 1 an sich bestehende Unterhaltspflicht, wenn das gemeinsame HeimatR der Part (bei Mehrstaaten vgl Art 5 I, str) od in dessen Ermangelung das Recht am gewöhnlichen Aufenthalts des Verpflichteten eine solche Pflicht nicht kennt. (Steuerrechtlich sind Unterhaltsschuldner an Verwandte in der Seitenlinie auch dann nicht abzugsfähig, wenn nach dem Unterhaltsstatut eine Leistungspflicht besteht, BFH FamRZ 02, 1708, krit Gebauer/Hufeld IPRax 04, 327). – Diese Regelung entspricht UnterhaltspflichtÜbk 7; sie ist auch mit dem alten Übk v 24. 10. 56 (Anh Rn 3) in dessen auf Kinder unter 21 Jahre beschränktem Anwendungsbereich vereinbar, vgl dessen Art 5 I u zur Anerkennung einer Unterhaltspflicht eines Verschwägerten dessen Art 4.
- 12 b) Maßgeblichkeit des tatsächlichen Eheauflösungsstatuts (Absatz 4).** Die Unterhaltspflicht zw geschiedenen Ehegatten (also nur der Nachscheidigen Unterhalt, Hamm NJW-RR 92, 710) unterliegt nach Abs 4 dem auf die Ehescheidung angewandten Recht (krit zu dieser akzessorischen Anknüpfung Schwarz/Scherpe FamRZ 04, 665). Maß ist das Recht, nach welchem die Ehe tatsächlich geschieden worden ist (BGH FamRZ 87, 682; auch zur Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung, BGH NJW 91, 2212, FamRZ 93, 789), bei Scheidung im Inland also das gem Art 17 vom deutschen Gericht zugrundegelegte Scheidungsstatut (vgl Zweibr FamRZ 01, 920, Düss FamRZ 02, 1118, Oldbg 11. 5. 10 Az 13 UF 87/09), bei einer im Inland anzuerkennenden Auslandscheidung, vgl Art 17 Rn 29–36 u 42, das vom ausländischen Gericht in der Sache angewandte Recht (vgl BGH NJW 91, 2212, 02, 145, Zweibr FamRZ 97, 93, Stgt IPRspr 02 Nr 89), das nicht notw dem von Art 17 berufenen zu entsprechen braucht. Das gleiche gilt bei einer Ehetrennung ohne Auflösung des Ehebandes (Düss IPRspr 93 Nr 84, Karlsruh FamRZ 99, 605), bei Nichtigkeits- od Aufhebung der Ehe; zur Auflösung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft vgl Art 17b Rn 9. Durch die Neuregelung der Anerkennung von Entscheidungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union nach Brüssel II a-VO 21 f v 27. 11. 03, vgl Art 17 Rn 29, hat sich hieran nichts geändert. Das tatsächlich angewandte Scheidungsstatut entscheidet auch über die Wirksamkeit einer vor der Scheidung geschlossenen Vereinbarung über den naheheulichen Unterhalt (BGH 178, 322, Düss FamRZ 02, 1118 betr Ehevertrag nach jüdischem Recht, BaRo/Heiderhoff Rn 57, aM Henrich FS Groß S 119: Analogie zu Art 26 V), vgl Rn 8. Die Unterhaltspflicht **getrennt** lebender Ehegatten beurteilen sich nach Abs 1 u 2 (Hamm NJW-RR 92, 710, Karlsruh FamRZ 92, 58). Eine auch gg Abs 4 vorrangige Sonderregelung enthält Abs 5 (vgl Rn 13). Versagt das Scheidungsstatut den Unterhaltanspruch, so kann nicht auf Abs 2 zurückgegriffen werden (BGH NJW 91, 2212, Mü IPRspr 93 Nr 88, Zweibr FamRZ 97, 1404), uU kommt aber ein Verstoß gg den ordre public in Betracht (vgl dazu BGH aaO, Boele/Woelki IPRax 98, 494 sowie oben Rn 3). Dem tatsächlich Eheauflösungsstatut unterliegt nach Abs 4 S 1 auch die **Abänderung einer Entscheidung** über die Unterhaltspflicht. Die Abänderung ausländischer Unterhaltstitel ist völkerrechtlich zulässig (BGH FamRZ 83, 806); sie unterliegt nach Abs 4 sachl dem vom Erstgericht angewandten Eheauflösungsstatut; vgl dazu auch Rn 16, 17 (zur Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung BVerfG FamRZ 94, 751). – Abs 4 entspricht UnterhaltspflichtÜbk 8; das alte Übk v 24. 10. 56 (Anh Rn 3) ist sachl nicht einschlägig.
- 13 c) Anwendung deutschen Rechts bei starkem Inlandsbezug (Absatz 5).** Eine Ausn von der Anwendg des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalts des Berechtigten od der Maßgeblichkeit des Eheauflösungsstatuts gem Abs 4 (vgl BGH NJW 91, 2212, Hamm FamRZ 01, 918, Steinbach FamRZ 01, 1525), gilt nach Abs 5, wenn beide Part Deutsche iSv GG 116 I sind (auch wenn sie daneben noch eine ggf effektivere ausländische Staatsangehörigkeit besitzen) **und** der Verpflichtete seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort im Inland, dh im Geltungsbereich des GG (BVerfG IPRspr 99 Nr 67), hat (bloßer Wohnsitz genügt nicht, Stgt IPRspr 87 Nr 76); die Gleichstellung von Staatenlosen u Flüchtlingen mit deutschem Personalstatut ist unbedenklich (vgl Karlsruh FamRZ 91, 1449, Hamm FamRZ 94, 573, Art 5 Rn 9 u Anh zu Art 5 Rn 27). Bei so weitgehendem Inlandsbezug gilt nach Abs 5 **deutsches** Recht auch dann, wenn der Berechtigten seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort im Ausland hat u Unterhaltsstatut nach Abs 1 S 1 desh an sich ausländisches Recht wäre (vgl zB Hamm NJW-RR 94, 331, Düss FamRZ 94, 111, Mü FamRZ 98, 503) od die Ehe nach ausländischem Recht geschieden worden ist (Düss FamRZ 92, 953, Hamm FamRZ 01, 918, Steinbach ebda 1525, Erman/Hohloch Rn 24). – Die Regelung entspricht UnterhaltspflichtÜbk 15; die BRen hat einen entspr Vorbeh bei der Ratifizierung des Abk erklärt, vgl Bek v 26. 3. 87, BGBl II 225; die Regelung ist auch mit dem alten Übk v 24. 10. 56 (Anh Rn 3) vereinbar, vgl dessen Art 2 u dazu ZustimmungsgG I a v 24. 10. 56 idF des ErgänzungsgG v 2. 6. 72, BGBl II 589.
- 14 4) Anwendungsbereich. – a) Bei der Beurteilung einer Unterhaltspflicht auftretende Vorfragen,** zB Gültigkeit einer Ehe, (ehelich od nichtehelich) Abstammung, Zustandekommen einer Adoption, sind wg des staatsvertraglichen Charakters des Art 18 **unselbständig** anzuknüpfen, vgl Einl 30 v Art 3, dh nach dem vom IPR des Unterhaltsstatuts zur Anwendg berufenen Recht zu beurteilen (ebso LG Dortmund NJW-RR 90, 12, Strunk FamRZ 91, 654, grdsätzl auch Erman/Hohloch Rn 11, aM Staud/Mankowski Anh I Rn 37, AnwK/Gruber Rn 78, differenzierend MüKo/Siehr Anh I Rn 242). Dies gilt insbes bei der **Feststellung der Vaterschaft** im Zusammenhang mit der Beurteilung des Unterhaltanspruchs eines Kindes (vgl BGH NJW 76, 1028). Ist **deutsches** Recht nach Abs 1, 2 od 5 Unterhaltsstatut, so beurteilt sich die Vaterschaftsfeststellung also nach dem von **Art 19 I** bezeichneten Recht. Danach wird alternativ neben dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes auch das HeimatR beider Elternteile sowie uU zusätzl das Ehwirkungsstatut gem Art 14 I berufen, also im Interesse des Kindes im Ergebnis auch eine Vaterschaftsfeststellung

nach deutschem Recht ermöglicht, die Sperrwirkung des § 1600d IV somit überwunden; die akzessorische Anknüpfung der Vaterschaftsfeststellung bei deutschem Unterhaltsstatut ist damit überflüssig geworden.

b) Sachlich bestimmt Art 18 das auf **Unterhaltspflichten** aller Art anwendbare Recht. – **aa)** Wie sich aus Unterhaltspflichtübungs 1 ergibt, sind damit nur Unterhaltspflichten gemeint, die sich aus Beziehungen der Familie, Verwandtschaft, Ehe oder Schwägerschaft ergeben, einschließend der Unterhaltspflicht gegenüber einem (nichtehelichen) Kind (vgl. Begründung BT-Drs 10/504 S 63), sowie der aus Schwangerschaft, Geburt und Kindesbetreuung erwachsenen Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber der mit ihm nicht verheirateten Mutter, vgl. § 1615 I, und umgekehrt der Mutter gegenüber dem Vater (Betreuungsunterhalt, vgl. § 1615 IV). Seit der Einfügung von Art 17b I ist Art 18 zweifelsfrei auch auf die Unterhaltspflicht aus einer eingetragenen Lebenspartnerschaft anzuwenden (vgl. dazu Wagner IPRax 01, 285, sowie Art 17b Rn 9), nicht aber auch auf Unterhaltsansprüche bei Beendigung einer sonstigen Lebensgemeinschaft (vgl. Erman/Hohloch Rn 26, aM MüKo/Siehr Anh I Rn 39, Staud/Mankowski Anh I Rn 112). Nicht hierher gehören ferner etwa güterrechtliche Ausgleichleistungen (Karlsruher FamRZ 89, 748, ablehnend Hausmann IPRax 90, 382), ebensowenig Unterhaltszahlungen aufgrund deliktischer oder vertraglicher Schadenersatzpflichten, wohl aber das Bestehen einer familienrechtlichen Unterhaltspflicht als Vorfrage eines deliktischen Schadenersatzanspruchs wegen entgangenen Unterhalts, vgl. dazu Art 40 Rn 18; dass ein Unterhaltsanspruch selbst als Schadenersatzanspruch konstruiert ist, steht der Anwendung von Art 18 ebenfalls nicht entgegen (StGT FamRZ 93, 975, Karlsruher NJW-RR 06, 369); zu Unterhaltsansprüchen gegen den Nachlass Art 25 Rn 10.

bb) Das nach Art 18 zu bestimmende Unterhaltsstatut entscheidet nach **Absatz 6 Nr 1** über das **Bestehen** des Anspruchs, also insbesondere Beginn und Beendigung einschließend Altersgrenze (Hamm FamRZ 99, 888, aM Mäsch FS Heldrich S 857), sowie Verjährung und Verwirkung, Erlöschen durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten, Art 25 Rn 17, Leistungsfähigkeit des Verpflichteten (Hamm FamRZ 90, 1137), Rang mehrerer Unterhaltspflichten (StGT IPRspr 01 Nr 76, BaRo/Heiderhoff Rn 29, Martiny FS Jayme S 575), Unterhaltsverzicht (Karlsruher FamRZ 92, 316); zu den Auswirkungen eines Statutenwechsels vgl. Rn 9. Das Unterhaltsstatut regelt ferner das **Ausmaß** des Unterhalts, also Art (zB Naturalunterhalt, vgl. BGH NJW 92, 974) und Höhe der Unterhaltsleistungen (zB Anrechnung von Kindergeld, vgl. BGH NJW 04, 3111), was eine faktische Berücksichtigung der Lebensverhältnisse im Land des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Parteien nicht ausschließt (vgl. Düss NJW-RR 97, 387). Das Unterhaltsstatut bestimmt auch die **Währung**, in der zu zahlen ist (Erfüllung daher grundsätzlich in der Währung am gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten, sofern dem Verpflichteten die Zahlung in dieser Währung nicht unmöglich oder dem Berechtigten wegen der an seinem gewöhnlichen Aufenthalt herrschenden Inflation, Rottweil DAVorm 88, 195, oder der für ihn geltenden Devisenvorschriften unzumutbar ist, vgl. BGH FamRZ 87, 370; keine Erfüllung durch einen im Aufenthaltsstaat des Berechtigten lebenden Dritten in dortiger Währung, NJW 90, 2197, FamRZ 92, 1060/1063). Für den Unterhaltsbedarf maßgebend ist allein der Binnenwert der Währung, nicht die Wechselkursentwicklung (Hamm FamRZ 94, 763; zum Fortbestehen von Kaufkraftunterschieden trotz Einführung des Euro Krause FamRZ 02, 145). Leben Unterhaltsberechtigter und Unterhaltspflichtiger in Ländern mit unterschiedlichem Lebensstandard, so ist der Unterhaltsbedarf zwar grundsätzlich nach dem tatsächlichen Verhältnisse am Aufenthaltsort des Berechtigten zu bestimmen (vgl. zB BGH FamRZ 87, 682, Hamm FamRZ 89, 625, JAmt 07, 272), darüber hinaus jedoch, soweit das Unterhaltsstatut es gestattet, auch eine

gewisse Teilhabe an den besseren Lebensbedingungen am Aufenthaltsort des Verpflichteten zu gewähren (st. Rspr, vgl. zB Karlsruher FamRZ 91, 600, Schleswig IPRspr 91 Nr 102, Nürnberg FamRZ 97, 1355, Kblz FamRZ 98, 1532, Hamm IPRax 02, 529 betr. Anwendbarkeit der Regbetriebsverordnung, vgl. dazu Bischoff ebda 511), and bei Ehegattenunterhalt, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft nur im Ausland bestand (Hamm FamRZ 89, 625, Kblz FamRZ 92, 1428 u 1442). Zur Berechnung der Unterhaltsansprüche in **Polen** lebender Kinder vgl. zuletzt KG FamRZ 02, 1057, Hamm IPRax 02, 529, AG Leverkusen FamRZ 04, 727, zur Unterhaltspflicht des in Polen lebenden Vaters gegenüber dem im Inland lebenden Kind Hamm FamRZ 90, 1137; zum Unterhalt der in Polen lebenden Ehefrau BGH FamRZ 01, 412, Hamm FamRZ 05, 369; zum Unterhaltsbedarf des in **Bulgarien** lebenden Kindes Kblz FamRZ 98, 1532, Buseva FamRZ 97, 264, in **Chile**, Brem DAVorm 99, 244, in **Kasachstan** Brdbrg FamRZ 06, 1766, in **Russland**, Kblz FamRZ 02, 56, Zweibr. FamRZ 04, 729, in **Serbien**, StGT FamRZ 99, 887, **Slowenien**, Hannover FamRZ 98, 858, **Tschechien**, Mü FamRZ 98, 857, Karlsruher FamRZ 98, 1531, in der **Türkei**, Zweibr. FamRZ 99, 33, Mü FamRZ 02, 55, StGT NJW-RR 08, 1034, Nürnberg FamRZ 08, 1755. Bei der Bemessung der Höhe des Unterhalts eines im Inland lebenden Unterhaltsberechtigten können trotz Anwendbarkeit ausländischer Unterhaltsregeln auch die deutschen Unterhaltstabellen berücksichtigt werden (vgl. Düss NJW-RR 97, 388); praktisch spielt dies wegen der grundsätzlichen Anknüpfung der Unterhaltspflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt nach Abs 1 u der ergänzenden Anwendung des deutschen Rechts nach Abs 2 u 5 nur bei Unterhaltsansprüchen nach Eheauflösung eine Rolle, die nach Abs 4 nach dem tatsächlichen angewandten Eheauflösungsstatut zu beurteilen sind, vgl. Rn 12.

Das Unterhaltsstatut bestimmt auch über einen **Auskunftsanspruch** sowie die **Prozesskostenverschuldungspflicht** als Ausfluss der Unterhaltspflicht (BGH FamRZ 94, 558, LG Kiel FamRZ 96, 47, Zweibr. FPR 02, 539, Köln FamRZ 03, 544, Bamberg FamRZ 05, 1682), etwa bei Getrenntleben der Ehegatten oder im Zusammenhang mit einer Ehescheidung (KG FamRZ 88, 167, StGT IPRax 90, 113; bei Fehlen eines materiellrechtlichen Anspruchs Anpassung, vgl. dazu Hamm FamRZ 93, 69, Morweiser IPRax 92, 65, Eidenmüller ebda 356, aM Karlsruher IPRax 87, 38; Anwendung der lex fori); zur Qualifikation der Morgengabe vgl. Art 13 Rn 9, zum Verhältnis zwischen Morgengabe und Unterhaltsanspruch BGH NJW 10, 1528, Köln FamRZ 07, 1559; zur Zuteilung von **Hausrat** u **Ehewohnung** vgl. jetzt Art 17a, ferner Art 14 Rn 18 u 17 Rn 17. Auch die **Person** des Unterhaltsschuldners ist nach dem Unterhaltsstatut zu bestimmen; zur Anknüpfung der Vorfrage der (ehelichen oder nichtehelichen) Abstammung vgl. oben Rn 14. Das von Art 18 aktuell berufene Recht entscheidet auch über die sachrechtliche Voraussetzungen einer **Abänderung** einer **Unterhaltsentscheidung** aufgrund von Veränderungen in der Lage des Berechtigten oder Verpflichteten (vgl. Denkschrift BT-Drs 10/258 S 65, BGH NJW-RR 87, 770, Karlsruher FamRZ 90, 313, KG FamRZ 93, 976/978, Dresdener FamRZ 94, 708, Hamm FamRZ 95, 882, AnwK/Gruber Rn 120, MüKo/Siehr Anh I Rn 323, PWW/Rausch Rn 25, Riegner FamRZ 05, 1799, str., and Karlsruher FamRZ 89, 1210, Saarbr. IPRax 89, 396, Düss FamRZ 89, 1335, Mü NJW-RR 90, 649, Baumann IPRax 94, 438, offen gelassen BGH FamRZ 92, 1060/62, Celle FamRZ 93, 103, KG FamRZ 94, 759/60, Köln FamRZ 05, 534); auch Art u Ausmaß der Abänderung unterliegen dem Unterhaltsstatut (KG FamRZ 93, 976/78, Köln FamRZ 05, 534, Kartze NJW 88, 107); dies gilt auch für die Anwendbarkeit von ZPO 323 III (das frühere strenge Rückwärtsverbot wurde durch Einfügen von S 2 abgemildert; für prozessrechtliche Qualifikation Düss FamRZ 93, 346, Hamm FamRZ 93, 1477, vgl. dazu auch BGH FamRZ 93, 43, Bamberg NJW-RR 98, 363, Karlsruher FamRZ 99, 309); für das Abänderungsverfahren gilt deutsches Recht als lex fori (Hamm FamRZ 91, 718; zur Anerkennung des ausländischen Urteils als Zulässigkeitsvoraussetzung Hamm FamRZ 93, 189; die internat. Zuständigkeit ergibt sich aus der Brüssel I-VO, Nürnberg NJW 05, 1054, Riegner FamRZ 05, 1799); zur Sonderregelung nach Abs 4 bei Ehescheidung vgl. Rn 12. – **cc)** Nach **Absatz 6 Nr 2** regelt das Unterhaltsstatut auch die **Klageberechtigung** (**Aktivlegitimation**) sowie die **Vertretung** eines Kindes im Verfahren (vgl. dazu BGH FamRZ 90, 1103/07, NJW 92, 974, StGT FamRZ 91, 595, 99, 312, vgl. aber auch FamRZ 99, 887, Hamm FamRZ 93, 189/90, 96, 951,

KG FamRZ 98, 378, Henrich FamRZ 01, 1613, für alternative Anknüpfung LG Bln FamRZ 91, 103, MüKo/Siehr Anh I Rn 292, Kropholler IPR § 47 II 4c) sowie etwaige Klagefristen; zur Verj vgl Rn 16. **dd)** Das UnterhStatut entscheidet nach **Absatz 6 Nr 3** ferner über eine **Erstattungspflicht** des UnterhSchuldners ggü einer in Vorleistg getretenen öff Einrichtg, zB einer Gemeinde (Köln IPRspr 91 Nr 100b), UnterhVorschusskasse od Jugend- u Sozialbehörde sowie gemeinwirtschl betriebenen Krankenhäusern (Brückner IPRax 92, 367, Wandt VersR 92, 616). **Ob** der betr Einrichtg überhaupt ein ErstattgAnspr zusteht, sei es aus originärem Recht od aus gesetzl FdgsÜbergang, regelt die für sie geltde ROrdng, nach der sie tätig geworden ist (Düss FamRZ 01, 919, Martiny IPRax 04, 198). Ledigl das **Ausmaß** der ErstattgPfl des UnterhSchuldners unterliegt dem UnterhStatut; auf einen etwa krG übergegangenen Anspr ist also weiterhin das vor dem AnsprÜbergang maßg Recht anzuwenden; dies gilt auch für die Verj (Düss FamRZ 01, 919, aM Wandt ZVglRWiss 87, 296). Zur Anwendbar der Brüssel I-VO auf die Rückgriffsklage s EuGH FamRZ 03, 85, IPRax 04, 240.

19 c) Die Regelg des Abs 6 entspricht inhaltl UnterhPflÜbk 9 u 10, sowie Art I I u III des alten Übk v 24. 10. 56 (Anh Rn 3).

20 5) **Ergänzende Sachnorm zur Bemessung des Unterhalts (Absatz 7)**. Unabhäng von dem zur Anwendg berufenen UnterhStatut sind bei der Bemessg des UnterhBetrags nach Abs 7, der UnterhPflÜbk 11 II entspricht, in jedem Fall die Bedürf des Berecht u die wirtschaftl Verh des Verpflichteten zu berücksichtigen. Die Vorschr ist eine Konkretisierg des ordre public-Vorbeh (vgl Karlsru FamRZ 99, 309, Düss FamRZ 02, 1118, Köln NJW-RR 04, 73/76) u steht desh auch mit Art 4 des alten Übk v 24. 10. 56 (Anh Rn 3) in Einklang. Abs 7 enthält eine **Sachnorm** mit internat zwingendem Charakter, die nicht anzuwenden ist, wenn das maßg UnterhStatut **beide** Gesichtspkte auf seine Weise in irgendeiner Art berücksichtigt (vgl Köln FamRZ 95, 1582, 96, 490; Hamm JAmt 04, 99; Erman/Hohloch Rn 39); die prakt Bedeutg der Regelg ist demnach sehr gering (weitergehnd BGH NJW 91, 2212, Hamm NJW-RR 92, 710; Korrektur bis zur Gewähr angem Unterh, Karlsru FamRZ 90, 313; Selbstbehalt wie im AufenthStaat, vgl auch Hamm FamRZ 89, 1084/1086, SozG Stgt FamRZ 92, 234, Henrich IPRax 92, 86).

21 6) **Innerdeutsches Kollisionsrecht**. Mit dem Inkrafttr des BGB in der früheren DDR, vgl Anh zu Art 3 Rn 1, haben sich die kollrechtl Probleme weitgehend erledigt; vgl dazu 64. Aufl Rn 21.

10. Rom III-Verordnung

Seit dem 21. 6. 2012 gilt für seither eingeleitete Scheidungs- und Trennungsverfahren die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts vom 20. 12. 2010 (ABl EU Nr L 343 S 10, Rom III-Verordnung, Kommentierung im Buch nach Art. 17 EGBGB). Dadurch ist Art. 17 Abs. 1 EGBGB für diese Verfahren praktisch gegenstandslos geworden, er soll nach dem im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Anpassungsgesetz (BT-Drs 17/11049) durch eine Verweisung auf die Verordnung ersetzt werden. Art. 17 Abs. 3 EGBGB bedarf der Anpassung. Für Altverfahren gilt jedoch der bisherige Rechtszustand fort (vgl. Art. 18 Rom III-VO). Zu Einzelheiten vgl. die Art. 17 Rn 1 und die Vorbemerkung vor Art. 1 Rom III-VO in der 72. Auflage. Im Folgenden ist die bisher geltende Fassung des Art. 17 EGBGB mit Vorschriftentext und Kommentierung dargestellt (Texte aus der 71. Auflage 2012).

EG 17 Scheidung. (1) ¹ Die Scheidung unterliegt dem Recht, das im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist. ² Kann die Ehe hiernach nicht geschieden werden, so unterliegt die Scheidung dem deutschen Recht, wenn der die Scheidung begehrende Ehegatte in diesem Zeitpunkt Deutscher ist oder dies bei der Eheschließung war.

(2) Eine Ehe kann im Inland nur durch ein Gericht geschieden werden.

(3) ¹ Der Versorgungsausgleich unterliegt dem nach Absatz 1 Satz 1 anzuwendenden Recht; er ist nur durchzuführen, wenn danach deutsches Recht anzuwenden ist und ihn das Recht eines der Staaten kennt, denen die Ehegatten im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags angehören. ² Im Übrigen ist der Versorgungsausgleich auf Antrag eines Ehegatten nach deutschem Recht durchzuführen,

1. wenn der andere Ehegatte in der Ehezeit eine inländische Versorgungsanwartschaft erworben hat oder
2. wenn die allgemeinen Wirkungen der Ehe während eines Teils der Ehezeit einem Recht unterlagen, das den Versorgungsausgleich kennt,

soweit seine Durchführung im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse auch während der nicht im Inland verbrachten Zeit der Billigkeit nicht widerspricht.

- 1 **1) Allgemeines.** – a) Art 17 I unterstellt Voraussetzungen u Folgen einer Ehescheidung im Interesse einer einheitl Anknüpfung aller RBeziehungen zw den Eheg dem von der GrdsKollNorm des Art 14 zur Anwendg berufenen Recht, vgl dort Rn 1. Die einheitl Anknüpfung von allg Ehwirkungen u Ehescheidung ist auch wg des inhaltl Zusammenhangs der aus der Ehe erwachsenden Pflichten mit den scheidungsrechtl Folgen ihrer Verletzung zweckmäßig. Seit der Reform des KindschR dch das G v 16. 12. 97, BGBl 2942 unterliegt das RVerh zw einem Kind u seinen Eltern einheitl dem Recht des gewöhnl Aufenthalts des Kindes; dies gilt insbes für die Regel der elterl Sorge bei od nach Ehescheidung (vgl Düss NJW-RR 09, 1515, Karlsruh NJW-RR 90, 777, Schlesw FamRZ 01, 1460, Henrich FamRZ 86, 850); zur Möglichk einer versteckten Rückverweisung s Art 4 Rn 2. Die Rückverweisung kommt insbes bei Staaten mit Domizilprinzip in Betr, also zB bei Argentinien (AG Freib u AG Bonn IPRax 89, 108, Schlesw IPRspr 01 Nr 63), Dänemark u Island (Schlesw SchlHA 82, 27), England (Hamm NJW 91, 3101), Ghana (Stgt FamRZ 03, 1669), Irland (Köln IPRax 89, 297, AG Minden IPRax 92, 108), Peru (AG Hbg NJW-RR 86, 374), Sri Lanka (Stgt FamRZ 05, 911), Ukraine (AG Leverkusen FamRZ 07, 1565); USA (Zweibr NJW-RR 99, 948, vgl dazu Bungert IPRax 93, 10), in gemischtnationalen Ehen auch bei Frankreich (BGH NJW 82, 1940), Österreich (Mü FamRZ 86, 807) u Türkei (Ffm FamRZ 04, 953, Düss FamRZ 05, 912, KG NJW 05, 2562, Odendahl IPRax 05, 320). Die Rückverweisung kann auf den Versorgungsausgleich grundsätzlich auch dann erstreckt werden, wenn dem betr ausländ Recht dieses RInstituts nicht bekannt ist (Stgt FamRZ 86, 687, Hamm IPRax 91, 197, aM Bamberg FamRZ 79, 930, Oldbg FamRZ 84, 715, AG Hbg NJW-RR 86, 374); zum Ausschluss von Rück- oder Weiterverweisung bei Abs 3 S 1 HS 2 vgl Rn 20. – Zum Vorrang des **Belegenheitsstatuts** s Art 3 a II u dort Rn 3 ff.
- 2 **b)** Soweit bei der Anknüpfung des Ehwirkungsstatuts gem Art 14 **Rück- oder Weiterverweisung** zu beachten sind (**nicht** also bei der Bestimmung des anwendb Rechts dch RWahl gem Art 14 II u III, vgl Art 14 Rn 3), gilt dies mittelb auch für die Anknüpfung des Scheidungsstatuts; maßg ist dabei die ausländ KollNorm für die Ehescheidung (vgl Düss NJW-RR 09, 1515, Karlsruh NJW-RR 90, 777, Schlesw FamRZ 01, 1460, Henrich FamRZ 86, 850); zur Möglichk einer versteckten Rückverweisung s Art 4 Rn 2. Die Rückverweisung kommt insbes bei Staaten mit Domizilprinzip in Betr, also zB bei Argentinien (AG Freib u AG Bonn IPRax 89, 108, Schlesw IPRspr 01 Nr 63), Dänemark u Island (Schlesw SchlHA 82, 27), England (Hamm NJW 91, 3101), Ghana (Stgt FamRZ 03, 1669), Irland (Köln IPRax 89, 297, AG Minden IPRax 92, 108), Peru (AG Hbg NJW-RR 86, 374), Sri Lanka (Stgt FamRZ 05, 911), Ukraine (AG Leverkusen FamRZ 07, 1565); USA (Zweibr NJW-RR 99, 948, vgl dazu Bungert IPRax 93, 10), in gemischtnationalen Ehen auch bei Frankreich (BGH NJW 82, 1940), Österreich (Mü FamRZ 86, 807) u Türkei (Ffm FamRZ 04, 953, Düss FamRZ 05, 912, KG NJW 05, 2562, Odendahl IPRax 05, 320). Die Rückverweisung kann auf den Versorgungsausgleich grundsätzlich auch dann erstreckt werden, wenn dem betr ausländ Recht dieses RInstituts nicht bekannt ist (Stgt FamRZ 86, 687, Hamm IPRax 91, 197, aM Bamberg FamRZ 79, 930, Oldbg FamRZ 84, 715, AG Hbg NJW-RR 86, 374); zum Ausschluss von Rück- oder Weiterverweisung bei Abs 3 S 1 HS 2 vgl Rn 20. – Zum Vorrang des **Belegenheitsstatuts** s Art 3 a II u dort Rn 3 ff.
- 3 **c)** Für die Anwendg des **ordre public** ist seit dem Wegfall der besond VorbehKlausel des Art 17 IV aF etwas mehr Raum (vgl dazu Art 6 Rn 21, Dopffel FamRZ 87, 1213, Bolz NJW 90, 620); mit Art 6 iDR unvereinbar ist insbes eine Privatscheidung Deutscher im Ausland (einschränkt Staud/Mankowski Rn 121, vgl dazu Rn 35); eine gewisse „Entlastung“ der allg VorbehKlausel wird aber dch die regelwidr Anwendg dtischen Rechts nach Art 17 I 2 u III 2 bewirkt (Basadow NJW 86, 2975).
- 4 **d)** Eine **staatsvertragliche Kollisionsnorm** (Maßgeblich des HeimatR) enthält das dtisch-iran Niederlassgs-Abk v 17. 2. 29, RGBl 30 II 1002, noch in Kraft, vgl Bek v 15. 8. 55, BGBl II 829, dessen Art 8 III iVm dem Schlussprotokoll auch für Scheidungssachen gilt (vgl zB BVerfG FamRZ 07, 615; BGH FamRZ 04, 1952, Düss FamRZ 03, 379, Kblz FamRZ 09, 611); die Vorschr enthält eine Sachnormverweisung auf iran Recht, wenn beide Eheg iran Personalstatut haben (vgl dazu BVerfG FamRZ 07, 615; nicht wenn beide Ehegatten dtisch-iranische Doppelstaater sind, BGH FamRZ 90, 32; nicht wenn ein Eheg Flüchtling mit dtischem Personalstatut ist); zur Dchführung eines Versorgungsausgleichs aGrd der speziellen VorbehKlausel von Art 17 Abs 3 S 2 vgl Rn 21 sowie Art 6 Rn 11. Über staatsvertragl Bindungen dch Anerkenns- u VollstrgsAbk vgl Rn 30. Dem Haager EhescheidgsAbk v 12. 6. 1902 gehört Deutschland seit dem 1. 6. 34 nicht mehr als VertrStaat an, RGBl 34 II 26.
- 4a **Am 21. 6. 12 wird Art 17 I** dch die VO Nr 1259/2010 v 20. 12. 10 zur Dchführung einer verstärkten ZusArb im Bereich des auf die Ehescheidung u Trennung ohne Auflös des Ehebandes anzuwendenden Rechts („**Rom III-VO**“, ABI EU L 343/10, hierzu Becker NJW 11, 1543, Andrae FPR 10, 505) **abgelöst werden**. Nachdem ursprünglich geplant gewesen war, die Brüssel IIa-VO (vgl Rn 27f) um Vorschr betr das anwendb Recht zu ergänzen (vgl Vorschlag der EG-Komm v 17. 7. 06, Kom [2006] 399; hierzu Kohler FPR 08, 193), das Vorhaben aGrd des Widerstandes einz MitglStaaten u des für das FamR geltenden EinstimmigkErfordern im Rat aber scheiterte, entschlossen sich die Organe der EU erstmals für ein Verf im Wege der verstärkten ZusArb (Beschluss des Rates v 12. 7. 2010, ABI EU L 189/12). Neben **Deutschland** teilnehmen werden Belgien, Bulgarien, Frankreich, Italien, Lettland, Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowenien, Spanien u Ungarn. Zwar gilt die VO nur in den beteiligten MitglStaaten, greift als loi uniforme aber auch dann, wenn das berufene Recht nicht dasjenige eines teilnehmenden MitglStaates ist (Art 4 VO). **Sachlich** findet die VO nur Anwendg auf Ehescheidung u Trennung ohne Auflös des Ehebandes ieS (nicht etwa die Ungültigerklärung der Ehe, Art 1 II lit c VO). Sie erfasst weder Vorfragen noch die vermögensrechtl Folgen der Scheidg wie etwa den Versorgungsausgleich (vgl Negativkatalog des Art 1 II VO); auch die Form der Ehescheidung wird nicht gesondert geregelt. **Zeitlich** gilt die VO für Verf, die ab dem 21. 6. 12 eingeleitet werden (Art 18 I VO). Den Part wird erstmals für das Internat ScheidgsR eine **beschränkte Rechtswahl** ermöglicht (Art 5 VO); wählb sind – lit a bis c jeweils bezogen auf den Zeitpunkt der RWahl – das Recht des gemeinsamen Aufenthalts der Eheg (lit a), das Recht des letzten gemeinsamen Aufenthalts, soweit einer der Eheg diesen beibehalten hat (lit b), eines der HeimatR (lit c) sowie die lex fori (lit d). Mangels

(wirks) RWahl greift die **objektive Anknüpfungsleiter** des Art 8 VO: gemeins gewöhnl Aufenth bei VerFEinl (lit a); letzter gemeins Aufenth, wenn dieser bei VerFEinl nicht mehr als ein Jahr zurückliegt u einer der Eheg ihn beibehalten hat (lit b); gemeins HeimatR bei VerFEinl (lit c); lex fori (lit d). Dabei handelt es sich jeweils um Sachnormverweisen (Art 11). Ist nach dem eigentl anwendb Recht eine Ehescheidg nicht vorgesehen, so kann diese gem Art 10 VO nach der lex fori erfolgen. Die internat Zuständigk u die Anerkenng u Vollstrg von Entsch in

Ehesachen beurteilen sich auch weiterhin primär nach der Brüssel IIa-VO (vgl Rn 27 f); diese wird zukünft iR der lex fori-Regeln der Rom III-VO auch für die Frage des anwendb Rechts Bedeutg gewinnen.

e) Im **innerdeutschen** KollRecht galt Art 17 entspr, vgl dazu näher Rn 38 f.

f) Die am 1. 9. 86 in Kraft getretene **Neuregelung** des Scheidgsstatuts war auf die zu diesem Ztpkt bereits rechtshäng ScheidgsVerf nach **Art 220 Absatz 1** ohne Einfluss, da das Scheidgsstatut gem Art 17 I 1 unwandelb angeknüpft wird, vgl Rn 7, es sich also aus der Sicht des neuen IPR u der von ihm getroffenen Übergangsregelg kollrechtl um einen „abgeschl Tatbestand“ handelt (BGH FamRZ 87, 793, st Rspr, vgl dazu Art 220 Rn 2, 3); war der ScheidgsAntr bereits vor dem 1. 9. 86 zugestellt worden, so bestimmt sich das Scheidgsstatut nach den bish verfassgskonform weiterentwickelten KollNormen (BGH FamRZ 87, 793, 90, 386, vgl dazu 45. Aufl Art 17 Anm 2); dies gilt insbes auch für den Versorgungsausgl (BGH NJW 90, 638, 91, 3087, FamRZ 05, 1467, 06, 321, stRspr); bei einer vor Inkrafttr des IPRG 1986 bereits rkräft geschiedenen Ehe kommt daher eine nachträgl Dchführg eines Versorgungsausgl aGrd von Art 17 III nF nicht in Frage (BGH FamRZ 93, 416, 94, 884, Stgt FamRZ 02, 614; and bei Maßgeblichk dtischen Rechts als Scheidgsstatut, BamB FamRZ 03, 1567; zu Scheidgs-Urt der früheren DDR vgl Rn 41. Zur nachträgl Abänderg einer Entscheid Rn 26 aE).

2) Regelmäßige Anknüpfung des Scheidgsstatuts (Absatz 1 Satz 1). – a) Die Scheidg unterliegt nach Abs 1 dem Recht, das im **Zeitpunkt** des Eintritts der **Rechtshängigkeit** des ScheidgsAntr, in Deutschland also im Ztpkt der Zustellg der AntrSchrift, ZPO 261, gem Art 14 für die betr Ehe als Ehwirkgsstatut maßg ist. Wird die Scheidg im Ausland dchgeführt, so kommt es auf den Ztpkt derjen Maßn an, welche der Rechtshängigk des Antr funktionell vergleichb ist, bei der Privatscheidg also auf den Ztpkt, in dem der Scheidgsgegner mit der Scheidg erstmals förmel befasst wird (Begründg BT-Drs 10/504 S 60, BGH NJW 90, 2194, Celle FamRZ 98, 686, vgl auch BayObLG NJW-RR 94, 771). Verändern sich die für die Anknüpfg des Ehwirkgsstatuts gem Art 14 maßg Umst nach diesem Ztpkt, so ist dies für das Scheidgsstatut ohne Bedeutg; dieses ist also währd des ScheidgsVerf **nicht** mehr **wandelbar** (BGH NJW-RR 08, 1169 mAv Siehr IPRax 09, 332, Hamm FamRZ 95, 933, aM Köln FamRZ 96, 946, vgl aber Rn 6).

b) Für die Anknüpfg des Scheidgsstatuts sind sämtl Anknüpfen des Ehwirkgsstatuts einschl der in Art 14 II u III eröffneten Möglichken einer RWahl zu berücksichtigen; das für die allg Ehwirkgen gewählte Recht ist auch für die Scheidg maßg. Im Einz ergeben sich aus der Verweisg des Art 17 I auf Art 14 folgde Konsequenzen: – **aa)** Die Scheidg unterliegt in erster Linie dem **gemeinsamen Heimatrecht** der Eheg zum maßg Ztpkt, Abs 1 S 1 iVm Art 14 I Nr 1; bei Mehrstaatern ist dabei nur die in Art 5 I bezeichnete (dh die effektivere

bzw die dtische) Staatsangehörigk zu berücksichtigen (BGH FamRZ 94, 434, BayObLG NJW-RR 94, 771, Düss FamRZ 94, 1261, Hamm FamRZ 97, 1228). Bei Staatenlosen od Flüchtlingen ist an Stelle der Staatsangehörigk ihr dch den gewöhnl Aufenth bestimmtes Personalstatut maßg, vgl Art 5 II u Anh zu Art 5 (BGH FamRZ 07, 109, Nürnberg FamRZ 02, 324, Hbg FamRZ 04, 459); bei Fehlen eines derzeit gemeins HeimatR in dem genannten Sinn entscheidet subsidiär (vgl BGH FamRZ 94, 434), das **letzte** gemeins HeimatR (bzw Personalstatut), sofern ein Eheg dem betr Staat noch angehört (bzw als Staatenloser od Flüchtling sich dort noch gewöhnl aufhält); auch bei dieser Hilfsanknüpfg ist Art 5 mit Anh zu beachten (Karlsru FamRZ 96, 1146, Hamm NJOZ 11, 763, aM AG Hbg FamRZ 00, 958). – **bb)** Besitzen die Eheg zum maßg Ztpkt keine gemeins (nach Art 5 I zu berücksichtigte) Staatsangehörigk (bzw bei Staatenlosen od Flüchtlingen kein gemeins Personalstatut) u haben sie auch früher keine gemeins (nach Art 5 I zu berücksichtigte) Staatsangehörigk (bzw bei Staatenlosen od Flüchtlingen kein gemeins Personalstatut) besessen od diese beide verloren, so unterliegt die Scheidg nach Abs 1 S 1 iVm Art 14 I Nr 2 in zweiter Linie dem **Recht** des Staates, in dem **beide** Eheg zZt der Rechtshängigk des ScheidgsAntr ihren **gewöhnlichen Aufenthalt** haben (zum Begriff vgl Art 5 Rn 10, 11); haben die Eheg zu diesem Ztpkt ihren gewöhnl Aufenth in verschiedenen Staaten, so ist hilfsw das Recht des Staates maßg, in dem **beide** Eheg zuletzt ihren gewöhnl Aufenth hatten, sofern er von einem Eheg beibehalten worden ist (vgl AG Freibg FamRZ 02, 888 u dazu Jayme IPRax 02, 209); dass ein Eheg auch die Staatsangehörigk dieses AufenthLandes

besitzt oder besaß, verlangt Abs 1 iVm Art 14 I Nr 2 nicht. – **cc)** Versagt auch die Anknüpfg an den gewöhnl Aufenth, so unterliegt die Scheidg in dritter Linie dem **Recht** des Staates, dem die Eheg zum maßg Ztpkt auf and Weise **gemeinsam am engsten verbunden** sind, Abs 1 S 1 iVm Art 14 I Nr 3. Dabei sind sämtl Umst des Einzelfalls zu berücksichtigen (vgl dazu Art 14 Rn 10). – **dd)** Haben die Eheg bereits vor Rechtshängigk des ScheidgsAntr das Ehwirkgsstatut unter den Voraussetzgen des Art 14 II–IV wirks gewählt, so ist diese **Rechtswahl** mittelb auch für das Scheidgsstatut maßg. Sie geht der gesetzl Anknüpfg des Scheidgsstatuts gem Abs 1 S 1 iVm Art 14 I vor; die Wirksamk der RWahl beurteilt sich nach der RLage zZt der Vereinb (BayObLG NJW-RR 94, 771); die Formerfordern ergeben sich aus Art 14 IV (vgl dazu BayObLG FamRZ 03, 381 betr Unwirksamk einer konkludenten RWahl); eine auf das Scheidgsstatut beschränkte isolierte RWahl ist unwirks (KG IPRax 00, 544, MüKo/Winkler v Mohrenfels Rn 41, aM AnwK/Gruber Rn 13, Wagner IPRax 00, 514).

3) Regelwidrige Anwendung deutschen Rechts. – a) Ist die Scheidg nach dem von Abs 1 S 1 iVm Art 14 zur Anwendg berufenen Recht **nicht möglich**, so unterliegt die Scheidg nach **Absatz 1 Satz 2** dem dtischen Recht, wenn der die Scheidg begehnde Eheg bei Eintritt der Rechtshängigk des ScheidgsAntr Deutscher iSv GG 116 I ist (späterer Erwerb der dtischen Staatsangehörigk genügt nicht, aM Lüderitz IPRax 87, 76, Kersting FamRZ 92, 275) od es bei der Eheschließg war; die entspr Anwendg bei Staatenlosen od Flüchtlingen mit dtischem Personalstatut, vgl dazu Art 5 Rn 9 u Anh zu Art 5 Rn 24, ist statth (Köln FamRZ 96, 946). Die regelwidr Anwendg des dtischen ScheidgsR setzt voraus, dass die Scheidg nach dem an sich maßg Scheidgsstatut nicht mögl ist; in Abkehr von der bislang hM lässt es der BGH hierfür **nicht ausreichen**, dass eine Scheidg **derzeit** noch nicht mögl ist, etwa weil das ausländ Recht eine längere Trennsfrist als nach § 1566 vorge-

sehen verlangt (BGH FamRZ 07, 113, Hamm FamRZ 04, 954, Stgt FamRZ 06, 43, hierzu auch Henrich FamRZ 07, 117, Erman/Hohloch Rn 24, MüKo/Winkler v Mohrenfels Rn 71, aA Celle FamRZ 87, 159, Köln FamRZ

- 96, 946, KG IPRax 00, 544, Schlesw IPRspr 03 Nr 73, Staud/Mankowski Rn 168); nicht ausreichend sind zudem die mit der Anwendg ausländ Rechts verbundenen Erschwernisse, zB Notwendigk eines förmli TrenngsVerf, um die Frist in Gang zu setzen (BGH FamRZ 07, 113). Die Privilegierg des dtischen AntrStellers dch die regelwidr Anwendg dtischen Rechts ist mit EG-Recht, insbes AEUV 18 (ex EGV 12), vereinb (KG IPRax 00, 544, Wagner ebda 518). Die Undurchführbark der Scheidg nach dem gem Abs 1 S 1 anwendb Recht muss festgestellt werden; entscheid ist dabei der Ztpkt der letzten mündl Verhandlg (BGH FamRZ 07, 113, aM Jayme JZ 07, 696); eine entspr Anwendg von Abs 1 S 2 kommt aber in Betr, wenn sich der Inhalt des maßg Rechts nicht ermitteln lässt (aM Kersting aaO 271). Sind die Voraussetzgen des Abs 1 S 2 erfüllt, so ist auf die Scheidg grdsätzl nicht nur hinsichtl der ScheidgsGrde, sond auch hinsichtl der Scheidgsfolgen, dtisches Recht anzuwenden; eine Ausn gilt aber für den VersorggsAusgl, vgl Rn 19.
- 10 b) Die Scheidg einer **Ehe mit auf Deutschland beschränktem Wirkungskreis** (hinkde Ehe, vgl dazu Art 13 Rn 24) erfolgt nach dtischem Recht, soweit sie nach dem maßg Scheidgsstatut nicht als Ehe angesehen wird (Kblz NJW-RR 94, 647, Hamm StAZ 94, 221, Zweibr FamRZ 01, 920, Staud/Mankowski Rn 88f, vgl ferner BT-Drs 10/504 S 60, dahingestellt BGH DAVorm 82, 925; abweichd Soe/Schurig Rn 34, Galster StAZ 88, 160; zu den unterhaltsrechtl Folgen Rn 17).
- 11 4) **Besonderheiten für das inländische Scheidungsverfahren nach ausländischem Recht (Absatz 2).** – a) Das Verf richtet sich nach der lex fori; dies gilt insbes für die gerichtl Zuständigk, zB eines weltl an Stelle eines religiösen Gerichts (vgl BGH FamRZ 04, 1952, 1956, Stgt FamRZ 04, 25, Hamm IPRspr 06 Nr 55, Herfarth IPRax 00, 102, and KG IPRax 00, 126). Die lex fori gilt auch für die Notwendigk eines **Antrags** u die Zulässigk eines gemeins Antr der Eheg. In der Sache ist grdsätzl das nach den oben erläuterten Anknüpfgsregeln (vgl Rn 7 f) bestimmte Scheidgsstatut maßg. Danach ist zunächst zu prüfen, ob die Scheidg der Ehe dem Bande nach überhaupt zuläss ist; Unscheidbark verstößt gg den ordre public (BGH FamRZ 07, 109; die entggestehde frühere Rspr, BGH 41, 136/147, 42, 7/11, ist aufgegeben); das gleiche gilt, wenn nur dem Mann, nicht der Frau ein ScheidgsR gegeben ist (Zweibr NJW-RR 02, 581, vgl Art 6 Rn 21). Nach dem Scheidgsstatut beurteilen sich ferner die ScheidgsGrde u deren Entkräftig, zB dch Verzeihg oder Verwirkg (vgl Ffm FamRZ 78, 510); enger gefasste ScheidgsGrde als im dtischen Recht begründen grdsätzl nicht die Anwendg von Art 6; ggf kann aber Abs 1 S 2 eingreifen. Das ausländ Scheidgsstatut kann die Scheidg auch von keinerlei Grden abhängig machen (KG JW 36, 3579).
- 12 b) Nach Abs 2 kann eine Ehe im Inland aber auch bei Maßgeblichk ausländ ScheidgsR im Interesse der Rklarh u zur Wahrg der Interessen mittelb Beteiligter, insbes der Kinder, **nur dch gerichtliches Urteil** geschieden werden. Eine im Inland mit od ohne Mitwirkg einer fremden Behörde (zB auch in einer ausländ Botsch) vollzogene **Privatscheidung** ist daher auch dann **unwirksam**, wenn sie den Voraussetzgen eines fremden Scheidgsstatuts genügt (BGH 82, 34, Stgt IPRax 88, 172), zB bei rgeschäftl Scheidg nach islam (vgl OVG Lüneburg StAZ 06, 111, Wiedensohler StAZ 91, 40) od jüd Recht (vgl dazu BGH FamRZ 94, 434, KG FamRZ 94, 839, Herfarth IPRax 02, 17); das gleiche gilt für eine Inlandscheidg dch ein geistl Gericht (vgl JM BaWü IPRax 90, 51, Krzywon StAZ 89, 105). Die Unwirksamk tritt auch dann ein, wenn bei einem mehraktigen Geschehen der konstitutive **Teilakt**, dh die eheauflösdg RHandlg im Inland vorgenommen wird (Präs Ffm StAZ 01, 37 betr außergerichtl Übereinkunft japan Eheg, vgl dazu Ffm IPRspr 00 Nr 167b); die Abgabe der VerstoßsErkl (talaq) im Inland ist dafür ausreichend, auch wenn sie einer Registrierg im Heimatstaat bedarf (BayObLG FamRZ 85, 75, Düss IPRax 86, 305, Stgt IPRax 88, 172, vgl dazu auch unten Rn 35–37). Unwirks ist eine im Inland vollzogene Privatscheidung nach Abs 2 insbes auch dann, wenn an ihr **nur Ausländer** beteiligt sind u deren HeimatR die Scheidg anerkennt (vgl schon BGH 82, 34); die Ehe kann daher grdsätzl von einem dtischen Gericht in Anwendg des von Art 17 I berufenen Rechts „erneut“ geschieden werden (vgl zB LG Hbg IPRspr 77 Nr 66, Unberath IPRax 04, 516); Nichtanerkennung des dtischen Urts dch den Heimatstaat, der die Privatscheidung als wirks ansieht, steht der internat Zuständigk trotz FamFG 98 I Nr 4 (zur vorrang Brüssel IIa-VO Rn 27) nicht entgg (vgl BGH 82, 34/50, Stgt IPRax 88, 172, Beitzke IPRax 93, 232). Eine im Ausland dchgeführte Privatscheidung ist bei dtischem Scheidgsstatut nicht anerkennungsfäh; folgt entfaltet das im Ausland begonnene Verf der Privatscheidung in diesem Fall auch keine RHängigkSperrg ggü inländ ScheidgsVerf (BGH NJW-RR 08, 1169). Vorbehaltl der Brüssel II a-VO (vgl Rn 29) ist die Unwirksamk einer ganz od teilw im Inland vollzogenen Privatscheidung entspr FamFG 107 in dem danach vorgesehenen Verf festzustellen, wenn bei der Scheidg eine ausländ Behörde mitgewirkt hat (BGH 82, 34, BayObLG FamRZ 85, 1258); die Unwirksamk einer reinen Privatscheidung ohne behördl Mitwirkg ist ohne förmli Verf von den mit der Sache befassten Gerichten oder Behörden inzidenter festzustellen.
- 13 5) **Anwendungsbereich.** – a) Art 17 setzt den wirks Bestand einer **Ehe** voraus; die Aufhebg od Anfechtg der Ehe wg Mängeln, die zZt der Eheschließg vorlagen, beurteilt sich nach Art 13 (unzutreffd AG Prüm FamRZ 02, 1561). Die **Vorfrage** des Bestehens der Ehe ist selbstd anzuknüpfen (Einl 29 v Art 3), die Wirksamk der Eheschließg zB nach Art 11, 13 (vgl BGH FamRZ 03, 838/40) ist von der materiellen RKraft eines dtischen ScheidgsUrts nicht erfasst; zur Scheidg einer hinkden Ehe nach dtischem Recht vgl Rn 10; zur Scheidg türk Imam-Ehen Zweibr NJW-RR 97, 1227. Die Wirksamk eines ausländ ScheidgsUrts hängt von dessen Anerkennung im Inland ab (vgl dazu Rn 29–37; ein inländ ScheidgsVerf ist zur Klärg dieser Frage ggf auszusetzen, BGH FamRZ 82, 1203, Köln FamRZ 98, 1303, vgl Rn 31). Für die Auflösg **eingetragener** gleichgeschlechtl **Lebenspartnerschaften** trifft Art 17 b I eine kollrechtl Sonderregelg. Für die Auflösg and eheänl Gemisch gelten die Vorschr des jew Schuldstatuts, insbes des VertrStatuts (zB für vertragl UnterhAnspr, Widerruf von Schenkgen), des GesellschStatuts, Bereicherungs- od Deliktsstatuts, vgl dazu Art 17 b Rn 12; soweit das als Schuldstatut maßg Recht spezif famrechtl Anspruchs vorsieht, ist ggf Anpassg erfdl (vgl Einl 32 v Art 3). – Dagg gilt Art 17 nicht nur für die Scheidg, sond auch für **andere Arten der Eheauflösg** ex nunc, zB dch Tod, TodesErkl, Wiederheirat nach TodesErkl, Religionswechsel (Köln IPRspr 82 Nr 43); für die rückwirkde Aufhebg od Anfechtg wg Mängeln der Eheschließg gilt Art 13. Art 17 gilt ferner entspr für die Lockerg des Ehebandes dch **Trenng von Tisch u Bett** (BGH 47, 324, BGH FamRZ 87, 793, Stgt FamRZ 97, 879, AG Lüdenscheid FamRZ 02, 1486, auch in Form der gerichtl Bestätigk einer einverständl Trenng, Karlsr FamRZ 91, 1308); auf sie kann auch in Deutschland in Anwendg ausländ Rechts dch Urts, Abs 2, erkannt werden (BGH 47, 324, Düss FamRZ 81, 146, Schlesw DAVorm 82, 709, Karlsr IPRax 82, 75); die Dchführg eines VersorggsAusgl setzt aber die Scheidg der Ehe voraus (BGH FamRZ 94, 825). Zustand für das EhetrenngsVerf ist das FamG (AG

Offenbach FamRZ 78, 509); die internat Zuständigk beurteilt sich nach der Brüssel II a-VO, subsidiär nach FamFG 98 (Verbund von Scheidgs- u. Folgesachen; vgl noch zu ZPO 606a BGH FamRZ 87, 793, Stgt NJW-RR 89, 261, Karlsru FamRZ 91, 1308; zur entspr Anwendbar der ZPO 623 [EntschVerbund] noch Ffm FamRZ 94, 715, Karlsru FamRZ 99, 1680, Erman/Hohloch Rn 68, aM Ffm NJW-RR 95, 140).

b) Nach dem von Art 17 I berufenen Scheidgsstatut beurteilen sich die **Voraussetzungen** der Scheidg, also insbes Scheidgs- u ggf EhetrenngsGrde, einschl Schuld voraussetzgen (BGH NJW 82, 1940, vgl Rn 18), Verstoß (vgl AG Esslingen IPRax 93, 250, KG IPRax 00, 126 sowie Art 6 Rn 21), Trenngsfristen, Statthäftigk einer einverständl Scheidg, Bedeutg eines Widerspr (Düss FamRZ 92, 946); dagg ist die Berechtigk zum Getrenntleben währd der Ehe nach Art 14 zu beurteilen (vgl dort Rn 18); Notwendigk eines Sühneversuchs ist regelmäz prozessrechtl zu qualifizieren, also nach der lex fori zu beurteilen (vgl Ffm FamRZ 01, 293, AG Lüdenscheid FamRZ 02, 1486, AG Leverkusen FamRZ 04, 1493; für Anwendg auch des ausländ VerfR, das einen Versöhngsversuch dch Vermittler vorsieht Hbg FamRZ 01, 1007). Dem Scheidgsstatut unterliegen ferner grdsätzl auch die **Wirkungen** der Scheidg, insbes die Auflösg bzw Lockerg des Ehebandes; die Möglichk der **Wiederverheiratung** ist aber nach Art 13 zu beurteilen (vgl dort Rn 6 ff). Nach Inkrafttr des HUntProt werden die nahehel **Unterhaltungspflichten**, einschl eines AuskunftsAnspr, sowie die **Abänderung** einer bereits getroffenen Entsch über den EhegUnterh nunmehr **unabhängig** vom Scheidgsstatut bestimmt (s HUntProt Rn 5, 11 u 19 ff. Weiterhin nach Art 17 ist hingg die **Schadensersatzpflicht** des schuldigen Eheg zu beurteilen (vgl Ffm FamRZ 92, 1182; auch zu Art 6, vgl dort Rn 21, Stgt FamRZ 93, 974, Karlsru IPRspr 02 Nr 84), sofern sie nicht unterhaltsrechtl Charakter hat (Karlsru NJW-RR 06, 369; Art 18 IV aF; zu den sozialversichersrechtl Auswirkgen eines dtschen ScheidgsUrt BSG NJWE-FER 99, 255). Art 17 galt bish auch für den Anspr auf eine noch nicht geleistete **Morgengabe** im Zushang mit der Scheidg der Ehe (str, vgl dazu Art 13 Rn 9, ferner Hbg FamRZ 04, 459, aM Zweibr NJW-RR 07, 1232; zu erwägen ist künft eine Anknüpfng nach HUntProt), ebso für den **Widerruf von Schenkungen** aus Anlass der Scheidg (vgl dazu eingehd Kühne FamRZ 69, 375); für den Widerruf aus schenkgsrechtl Gründen (zB grober Undank) gilt daneben das Schenkgsstatut. Über den Anspr auf Herausgabe des persönl Eigt im Zushang mit einer Scheidg entscheidet die lex rei sitae (Hamm FamRZ 93, 211, Köln NJW-RR 94, 200); soweit er als Scheidgsnebenfolge gesondert geregelt ist, gilt Art 17 (str, für Art 15 Hamm FamRZ 92, 963, 94, 1259, offen gelassen Köln FamRZ 94, 1476). Dagg sind die **namensrechtlichen** Scheidgsfolgen nach Art 10 (vgl dort Rn 12), die **güterrechtlichen** (insbes ZugewinnAusgl) nach Art 15 zu beurteilen (vgl dort Rn 25 f). Die Zuteilg von **Hausrat u Ehwohnung** beurteilt sich grdsätzl nach Art 17 (vgl Düss FamRZ 93, 575, Karlsru FamRZ 97, 33, Stgt FamRZ 97, 1085, Hamm FamRZ 98, 1530, str, aM KG FamRZ 89, 74; Recht des Lagoorts; Hamm FamRZ 93, 191, Bambg FamRZ 01, 1316; Art 15 bzw Art 18 aF; Hbg NJW-RR 01, 1012; Art 28 EG [jetzt Rom I-VO 4] bei Auflösg einer an Ehwohnng bestehenden GbR; offengelassen in Karlsru FamRZ 00, 1577); für den prakt wichtigsten Fall einer **im Inland** belegenen Ehwohnng u hier befindl Hausrats gilt nach der **Sonderregelung in Art 17 a** stets **deutsches** Recht; zur Zuweisg von Hausrat u Ehwohnng währd des Getrenntlebens der Eheg vgl Art 14 Rn 18. Für die Regelg des **Sorgerechts** für die gemeins **Kinder** gilt KSÜ 15 bzw Art 21 (vgl zu Art 19 II 2 aF Düss FamRZ 94, 644, Stgt FamRZ 97, 958, ebso Erman/Hohloch Rn 40, str, für Anwendg von Art 17 Begründg BT-Drs 10/504 S 60, Ffm FamRZ 90, 783, Hamm FamRZ 90, 781, Karlsru FamRZ 92, 1465); zum Rangverh vgl Anh zu Art 24 Rn 21.

c) Ob ein **Schuldausspruch** zu erfolgen hat, ist ebenfalls nach dem Scheidgsstatut zu beurteilen (BGH FamRZ 87, 793, Düss FamRZ 94, 1261, Zweibr FamRZ 97, 430), da es sich um eine sachrechtl Frage handelt. Ein Schuldausspruch kommt desh auch nach der Reform des dtschen ScheidgsR dch das I. EheRG v 14. 6. 76, BGBl 1421, noch in Betr, wenn das in der Sache maßg ausländ Scheidgsstatut es ausdrücl vorsieht (vgl zB Zweibr FamRZ 97, 430, Hamm IPRax 00, 308). Eine nach dem Scheidgsstatut gebotene Schuldfeststellg kann trotz der Beseitig der Verschuldensscheidg im dtschen Recht **auch im Tenor** eines dtschen ScheidgsUrt erscheinen u braucht nicht ledigl in dessen Gründen ausgewiesen zu werden (BGH FamRZ 87, 795, Hamm FamRZ 89, 625, Celle FamRZ 89, 623, Karlsru FamRZ 95, 738, Roth IPRax 00, 292; and noch BGH NJW 82, 1940; nach der lex fori zu beurteilte VerfFrage).

6) **Sonderregelung für den Versorgungsausgleich (Absatz 3).** a) **Grundsätzliche Maßgeblichkeit des Scheidgsstatuts.** Auch der VersorggsAusgl unterliegt als Scheidgsfolge nach **Satz 1 Halbsatz 1** grdsätzl dem als Scheidgsstatut berufenen Ehwirkgsstatut gem Art 14 (vgl dazu Rn 7 f); nach der zum 1. 9. 2009 in Kraft getretenen Änderg der Norm dch Art 20 Gesetz zur Strukturreform des VersorggsAusgl v 3. 4. 09, BGBl I 700/722 ist er indes idR nur noch dchzuführen, wenn **Scheidungsstatut deutsches Recht** ist. Für den (nachträgl) VersorggsAusgl maßg ist das nach Abs 1 S 1 anzuwendnde Recht, nicht ein vom FamG fälschl angewandtes and Scheidgsstatut (Celle FamRZ 07, 1566, Zweibr NJW 00, 2432); dies gilt auch ggü der regelwidr Anwendg dtschen Rechts als Scheidgsstatut gem Abs 1 S 2 (AG Mainz NJW-RR 90, 779, AG Mannheim IPRspr 97 Nr 75, unzutreffd Karlsru IPRax 90, 52, krit Jayme ebda 33). Der VersorggsAusgl ist nach Abs 3 S 1 somit dchzuführen, wenn gem Abs 1 iVm Art 14 (vgl dazu oben Rn 8) entweder (1) beide Eheg zum maßg Ztpkt (vgl Rn 7) wenigstens auch die dtsche Staatsangehörigk besitzen od zuletzt besessen haben (sofern einer noch Deutscher ist), Abs 1 iVm Art 14 I Nr 1; od (2) beide Eheg keine gemeins (nach Art 5 I zu berücksichtigde) Staatsangehörigk (bzw Personalstatut) besitzen od besessen haben od diese beide verloren haben u beide ihren gewöhl Aufenth im Inland haben od währd der Ehe zuletzt gehabt haben (sofern einer der Eheg hier noch lebt), Abs 1 iVm Art 14 I Nr 2; od (3) bei Nichtvorliegen der Voraussetzgen des Art 14 I Nr 1 u 2 zum maßg Ztpkt dem dtschen Recht auf and Weise gemeins am engsten verbunden sind, Abs 1 iVm Art 14 I Nr 3; od (4) unter den Voraussetzgen des Art 14 III dtsches Recht als Ehwirkgsstatut u damit nach Abs 1 auch als Scheidgsstatut gewählt haben (vgl zB Ffm NJW-RR 90, 582). Dies gilt auch für die Wirksamk eines vertragl Ausschlusses des VersorggsAusgl (zur Form vgl Art 11); die güterrechtl Wirkgen einer solchen Vereinbg, zB Eintritt der Gütertrenng nach § 1414 S 2, unterliegen indes dem GüterRStatut. Die Anknüpfng an die Staatsangehörigk der Eheg ist mit AEUV 18 (ex EGV 12) vereinb (vgl EuGH FamRZ 00, 83, Rigaux IPRax 00, 287, Pirrung GedächtnSchrift Lüderitz, 2000, 543, derselbe FS Henrich S 461); zur Verfassgsmäßigk der Regelg BVerfG IPRspr 90 Nr 93).

b) **Einschränkung durch zusätzliche Anwendung des Heimatrechts.** Ein nach dtschem Scheidgsstatut an sich dchzuführenr VersorggsAusgl ist nach Abs 3 **Satz 1 Halbsatz 2** ausgeschl, wenn ihn das Recht keines der Staaten kennt, denen die Eheg im Ztpkt der Rechtshängigk des ScheidgsAntr angehören; bei Mehrstaaten ist nur das in Art 5 I bezeichnete HeimatR zu berücksichtigen; bei Staatenlosen u Flüchtlingen tritt an Stelle ihres HeimatR das dch den gewöhl Aufenth bestimmte Personalstatut, Art 5 II u Anh zu Art 5. Die Dchführg eines vom Scheidgsstatut vorgesehenen VersorggsAusgl setzt also **zusätzlich** voraus, dass ihn mind das HeimatR

eines Eheg kennt, soweit dieses nicht ohnehin deutsches Recht ist (dann erübrigt sich die in HS 2 vorgeschriebene Überprüfung); dabei kommt es allein auf das materielle Recht des Heimatstaates an, Rück- oder Weiterverweisung sind also insoweit nicht zu beachten (vgl. AG Heidelberg IPRax 90, 126, Kartzke IPRax 88, 13, Erman/Hohloch Rn 50, aM Lüderitz IPRax 87, 80, offengelassen von Kblz FamRZ 91, 1323). Ausreichend ist, dass das betriebl. HeimatR einen Versorgungsausgleich im Grds kennt (so etwa die Schweiz, AG Königstein IPRspr 00 Nr 59, genannt werden ferner Niederlande – verneinend BGH IPRax 10, 537, Südafrika, Kanada u einzelne US-Bundesstaaten, AnwK/Gruber Rn 127, abgelehnt für China AG Duisburg 21. 4. 10 Az 54 F 200/09; Iran Kblz NJW-RR 09, 1014); dass seine Ausgestaltung im Einz derjen des deutschen Rechts, also dem Versorgungsausgleich, entspricht, verlangt HS 2 nicht (vgl. dazu Lüderitz IPRax 87, 79, Rausch NJW 94, 2124). Zweck dieser Zusatzanforderung dch ggf alternative Anwendg der HeimatR ist es, den Eheg vor allem bei Anwendg des deutschen AufenthaltR als Scheidungsstatut Überraschungen zu ersparen, die sich aus der den meisten ROrdnungen unbekanntem Einrichtg eines Versorgungsausgleichs ergeben können. Auf welche Weise das deutsche Scheidungsstatut bestimmt worden ist, ist aber für die

Anwendg von HS 2 gleichgültig. Ist die Voraussetzung des HS 2 erfüllt, so richtet sich die Durchführung des Versorgungsausgleichs allein nach deutschem Recht (AnwK/Gruber Rn 132, aM Lüderitz IPRax 87, 79: für kumulative Anwendg von HS 1 u 2). Prakt. Bedeutg hat die in HS 2 vorgesehene Einschränkung vor allem bei der Scheidg von Ausländern verschiedener Staatsangehörigk mit gewöhnl. Aufenth im Inland (zur Unanwendbar in „Altfällen“ BGH FamRZ 90, 386).

- 21 **c) Regelwidrige Durchführung nach deutschem Recht. – aa)** In einem vor einem deutschen FamG anhäng. ScheidungsVerf kommt es daher grundsätzlich nicht zu einem Versorgungsausgleich, wenn ein ausländisches Recht Scheidungsstatut ist (S 1 HS 1) oder deutsches Recht zwar Scheidungsstatut, der Versorgungsausgleich den HeimatR (Personalstatuten) der Eheg aber unbekannt ist (S 1 HS 2). Die Versag des Versorgungsausgleichs kann indes unbillig sein, weil sie einem Eheg (häufig der Frau) einen Anspruch gegen den and vorenthält, der ihm unter vergleichb. Umst bei einem reinen Inlandsfall selbstverständl. zustünde. Die erst in den Beratgen des RAusschusses entworfene Sonderregelg des Abs 3 Satz 2 ermöglicht daher ausnahmsw die Durchführung eines Versorgungsausgleichs nach deutschem Recht, obwohl dieses nicht Scheidungsstatut ist oder zwar als Scheidungsstatut an sich maßg. ist, die Anwendg des Versorgungsausgleichs aber an S 1 HS 2 scheitert (zur Verfassungsmäßigk BVerfG IPRspr 90 Nr 93, Düss FamRZ 93, 433). Die Regelung ist keine spezielle VorbehaltKlausel, sondern dient ledigl dem Schutz berechtig. Erwartgen (vgl. Staud/Mankowski Rn 355); folgt findet sie iRv Art 8 III des deutsch-iran. NiederlassgAbk bei in Deutschland lebden Iranern keine Anwendg (BGH FamRZ 05, 1666, Köln FamRZ 02, 613, Ffm FamRZ 11, 1065, aM Oldbg FamRZ 95, 1590, MüKo/Winkler v Mohrenfels Rn 232, Schotten/Wittkowski FamRZ 95, 267). – **bb) Voraussetzung** dieser regelwidr. Anwendg der deutschen Vorschr über den Versorgungsausgleich ist, (1) dass der Versorgungsausgleich nach deutschem Recht gemäß S 1 nicht durchgeführt werden kann (2) dass ein Eheg die Durchführung eines Versorgungsausgleichs beantragt (vgl. dazu Hamm FamRZ 91, 204, Schlesw IPRspr 98 Nr 79, Mü FamRZ 00, 165, Brschw FamRZ 05, 1683 – abzugrenzen von dem generellen Antr auf Durchführung des Versorgungsausgleichs, der im Falle des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs nach VersorgungsausgleichG 20–26 gem FamFG 223 erforderlich ist, nicht jedoch im Falle des Wertausgleichs nach VersorgungsausgleichG 6–19, 28 gem FamFG 137 I 2; zur Darlegglast Ffm FamRZ 09, 1586), was nicht notw im VerbundVerf geschehen muss (BGH FamRZ 07, 996 Tz 29, Brschw FamRZ 05, 1683, Karlsru FamRZ 06, 955) u (3) dass entweder der and Eheg in der Ehezeit, dh bis zur Zustellg des ScheidungsAntr (BGH FamRZ 94, 825: auch bei vorausgegangener Ehetrenng, Kblz FamRZ 91, 1323, Saarbr IPRspr 04 Nr 57), eine **inländische Versorgungsanwartschaft** erworben hat (**Nr 1**) oder **Ehewirkungsstatut** (FamStatut) gem Art 14 (vgl. dort Rn 6–16) wenigstens währd eines Teils der Ehezeit eine ROrdnng war, welche den Versorgungsausgleich kennt (**Nr 2**); für analoge Anwendg von Nr 1 bei Erwerb ausländ. Versorgungsanwartsch in einem Staat, dessen Recht den Versorgungsausgleich kennt, E. Lorenz FamRZ 87, 653, MüKo/Winkler v Mohrenfels Rn 236. Die Voraussetzgen (1)–(3) müssen kumulativ erfüllt sein; dabei genügt bei (3) das Vorliegen einer der beiden Alternativen. Der Versorgungsausgleich beschränkt sich auf die inländ. bzw. währd der Maßgeblichk des betriebl. Ehewirkungsstatuts erworbenen Anwartsch (ebenso AnwK/Gruber Rn 154); deren Höhe ist grundsätzlich unerhebl. (Stgt FamRZ 05, 911). – **cc)** Auch bei Vorliegen der genannten Voraussetzgen ist der Versorgungsausgleich nach der **Billigkeitsklausel** am Ende des Satz 2 eingeschränkt oder ausgeschl., soweit seine Durchführung im Hinblick auf die beiderseitig wirtschaftl. Verh. auch währd der nicht im Inland verbrachten Zeit nicht angem. wäre. Ob die Durchführung der Billigk widerspricht, hat das Gericht unter Berücksichtg der Umst des Einzelfalls zu prüfen, ohne dabei auf die in der BilligkKlausel genannten Anhaltspkte (wirtschaftl. Verh., Aufenthaltsdauer im Inland) beschränkt zu sein (vgl. BGH FamRZ 00, 418, Stgt FamRZ 09, 1587). Die Frage der Schuld an der Zerrüttg der Ehe spielt dabei jedoch grundsätzlich keine Rolle (Celle FamRZ 91, 204). In Betr. kommt die Einschränkung od der Ausschluss des Versorgungsausgleichs etwa dann, wenn nur ein Eheg eine inländ. Altersversorgg aufgebaut hat, die zum Ausgleich herangezogen werden kann, währd der and Verm. Werte im Ausland besitzt, die für einen Versorgungsausgleich nicht in Betr. kommen od nicht zu ermitteln sind (BT-Drs 10/5632 S 42); zu berücksichtigen sind auch freiwill. Verzicht auf den Erwerb eigener Versorgungsanwartsch od unterschiedl. Lebenshaltungskosten (BGH FamRZ 00, 418 [aber auch Kürzg bei Leistg an Berecht. im Ausland zu beachten], BGH FamRZ 07, 366), ebenso eine im Inland anerkennungs-fäh. GerichtsEntsch od eine iR des ausländ. ScheidungsVerf getroffene Privatvereinb., dch die ein Ausgleich stattfindet (BGH FamRZ 09, 683; zu den WirksamVoraussetzgen einer Vereinb. vgl. VersorgungsausgleichG 6ff); Nichtberücksichtg des Versorgungsausgleichs aus Unkenntn in einer Scheidungsvereinb. iR eines ausländ. ScheidungsVerf genügt nicht (Köln FamRZ 06, 44). Aus der negativen Formulierung („soweit nicht widerspricht“) ergibt sich, dass der Versorgungsausgleich bei Vorliegen der in Rn 22 genannten Voraussetzgen grundsätzlich durchgeführt werden muss, sofern dies wg der besond. Umst des Einzelfalls nicht **ausnahmsweise** unbillig wäre (vgl. dazu BGH FamRZ 94, 825, 03, 1737, 07, 366 u 996, Düss FamRZ 93, 433, Hamm FamRZ 94, 573/578, Kblz NJWE-FER 98, 170, Karlsru FamRZ 02, 1633, 04, 463); spätere AntrStellg genügt nicht (BGH FamRZ 07, 996 Tz 29). – **dd)** Sind die Voraussetzgen der Sonderregelg nach Abs 3 S 2 erfüllt, so ist der Versorgungsausgleich (beschränkt auf die inländ. bzw. währd der Maßgeblichk des betriebl. Ehewirkungsstatuts erworbenen Versorgungsanwartsch, vgl. Rn 22) nach deutschem Recht, dh nach dem Versorgungsausgleich, durchzuführen; dabei sind materiellrechtl. auch die HärteKlauseln der VersorgungsausgleichG 27, 19 III zu berücksichtigen (BGH FamRZ 94, 825/27, 07, 996 Tz 29); ein Ehevertragl. Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach § 1408 II iVm VersorgungsausgleichG 6ff ist zu beachten (Düss FamRZ 03, 1287).

- d) Praktische Durchführung eines Versorgungsausgleichs.** – **aa)** Dass der AusglBerecht seinen Wohnsitz im Ausland hat, schließt die Durchführung eines Versorgungsausgl nicht aus (BGH FamRZ **83**, 263, NJW **86**, 1932, Karlsruh FamRZ **98**, 1029). Auch Art 3 a II ist nicht anwendb (str, vgl Staud/Hausmann Art 3 Rn 76 mwN). **Ausländische Versorgungsanwartschaften** (s VersorgungsausglG 19 II Nr 4) können von dtschen Gerichten weder dch interne noch dch externe Teilg, VersorgungsausglG 10, 14, aufgeteilt werden (noch zu § 1587 b I, II BGH NJW **89**, 1997); insow bleibt grdsätzl nur der schuldrechtl Versorgungsausgl, vgl VersorgungsausglG 20 ff (noch zu VAHRG § 2 u §§ 3 a ff BGH NJW **89**, 1997, FamRZ **01**, 284, Nürnberg NJW-RR **99**, 803, Zweibr NJWE-FER **01**, 143, Mü FamRZ **05**, 990, vgl ferner BGH FamRZ **82**, 473); beim öffrechtl Versorgungsausgl bleibt es aber dann, wenn die inländ Anwartsch des einen Eheg höher sind als die ausländ des and Eheg u diese nur als Rechngsposten zu berücksichtigen od wertlos sind (vgl BGH FamRZ **03**, 1737, Wagner IPRax **99**, 96, Rauscher IPRax **05**, 431, and Oldbg FamRZ **03**, 1752; zur dän Volksrente AG Flensburg FamRZ **09**, 1585); zum innerdtschen KollRecht vgl Rn 38–41. – **bb)** Bei einer im Inland anzuerkennenden Auslandsscheidg kann das dtsche Gericht einen **nachträglichen Versorgungsausgleich** durchführen, wenn dafür nach dtschem IPR das dtsche Recht maßg ist (vgl BGH NJW **93**, 2047, FamRZ **93**, 176, NJW-RR **94**, 322). Auch die **Abänderung** einer Entsch über den Versorgungsausgl gem FamFG 227 setzt die Anwendbark dtschen Rechts für den Versorgungsausgl voraus (zum alten Recht Hamm FamRZ **92**, 826). 25
- 7) Internationales Verfahrensrecht.** – **a) Internationale Zuständigkeit.** – **aa)** Die internat Zuständigk der dtschen Gerichte in Ehesachen ist vorrangig in **Art 3 Brüssel II a-VO** geregelt (zur analogen Anwendg für isolierten Versorgungsausgl Karlsruh IPRax **10**, 536). Die VO ist auch auf Staatsangehör von Drittstaaten anwendb, soweit sie die ZuständigkKriterien erfüllen (vgl Kblz NJW-RR **09**, 1014 zur Scheidg iran Staatsangehör). Die Zuständigk kann dch gewöhnl Aufenth beider od eventuell eines Eheg (zur Frage der Vereinbark mit AEUV 18 (ex EGV 12) vgl VorlageBeschl Mü FamRZ **03**, 546), gemeins Staatsangehörigk od gemeins domicile im Vereinigten Königreich od Irland begründet werden. Die gemeins Staatsangehörigk muss nicht notw effektiv sein, vgl dazu Art 5 Rn 2 (EuGH 16. 7. 09 IPRax **10**, 66); eine Anknüpfng an die Staatsangehörigk nur eines Eheg, wie nach FamFG 98 I Nr 1, ist nicht vorgesehen. Die ZuständigkRegelg des **autonomen Verfahrensrechts**, FamFG 98 (zur internat Zuständigk für isolierten Versorgungsausgl BGH FamRZ **06**, 321) kommt nur zur Begründg einer „Restzuständigk“ in Betr, wenn im konkreten Fall keine Zuständigk nach Art 3, 4 u 5 der VO besteht, vgl Art 7 (EuGH FamRZ **08**, 128). Auch bei Vorliegen der Voraussetzgen von Brüssel II a-VO 3 bzw FamFG 98 I würde die internat Zuständigk entfallen, wenn das Scheidgsstatut eine dem dtschen Recht **wesensfremde** gerichtl Tätigk erforderte (bejaht von KG FamRZ **94**, 839 betr Rabbinatsscheidg); die Anwendg religiösen Rechts genügt dafür nicht (BGH FamRZ **04**, 1952 betr iran Recht gg KG IPRax **00**, 126, vgl dazu Herfarth ebda 101, Rauscher IPRax **05**, 315, Elwan/Menhofer StAZ **05**, 168). – **bb)** Die dch Brüssel II a-VO begründete internat Zuständigk ist **ausschließlich**, wenn der beklagte Eheg seinen gewöhnl Aufenth in einem MitglStaat der EU (außer Dänemark) hat bzw Staatsangehör eines solchen Staates ist od sein domicile im Vereinigten Königreich od Irland hat, Art 6 (EuGH FamRZ **08**, 128). Im Ggsatz dazu schließt eine dch FamFG **98** I begründete internat Zuständigk die Anerkennung einer ausländ Ehescheidg nicht schlechthin aus (FamFG 106); vgl dazu Rn 29–37. 28
- b) Anerkennung ausländischer Scheidungen.** – **aa)** Für Entsch von MitglStaaten der **Europäischen Union** mit Ausn von Dänemark gelten **Brüssel II a-VO** 21 f. Ein besond AnerkenngsVerf ist dafür nicht vorgesehen, Art 21 I (zu den Konsequenzen für die standesamtl Praxis Sturm StAZ **02**, 193); die Anerkenng entfällt nur bei Vorliegen der in Art 22 enumerativ aufgezählten Gründe, die nur teilw mit FamFG 109 übereinstimmen (internat Zuständigk u Verbürgg der Ggseitigk sind entbehrl, hierzu FamFG 109 IV). 29
- bb)** Die autonomen Vorschr des dtschen Rechts, vgl Rn 31, gelten bei Scheidgen in **Drittstaaten** sowie Dänemark. Für diese ist das AnerkenngsVerf in FamFG 107 geregelt, vgl dazu Rn 31–34; die Anerkenngs-voraussetzgen ergeben sich aus FamFG 109, sofern keine staatsvertragl Regelg besteht; diese geht dem autonomen innerstaatl Recht vor (BayOBLG FamRZ **90**, 897). Die Voraussetzgen der Anerkenng sind grdsätzl nach den zZt des Erlasses der ausländ Entscheidg geltenden Vorschr zu beurteilen (BGH NJW **90**, 2194, KG NJW **88**, 649; für Prüfg der Anerkenngsfähigk nach den Vorschr im Ztpkt der Anerkenng, wenn diese dadch erleichtert wird BayOBLG **87**, 439, krit dazu Geimer NJW **88**, 2180). Die Anerkenng eines ausländ ScheidgsUrt verleiht diesem keine weitergehenden Wirkgen als nach dem Recht des Gerichtsstaats (Hamm FamRZ **93**, 213/215). 30
- (1) Staatsverträge.** Staatsverträge zw MitglStaaten der Europ Union mit Ausn von Dänemark werden dch die Brüssel II a-VO ersetzt, vgl deren Art 59 I. Staatsvertragl Bindngen für die Anerkenng von Auslandsscheidgen bestehen daher noch dch das dtsh-schweizer Anerkenngs- u VollstrgsAbk (Art 3) v 2. 11. 29, RGBl **30** II 1066 (vgl dazu BGH NJW **86**, 1440, FamRZ **87**, 580, Düss FamRZ **94**, 1480) u das deutsch-tunes Abk (27–30, 32) v 19. 7. 66, BGBI **69** II 890, in Kraft seit 13. 3. 70, BGBI II 125 (vgl dazu JM BaWü FamRZ **01**, 1015). 31
- (2) Autonomes Recht.** Das AnerkenngsVerf richtet sich bei **Scheidung Deutscher** in Staaten **außerhalb der Europäischen Union** (sowie Dänemark, vgl Rn 29) nach FamFG 107. Anerkenngsfah sind nur Entsch, dch die nach dem Recht des Gerichtsstaates die Ehe aufgelöst worden ist (BayOBLG **77**, 71 betr fehlde Registrierg des ScheidgsUrt); die Entsch muss also formell rkräft sein (BayOBLG FamRZ **98**, 1305). Zur Anerkenng von Privatscheidgen vgl unten Rn 35–37. Ein ausländ EhetrenngsUrt ohne Auflösg des Ehebandes ist grdsätzl anerkenngsfähig (BayOBLG FamRZ **90**, 897), jedoch selbstverständl nicht als Ehescheidg (Hbg IPRspr **83** Nr 184). Die Anerkenng hängt von der Feststellg des Vorliegens ihrer Voraussetzgen dch die LJustizverwaltung ab, die grdsätzl auf den Eintritt der RKraft der Entsch zurückwirkt (BGH NJW **83**, 514, Hamm NJW-RR **92**, 710; and bei später erfolgder Milderg der Anerkenngsvoraussetzgen, BayOBLG **87**, 439, vgl auch JM BaWü FamRZ **95**, 1411). Die Anerkenng umfasst auch den Schuldausspruch (BGH FamRZ **76**, 614). Stellt sich die Anerkenng in einem gerichtl Verf als Vorfrage, erfolgt Aussetzg nach FamFG 21 (vgl BGH FamRZ **82**, 1203, Karlsruh FamRZ **91**, 92). Die Entsch ist für Gerichte u VerwaltgsBeh bindd (vgl dazu BGH **82**, 34/39, FamRZ **83**, 357). Für die Anerkenng der nicht unmittelb auf dem Scheidgsausspruch beruhden **Nebenfolgen**, zB Regelg der Unterhaltspfll ggü gemeins Kind, ist Dchführg des Verf nach FamFG 107 grdsätzl nicht erfdl (BGH FamRZ **07**, 717, Bamgb FamRZ **05**, 1682; zur Anerkenng ausländ SorgeR-Regelgen s aber Art 21 Rn 8). 32
- Die Anerkenng hängt sachl vom Vorliegen der **Voraussetzungen** des FamFG 109 ab; sie ist also ua dann zu versagen, wenn die Gerichte des UrStaates im Ztpkt des Erlasses der anzuerkennenden Entsch (vgl dazu BayOBLG FamRZ **90**, 1265, **92**, 584) nach den dtschen Beurteilgsregeln keine internat Zuständigk besaßen,

FamFG 109 I Nr 1; hingg verstößt die Scheidg dch konstitutiven Hoheitsakt einer Behörde nicht gg den ordre public (Schlesw StAZ 09, 44); das Erfordern der Verbürgg der Gegenseitigk ist für die Anerkennung von Scheidgsurteilen mit Inkrafttr des FamFG entfallen. Die Anerkenn der Entsch im Heimatstaat der Eheg ist nicht erfdl (aM Ffm OLGZ 89, 406), kann aber die sonst fehlde internat Zuständigk des ausländ Gerichts ersetzen, vgl FamFG 109 II.

- 33 Bei **Scheidung von Ausländern** in ihrem **nicht** der **Europäischen Union** angehörden **Heimatstaat** (so wie Dänemark) hängt die Anerkenn gerichtl u behördl Entscheidungen nicht von der Feststellg dch die LJustiz-verwaltg ab, FamFG 107 I 2; ein freiwill eingeleitetes AnerkennsVerf ist jedoch zuläss (BGH 112, 127, BayObLG FamRZ 02, 1637). Das FeststellgsVerf gem FamFG 107 ist zwingd geboten, wenn einer der geschiedenen Eheg auch die dtsche Staatsangehörigk hatte (JM NRW IPRax 86, 167, JM BaWü IPRax 90, 51, BayObLG FamRZ 90, 897), od wenn Zweifel bestehen, ob beide Eheg zZt des Urteils die Staatsangehörigk des UrStaates besessen haben (Hbg IPRspr 82 Nr 181, Präs OLG Ffm IPRax 00, 124, vgl dazu Hohloch ebda 96); bei Mehr-staatern entscheidet entspr Art 51 S 1 die gemeins effektive Staatsangehörigk. Die Anerkennsvoraussetzgen beurteilen sich auch hier nach FamFG 109, vgl dazu oben; dies gilt auch für Anerkenn ausländ gerichtl Scheidgsfolgenregelg nach wirks Privatscheidg (vgl Rn 35–37, AG Hbg IPRax 86, 114). Zur Anerkenn von Privatscheidgen vgl Rn 36.
- 34 **cc) Wirksamkeit von Privatscheidungen.** Das nach Art 17 zur Anwendg berufene Scheidgsstatut entscheidet grdsätzl auch darüber, wie eine Scheidg zustandekommt, etwa nur dch richterl Entscheidg wie nach § 1564 S 1 od auf sonst Weise, zB dch privates RGeschäft (Übergabe eines Scheidebriefes, Verstoßg) od dch religiöse Zeremonie (vgl BGH FamRZ 94, 434, 04, 1952, 08, 1409, KG FamRZ 94, 839 betr **Rabbinatscheidg**, dazu Scheffelowitz FamRZ 95, 593, Henrich IPRax 07, 137, FamRZ 08, 1409, Siehr IPRax 09, 332). Eine **im Ausland** ohne Mitwirkg staatl Gerichte **vollzogene Privatscheidung** ist daher grdsätzl auch im Inland anzuerkennen, sofern die Voraussetzgen des nach Art 17 maßg Rechts eingehalten sind (BGH NJW 90, 2194, FamRZ 94, 434, BayObLG 98, 103/06, Präs Ffm StAZ 03, 137), **nicht** daher auch, wenn danach dtsches Recht anzuwenden war (BGH FamRZ 08, 1409, NJW 90, 2194, Celle FamRZ 98, 686, 757, Brschw FamRZ 01, 561, JM BaWü FamRZ 01, 1018, KG FamRZ 02, 840, BayObLG FamRZ 03, 381); bei Beteiligg eines Deutschen kann Art 6 eingreifen (vgl dazu BayObLG 77, 180, IPRax 82, 104, JM NRW IPRax 82, 25, aM Präs Ffm StAZ 03, 137), grdsätzl nicht dagg bei Privatscheidgen von Ausländern im Heimatstaat (JM NRW IPRspr 83 Nr 2, BayObLG 98, 103/08, vgl aber Stgt FamRZ 00, 171, Rauscher FamRZ 00, 391). Über die Anerkenn einer **im Ausland** vollzogenen Privatscheidg ist im **Verfahren** nach FamFG 107 zu entscheiden, sofern dabei eine ausländ Behörde zB dch Registrierg mitgewirkt hat (BGH 82, 34, NJW 90, 2194, Celle FamRZ 98, 686, 757, Brschw FamRZ 01, 561, JM BaWü FamRZ 01, 1018, Düss FamRZ 03, 381, BayObLG FamRZ 03, 381). Voraussetzg der Anerkenn ist aber, dass die Ehe zweifelsfrei geschieden (BayObLG 82, 257) u jedenfalls der konstitutive RAkt der Scheidg im Ausland vollzogen wurde (Düss FamRZ 74, 528: Vollzug des wesentl Teils im Ausland genügt, KG StAZ 84, 309: Beglaubigg der Unterschrift unter der VerstoßgsErkl im Inland zuläss), vgl dazu Rn 12; Anerkenn wirkt auf den Ztpkt der RWirksam der Eheauflösg zurück (Hamm NJW-RR 92, 710). Die Wirksamk einer reinen Privatscheidg, die ohne jede behördl Mitwirkg vollzogen wurde, ist **ohne förmli AnerkennsVerf** inzident zu beurteilen (Hamm IPRax 89, 107, str, aM Präs Ffm StAZ 03, 137, Lüderitz FS Baumgärtel S 340, Andrae/Heidrich FamRZ 04, 1626); auch eine Feststellgsklage ist zulässig (AG Hbg IPRspr 82 Nr 66 A). Die Voraussetzgen der „Anerkenng“ ergeben sich in beiden Fällen aus dem von Art 17 zur Anwendg berufenen ausländ Recht (vorbehaltl Art 6), nicht aus FamFG 109 (BGH NJW 90, 2194, FamRZ 94, 434, Ffm NJW-RR 90, 778, JM NRW StAZ 92, 46, JM BaWü FamRZ 01, 1018, BayObLG FamRZ 03, 381; für Wiederholg dch ScheidgsUrt AG Hbg FamRZ 00, 958, mit Recht ablehnd Henrich ebda). Eine **im Inland** mit oder ohne Mitwirkg einer fremden Behörde (zB auch in einer ausländ Botschaft) **vollzogene Privatscheidung** ist auch dann unwirks, wenn sie den Voraussetzgen eines ausländ Scheidgsstatuts genügt, Abs 2 (vgl Rn 12).
- 38 **8) Zum Innerdeutschen Kollisionsrecht** vgl nunmehr PalArch II. Für den nahehel Unterh gilt seit dem 18. 6. 11 auch insow das HUntProt (zur Abänderg von UnterhTiteln vgl dort Rn 39).

11. Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung

Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20. 9. 2013 (BGBl I 3642) hat in Anpassung an die VerbrRRL mit Wirkung ab 13. 6. 2014 neben kleineren anderen Änderungen, allgemeine Grundsätze für Verbraucherverträge, insbesondere Haustür- und Fernabsatzgeschäfte, geschaffen (§§ 312 ff BGB) und das Widerrufsrecht in diesem Bereich sowie die Folgen des Widerrufs (§§ 355 ff BGB) neu geregelt. Weitere Änderungen betreffen den Verbrauchsgüterkauf, das Verbraucherdarlehensrecht und die Vorschriften der Art. 246 ff EGBGB mit Anlagen. Für vor diesem Zeitpunkt entstandene Schuldverhältnisse gilt weiterhin im Wesentlichen das frühere Recht (Art. 229 § 32 EGBGB). Dieses ist daher im Folgenden aufgeführt (Stand der 73. Auflage 2014).

I. Bürgerliches Gesetzbuch

13 Verbraucher. Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit

zugerechnet werden kann.

1) Allgemeines. Die Vorschr ist dch das G zur Umsetzg der VerbrRRL mit **Wirkg ab dem 13. 6. 2014** 1 geändert worden. Hinter „abschließt,“ sind die Worte „**die überwiegend**“ eingefügt worden. Dies ist im Hinblick auf ErwägsGrd 17 der VerbrRRL klarstellend geschehen (BT-Drucks 17/13951 S 96). Es entspricht bereits der geltenden RLage, dass es bei RGesch, die sowohl zu gewerbl als auch zu privaten Zwecken geschlossen werden („Dual-use-Vertr“), auf den überwiegden Zweck ankommt (Rn 4). Ausgehend vom Recht der EU (Einl 29 ff v § 1) ist der VerbrSchutz zu einem wesentl Schutzprinzip des bürgerl Rechts geworden (Einl 1 v § 1). Die Verbr werden als eine im Verh zum Untern typw unterlegene Marktgruppe dch eine Vielzahl von unterschiedl Vorschr u Maßn geschützt (Rn 5). Es ist daher konsequent, dass das BGB in § 13 u § 14 den „Verbr“ u den „Untern“ als Zentralbegriffe des bürgerl Rechts gesetzl definiert (Soe/Pfeiffer Rn 2, BaRo/Schmidt-Räntsch Rn 1, aA K. Schmidt JuS 06, 1). Ähnl verfährt das HGB, das in seinem 1. Abschnitt Kaufleute u Nichtkaufleute voneinander abgrenzt. Zwar ist der Untern, da er auch privat RGesch vornimmt, zugl Verbr u umgekehrt kann der Verbr, wenn er auch geschäftl tät ist, zugl Untern sein. Das gilt aber für das handelsrechtl Gegensatzpaar Kaufleute/ Nichtkaufleute ebenso. §§ 13 u 14 sind allerd im Titel natürl Pers fehl am Platz (§ 14 Rn 2); sie hätten in einen neuen 3. Titel eingeordnet werden müssen.

2) Begriff. – a) Ausschließl natürliche Personen sind Verbr. Jur Pers, auch Idealvereine u gemeinnütz 2 Stiftungen, fallen nicht unter den Begriff (EuGH NJW 02, 205). Umgekehrt sind **alle** natürl Pers ohne Rücksicht auf ihren intellektuellen od ökonom Status Verbr, auch Untern (§ 14), soweit sie außerhalb ihres gewerbl od berufl TätigkKreises handeln u ebenso Pers, die weder einer gewerbl noch berufl Tätigk nachgehen. Auch GbR sind Verbr, vorausgesetzt sie werden zu den in Rn 3 genannten Zwecken tät (BGH NJW 02, 368, aA K. Schmidt JuS 06, 4). Sie sind keine jur Pers, sond, ohne jur Pers zu sein, als Gruppe rfäh (BGH NJW 01, 1056). Die Rspr zur GbR ist auf die WEigtümerGemsch nach Anerkennung ihrer TeilRfähigk (BGH, NJW 05, 2061) übertragb, so dass sie Verbr ist, wenn sie zu den in Rn 3 genannten Zwecken tätig wird (aA LG Rstk NZM 07, 370).

b) Abgrenzung. Es muss sich um ein zu privaten Zwecken vorgenommenes RGesch handeln, das nicht einer 3 gewerbl od selbstberufl Tätigk zugerechnet werden kann. Zur privaten Sphäre gehören Urlaub, Freizeit, Sport, GesundhVorsorge u ähnl VorsorgeMaßn (Unfall- u LebensVers), aber auch die Verwaltg u Anlage von Vermögen (§ 14 Rn 2). Währd nach dem Recht der EU jeder Bezug zu einer berufl Tätigk die VerbrEigensch aufhebt, sind nach § 13 nur RGesch für **selbständige** berufl Zwecke vom VerbrSchutz ausgeschl. Diese Abweichung vom GmschR ist zuläss, weil sie nicht in den harmonisierten Bereich der VerbrSchutzRL fällt (Bülow WM 13, 245, auf eine Abweichungsoption abstellnd NK/Ring Rn 22 u 72. Aufl). Sie ist auch im Anwendungsbereich der FernAbsFinDL-RL (PalArch I 21) zuläss, obwohl diese keine entspr Option enthält (§ 312b Rn 9). Der **Arbeitnehmer**

ist beim Erwerb von Gütern u Dienstleistgen Verbr, auch wenn er ArbKleidg od einen Pkw für die Fahrt zur Arbeit kauft. Er ist grdsätzl auch dann Verbr, wenn ein ArbVertr mit ihm geschlossen, geändert od aufgehoben wird (BAG NJW 05, 3305 zu § 310 III, BVerfG NJW 07, 286, Einf 7b v § 611). § 312 findet aber auf ArbVerh keine Anwendg (BAG NJW 04, 2401, 06, 938/941, § 312 Rn 4); entspr gilt für § 288 II (dort Rn 9). Zuwendgen zw Eheg u Vertr über eine vorweggenommene Erbfolge sind iZw keine VerbrVertr, auch wenn ein VertrPartner zugl Untern ist (Grziwotz FamRZ 02, 1004). **Existenzgründer** sind keine Verbr bzgl Gesch, die nach ihrer obj Zweckrichtg auf unternehmer Handeln ausgerichtet sind (hM s BGH NJW 05, 1273, 08, 435 Tz 6). Ledigl im DarlR werden Existenzgründer durch § 512 begrenzt auf Darl bis zu 75000 Euro ausdrückl einem Verbr gleichstellt. Der Existenzgründer ist aber Verbr bzgl Gesch, die nach ihrer obj Zweckrichtg eine Entsch über eine Existenzgründg ledigl vorbereiten (BGH, NJW 08, 435 Tz 7 „Existenzgründgsbericht“). Nicht unter § 13 fällt aber der Untern, der sein Unternehmen erweitern od ein weiteres gründen will. Zur Frage, ob bei einem Untern die von ihm vorgenommenen RGesch analog HGB 344 iZw dem unternehmer Bereich zuzuordnen sind, siehe § 14 Rn 2. Wer GmbH-GeschAnteile hält ist Verbr (BGH NJW 07, 759 Tz 13), ebenso der **GmbH-Geschäftsführer**, u zwar auch dann, wenn er eine Schuld seiner GmbH mitübernimmt od sich für sie verbürgt (BGH 133, 71, 220/23, NJW 00, 3133, 06, 431), auch für ein ExistenzgründgsDarl der GmbH (BGH NJW-RR 07, 1673 Tz 16 ff). Das gilt auch für den geschäftsführenden AlleinGesellschter (BGH 144, 370, NJW 06, 431, str), obwohl er kein Verbr iSd InsO 304 I ist (BGH NJW 06, 917). Ebenso für den AnstellgsVertr des Fremdgeschäftsführers einer GmbH (BAG NJW 10, 2827 Tz 23, aA Mülberr FS Goette S 333).

c) Über die Zuordnung zum privaten od unternehm Bereich entscheidet **nicht der innere Wille** des 4 Handelnden, sondern dch Auslegg zu ermittelnde Inhalt des RGesch, in die erfdlfalls die BegleitUmst einzubeziehen sind (BGH NJW 08, 435 Tz 7). Eine Zurechnung entgg dem mit dem ggeschäftl Handeln objektiv verfolgten Zweck kommt nur in Betracht, wenn die dem VertrPartner erkennb Umstände zweifelsfrei darauf hinweisen, dass eine natürl Pers in Verfolg ihrer gewerbl od selbständ berufl Tätigk handelt (BGH NJW 09, 3780 Tz 11). Wer bei einem RGesch wahrheitswidr als Untern auftritt, kann sich nicht auf den Schutz des § 13 berufen (BGH NJW 05, 1045, Karlsru NJW-RR 12, 289). Soll der VertrGgst, etwa der Pkw eines Freiberuflers, sowohl im privaten als auch im berufl Bereich eingesetzt werden, ist entscheidd, welche Benutzg überwiegt (Celle NJW-RR 04, 1645, ZGS 07, 354, Soe/Pfeiffer Rn 38, Staud/Weick Rn 47; and Wolf/Neuner § 15 Rn 13: kein VerbrGesch u v Westphalen BB 96, 2101: VerbrGesch). Schließt eine natürl Pers einen Vertr nicht überwiegnd zu gewerbl od selbständ berufl Zwecken, handelt sie als Verbraucher (BT-Drucks 17/13951 S 96). Abzustellen ist auf eine Beurteilg *ex ante*. Bei der **Beweislast** ist zu unterscheiden: Wer sich auf seine VerbrEigensch beruft, muss darlegen od beweisen, dass er mit dem Gesch tatsächl objektiv einen privaten Zweck verfolgt hat. Bleiben Zweifel, sind die SchutzVorschr des VerbrR nicht anzuwenden; wer sich auf den Schutz einer Norm beruft, trägt die **Beweislast** dafür, dass deren Voraussetzgen vorliegen (BGH NJW 07, 2619 Tz 13); für eine Umkehr der Beweislast bei einem eBay „power-seller“ Kblz NJW 06, 1438; demggü für BeweisErleichterger Szczesny/Holthusen NJW 07, 2586. Steht fest, dass objektiv ein VerbrGesch vorlag, so trifft aber den VertrPartner die Beweislast für die Umstände, aus denen er auf ein UnternGesch schließen durfte. Zweifel gehen insow zu Lasten des VertrPartners, weil bei natürl Pers grds von VerbrHandeln auszugehen ist (BGH NJW 09, 3780 Tz 11 s auch Bülow WM 11, 1349). Gem § 309 Nr 12 unwirks sind formularmäß Klauseln, in denen sich der Untern vom and Teil bestätigen lässt, er sei gleichfalls Untern (and offenb Müller NJW 03, 1974). Sind an einem Vertr (Kauf eines Pkw im Internet) **zwei Personen** (Eheg) beteiligt, von denen der eine als Untern (geschäftl Nutzg), der and als Verbr (private Nutzg) handelt, steht allein dem Verbr das WiderrufsR des § 312d zu; seine Ausübng führt aber iZw gem § 139 zur Rückabwicklg des ganzen Vertr (NK/Ring Rn 33).

- 5 d) Handelt für den Verbr ein **Vertreter**, finden die VerbrSchutzVorschr grdsätzl Anwendg, auch wenn der Verbr dch einen Untern vertreten wird (LG Rstk NZM 07, 370), es sei denn, es kommt auf die Pers des Handelnden u nicht die des VertrPartners an (BGH NJW 00, 2268, § 312 Rn 5).
- 6 e) **Rechtsgeschäfte**. Die Beschränkg des § 13 auf *abgeschlossene* RGesch ist zu eng. Der Verbr wird auch geschützt, wenn er selbst nicht rgeschäfl handelt, sond ihm eine unbestellte Sache zugesandt wird (§ 241 a), ihm ggü der Eindruck einer Gewinnzusage erweckt wird (§ 661 a) od er auf Info des Untern angewiesen ist (§§ 312 c, 482).
- 7 3) **Bedeutung**. Die Definition des § 13 gilt für den VerbrBegriff in §§ 241 a (dort Rn 2), 310 III, 312, 312 b ff, 355, 356, 474, 485, 495, 655 a, 661 a, EG 29, UWG 2 II, FernUSG 4, HGB 449 I 1, 451 a II, 451 b II, III, 451 g I, 451 h I, 455 III, 466 I, 468 II 1, 472 12, 475, BeurkG 17 II a, UKlaG 2, ZPO 1031 V, RVG 34 I 3 (Hümmerich/Bieszk AnwBl 06, 749). Soweit der ArbN im ArbR als Verbr geschützt wird, ergeben sich Modifikationen aus arbeitsrechtl Besonderh u der nicht immer decksgleichen Interessenlage im VerbrR u ArbR (vgl Rn 3). Im ProdHaftG 1 12 können für die Abgrenzg von privaten u berufl Bereich die §§ 13 f herangezogen werden. Zum Verbr iSd InsO 304 I s BGH NJW 06, 917. Art 6 ROM I VO definiert Verbr und Unren autonom, aber entspr §§ 13, 14. Im ReiseVertrR ist Leistgempfänger typw ein Verbr, es gilt aber auch, wenn ausnahmsw ein Untern Reiser ist (BGH NJW 02, 2238). Übbl über die verbraucherschützden Maßn des PrivR s Einf 13 ff v § 145, zu der (EU-)terminolog Unterscheidg VerbrGesch (B2C), UnternGesch (B2B) und PrivatGesch (C2C) s Übbl 9 v § 311.

126b Textform. Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.

- 1 1) **Allgemeines**. Die Vorschr ist dch G zur Umsetzg der VerbrRRL mit **Wirkg zum 13. 6. 2014 geändert** worden. Zu den Ändergen s Rn 7. – a) **Bedeutung**. § 126 b regelt mit der Textform einen neuen Formtyp der lesb, aber unterschriftslosen Erkl. Er knüpft an Vorschr wie MHRG 8 an, in denen eine schriftl Erkl gefordert, auf eine eigenhänd Unterschrift aber verzichtet wurde. Die Textform erfüllt keine der überkommenen Formzwecke (Warn-, Beweis-, Identitätsfunktion, § 125 Rn 2 ff). Sie gewährleistet aber, dass die Beteiligten sich zuverläss über den Inhalt der Erkl informieren können u erfüllt die damit die InfoFunktion, die inzw zu den klass Formzwecken hinzugetreten ist (§ 125 Rn 3).
- 2 b) **Anwendungsbereich**. Im BGB verlangen die §§ 312 c II, 355 I 2, 356 I Nr 3, 357 III, 477 II, 493 I S 5, 502 II, 505 II, 554 III, 556 a II, 556 b II, 557 b III, 558 a I, 559 b I, 560 I u IV, 613 a V, 651 g II u 655 b I 4 die Textform. Sie wird auch in zahlreichen Vorschr außerhalb des BGB gefordert, so zB in WEG 24 IV u in HGB 410 I, 438 IV, 455 I u 468 I, NutzEV 6 I nF, SchulRAnpG 20 III S 3 (BGH NJW-RR 08, 499). In VVG nF ist bei formbedürft Handlg des VersUntern generell die Textform vorgeschrieben (3 I, 5 I, II, 6 II, 7 I, V, 8 II, 15, 19 I, V, 28 IV, 33 II, 37 II, 38 I, 51 I, 52 I, II, 94 IV, 98, 115 II, 117 V, 119 I, II, 120, 142 I, II, 155, 158 I, 166 IV, 173 I, 174 I, 181 I, 186, 187 I, 194 IV, 196, 205 II, 206 IV; esbo für die WiderrufsErkl des VersNehmers 8 I nF; teilw darf für Erkl des VersNehmers die Textform oder die Schriftform vereinbart werden 32, 171, 208 nF). Wird eine Erkl in der Form des § 126 abgegeben, sind zugleich die Anforderungen des § 126 b erfüllt. Analog § 126 IV ersetzt die notarielle Beurkdg auch die Textform.
- 3 2) **Erfordernisse**. – a) Die Erkl muss in einer Urkunde od in einer and zur **dauerhaften Wiedergabe** in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden. Den Anfordergen genügen Verkörpergen auf Papier, Diskette, CD-Rom, aber auch in E-Mail od einem Computerfax (LG Kleve NJW-RR 03, 196). Bei elektron, dch E-Mail übermittelten Erkl genügt, dass der Empfänger sie speichern u ausdrucken kann; nicht erfdl ist, dass tats ein Ausdr erfolgt (MüKo/Einsele Rn 4). Bei Texten, die in das Internet eingestellt (Homepage), dem Empfänger aber nicht übermittelt worden sind, ist § 126 b dagg nur gewahrt, wenn es tats zu einem Download (abspeichern od ausdrucken) kommt, andfalls nicht (BGH NJW 10, 3566 Tz 19, EuGH EuZW 12, 638). Auch die Erfordern des § 130 müssen gewahrt sein. Ihnen genügt die elektron Übermittlg nur, wenn der Empfänger dch Mitteilg seiner E-Mail-Anschrft, FaxNr od in sonst Weise zu erkennen gegeben hat, dass er mit einer telekommunikat Übermittlg von rechtserhebl Erkl einverstanden ist (§ 130 Rn 7 a).
- 4 b) Die **Person des Erklärenden** muss genannt werden. Der Begriff des Erkläre ist mit dem des Ausstellers in §§ 126, 126 a ident (MüKo/Einsele Rn 5). Zum Vertreter gilt daher § 126 Rn 9. Eine mechan hergestellte Unterschrift, aber auch eine Angabe im Kopf od Inhalt des Textes ist ausreichend (MüKo/Einsele Rn 5). Der Name des Erklärenden braucht nicht der bürgerl Name zu sein. Soweit für den Empfänger verständl, genügt auch ein Vor-, Wahl- od Spitzname. Auch eine Erklrg als der dem Empfänger bekannten Vermieter genügt (Erman/Arnold Rn. 4).
- 5 c) Der Text muss den **Abschluss der Erklärung** in geeigneter Weise erkennb machen. Einer Unterschrift bedarf es nicht (BGH NJW 11, 295 Tz 13); sie ist aber zweckmäß u braucht nicht eigenhänd zu sein, Faksimile od eingescannte Unterschrift genügt. Ausreichd ist auch ein Abschluss dch eine Datierg, eine Grußformel od in sonst Weise (BGH NJW 11, 295 Tz 13, NJOZ 12, 926 Tz 20). Unterhalb des Abschlusses angefügte Vertr-Nachträge führen zur Unwirksk des Vertr, es sei denn, es handelt sich nur um Abreden mit nebensächl Bedeutg (BGH NJOZ 12, 926 Tz 22 ff).
- 6 3) Die **Beweislast** trägt die Part, die aus der Einhaltg der Textform Rechte herleiten will (MüKo/Einsele Rn 11). Sie muss insbes beweisen, dass nach dem Auftreten des Empfängers eine Übermittlg dch Fax od E-Mail zuläss war (Rn 3). ZPO 371 a, 416, 440 sind nicht anwdb.

241a Unbestellte Leistungen. (1) Durch die Lieferung unbestellter Sachen oder durch die Erbringung unbestellter sonstiger Leistungen durch einen Unternehmer an einen Verbraucher wird ein Anspruch gegen diesen nicht begründet.

(2) Gesetzliche Ansprüche sind nicht ausgeschlossen, wenn die Leistung nicht für den Empfänger bestimmt war oder in der irrigen Vorstellung einer Bestellung erfolgte und der Empfänger dies erkannt hat oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können.

(3) Eine unbestellte Leistung liegt nicht vor, wenn dem Verbraucher statt der bestellten eine nach Qualität und Preis gleichwertige Leistung angeboten und er darauf hingewiesen wird, dass er zur Annahme nicht verpflichtet ist und die Kosten der Rücksendung nicht zu tragen hat.

1) **Allgemeines.** Eingefügt in (überschießender) Umsetzung der FernAbsRL 9 (PalArch I 9) u der FernAbsFinanzDL-RL 9 (PalArch I 21). Der Inhalt der Vorschr überzeugt nicht (Rn 4 u 7), noch weniger ihre Einordng zw den schuldrechtl GrdNormen der §§ 241 u 242. § 241 a ist im Kern eine wettbewerbsrechtl Vorschr; sie soll den Verbr vor anstößigen u belästigten Vertriebsformen schützen (Erman/Saenger Rn 1 a). Zur Neufassung von I u III dch das VerbrRRL-UG s Rn 11 f.

2) **Voraussetzungen.** – a) **Unternehmer:** § 14. **Verbraucher:** § 13. Da der Empfänger idR nicht bestellt hat, ist entscheidend, ob eine fiktive Bestellg seinem privaten od gewerbl (selbst berufl) Bereich zuzuordnen wäre. **Sachen:** § 90. Sonst **Leistungen** sind alle Leistgen, die nicht in Lieferg einer Sache bestehen.

b) **Unbestellt** ist die Sache (Leistg), wenn sie dem Verbr ohne eine ihm zurechenb Aufforderg (VertrAntr, *invitatio ad offerendum*) zugeht. Dch Anfechtg des Vertr, auch dch Anfechtg nach § 123, wird die Sache nicht zu einer unbestellten. Warenproben, die iR einer ständ GeschBezieh od aGrd einer entspr Aufforderg übersandt werden, fallen nicht unter I. Auch auf Leistgen iR einer berecht GoA (Arzt, Nothelfer) ist I nach seinem Normzweck (Rn 1) nicht anzuwenden (Hau NJW 01, 2863, NK/Krebs Rn 30), ebso nicht auf den Erbensucher (Dornis JZ 13, 592, str). Dagg liegt eine unbestellte Dienstleistg vor, wenn die Verbindg mit einem Mehrwertdienstleister dch einen missbräuchl installierten Internet-Dialer hergestellt wird (Lienhard NJW 03, 3592).

c) Auch die Lieferg einer **anderen Sache** als der bestellten fällt unter I. Zwar sollte I nach dem RegEntw (BT-Drs 14/2658) nur für Liefergen zum Zweck der VertrAnbahng gelten. Dieses Erfordern ist im GesetzgebgsVerf aber ausdrückl aufgegeben worden (BT-Drs 14/3195 S 32). Wird nach VertrSchluss nicht die dem Vertr entspr Sache, sondern ein *aliud* geliefert, ist I daher anwendb (Casper ZIP 00, 1602/05, Berger JuS 01, 649/51, Wrase/Müller-Helle NJW 02, 2537, aA Lorenz JuS 03, 36/40). Der Normzweck (Rn 1) rechtfertigt es aber, I nur iF einer absichtl Falschlieferg anzuwenden; für die irrtüml aliud-Lieferg gilt § 434 III (Berger aaO, Deckers NJW 01, 1474, aA Wrase/Müller-Helle aaO, Kohler AcP 204, 606). Die Lieferg einer mangelh Sache fällt nicht unter I, sond führt zur Anwendg der §§ 434, 437. Über die Abgrenzung von *aliud* u mangelh Sache entscheidet bei Gattgssachen, wenn die PartAbrede unergiebig ist, die Verkehrsanschauung. Der Verbr hat iF einer absichtl Falschlieferg nach seiner Wahl die RBehelfe des § 241 a od des § 437 (Wrase/Müller-Helle aaO; Kohler aaO stellt darauf ab, ob der Verbr die Leistg als Erf angenommen hat – dann § 437 – od nicht – dann § 241 a). Eine unbestellte Leistg kann auch eine „Verbesserg“ iR einer Nachbesserg sein (Mankowski NJW 11, 1025).

d) Nach III liegt eine unbestellte Lieferg nicht vor, wenn der Untern statt der bestellten eine and nach Qualität u Preis gleichwert Sache liefert u darauf hinweist, dass keine Annahmepfl besteht u der Verbr die Rücksendekosten nicht zu tragen hat. Auch wenn der Untern absichtl ein *aliud* liefert, mit dessen Genehmigg er rechnet, gilt grdsätzl I; and ist es nur, wenn der in III vorgesehene Hinw erteilt worden ist.

3) **Rechtsfolgen.** – a) **Vertragliche Ansprüche.** Die Zusendg unbestellter Sachen ist häuf ein VertrAntr (§ 145) des Untern. Schweigen bedeutet hier keine Annahme, auch dann nicht, wenn der Antragde erklärt, der Vertr gelte bei Nichtablehng od Nichtrücksendg als geschlossen. Da der Verbr unabhng von einem VertrSchluss grdsätzl berecht ist, die Sache zu benutzen u zu verbrauchen (Rn 7), bedeuten auch Zueigngs- u Gebrauchshandlgen, abweichd von § 151, keine Annahme. Der Vertr kommt nur zustande, wenn der Verbr zahlt od ausdrückl die Annahme erklärt (Schwarz NJW 01, 1451, MüKo/Finkenauer Rn 16, aA Casper ZIP 00, 1602/07, Larenz/Wolf § 29 Rn 68).

b) **Gesetzliche Ansprüche.** – aa) **Grundsatz.** Auch gesetzl Anspr sind nach I u II idR ausgeschl, nicht nur Anspr auf SchadErs u Nutzgsherausg, sond auch Anspr aus §§ 985 u 812 (Lorenz JuS 00, 833/41, Schwarz NJW 01, 1449, MüKo/Finkenauer Rn 33, aA Casper ZIP 00, 1607, Altmeppen FS v Westphalen S 1), and nur, wenn der Anspr aus § 985 wg Lieferg einer fremden Sache einem Dritten zusteht (Berger JuS 01, 649/54, aA Böttcher/Möriz VuR 05, 46). Der Ausschluss erfasst auch Anspr aus GoA (zur Einschränkung s Rn 3) u iF einer Weiterveräußerg auch den Anspr aus § 816 (Link NJW 03, 2811, str). Der Verbr wird zwar nicht Eigentüer (str), kann die Sache aber nach seinem Belieben ge- u verbrauchen u ist bei vorsätzl Beschädigg od Veräußerg nicht strafb (MüKo/Finkenauer Rn 40). Er hat iR des § 241 a ein Recht zum Besitz (Sosnita BB 00, 2322, str) u bei Beschädigg der Sache dch Dritte gem § 823 Rn 13 einen SchadErsAnspr. Sein Anspr schließt den Anspr des Untern gg den Dritten insow aus (and Mitsch ZIP 05, 1017). Veräußert der Verbr an einen Bösgläub, wird dieser aber gem § 985 herausgabepfl. Kein Ausschluss des Anspr aus § 985 u seiner Surrogate bei wettbewerbsrechtl unbedenkl Maßn, so bei unbestellten Angeboten iR ständ GeschBezieh od Übersendg der NeuAuf eines wissenschaftl Werks an frühere Abnehmer unter Angebot eines Sonderpreises (str, s Berger JuS 01, 649/53).

– bb) **Ausnahmen (II).** Gesetzl Anspr auf Herausg (§§ 985, 812), auf SchadErs u auf Nutzgsherausg (§§ 987 ff, 818 f) bestehen in zwei Fällen: (1) Die Leistg war nicht für den Empfänger bestimmt. (2) Die Leistg ist in der irrigen Annahme einer Bestellg erfolgt. Auch grobe Fahrllk des Untern schließt den Anspr nicht aus. **Voraussetzung** ist aber, dass der Verbr die Bestimmg für einen and Empfänger od den Irrtum des Untern erkannt hat od bei Anwendg der erfdl Sorgfalt hätte erkennen können. Einf Fahrllk genügt. Kennntn od Kennenmüssen von Angehörigen ist dem Verbr nicht zuzurechnen.

4) **Ansprüche des Verbrauchers.** Sendet der Verbr die Sache zurück, hat er nach § 683 wg der Kosten der Rücksendg einen Anspr auf AufwendgErs. Der Rücktransport ist ein Gesch des Untern, *arg* III letzter Hs.

5) **Rechtsverkehr zwischen Unternehmern.** Auf Liefergen an Untern ist § 241 a nicht anwendb. Es gelten die allg Regeln, insbes §§ 151, 663 u HGB 362.

Teil 2, Abschnitt 3, Titel 1, Untertitel 2. Besondere Vertriebsformen

Vorbemerkungen

- 1) **Allgemeines.** Der Untertitel regelt drei **besondere Vertriebsformen**: HaustürGesch (§§ 312, 312a), FernAbsVertr (§§ 312b-d) u Vertr im elektron GeschVerkehr (§ 312g). Die §§ 312 ff dienen der Umsetzg der HausTWRL, der FernAbsRL, der ECommerceRL u der FernAbsFinanzDL-RL (PalArch I B). Sie erfassen Vertr, bei denen der Kunde (idR ein Verbr, iF des § 312g auch ein Untern) wg der besond Art des Zustandekommens des Vertr (Abschluss od Anbahnung außerh der GeschRäume des Untern) typw schutzbedürft ist. Die eingesetzten Schutzinstrumente sind die Begründg von InfoPfl (§§ 312c, 312g iVm EG 246) u von WiderrufsR (§§ 312, 312d). Sie gelten auch dann, wenn der Kunde, etwa als der wirtschaftl Stärkere od intellektuell Überlegene, des Schutzes eigentl nicht bedarf.
- 2) **Entwicklung.** Das SMG hat das HausTWG u das FernAbsG aufgehoben u die KernVorschr der beiden Gesetze fast unverändert in die §§ 312 ff übernommen (Einzelh s 63. Aufl). Das Gesetz zur Änderg der Vorschr über FernAbsVertr bei Finanzdienstleistgen, **FernAbsAndG**, v 2. 12. 04 (BGBl I S 3102) hat in Umsetzg der FernAbsFinanzDL-RL (PalArch I B) die Finanzdienstleistg in die Regel der §§ 312b ff einbezogen u die §§ 312b, 312c, 312d, 355, 357, 444, 639, EG 29a, BGB-InfoV u UKlaG 14 geändert; Übergangsvorschr: EG 229 § 11; Inkrafttr am 8. 12. 04 (Einzelh s 68. Aufl). Das **Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung** u zur Verbesserg des VerbrSchutzes bei besonderen Vertriebsformen v 29. 7. 09 (BGBl I S 2413) hat § 312d III, IV u VI geändert u § 312f (nunm 312h) neu eingefügt. **Materialien:** BR-Drs 553/08 (Entwurf), BT-Drs 16/10734 (Entwurf mit Stellgnahme des BRats u GgÄußerg der BReg), BT-Drs 16/12406 (Bericht des RAusschusses). **Schriftum:** Köhler NJW 09, 2567, Alexander JuS 09, 1070. Das **VerbrKrRL-UG** v 29. 7. 09 (BGBl I S 2355) hat mit Inkrafttr am 11. 6. 10 die §§ 312, 312c, 312d, 312e (nunm § 312g), 355–357, 359 geändert u §§ 359a, 360 eingefügt. Die darin enthaltenen InfoPfl sind teilw in EG 246 §§ 1–3 ausgelagert wurden. Zugleich haben die Musterbelehrgen den Rang eines formellen Gesetzes erhalten. **Materialien:** BR-Drs 848/08 (Entwurf), BT-Drs 16/11643 (Entwurf mit Stellgnahme des BRats u GgÄußerg der BReg), BT-Drs 16/13669 (Bericht des RAusschusses). **Schriftum:** Schröder NJW 10, 1933, Wildemann VuR 11, 55. Das **Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen** u über verbundene Vertr v 27. 7. 11 (BGBl I S 1600), das ua der Umsetzg des Urts des EuGH (NJW 09, 3015) dient, hat mit Inkrafttr am 4. 8. 11 die §§ 312d, 357, 358 u 359a geändert u §§ 312e, 312f eingefügt; die bish §§ 312e bis g wurden zu §§ 312g bis i. Ferner wurden die Belehrgsmuster 1 u 2 zu EG 246 § 2 geändert. Übergangsvorschr: EG 229 § 27. **Materialien:** BR-Drs 855/10 (Entwurf), BT-Drs 17/5097 (Entwurf mit Stellgnahme des BRats u GgÄußerg der BReg), BT-Drs 17/5819 (Bericht des RAusschusses). **Schriftum:** Wendehorst NJW 11, 2515; Bartholomä NJW 12, 1761. Das **Gesetz zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr** v 10. 5. 12 (BGBl I S 1084) hat mit Inkrafttr am 1. 8. 12 § 312g geändert. **Materialien:** BR-Drs 525/11 (Entwurf), BT-Drs 17/7745 (Entwurf mit Stellgnahme des BRats u GgÄußerg der BReg), BT-Drs 17/8805 (Bericht des RAusschusses). **Schriftum:** Alexander NJW 12, 1985, Bergt NJW 12, 3541, Roth VuR 12, 477. Das **AIFM-UG** v 4. 7. 13 (BGBl I 1981) hat mit Inkrafttr am 22. 7. 13 die §§ 312a, 312d geändert. Die **VerbrRRL** (PalArch I B) hat HausTWRL u FernAbsRL vereinheitlicht u ist dch das **VerbrRRL-UG** mit Wirkg ab dem 13. 6. 14 umgesetzt worden; die Neufassung der §§ 312 ff ist im aktuellen Palandt kommentiert.
- 3) **3) IPR.** Es gelten die allg Regeln der Rom I-VO 3 u 4 mit den sich aus Rom I-VO 6 u 9 sowie EG 46b ergebenden Modifikationen (vgl dort).

312 **Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften.** (1)¹ Bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat und zu dessen Abschluss der Verbraucher

1. durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung,
2. anlässlich einer vom Unternehmer oder von einem Dritten zumindest auch im Interesse des Unternehmers durchgeführten Freizeitveranstaltung oder
3. im Anschluss an ein überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen

bestimmt worden ist (Haustürgeschäft), steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu.² Dem Verbraucher kann anstelle des Widerrufsrechts ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden, wenn zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer im Zusammenhang mit diesem oder einem späteren Geschäft auch eine ständige Verbindung aufrechterhalten werden soll.

(2)¹ Der Unternehmer ist verpflichtet, den Verbraucher gemäß § 360 über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht zu belehren.² Die Belehrung muss auf die Rechtsfolgen des § 357 Abs. 1 und 3 hinweisen.³ Der Hinweis ist nicht erforderlich, soweit diese Rechtsfolgen tatsächlich nicht eintreten können.

(3) Das Widerrufs- oder Rückgaberecht besteht unbeschadet anderer Vorschriften nicht bei Versicherungsverträgen oder wenn

1. im Falle von Absatz 1 Nr. 1 die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrags beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind oder
2. die Leistung bei Abschluss der Verhandlungen sofort erbracht und bezahlt wird und das Entgelt 40 Euro nicht übersteigt oder
3. die Willenserklärung des Verbrauchers von einem Notar beurkundet worden ist.

- 1/2) **1) Allgemeines. – a) Fassung.** §§ 312 u 312a dienen der Umsetzg der tatbestandl engeren, allein auf den VertrSchluss abstellenden HausTWRL (PalArch I B). Eine **europarechtliche** Pfl zur richtlkonformen Auslegg besteht nur bei Sachverhalten, die auch von der RL erfasst werden. Eine einheitl Auslegg iS der RL ist aber aus Grden der Gleichbehandl auch für Gesch sachgerecht, die nicht unter die RL fallen (BGH NJW 02, 1881, Einf 44 v § 1). Der Grds richtlkonformer Auslegg gilt nur, wenn eine zweifelh Ausleggsfrage gg den Verbr entschieden werden soll. Bei einer Auslegg zG des Verbr ist eine Kollision mit der RL ausgeschl, da RL 8 strengere Schutzstandards der MitglStaaten ausdrückl zulässt. Dch das VerbrKrRL-UG ist II geändert worden (Rn 31). Trotz der richtlinienüberschießenden Umsetzg hat die EU-Komm am 21. 6. 12 (PresseErkl IP/12/647)

das Merkmal „bestimmt worden“ in I 1 als richtlinienwidrig beanstandet u Deutschland zur Änderg aufgefordert (s dazu Rn 13).

b) Zweck. Anbahnung od Abschluss eines Vertr in einer ungewöhnl räuml Umgeb („Haustürsituation“) begründen die Gefahr, dass der Verbr überrumpelt u zu einem unüberlegten GeschAbschluss veranlasst wird (BGH NJW 04, 1376, 06, 845, BAG NJW 04, 2401). Entscheidd ist nicht die vielfach auch bestehende intellektuelle od wirtschaftl Überlegenh des Anbieters od die Risiken des Angebots (schlechte Qualität, zu hoher Preis). Grd des WiderrufsR ist, dass der Vertr möglicherw infolge der besond Verhandlungssituation dch *situative* Überrumpelg zustande gekommen ist (BGH u BAG aaO). § 312 ist halbzwingd (§ 312i). Treten weitere, den Verbr belastende Umst hinzu, kann der Vertr gg § 138 verstoßen (dort Rn 18).

2) Verbraucherverträge, I. – a) Vertragsparteien. § 312 gilt für Vertr zw einem Untern (§ 14) u einem Verbr (§ 13). Soll der VertrGgst sowohl im privaten als auch im berufl Bereich eingesetzt werden, ist entscheidd, welche Benutzg überwiegt (§ 13 Rn 4). Vertr nur zw Untern od nur zw Verbr werden von § 312 nicht erfasst. Ebso fallen **Arbeitsverträge** u arbrechtl Ändergs-, Aufhebgs- u AbwicklgsVertr sowie selbstd Schuldanerkenntn schon nach der amlt Überschrift des Untertitels (besond *Vertriebsformen*) nicht unter § 312 (BAG NJW 04, 2401, NZA 06, 145/49), auch wenn ArbN als Verbr anzusehen sind (BAG NJW 05, 3305). Bei einem VertrSchluss am ArbPlatz, auch außerh des Personalbüros, besteht die Gefahr einer *situativen* Überrumpelg, vor der das WiderrufsR schützen soll (Rn 3), typw nicht (BAG aaO, ablehnd Hümmerich NZA 04, 809); das gilt ebso, wenn der ArbN idR zu Hause arbeitet (BAG AP § 620 AufhebgsVertr Nr 27), od bei einem VertrSchluss in der Wohng des ArbN (LAG Hamm ZIP 04, 476, str). Der ArbN wird insow dch die SchutzVorschr des ArbR, nicht aber als Verbr geschützt.

b) Vertretung. – aa) Verbraucher – ein Vertreter, kommt es für die Situation des I allein auf den Vertreter an (BGH NJW 05, 664/68, 06, 2118, BVerfG-Ka NJW 04, 151), es sei denn, dass der Vertreter aaGrd bestimmter Weisg keinen Spielraum hat (BGH NJW 00, 2268, Gedanke des § 166 II). Dass die Vollm in einer Haustürsituation erteilt wurde, macht den Vertr nicht zu einem HaustürGesch (BGH NJW 00, 2268, 04, 154/55). Sieht man die *Vollm* in richtlkonformer Auslegg des § 312 als widerrufl an (so MüKo/Masuch Rn 35, Staud/Thüsing Rn 47, Hoffmann JZ 12, 1156, aA Edelmann/Mackenroth DB 07, 730), kommt eine Rückabwicklg des Gesch nur in Betr, wenn der Verbr die *Vollm* widerruft; ein Widerruf des Vertr genügt nicht (s BGH NJW 00, 2268/70); der Untern wird idR auch dch § 172 geschützt; er hat bei einem VertrSchluss mit einem Vertreter idR keine Veranlassg anzunehmen, die Vollm sei in einer Haustürsituation erteilt u der Verbr nicht belehrt worden (§ 173 Rn 2). Tritt für den Verbr ein Untern als Vertreter auf, entfällt das WiderrufsR, weil § 312, der situativen Übereilgsschutz gewährleisten soll (Rn 3), nach seinem Sinn u Zweck auf das Handeln eines Untern nicht angewandt werden kann (BGH NJW 00, 2268, Masuch aaO, str). – **bb)** Lässt der **Unternehmer** einen Vertreter od Vermittler für sich handeln, muss er sich dessen Verhandlg in einer Haustürsituation zurechnen lassen (Stgt ZIP 04, 891/96). Vermittler idS sind auch Sammelbesteller u Partyverkäufer (MüKo/Masuch Rn 63 ff) od ein Makler (aA Jena NJW-RR 09, 719). Geht die Einwirkg von einem Dritten aus, der im Namen od für Rechng des Untern in die Aushandlg od den Abschluss des Vertr eingeschaltet wird, hängt das WiderrufsR des Kunden im Hinbl auf den Zweck der HausTWRL (PalArch I B) nur davon ab, ob der Vertr obj in einer Haustürsituation abgeschl worden ist (EuGH NJW 05, 3555, BGH NJW 06, 497, 1340, NZM 07, 60). Soweit der BGH früher für die Zurechng auf die zu § 123 entwickelten Kriterien abgestellt hat, ist dies überholt (s hierzu 65. Aufl). Dies gilt auch für einen Vertr, der in der Haustürsituation nur angebahnt worden ist u desh von der HausTWRL nicht erfasst wird; eine insow mögl gespaltene Auslegg (Einf 44 v § 1) hat der BGH (aaO) nicht erwogen u daher im Ergeb abgelehnt. Etwas and gilt aber dann, wenn die Initiative zu den VertrVerhandlgen ausdrückl vom Kunden ausgeht u der Vermittler ausschließl „im Lager“ des Verbr steht (BGH NJW 08, 3423, NJW-RR 09, 836). Die Mitwirkg des Eheg od eines nahen **Angehörigen**, der dem Verbr die VertrErkl auf Veranlassg des Untern in der Wohng vorlegt, führt nicht zur Anwendg des § 312, teleolog Reduktion (BGH NJW 93, 1594, 96, 191, Düss WM 14, 793, aA Frings ZIP 96, 1193). And aber, wenn der Angehörige allg werbd für den Untern tät ist (BGH NJW 96, 3414, NJW-RR 06, 1715). Das gilt ebso für **Nachbarn**, Freunde, ArbKollegen od Mitgesellschafter, die auf Veranlassg des Untern handeln (Kblz ZIP 07, 2022/24, MüKo/Masuch Rn 63, aA KG NJW 96, 1480).

3) Entgeltlicher Vertrag. – a) Erforderl ist der **Vertrieb** von Waren od Dienstleistggen gg ein Entgelt; die Bezeichng ist gleichgült (Preis, Lohn, Honorar, Vergütg, Gebühr usw). Entgelt ist richtlkonform weit auszulegen, weil die RL dieses einschränkd Merkmal nicht enthält. Es genügt irgendeine Leistg des Verbr, wie zB bei SichsGesch (Rn 8 u 9), auch eine Leistg an einen Dritten (BGH NJW 03, 1190). Erfasst werden vor allem ggseit Vertr: KaufVertr, einschl VerbrGüterkauf (§ 474) u Kauf eines Grdst (s BGH NJW 02, 1881) od Schuldverschreibg (Ensthaler/Kluge BB 10, 2835); Zeitschriftenabonnements (s aber §§ 312 a, 510), BauVertr (BGH NJW 07, 1947), BauträgerVertr (Knops VuR 04, 397), Werk- u WerkliefergsVertr; Wiedereinräumg des NachbessersR (LG Münster NJW 08, 2858); GeschBesorggsVertr (BGH NJW 95, 324, Köln NJW-RR 89, 1339), auch als gemischerter Vertr (BGH aaO, Schlüssel-Funddienst), BeraterVertr (Mü WM 91, 523), UnterrichtsVertr (s aber § 312 a Rn 2); AnlagevermittlgsVertr (BGH NJW 03, 1190), DarlVertr (BGH NJW 02, 1881, s aber § 312 a Rn 2); PartnerschVermittlg (BGH NJW 10, 2868); Single-Party-Club (AG Strausbg NJ 98, 545); FranchiseVertr (Einf 21 v § 581); MaklerVertr; ReiseVertr; Miete u Pacht von bewegl Sachen, Immobilien, Wohng od Hausfläche (Kblz NJW 94, 1418, NJW-RR 11, 1203; Werbetafel, Brschw NZM 99, 996, hM), TeilzeitwohnRVertr (EuGH EuZW 99, 377, BGH NJW 97, 1069, s aber § 312 a Rn 2); Leasing (Einf 37 ff v § 535); BausparVertr; Vertr über LeigtgR für Wasser-, Energie- u WärmeVersorgg. Nach hM erfasst I auch den Erwerb einer Beteiligg an einer Anlage- od **Publikumsgesellschaft** (EuGH NJW 10, 1511, BGH 133, 254/61, NJW 12, 155, 14, 2022) u den mittelb Beitritt über einen Treuhänder (BGH NJW 01, 2718). Wird der KreditVertr in einer Haustürsituation abgeschl, ist § 312 auch anwendb, wenn über den AnlageVertr in den Räumen des Anlageberaters verhandelt worden ist (Dresd VuR 03, 70). § 312 gilt auch für ÄndVertr (Kblz NJW 94, 1418, Franz JuS 07, 14), Vergl (BGH NJW-RR 08, 643), AufhebgsVertr (Riesenhuber/Vogel NJW 05, 3457), VertrÜbernahme (Röthel/Heßeler WM 08, 1001) u, wenn der Verbr, etwa beim Verkauf von Antiquitäten, Anbieter ist (MüKo/Masuch Rn 32).

b) Bürgschaft. Die Bürgsch ist ein Vertr über eine entgeltl Leistg (EuGH NJW 98, 1295, BGH NJW 93, 1595, 98, 2356, Düss WM 14, 793). Für das WiderrufsR des Bürgen kommt es allein darauf an, ob er ein Verbr ist u der BürgschVertr in einer Haustürsituation begründet worden ist; die VerbrEigensch des HauptSchu od eine auf ihn bezogene Haustürsituation sind nicht maßgebl (hM; BGH NJW 06, 845, 07, 2106 unter Aufg von BGH

NJW 98, 2356). Hierin liegt eine nach HaustWRL 8 zuläss überschießde Umsetzg dieser RL, die eine VerbrEigensch u Haustürsituation auch des HauptSchu verlangt (s EuGH NJW 98, 1295, Zahn ZIP 06, 1069).

- 9 **c) Andere Sicherungsgeschäfte.** Für and akzessorische SichgsR, wie zB die Schuldmittübernahme, gilt Rn 8 entspr (BGH NJW 06, 845, WM 07, 1209, aA Stodolkowitz ZBB 08, 306), ebso für Schuldanerkenntn u -versprechen (Kannowski VuR 09, 408). Die Verpfl zur Bestellg einer SichgsGrdschuld ist ein Vertr über eine entgeltl Leistg, wenn damit für den SichgsG irgendein Vorteil verbunden ist (BGH NJW 96, 55, Hamm WM 05, 2378, Naumbg BKR 09, 124, Tiedtke/Szczesny WM 06, 1661). Dagg ist die Grdschuldbestellg selbst kein entgeltl Vertr iS des § 312 (Kblz NJW-RR 99, 1178).
- 10 **d) Der Beitritt zu einem Verein** (Genossensch) fällt nicht unter § 312 (Karlsru NJW 91, 433, Naumbg BKR 06, 250, hM), and aber wenn zw dem Verein u seinen Mitgl Vertr über Leistgen abgeschl werden, die nicht schon aGrd der Mitgliedsch beansprucht werden können (Mü NJW 96, 263, MüKo/Masuch Rn 34), wenn die Mitgliedsch rein kapitalmäß ist (BGH NJW 11, 2198) od wenn die vereinsrechtl (genossenschrechtl) Gestaltg ledigl verdeckt, dass die Erbringg entgeltl Leistgen vereinbart wird (BGH NJW 97, 1069). Auf den Widerruf der Einwilligung in Presseveröffentllichen ist § 312 uU analog anwendb (LG Hbg NJW-RR 05, 1357).
- 11 **4) Situationsbedingte Voraussetzungen, I Nr 1–3.** Die enumerative Aufzählg in Nr 1–3 schließt eine erweiternde Auslegg u auch eine Analogie (Rn 15) nicht aus (MüKo/Masuch Rn 42, arg § 312 i S 2). Stets muss ein bestimmtes werbemäß Ansprechen des Verbr vorliegen (Rn 12, 16, 21) u die ÜberrumpplgsHandlg muss für die Erkl des Verbr kausal iSd *conditio-qua-non*-Formel gewesen sein (Rn 13, 20); entscheidd ist, an welchem Ort das werbemäßige Ansprechen stattgefunden hat, während der Ort des VertrSchlusses od der Abgabe der Erkl des Verbr nicht maßgebl ist (BGH NJW 09, 431, 10, 2868). Es genügt aber auch, wenn der Verbr in den GeschRäumen des Untern angesprochen worden ist u die Verhandlgen in der Haustürsituation stattgefunden haben (Dresd WM 07, 1065). Die **Beweislast** trägt nach allg Grds der Verbr (BGH NJW 09, 431, 10, 2868); kommt es im Anschluss an die Verhandlg alsbald zu einem VertrSchluss, greift hinsichtl der Kausalität der Anscheinbeweis ein, der vom Untern zu entkräften ist (Kblz NJW 94, 1418, Ffm WM 02, 545).
- 12 **a) Nr 1. Arbeitsplatz und Privatwohnung. – aa) Verhandlung.** Die Verhandlg (eine od mehrere) muss dch den Untern, Gehilfen od Dritten mit dem Verbr od dessen Vertreter geführt werden (Rn 6). Sie muss mündl sein; eine ausschließl elektron Kommunikation genügt nicht (BAG NZA 06, 545/46). Die Verhandlg beginnt, sobald der Verbr mit dem Ziel eines VertrSchlusses („werbd“) angesprochen wird (BGH NJW 96, 926), auch wenn damit lediglich der Besuch des Kunden in den GeschRäumen des Untern vorbereitet od verabredet wird (BGH NJW-RR 05, 180). Gleichgült ist der Ablauf; es genügt, dass nur für den Untern gesprochen wird. Der Gesetzeszweck erfordert keine Wechselrede. Auf Seiten des Verbr ist ausreichend, dass er aGrd der Verhandlg seine WillensErkl abgibt. Unerhebl ist, wo das geschieht (BGH NJW 96, 926). Er kann die Erkl auch später in Abwesenh des Untern od dessen Vertreters (BGH NJW 96, 3416) od in dessen GeschRaum abgeben (BGH NJW-RR 05, 180). Werbg u telefon Verhandlg fallen nicht unter Nr 1, sond wie auch Teleshopping unter § 312 b (BGH NJW 96, 929, NJW-RR 09, 1262/4, MüKo/Masuch Rn 68, hM, aA Woitkewitsch MDR 05, 371). –
- 13 **bb) Ursächlichkeit der Haustürsituation.** Für den VertrSchluss gelten die allg Regeln. Gleichgült ist, ob das VertrAngebot od die Annahme vom Verbr erklärt wird. Entscheidder BewegGrd für die Abgabe der Erkl des Verbr muss die Haustürsituation sein (ähn wie § 123 Rn 24). Entscheidd ist allein der Ort; auf den Anlass des ZusTreffens kommt es nicht an (BGH NJW 99, 575). Andseits genügt allein die Abgabe der VertrErkl in der Haustürsituation nicht (BGH NJW 09, 431); ist die Unterschrift in der Wohng (am ArbPlatz) ledigl der formelle Schlusssakt früherer Verhandlgen, gilt Nr 1 nicht (Stgt WM 07, 203/11, Ffm OLGR 08, 125; arg 4. ErwGrd: Überraschsmoment); ob daran im Hinbl auf die Auffassg der *EU-Komm* (s Rn 1), das Merkmal „bestimmt worden“ in I 1 sei richtlinienwidr, festgehalten werden kann od ob die Frage dem EuGH vorgelegt werden muss, ist zweifelh; dies betrifft allerd nur die Fälle, in denen die VertrErkl des Verbr in einer Haustürsituation abgegeben worden ist; I 1 könnte hier richtlkonform dahin ausgelegt werden, dass die Kausalität unwiderlegb vermutet wird (Bülow ZIP 12, 1745). Es genügt **Mitursächlichkeit** (BGH NJW 07, 1947, 10, 2868); and Umst (zB Werbegeschenke, Warenproben usw) dürfen mitbestimmnd sein. Es genügt, wenn der Vertr ohne die Haustürsituation nicht od nicht in seiner konkreten Fassg zustandegekommen wäre (BGH aaO). Mitursächlichk ist bei einem Neuausschluss auch gegeben, wenn der Besuch nicht zur Kundenwerb, sond wg einer VertrAnd stattgefunden hat (BGH NJW 99, 575). Ein enger zeitl Zushang zw VertrVerhandlg u Abgabe der zum VertrAbschluss führden WillensErkl ist nicht erfdl (BGH aaO, ZIP 03, 432: 4 Wochen, NJW 96, 926: *mehrere Monate*); er entfaltet aber eine Indizwirkg, die mit zunehmdem zeitl Abstand abnimmt u nach einer gewissen Zeit ganz entfallen kann (BGH NJW-RR 06, 1419, 09, 1275, 11, 403: 3 Wochen, Dresd WM 08, 1682: 6 Wochen, Stgt WM 07, 203: 2 Monate, aA MüKo/Masuch Rn 41: *bereits nach 1 Woche*). Eine feste Zeitgrenze besteht nicht (BGH NJW-RR 08, 643, 09, 1275). Maßgebd sind alle Umst des Einzelfalls, dh neben dem Zeitablauf insbes der VertrGgst u das Verhalten des Verbr; entscheidd ist, ob das Überraschsmoment noch fortwirkt u der Kunde in seiner EntschließsFreih beeinträchtigt ist (BGH NJW 94, 262, NJW-RR 12, 1197). Gegen die Ursächlichk der Haustürsituation können zB der trotz ordngsgem Belehrg unterlassene Widerruf des mit der DarlAufnahme verbundenen Fondsbeitritts (BGH NJW-RR 06, 1419), eine ausführl Risikoberatg (Brdbg WM 06, 2168), eine enge persönl Beziehg zu dem Verhandlgspartner (BGH NJW 07, 3272) od die notarielle Beurkundg des KaufVertr (BGH NJW 06, 3349) sprechen; bei einer Gesamtschau aller Umst kann dies aber auch and zu würdigen sein. Dagg schadet der kurz vorher getätigte Abschluss eines ähnl Gesch nicht (BGH NJW 12, 155).
- 14 **cc) Arbeitsplatz.** Es muss der des Verbr sein (BGH NJW 07, 2106). Es genügt jeder Ort im Betriebsgebäude od -gelände (BGH NJW 07, 2110, BAG NJW 04, 2401), zB auch das Personalbüro (BAG aaO) od die Kantine. Erfasst wird (beim Abschluss von VertrVertr) auch der ArbPlatz im GeschRaum eines selbstd Tätigen, insbes eines Freiberuflers (Düss BB 99, 1784, Pfeiffer/Dauck NJW 96, 2077, Martis MDR 99, 198, offengelassen
- 15 **dd) Privatwohnung.** Privatwohng ist der gesamte räuml Wohnbereich, der dem Verbr od and zum dauernden Aufenth dient (BGH NJW 06, 845). Der Schutz erstreckt sich auch auf Eingangsbereich, Hausflur u Garten, auch bei MehrFamHäusern. Privatwohng sind auch Campingplatz, Wohnmobil u Hausboot (BaRo/Ann/Maume Rn 15). Es muss irgendeine Privatwohng sein, nicht notw die des Verbr. Erfasst werden auch sog Partyverkäufe u Verhandlgen in der Wohng eines Dritten, der von dem Untern od dessen Vertreter hierfür gewonnen worden ist (BGH NJW-RR 05, 635, Hamm NJW-RR 91, 121). Auch die Privatwohng des Untern od der für ihn handelnden Pers fällt unter Nr 1, wenn der Verbr sie zu einem privaten Besuch aufsucht (BGH NJW-RR 06, 1715); and aber, falls der Verbr sie zu VertrVerhandlgen aufsucht (BGH

NJW 00, 3498, NJW-RR 05, 635, str); das gilt auch, wenn der Verbr zuvor wähd einer Party angesprochen worden ist, sog Partyverkauf (Stgt MDR 01, 1401). Die Eigensch als Privatwohng geht nicht dadch verloren, dass von ihr aus auch regelmäÙ Gesch abgeschl werden. Auf Seniorenheime u Hotelzimmer ist Nr 1 entspr anwendb

(MüKo/Masuch Rn 46), nicht dagg Konferenzzimmer (evtl Nr 3). Auf das Bestellen von Baumaterialien auf einer privaten Baustelle ist Nr 1 entspr anzuwenden, wenn die Initiative zum VertrSchluss vom Untern ausgeht (s Zweibr NJW 95, 140, AG Ettenheim NJW-RR 04, 1429).

b) Nr 2. Freizeitveranstaltung. – **aa) Begriff.** Eine Freizeitveranstaltg liegt vor, wenn das Freizeit- u das Verkaufsangebot derart miteinander verwoben sind, dass der Kunde in eine freizeitl unbeschwerte Stimmung versetzt wird u sich dem auf den VertrSchluss gerichteten Angebot nur schwer entziehen kann, sei es aGrd der örtl u zeitl Gegebenh, aGrd eines Gruppenzwangs od aGrd empfundener Dankbark für das Unterhaltgsangebot (BGH NJW 02, 3100, 04, 362). Das Freizeiterlebñ muss aGrd der Ankündigg od Dchführg der Veranstaltg im VorderGrd stehen; der (angebl) Unterhaltungswert muss vom eigentl Verkaufs- od Werbezweck der Veranstaltg ablenken (Düss NJW-RR 96, 1269). Typw handelt es sich um Veranstaltgen auÙer des gewöhl GeschLokals (EuGH EuZW 99, 377, Ffm NJW-RR 90, 374). Nr 2 erfasst aber auch Veranstaltgen, die in den GeschRäumen des Untern od eines Dritten stattfinden (BGH NJW-RR 91, 1524, Celle OLGZ 91, 485, LG Tübingen NJW 05, 1513, Tagesausflug bei Pauschalreise). Maßgebnd ist der tats Ablauf. Die vorher unzweideut Ankündigg, es handle sich um eine Verkaufsveranstaltg, kann im Einzelfall eine Freizeitveranstaltg ausschließen (BGH NJW 90, 3265, Ffm NJW-RR 96, 1270), auch wenn diese am Sonntag stattfindet od Getränke angeboten werden u Hintergrundmusik läuft (Düss MDR 98, 43). – **bb) Keine** Freizeitveranstaltgen sind markt- od messeähnl Leistungsschauen, die der Verbr typw nicht wg des Freizeitwerts, sond wg des Warenangebots besucht, wie die Grüne Woche (BGH NJW 02, 3100), die SIVA-VerbrAusstellg (BGH NJW 04, 362), die HAFA (Stgt ZGS 03, 317), die Harz u Heide (Brschw MDR 06, 1096) u and Verkaufsmessen (KG NJW-RR 90, 1338, LG Brem NJW-RR 88, 1325, LG Heilbronn NJW-RR 89, 1145); dies gilt auch dann, wenn eine Verkaufsausstellg innerh einer Freizeitveranstaltg stattfindet (BGH NJW-RR 05, 1417, Hessentag). Auch betriebl ArbNVersammlgen fallen nicht unter Nr 2 (BAG NZA 06, 545/47). – **cc) Beispiele** für Freizeitveranstaltg sind: Kaffee- u Butterfahrten, Ausflugsfahrten zur Unterhaltg, Erholg od Bildg (Mü NJW-RR 91, 122, KG NJW-RR 09, 195) od zu Sportereign, Filmvorführgen (LG Hanau NJW 95, 1100), Wanderlagerveranstaltgen (Hamm NJW-RR 89, 117), auch wenn die tats gewährte Bewirtg nicht dch Werb angekündigt ist (BGH NJW 90, 3265), kostenlose Weinprobe mit Abendessen (LG Brschw NJW-RR 89, 1147), Bewirtg im Cafè (Stgt NJW-RR 89, 1144), Tag der offenen Tür in Fitnessstudio, zu dem mit Gratisgutschein gelockt wurde (AG Bad Iburg NJW-RR 07, 1353), Verkaufsveranstaltgen für TeilzeitwohñR, die als GewinnabholgsVeranstaltg bezeichnet (Karlsru NJW-RR 97, 432) od für die unter Herausstellg spektakulärer Gewinnchancen geworben wird (LG MöGladb NJW-RR 96, 504), Tanzveranstaltgen, ebso Modenschauen, wenn and Leistgen als Kleidg angeboten werden. – **dd) Veranstalter** kann auch ein Dritter sein, der die Veranstaltg organisiert u dchführt. Es genügt, dass die Veranstaltg auch im Interesse des Untern dchgeführt wird. Das ist bereits zu bejahen, wenn der Dritte weiß u duldet, dass der Untern Werb u Verkaufstätigg entfaltet (BGH NJW-RR 91, 1524, Ausflugsfahrt mit Besuch eines Teppichanbieters). Einen eig wirtschaftl Vorteil muss der Dritte nicht erstreben. – **ee) Anlässlich.** Es muss ein zeitl, räuml od sachl Bezug zur WillensErkl des Verbr bestehen (Rn 13), zB Fortwirken der Stimmungslage (Saarbr NJW 95, 141, Ferienhotel). Bei engem Bezug besteht für die Kausalität ein Anscheinsbeweis (Wassermann JuS 90, 549/51).

c) Nr 3. Öffentliche Verkehrsmittel und -flächen. – **aa) Verkehrsmittel** sind alle Arten von Transportmitteln, die nicht dem Individualverkehr dienen, wie Schiffe, Flugzeuge, Busse u Bahnen, nicht dagg private Pkw (Müko/Masuch Rn 56, aA BaRo/Ann/Maume Rn 20). **Verkehrsflächen** müssen allg zugängl sein, wie zB Straßen u Plätze, öff Parks u Gärten, Privatwege, Passage eines Einkaufszentrums (LG Dresd NJW-RR 07, 1352), Bahnhöfe, Bahnsteige, Flughäfen, Autobahnraststätten u -plätze. Nicht unter Nr 3 fallen private Sport-, Park- u Campingplätze (Knauth WM 86, 509/516), das Wegeareal in Verkaufsausstellgen (Stgt ZGS 03, 317), Kinos, Theater, Gaststätten (BGH NJW-RR 97, 177) u Behörden. – **bb)** Das **Ansprechen** muss vom Untern od der für ihn handelnden Pers (Rn 6) ausgehen. Überraschd ist jedes vom Verbr nicht erwartete Ansprechen. Gesch, die allein auf Initiative des Verbr zustande kommen, fallen nicht unter Nr 3. Dies gilt auch, wenn sich bereits miteinander bekannte GeschPartner zu einem Essen treffen (BGH NJW-RR 97, 177). Nicht erfasst wird auch das für das betr Verkehrsmittel typ Leistgsangebot, ebso wenig Verkaufsausstellgen (KG NJW-RR 90, 1338/40) sowie Märkte u Festplätze. Kausalität s Rn 11, 13 u 20.

5) Ausschluss des Widerrufs- und Rückgaberechts, III. Im Anwendungsbereich von III wird vom Gesetz das Schutzbedürfn verneint. Darleggs- u Beweislast trägt der Untern, insbes für Nr 1 (BGH NJW 10, 2868). Das gilt wg § 309 Nr 12 b auch dann, wenn sich der Untern formularmäÙ bestätigen lässt, eine vorhergehende Bestellg habe vorgelegen (BGH NJW 89, 585, Zweibr NJW-RR 92, 565, Düss MDR 09, 915). Der Zusatz „unbeschadet and Vorschr“ stellt klar, dass sich ein Ausschluss des Widerrufs- od RückgabeR auch aus and Vorschr, zB § 312 a, ergeben kann (BT-Drs 14/7052 S 287).

a) Versicherungsverträge sind solche iS des VVG (BGH NJW 95, 324), auch fondsgebundene LebensVersVertr (EuGH NJW 12, 1709), nicht aber gemischte Vertr, bei denen der VersZweck zurücktritt, zB Schlüsselfunddienste (BGH aaO). Die Ausn erklärt sich mit den in VVG 8, 152 geregelten SonderVorschr über ein ähnl ausgestaltetes WiderrufsR.

- 24 **b) Nr 1. Vorhergehende Bestellung.** Gilt nur für I Nr 1, nicht für Nr 2 (Kblz NJW-RR **91**, 1020) u Nr 3. – **aa)** Die **Bestellung** ist keine WillensErkl, sond eine geschäftsähn Handlg (Übbl 6 v § 104). Der Verbr muss den Untern schriftl, mündl od telefon (BGH NJW **01**, 509) zu VertrVerhandlgen an den ArbPlatz od in eine Wohnng eingeladen haben (BGH **109**, 127). Zur Verhandlg muss es auf Wunsch des Verbr u nicht auf Initiative des Untern gekommen sein (BGH NJW **10**, 2868). Die Bestellg dch einen Angehörigen fällt nicht unter Nr 1, die des Eheg nur iR des § 1357 (s BGH NJW **91**, 923). Das Interesse des Verbr an einem Hausbesuch, an einer Warenpräsentation od an Info genügt nicht (BGH NJW **08**, 3423, **10**, 2868), auch nicht die Einladg zur Erörterg eines Kostenvoranschlags (Stgt NJW **88**, 1986, Jena VuR **03**, 100), wohl aber die Aufforderung an einen vom Verbr angesprochenen Immobilienmakler zu einem Besuch in der Wohnng (Mü BKR **02**, 912) od die Verabredg des Besuchs in einer „Stammkneipe“, wenn Vermittler u Verbr sich kennen (Schlesw WM **05**, 607). Die Bestellg muss dem Verbr Zeit zur Vorbereitg lassen (Bamgb BB **88**, 1072) u hinreichd konkret bestimmt sein (BGH NJW **08**, 3423, **10**, 2868). Bestellt der Verbr den Untern zur Abgabe eines Angebots, kommt es insbes bei Bauhandwerkern auf die Umst des Einzelfalls an, ob bei einem VertrSchluss der Schutzzweck des I zutrifft (BGH **110**, 308, Brdgb NJW-RR **09**, 810). Das kann zu verneinen sein, wenn bereits vorher über den VertrGgst Verhandlgen stattgefunden haben (BGH NJW **94**, 3351). Die Bestellg muss der Verhandlg vorangehen; eine nachträgl Genehmigg scheidet aus. Weicht das in der Haustürsituation unterbreitete Angebot von dem Ggst der Bestellg nicht unerhebl ab, kommt es darauf an, ob der Verbr mit dem Angebot rechnen musste (BGH NJW **08**, 435, 3423, **10**, 2868). – **bb)** Eine **provozierte** Bestellg schließt das WiderrufsR des Verbr nicht aus (BGH NJW **10**, 2868), so zB, wenn sich der Verbr in einem nicht von ihm veranlaßten Telefonanruf mit dem Besuch einverstanden erklärt (BGH **109**, 127). Das gilt ebso für den Besuch, der zu and Zwecken erbeten od bei einem früheren unbestellten Besuch vereinbart wurde (BGH NJW **99**, 575, Stgt NJW-RR **90**, 1014). Keine rechtl beachtl Bestellg ist auch die Antwort (Kataloganforderg, Mitteilg der TelefonNr) auf eine Werbewerfendg (BGH **109**, 127, Köln NJW **88**, 1985), die telefon Nachfrage auf eine ZeitgsAnzeige (LG Arnsberg NJW-RR **92**, 692) od die auf eine Werbekarte, in der ein Werbegeschenk versprochen wird (Dresd NJW-RR **96**, 758). – **cc)** **Bloßes Schweigen** auf einen angekünd Besuch genügt nicht. Ob Hausbesuche im Anschluss an InfoGespräche auf einem Messestand unter Nr 1 fallen, ist Frage des Einzelfalls (s Stgt NJW-RR **89**, 956, MDR **98**, 956).
- 27 **c) Nr 2. Vollzogene Kleingeschäfte.** Das Entgelt darf – einschl Nebenkosten u USt – 40 Euro nicht übersteigen. Die vollständ Erf dch beide VertrPart muss wie bei einem BarGesch des tägl Lebens zeitl unmitteld dem VertrAbschluss nachfolgen. Die Aufteilg eines an sich einheitl Gesch in mehrere Teile unter 40 Euro ist eine gem § 312 i unzuläss Umgehg.
- 28 **d) Nr 3. Notarielle Beurkundung.** Nr 3 erfasst and als RL 3 II lit a, der nur für Vertr über Immobilien gilt, alle notariell beurkundeten WillensErkl, also auch Vertr über sog Bauherrn- u Erwerbermodelle u Vollm zum Abschluss derart Vertr (BGH ZIP **03**, 1692/95, NJW **04**, 154/55, Jena ZIP **06**, 946, 1526, BaRo/Ann/Maume Rn 38, aA Stüsser NJW **99**, 1586/89, MüKo/Masuch Rn 122, Staud/Thüsing Rn 181). Die Beurkundg muss dem BeurkG entsprechen (Stgt WM **99**, 2305) u insbes BeurkG 17 II a beachten. Nr 3 ist auch anzuwenden, wenn die Beurkundg nicht gesetzl vorgeschrieben, sond nur vereinbart ist (Habersack ZIP **01**, 353, aA Stgt aaO). Sie gilt nach dem klaren Wortlaut auch dann, wenn der Vertr vorher in einer Haustürsituation, insbes in der Privatwohnng, im einz ausgehandelt worden ist u der Verbr die Beurkundg nur noch als bloße Formalie ansieht (BGH NJW **04**, 154/55, Karlsru ZIP **04**, 946, MüKo/Masuch Rn 118, aA Stgt aaO, Karlsru BKR **02**, 593). Auf einen zeitl Zushang kommt es nicht an. Unter Nr 3 fällt auch eine Bevollmächtig (BGH NJW **00**, 2268), idR auch die Aufnahme eines Immobiliarkredits (vgl Bruchner WM **99**, 825/35).
- 29 **6) Rechtsfolgen. – a) Widerrufsrecht, I Satz 1.** RNatur, Wirkg, Frist, Ausübng u R Folgen des Widerrufs richten sich nach § 355 (s dort). Das WiderrufsR besteht iF des § 1357 auch für den and Eheg (Cebulla/Pützhoven FamRZ **96**, 1124) u iF des § 179 für den Vertreter ohne Vertretgsmacht (dort Rn 2).
- 30 **b) Rückgaberecht, I Satz 2.** Erfdl ist eine entspr Vereinbg (Vertr) zw Verbr u Untern. Voraussetzg, Belehrg, Ausübng u Wirkg richten sich nach § 356 (s dort). Zusätzl Voraussetzg ist, dass im Zushang mit dem abgeschl od einem künftl Gesch eine ständ geschäftl Verbindg aufrecht erhalten werden soll. Damit wird den Erfordern u Gepflogenh des Versandhandels entsprochen.
- 31 **c) Widerrufsbelehrung, II.** Die Belehrg ist keine bloße Obliegenh, sond **Rechtspflicht**; dies stellt II 1 – eingefügt dch das VerbrKrRL-UG – klar, entsprach aber auch schon zuvor hM (BGH NJW **07**, 357). Inhalt u Anfordergen ergeben sich aus § 360. Ergänzd gilt § 312 II 2 u 3. Der Untern muss über die Pfl u die wesentl Rechte des Verbr belehren (BGH NJW **07**, 1946), dh ua die Pfl des Verbr zur Rückgewähr u NutzgsHerausg u, wenn die Rückgewähr, wie bei Dienstleistgen, ausgeschl ist, zum Wertersatz (II iVm § 357 I), die Pfl, für die dch die bestimmngsem Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterg Wertersatz zu leisten u über seine ErsPfl iF des Untergangs od der Verschlechterg der Sache (II iVm § 357 III); umgekehrt muss der Untern aber auch auf die dem Verbr zustehenden Rechte hinweisen, wie den Anspr auf Herausg seiner Leistgen u der gezogenen Nutzgen (BGH NJW-RR **11**, 785, **12**, 1197). Einzelh s bei § 357. Bei Beitritt zu einer Gesellsch muss darüber belehrt werden, dass die Grds der fehlerhaften Gesellschaft eingreifen, dh iF des Widerrufs nur ein AbfindgsAnspr besteht (BGH NJW **14**, 2022). S 3 stellt klar, dass die Belehrg – mangels Interesses des Verbr – nicht auf die R Folgen des § 357 I u III hinweisen muss, soweit diese tats nicht eintreten können (BGH NJW-RR **11**, 785). Dies ist zB der Fall, wenn die beiderseit Leistgen erst nach Ablauf der Widerrufsfrist erbracht werden. Verwendet der Untern das Muster der Anlage I u 2 zu EG 246 § 2, genügt seine Belehrg den gesetzl Anfordergen (s § 360 III). Eine Unterschrift des Verbr ist nicht erfdl. Der Untern kann eine versäumte Belehrg nachholen u dadch eine Widerrufsfrist von 1 Monat in Lauf setzen (s bei § 355).
- 32 **d) Keine (ordnungsgemäße) Widerrufsbelehrung.** Wird eine Belehrg nicht od nicht ordngsmäß erteilt, erlischt das WiderrufsR nach § 355 IV 3 grdsätzl nicht (s dort). Außerdem kann der Untern, dh insbes bei finanzierten KapitalanlageGesch der DarlG, wg Verletzg der BelehrgsPfl aus c. i. c. auf SchadErs haften (BGH NJW **07**, 357, Hoppe EuZW **06**, 446, aA Kern BKR **06**, 345/47). Nach der zu den sog **Schrottimmobilien** ergangenen Rspr des EuGH (NJW **05**, 3551, 3555) muss der DarlG die mit der Kapitalanlage verbundenen Risiken tragen, wenn er den Verbr nicht (ordngsgem) über das WiderrufsR belehrt hat. Auch wenn die vom EuGH aus HausTWRL 4 abgeleitete Begründg nicht überzeugt, ist diese Vorgabe für die Gerichte der MitglStaaten bindd. Der BGH hat zu Recht die Lösg in einer Haftg aus c. i. c. verortet u and Lösgsansätze wie die Annahme eines VerbundGesch od über das BereichersR abgelehnt (NJW **06**, 2099/01 mwN). Der SchadErsAnspr besteht auch dann, wenn die Haustürsituation nicht bei VertrAbschluss, sond nur bei dessen Anbahng vorlag (BGH NJW **08**, 1585). Die SchadErsHaftg setzt voraus, dass der Verbr zum Ztpkt des

Abschlusses des DarlVertr an das finanzierte Gesch noch nicht gebunden war, das Unterlassen der Widerrufsbelehrung auf einem Verschulden des DarlG beruht u der Belehrungsverstoß schadensursächl war (BGH NJW 08, 644, 1585). Voraussetzung ist also, dass der DarlVertr vor dem Kauf- oder KapitalanlageVertr abgeschl worden ist (BGH NJW 06, 2099/03, 07, 361 Tz 24) od eine Bindg an den KaufVertr aus and Grd nicht besteht (BGH NJW 08, 1585; Celle NJW 06, 1817, aA Habersack BKR 06, 305/10, Möllers/Grassl VuR 10, 3). Außer muss der Anleger konkret nachweisen, dass er den DarlVertr innerh der Widerrufsfrist tats widerrufen u die Kapitalanlage nicht getätigt hätte (BGH NJW 07, 357 Tz 43, 08, 1585 Tz 33, Celle aaO, aA Maier WM 08, 1630, Schwab NJW 12, 3274/76); dies gilt auch iF der Unwirksamk des KaufVertr (BGH NJW 08, 644). Da der Verbr nach HausTWRL 4, § 355 II nur über sein WiderrufsR, nicht aber über die Risiken des KaufVertr zu belehren ist, besteht zG des Verbr keine Vermutg des aufklärgricht Verhaltens. Der Nachweis ist zB nicht erbracht, wenn der Verbr nach § 495 (früher VerbrKrG 7) od nachträgl belehrt worden ist u das WiderrufsR – iF der Belehr nach § 495 II aF bzw VerbrKrG 7 III vor Auszahlg der DarlValuta (Sauer/Witte mann BKR 08, 1/3) – nicht ausübt. Das Verschulden des DarlG ist iF eines fahrläss Rirrtums (s § 276 Rn 22) über das Bestehen der BelehrsPfl zu bejahen (s § 312a Rn 1, Karlsru WM 07, 16 verneint für vor dem Jahr 2000 abgeschl DarlVertr; BGH NJW 07, 357 Tz 42, 08, 1585 Tz 22 lässt für Vertr aus 1993 bzw 1992 offen); eine verschuldensunabhäng Haftg kommt nicht in Betr (BGH aaO, aA Jungmann NJW 07, 1562, Oechsler NZG 08, 368, s auch Einf 44 v § 1). Der Verbr kann iF einer Haftg wg c. i. c. Ersatz des negativen Interesses verlangen; anstelle der Rückzahlg der DarlValuta kann er dem DarlG den vom Untern geleisteten Ggst überlassen u erhält die geleisteten Zins- u Tilggsraten abzügl vereinnahmter Erträge u Steuervorteile zurück (s § 358 Rn 21). Dagg umfasst der Schutzzweck der Widerrufsbelehrung nicht den Schaden des DarlN infolge einer unterlassenen Eigenfinanzierung (BGH NJW 07, 364). Für eine Haftg des Fondsiniciators Mörsdorf ZIP 12, 845.

312a *Verhältnis zu anderen Vorschriften.* Steht dem Verbraucher zugleich nach Maßgabe anderer Vorschriften ein Widerrufs- oder Rückgaberecht nach § 355 oder § 356 dieses Gesetzes, nach § 126 des Investmentgesetzes in der bis zum 21. Juli 2013 geltenden Fassung oder § 305 Absatz 1 bis 6 des Kapitalanlagegesetzbuchs zu, ist das Widerrufs- oder Rückgaberecht nach § 312 ausgeschlossen.

1) **Fassung.** § 312a ist dch das OLG-VertrÄndG neugefasst worden (Übergangsvorschr EG 229 § 9). Das InvestmModG hat die Bezugnahme auf das AuslInvestmG u das KAGG zum 1. 1. 04 dch eine Bezugnahme auf das InvG ersetzt. Das AIFM-UG v 4. 7. 13 (BGBl I 1981) hat die Vorschr an die Ablösg des InvG dch das KAGB angepasst. Nach § 312a idF des SMG war das WiderrufsR des § 312 ausgeschl, wenn das HaustürGesch in den Anwendungsbereich der in § 312a angeführten Sonderregelgen fiel, gleichgült, ob nach diesen Vorschr ein WiderrufsR bestand od nicht. Nach der nF entfällt das WiderrufsR dagg nur, wenn der Verbr nach den Sonderregelgen wirkl zum Widerruf berecht ist. Bei ImmobilienarDarl hatte der Verbr bis zur Neuregelg (scheinb) auch dann kein WiderrufsR, wenn der Vertr ein HaustürGesch war: Das WiderrufsR des § 495 schloss § 491 III Nr 1 aF aus, das WiderrufsR des § 312 der § 312a aF. Diese mit der HausTWRL (PalArch I B) unvereinb Regelg (EuGH NJW 02, 281) ist dch richtlkonforme Auslegg zu korrigieren (s BGH NJW 02, 1881, NJW-RR 11, 403, BVerfG NJW 12, 669 zu HausTWG 5 II u VerbrKrG 3 II Nr 2, Dresd MDR 07, 1246 zu § 312a aF, stRspr). Das OLG-VertrÄndG hat die gg das Gmschr verstoßde Regelg u auch § 491 III Nr 1 aF aufgehoben (s dort). Die Frist für das nach dem HausTWG bestehde WiderrufsR ist dch eine dem VerbrKrG entspr Widerrufsbelehrung nicht in Lauf gesetzt worden (BGH NJW 04, 2744, NZM 07, 170, aA Schlesw ZIP 05, 1127/32 für PersKredit, krit Peters WM 05, 456; zum Erlöschen des WiderrufsR nach beidseitiger Leistgserbringg s BGH NJW 10, 596 u 602, 13, 3776; zu Zusätzen in der Belehr s BGH NJW 07, 2762, 08, 1728, WM 09, 65, 350).

2) **Vorrang von Sonderregelungen.** Für VerbrDarlVertr, Finanziergshilfen, TeilzeitwohnRVertr, FernAbsVertr, den Kauf von auslnd Investmentanteilen u Anteilen an KapitalanlageGesellsch (InvG 126) od den Kauf bzw Verkauf von Anteilen eines offenen InvestmentVerm (KAGB 305) sowie für FernUnterrichtsVertr bestehen ähnl Regelgen über ein WiderrufsR des Verbr. Dieses WiderrufsR geht, wenn es wirkl besteht, dem WiderrufsR des § 312 vor. Soweit die SchutzVorschr für VerbrDarl zB nach § 491 II nicht anzuwenden sind, ist der Verbr bei HaustürGesch nach § 312 zum Widerruf berecht. Beim Kauf bzw Verkauf von Anteilen eines geschlossenen InvestmentVerm richtet sich das WiderrufsR nach BGB (KAGB 305 VII).

312b *Fernabsatzverträge.* (1)¹ Fernabsatzverträge sind Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich Finanzdienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt. ² Finanzdienstleistungen im Sinne des Satzes 1 sind Bankdienstleistungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung.

(2) Fernkommunikationsmittel sind Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können, insbesondere Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails sowie Rundfunk, Tele- und Mediendienste.

(3) Die Vorschriften über Fernabsatzverträge finden keine Anwendung auf Verträge

1. über Fernunterricht (§ 1 des Fernunterrichtsschutzgesetzes),
2. über die Teilzeitnutzung von Wohngebäuden, langfristige Urlaubsprodukte sowie auf Vermittlungsverträge oder Tauschsystemverträge (§§ 481 bis 481 b),
3. über Versicherungen sowie deren Vermittlung,
4. über die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, die Begründung, Veräußerung und Aufhebung von dinglichen Rechten an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie über die Errichtung von Bauwerken,

5. über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die am Wohnsitz, am Aufenthaltsort oder am Arbeitsplatz eines Verbrauchers von Unternehmern im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten geliefert werden,
6. über die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung, wenn sich der Unternehmer bei Vertragsschluss verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen,
7. die geschlossen werden
 - a) unter Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen oder
 - b) mit Betreibern von Telekommunikationsmitteln auf Grund der Benutzung von öffentlichen Fernsprechern, soweit sie deren Benutzung zum Gegenstand haben.

(4)¹ Bei Vertragsverhältnissen, die eine erstmalige Vereinbarung mit daran anschließenden aufeinander folgenden Vorgängen oder eine daran anschließende Reihe getrennter, in einem zeitlichen Zusammenhang stehender Vorgänge der gleichen Art umfassen, finden die Vorschriften über Fernabsatzverträge nur Anwendung auf die erste Vereinbarung.² Wenn derartige Vorgänge ohne eine solche Vereinbarung aufeinander folgen, gelten die Vorschriften über Informationspflichten des Unternehmers nur für den ersten Vorgang.³ Findet jedoch länger als ein Jahr kein Vorgang der gleichen Art mehr statt, so gilt der nächste Vorgang als der erste Vorgang einer neuen Reihe im Sinne von Satz 2.

(5) Weitergehende Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers bleiben unberührt.

- 1 **1) Allgemeines. – a) Fassung.** § 312b (früher FernAbsG 1) gilt seit der nF dch das FernAbsÄndG auch für Finanzdienstleistgen. Geändert worden sind I (Rn 10) u III Nr 3 (Rn 13), neu sind IV u V (Rn 19 ff). Vgl zum FernAbsÄndG Vorb 2 v § 312: Übersicht, Materialien, Inkrafttr, Schrifttum. Dch Gesetz v 17. 1. 11 (BGBl I S 34) wurde III Nr 2 auf weitere VertrTypen erweitert.
- 2 **b) Europarechtliche Grundlage.** § 312b setzt die FernAbsRL (PalArch I B) u seit der nF dch das FernAbsÄndG auch die FernAbsFinanzDL-RL (PalArch I B, s Vorb 2 v § 312) um. Ebso wie bei § 312 besteht daher eine Pfl zur richtkonformen Auslegg (Einl 43 v § 1).
- 3 **c) Zweck.** FernAbsVertr sind für den Verbr besond gefahrenträchtig. Seine Schutzbedürftigk ergibt sich aus der „Unsichtbarkeit des VertrPartners u des Produkts“ (Martinek NJW **98**, 207, BGH NJW **04**, 3699). Sie wird dadch verstärkt, dass die übermittelten Info häuf nicht verkörpert sind u daher beim Verbr nicht zuverlässig gespeichert werden können. Gg diese den Verbr drohden Gefahren setzen die §§ 312b ff die klassischen Mittel des EU-rechtl VerbrSchutzes ein. Dem Untern wird eine umfassende InfoPfl auferlegt; sie wird dch die Verpfl ergänzt, dem Verbr die wesentl Info auf einem dauerh Datenträger zur Vfz zu stellen (§ 312c). Daneben u vor allem begründet das Gesetz für den Verbr ein Widerrufs- od RückgabeR (§ 312d).
- 4 **2) Abschluss von Fernabsatzverträgen.** Es gelten die Vorschr des AT. Die §§ 312b ff enthalten insow keine Regelg. Die zum VertrSchluss erfdl WillensErkl können auch per E-Mail od Mausclick abgegeben werden (BGH NJW **02**, 363, Einf 1 v § 116). Die dch Internet, E-Mail od Television übermittelten Aufforderungen zur Bestellg sind iZw als *invitatio ad offerendum* aufzufassen (NK/Ring Rn 68, Woitkewitsch/Pfitzer MDR **07**, 61/63, krit Kimmelmann/Winter JuS **03**, 532); sie können aber ausnahmsw auch bereits ein Angebot darstellen, so zB bei einer entspr Gestaltg der Angebotsseite des Veranstalters bei Internetversteigerg (BGH NJW **02**, 363, Hamm NJW **01**, 1142, AG Menden NJW **04**, 1329). IdR ist erst die Bestellg des Kunden dch E-Mail, Fax, Telefonanruf, SMS od Brief das Angebot. Für die Annahme dch den Untern stehen die gleichen Möglichk der Kommunikation zur Vfz; sie kann aber auch dch Warensendg erfolgen (§ 151). Für den Zugang der WillensErkl gelten gleichfalls die allg Regeln (§ 130 Rn 7 a), ebso für die Einbeziehg von AGB (§ 305 Rn 36).
- 5 **3) Für Zahlungen,** die aGrd von FernAbsVertr zu leisten sind, enthalten die §§ 312b ff keine Vorschr. Da der Vertr mit VertrSchluss voll wirks ist, entsteht grdsätzl mit dem VertrSchluss für den Untern ein ZahlgsAnspr, dem der Verbr ggf die Einrede des nichterfüllten Vertr od eine Einrede aus § 242 entgghalten kann (§ 355 Rn 4). Die Zahlg erfolgt idR mit Kreditkarte (§ 364 Rn 6 u 9), per Lastschriftermächtig od mit Internetzahlungsmitteln (E-Cash, Cybercash; s Hoeren WM **03**, 752).
- 6 **4) Fernabsatzverträge.** Der Begriff ist in I 1 legal definiert. Unter ihn fallen alle Vertr über Waren u Dienstleistgen, die zw einem Untern u einem Verbr unter ausschließl Verwendg von Fernkommunikationsmitteln iR eines für den FernAbs organisierten Vertriebssystems abgeschl werden. Der Begriff knüpft damit ausschließl an die Art u Weise des VertrSchlusses u nicht an den Inhalt des Vertr an. Er erfasst nicht nur Vertr des E-Commerce, sond auch das traditionelle DistanzGesch, insbes den Versandhandel.
- 7 **a) Beim VertrSchluss müssen Fernkommunikationsmittel (FKM) eingesetzt worden sein.** Das sind nach II *alle* Kommunikationsmittel, die zur Anbahng od zum Abschluss eines Vertr ohne gleichzeit körperl Anwesenheit der VertrPart verwendet werden können. Neben den modernen Kommunikationstechniken, wie Telekopien, E-Mails, SMS, Wahl einer Tastenkombination am Telefon (BaRo/Schmidt-Räntsch Rn 30, BGH NJW **06**, 1971/74 lässt offen), Rundfunk-, Tele- u Mediendienste fallen unter II auch die traditionellen FKM wie Briefe, Kataloge u Telefonate (BGH WM **12**, 221). Die im Versandhandel abgeschl Vertr sind FernAbsGesch, ebso iR der Rn II telefon abgeschl Vertr.
- 8 **b) Der Vertr muss unter ausschließlicher Verwendg von FKM abgeschl worden sein.** Das ist der Fall, wenn sowohl für den VertrAntr (§ 145) als auch die AnnahmeErkl (§§ 146 ff) FKM eingesetzt worden sind. Dabei ist gleichgült, ob die Part gleichart od unterschiedl FKM benutzen. Nimmt der Untern die ihm per Brief, Telekopie od E-Mail übermittelte Bestellg konkludent dch Zusendg der Ware an, verwendet er für die AnnahmeErkl ein FKM (Schlesw NJW **04**, 231). Nach dem Schutzzweck des § 312b gilt dies auch dann, wenn der Untern einen Boten einschaltet, der über VertrInhalt od Beschaffenh der VertrGgst keine nähere Ausk geben kann (BGH NJW **04**, 3699; Postident 2-Verf). And ist dies bei Einschaltg eines Vertreters od sonst Repräsentanten des Untern, der solche Ausk geben kann, es sei denn, dass diese ausschließl FKM eingesetzt haben (BGH aaO, MüKo/Wendehorst Rn 49). Besond liegt es, wenn währd der **Vertragsanbahng** persönl Kontakte zw den Part selbst od Vertretern stattgefunden haben. In die Beurteilg, ob ein FernAbsVertr vorliegt, ist auch die Phase der Vertr-Anbahng einzubeziehen (*arg II*, der die „Anbahng“ des Vertr u den „Katalog“ als eine typ *invitatio ad offerendum* erwähnt, ähnl EG 246 § 1 I). Die Anwendg der §§ 312b ff ist nach ihrem Schutzzweck nur

ausgeschl, wenn der Verbr sich währd der Vorverhandlgen über alle für den VertrSchluss wesentl Umst informiert hat u der Vertr im unmittelb zeitl Zushang mit diesem persönl Kontakt zustande gekommen ist (Lütcke Rn 61), so wenn der Verbr, der bei den Verhandlgen im Gesch alle erfdl Info erhalten hat, sich aber noch nicht endgült binden wollte, die Ware kurz darauf bei einem Telefonat bestellt. Die §§ 312b ff sind aber auch dann unanwendb, wenn der Verbr die notw Info anläßl des persönl Kontakts bei einem früheren gleichart VertrSchluss erhalten hat (MüKo/Wendehorst Rn 54). Da grdsätzl die Vornahme der vertragsrelevanten Handlgen entscheidd ist, muss der Untern den früheren persönl Kontakt u die Info des Verbr **beweisen**.

c) Zw einem Unternehmer (s § 14) u einem **Verbraucher** (s § 13) muss der Vertr abgeschl werden. Auch wer nebenberufl, etwa im eBay, planmäß mit WiederholgsAbsicht Waren zum Kauf anbietet, ist Untern (Ffm NJW 05, 1438, Kblz NJW 06, 1438 [Beweislastumkehr], Zweibr ZGS 07, 357, Szczesny/Holthusen NJW 07, 2586; PowerSeller, § 14 Rn 2). Soll der VertrGgst sowohl im privaten als auch im berufl Bereich eingesetzt werden, ist entscheidd, welche Benutzg überwiegt (§ 13 Rn 4). Der VerbrBegr des § 13 gilt auch bei Vertr über Finanzdienstleistgen; der FernAbsFinanzDL-RL lässt sich aus dem nur deklaratorischen 29. ErwGrd kein engerer Anwendungsbereich entnehmen (Bülow WM 06, 1513, Ultsch Der einheitl VerbrBegr, 149, aA Hoffmann WM 06, 560). Vertr nur zw Untern od nur zw Verbr fallen nicht unter § 312b.

d) Gegenstand des Vertrags muss die Lieferg von Waren od die Erbringg von Dienstleistgen sein. – **aa) Waren** sind alle bewegl körperl Ggst, auch Strom u Gas (BGH ZIP 09, 1013), Wasser, Fernwärme u Software (§ 312d Rn 9). Der Untern muss sich zur Warenlieferg verpfl. Im umgekehrten Fall, dass der Verbr eine LieferPfl übernimmt (Verkauf von Büchern an Antiquar, von beschädigten Pkws an Aufkäufer), findet die Vorschr, die den **Fernabsatz** regeln will, keine Anwendg. – **bb) Dienstleistungen**. Seit dem FernAbsÄndG (Rn 1) unterscheidet das Gesetz Finanzdienstleistgen u and Dienstleistgen. Für Finanzdienstleistgen gelten zT SonderVorschr. Sie betreffen Ztpkt u Umfang der InfoPfl (EG 246 §§ 1, 2), einen Anspr auf Überlassg einer VertrUrkunde (§ 312c III), das Erlöschen u den Ausschluss des WiderrufsR (§ 312d III, IV Nr 6), den WertErs für erbrachte Dienstleistgen (§ 312e II) u den Beginn der Widerrufsfrist (§ 355 IV). – **cc) Finanzdienstleistungen, I 2**. Die §§ 312b ff gelten seit der nF dch das FernAbsÄndG auch für Finanzdienstleistgen (Rn 1). I 2 entspricht FernAbsFinanzDL-RL 2b). Währd Bankdienstleistgen u Finanzdienstleistgen nach KWG I zwei sich ergänzende Begriffe sind, ist Finanzdienstleistg nach der RL 2b) der OberBegr, der Bankdienstleistgen mitumfasst. Unter I 2 fallen VerbrDarlVertr (BT-Drs 15/2946 S 19, dagg nicht FörderDarl, s § 491 Rn 17), GiroVertr, Überziehungskredit (Domke BB 06, 2035), ZahlungsdiensteVertr, das EinlageGesch (SparVertr, FestgeldVertr), DepotVertr, WertPapDienstleistgen, DarlVermittlgsVertr (BT-Drs 15/2946 S 18), Erwerb von Hedgefonds sowie alle and Bank- u Finanzdienstleistgen (KWG 1). Für die in I 2 weiter genannten Versichergen besteht nach III Nr 3 eine BereichsAusn (Rn 13). Auch Dienstleistgen zur AltersSichg werden von I 2 erfasst, soweit sie nicht unter III Nr 3 fallen, ebenso FinanzierungsleasingVertr (MüKo/Wendehorst Rn 17). –

dd) Andere als Finanzdienstleistungen. Der Begriff Dienstleistgen ist wie stets in europarechtl geprägten Normen iSd AEUV 57 (früher EGV 50) u daher weit auszulegen (BGH 123, 380/85). Er umfasst, soweit I 2 (Rn 10b) od III (Rn 12) nicht entgsgstehen, auch Miet-, Werk- u WerkliefergVertr (§§ 535, 631, 651), GeschBesorgungsvertr (§ 675), AnwaltsVertr (Schöttle NJW 05, 1979, Axmann/Degen NJW 06, 1457, Ernst NJW 14, 817), MaklerVertr (§ 652; s Lechner NZM 13, 751), PartnerschVermittlgen (s § 656), Vermittlg von Reiseleistgen (Ramming ZGS 03, 60), R-Gespräche (AG Brschw CR 04, 752). Obwohl SichgsGesch wie die Übernahme einer Bürgsch unter den Begriff der Dienstleistg fallen (EuGH NJW 98, 1295), sind die auf Dienstleistgen des Untern abstellenden §§ 312b ff auf SichgsGesch des Verbr nicht anwendb (MüKo/Wendehorst Rn 40, Lütcke Rn 55).

e) Im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- od Dienstleistungssystems muss der Vertr abgeschl worden sein. Der Anbieter, der seine Ware in seinem Laden vertreibt u nur gelegentl telefon Bestellgen annimmt u ausführt, wird von § 312b nicht erfasst (Hamm WM 11, 1412; Beratg dch Sparkasse). Die Vorschr formuliert insow einen AusnTatbestand („es sei denn“), für den der Untern die **Beweislast** trägt. Er ist iZw eng auszulegen. Aufwendige organisator Vorkehrgen sind nicht notw. Es genügt, wenn der Untern **planmäßig** mit dem Angebot telefon Bestellg u Zusendg der Ware wirbt (BT-Drs 14/2658 S 30), u er seinen Betrieb dch die personelle u sachl Ausstattg so organisiert, dass Vertr regelmäß im FernAbs abgeschl u abgewickelt werden können, wie zB dch Bestell-Hotline (BGH NJW 04, 3699). Ein Lebensmittelhändler, der auch eine Belieferg aGrd von Internet- od Telefonbestellg anbietet, fällt vorbehaltl III Nr 5 unter § 312b (BT-Drs 14/3195 S 30). Mehr als Werbemaßn, die auf die Möglichk telefon Bestellg hinweisen, u ein Telefonanschluss sind nicht erfdl. Meldet sich ein Verbr beim Friseur, Arzt od RA an, um dessen Dienstleistgen in Anspr zu nehmen, ist § 312b idR nicht anwendb, weil der Vertr erst zustande kommt, wenn die zu erbringde Leistg beim persönl Kontakt konkret bestimmt wird (AG Wiesloch JZ 02, 671, MüKo/Wendehorst Rn 58, Erman/Saenger Rn 6, Ernst NJW 14, 817).

5) Ausnahmen. III schränkt den sachl Anwendungsbereich des § 312b dch acht AusnTatbestände ein. Eine allg Bagatellgrenze besteht indes nicht (BGH WM 12, 221). – **a) Fernunterrichtsverträge, Nr 1, Verträge über Teilzeitwohnrechte ua, Nr 2**. Das FernUSG u die §§ 481 ff stellen einen ausreichenden, der FernAbsRL u der TeilzeitnutzgsR-RL 2004 (PalArch I B) entspr VerbrSchutz sicher. Die AusnRegelg in Nr 1 u 2 verhindert eine unübersichtl Kumulation von Rechten u Pfl. Direktunterrichtsvertr fallen unter § 312b, wenn sie ohne persönl Kontakt dch FKM abgeschl werden.

b) Versicherungen und deren Vermittlung, Nr 3. Die FernAbsFinanzDL-RL (PalArch I B) gilt auch für VersVertr. Die insow notw SchutzVorschr hat der GesetzG aus Grden des SachZushangs in VVG 7ff, 152 u VVG-InfoV eingefügt.

c) Immobiliengeschäfte, Nr 4. § 312b geht davon aus, dass für die unter Nr 4 fallenden Vertr bereits allg Form- u SchutzVorschr (§§ 311b, 873, 925) bestehen, die entweder einen VertrSchluss im Wege des FernAbs unmögl od einen zusätzl Schutz dch InfoPfl u WiderrufsR überflüss machen. Für Vertr über die Errichtg von Bauwerken, die gleichfalls unter Nr 4 fallen, trifft das allerd nicht zu. Die Vorschr ist insow eng auszulegen (Staud/Thüsing Rn 74). Auf Erneuerungs- u Umbauarbeiten ist Nr 4 nicht anwendb (Lütcke Rn 115), u zwar auch dann nicht, wenn sie iSd § 634a als Arbeiten am Bauwerk eingestuft werden (dort Rn 10).

d) Verträge über Lebensmittel und Haushaltsgegenstände des täglichen Bedarfs, Nr 5. Erfasst sind alle Ggst, die im Haush ge- od verbraucht werden, dh prakt das gesamte Sortiment eines Supermarkts, einschl Video-Kassetten u CD-Roms, dagg nicht Zeitgen od Zeitschriften (BGH WM 12, 221). Der Untern muss die Auslieferg selbst vornehmen od organisieren (s aber BGH WM 12, 221). Eine Zusendg dch die Post fällt nicht unter Nr 5 (BGH WM 12, 221). Die Auslieferg muss iR häufiger u regelmäß Fahrten erfolgen. Es genügt, wenn

- er einem Verbr wöchentl seinen Bedarf an Lebensmitteln liefert (BT-Drs 14/3195 S 30). Auf Vertr über die Lieferg von Heizöl ist Nr 5 nicht anwendb, da die Belieferg mit Heizöl nicht „häufiger“ erfolgt. Vgl aber Rn 19.
- 16 **e) Verträge über Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen, Freizeitgestaltung, Nr 6.** Der Begriff Dienstleistgen ist europarechtl u daher weit auszulegen (Rn 10c). Der Untern muss sich verpfl, die Dienstleistg zu einem bestimmten Zpkt od innerh eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen. Unter Nr 6 fallen PauschalreiseVertr (MüKo/Wendehorst Rn 84), Bahntickets (Ffm MDR 10, 1039), die Bestellg von Hotelzimmern, die Miete einer Ferienwohng, die Lieferg von Speisen u Getränken (Catering-Service), AutomietVertr (EuGH NJW 05, 3055), Online-Kurse zur Vorbereit der theoret Prüfng für Sportbootführerschein (Hamm BeckRS 13, 06547, das Nr 6 im konkret Fall verneint), die Bestellg von Tickets für Konzerte u Sportveranstaltungen.
- 17 **f) Automatenverträge, Nr 7a** (§ 145 Rn 7). Sie werden von beiden VertrPart idR sofort erfüllt. Die Auferlegg von InfoPfl u die Einräumg von WiderrufsR ist nicht sinnvoll.
- 18 **g) Benutzungsverträge an öffentlichen Fernsprechern, Nr 7b.** Auch dieser Vertr ist ebenso wie der AutomatenVertr auf einen sofort Leistungsaustausch gerichtet. Dies schließt die Auferlegg von InfoPfl od die Einräumg von WiderrufsR aus. Nr 7b gilt auch für öffentl Telefaxgeräte u E-Mail-Terminals (MüKo/Wendehorst Rn 89). Nicht erfasst werden WartgsVertr u TelefonkartenvertriebsVertr (NK/Ring Rn 142).
- 19 **6) Vertragsverhältnisse, bei denen sich Vorgänge an eine erstmalige Vereinbarung anschließen oder aufeinander folgen. IV** entspricht FernAbsFinanzDL-RL 1 II (PalArch I B). Er gilt nach FernAbsRL ErwGrd 10 auch für Vertr über Warenlieferg u and als Finanzdienstleistgen (BT-Drs 15/2946 S 19). – **a) Satz 1.** Die Part müssen dch einen FernAbsVertr ein DauerschuldVerh begründet haben. Im Vollzug des VertrVerh kommt es zu aufeinander folgden Vorgängen od zu getrennten, in einem zeitl Zushang stehden Vorgängen der gleichen Art. Die §§ 312b ff gelten nur für die erste Vereinbg. Bei den weiteren Vorgängen besteht keine InfoPfl u kein WiderrufsR. Das ist, wenn die Leistgen, etwa bei einem WartgsVertr, ohne Abschluss von FolgeVertr unmittelb aGrd des ErstVertr erbracht werden, selbstverständl, gilt aber auch, wenn in Abwicklg des ErstVertr FolgeVertr abgeschl werden. Hierzu zählen Giro- u DepotVertr u die aGrd dieser Vertr für die einz Überweisg od die zur Ausfüllg des Depots abgeschl FolgeVertr (BT-Drs 15/2946 S 19, Felke/Jordans NJW 05, 710, aA LG Krefeld BKR 11, 32). Die FolgeVertr dürfen nicht produktfremd sein, sondern müssen einen gewissen banktypischen Zushang aufweisen; die Einräumg einer Option genügt nicht (Held/Schulz BKR 05, 270/72). Entspr gilt, wenn bei einem WartgsVertr, einem sog Mobile-Payment-Vertr (Müller-ter Jung/Kremer BB 10, 1874) od einem RahmenVertr über die Lieferg von Waren über die Einzelleistgen weitere Vertr abgeschl werden. And ist es allerd, wenn der ErstVertr dch eine im FernAbs abgeschl ZusatzVereinbg um neue Komponenten erweitert wird (ErwGrd 17 der FernAbsFinanzDL-RL), wie zB der AnlageberatsVertr (Winneke BKR 10, 321).
- 20 **b) Satz 2** betrifft den Fall, dass eine auf eine dauernde GeschVerbindg angelegte ErstVereinbg fehlt, aber gleichart Vertr in einem zeitl Zushang abgeschl u abgewickelt werden. Bsp sind Heizölliefergen od Wäschedienste. Hier besteht immer ein WiderrufsR, eine InfoPfl dagg ledigl beim ersten Vertr. Nur wenn der letzte Vorgang mehr als ein Jahr zurückliegt, muss der Untern erneut informieren.
- 21 **7) Konkurrenzen, V.** Bei Konkurrenzen mit and verbrschützden Normen gilt das sog GünstigkPrinzip: Es ist jew die für den Verbr günstigere Regelg anzuwenden. Für InfoPfl gilt die Sonderregelg in § 312c IV, für das WiderrufsR § 312d V. Bei **Hausürgeschäften** liegt es besond. Die Anwendg des § 312 u des § 312b schließen sich tatbestandl aus. § 312 setzt einen persönl Kontakt bei VertrAnbahng u/od VertrSchluss voraus (BGH NJW 96, 929); hat ein solcher Kontakt stattgefunden, ist § 312b unanwendb (Rn 8). Telefonische VertrSchlüsse fallen, auch wenn der Untern angerufen hat, nicht unter § 312, sondern unter § 312b (§ 312 Rn 12).

312c Unterrichtung des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen. (1) Der Unternehmer hat den Verbraucher bei Fernabsatzverträgen nach Maßgabe des Artikels 246 §§ 1 und 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche zu unterrichten.

(2) Der Unternehmer hat bei von ihm veranlassten Telefongesprächen seine Identität und den geschäftlichen Zweck des Kontakts bereits zu Beginn eines jeden Gesprächs ausdrücklich offen zu legen.

(3) Bei Finanzdienstleistungen kann der Verbraucher während der Laufzeit des Vertrags jederzeit vom Unternehmer verlangen, dass ihm dieser die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einer Urkunde zur Verfügung stellt.

(4) Weitergehende Einschränkungen bei der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln und weitergehende Informationspflichten auf Grund anderer Vorschriften bleiben unberührt.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr (früher FernAbsG 2) setzt die FernAbsRL u die FernAbsFinanzDLRL um (Pal-Arch I B). Das VerbrKrRL-UG hat § 312c neugefasst, indem die bish I u II in I zusammengefasst u Inhalt, Form, Art u Weise der InfoPfl nach EG 246 §§ 1, 2 ausgelagert wurden (s dort). II entspricht dem bish I 2 (s Rn 6). Zu früheren Fassgen, insbes aufgrd des FernAbsÄndG, s 69. Aufl.
- 2 **2) Informationspflicht nach I.** Es handelt sich um eine RPfl. Der notw **Inhalt der Informationen** ergibt sich aus EG 246 §§ 1 u 2 (s dort). Der Untern schuldet nach EG 246 § 1 I zwölf Info, der Anbieter von Finanzdienstleistgen nach EG 246 § 1 II acht weitere. Bei Telefongesprächen wird der Umfang der Info dch EG 246 § 1 III nur unwesentl gemildert. Zu den Anforderngen an die Gestaltg der Homepage von RA s Schöttle NJW 05, 1979, Axmann/Degen NJW 06, 1457; zu eBay s Lorenz VuR 08, 321.
- 3 **3) Informationspflicht nach II.** Bei einem von ihm veranlassten **telefonischen Kontakt** muss der Untern bereits zu Beginn des Gesprächs seine Identität u den geschäftl Zweck des Kontakts ausdrückl offen legen. Anzugeben sind Name (Firma) u RForm des Untern, das den Vertr schließen will, nicht die Identität des Anrufers. II gilt auch, wenn der Verbr aGrd einer Aufforderg des Untern bei diesem anruft.
- 4 **4) Anspruch auf Überlassung einer Vertragsurkunde, III.** Bei Vertr über Finanzdienstleistgen kann der Verbr währd der Laufzeit des Vertr jederzeit verlangen, dass der Untern ihm die VertrBedinggen einschl der AGB in einer Urkunde zur Vfng stellt. Die Vorschr setzt FernAbsFinanzDL-RL 5 III 1 um. Die Urkunde braucht nicht unterschrieben zu sein (BT-Drs 15/2946 S 22), sie muss kostenlos zur Vfng gestellt werden. Der Anspr besteht auch dann, wenn der Verbr die VertrBedinggen schon vor Abgabe seiner VertrErkl aGrd von EG 246 § 1 od § 2 I Nr 1 in Papierform erhalten hat, kann aber nur einmal geltend gemacht werden, § 242 (Rott BB 05, 53/59).

Erf gem § 362). Der GesetzG hat III bewusst auf Vertr über Finanzdienstleistgen beschränkt (BT-Drs 15/2946 S 22). III ist daher auf Vertr über Waren od and Dienstleistgen weder direkt noch analog anwendb.

5) Rechtsfolgen. Die Widerrufsfrist beginnt erst zu laufen, nachdem der Untern seiner Pfl aus I iVm EG 246 § 2 in vollem Umfang nachgekommen ist (§ 312 d II). Ein Verstoß gg EG 246 § 1 ändert dagg am Fristbeginn nichts. Die Verletzg von I od II kann SchadErsAnspr wg c.i.c. (§ 311 II) od wg VertrVerletzg (§ 280 I) u UnterlassgsAnspr nach UKlaG 2 od UWG 8 begründen (s Einf 2 ff v EG 238). Die Einbeziehg von AGB hängt allein davon ab, dass der Untern seine Obliegenh aus § 305 (dort Rn 36) erfüllt (Grigoleit NJW 02, 1156, aA MüKo/Wendehorst Rn 71). Die Einhaltg der InfoPfl aus I iVm EG 246 §§ 1 u 2 ist zur Einbeziehg weder erfdl noch ausreicnd, die Verletzg einer InfoPfl kann aber zur Anwendg von § 305 c führen (Hoffmann ZIP 05, 829/36).

6) Weitergehende Regelungen, IV. Weitergehende Einschränkgen bei der Verwendg von FKM ergeben sich aus dem UWG (BGH NJW 02, 3464), aber auch aus Sondergesetzen wie zB aus AMG 43 für apothekenpflichtig Arzneimittel. Weitergehende InfoPfl können sich aus TMG od dem RundfunkstaatsVertr (BGH NJW 06, 3633, Hoeren NJW 07, 801), aus TKG 66 a ff (Zagouras NJW 07, 1914, Vander NJW 07, 2580), aus der Dienstleistgs-InfoPflVO (Lorenz VuR 10, 323), aus InvG 121, aus KAGB 297 ff u aus der PAngV (BGH NJW 03, 3343, GRUR 08, 84, Schlegel MDR 08, 417) ergeben.

312d Widerrufs- und Rückgaberecht bei Fernabsatzverträgen. (1)¹ Dem Verbraucher steht bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu.² Anstelle des Widerrufsrechts kann dem Verbraucher bei Verträgen über die Lieferung von Waren ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden.

(2) Die Widerrufsfrist beginnt abweichend von § 355 Abs. 3 Satz 1 nicht vor Erfüllung der Informationspflichten gemäß Artikel 246 § 2 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, bei der Lieferung von Waren nicht vor deren Eingang beim Empfänger, bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor Eingang der ersten Teillieferung und bei Dienstleistungen nicht vor Vertragsschluss.

(3) Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.

(4) Das Widerrufsrecht besteht, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht bei Fernabsatzverträgen

1. zur Lieferung von Waren, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind oder die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind oder schnell verderben können oder deren Verfalldatum überschritten würde,
2. zur Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen oder von Software, sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind,
3. zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten, es sei denn, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung telefonisch abgegeben hat,
4. zur Erbringung von Wett- und Lotteriedienstleistungen, es sei denn, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung telefonisch abgegeben hat,
5. die in der Form von Versteigerungen (§ 156) geschlossen werden,
6. die die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Finanzdienstleistungen zum Gegenstand haben, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die innerhalb der Widerrufsfrist auftreten können, insbesondere Dienstleistungen im Zusammenhang mit Aktien, Anteilen an offenen Investmentvermögen im Sinne von § 1 Absatz 4 des Kapitalanlagegesetzbuchs und anderen handelbaren Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Geldmarktinstrumenten, oder
7. zur Erbringung telekommunikationsgestützter Dienste, die auf Veranlassung des Verbrauchers unmittelbar per Telefon oder Telefax in einem Mal erbracht werden, sofern es sich nicht um Finanzdienstleistungen handelt.

(5)¹ Das Widerrufsrecht besteht ferner nicht bei Fernabsatzverträgen, bei denen dem Verbraucher bereits auf Grund der §§ 495, 506 bis 512 ein Widerrufs- oder Rückgaberecht nach § 355 oder § 356 zusteht.² Bei Ratenlieferungsverträgen gelten Absatz 2 und § 312 e Absatz 1 entsprechend.

1) Allgemeines. – a) Fassung. § 312 d (früher FernAbsG 3) ist dch das OLG-VertrÄndG (63. Aufl), dch das FernAbsÄndG (68. Aufl u Vorb 2 v § 312) u dch das G zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbg v 29. 7. 09 (BGBl I S 2413) geändert worden (Vorb 2 v § 312; zum ÜberleitgsR s LG Kblz NJW-RR 10, 862). Dieses hat telefon geschlossene Vertr von dem Anwendungsbereich der Ausschlussstatbestände des IV Nr 3 u 4 ausgenommen, IV Nr 7 eingefügt sowie bei Vertr über Dienstleistgen das Erlöschen des WiderrufsR (III) u den Anspr auf Wertersatz (VI) vereinheitlicht (s BT-Drs 16/10734). Dch das VerbrKrRL-UG sind ab 11. 6. 10 II u V 1 redaktionell angepasst u V 2 geändert worden. Dch Gesetz v 27. 7. 11 (Vorb 2 v § 312) wurde V 2 ab 4. 8. 11 erneut geändert; außerdem wurde VI aufgehoben u ohne inhaltl Änderg zu § 312 e II (s dort). Das AIFM-UG v 4. 7. 13 (BGBl I 1981) hat IV Nr 6 an die Ablösg des InvG dch das KAGB angepasst.

b) Bedeutung. Das WiderrufsR bei VerbrVertr wird in §§ 355–360 umfasst geregelt. Die §§ 355 ff legen die grdsätzl Struktur des WiderrufsR fest, regeln die Widerrufsbelehrg, die Widerrufsfrist, die Ausüb u die Rfolgen des Widerrufs. § 312 d knüpft an diese Vorschr an. Er bestimmt, dass dem Verbr ein WiderrufsR nach § 355 zusteht. An Stelle dieses Rechts kann bei Vertr über die Lieferg von Waren, nicht bei Vertr über Dienstleistgen, ein RückgabeR nach § 356 eingeräumt werden (s dort). § 312 d enthält zugl ergänzde u modifizierende Vorschr zu den §§ 355 ff, die den besond Gegebenh bei FernAbsVertr Rechng tragen. Das WiderrufsR besteht grdsätzl auch bei einem nichtigen FernAbsVertr (BGH NJW 10, 610).

2) Beginn der Widerrufsfrist, II. Der Lauf der Widerrufsfrist beginnt nur, wenn drei Voraussetzgen erfüllt sind: – **a) Information des Verbrauchers.** Der Untern muss dem Verbr eine EG 246 § 2 entspr Info zur Vfg gestellt haben. Sie muss alle Info enthalten, die dem Verbr nach EG 246 § 2 I (s dort) zu erteilen sind.

- 4 **b) Lieferung der Ware.** Bei Vertr über die Lieferg von Waren (§§ 433, 651) beginnt die Widerrufsfrist nicht vor dem Eingang beim Empfänger. Der Begriff Eingang ist ebenso zu verstehen wie der Begriff Ablieferg im § 438 II (dort Rn 15). Die Auslieferg an einen Nachbarn genügt für den Fristbeginn nicht, sofern dieser nicht bevollm ist (AG Winsen NJW-RR **13**, 252). Handelt es sich um wiederkehrde Liefergen ist zu unterscheiden: Bei gleichart Leistgen (Leerkassetten, Schreibpapier) genügt der Empfang der ersten Teillieferg, bei ungleichart (Buchliefergen eines Buchclubs) muss die Leistg vollständig erbracht sein (BT-Drs 14/2658 S 43, aA MüKo/Wendehorst Rn 80). Zum eBay-Vertr s Berger ZGS **07**, 414. Bei Vertr über **Dienstleistungen** hat die zweite Voraussetzung des II keine selbst Bedeut, da das Gesetz hier nicht auf die Erbringg der Leistg, sond auf den VertrSchluss abstellt. Der grdsätzl zuläss Vorbeh des Untern, erst nach Ablauf der Widerrufsfrist zu leisten, ist bei FernAbsVertr über die Lieferg von Waren ausgeschl, weil er dazu führen würde, dass der Schwebzustand niemals endet (§ 308 Rn 9).
- 5 **c) Widerrufsbelehrung.** Obwohl der Verbr schon nach § 312c I iVm EG 246 § 1 I Nr 10, § 2 I in hervorgehobener u deutl gestalteter Form umfassnd über sein WiderrufsR zu informieren ist, muss der Untern ihm nach § 355 III in Textform (§ 126b) eine Widerrufsbelehrg erteilen. Die Widerrufsbelehrg u die Info nach § 312c I iVm EG 246 §§ 1 u 2 können in einem Text zusammengefasst werden (Lütcke Rn 45). Verwendet der Untern das Muster der Anlage 1 u 2 zu EG 246 § 2, genügt seine Belehrg den gesetzl Anfordergen (s § 360 III). Eine Unterschrift des Verbr ist nicht erfdl.
- 6 **d) Fristberechnung.** Die Widerrufsfrist beginnt zu laufen, wenn auch das dritte u letzte Ereign eingetreten ist, das nach Rn 3–5 Voraussetzung für den Fristbeginn ist. Sie endet gem § 188 II an dem Wochentag, der nach seiner Bezeichnung dem Tag des Fristbeginns entspricht, kann sich aber gem § 193 verlängern.
- 7 **3) Erlöschen des Widerrufsrechts bei Dienstleistungen, III.** Die dch das FernAbsÄndG (Rn 1) in III eingefügte Sonderregelg über das Erlöschen des WiderrufsR bei Finanzdienstleistgen ist dch G v 29. 7. 09 (BGBl I S 2413) auf alle Dienstleistgen erstreckt worden (zur bish RLage s 68. Aufl). III entspricht FernAbsFinanzDL-RL 6 II c), FernAbsRL 6 III Spiegelstrich 1 (PalArch I B; krit zur RichtlKonformität Mankowski JZ **08**, 1141). Beide Part müssen den Vertr **vollständig erfüllt** haben. Dies gilt auch bei DauerschuldVerh u SukzessivliefergsVertr od Onlinespielen (Diegmann/Kuntz NJW **10**, 561; aA Lutz NJW **12**, 2070). Beim Beitritt zu einer KG genügen dessen Eintrag ins HandelsReg u die Zahlg der Einlage nicht; zur vollständ Erf gehören auch die Auszahlg von Gewinnanteilen od die Zuweisg steuerl Verluste (BGH NJW-RR **05**, 180). Auch eine Schlechtleistg ist keine vollständ Erf. Das gilt sicher dann, wenn ein Anspr auf NachErf besteht. Aber auch wenn eine NachErf nicht in Betr kommt u nur noch ein SchadErsAnspr besteht, ist III nicht anzuwenden. Der Verbr muss ausdrückl u vor Beginn der Erf den **Wunsch** geäußert haben, dass der Vertr vor Ausüb des WiderrufsR vollständig erfüllt wird; die Beweislast trifft den Untern (Rott BB **05**, 53/60). Die bloße Hinnahme der Erf genügt nicht. Eine entspr Klausel in den AGB des Untern verstößt gg § 312i u § 307 (s AG Hannover NJW **07**, 781). III gilt auch, wenn der Verbr nicht od nicht ordngsmäß über sein WiderrufsR belehrt worden ist (AG Sinsheim NJW-RR **09**, 1290, BaRo/Schmidt-Räntsch Rn 32, Artz ZGS **09**, 268). Er ist auch bei NichtErf der InfoPfl aus § 312c I iVm EG 246 § 2 I anzuwenden (s BGH NJW **06**, 1971/74, Erman/Saenger Rn 16, MüKo/Wendehorst Rn 50, aA NK/Ring Rn 41). Dem Verbr kann aber ein SchadErsAnspr aus c. i. c. (§ 311 II) od VertrVerletzg (§ 280) zustehen (s Einf 2 ff v EG 238).
- 8 **4) Ausschluss des Widerrufsrechts, IV.** Die Ausschlussstatbestände der Nr 1–4 hat das Gesetz fast wörtl aus Art 6 III der FernAbsRL (PalArch I B) übernommen. Sie sind ein Produkt intensiver Lobbytätigk u zT wenig präzise formuliert. Nr 6 hat das FernAbsÄndG (Rn 1) hinzugefügt, Nr 7 das G v 29. 7. 09 (Rn 1). Nach dem Einleitgssatz von IV entfällt der Ausschluss des WiderrufsR, soweit ein and bestimmt ist. Bei Vertr, die unter Nr 1, 3, 5 od 6 fallen, kann sich ein WiderrufsR daher aus § 495 (VerbrDarlVertr) u, wenn es um die Lieferg von Sachen geht, auch aus § 510 (RatenliefergsVertr) ergeben (vgl dort). Besteht Streit darüber, ob die Voraussetzgen eines Ausschlussstatbestandes vorliegen, etwa darüber, ob eine Sache nach den Wünschen des Verbr angefertigt worden ist, trägt der Untern die **Beweislast**. Bei der Lieferg mehrerer Sachen, die nur teilw unter IV fallen, richtet sich das WiderrufsR nach der Hauptleistg (Becker/Föhlich NJW **05**, 3377/79), iÜ ist es teilb.
- 9 **a) Lieferung von Waren, Nr 1.** Nach „Kundenspezifikation angefertigt“ od „eindeut auf die persönl Bedürfn“ des Verbr zugeschnitten, ist die Sache, wenn sie wg der Berücksichtigg der Wünsche des Verbr andweit nicht od nur mit einem unzumutb PreisNachl abgesetzt werden kann. Nr 1 ist nicht anwendb, wenn die zu lieferde Sache auf Bestellg des Verbr aus vorgefertigten Serienbauteilen zugefügt wird, die ohne Beeinträchtigg der Substanz mit geringem Aufwand wieder getrennt werden können (BGH NJW **03**, 1665, LG Hannover DAR **09**, 530: Komplett-Räder). Ob die Ware zur Rücksendg ungeeignet ist od ein Verderb zu besorgen ist, ist Tatfrage. Nicht verderbl sind wohl Baum- od Rosensetzlinge. Dass die Ware dch die Ingebrauchn erhebl an Wert verliert, schließt das WiderrufsR nicht aus (Dresd NJW-RR **01**, 1710, *arg* § 357 III 1). Unter Nr 1 fällt zB die Lieferg von Strom, Gas u Fernwärme (s Buchmann/Hirschmann N&R **09** Beilage 1; s BGH ZIP **09**, 1013 [EuGH-Vorlage dch Anerkenntn erledigt]; aA Taplan/Baumgartner NJOZ **12**, 881). Bei freiverkäufll Arzneimitteln, angebrochenen Kosmetik- u Hygieneartikeln ist eine Rücksendg idR wg der Gefahr des Verderbs ausgeschl (Becker/Föhlich NJW **08**, 3751, aA Köln NJOZ **10**, 2514; nicht: Badeente, Kblz VuR **11**, 315), bei Heizöl uÜ wg der Vermischg mit Restmengen im Tank (BR-Drs 25/00 Nr 8). Vertr über Software, die dch Download geliefert wird, fallen unter Nr 1 (Lütcke Rn 73); das WiderrufsR ist ausgeschl, weil die Software wg der Möglichk der Weiterbenutzg nicht „rückstandslos“ (BT-Drs 14/2658 S 44) zurückgegeben werden kann (MüKo/Wendehorst Rn 26, BaRo/Schmidt-Räntsch Rn 41, str). Die Überschreitg des Verfalldatums schließt das WiderrufsR nur aus, wenn es in Übereinstimm mit anerkannten techn Normen festgesetzt worden ist, nicht aber, wenn der Untern es individuell besond kurz festlegt, um das WiderrufsR zu unterlaufen (Staud/Thüsing Rn 58).
- 10 **b) Lieferung von Software, Nr 2.** Der Ausschlussstatbestand greift nur ein, wenn die Software od die and MultimediaAnwendgen auf einem versiegelten Datenträger geliefert worden sind u der Verbr sie entsiegelt hat (BT-Drs 14/2658 S 44), soweit dies nicht zur Prüfng der Funktionsfähigk der mitgekauften Hardware erfdl ist (AG Bln-Mitte MDR **12**, 1455, AG Kelheim DAR **13**, 388, Junker NJW **05**, 2829/31). Die Verpackg muss eindeutig als Versiegelg erkennb sein; bloße Klarsichtfolien od Klebestreifen genügen nicht (Hamm VuR **10**, 350). Nicht erfasst sind Online-Angebote von Software (NK/Ring Rn 61).
- 11 **c) Zeitungen, Zeitschriften, Illustrierte, Nr 3.** Erfasst sind auch Abonnements (BGH WM **12**, 221), dagg nicht Kalender (Hbg NJW **04**, 1114). Das möglw nach § 510 bestehde WiderrufsR bleibt unberührt (Rn 8). Nr 3 gilt nicht, wenn der Verbr seine „VertrErkl“ (Antrag od Annahme) telefon abgegeben hat. Hierfür

trägt er die Beweislast. VertrErkl per Internet, E-Mail, SMS, Teleshopping usw stehen nicht gleich. III bleibt unberührt.

d) Wett- und Lotteriedienstleistungen, Nr 4. Erfasst sind nur die Vertr, die staatl genehmigt u gem § 763 rechtsverbindl sind (vgl dort Rn 4). Nr 4 gilt nicht, wenn der Verbr seine VertrErkl telefon abgegeben hat (s Rn 11). 12

e) Versteigerungen, Nr 5. Der Ausschlussbestand erfasst nur Versteigerern im RSinne, dh Vertr die entspr § 156 dch das Gebot eines Teilnehmers u den Zuschlag des Versteigerers zustande kommen (§ 156 Rn 1). Dch AGB and geregelte Internet-Versteigerern, insbes Veräußern über die eBay-Plattform fallen nicht unter Nr 5 (BGH NJW **05**, 53, Hamm NJW **05**, 2319, aA Braun JZ **08**, 330), insbes nicht solche, bei denen sich der Einlieferer trotz des Zuschlags die Entsch vorbehält, ob er das uU nicht kostendeckde Höchstgebot annimmt od nicht (MüKo/Wendehorst Rn 43). Die InfoPfl des Untern, vor allem die nach EG 246 §§ 1 u 2, gelten für alle Versteigerern im Fernabsatz, gleichgült nach welchen rechtl Grds sie ablaufen (Woitke BB **03**, 2469). Wird bei Übergabe der Ware unter Anwesen ein AndVertr abgeschl, erlischt das WiderrufsR, soweit nicht §§ 474, 475 eingreifen (Otting SVR **05**, 104). 13

f) Waren und Finanzdienstleistungen, deren Preis Schwankungen unterliegt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat, Nr 6. Die dch das FernAbsÄndG (Rn 1) eingefügte Vorschr entspricht, soweit sie Waren betrifft, FernAbsRL 6 III Spiegelstrich 2, soweit sie Finanzdienstleistgen betrifft, FernAbsFinanz-DL-RL 6 IIa) (PalArch I B). Bei Vertr über Leistgen, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankgen unterliegt, übernehmen beide Part das Risiko, dass sich ihre Einschätz über die Preisentwicklg als fehlerh erweist. Ein WiderrufsR würde dieses Risiko währd der Widerrufsfrist einseit dem Untern aufbürden. Dieses mit dem spekulativen Charakter des Gesch nicht zu vereinbarde Ergebn verhindert Nr 6. Waren, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankgen unterliegen, sind vor allem Edelmetalle, an Börsen gehandelte Rohstoffe, Aktien, Anteilen an offenen Investmentvermögen iSd KAGB I IV u and handelb WertPap (WpHG 2 I), Devisen, Derivate (WpHG 2 II), insbes Swaps, Futures u Optionen u Geldmarktinstrumente (WpHG 2 I a) sowie Hedgefonds (Kugler/Lochmann BKR **06**, 41/45), aber auch finanzmarktabhäng Zertifikate (BGH NJW **13**, 1223, WM **13**, 218), u zwar auch dann, wenn deren Börseneinfühh noch bevorsteht. Vgl zu den einz Begriffen Fuchs, WpHG, 2009, § 2; die für das WpHG maß Abgrenzgen können unter Beachtg der Verpfl zur richtlkonformen Auslegg (Einl 43 vor § 1) hier übernommen werden. Dagg gilt Nr 6 nicht für die auf Dauer angelegte Beteiligg an einer Publikumsgesellsch (Armbrüster ZIP **06**, 406/12). Verletzt der Untern schuldh die ihm nach WpHG od BGB obliegenden AufklPfl, kann der Verbr trotz Ausschluss seines WiderrufsR wg c.i.c. od VertrVerletzg die Rückgängigmachg des Vertr verlangen (§ 280 Rn 48 ff, 63 ff). Eine Sonderregelg enthält WpHG 34 IIa. 14

g) Telekommunikationsgestützte Dienste, Nr 7. Die dch das G v 29. 7. 09 (Rn 1) eingefügte Vorschr erfasst nur solche telekommunikationsgestützte Dienste (s TKG 3 Nr 25, sog Mehrwertdienste), die unmittelb per Telefon od Telefax in einem Mal erbracht werden, weil hierbei die Belehrg des Verbr über sein WiderrufsR in Textform u die Erteilg eines Hinw auf die WertErsPfl mit erheb Schwierigk verbunden sind (s BT-Drs 16/12406). Nr 7 gilt daher auch, wenn der Verbr nicht od nicht ordngsmäß belehrt worden ist. Die Ausn für Finanzdienstleistgen beruht auf FernAbsFinanzDL-RL 6 II c). Die Leistg muss währd der vom Verbr hergestellten Telefon- od Telefaxverbindg vollstnd erbracht werden, so dass idR bereits III eingreift. Andere TK-Dienste, wie zB Online-Datenbanken od die Freischaltg eines DS L-Anschlusses sind nicht privilegiert. Das WiderrufsR erlischt nur, wenn der Verbr die Ausfühh selbst veranlasst hat, wie zB beim Download, bei der Inanspruchnahme einer Mehrwertdienstleistg od der Annahme eines R-Gesprächs (BGH NJW **06**, 1971/74). Eine ausdrükl Zustimmung ist nicht erfdl. Nr 7 ist auch bei NichtErf der InfoPfl aus § 312c iVm EG 246 §§ 1 u 2 anwendb; dem Verbr kann aber ein SchadErsAnspr aus c.i.c. (§ 311 II) od VertrVerletzg (§ 280) zustehen (s Rn 7 aE). 15

5) Verhältnis zu anderen Widerrufsrechten, V. V 1, ebenso wie V 2 neu gefasst dch das VerbrKrRL-UG (Rn 1), stellt klar, dass das WiderrufsR des § 312d nicht besteht, wenn der Verbr nach §§ 495, 506–512 zum Widerruf od zur Rückgabe berecht ist. Bei RatenliefergVertr (s Rn 27 v § 311) richtet sich dann der Beginn der Widerrufsfrist gem V 2 nach II, so dass die Frist zB erst mit Erf der MitteilgPfl (InfoPfl) des EG 246 § 2 beginnt. Dies gilt auch für RatenliefergVertr mit Existenzgründern (§ 512). Unter V 2 fallen dagg nicht DarlVertr u entgeltl Finanziergshilfen; dies würde gg Art 14 I 2 VerbrKrRL verstoßen, weil danach die Widerrufsfrist am Tag des VertrSchlusses od am Tag der Aushändigg der VertrBedinggen u des VertrInhalts, wenn dieser Tag später ist, beginnt. Aus Grden der Gleichbehandlg fallen auch DarlVertr u entgeltl Finanziergshilfen mit Existenzgründern, die – wie auch generell RatenliefergVertr – nicht von der VerbrKrRL erfasst werden, nicht unter V 2, so dass insoweit II nicht gilt. 16

6) Einschränkung der Wertersatzpflicht. Die Einschränkng des Anspr auf Nutzwertersatz nach § 312e I gilt seit 4. 8. 11 (Vorb 2 v § 312) auch für RatenliefergVertr, V 2. Die bish in VI enthaltene Einschränkng der WertErsPfl bei FernAbsVertr über Dienstleistgen ist dch G v 27. 7. 11 (Vorb 2 v § 312) ab 4. 8. 11 aus Grden des Sachzushangs in § 312e II geregelt (s dort). 17

312e Wertersatz bei Fernabsatzverträgen. (1)¹ Bei Fernabsatzverträgen über die Lieferung von Waren hat der Verbraucher abweichend von § 357 Absatz 1 Wertersatz für Nutzungen nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten,

1. soweit er die Ware in einer Art und Weise genutzt hat, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, und
2. wenn er zuvor vom Unternehmer auf diese Rechtsfolge hingewiesen und nach § 360 Absatz 1 oder 2 über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt worden ist oder von beidem anderweitig Kenntnis erlangt hat.

² § 347 Absatz 1 Satz 1 ist nicht anzuwenden.

(2) Bei Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen hat der Verbraucher abweichend von § 357 Absatz 1 Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten,

1. wenn er vor Abgabe seiner Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist und
2. wenn er ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginnt.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Norm wurde dch G v 27. 7. 11 (BGBl I S 1600) eingefügt. Sie enthält eine von den allg Vorschr des § 357 I iVm § 346 abweichende Regelg über den Wertersatz für erbrachte Leistgen u gezogene Nutzgen iF des Widerrufs von FernAbsVertr. I setzt EuGH-Urt NJW **09**, 3015 um; II entspricht § 312 d VI aF. Für Verschlechtergen der Sache gilt in § 357 III 1 eine entspr Regelg. Auf VerbrDarlVertr u entgeltl Finanziergshilfen ist die Norm nicht, auch nicht entspr anwendb.
- 2 **2) Verträge über Lieferungen von Waren, I. – a) Einschränkung der Wertersatzpflicht.** Die Norm schränkt – abweichd von §§ 312 d I, 357 I 1, 346 II 1 Nr 1 – den Anspr auf Wertersatz für Nutzgen bei Vertr über Warenliefergen (§ 312 b Rn 10) ein. Für RatenliefergsVertr gilt I entspr, § 312 d V 2. Der Anspr besteht nur unter zwei weiteren Voraussetzgen:
- 3 **aa) Übermäßige Nutzung, Nr 1.** Die Nutzg muss über die Prüfg der Eigensch u Funktionsweise der Ware hinausgehen. Dies ist nicht der Fall beim Ausprobieren u Testen der Ware, wie es im Laden typ ist (s Anlage 1 zu EG 246 § 2), auch wenn damit eine Ingebrauchnahme verbunden ist. Da and als im Laden Beratgs-, Vergleichs- od Vorführmöglichk fehlen, kann der Verbr die Ware auch intensiver als im Laden testen. Der Verbr schuldet auch dann keinen Wertersatz, wenn die Ware dch die Prüfg einen vollständ Wertverlust erleidet, wie zB beim Aufbau von Möbeln od beim Befüllen eines Wasserbetts (BGH NJW **11**, 56). Entscheidd ist die Gesamtsituation. Deutl od erhebl Gebrauchsspuren können für eine übermaß Nutzg sprechen, ebso die Rückgabe eines Kommunionkleids nach dem Weißen Sonntag od einer Fotokamera nach einer Urlaubsreise (BR-Drs 855/10 S 19). Ebso kann nach der Verkehrssitte eine Prüfg dch Ingebrauchnahme od ein Öffnen der Verpackg unübll sein (zB Hygieneartikel, Medikamente). Ein Anspr auf Nutzgsersatz besteht auch bei einem nur unerhebl Gebrauch der Sache, wenn dieser zur Prüfg nicht erfdl war.
- 4 **bb) Vorheriger Hinweis und Belehrung, Nr 2.** Der Verbr muss vor Beginn der Prüfg der Ware, nicht notw vor Abgabe seiner VertrErkl (*arg* II Nr 1), auf die mögl WertErsPfl hingewiesen worden sein. Der Hinw muss individuell gegeben werden. Ein in den mehr als 20 geschuldeten Info des EG 246 § 1 versteckter Hinw genügt nicht. Ferner muss der Verbr entspr § 360 I od II eine Belehrg über das Widerrufs- od RückgabeR erhalten haben. Es genügt, wenn er von beidem andweit Kenntn erlangt hat.
- 5 **b) Rechtsfolgen.** Liegen die Voraussetzgen von I 1 vor, muss der Verbr die *gezogenen* Nutzgen herausgeben. Deren Höhe bestimmt sich nach dem Verh des Umfangs der tats Nutzg zur voraussichtl Gesamtnutzgsdauer; Obergrenze ist der Kaufpreis (sog Wertverzehrtheorie). Ein Anspr auf Wertersatz für die bloße Nutzungsmöglichk od den Besitz der Ware besteht nicht (**I 2**). Soweit beim Verbr tats gezogene Nutzgen noch vorhanden sind, muss er diese – wie auch die Ware selbst – stets herausgeben (§§ 312 d I, 357 I 1, 346 II 1 Nr 1). Umgekehrt bleibt der Anspr desVerbr gg den Untern auf Erstattg von Kaufpreis, Hinsendekosten, Nutzgen u Zinsen unberührt.
- 6 **c) Beweislast.** Für das Übermaß der Nutzg sowie den Hinw u Belehrg bzw Kenntn des Verbr trägt der Untern die Beweislast.
- 7 **3) Verträge über Dienstleistungen, II.** Die Regelg wurde dch das FernAbsÄndG als § 312 d VI eingefügt u dch G v 29. 7. 09 neugefasst; dch G v 27. 7. 11 (Rn 1) wurde sie ohne inhaltl Änderg zu § 312 e II. Sie setzt FernAbsFinanzDL-RL 7 III um (PalArch I B). Bei Vertr über Dienstleistgen (§ 312 b Rn 10b) besteht iF eines Widerrufs der WertErsAnspr aus §§ 357 I, 346 II Nr 1 für die erbrachte Dienstleistg nur unter zwei Voraussetzgen: Der Verbr muss vor Abgabe seiner VertrErkl auf die mögl WertErsPfl hingewiesen worden sein. Er muss sich – nach dem Schutzzweck der Vorschr – nach dem Hinw ausdrückl damit einverstanden erklärt haben, dass der Untern vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführg der Dienstleistg beginnt. Der Hinw muss bei Einholg der Zustimmungserkl individuell gegeben werden. Ein in den mehr als 20 geschuldeten Info des EG 246 § 1 versteckter Hinw genügt nicht. Für den Hinw u die Zustimmung trägt der Untern die Beweislast.

312f *Zu Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen hinzugefügte Verträge.* ¹ Hat der Verbraucher seine Willenserklärung, die auf den Abschluss eines Fernabsatzvertrags über eine Finanzdienstleistung gerichtet ist, wirksam widerrufen, so ist er auch nicht mehr an seine Willenserklärung hinsichtlich eines hinzugefügten Fernabsatzvertrags gebunden, der eine weitere Dienstleistung des Unternehmers oder eines Dritten auf der Grundlage einer Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Dritten zum Gegenstand hat. ² § 357 gilt für den hinzugefügten Vertrag entsprechend; § 312 e gilt entsprechend, wenn für den hinzugefügten Vertrag ein Widerrufsrecht gemäß § 312 d besteht oder bestand.

- 1 **1) Allgemeines.** Die Norm wurde dch G v 27. 7. 11 (BGBl I S 1600) eingefügt. Sie setzt FinDL-RL 6 VII 2 um (PalArch I B) u erstreckt den Widerruf eines FernAbsVertr über Finanzdienstleistgen auf hinzugefügte Vertr.
- 2 **2) Hinzugefügter Vertrag.** Der Begriff entstammt FinDL-RL 6 VII 2, der – ebso wie BR-Drs 855/10 – keine nähere Definition enthält. Verwandte Begriffe sind der verbundene Vertr (§ 358), das angegebene Gesch (§ 359 a I) u der Vertr über Zusatzleistgen (§ 359 a II). In diesen Fällen ist idR auch ein hinzugefügter Vertr anzunehmen.
- 3 **3) Rechtsfolgen.** Ist der Widerruf des FernAbsVertr über Finanzdienstleistgen wirks erfolgt, ist der Verbr auch an hinzugefügte Vertr nicht mehr gebunden. § 357 gilt entspr (S 2). Für den Anspr auf Wertersatz gilt die Einschränkung nach § 312 e, wenn der hinzugefügte Vertr ebenfalls ein FernAbsVertr ist u ein WiderrufsR nach § 312 d besteht od bestand; die zweite Voraussetzung ist wg FinDL-RL 6 VII richtlkonform dahin auszulegen, dass auch ein WiderrufsR aus and RGrd, wie zB nach VVG 8, genügt (PWW/Medicus/Stürner⁵ Rn 3, Wendehorst NJW **11**, 2551). Die weitergehenden Rfolgen aus §§ 358, 359 bleiben unberührt.

312g *Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr.* (1) ¹ Bedient sich ein Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen der Telemedien (Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr), hat er dem Kunden

1. angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit deren Hilfe der Kunde Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen kann,
2. die in Artikel 246 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Informationen rechtzeitig vor Abgabe von dessen Bestellung klar und verständlich mitzuteilen,
3. den Zugang von dessen Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen und
4. die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern.

² Bestellung und Empfangsbestätigung im Sinne von Satz 1 Nr. 3 gelten als zugegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können.

(2) ¹ Bei einem Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat, muss der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen gemäß Artikel 246 § 1 Absatz 1 Nummer 4 erster Halbsatz und Nummer 5, 7 und 8 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, unmittelbar bevor der Verbraucher seine Bestellung abgibt, klar und verständlich in hervorgehobener Weise zur Verfügung stellen. ² Diese Pflicht gilt nicht für Verträge über die in § 312b Absatz 1 Satz 2 genannten Finanzdienstleistungen.

(3) ¹ Der Unternehmer hat die Bestellsituation bei einem Vertrag nach Absatz 2 Satz 1 so zu gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet. ² Erfolgt die Bestellung über eine Schaltfläche, ist die Pflicht des Unternehmers aus Satz 1 nur erfüllt, wenn diese Schaltfläche gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist.

(4) Ein Vertrag nach Absatz 2 Satz 1 kommt nur zustande, wenn der Unternehmer seine Pflicht aus Absatz 3 erfüllt.

(5) ¹ Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 und die Absätze 2 bis 4 finden keine Anwendung, wenn der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird. ² Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 und Satz 2 findet keine Anwendung, wenn zwischen Vertragsparteien, die nicht Verbraucher sind, etwas anderes vereinbart wird.

(6) ¹ Weitergehende Informationspflichten auf Grund anderer Vorschriften bleiben unberührt. ² Steht dem Kunden ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu, beginnt die Widerrufsfrist abweichend von § 355 Abs. 3 Satz 1 nicht vor Erfüllung der in Absatz 1 Satz 1 geregelten Pflichten.

1) Allgemeines. § 312g (früher § 312e; s G v 27. 7. 11, BGBl I S 1600) setzt E-CommerceRL 10 u 11 um (PalArch 1 B). Zur Umsetzung der RL ist außerdem das Gesetz über rechtl Rahmenbedingungen für den elektron GeschVerkehr (EGG) v 14. 12. 01 (BGBl I S 3721) erlassen worden, dessen zivilrechtl Schwerpunkte die Einföhr des Herkunftslandprinzips u die Regelg der Verantwortlichk der Diensteanbieter sind (Spindler NJW 02, 922). Dass die BRep bei Umsetzung der RL die sich aus dem Recht der EU ergebde NotifizierungsPfl nicht eingehalten hat, ändert an der Wirksamk des § 312g nichts. Dch das VerbrKrRL-UG sind I 1 Nr 2 u III 2 zum 11. 6. 10 redaktionell geändert worden. Dch G v 10. 5. 12 (BGBl I S 1084) wurden zum 1. 8. 12 zum Schutz der Verbr vor Kostenfallen im Internet u zur Umsetzung der VerbrRRL 8 II (PalArch 1 B) II–IV eingefügt; die bish II u III wurden zu V u VI; ferner wurde in I – ohne inhaltl Änderg – der Begriff Telemedien eingeföhrt.

2) Anwendungsbereich. – a) **Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr.** § 312g ist anwendb, wenn sich ein Untern zum Zweck des Abschlusses eines Vertr über die Lieferg von Waren od über die Erbringg von Dienstleistgen (§ 312b Rn 10) der Telemedien bedient. Der Begriff **Telemedien** entspricht demjen in TMG 1, der dort von den Telekommunikationsdiensten u dem Rundfunk abgegrenzt, aber nicht gesetzl definiert wird. Für § 312g relevante Telemedien sind zB Angebote im Bereich der Individualkommunikation (zB Telebanking), Angebote von Waren u Dienstleistgen in elektron abrufb Datenbanken mit interaktiven Zugriff u unmittelb Bestellmöglichk u das Teleshopping. Telemedien, die nicht der Vorbereitg eines VertrSchlusses dienen, sond „Verteildienste“ erbringen, fallen nicht unter § 312g (NK/Ring Rn 6, BT-Drs 14/6040 S 171). Der sachl Anwendungsbereich des § 312g ist wesentl enger als der des § 312b. Währd der Begriff des **Fernabsatzvertrages** jede Form des VertrSchlusses unter physisch abwesenden Pers erfasst, fallen unter § 312g nur Vertr, die unter Einsatz von **elektron** Kommunikationsmitteln zustande kommen. Nicht erfasst werden vor allem Vertr, die briefl od telefon abgeschl werden. Zum VertrSchluss unter Einsatz von elektron Kommunikationsmitteln s Rn 13. Die dch Telemedien übermittelten Auffördergen zur Bestellg sind iZw als *invitatio ad offerendum* aufzufassen (§ 312b Rn 4). Zum Begriff Waren u Dienstleistgen s § 312b Rn 10. § 312g erfasst auch den VersVertr (s VVG 8 IV). Zum Beweiswert von E-Mail Roßnagel/Pfitzmann NJW 03, 1209.

b) Persönlicher Anwendungsbereich. I u VI gelten für Vertr zw einem Untern u einem Kunden; ob der Kunde Verbr (§ 13) od Untern (§ 14) ist, ist gleichgült. Dagg gelten II–IV nur für Vertr zw einem Untern u einem Verbr, die eine entgeltl Leistg des Untern zum Ggstand haben.

c) Verhältnis zu § 312b. Wird ein FernAbsVertr unter Einsatz von elektron Kommunikationsmitteln mit einem Verbr abgeschl, gelten sowohl §§ 312b ff als auch § 312g. Wird ein FernAbsVertr unter Einsatz von elektron Kommunikationsmitteln mit einem Untern abgeschl, gilt allein § 312g. Wird ein FernAbsVertr ohne Einsatz von elektron Kommunikationsmitteln mit einem Verbr abgeschl, gelten allein §§ 312b ff.

3) Informationspflichten nach I. – a) Korrektur von Eingabefehler, Nr 1. Der Untern muss angem, wirks u zugängl techn Mittel zum Erkennen u zur Berichtigg von Eingabefehlern bei Bestellgen zur Vfg stellen. Bestellg ist nicht nur das VertrAngebot u die VertrAnnahme, sond auch die *invitatio ad offerendum* (Klimke CR 05, 582). Fehlt eine Korrekturmöglichk, kann der Untern wg c. i. c. aus dem Eingabefehler keine Rechte herleiten, ausgeschl ist auch ein etwa SchadErsAnspr des Untern aus § 122.

b) Informationspflichten, Nr 2. Die Vorschr verwendet die gleiche Regelstechnik wie § 312c. Die vom Untern zu erteilden Info werden in EG 246 § 3 (s dort; früher BGB-InfoV 3) festgelegt.

c) Zugangsbestätigung, Nr 3. Der Untern hat den Zugang der Bestellg – auch einer *invitatio ad offerendum* (Rn 5) – unverzügl zu bestätigen. Auch wenn dies unterbleibt, ist der Zugang nach Maßß des § 130 Rn 7a wirks; ihr Unterbleiben begründet aber eine ErsPfl wg c. i. c. (Dörner AcP 02, 377). Eine Bestätigg dch E-Mail muss BDSG 9 beachten (Bergt NJW 11, 3752). Nur geringe Bedeutg hat die Fiktion des I 2; wenn deren

Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Erkl idR zugegangen, so dass es keiner Fiktion bedarf (s Borges, Vertr im elektron GeschVerkehr S 228). Die vom Untern im Anschluss an eine Bestellg abgegebene Zugangsbestättig ist keine VertrAnnahme, sondern eine WissensErkl, die aber mit einer VertrAnnahme verbunden werden kann (BGH NJW 13, 598); die Einordng richtet sich nach dem obj Sinn der Erkl (§ 133 Rn 9), nicht nach der Absicht des Untern.

- 8 **d) Abruf der Vertragsbestimmungen, Nr 4.** Der Kunde muss die Möglichk haben, die VertrBedinggen einschl der AGB bei VertrSchluss abzurufen u zu speichern. Dch Erf der Anfordergen von Nr 4 genügt der Untern ggü einem Verbr idR zugl seiner Obliegenh aus § 305 II Nr 1 u 2. Ob die AGB VertrInhalt geworden sind, entscheidet aber allein § 305 II (Meyer DB 04, 2739/41).
- 9 **4) Informationspflichten nach II. – a) Anwendungsbereich.** II, der VerbrRRL 8 II umsetzt, gilt nur für Vertr zw Untern u Verbr, u zwar auch für Vertr iSd § 312 b III u IV. Zu Vertr im elektron GeschVerkehr s Rn 2. Zur Ausnahme gem V s Rn 16. Der Untern muss eine entgeltl Leistg schulden (s § 312 Rn 7). II gilt nicht für einseit WillensErkl u Weisgen des Verbr, wie zB die Erteilg von ZahlgsAuftr im Online-Banking, u gem S 2 auch nicht für Finanzdienstleistgen iSd § 312 b I 2 (s dort Rn 10b). Zu prakt Problemen bei der Umsetzg s Bergt NJW 12, 3541.
- 10 **b) Bestellung** ist jede verbindl WillensErkl des Verbr, eine Ware erwerben od eine Dienstleistg in Anspruch nehmen zu wollen, also Antrag od Annahme iSd §§ 145 ff.
- 11 **c) Transparenzgebot.** Die nach II 1 erteilten Info müssen klar u verständl sein u sich deutl hervorheben. Die drei Kriterien lassen sich nicht eindeut abgrenzen. Die Info müssen sich in übersehb Weise vom übr Text abheben (Roth VuR 12, 477) u dürfen nicht im Gesamtlayout untergehen. Sie müssen nach Schriftgröße, -art u -farbe erkennb sein. Die Darstellg muss auf die in S 1 bezeichneten Info beschränkt sein. Sie müssen in ihrem Aussagegehalt unmissverständl u sprachl eindeutig formuliert sein u dürfen keine verwirrenden od ablenkden Zusätze enthalten. Zur Sprache s EG 246 § 1 Rn 4. Bei Internetauktionen ist als Preis das persönl Höchstgebot des Verbr anzugeben.
- 12 **d) Unmittelbarkeit** ist zeitl u räuml zu verstehen (BT-Drs 17/7745 S 10). **Zeitlich:** die Info sind zum Abschluss des Bestellprozesses, dh unmittelbar vor Abgabe der verbindl WillensErkl des Verbr, zu geben; eine dazwischentretende Abfrage od Erteilg weiterer Info (Adressdaten, ZahlgsInfo usw) unterbrechen den unmittelbar Zushang. **Räumlich:** Die Info müssen in räuml Nähe zu der Schaltfläche angezeigt werden. Beides muss bei übll Bildschirmauflösg idR gleichzeitig zu sehen sein, ohne dass der Verbr scrollen muss. Trennde Gestaltungselemente sind schädll. Erst recht genügt es nicht, wenn die Info nur über einen Link od per Download erreichb ist.
- 13 **5) Vertragsschluss, III, IV. – a) Allgemeines.** III u IV setzen VerbrRRL 8 II um. Ihre Schutzwirkg ähnelt derjen einer FormVorschr. Zum Anwendungsbereich s Rn 9. Der Vertr kommt nur zustande, wenn der Verbr eine ausdrückl Zahlgsbestättig nach S 1 od 2 abgegeben hat. Die Erf der InfoPfl nach II ist für den VertrSchluss nicht zwingd; wie sich deren NichtErf auswirkt, bestimmt sich nach den allg Regeln. Der Verbr hat bei einem Verstoß gg III kein Wahrh, ob er den Untern an dessen VertrErkl festhalten will; nur in Ausnahmefällen kann dies nach § 242 anders sein (Heinig MDR 12, 323, Weiss JuS 13, 590). Er hat uU einen SchadErsAnspr wg c.i.c. aus § 311 II iVm § 280 (Weiss JuS 13, 590).
- 14 **b) Ausdrückliche Zahlungsbestättig.** Sie ist Voraussetzung für den VertrSchluss (IV). III 1 erfordert eine Erkl des Verbr, die sich gerade auf den Umst seiner ZahlgsPfl bezieht. III 1 ist die allg Norm, die Raum für techn Entwicklgen lässt; als Maßstab für die Anfordergen kann III 2 herangezogen werden. Bei Verwendg einer **Schaltfläche** gilt III 2. Schaltfläche ist ein virtueller Bedienknopf, aber auch and grafische Bedienelemente, wie Hyperlink od Checkbox. Die Schaltfläche muss gut lesbar sein, insbes ausreichende Schriftgröße u Farbkontrast aufweisen. Sie darf keine Zusätze haben, etwaige grafische Elemente dürfen nicht vom Text ablenken. Als Text genügen statt „zahlgspfl bestellen“ auch „kostenpfl bestellen“, „zahlgspfl Vertr schließen“ od „kaufen“, nicht aber „Anmeldg“, „weiter“ oder „bestellen“ bzw „bestellt“. Bei eBay uä ist der Text „Gebot abgeben“ od „Gebot bestättigen“ ausreicnd. „Kostenlos testen“ ist bei Abo-Vertr, der sich nach kostenlosem Monat automat verlängert, fehlerh (LG Mü I VuR 13, 393).
- 15 **c) Beweislast.** Der Untern muss beweisen, dass die Bestellsituation im Ztpkt der Bestellg den Anfordergen des III entsprochen hat (*arg* IV).
- 16 **6) Ausnahmen, V. – a) Individuelle Kommunikation.** Vertr, die ausschließl dch den Austausch individueller elektron Kommunikation, etwa dch E-Mails od SMS des Untern u des Kunden bzw Verbr, zustande kommen, weisen nicht die spezifischen Besonderh des Online-Einkaufs auf. „Ausschließl“ bedeutet, dass der Rahmen des individuellen Kommunikationsmediums nicht verlassen wird, indem zB wg vertragsrelevanter Info auf eine Internetseite verlinkt wird (BT-Drs 17/7745 S 12).
- 17 **b) Abweichende Vereinbarungen.** Sie können nur mit einem Untern geschlossen werden. Nichtabdingb ist I Nr 4; das Abbedingen von I Nr 1–3 erfordert wg § 307 II Nr 1 eine IndividualVereinbg (Meyer DB 04, 2739). II–IV sind zwingd.
- 18 **7) Rechtsfolgen.** Der Vertr ist auch dann wirks, wenn der Untern die Pfl aus I (BGH NJW 08, 2026 Tz 25) od II nicht erfüllt. Die PflVerletzg kann für den Kunden aber einen SchadErsAnspr wg c.i.c. aus § 311 II iVm § 280 u UnterlassgsAnspr nach UKlaG 2 od UWG 8 begründen (s Einf 2 ff v EG 238). Steht dem Kunden nach § 355 ein WiderrufsR zu, beginnt die Widerrufsfrist gem VI 2 abweichd von § 355 III 1 erst nach Erf der Pfl aus I. PflVerletzgen, die für die Ausübng des WiderrufsR offensichtl ohne Bedeutg sind (auf den bestehenden Verhaltenskodex wird in Verletzg von I 1 Nr 2 iVm EG 246 § 3 Nr 5 nicht hingewiesen), verschoben den Fristbeginn aber nicht (Staud/Thüsing Rn 71).
- 19 **8) Weitergehende Informationspflichten, VI, 1.** Sie können sich aus § 312c, aus TMG 5f (Hamm NJW-RR 04, 1045), RundfunkstaatsVertr 55 (Anbieterkennzeichng) u aus der PAngV ergeben.

312h Kündigung und Vollmacht zur Kündigung. Wird zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher nach diesem Untertitel ein Dauerschuldverhältnis begründet, das ein zwischen dem Verbraucher und einem anderen Unternehmer bestehendes Dauerschuldverhältnis ersetzen soll, und wird anlässlich der Begründung des Dauerschuldverhältnisses von dem Verbraucher

1. die Kündigung des bestehenden Dauerschuldverhältnisses erklärt und der Unternehmer oder ein von ihm beauftragter Dritter zur Übermittlung der Kündigung an den bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers beauftragt oder
2. der Unternehmer oder ein von ihm beauftragter Dritter zur Erklärung der Kündigung gegenüber dem bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers bevollmächtigt,
- bedarf die Kündigung des Verbrauchers oder die Vollmacht zur Kündigung der Textform.

1) **Allgemeines.** Die Norm wurde dch G v 29. 7. 09 (BGBl I S 2413) als § 312f eingefügt u dch G v 27. 7. 11 (BGBl I S 1600) zu § 312h. Sie dient dem Schutz des Verbr vor bestimmten unseriösen Geschäftspraktiken und soll ihm deutl machen, dass er bei Widerruf des neu abgeschl Vertr an die Künd des bestehenden DauerschuldVerh gebunden bleibt. § 312h gilt für alle besond Vertriebsformen iSd §§ 312 bis 312 g. Zum Begriff des DauerschuldVerh s § 314 Rn 2.

2) **Regelungsinhalt.** Nr 1 erfasst die Fälle, in denen der Untern oder ein von ihm beauftragter Dritter die KündErkl des Verbr als Bote übermittelt. Nr 2 betrifft den Fall, dass der Untern oder ein von ihm beauftragter Dritter als Vertreter des Verbr die Künd erklären; ob der Dritte dabei als UnterBevollm des Untern oder als dessen Bote handelt, ist unerhebl. Im Falle der Nr 1 bedarf die KündErkl des Verbr, im Falle der Nr 2 die Vollm des Verbr zur Künd der Textform (s § 126b), nicht dagg die KündErkl des Untern oder dessen Beauftragg bzw Bevollmächtigg des Dritten. Die Inhaltg der Textform ist WirksamVoraussetzg für die Künd, weshalb die and VerbrPart die Vorlage der Künd oder der Vollm zur Künd verlangen kann. § 174 bleibt unberührt.

312i Abweichende Vereinbarungen. ¹ Von den Vorschriften dieses Untertitels darf, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Verbrauchers oder Kunden abgewichen werden. ² Die Vorschriften dieses Untertitels finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

1) **Allgemeines.** Die Norm, früher § 312f, wurde dch G v 29. 7. 09 (BGBl I S 2413) zu 312g u dch G v 27. 7. 11 (BGBl I S 1600) zu § 312i. Eine inhaltl Aderg ist hiermit nicht verbunden.

2) **Unabdingbarkeit, Satz 1.** Die Vorschr der §§ 312ff sind halbzwingd. Vereinbgen, die zum Nachteil des Verbr von den Vorschr des Gesetzes abweichen, sind unwirks. Abreden, die ihn begünstigen, sind wirks. Entspr Regelungen enthalten §§ 475 I, 487, 511, 651 m, 655 e. Das Verbot gilt bis zur restlosen Abwicklg des Vertr. Es erfasst auch den in Kenntn des WiderrufsR erklärten einseitl Verzicht auf dieses Recht (LG Fulda NJW-RR 87, 1460, Bülow ZIP 98, 945, str). Die Unwirksamk beschränkt sich auf die vom Gesetz abweichde Vereinbng (§ 139 Rn 18). Ein nach Zustandekommen des Vertr u Erteilg der gesetzl vorgeschriebenen Info (zB § 492 II iVm EG 247 §§ 6–13) abgeschl **Vergleich**, der in vertretb Würdigg der Sach- u RLage einen bestehenden Streit im Wege ggseit Nachgebens beilegt, ist aber wirks (ähnl MüKo/Wendehorst Rn 10, str, vgl auch BAG NJW 77, 1213, DB 85, 1949).

3) **Umgehungsverbot, Satz 2.** Entspr Vorschr enthalten §§ 306a, 475 I, 487, 511, 651 m, 655 e. Vielfach kann Umgehgsversuchen schon dch erweiternde Auslegg od analoge Anwendg des Gesetzes begegnet werden. Eine Umgehg ist zu bejahen, wenn eine vom Gesetz verbotene Regelg bei gleicher Interessenlage dch eine and rechtl Gestaltg erreicht werden soll. Es genügt das Vorliegen der objl Voraussetzgen, eine Umgehgsabsicht ist nicht erfdl. Auf Seiten des Untern muss der Wille bestehen, bei dem betr RGesch dch eine andweit Gestaltg die Anwendg einer od aller verbraucherschützden Normen zu vermeiden. Der Rahmen ist bewusst weit gesteckt. Der UmgehgsTatbestand kann sich auch aus vom Untern herbeigeführten tats Umst ergeben. Der Vertr muss vom Schutzzweck des Gesetzes erfasst werden (Staud/Thüsing Rn 15); bei HaustürGesch muss Entgeltlichk gegeben sein. Für **Vergleich** gilt Rn 2 entspr. **Beispiele** für UmgehgsGesch zu § 312, die zT auch dch analoge Anwendg der Vorschr (dort Rn 15, s auch Zerres MDR 04, 1334) erfasst werden können: Anbahng des Verkaufs von Betten im Urlaubshotel (LG Limbg NJW-RR 89, 119); Verkauf in der Hotelhalle währd des HotelAufenth (Ffm NJW 94, 1806); VertrAbschluss am Treffpkt in einer Hotelhalle, von der sich die Part in die Privatwohng des Kunden begeben wollen (Dresd NJW 95, 1164); Angebot zum Kauf von Baumaterial auf der privaten Baustelle (vgl Zweibr NJW 95, 140); Novation eines VerbrDarl; entgeltl Vertr getarnt als Beitritt zu Genossensch (BGH NJW 97, 1069, Krohn/Schäfer WM 00, 112) od Verein (Mü NJW 96, 263, and Karlsru NJW 91, 433); Vortäuschg der Verbindlichk eines Vertr (Dresd WM 07, 1065). Kein UmgehgsTatbestand ist ein VertrSchluss od die Vorbereitg eines Vertr bei einem gemeins Essen von GeschPart (BGH NJW-RR 97, 177), in GeschRäumen, die sich in unmittelb Nähe zur Wohng befinden (BGH NJW 06, 845; krit Kulke NJW 06, 2223), od am Arbeitsplatz des persönl Schu iF der Bürgschafft (BGH NJW 07, 2106).

Titel 5. Rücktritt; Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen

Untertitel 2. Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen

Vorbemerkungen

1) **Entwicklung.** Das WiderrufsR für Verbr (Einf 4a v § 145) ist in einer langwierigen u wenig gradlinigen Entwicklg zu einem zentralen Rlnstitut des SchuldR geworden. Am Anfang stand 1974 eine Novelle zum AbzG. Die Begründg von WiderrufsR für weitere Vertr ging idR auf EG-RL zurück. Ihr Schutzansatz war immer überzeugend, ihre rechtstechn Ausgestaltg teilw mangelh. Hinsichtl der Länge der Widerrufsfrist (FernAbsVertr 7 Werktag, HaustürGesch 7 Kalendertage, Time-Sharing-Vertr 10 Kalendertage), des Fristbeginns, der Ausübng u des Erlöschens des WiderrufsR u der Rfolgen des Widerrufs bestand u besteht nach den RL ein schwer dchschaub Dcheinander. Die NebenG, die zur Umsetzg dieser RL erlassen wurden (VerbrKrG, HausTWG, TzWrG, FernAbsG, s PalArch I B), waren daher in ihrer rechtstechn Qualität kaum besser.

- 2 a) Mit dem **Gesetz über Fernabsatzverträge** hat der GesetzG begonnen, das verbraucherschützende WiderrufsR in das BGB zu integrieren u, soweit die Vorgaben des GemSchR dies zulassen, zu vereinheitlichen. Vertr, für die ein verbraucherschützendes WiderrufsR besteht, sind seit der Neuregelg bis zur Ausübng des WiderrufsR wirks. Die mit der FernAbsRL (PalArch I B) unvereinb Konstruktion einer schwebden Unwirksam wurde aufgegeben u das WiderrufsR als ein besond RücktrR ausgestaltet (§ 355 Rn 3). Die ohne überzeugende SachGrde unterschiedl langen Widerrufsfrst wurden zu einer Frist von 14 Tagen vereinheitlicht (jetzt § 355 II 1).
- 3 b) Das **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts** hat die §§ 361 a, 361 b dch die §§ 355–359 ersetzt u auch die Voraussetzgen der verbraucherschützden WiderrufsR im BGB geregelt (Rn 5). Es brachten folgte **Neuerungen**: – **aa) Wertersatz**. Der Verbr muss für die dch die bestimmngsgem Ingebrauchnahme eingetretene Wertminderung u für die dch Zufall eintretende Unmöglichk der Rückgabe WertErs leisten, wenn er insow ordngsmäß belehrt worden ist (§ 357 III). – **bb) Verbundene Verträge**. §§ 358 u 359 enthalten jetzt für alle Vertr, für die ein verbraucherschützdes WiderrufsR besteht, eine einheitl Regelg. Sie fassen die bish auf das VerbrKrG, das FernAbsG u das TzWrG verstreuten Vorschr zu.
- 4 c) **Weitere Änderungen**. Das **OLG-VertrÄndG** hat die erst wenige Monate alte Regelg erneut geändert. § 355 III aF, wonach das WiderrufsR iF nicht ordngsmäß Belehrg nach 6 Monaten erlöschen sollte, wurde aufgehoben (§ 355 Rn 22). Dafür wurden die WirksamkErfordern der Belehrg gemildert u eine Nachholg der Belehrg ausdrückl gestattet (§ 355 Rn 13). Der neu eingefügte § 358 III 3 regelt ausdrückl, wann eine wirtschaftl Einh zw einem Grdsterwerb u einem ImmobilienDarl anzunehmen ist. Das **FernAbsÄndG** hat auch die Finanzdienstleistgen in die Regelg der FernAbsVertr einbezogen (Vorb 2 v § 312). Es hat im Untertitel 2 § 355 III, § 357 I u II geändert (s dort). Das **VerbrKrRL-UG** hat zum 11. 6. 10 die §§ 355–357, 359 geändert u §§ 359 a, 360 eingefügt (s dort u Vorb 2 v § 312). Dch das **VerbrKrRL-UÄndG** sind mit Wirkg vom 30. 7. 10 §§ 358 II, 359 a erneut geändert worden. Das G v 27. 7. 11 (BGBl I S 1600) hat mit Wirkg v 4. 8. 11 §§ 357 III, 358, 359 a III geändert. Die **VerbrRRL** (PalArch I B) hat HausTWRL u FernAbsRL vereinheitlicht u ist dch das **VerbrRRL-UG** mit Wirkg ab dem 13. 6. 14 umgesetzt worden; die Neufassung der §§ 355 ff ist im aktuellen Palandt kommentiert.
- 5 2) **Anwendungsbereich**. – a) **Sachlich**. Die §§ 355 ff gelten nur, wenn ein Gesetz einem Verbr (§ 13) ein WiderrufsR nach § 355 eingeräumt hat. Das ist in §§ 312, 312 d, 485, 495 u FernUSG 4 geschehen. Entspr, dch Sonderregelgen modifizierte WiderrufsR, bestehen nach VVG 8, VermAnlG 11 u KAGB 305 (bis 21. 7. 13: InvG 126). Auf Grd der VertrFreih können die Part auch für nicht unter § 355 fallde Vertr ein WiderrufsR nach dieser Vorschr vereinbaren (BGH NJW 82, 2313, Nürnberg WM 12, 650). Bei Fehlen eines gesetzl WiderrufsR begründet eine Belehrg aber nicht automat ein freies WiderrufsR (Schlesw MDR 14, 451), dies gilt idR insbes bei einer Nachbelehrg (BGH NJW 12, 1066).
- 6 b) **Zeitlich**. Die §§ 355 ff gelten für Vertr, die nach dem **31. 12. 01** abgeschl worden sind, EG 229 § 5 (s dort), die Ändergen der §§ 355 III u 357 I u II erfassen nur die nach dem **7. 12. 2004** abgeschl Vertr, EG 229 § 11 (s dort), die dch das VerbrKrRL-UG erfolgten Ändergen der §§ 355–357, 359 und Neuregelgen der §§ 359 a, 360 erfassen nur die nach dem **10. 6. 10** abgeschl Vertr, EG 229 § 22 (s dort). Für die nach dem **31. 7. 02** abgeschl Vertr gelten §§ 355 u 358 idF des OLG-VertrÄndG. Bei den vor dem 1. 1. 02 zustande gekommenen Vertr ist zu unterscheiden: – **aa)** Handelt es sich um FernAbsVertr, TeilzeitwohnRVertr u FernunterrichtsVertr, die nach dem **30. 6. 00** abgeschl worden sind, ist § 361 a aF anzuwenden (FernAbsG 6, TzWrG 11 u FernUSG 27, die EG 229 § 21 verdrängen). Für Vertr, die bis zum 30. 6. 00 abgeschl worden sind, gelten dagg die Vorschr des FernAbsG, des TzWrG u des FernUSG weiter. Sie sind, soweit das WiderrufsR mangels Belehrg noch besteht, schwebd unwirks. – **bb)** Handelt es sich um VerbrDarlVertr od Haustürgesch, ist der **1. 10. 00** der maßg Stichtag (VerbrKrG 19 u HausTWG 11); § 361 a ist anzuwenden, wenn der Vertr nach dem Stichtag zustande gekommen ist; für vorher abgeschl Vertr gelten die Vorschr des VerbrKrG u des HausTWG.

355 Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen. (1) ¹ Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt, so ist er an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat. ² Der Widerruf muss keine Begründung enthalten und ist in Textform oder durch Rücksendung der Sache innerhalb der Widerrufsfrist gegenüber dem Unternehmer zu erklären; zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung.

(2) ¹ Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage, wenn dem Verbraucher spätestens bei Vertragsschluss eine den Anforderungen des § 360 Abs. 1 entsprechende Widerrufsbelehrung in Textform mitgeteilt wird. ² Bei Fernabsatzverträgen steht eine unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilte Widerrufsbelehrung einer solchen bei Vertragsschluss gleich, wenn der Unternehmer den Verbraucher gemäß Artikel 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche unterrichtet hat. ³ Wird die Widerrufsbelehrung dem Verbraucher nach dem gemäß Satz 1 oder Satz 2 maßgeblichen Zeitpunkt mitgeteilt, beträgt die Widerrufsfrist einen Monat. ⁴ Dies gilt auch dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher über das Widerrufsrecht gemäß Artikel 246 § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche zu einem späteren als dem in Satz 1 oder Satz 2 genannten Zeitpunkt unterrichten darf.

(3) ¹ Die Widerrufsfrist beginnt, wenn dem Verbraucher eine den Anforderungen des § 360 Abs. 1 entsprechende Belehrung über sein Widerrufsrecht in Textform mitgeteilt worden ist. ² Ist der Vertrag schriftlich abzuschließen, so beginnt die Frist nicht, bevor dem Verbraucher auch eine Vertragsurkunde, der schriftliche Antrag des Verbrauchers oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Antrags zur Verfügung gestellt wird. ³ Ist der Fristbeginn streitig, so trifft die Beweislast den Unternehmer.

(4) ¹ Das Widerrufsrecht erlischt spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss. ² Diese Frist beginnt bei der Lieferung von Waren nicht vor deren Eingang beim Empfänger. ³ Abweichend von Satz 1 erlischt das Widerrufsrecht nicht, wenn der Verbraucher nicht entsprechend den Anforderungen des § 360 Abs. 1 über sein Widerrufsrecht in Textform belehrt worden ist, bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen ferner nicht, wenn der Unternehmer seine Mitteilungspflichten gemäß Artikel 246 § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 Nr. 1 bis 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

- 1) Allgemeines. – a) Fassung.** Das OLG-VertrÄndG (Vorb 4) hat § 355 II u III geändert; das FernAbsÄndG hat an III 3 einen Halbsatz angefügt (Rn 22 u 69. Aufl). Dch das VerbrKrRL-UG sind I 2, III u IV (früher II u III) redaktionell angepasst u II geändert worden (Rn 11). Zum Anwendungsbereich s Vorbem 5. 1
- b) Abdingbarkeit.** Die §§ 355 ff sind als verbraucherschützende Normen halbzwingd. Sie können dch Vertr zG des Verbr abgeändert werden (BGH NJW-RR **09**, 709, WM **14**, 1146). Abweichde Vereinbgen zG des Untern sind nur in zwei Fällen zuläss: Die **Kosten der Rücksendung** dürfen für das WiderrufsR nach § 312d I 1 bei Bestellen bis zu einem Preis der zurückzusendenden Sache von 40 Euro gem § 357 II 3 dem Verbr auferlegt werden. Das WiderrufsR kann unter den Voraussetzgen des § 356 I dch ein **Rückgaberecht** ersetzt werden. In beiden Fällen kann die Änderg auch dch AGB erfolgen. Erschweren zu Lasten des Verbr sind unzuläss, wie zB Rücksendg in Originalverpackg (Hamm NJW-RR **05**, 1582). 2
- 2) Widerrufsrecht, I Satz 1. – a) Bedeutung.** Das WiderrufsR soll vor vertragl Bindgen schützen, die der Verbr möglw übereilt, ohne gründl Abwägg des Für u Wider eingegangen ist. Grd für die Dchbrechg des Grds „pacta sunt servanda“ (Einf 4 a v § 145) ist manchmal die Situation, in der der Vertr zustande gekommen ist (Haustürgesch, FernAbsVertr), manchmal aber auch der schwierig zu dchschauende VertrGgst (VerbrDarl-Vertr, TeilzeitwohnRVertr, FernunterrichtsVertr). Soweit der VerbrSchutz dies gebietet, besteht das WiderrufsR auch bei einem nichtigen (BGH NJW **10**, 610) od gekündigten Vertr (BGH NJW **13**, 3776). Das WiderrufsR ist ein GestaltgsR (Übbl 17 v § 104); es ist seinem Inhalt nach ein besond ausgestaltetes **Rücktrittsrecht** (BGH BB **04**, 1246, Kblz NJW **06**, 919/21, MüKo/Masuch Rn 36, Staud/Kaiser Rn 24, NK/Ring Rn 16). Für eine neue dogmat Kategorie „schwebde Wirksamkeit“, von der der RegEntw zu § 361 a aF (BT-Drs 14/2658 S 47/60) spricht, besteht kein Bedürfn (Kblz aaO, BaRo/Grothe Rn 3, Überbl 32 a v § 104). Das Recht steht dem Verbr zu, iF des § 1357 auch dem mithaftden Eheg (Cebulla/Pützhoven FamRZ **96**, 1124) u iF des § 179 dem vollmlösen Vertreter (BGH NJW-RR **91**, 1079). Es ist vererbl u kann mit den Rechten u Pfl aus dem Vertr, nicht aber isoliert, übertragen werden (s § 413 Rn 5). 3
- b) Wirkung. – aa) Schwebezustand.** Die widerrufll WillensErkl des Verbr u der abgeschl Vertr sind zunächst gült. Der Verbr hat gg den Untern einen **Erfüllungsanspruch**. Der Untern kann aber in seinen AGB bestimmen, dass er erst nach Ablauf der Widerrufsfrist zu leisten braucht, § 308 Nr 1 (s dort auch zu Einschränkgen). Auch der Untern hat grdsätzl einen ErfAnspr, bei Vertr über TeilzeitwohnR mit der sich aus § 486 ergebden Einschränk. Der Kunde darf aber wg der ihm gesetzl zustehden Überleggszeit bis zum Ende der Widerrufsfrist die Leistg verweigern (NK/Ring Rn 21, aA MüKo/Masuch Rn 37, Erman/Saenger Rn 4). Ist ihm noch keine Widerrufsbelehrg erteilt worden, kann er das LeistgsVR auch auf seinen Anspr auf Aushändigg einer Belehrg stützen (Rn 16). – **bb) Die Ausübung des Widerrufsrechts** wandelt den Vertr *ex nunc* in ein AbwicklgsVerh um (§ 357). Nach **Erlöschen des Widerrufsrechts** werden die Erkl des Kunden u der Vertr endgült wirks, and Mängel des Vertr bleiben unberührt. 4
- 3) Widerruf, I Satz 2. – a) Inhalt.** Der Widerruf bedarf keiner Begründg (BGH NJW-RR **12**, 1197). Er muss den Vertr so bezeichnen, dass dieser identifiziert werden kann. Der Widerruf des DarlVertr beinhaltet idR nicht den Widerruf der SichzweckErkl (BGH ZGS **07**, 26 Tz 35, aA Kulke ZGS **07**, 10). Die Pers, die den Widerruf erklärt, muss erkennb sein. Das Wort „widerrufen“ muss nicht verwendet werden (BGH NJW **93**, 128, **96**, 1964). Es genügt eine Äußerg, aus der sich ergibt, dass der Verbr den Vertr nicht mehr gelten lassen will (BGH NJW **14**, 2022, Düss FamRZ **08**, 1252: KündErkl). Nicht ausreichend ist die insow unklare Anzeige der VerteidiggsBereitsch gem ZPO 276 I 1 (aA Karlsru NJW-RR **98**, 1438). Als GestaltgsErkl ist der Widerruf bedinggsfeindl (Einf 13 v § 158). Zuläss ist aber ein Eventualwiderruf für den Fall, dass die vom Verbr primär vorgetragene RVerteidig, etwa der Vertr sei nichtig, erfolglos bleibt (Parallele zur Eventualanfechtg, § 143 Rn 2). 5
- b) Erklärung.** Für sie bestehen nach I 2 zwei Alt: – **aa) Erklärung in Textform**, § 126 b. Neben der schriftl Erkl ist auch der Widerruf dch Fax od E-Mail zuläss, die Erkl muss aber den Anfordergen des § 126 b genügen (s dort). Die Erkl bedarf keiner Unterschrift od elektron Signatur, muss aber den Erklärdn zweifelsfrei erkennen lassen. Es genügt die Erkl zu gerichtl Prot (BGH NJW **85**, 1544) u in einem in der mündl Verhandlg dem Gericht übergebenen Schriftsatz, wenn der Untern von dessen Inhalt Kenntn erhält (BGH NJW **90**, 567). – **bb) Rücksendung** der Sache. Ist VertrGgst eine bewegl Sache, kann der Verbr den Widerruf auch dch Rücksendg erklären. Die Rückgabe steht einer Rücksendg gleich. Für den Untern muss aber erkennb sein, auf welchen Vertr sich der konkludente Widerruf bezieht (Rn 6). 6
- c) Rechtzeitigkeit. – aa) Zum Fristbeginn** s Rn 15. Der Verbr kann seine VertrErkl bereits nach Abgabe widerrufen, auch wenn der Vertr noch nicht zustande gekommen ist. Mit Ende der Widerrufsfrist erlischt das WiderrufsR. – **bb) Zur Fristwahrung** genügt die Absendg vor Fristablauf **I 2**, letzter Hs. Der Widerruf wird aber als empfangsbedürft WillensErkl gem § 130 I nur u erst wirks, wenn er dem Untern zugeht (allgM, ParallelVorschr § 121 I 2). Nur iF der Rücksendg wird der Widerruf wg der Gefahrtragg des Untern auch wirks, wenn die Sache wärd des Transports verloren geht. 7
- 4) Widerrufsfrist, II. – a) Die Regelfrist** für die Ausüb des WiderrufsR beträgt gem II 1 **14 Tage**. Die Regel vereinheitlicht die unterschiedl Fristregelgen des EU-Recht (Vorb 1). Sie macht von der in allen Verbr-SchutzRL der EG enthaltenen Option Gebrauch, die eine Ausdehng des Schutzes gestattet (Nachw Bülow/ Artz NJW **00**, 2050). Die Regelfrist gilt nur dann, wenn dem Verbr spätestens bei VertrSchluss eine ordngsgem Belehrg iSd § 360 I (s dort) in Textform (Rn 18) mitgeteilt wird. 8
- b) Bei Fernabsatzverträgen** (s § 312b I) greift gem II 2 die Regelfrist auch dann noch ein, wenn die Belehrg **unverzüglich** (§ 121) nach VertrSchluss in Textform mitgeteilt wird. Hierdurch soll bei VertrSchlüssen in Internetauktionen dem Umst Rechng getragen werden, dass der Untern erst nach VertrSchluss weiß, wer sein VertrPartner ist (BT-Drs 16/11643 S 103). Für „normale“ Internetschops (zB Download-Shopping, eBay-Sofortkauf) gilt die Ausn dagg nicht, weil der Untern hier ow vor VertrSchluss belehren kann. Der frühere Meinungsstreit zu der Frage, ob die Regelfrist auch dann gilt, wenn VertrSchluss u nachträgl Belehrg einen einheitl Vorgang bilden (s Nachw in 69. Aufl. Rn 19), ist damit erledigt. II 2 greift allerd nur ein, wenn der Untern den Verbr vor Abgabe von dessen VertrErkl gem EG 246 § 1 I Nr 10 über das Widerrufs- od RückgabeR informiert hat. Die nachträgl Belehrg ist nur dann unverzügl, dh ohne schuldh Zögern, wenn der Untern die Belehrg unmittelbar nach dem Auktionsende (Hamm NJW **12**, 1156) od spätestens am Tag nach dem VertrSchluss in Textform auf den Weg bringt (BT-Drs 16/11643 S 103, Hupka NJW **12**, 1122, aA Schirmbacher BB **09**, 1088, 9
- 10
- 11
- 12

der bei unmittelbar erfolgten Warensendungen beigelegte Belehrung für ausreichend erachtet). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, beträgt die Widerrufsfrist einen Monat (II 3).

- 13 **c) Monatsfrist.** Die Widerrufsfrist verlängert sich gem II 3 auf 1 Monat, wenn die Belehrung erst nach Vertragsschluss oder dem nach II 2 maßgeblichen Zeitpunkt (Rn 12) mitgeteilt wird. Der Unternehmer kann die versäumte oder nicht ordnungsgemäß erteilte Belehrung also **nachholen**. Für Teilzeitwohnungsverträge gelten ergänzend §§ 485, 485a. II 3 ist mit HausTWRL (PalArch I B) vereinbart (Fischer/Machunsky § 2 Rn 48, Martens VuR 08, 121, aA Tonner BKR 02, 858) und gilt nach dem klaren Wortlaut des II 3 auch für FernabsVerträge (aA Schinkels ZGS 07, 14), insbesonders auch für FernabsVerträge über Finanzdienstleistungen, auch wenn FernAbsFinDL-RL 6 eine 2-Wochen-Frist vorgibt und insoweit das Vollharmonisierungsgebot gilt (aA Domke BB 07, 341: teleologische Reduktion). Die nachgeholtete Widerrufsbelehrung muss den gesetzlichen Anforderungen entsprechen und einen deutlichen erkennbaren Bezug zu dem Vertrag aufweisen (BGH NJW-RR 11, 403, WM 11, 655). Die Nachholung ohne eine Unterschrift des Verbrauchers ist nach EG 229 § 9 II auch bei AltVerträgen zulässig, für die nach dem früheren Recht die Unterschrift wirksam Voraussetzung der Belehrung war. Die verlängerte Widerrufsfrist gilt gem II 4 auch dann, wenn das Gesetz die Information über das Widerrufsrecht in Textform zu einem späteren Zeitpunkt als dem in II 1 und 2 genannten Zeitpunkt zulässt. Dies beruht darauf, dass in der Rechtsprechung teilweise für das bisherige Recht zu Unrecht angenommen worden ist, § 357 III 1 werde in dessen Anwendungsbereich von Art 246 § 2 I 1 Nr 2 (früher § 312 c II 1 Nr 2 aF) verdrängt (s. dort).
- 14 **d) Die Widerrufsfrist kann auch vertraglich verlängert, aber nicht abgekürzt werden (Rn 2).**
- 15 **5) Fristbeginn, III.** Die Widerrufsfrist beginnt gem III 1 nur, wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine **Belehrung** in Textform übermittelt hat, die allen Anforderungen des § 360 (s. dort) entspricht und keine unzulässigen Zusätze enthält; auf die Kausalität der Fehlerhaftigkeit kommt es nicht an (BGH NJW 09, 3020). Die Frist beginnt ab Mitteilung der Belehrung in Abgabe der Verträge (Antrag, Annahme) des Verbrauchers; auf die Annahmeerklärung des Unternehmers und das Wirksamwerden des Vertrags kommt es nicht an (BGH NJW 10, 3503). Bei einem Kauf auf Probe beginnt die Frist erst, wenn der Verbraucher die Billigkeit bindend geworden ist (BGH NJW-RR 04, 1058). Die Belehrung muss auch die sondergesetzlich vorgeschriebenen weiteren Informationen enthalten (§ 360 Rn 3). Bei VerbrDarVerträgen und Teilzeitwohnungsverträgen muss dem Verbraucher wegen der Schriftformerfordernisse in §§ 492 und 484 zusätzlich zu der Belehrung auch die **Vertragsurkunde** oder eine Abschrift ausgehändigt werden (Rn 20). III 2 gilt aber nach seinem Wortlaut nur für die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform (str.; BGH NJW 14, 2022 lässt offen). § 312 d II (FernabsVerträge), § 485 a (Teilzeitwohnungsverträge) und FernUSG 4 12 machen den Fristbeginn von weiteren Voraussetzungen abhängig (s. dort). IV 2, der auf den Empfang der Ware abstellt, ist auf die Frist gem II 1 nicht anzuwenden (LG Dortmund NJW 03, 3355, aA LG Siegen NJW 07, 1826). **Fristberechnung:** §§ 187 I, 188 II 1. Alt, 193 (BGH NJW 10, 3503).
- 16 **6) Widerrufsbelehrung. – a) Rechtsanspruch.** Der Verbraucher hat einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer ordnungsgemäß erteilten Belehrung; die früher hM (BGH NJW 90, 181), die Belehrung sei nur eine Obliegenheit und keine Rechtspflicht, ist durch die veränderte Konzeption (schwebende Wirksamkeit statt schwebender Unwirksamkeit) und die gesetzlich Normierung als Rechtspflicht (zB § 312 II 1) überholt. Erteilt der Unternehmer eine Belehrung, obwohl für den Verbraucher kein gesetzlich vorgeschriebenes Widerrufsrecht besteht, wird die Unternehmung ein vertraglich rückwirkendes Recht begründet (s. Vorb 5 v § 355). Ob die Belehrung dann den Anforderungen des § 360 entsprechen muss, ist Frage der vertraglichen Vereinbarung (BGH WM 12, 1479).
- 17 **b) Inhalt.** S § 360.
- 18 **c) Form.** Die Belehrung muss in Textform (§ 126 b) erteilt werden, II 1 u III 1. Die Übermittlung durch Fax oder E-Mail ist daher zulässig, es gelten aber die Schranken des § 126 b Rn 3. Eine lediglich ins Internet gestellte Belehrung genügt nicht (BGH NJW 10, 3566, WM 14, 1146; s. auch EuGH NJW 12, 2637); ob Widerrufsbelehrung auf einer sogenannten fortgeschrittenen Webseite genügt, ist str. (BGH WM 14, 1146 lässt offen).
- 19 **d) Zeitpunkt.** Eine wirksame Belehrung setzt voraus, dass der Verbraucher seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung bereits abgegeben hat oder zumindest zeitgleich mit der Belehrung abgibt; die vorher erteilte Belehrung ist unwirksam (BGH NJW 02, 3396, Hbg NJW-RR 07, 839). Zur Nachholung s. Rn 13.
- 20 **e) Die Mitteilung** an den Verbraucher bedeutet, dass ein Exemplar der Belehrung bei ihm verbleiben muss (BGH NJW 98, 540). Nimmt der Unternehmer die Belehrung nach Aushändigung wieder an sich, beginnt die Frist erst zu laufen, wenn der Verbraucher die Belehrung dauerhaft zurückbehält (Kblz ZIP 02, 1979); dies dürfte auch dann gelten, wenn der Vermittler die Belehrung an sich nimmt (zweifelhafte daher Ffm BKR 12, 243). Hat der Unternehmer die Belehrung elektronisch übermittelt (E-Mail), genügt eine Aufforderung des Unternehmers an den Verbraucher, die Belehrung auszudrucken oder elektronisch zu speichern; nicht erforderlich ist, dass es wirklich zu einem Download kommt (s. § 126 b Rn 3). Bei VerbrDarVerträgen und Teilzeitwohnungsverträgen muss dem Verbraucher wegen der Schriftformerfordernisse in §§ 492 und 484 zusätzlich zu der Belehrung auch die **Vertragsurkunde** oder eine Abschrift ausgehändigt werden, **III 2**. Gleichgestellt ist die Aushändigung des Antrags des Verbrauchers, vorausgesetzt er enthält alle Vertragsbedingungen.
- 21 **7) Erlöschen des Widerrufsrechts, IV. – a) Fassung des SMG.** Das Widerrufsrecht sollte nach III aF auch bei Fehlen einer ordnungsgemäß erteilten Belehrung 6 Monate nach Vertragsschluss erlöschen. Die Vorschrift verstieß, soweit sie Haustürgeschäften betraf, gegen Gemeinschaftsrecht (EuGH NJW 02, 281). III aF war und ist wegen dieses Verstoßes für AltVerträge richterlich konform dahin auszulegen, dass er für Haustürgeschäfte nicht gilt (s. BGH NJW 02, 1881, NJW-RR 05, 180 u § 312 a Rn 1 mwN). Haustürgeschäfte können auch nach Ablauf der 6-Monatsfrist widerrufen werden (BGH aaO). Das gilt trotz § 312 a aF auch dann, wenn ein Immobiliendarlehen als Haustürgeschäft abgeschlossen worden ist (BGH aaO).
- 22 **b) Geltende Fassung.** Die Kernaussage der mehrfach geänderten Vorschrift (Rn 1) enthält IV 3: Das Widerrufsrecht erlischt trotz Ablauf der 6-Monatsfrist nicht, wenn der Verbraucher nicht oder nicht ordnungsgemäß belehrt worden ist (§ 360); nach IV 3 letzter Satz gilt das Gleiche, wenn der Unternehmer bei FernabsVerträgen über Finanzdienstleistungen seine Mitteilungspflicht aus EG 246 § 2 (s. dort) nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. Dass bloßer Zeitablauf bei Fehlen einer Belehrung nicht zum Wegfall des Widerrufsrechts führt, entspricht, soweit die Regelung Haustürgeschäften betrifft, zwingenden Vorgaben des Gemeinschaftsrechts (EuGH NJW 02, 281, BGH NJW 02, 1881); sie gilt aber für alle Widerrufsrechte. Zur Verwirrung s. § 242 Rn 107. Die 6-Monatsfrist des IV 1, die mit Zugang der Vertragsannahme beginnt (MüKo/Masuch Rn 64), hat nur marginale Bedeutung. Sie gilt, wenn der Unternehmer zwar ordnungsgemäß belehrt und die Anforderungen des EG 246 § 2 erfüllt hat, er aber zusätzlich Informationspflicht verletzt hat, deren Erfüllung Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist ist (§ 312 d II: FernabsVerträge; § 485 a II–IV: Teilzeitwohnungsverträge; FernUSG § 4 12). Bei Sukzessivlieferungsverträgen ist für S 2 (Erlöschenfrist) die letzte Lieferung maßgebend. Wird der Verbraucher nachträglich belehrt (II 3), endet die Widerrufsfrist einen Monat nach Belehrung (Martins/Meinhof MDR 04, 4/12, Domke BB 05, 228); IV 1 ist nicht anwendbar.

8) Beweislast, III Satz 3. Der Untern trägt die Beweislast für alle Tats, aus denen er die Nichteinhaltg der Widerrufsfrist herleiten will, insbes für die Belehrg, ihre Ordngsmäßigk, ihren Ztpkt, ihre Mitteilg. Es ist daher ratsam, dass sich der Untern den Empfang vom Verbr bestätigen lässt. Der Verbr hat Inhalt, Absendg u Zugang des Widerrufs zu beweisen. Jede Part trifft die Beweislast für den Inhalt der von ihr abgegebenen Erkl.

356 Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen. (1)¹ Das Widerrufsrecht nach § 355 kann, soweit dies ausdrücklich durch Gesetz zugelassen ist, beim Vertragsschluss auf Grund eines Verkaufsprospekts im Vertrag durch ein uneingeschränktes Rückgaberecht ersetzt werden.² Voraussetzung ist, dass

1. im Verkaufsprospekt eine den Anforderungen des § 360 Abs. 2 entsprechende Belehrung über das Rückgaberecht enthalten ist und
2. der Verbraucher den Verkaufsprospekt in Abwesenheit des Unternehmers eingehend zur Kenntnis nehmen konnte.

(2)¹ Das Rückgaberecht kann innerhalb der Widerrufsfrist, die jedoch nicht vor Erhalt der Sache beginnt, und nur durch Rücksendung der Sache oder, wenn die Sache nicht als Paket versandt werden kann, durch Rücknahmeverlangen ausgeübt werden.² Im Übrigen sind die Vorschriften über das Widerrufsrecht entsprechend anzuwenden.³ An die Stelle von § 360 Abs. 1 tritt § 360 Abs. 2.

1) Allgemeines. Das in § 356 (früherer § 361 a) geregelte RückgabeR kann and als das WiderrufsR grdsätzl nur dch Rücksendg der Ware ausgeübt werden. § 356 ist dch den 14. ErwGrd der FernAbsRL (PalArch I B) gedeckt. Der Nachteil wird aufgewogen dch die ggü der RL längere Frist (14 statt 7 Tage) u die Vorschr, dass die Rücksendg auf jeden Fall auf Kosten u Gefahr des Untern erfolgt. Zur *Abdingbarkeit* u zum zeitl *Anwendungsbereich* gelten § 355 Rn 2 u Vorb 5 v § 355 entspr. Das VerbrKrRL-UG hat I 2 u II 2, 3 geändert (s Rn 7–9).

2) Voraussetzungen. – a) Gesetzliche Zulassung. Zugelassen ist das RückgabeR als Ersatz des WiderrufsR für HaustürGesch im § 312 I 2 u für FernAbsVertr im § 312 d I 2, bei HaustürGesch allerd nur, wenn eine ständ Verbindg aufrecht erhalten werden soll.

b) Verkaufsprospekt. Der Vertr muss aGrd eines Verkaufsprospekts abgeschl werden. Das sind Kataloge, Postwurfsendgen, Disketten, aber auch Internetkataloge (MüKo/Masuch Rn 12) u uU Inserate, soweit sie alle erfdl Angaben enthalten. – **aa) Rechtsnatur.** Der Verkaufsprospekt ist eine *invitatio ad offerendum* (§ 145 Rn 2), ausnahmsw, wenn ein entspr Bindgswille des Untern erkennb ist, ein VertrAntrag. – **bb) Belehrung, I Satz 2 Nr 1.** Der Prospekt muss eine den Anfordergen des § 360 II entspr Belehrg über das RückgabeR enthalten (s dort). Der Untern kann die Belehrg nachholen (§ 355 Rn 13) u für sie das Muster der Anlage 2 zu EG 246 § 2 (s dort) verwenden. – **cc) Möglichkeit eingehender Kenntnisnahme, I Satz 2 Nr 2.** Der Verbr muss vor Abgabe seines VertrAngebots (uU der Annahmeerkl) ausreichend Zeit haben, vom Prospekt in Abwesenh des Untern eingehd Kenntn zu nehmen. Eine Festlegg auf eine bestimmte Zeitspanne (24 Stunden werden vorgeschlagen) ist nicht mögl. Nicht erfdl ist, dass der Verbr vom Prospekt tats Kenntn nimmt u ihn nicht versteht.

c) Einbeziehung in den Vertrag. Das RückgabeR muss wirks in den Vertr einbezogen werden. Da es um Vertr unter Verwendg von AGB geht, gilt grdsätzl § 305 II. Das RückgabeR wird aber nur dann VertrInhalt, wenn auch insow die Erfordern des I 2 Nr 1 u 2 eingehalten worden sind. Andfalls wird das RückgabeR nicht VertrBestandteil, der Vertr bleibt aber iU wirks (§ 306). Das Erfordern einer besond Dokumentation in Textform – wie früher nach I 2 Nr 3 aF – ist aufgrd des VerbrKrRL-UG seit dem 11. 6. 10 ersatzlos entfallen; der GesetzG wollte hierdch einen Gleichlauf zw Widerrufs- u RückgabeR erreichen (BT-Drs 16/11643 S 105).

3) Ausübung des Rückgaberechts. – a) Rücksendung. Bei Sachen, die dch Postpaket versandt werden können, kann der Verbr sein RückgabeR nur dch Rücksendg ausüben. Äußert er nur ein Rücknahmeverlangen, bleibt der Vertr wirks. Die Kosten u die Gefahr der Rücksendg trägt der Untern (§ 357 II 2). Bei Unmöglichk der Rückgabe kann der Verbr den Vertr widerrufen, muss aber in der WiderrufsErkl auf die Unmöglichk der Rückgabe hinweisen (Otte/Kapitza ZGS 04, 54)

b) Rücknahmeverlangen. Es ist nur zuläss bei Sachen, die nicht als Postpaket versandt werden können (mehr als 20 kg) u bei sonst Leistgen, soweit für diese bei HaustürGesch nach § 312 I 2 ein RückgabeR vereinbart worden ist. Das Rücknahmeverlangen muss gem II 2 iVm § 355 I 2 in Textform erklärt werden u bedarf keiner Begründg. § 355 Rn 6 ff gelten entspr.

c) Frist. Für die Rückgabefrist gelten § 355 Rn 11 ff entspr. Sie beginnt nicht, bevor dem Verbr – was aus II 3 iVm II 2 iVm § 355 III 1 folgt – eine den Anfordergen des § 360 II entspr Belehrg über sein RückgabeR in Textform mitgeteilt worden ist, jedoch nicht vor Erhalt der Sache (II 1) u bei and Leistgen (Rn 8) nicht vor Empfang. Zur Fristwahrh genügt rechtzeitig Absendg, II 2 iVm § 355 I 2. Zu § 355 IV s dort Rn 22.

357 Rechtsfolgen des Widerrufs und der Rückgabe. (1)¹ Auf das Widerrufs- und das Rückgaberecht finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt entsprechende Anwendung.² § 286 Abs. 3 gilt für die Verpflichtung zur Erstattung von Zahlungen nach dieser Vorschrift entsprechend; die dort bestimmte Frist beginnt mit der Widerrufs- oder Rückgabeerklärung des Verbrauchers.³ Dabei beginnt die Frist im Hinblick auf eine Erstattungsverpflichtung des Verbrauchers mit Abgabe dieser Erklärung, im Hinblick auf eine Erstattungsverpflichtung des Unternehmers mit deren Zugang.

(2)¹ Der Verbraucher ist bei Ausübung des Widerrufsrechts zur Rücksendung verpflichtet, wenn die Sache durch Paket versandt werden kann.² Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt bei Widerruf und Rückgabe der Unternehmer.³ Wenn ein Widerrufsrecht nach § 312 d Abs. 1 Satz 1 besteht, dürfen dem Verbraucher die regelmäßigen Kosten der Rücksendung vertraglich auferlegt werden, wenn der Preis der zurückzusendenden Sache einen Betrag von 40 Euro nicht übersteigt oder wenn bei einem höheren Preis der Verbraucher die Gegenleistung oder eine Teilzahlung zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht erbracht hat, es sei denn, dass die gelieferte Ware nicht der bestellten entspricht.

(3) ¹ Der Verbraucher hat abweichend von § 346 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 Wertersatz für eine Verschlechterung der Sache zu leisten,

1. soweit die Verschlechterung auf einen Umgang mit der Sache zurückzuführen ist, der über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, und
2. wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist.

² Bei Fernabsatzverträgen steht ein unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilter Hinweis einem solchen bei Vertragsschluss gleich, wenn der Unternehmer den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise über die Wertersatzpflicht unterrichtet hat. ³ § 346 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 ist nicht anzuwenden, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hat.

(4) Weitergehende Ansprüche bestehen nicht.

- 1 **1) Allgemeines. – a) Fassung.** Im § 357 (frühere §§ 361 a u 361 b II 2) hat das FernAbsÄndG (Vorb 2 v § 312) I 2 (Rn 4 b) u II 3 (Rn 6) neugefasst; neu eingefügt wurde I 3 (Rn 4 b). Dch das VerbrKrRL-UG ist III 2 neu eingefügt worden (s Rn 10); die bish S 2 u 3 wurden zu S 3 u 4. Dch G v 27. 7. 11 ist III geändert worden (s Vorb 2 v § 312).
- 2 **b) Bedeutung.** Dch den Widerruf wandelt sich der zunächst wirks Vertr mit Wirkg *ex nunc* in ein RückabwicklungsVerh um (Kblz NJW **06**, 919/21). Die beiderseit Leistgen sind nach §§ 346 ff zurückzugewähren. Nach seinen Voraussetzgen u R Folgen ist das WiderrufsR ein besond ausgestaltetes gesetzl RücktrR (§ 355 Rn 3). Für die Haftg des WiderrufsBerecht gelten strengere Grds als für den gesetzl zum Rücktr Berecht (Rn 9 u 12).
- 3 **c) Belehrung.** Der Untern muss den Verbr über die R Folgen der Ausüb des WiderrufsR belehren; s § 312 II (HaustürGesch), § 312 c I iVm EG 246 § 2 I iVm § 1 I Nr 10 (FernAbsVertr), § 482 a (TeilzeitwohnRVertr). Die Haftg für den dch die Ingebrauchnahme eintretenden Wertverlust setzt voraus, dass der Verbr insow einen Hinw gem EG 246 § 2 I iVm § 1 I Nr 10 erhalten hat.
- 4 **2) Rückgewähr der Leistungen. – a) Allgemeines.** Auf das Widerrufs- u RückgabeR finden grdsätzl die für das **gesetzliche Rücktrittsrecht** geltenden Vorsch Anwendg, I. Die Pfl zur Rückgewähr der empfangenen Leistgen u Herausg der gezogenen Nutzgen ergibt sich daher aus § 346 (s dort). Dieser Pfl steht bei einem VorVertr über die Zeichung von Aktien AktG 57 nicht entgg (LG Schwerin NZG **04**, 876). Bei einer dualen Vertriebsstruktur kann der Verbr die Ware auch im LadenGesch des Untern zurückgeben (Klocke VuR **13**, 377). Der Widerruf verpfl den DarlN nach der Rspr des BGH zur sofort Rückzahlg u marktüb Verzinssg des Darl (NJW **03**, 422, **06**, 2099). Das gilt grdsätzl auch dann, wenn die Valuta nicht an ihn, sond auf seine wirks Weisg an einen Dritten ausgezahlt worden ist (BGH aaO, ZIP **06**, 846); and aber, wenn der DarlN das Darl nicht empfangen hat od der DarlVertr u der Vertr. der RGrd der Zahlg an den Dritten war, ein verbundenes Gesch iSd § 358 bilden (BGH NJW **04**, 2731/33, **06**, 1788). Ist dch den widerrufenen DarlVertr ein and DarlVertr abgelöst worden, hat der DarlN die NettoDarlValuta zurückzugewähren; er kann nicht Wiederbegründg des alten DarlVertr verlangen. Soweit der EuGH (NJW **05**, 3551, 3555) insbes für die sog **Schrottimobilienfälle** darauf hingewiesen hat, dass das nationale Recht nach HausTWRL 8 auch einen weitergehenden VerbrSchutz vorsehen kann, ist der BGH dem nicht gefolgt (BGH NJW **06**, 2099). Ist der Verbr nicht od nicht ordngsgem über sein WiderrufsR belehrt worden, kann ihm ein SchadErsAnspr aus c. i. c. zustehen (s § 312 Rn 32; einschränkd Lippe/Voigt BB **10**, 3042). Außerdem kann der Anleger iF eines institutionalisierten ZusWirkens des DarlG mit dem Verkäufer, Vermittler od Initiator des Objekts gg den DarlG einen Anspr wg AufklPflVerletzg infolge konkreten Wissensvorsprungs haben (s § 280 Rn 59 f). Zur etwaigen Amtshaftg s § 839 Rn 5 ff.
- 4a **b) Gesellschaftsbeteiligung.** Kann der Verbr den Beitritt zu einer Gesellsch widerrufen, gelten für die Anpr des Verbr die Grds der **fehlerhaften Gesellschaft** (BGH NJW **10**, 3096, § 705 Rn 19 b); dies gilt auch für eine typische wie auch für eine atypische stille Gesellsch (Publikumsgesellsch), an der die Anleger teilw als Kommanditisten u teilw als stille Gesellsch beteiligt sind (BGH NJW-RR **05**, 627). Er kann nach Künd (nur) das Auseinandersetzungsguthaben nach dem WertVerh im Ztpkt der Künd verlangen (BGH NJW **03**, 2821, NJW-RR **12**, 1197), das uÜ auch negativ sein könnte. Die HausTWRL steht nicht entgg (EuGH NJW **10**, 1511). Daher bestehen auch aus Grden des VerbrSchutzes keine Bedenken gg eine NachschussPfl (BGH NJW **10**, 3096), einen RückgriffsAnspr der and Gesellschafter (aA Hammen WM **08**, 233) u eine Außenhaftg (KG ZIP **08**, 882). Handelt es sich um ein verbundenes Gesch, gilt aber § 358 Rn 22. Hat der stille Gesellschafter gg den Inhaber des HandelsGesch iSd HGB 230 einen SchadErsAnspr auf Rückgewähr der Einlage wg Beratsverschulden od Prospekthaftg, wird sein Anspr iF einer zweigliedrigen Gesellsch nicht dch die Grds der fehlerh Gesellsch beschränkt (BGH NJW **05**, 1784, NJW-RR **05**, 627, **06**, 178); iF einer mehrgliedrigen Gesellsch ist der Anspr dagg auf ein etwaiges Abfindungsguthaben begrenzt u kann je nach Vermögenslage der Gesellsch erhöht werden (BGH WM **13**, 2309). Verletzt der DarlG seine Pfl zur Belehrg über das WiderrufsR, gilt Rn 4.
- 4b **c) Anwendung des § 286 III.** Nach I 2 iVm § 286 III kommt der Untern mit der Pfl zur Entgeltrückzahlg 30 Tage nach Zugang der WiderrufsErkl ohne Mahng in Verzug. Seit der Änderg dch das FernAbsÄndG (Rn 1) gilt I 2 auch zu Lasten des Verbr, soweit er Zahlgen zu erstatten hat. Für ihn beginnt die 30-Tages-Frist bereits mit Abgabe der WiderrufsErkl, I 3. Auf and als ZahlgsAnspr ist I 2 nicht anzuwenden.
- 5 **d) Der Verbr hat die an ihn geleistete Sache an den Untern zurückzusenden,** wenn die Sache dch Paket versandt werden kann, II. Der Untern trägt die Gefahr der Rücksendg, dh der Verbr wird auch bei Untergang od Verschlechtere der Sache von seiner RückgewährPfl frei. Auch die Kosten fallen dem Untern zur Last. Der Verbr hat keinen VorschussAnspr (Hansen ZGS **06**, 19; aA Bülow/Artz NJW **00**, 2049/52), kann aber per Nachnahme zurücksenden. Es handelt sich um eine Schickschuld, die den ErfOrt (§ 269 Rn 16) nicht verändert. Ist die Rücksendg als Paket nicht mögl, genügt das Rücknahmeverlangen des Verbr. Aus der Schick- wird eine Holschuld. Der Untern kommt dch das Rücknahmeverlangen gem § 295 in Annahmeverzug. Der Verbr haftet gem § 300 nur noch für Vorsatz u grobe Fahrllk; er muss aber eine geeignete Verpackg verwenden (Becker/Föhlisch NJW **05**, 3377/80). Zur Rückabwicklg eines **Darlehens** s Rn 4.

- e) Bei FernAbsVertr können bei einem Preis der zurückzusendenden Sache **bis zu einem Betrag von 40 Euro** die *regelmäßigen* Kosten der Rücksendung vertraglich dem Verbr auferlegt werden, II 3. Es genügt eine dem entspr Klausel in den AGB des Untern (Brdbg NJW-RR 11, 481); ein bloßer Hinweis in der Widerrufsbelehrung reicht aber nicht (Hamm NJW-RR 10, 1193). Voraussetzung ist aber, dass ein WiderrufsR gem § 312d I 1 besteht; hat der Verbr gem § 356 ein RückgabeR, muss der Untern auf jeden Fall die Kosten der Rücksendung tragen. Der *Bruttopreis* darf nicht höher sein als 40 Euro. Auch bei der Bestellg mehrerer Sachen kommt es nur auf den Preis der zurückzusendenden Sache an; denn die Regelg soll nicht nur die Zahl der nicht ernsthaft Bestellte zurückdrängen, sondern ebenso die missbräuchlich Bestellte einer Mehrzahl von Waren, von denen nur eine gekauft wird (Hansen ZGS 06, 19). Abgewälzt werden können nur regelmäßige Kosten. Mehrkosten durch Änderung der gewerblich Niederlassung oder durch Einschaltung aufwendiger Abholdienste gehen zu Lasten des Untern. Ist dem Verbr eine mangelhafte Sache oder ein *aliud* geliefert worden, ist der Verbr nicht zur Tragung der Kosten verpflichtet, II 3 letzter Hs. Eine Rücksendepflicht entfällt, weil der Wohnsitz des Verbrs der Ort für die Rückgewährpflicht ist (§ 269 Rn 16). – Bei einem **Preis der Sache über 40 Euro** gilt Rn 6 entspr, wenn der Verbr im Zeitpunkt des Widerrufs weder die Gegenleistung noch eine Teilzahlung erbracht hat. Insoweit kommt es auf die Vornahme der Leistungshandlung (Erteilg des ÜberweisungsAuftrags) an, nicht auf den Eintritt des Leistungserfolgs (Gutschrift auf Konto des Untern).
- f) **Nutzungen, Verwendungen.** Der Verbr hat gezogene Nutzungen herauszugeben oder, wenn dies, wie idR, nicht möglich ist, nach Maßgabe von III (Woitkewitsch/Pfitzer MDR 07, 61/66, str) Wertersatz zu leisten, I iVm § 346 I u II (s unten Rn 12). Für nicht gezogene Nutzungen u Verwendungen gilt § 347 (s dort); das Privileg des § 347 I 2 ist auch auf den WiderrufsBerechtigten anzuwenden. Beim FernAbsVertr besteht allerdings kein Anspruch auf Nutzungsersatz, wenn der Verbr die Ware in einer Weise genutzt hat, die zur zweckdienlichen Ausübung des WiderrufsR erforderlich war (EuGH NJW 09, 3015; s Rn 9). Bei TeilzeitwohnRVertr besteht nach der Sonderregelg in § 485 II 3 für Nutzungen u geleistete Dienste keine Vergütungspflicht.
- 3) **Verpflichtung zum Wertersatz, III.** Auf die Verpflichtung des Verbr zum Wertersatz ist nach I 1 grundsätzlich der für das gesetzlich RücktrittR geltende § 346 II u III anzuwenden. III sieht aber zwei Abweichungen vor:
- a) **Übermäßige Nutzung der Sache, III 1 u 2. – aa) Prüfungsrecht, Nr 1.** Doch die Nutzung der Sache kann vor allem bei Pkw oder Kleidung eine erhebliche Wertminderung eintreten (bei Pkw bis zu 20%, s BT-Drs 14/6040 S 199). Der Verbr muss aber das Recht haben, die Sache zu prüfen. Dieses Recht hat daher vor I 1 den Vorrang. Verschlechterungen, die allein auf die Prüfung der Sache zurückzuführen sind, begründen keine Wertersatzpflicht. III 1 u 2 gelten auch für den Untergang. Nach III 1, der eine Ausnahme von § 346 II 1 Nr 3 Hs 2 ist (weitergehend Bartholomäus NJW 12, 1761) u vor allem die Beweislast regelt, hat der Verbr Wertersatz nur bei einer übermäßigen Nutzung, also bei einer über eine bloße Prüfung hinausgehenden bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme u bei einer nicht bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme, zu leisten (hierzu s § 312e Rn 3). Ein Wertersatzanspruch besteht auch dann, wenn die Verschlechterung auf einem nur unerheblichen Gebrauch der Sache beruht u dieser zur Prüfung der Sache nicht erforderlich war.
- bb) **Belehrung, Nr 2.** Sie ist Voraussetzung für die Wertersatzpflicht. Der Verbr muss deutlich u unmissverständlich darüber informiert werden, dass er infolge des Widerrufs die durch die übermäßige Nutzung entstandene Verschlechterung zu ersetzen hat. Das Gesetz legt für die Belehrung keine inhaltlichen Anforderungen fest. Aus ihrem Warnzweck ergibt sich aber, dass auf die Rechtsfolge einer übermäßigen Nutzung u den voraussichtlichen Umfang der allein dadurch eintretenden Wertminderung hingewiesen werden muss. And als nach III 1 aF muss der Verbr nicht darüber informiert werden, wie er die drohende Wertminderung vermeiden kann; eine Belehrung, die Sache nicht wie ein Eigentümer in Gebrauch zu nehmen, ist daher nicht fehlerhaft (Brdbg GRUR-RR 13, 511). Für die Fassung der Belehrung enthält die Anlage 1 zu EG 246 § 2 (s dort) ein Muster. Verwendet der Untern diesen Text, genügt die Belehrung den gesetzlichen Anforderungen, obwohl die karge, nicht auf das konkrete Vertragsobjekt abstellende Formulierung schwerlich ausreichend informiert. Die Belehrung muss spätestens bei Vertragschluss in Textform (§ 126b), also schriftlich od auf einem andauernden Datenträger, erfolgen. Bei **Fernabsatzverträgen** geht III 1 § 312c I iVm EG 246 § 2 I 1 Nr 2 vor (s dort Rn 9). Zudem genügt es nach III 2, wenn der Hinweis *unverzüglich* (§ 121) nach Vertragschluss in Textform mitgeteilt wird u der Untern dem Verbr rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung über die Wertersatzpflicht informiert hat. Der durch das VerbraucherRL-UG eingefügte S 2 ist § 355 II 2 nachgebildet u soll FernAbsVertr bei einer Internetauktion mit solchen bei einem „normalen“ Internetshop rechtlich gleichbehandeln (s § 355 Rn 12).
- cc) **Beweislast.** Der Untern muss die eingetretene Verschlechterung, die übermäßige Nutzung als Ursache der Verschlechterung u die ordnungsgemäße Belehrung beweisen.
- b) **Verschlechterung und Untergang, III Satz 3.** Für sie besteht nach I 1 iVm § 346 II 1 Nr 3 grundsätzlich eine schuldunabhängige Wertersatzpflicht. Trotz der grundsätzlichen Gleichstellung von gesetzlich RücktrittR u WiderrufsR findet von den in § 346 III 1 angeführten Ausschlussgründen die Nr 3 auf den WiderrufsBerechtigten keine Anwendung. Der Verbr muss auch dann Wertersatz leisten, wenn er die Verschlechterung oder den Untergang durch einfache Fahrlässigkeit verursacht hat oder wenn sie durch Zufall eingetreten ist (KG GRUR-RR 08, 129, aA Schinkels ZGS 05, 179/83). Voraussetzung ist aber, dass der Verbr über sein WiderrufsR ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon andweit, zB durch eine formell nicht ordnungsgemäße Belehrung, Kenntnis erlangt hat. Tritt die Verschlechterung infolge der Prüfung der Sache nach III 1 Nr 1 ein, besteht kein Anspruch auf Wertersatz. Der Untern trägt für alle Voraussetzungen des Anspruchs auf Wertersatz die **Beweislast**.
- c) **Kein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht.** Die Neuregelung von III verstößt nicht gegen die FernAbsRL (s MüKo/Masuch Rn 8, Mörsdorf JZ 10, 232; BGH NJW 11, 56 lässt offen; zur aF s NK/Ring Rn 93). FernAbsRL 6 II legt fest, dass dem Verbr infolge eines Widerrufs keine weiteren *Kosten* auferlegt werden dürfen als die der unmittelbaren Rücksendung. In III geht es aber nicht um die infolge des Widerrufs entstehenden Kosten, sondern um die Rückabwicklung von Vorteilen u Schäden, die durch die vorhergehende Nutzung entstanden sind. Ein Anspruch auf Nutzungs- u Wertersatz besteht daher nicht, wenn der Verbr von seinem Prüfer nach III 1 Nr 1 Gebrauch gemacht hat; eine darüber hinausgehende Nutzung od darauf beruhende Verschlechterung der Sache ist zu ersetzen. Zur VerbraucherGRRL s § 439 Rn 25.
- 4) **Ermittlung des Wertersatzes.** § 346 Rn 10 gilt entspr. Infolge des wirksamen Widerrufs hat der Untern keinen Anspruch mehr auf den mit dem Vertrag erstrebten Gewinn. Maßgeblich ist nicht das vertraglich Entgelt, sondern der objektive Wert der Unternleistung, soweit dieser das vertraglich Entgelt nicht übersteigt (BGH NJW 10, 2868, 12, 3428, 14, 1655, NJW-RR 13, 885). Bei Dienstleistungen ist dabei auf die üblich bzw angemessen Vergütung abzustellen (BGH aaO). Wenn keine geeigneteren Schätzungsgrundlagen zur Verfügung stehen, kann die Nutzungsvergütung nach den Grundsätzen des § 346 Rn 10 ermittelt werden. Bei einem Maklervertrag wird der Wertersatz nicht durch die Kündigung des Hauptvertrags ausgeschlossen (BGH NJW 12, 3428).

5) Weitergehende Ansprüche, IV. Weitergehende Anspr aus der Rückabwicklg des Vertr, etwa aus §§ 280, 823 od 812, schließt IV aus. Unberührt bleiben aber SchadErsAnspr des Verbr aus Vertr, c. i. c. u Delikt, die sich unabhängig vom WiderrufsR aus dem Verhalten des Untern u seiner HilfsPers bei VertrSchluss ergeben (MüKo/Masuch Rn 66).

358 Verbundene Verträge. (1) Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung durch einen Unternehmer gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Vertrag verbundenen Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden.

(2) Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung auf Grund des § 495 Absatz 1 wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Verbraucherdarlehensvertrag verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden.

(3) ¹ Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Darlehensvertrag gemäß Absatz 1 oder 2 sind verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. ² Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Falle der Finanzierung durch einen Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient. ³ Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts ist eine wirtschaftliche Einheit nur anzunehmen, wenn der Darlehensgeber selbst das Grundstück oder das grundstücksgleiche Recht verschafft oder wenn er über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinaus den Erwerb des Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts durch Zusammenwirken mit dem Unternehmer fördert, indem er sich dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu Eigen macht, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernimmt oder den Veräußerer einseitig begünstigt.

(4) ¹ § 357 gilt für den verbundenen Vertrag entsprechend; § 312 e gilt entsprechend, wenn für den verbundenen Vertrag ein Widerrufsrecht gemäß § 312 d besteht oder bestand. ² Im Falle des Absatzes 1 sind jedoch Ansprüche auf Zahlung von Zinsen und Kosten aus der Rückabwicklung des Darlehensvertrags gegen den Verbraucher ausgeschlossen. ³ Der Darlehensgeber tritt im Verhältnis zum Verbraucher hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe in die Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem verbundenen Vertrag ein, wenn das Darlehen dem Unternehmer bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist.

(5) Die erforderliche Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht muss auf die Rechtsfolgen nach den Absätzen 1 und 2 hinweisen.

- 1 **1) Allgemeines.** §§ 358 u 359 (frühere VerbrKrG 9, FernAbsG 4 u TzWrG 6) sollen den Verbr vor Risiken schützen, die ihm dch die Aufspaltg eines wirtschaftl einheitl Vertr in ein BarGesch u einen damit verbundenen DarlVertr drohen. § 358 I erstreckt das für den LieferVertr geltde WiderrufsR daher auch auf den DarlVertr, § 358 II umgekehrt das für das Darl geltde WiderrufsR auf den LieferVertr. Der in § 359 geregelte Einwendgs-Dchgriff gestattet dem Verbr, Einwendgen, die sich aus dem Liefer- od dem FinanziersVertr ergeben, auch den Anspr aus dem verbundenen Vertr entgzuhalten. Die in §§ 358 u 359 geregelten Rechte stehen dem Verbr nur zu, wenn beide Vertr iSd III eine Einh bilden. Typw handelt es sich um **Dreipersonenverhältnisse**: Verbr, Verkäufer/Werk(Dienst)LeistgsErbringer (Untern), DarlG. Die Vorschr sind aber auch anwendb, wenn Untern u DarlG ident sind. § 358 dient der **Umsetzung** der FernAbsRL 6 IV (PalArch I B), der FinDL-RL 6 VII (PalArch I B) u der TeilzeitnutzgsR-RL 2004 7 (PalArch I B), § 359 der Umsetzg des Art 11 II 1 VerbrKrRL 1986 (PalArch I B). Soweit §§ 358 u 359 auch and verbundene Vertr einbeziehen, bestehen keine europarechtl Vorgaben, eine Pfl zur richtlkonformen Auslegg kann sich aber aus Einl 44 v § 1 ergeben. Ausdehngen u Einschränkngen des Anwendungsbereichs der §§ 358, 359 ergeben sich aus § 359 a (s dort). Dch das VerbrKrRL-UÄndG sind § 358 II S 2 u 3 mit Wirkg v 30. 7. 10 aufgehoben worden (s Rn 8). Dch G v 27. 7. 11 (BGBl I S 1600) sind I–V (zT nur redaktionell) dahin geändert worden, dass statt des VerbrDarlVertr iSd § 491 jeder mit einem Verbr abgeschl DarlVertr erfasst wird (s Vorb 2 v § 312).
- 2 **2) Widerruf des Liefervertrags, I. – a) Voraussetzungen.** I ist anwendb, wenn für einen KaufVertr über eine Ware od einen Vertr über die Erbringng einer and Leistg ein WiderrufsR nach § 312 (HaustürGesch), § 312 d (FernAbsVertr), § 485 (TeilzeitwohnRVertr) od FernUSG 4 besteht u dieser Vertr eine wirtschaftl Einh mit einem DarlVertr bildet. DarlVertr ist nicht nur der VerbrDarlVertr iSd § 491, sond jeder mit einem Verbr abgeschl DarlVertr. Ein Vertr über die Erbringng einer „and Leistg“ ist auch der GrdstKaufVertr (arg III 3) u der Erwerb einer gesellschrechtl Beteiligg (Rn 7). Gleichgült ist, ob die Finanzierng in den LieferVertr integriert ist od getrennt vereinbart wird. Unerhebl ist auch, ob sie sich auf die ganze od einen Teil der Vergütg bezieht. Erfolgt die Finanzierng nicht dch einen DarlVertr, ist I unanwendb.
- 3 **b) Erweiterte Belehrung, V.** Es gilt § 360 I (dort Rn 2ff). Der Untern muss nach V zusätzl in der vorgeschriebenen Weise (§ 360 I) darüber belehren, dass der Widerruf des LieferVertr auch zur Rückabwicklg des DarlVertr führt.
- 4 **3) Widerruf des Darlehensvertrags, II.** In II wird das WiderrufsR, das dem DarlN gem § 495 zusteht, auf den verbundenen Vertr über die Lieferng einer Ware od die Erbringng einer and Leistg erstreckt. Obwohl das im Gesetzestext nicht ausdrückl gesagt wird, ist Voraussetzung, dass auch der verbundene Vertr mit einem Untern (§ 14) geschlossen worden ist (Vollmer MittBayNot 02, 336).

- a) Voraussetzungen. – aa) Wirksamer Widerruf.** Der DarlN muss den DarlVertr wirks widerrufen haben. II ist daher unanwendb, wenn der DarlVertr unter eine der Ausn der §§ 491 II, III, 495 III, 504, 505 fällt. Die Rückzahlg des DarlBetrags ist nicht Voraussetz für die Wirksamk des Widerrufs, auch dann nicht, wenn die Part dies vertragl bestimmt haben (§ 511). II gilt nicht für den finanzierten Erwerb von WertPap, Devisen, Derivaten od Edelmetallen (§ 359a III), wohl aber von GesellschAnteilen (Rn 7). – **bb) Verbundene Verträge** sind idR Kauf- od WerkVertr. Unter den Voraussetzgen von III gilt II auch für den finanzierten Erwerb von Anteilen an einer **Gesellschaft** (BGH NJW **09**, 3572, MüKo/Habersack Rn 14), einer Genossensch (BGH NJW **11**, 2198, NZG **11**, 750) od an einer GbR, die MitEigt an einer Immobilie erwerben soll (s BGH NJW **96**, 3414). Zur Rückabwicklg s Rn 22. Auf den finanzierten Erwerb von Grdst ist II nur nach Maßß von III 3 anzuwenden (Rn 13). Ein mit dem DarlVertr verbundener Vertr kann auch eine RestschuldVers (BGH NJW **10**, 531, **11**, 1063, s aber Homberger EWiR **12**, 475), eine KapitallebensVers (KG WM **05**, 2218), eine ArbLosigkeitsVers (Ffm ZIP **14**, 365), ein Schulgs- od UnterrichtsVertr (AG Rosenheim NJW-RR **13**, 1006, Fischer MDR **94**, 1063), ein Vertr über eine Ehe- od PartnerschVermittlg (Compensis/Reiserer BB **91**, 2457), ein ReiseVertr (MüKo/Habersack Rn 12) od ein Vertr über eine sonst Leistg sein. Dagg ist eine ProlongationsVereinbg kein verbundener Vertr (BGH WM **13**, 1314).
- b) Konkurrenz mit einem Widerrufsrecht für den Liefervertrag.** Ist auch der LieferVertr widerruffl (s Rn 3), bleibt das WiderrufsR nach § 495 unberührt. Der (frühere) Ausschluss dieses WiderrufsR gem § 358 II 2, 3 aF ist dch das VerbrKrRL-UÄndG ab 30. 7. 10 aufgehoben worden, weil dieser wg Art 14 VerbrKrRL bedenkl war (BT-Drs 17/1394 S 13). Der Verbr kann also wahlw den finanzierten Vertr od den DarlVertr widerrufen; gem I u II ist er dann auch an den jew and Vertr nicht mehr gebunden. Will der Verbr am LieferVertr festhalten u sich nur vom DarlVertr lösen, kann er den Widerruf auf den DarlVertr beschränken.
- c) Erweiterte Belehrung, V.** Es gilt § 360 I (dort Rn 2 ff). Der DarlG muss nach V zusätzl in der vorgeschriebenen Weise (§ 360 I) darüber belehren, dass der Widerruf des DarlVertr auch zur Rückabwicklg des LieferVertr führt. Die Belehrg ist fehlerh, wenn sie beim Verbr das Missverständnis weckt, er bleibe bei einem Widerruf des finanzierten Gesch an den DarlVertr gebunden (BGH NJW **09**, 3020).
- 4) Verbundene Verträge, III.** Die Verbindg muss so eng sein, dass sich die beiden Vertr als Teilstücke zu einer rechtl od wenigstens wirtschaftl-tats Einh ergänzen (BGH NJW **80**, 938, **90**, 1072). Erforderl sind zwei Voraussetzgen: – **a) Finanzierungszusammenhang.** Das Darl muss zu dem Zweck gewährt werden, dass das vom Verbr für die Ware od sonst Leistg geschuldete Entgelt beglichen wird. Gleichgült ist, ob der DarlG unmittelbar an den Untern zahlt od ob er das Geld an den Verbr zur Weiterleitg an den Untern gutschreibt od ausbezahlt. Es genügt, wenn sich die Verknüpfung der beiden Vertr aus den Umst ergibt (LG Leipzig NZM **99**, 723); eine wechselseit Bezugnahme ist nicht erfl (s EuGH EuZW **08**, 19). Die zeitl Reihenfolge der Vertr ist unerhebl (BGH NJW-RR **06**, 1715). Nimmt der Verbr nach Abschluss des BarGesch ein Darl auf, ist III aber nur anwendb, wenn der Untern damit einverstanden ist, dass sein Anspr gg den Verbr dch einen Anspr gg den DarlG ersetzt wird (MüKo/Habersack Rn 34). Der Einsatz einer Universalkreditkarte führt nicht zur Anwendg von III, idR schon desh nicht, weil §§ 504, 505 iVm 495 III anwendb ist, iÜ auch desh nicht, weil sie als typ Zahlsmittel nicht eine wirtschaftl Einh von Liefer- u DarlVertr begründet (Zwade/Mühl WM **06**, 1225/30, MüKo/Habersack Rn 62, hM). Dagg kann III auf die Verwendg einer Kundenkreditkarte anwendb sein (Seibert aaO, MüKo/Habersack Rn 63). § 358 ist auch auf Finanzierungsleasing u sonst Finanziergshilfen anwendb (s § 506). III liegt aber tatbestandl nicht vor, wenn der LeasingN unabhäng vom LeasingVertr den Lieferanten selbst wählt (s Canaris ZIP **93**, 401/11) od die GgLeistg nicht dch den LeasingVertr finanziert wird (BGH NJW **09**, 3295, **11**, 2874). Entspr gilt, wenn der LeasingN nur in vertragl Beziehg zum LeasingG steht u der KaufVertr über das Leasingobjekt vom LeasingG abgeschl wird, u zwar auch dann, wenn der LeasingG in den zunächst vom LeasingN abgeschl KaufVertr eintritt (sog Eintrittsmodell; BGH NJW **14**, 1519). Der Beitritt zu einer GbR u die damit gesetzl verbundene Haftg der Gesellschafter gem HGB 128, 130 fällt nicht unter III (KG WM **05**, 553/56).
- b) Wirtschaftliche Einheit** der Vertr. Dies setzt voraus, dass aus der Sicht des Verbr Untern u DarlG gemeinsam wie *eine* VertrPart auftreten (Köln ZIP **95**, 21). – **aa)** Nach der *Vermutung* von **Satz 2**, die unwiderlegl ist (BGH NJW **03**, 2821, **06**, 1788), ist eine wirtschaftl Einh gegeben, wenn der Untern selbst die Finanzierg übernimmt od der DarlG u der Untern bei Vorbereitg od Abschluss des DarlVertr arbeitsteil zuswirken. Ein RahmenVertr zw Untern u DarlG ist nicht erfl. Es genügt, wenn beide fakt zusarbeiten (BGH NJW **03**, 2821, NJW-RR **05**, 1073/74), selbst wenn dies nur einmalig der Fall ist (Brdbg NJW-RR **09**, 810). Von einer solchen Mitwirkg ist auszugehen, wenn der DarlVertr nicht aufdr eig Initiative des DarlN zustande kommt, sond weil der Vertreter/Vermittler dem Interessenten *zugleich* mit dem KaufVertr od Beitrittsformular einen DarlAntrag des DarlG vorlegt, der zuvor ggü dem Untern (Verkäufer, Fondsinitiator) eine Finanziergzsusage abgegeben hat (BGH NJW **03**, 2821, **06**, 1788, **07**, 3200, NJW-RR **08**, 1436). Fehlt es an einer Finanziergzsusage, kann sich aus Indizien ergeben, dass der DarlG zumindest tats planmäß u arbeitsteilig, nicht notw auf Dauer, mit dem Untern/Vermittler zusammengewirkt hat (BGH NJW **04**, 3332). Ein wesentl Indiz hierfür kann sein, wenn der **DarlG** dem vom Untern eingeschalteten Vermittler seine VertrUnterlagen überlässt od sich der von diesem benutzten AuskFormulare bedient (BGH NJW **04**, 2742, **07**, 3200). *Eine Einh* ist auch anzunehmen, wenn die Vermittlg der Finanzierg nicht dch den Anlagevermittler selbst, sond in seinem Auftr dch einen Finanziergvermittler (BGH NJW **04**, 3332) od einen unbekanntn Untervermittler erfolgt (BGH NJW-RR **05**, 1073/74). Die notarielle Beurkundg des finanzierten Geschäfts hindert die Anwendg des S 2 nicht (BGH NJW **06**, 1788). Dem DarlG muss aber das Zuswirken des für ihn tätigen Vermittlers mit dem Verkäufer *positiv bekannt* sein; grob fahrläss Unkenntn genügt nicht (BGH NJW **07**, 3200). Daher ist S 2 nicht anwendb, wenn die Formulare im Internet zur Vfgr stehen u vom Vermittler ohne Kenntn des DarlG benutzt werden (LG Hbg WM **05**, 1027). – **bb)** Sind die Voraussetzgen von S 2 nicht gegeben, kann eine wirtschaftl Einh nach **Satz 1** aufdr der Umst des Einzelfalls anzunehmen sein. Dies ist zu bejahen, wenn über ein Zweck-Mittel-Verh hinaus beide Vertr derart miteinander verbunden sind, dass ein Vertr nicht ohne den and abgeschl worden wäre (BGH NJW **10**, 531). **Indizien** für eine Einh sind (s BGH NJW **03** 3703, NJW-RR **08**, 1436): zeitgleicher Abschluss der beiden Vertr (s aber BGH NJW **03**, 2093), einheitl Gestaltg der Formulare (BGH NJW **78**, 1427, **87**, 1698/00), Einschaltg derselben Vertriebsorganisation dch DarlG u Untern (BGH NJW-RR **08**, 1436), konkrete wechselseit Hinw od Bezugnahme (Köln ZIP **95**, 21, Oldbg WM **09**, 1835), Zweckbindg der DarlValuta bzw Ausschluss des Verbr von der freien Verfügbar (BGH NJW **10**, 531), Bezeichng des Verbr im Vertr als „Käufer u DarlN“ (BGH aaO), Hinw in Widerrufsbelehrg auf Vorliegen eines Verbindungsgeschäfts (KG WM **08**, 401), Vorbeh der Übernahme des KaufVertr dch den LeasingG (Rstk OLG-NL **96**, 145).

- 13 c) **Immobilendarlehensverträge, III 3. – aa) Allgemeines.** S 3 ist im Anschluss an die sog Heinger-Entsch des EuGH (NJW 02, 281) u des BGH (NJW 02, 1881) an III angefügt worden. Nach diesen Entsch bestand für die in einer Haustürsituation abgeschl ImmobilienDarlVertr schon nach bish Recht ein WiderrufsR; der scheinb entggestehde § 312 a aF verstieß gg die HausTWRL u war im Wege richtlkonformer Auslegg nicht zu beachten (§ 312 a Rn 1). Seit der Neuregelg, die § 495 III Nr 1 aF aufgehoben hat, sind alle Immobilien-DarlVertr grdsätzl widerrufl. Das WiderrufsR konnte zwar bis zum 30. 6. 05 dch eine besond schriftl Vereinbg ausgeschl werden (§ 506 III aF). Das galt aber nicht für HaustürGesch. III 3 regelt, wann zw ImmobilienDarl u dem GrdstKaufVertr eine wirtschaftl Einh besteht, u ist für den finanzierten GrdstErwerb eine III 1 u 2 verdrängde SonderVorschr (MüKo/Habersack Rn 50, Meinhof NJW 02, 2273, Lauer BKR 04, 92). Bei einem Immobilienkauf weiß auch der geschäftsunerfahrene Laie, dass DarlG u Verkäufer verschiedene Pers sind (BGH NJW 02, 1881/84). Eine wirtschaftl Einh darf nur unter den in III 3 umschriebenen Voraussetzgen angenommen werden. – **bb) Anwendungsbereich.** – **(1) Sachlich.** III 3 gilt für den finanzierten Erwerb von Grdst u grdstgleichen Rechten (s § 311 b Rn 3 ff). Er gilt wohl auch dann, wenn der GrdstErwerb nicht dch ein grdpfandrechtl gesichertes Darl, sond dch einen sonst DarlVertr finanziert worden ist (and BGH NJW 03, 3703 zum VerbrKrG). Für den Beitritt zu einer Gesellsch, auch an Immobilienfonds, gilt III 2 (BGH NJW 06, 1952/54, s Rn 7). – **(2) Zeitlich.** III 3 gilt, wenn die die wirtschaftl Einh bildenden Vertr nach dem 1. 8. 02 (Inkrafttr des OLG-VertrÄndG) abgeschl worden sind. – **(3) Altverträge.** Auf vor dem 1. 8. 02 abgeschl ImmobilienDarlVertr sind die Vorschr über verbundene Gesch nach der Rspr des BGH gem VerbrKrG 3 II Nr 2 nicht anwendb (BGH NJW 06, 1952/53, 2099/01, 08, 640, NJW-RR 08, 1436). Dies hat der EuGH hingenommen (NJW 05, 3551, 3555; Vorlage des LG Bochum NJW 03, 2612), auch wenn er darauf hingewiesen hat, dass das GemSchR dieses Ergebn nicht vorschreibt. Die Annahme einer GeschEinheit scheidet auch dann aus, wenn sich der Erwerber bei der Bestellg des GrdPfandR von einem Treuhänder vertreten lässt od wenn das GrdPfandR vor dem ErwerbsGesch bestellt od darauf nachträgl sogar verzichtet worden ist (BGH NJW 05, 664/66, 06, 1952/53, 07, 2404). Auf die Finanzierg von Immobilienfondsbeteiliggen ist VerbrKrG 3 II Nr 2 ebenfalls anwendb (BGH NJW 06, 1952/53, 07, 2404 Tz 25). Der BGH-interne Streit (hierzu 65. Aufl Rn 14) – nach der Rspr des II. ZS (NJW 04, 2736, NJW-RR 05, 986/88) sollte VerbrKrG 3 II Nr 2 auf die Finanzierg von Immobilienfondsbeteiliggen nicht anwendb sein – ist beigelegt (s BGH NJW 06, 1952/53).
- 15 **cc) Voraussetzungen.** Es genügt das Vorliegen einer der folgenden Voraussetzgen: – **(1) Verschaffung des Rechts.** Der DarlG verschafft das Recht auch dann, wenn Veräußerer eine TochterGesellsch ist od er den Veräußerer beim VertrSchluss vertritt (str). – **(2) Förderung des Erwerbs.** Der DarlG muss den GrdstErwerb über die Zurverfügstellg von Darl hinaus dch ZusWirken mit dem Untern fördern: – **(a)** Dies ist zu bejahen, wenn sich der DarlG die **Veräußerungsinteressen** des Untern ganz od teilw zueigen macht. Das ist der Fall, wenn der DarlG zugl als Makler des Veräußerers auftritt (Merz/Rösler ZIP 11, 2381). Ein bloßer Hinw auf eine Verkaufsmöglichk (Aushang im Schaukasten) genügt aber nicht. – **(b)** Sie kann sich auch daraus ergeben, dass der DarlG bei der Plang, Werb od Dchführg des Projekts **Funktionen des Veräußerers** übernimmt (BGH NJW 80, 41/43, 92, 2560, NJW-RR 92, 882, Lauer BKR 04, 95, § 280 Rn 61). Entscheid ist, wie sich die ZusArbeit von DarlG u Untern aus der Sicht des Verbr darstellt. Die Tats, dass der Veräußerer eine Kreditzusage des DarlG eingeholt hat u währd der Verhandlgen entspr Unterlagen des DarlG vorlegt, genügt and als nach Rn 11 zur Anwendg von III 3 wohl nicht. Ein unmissverständl individueller Hinw darauf, dass das Darl völl unabhäng vom KaufVertr gewährt wird, kann eine wirtschaftl Einh ausschließen (BGH NJW 92, 2560). Dagg ist eine Werb für ein Objekt ein gewichtl Indiz (Merz/Rösler ZIP 11, 2381). – **(c) Eine einseitige Begünstigung** des Veräußerers dch den DarlG ist zB gegeben, wenn der DarlG dem Verbr ein obj falsches Gutachten über den GrdstWert vorlegt od wenn er trotz eines zur Aufkl verpflichtenden konkreten Wissensvorsprungs (§ 280 Rn 60) Tats verschweigt, die den Verbr vom VertrSchluss abgehalten hätten. Dagg genügt allein eine DarlVergabe (auch) an den Untern nicht; and kann dies sein, wenn der Verbr ein zinsgünst Darl erhält, das vom Untern subventioniert und in den Kaufpreis eingepreist wird (Merz/Rösler ZIP 11, 2381).
- 17 **5) Rechtsfolgen IV. – a)** Die wirtschaftl verbundenen Vertr bilden **kein einheitliches Rechtsgeschäft**, sond bleiben rechtl selbst, sog Trenngsprinzip. Rechtl verbunden sind sie nur nach Maß von I u II (Rn 20) u dch den Einwendgdschgriff (§ 359). Wenn die verbundenen Vertr nicht wg Widerrufs, sond aus and Grden rückabgewickelt werden müssen, gilt § 359 Rn 5 ff. Steht ein VersVertr im Verbund, beurteilt sich dessen Rückabwicklg nach VVG 8, 9 (BGH NJW 10, 531 Tz 15).
- 19 **b)** Dch den **Widerruf** entfällt nicht nur die Bindg an den widerrufenen, sond auch die an den verbundenen Vertr. Beide Vertr sind gem § 357 abzuwickeln; auf den widerrufenen Vertr ist § 357 direkt, auf den verbundenen entspr anzuwenden. Ist der verbundene Vertr ein FernAbsVertr, gilt zusätzl § 312 e (s dort). Anspr auf Zahlg von Zinsen u Kosten aus der Rückabwicklg des DarlVertr dürfen dem Verbr iF eines Widerrufs des LieferVertr u einer Rückabwicklg im Verh zw Verbr u Untern nicht auferlegt werden, IV 2; dies gilt auch bei einem Widerruf nach II. Dient das Darl nur teilw der Finanzierg eines verbundenen Vertr, ist IV 2 nur auf diesen Teil anwendb, nicht aber auf den an den DarlN ausgezahlten Betrag (BGH NJW 11, 1063).
- 20 **c) Eintritt des Darlehensgebers in den verbundenen Vertrag. – aa) Allgemeines.** IV 3 setzt voraus, dass dem Untern das Darl bei Zugang der WiderrufsErkl bereits zugeflossen war. Gleichgült ist, ob das Darl ausgezahlt, gutgeschrieben od dch Einlösg des Schecks gezahlt worden ist (BGH NJW 95, 3386). Der DarlG tritt nicht neben, sond anstelle des Untern in das AbwicklgsVerh ein (BGH NJW 09, 3572). Der Verbr kann gem § 357 iVm § 346 vom DarlG die Zins- u Tilggsraten, aber auch die an den Untern aus eig Mitteln geleistete Anzahlg zurückverlangen (BGH NJW 09, 3572). Dagg hat er keinen Anspr auf Rückzahlg des darlehensfinanzierten Entgelts (Düss ZIP 10, 617, Celle ZIP 11, 1164 für RestschuldVers, sa BGH-Hinw v 16. 12. 09 – IV ZR 126/09 [abgedruckt in AG Göttingen ZIP 10, 619], Schürmbrand BKR 11, 309). Etwaige SchadErsAnspr wg Mängel der Leistg richten sich gg den Untern. Anstelle der Rückzahlg der DarlValuta hat der Verbr dem DarlG den vom Untern geleisteten Ggst zurückzugewähren (s BGH NJW 96, 3414, 06, 1788, Fischer DB 02, 1267) u ihm sonst Anspr gg den Untern aus der Rückabwicklg des finanzierten Vertr abzutreten (Bulow WM 04, 1258). Für den Regress des DarlG gg den Untern gelten die vertragl Abreden, hilfsw BereichersR (s BGH NJW 96, 3414). Hat der Untern die Schuld des Verbr mitübernommen, haftet er dem DarlG auf die DarlRückzahlg mit marktübll Verzinsg (BGH NJW 93, 1913).
- 22 **bb)** Beim finanzierten Erwerb des Anteils an einer **Gesellschaft** (Rn 7) ist der Anleger iFd Widerrufs des DarlVertr gem § 312 I ggü dem DarlG nicht zur DarlRückzahlg, sond ledigl zur Übertragg seines Anspr auf das Auseinandersetzungsguthaben od seiner sonst Rechte aus dem fehlgeschlagenen Beitritt verpfl (BGH NJW 11, 2198, NJW-RR 11, 1059); er erhält seine an den DarlG geleisteten Zahlgen zurück, nicht dagg die diesem

zugeflossenen Fondsausschüttgen (BGH NJW 06, 1788/92); unverfallb u nicht andweitig erzielt Steuervorteile muss sich der Anleger anrechnen lassen (BGH NJW 07, 2401 zu HWiG 3), sofern er nicht die ErsLeistg versteuern muss (s Mü WM 12, 1536). Das Risiko der Uneinbringlichk des AuseinandersetzgsAnspr trägt der DarLG u ebso die Beweislast für dessen Höhe (BGH NJW 03, 2821). Der Anleger haftet dem DarLG auch nicht entspr HGB 128, 130 für dessen DarLRückzahlgsAnspr gg die Fondsgesellsch (Karlsru ZIP 07, 1049). In der Insolvenz des DarLG kann der Verbr seine RückabwicklgsAnspr aber nur nach Maßgabe der insolvenzrechtl Vorschr dchsetzen (BGH NJW 11, 2198). Widerruft der DarLN nur den finanzierten Fondsbeitritt, kann er an den DarLG den AbfindgsAnspr abtreten; er haftet aber weiterhin für die Differenz zw Abfindgsguthaben u offener DarLValuta (BGH NJW 03, 2821/24). Ist der Erwerber eines Immobilienfondsanteils getäuscht worden, kann er den Vertr gem § 123 anfechten (s dort) od dem DarLG seine Anspr gg die Fondsgesellsch entgghalten u die Rückzahlg des DarL verweigern, soweit ihm gg die Fondsgesellsch ein AbfindgsAnspr zusteht; in die Rückabwickl gem § 359 sind auch sein SchadErsAnspr gg den Vermittler u die Vertriebsgesellsch aus einer vorsätzl c. i. c. (BGH NJW-RR 11, 263, § 280 Rn 52), nicht dagg etwaig SchadErsAnspr gg Fondssinitiatoren, Gründsgesellschafter, maßgebl Betreiber, Manager od and ProspektVerantwortl, weil insow der FinanziergsZuschang fehlt (BGH NJW 06, 1955/57, 07, 2407, 10, 596 unter Aufg von BGH NJW 04, 2731, 2736, 2742), u zwar auch dann, wenn der Anspr aus c. i. c. bereits verjährt ist (KG WM 05, 2218). Der Anleger hat dem DarLG neben seiner Beteiligg auch seine SchadErsAnspr zu übertragen u erhält die geleisteten Zins u Tilggsraten abzügl vereinnahmter Erträge u Steuervorteile zurück (BGH NJW 06, 1955/57, aA Bartels WM 07, 237).

359 Einwendungen bei verbundenen Verträgen. ¹ Der Verbraucher kann die Rückzahlung des Darlehens verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag ihn gegenüber dem Unternehmer, mit dem er den verbundenen Vertrag geschlossen hat, zur Verweigerung seiner Leistung berechnen würden. ² Dies gilt nicht bei Einwendungen, die auf einer zwischen diesem Unternehmer und dem Verbraucher nach Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags vereinbarten Vertragsänderung beruhen. ³ Kann der Verbraucher Nacherfüllung verlangen, so kann er die Rückzahlung des Darlehens erst verweigern, wenn die Nacherfüllung fehlerhaft ist.

1) Allgemeines. Der EinwendgDchgriff, von der Rspr ursprüngl auf der Grdlage des § 242 entwickelt, ist in § 359 spezialgesetzl geregelt. § 359 (früher VerbrKrG 9) ist eine grdsätzl abschließde Regelg. Liegen die Voraussetzgen des § 359 nicht vor, kommt bei VerbrVertr ein Rückgriff auf § 242 nicht in Betr (s BGH NJW 04, 1376, 06, 2099/01, MüKo/Habersack Rn 20, Übbl 18 v § 311). Das VerbrKrRL-UG hat die bish in S 2 verortete Ausn für KleinDarL nach § 359 a IV verschoben (s dort).

2) Voraussetzungen. – **a) Geschützt** ist der Verbr nur, wenn er einen VerbrDarLVertr (§ 491) abgeschl hat. § 359 ist unanwendb, wenn der DarLVertr unter eine der Ausn der §§ 491 II, III od 504, 505 fällt. Voraussetz ist, dass der DarLVertr u der finanzierte Vertr eine Einh iSd § 358 III bilden. Kein Schutz besteht nach § 359 a IV, wenn das finanzierte Entgelt weniger als 200 Euro beträgt (s dort Rn 8). Nicht geschützt sind Einwendgen, die sich aus einem nach Zustandekommen des DarLVertr abgeschl ÄndVertr ergeben (S 2).

b) Einwendungen: alle rechtshindernden, rechtsvernichtenden u rechtshemmenden. Sie müssen im RVerh zw den Part des finanzierten Vertr bereits entstanden u, wenn es sich um GestaltgsR handelt, vom Verbr ggü dem Untern od dem DarLG auch geltend gemacht worden sein (BGH NJW 00, 3559, 03, 2821/23, NJW-RR 00, 1576, Bülow WM 04, 1257). Stehen dem Verbr mehrere GestaltgsR zur Wahl (Minderg, Rücktr), kann der DarLG entspr § 350 vorgehen (Bülow WM 04, 1258). Ist der Anleger bei einem finanzierten GesellschBeitritt getäuscht worden, kann er dem DarLG auch seinen SchadErsAnspr gg den Vermittler (§ 280 Rn 52) entgghalten; er erhält gg Übertrag seiner Beteiligg u seiner SchadErsAnspr die geleisteten Zins- u Tilggsraten zurück (s § 358 Rn 21). Er braucht ggü der Gesellsch nicht zu kündigen, es genügt, dass er sich ggü dem DarLG auf die Täuschg beruft (BGH NJW 04, 2731, 2736, 2742, aA Mülbert/Hoger WM 04, 2281). Ist der EntgeltAnspr des Untern verjährt, kann der Verbr die Einrede der Verj auch ggü dem DarLG erheben (BGH NJW 02, 137, NJW-RR 05, 415); obwohl die VerjFrist für beide Anspr nunmehr gleich lang ist (§§ 195, 199), hat dieser Grds wg des unterschiedl VerjBeginns (EntgeltAnspr sofort, DarL uÜ erst nach Künd) weiter prakt Bedeutg (Ffm NJW-RR 14, 168). Eine **Einschränkung** gilt nach S 3 für Kauf- u WerkVertr, soweit der Verbr nach §§ 437 Nr 1 od 634 Nr 1 einen Anspr auf NachErf hat. Der Verbr darf Zahlg ggü dem DarLG erst verweigern, wenn die vom Untern verlangte NachErf fehlerhaft ist. Die Ablehng der NachErf u ihre Unzumutbark fallen nach §§ 440, 636 nicht unter den Begriff des Fehlschlagens. Bei Anwendg von S 3 stehen sie aber dem Fehlschlagen gleich. Bis zum Scheitern der NachErf muss der Verbr alle nach dem DarLVertr geschuldeten Leistgen erbringen.

3) Rechtsfolgen. Der Verbr hat nach § 359 ggü dem DarLG ein LeistgsVR, aber kein RückFdgsR (BGH NJW 10, 596). Ein RückFdgsAnspr kann sich nur aus § 813 I 1 (unten Rn 7) od aus c. i. c. wg zugerechnetem Verschulden (s § 358 Rn 21) od eig AufklVerschulden der finanzierten Bank (s § 280 Rn 60) ergeben. Das LeistgsVR besteht im selben Umfang, in dem der Verbr Einwendungen aus dem finanzierten Vertr ggü dem Untern hat; iF einer Minderg muss das DarL in Höhe des Mindergsbetrags (§ 441) u eines entspr Zinsanteils nicht zurückgezahlt werden. Das LeistgsVR muss als aufschiebde Einrede ggü dem DarLG geltend gemacht werden.

4) Rückabwicklung. Sie ist, wenn die Rückabwickl nicht wg Widerrufs, sond wg Nichtigk eines der beiden Vertr od wg Leistgsstörgen innerh des finanzierten Vertr erfdl wird, in §§ 358, 359 nicht geregelt. RegelgsGst des § 359 ist die Begründg eines LeistgsVR, nicht von RückGewährAnspr. Maßgebnd für die Rückgewähr sind die für die beiden Vertr geltenden all Vorschr u §§ 812 ff (Vollkommer FS Henckel S 893, MüKo/Habersack Rn 55 ff, Erman/Saenger Rn 3 ff, str). Dabei ist im Interesse des Verbr der wirtschaftl Einh von finanziertem Gesch u DarLVertr so weit wie mögl Rechng zu tragen u zu beachten, dass der Bestand des finanzierten Vertr GeschGrdlage für den DarLVertr ist.

a) Bei einem Doppelmangel hat die bereichersrechtl Rückabwickl grdsätzl innerh des jew LeistgsVerh zu erfolgen. Der Verbr erhält vom DarLG die gezahlten DarLRaten zurück u zwar Zug-um-Zug gg Abtretg seines Anspr gg den Untern auf Rückzahlg der an ihn gezahlten Valuta (Kondiktion der Kondiktion); eine an den Untern geleistete Anzahlg erhält der Verbr vom Untern zurück. Ist der Verbr od der Untern Eigentümer der Sache, hat der Untern aus §§ 812, 818 gg den Verbr einen Anspr auf Herausg; ihm kann auch ein BereichersAnspr

hinsichtl der tats gezogenen Nutzgen u des Wertes der geleisteten Arb od Dienste zustehen. Bei einer Sichgs-Übereigng an den DarlG hat der Verbr gg diesen einen Anspr auf Rückübereigng; dem kann der DarlG einen Anspr auf Einräumg von MitEigt im Verh der Valuta entggsetzen (MüKo/Habersack Rn 60).

6 **b) Bei Nichtigkeit des Darlehnsvertrages** kommt es allein im Verh zw DarlG u Verbr zu einer bereichersrechtl Rückabwicklg. Die Bereicherg des Verbr besteht nach dem Schutzzweck des § 359 nicht in der an den Untern gezahlten Valuta, sond in der Befreig von seiner Verbindlichk; deren obj Wert (§ 818 II) ist unter Berücksichtigg der Einwendgen aus dem finanzierten Vertr zu ermitteln (BGH NJW **80**, 2301/02).

7 **c) Nichtigkeit des finanzierten Vertrages.** Der Verbr erhält vom Untern die geleistete Anzahlg u vom DarlG die gezahlten DarlRaten zurück, letztere Zug-umZug gg Abtretg seines Anspr gg den Untern auf Rückzahlg der an ihn geleisteten Valuta (Kondiktion der Kondiktion; BGH NJW **08**, 845 lässt offen); der Anspr gg den DarlG ergibt sich aus § 813 I 1, da das LeistgsVR des § 359 S 1, wenn es auf der Nichtigk des finanzierten Vertr beruht, eine dauernde Einrede iS des § 813 begründet (BGH NJW **08**, 845). Gleichgült ist, ob die Nichtigk auf §§ 105, 134, 138 od Anfechtg (§§ 142, 119, 123) beruht. Wg des Schutzzwecks des § 359 kann der Verbr auch die vor der Anfechtg geleisteten DarlRaten zurückfordern (Erman/Saenger Rn 6, str). Gg Rückzahlg der DarlRaten kann der DarlG als SichgsEigtümer vom Verbr die Herausg der Sache verlangen. Der DarlG erhält Zug um Zug gg Rückgabe der Sache vom Untern das ausbezahlte NettoDarl zurück (s BGH NJW **96**, 3414). Der Untern erhält vom Verbr gem §§ 812 ff den Wert der geleisteten Arb od Dienste vergütet od den Wert der Nutzgen ersetzt. Soweit beim finanzierten Erwerb des Anteils einer **Gesellschaft** das AnfechtgsR (§ 123) nach den Grds über die fehlerh Gesellsch dch das Recht zur fristlosen Künd ersetzt wird, gilt § 358 IV 3 entspr (BGH NJW **03**, 2821, § 358 Rn 21).

8 **d) Mängel der vom Unternehmer geschuldeten Leistung.** Zum Anspr auf NachErf u Minderg s Rn 3 u 4. Tritt der Verbr gem § 437 Nr 2 od § 634 Nr 3 vom Vertr zurück od verlangt er Rückabwicklg im Wege des großen SchadErs (§ 281 Rn 46), erhält der Untern gem §§ 346 ff die gelieferte Sache zurück od den Wert der geleisteten Arb od Dienste vergütet u den Wert der Nutzgen der überlassenen Sache ersetzt. Der Verbr erhält gem § 346 vom Untern die Anzahlg u das geleistete Darl zurück. And als iF der Nichtigk (Rn 7) ist ein RückFdgsDchgriff gg den DarlG ausgeschl. § 813 I 1 ist unanwendb, da das dem Verbr wg der mangelh Leistg zustehende LeistgsVR (§ 359 S 1 iVm § 320) keine dauernde Einrede iS des § 813 ist (Stgt ZIP **01**, 691/98, **02**, 1885/90, Ffm WM **02**, 1275, MüKo/Habersack Rn 75, NK/Ring Rn 39, Lieb WM **91**, 1539, aA Naumbg NJW **13**, 3455, Vollkommer FS Merz S 595, Bülow WM **04**, 1263, Schäfer BKR **05**, 98/101, Erman/Saenger Rn 11). Auch hinsichtl der in den DarlRaten enthaltenen Zins- u Kostenanteile besteht kein RückgewährAnspr gg den DarlG (Hamm NZV **06**, 421/23, LG Bochum NJW-RR **02**, 349, aA Naumbg NJW **13**, 3455, Vollkommer aaO). Ein RückFdgsDchgriff gg den DarlG gem § 813 I 1 scheidet auch aus, wenn sich der Anleger nach den Grds über die fehlerh Gesellsch mit seinem Widerruf (§ 355) nur für die Zukunft von der Fondsbeteilgg lösen kann (BGH NJW-RR **11**, 406). Der Ausgl zw Untern u DarlG richtet sich nach deren vertragl Abreden od nach §§ 812 ff. Vgl auch § 358 Rn 7 u 21.

359a Anwendungsbereich. (1) Liegen die Voraussetzungen für ein verbundenes Geschäft nicht vor, ist § 358 Abs. 1 und 4 entsprechend anzuwenden, wenn die Ware oder die Leistung des Unternehmers aus dem widerrufenen Vertrag in einem Verbraucherdarlehensvertrag genau angegeben ist.

(2) Liegen die Voraussetzungen für ein verbundenes Geschäft nicht vor, ist § 358 Absatz 2 und 4 entsprechend auf Verträge über Zusatzleistungen anzuwenden, die der Verbraucher in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Verbraucherdarlehensvertrag geschlossen hat.

(3) § 358 Abs. 2, 4 und 5 sowie § 359 sind nicht anzuwenden auf Darlehensverträge, die der Finanzierung des Erwerbs von Finanzinstrumenten dienen.

(4) § 359 ist nicht anzuwenden, wenn das finanzierte Entgelt weniger als 200 Euro beträgt.

1 **1) Allgemeines.** Die Vorschr ist dch das VerbrKrRL-UG zum 11. 6. 10 eingefügt worden. Sie regelt in I u II Ausdehnngen u in III u IV Einschränkngen des Anwendungsbereichs der §§ 358, 359. Dch das VerbrKrRL-UAndG (BGBI I S 977) hat II mit Wirkg v 30. 7. 10 ohne inhaltl Änderg eine Klarstellg erfahren. Dch G v 27. 7. 11 (BGBI I S 1600) ist in III der Begriff VerbrDarlVertr dch DarlVertr ersetzt worden (s Vorb 2 v § 312).

2 **2) Angabe des finanzierten Gegenstands, I. – a) Voraussetzungen.** I setzt VerbrKrRL 3 n, 15 I um. Der VertrGgst muss im DarlVertr genau bezeichnet sein. Dies erfordert dessen Identifizierbark (zB Pkw der Marke X, bestimmte RestschuldVers); eine bloße Typenbeschreibg genügt nicht (zB Pkw-Kauf). Häufig wird ein verbundenes Gesch iSd § 358 III vorliegen, so dass es auf I nicht ankommt. Dies kann aber and sein, wenn bei Abschluss des DarlVertr der konkrete Untern noch unbekannt ist. I gilt auch bei Teilfinanzierg (Habersack FS Picker S 327). Eine entspr Anwendg von I auf den kreditfinanzierten Immobilienerwerb kommt wg § 358 III 3 nicht in Betr (Bergmann BKR **10**, 189, Volmer DNotZ **10**, 591).

3 **b) Rechtsfolgen.** Entspr anwendb sind nur § 358 I u IV, so dass eine Gleichstellg mit dem VerbundGesch nur hinsichtl des WiderrufsR erfolgt. Dagg soll § 359 nicht anwendb sein (BT-Drs 16/11 643 S 73); dies steht aber mit VerbrKrRL 15 II 1 nicht in Einklang (Habersack FS Picker S 327).

4 **3) Zusatzleistungen, II. – a) Voraussetzungen.** II setzt VerbrKrRL 14 IV um. Wird die Zusatzleistg aus dem Darl finanziert (zB RestschuldVers), liegt idR ein VerbundGesch iSd § 358 vor (s dort Rn 7). Dies ist aber nicht der Fall, wenn der Verbr die Zusatzleistg zB aus Eigenmitteln bezahlt. Dann greift II ein. Der Begriff der Zusatzleistg ist wie in EG 247 § 8 zu verstehen; hierunter fallen zB VersVertr, KtoFührgsVertr od Vertr über eine Zahlgskarte. And als dort muss die Zusatzleistg aber in richtlkonformer Auslegg des Art 14 IV nicht obligator sein (Schürbrand ZBB **10**, 123). Der ZusatzVertr muss ledigl mit dem DarlVertr eine direkte kausale Verknüpfng aufweisen.

5 **b) Rechtsfolgen.** Bei Widerruf des DarlVertr kann sich der Verbr auch vom ZusatzVertr lösen, II iVm § 358 II. Für die Rückabwicklg gilt § 358 IV, so dass sich der Verbr auch insow an den DarlG halten kann.

6 **4) Finanzierung von Finanzinstrumenten, III. – a) Voraussetzungen.** III setzt VerbrKrRL 2 II h um u löst § 491 III Nr 2 aF ab. Der Verbr soll nicht dch den Widerruf des DarlVertr das Risiko der Kursschwankngen auf den DarlG abwälzen können (BT-Drs 16/16431 S 107). Der Begriff Finanzinstrumente ist wie in KWG I XI zu

verstehen. Darunter fallen also zB Aktien, Schuldverschreibungen, Investmentanteile, Zertifikate u and WertPap, Geldmarktinstrumente, Devisen (Geld in ausländ Währg, vgl. § 244) u Derivate (von WertPap abgeleitete u nicht verbriefte Rechte, zB Optionen). Der Zweck des Darl muss auf den Erwerb von Finanzinstrumenten gerichtet sein; der DarlG muss an dem ErwerbsGesch beteiligt sein (arg VerbrKrRL 2 IIh).

b) Rechtsfolgen. Die Wirkg eines Widerrufs des DarlVertr (§ 495) erstreckt sich nicht auf das finanzierte (damit verbundene) Gesch, da § 358 II, IV u V sowie § 359 nicht anwendb sind. Vielmehr bleibt der DarlN an sein SpekulationsGesch gebunden. 7

5) Kleindarlehen, IV. – a) Voraussetzungen. IV setzt VerbrKrRL 2 IIc um. Maßgebl ist das finanzierte Entgelt, also die NettoDarlSumme. Auf den BruttoDarlBetrag kommt es nicht an. IV gilt auch, wenn ein höherer Kreditrahmen zur Finanzierg mehrerer Vertr mit Entgelten unter 200 Euro ausgenutzt wird. 8

b) Rechtsfolgen. Unanwendb ist nur die Vorschr des § 359 über den EinwendgsDchgriff. Dagg bleibt § 358 anwendb. 9

360 Widerrufs- und Ruckgabebelehrung. (1)¹ Die Widerrufsbelehrung muss deutlich gestaltet sein und dem Verbraucher entsprechend den Erfordernissen des eingesetzten Kommunikationsmittels seine wesentlichen Rechte deutlich machen. ² Sie muss Folgendes enthalten:

1. einen Hinweis auf das Recht zum Widerruf,
2. einen Hinweis darauf, dass der Widerruf keiner Begründung bedarf und in Textform oder durch Rücksendung der Sache innerhalb der Widerrufsfrist erklärt werden kann,
3. den Namen und die ladungsfähige Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und
4. einen Hinweis auf Dauer und Beginn der Widerrufsfrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung oder der Sache genügt.

(2)¹ Auf die Ruckgabebelehrung ist Absatz 1 Satz 1 entsprechend anzuwenden. ² Sie muss Folgendes enthalten:

1. einen Hinweis auf das Recht zur Rückgabe,
2. einen Hinweis darauf, dass die Ausübung des Rückgaberechts keiner Begründung bedarf,
3. einen Hinweis darauf, dass das Rückgaberecht nur durch Rücksendung der Sache oder, wenn die Sache nicht als Paket versandt werden kann, durch Rücknahmeverlangen in Textform innerhalb der Rückgabefrist ausgeübt werden kann,
4. den Namen und die ladungsfähige Anschrift desjenigen, an den die Rückgabe zu erfolgen hat oder gegenüber dem das Rücknahmeverlangen zu erklären ist, und
5. einen Hinweis auf Dauer und Beginn der Rückgabefrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Sache oder des Rucknahmeverlangens genügt.

(3)¹ Die dem Verbraucher gemäß § 355 Abs. 3 Satz 1 mitzuteilende Widerrufsbelehrung genügt den Anforderungen des Absatzes 1 und den diesen ergänzenden Vorschriften dieses Gesetzes, wenn das Muster der Anlage 1 zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Textform verwendet wird. ² Die dem Verbraucher gemäß § 356 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 355 Abs. 3 Satz 1 mitzuteilende Ruckgabebelehrung genügt den Anforderungen des Absatzes 2 und den diesen ergänzenden Vorschriften dieses Gesetzes, wenn das Muster der Anlage 2 zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Textform verwendet wird. ³ Der Unternehmer darf unter Beachtung von Absatz 1 Satz 1 in Format und Schriftgröße von den Mustern abweichen und Zusätze wie die Firma oder ein Kennzeichen des Unternehmers anbringen.

1) Allgemeines. Die Vorschr ist dch das VerbrKrRL-UG zum 11. 6. 10 eingefügt worden. Sie fasst die Anforderungen an eine ordnungsgemäß Widerrufs- u Rückgabebelehrg, die bish in §§ 355 II 1, 356 II 1 Nr 1, BGB-InfoV 14 I–III verstreut waren, zusammen. Die Widerrufsbelehrg ist in HausTWRL 4 u TeilzeitnutzgsR-RL 2004 Anh I lit l vorgeschrieben (PalArch I B). FernAbsRL 5 (I) II, FernAbsFinanzDL-RL 3 I Nr 3 a, d u VerbrKrRL 10 II p sehen keine Belehrg, sond eine Info über das WiderrufsR vor (PalArch I B). Die RL lassen die Einzelh der Belehrg offen. Sie können daher dch Gesetz od VO der MitglStaaten ausgestaltet werden. Die in den Anlagen 1 u 2 zum EG ausgestalteten Muster sind fakultativ. Die Untern können weiter ihre eig Texte verwenden u auf die Schutzwirkg von III (Rn 8) verzichten. 1

2) Widerrufsbelehrung, I. Verwendet der Untern das richtig ausgefüllte Muster der Anlage 1 zum EG, genügt seine Belehrg den gesetzl Anforderungen (s Rn 8). Verwendet er einen eig Text, muss er den Verbr deutl über dessen *wesentliche* Rechte u Pfl belehren. Dies gilt auch für die Nachbelehrg (§ 355 Rn 13). Zur Widerrufsbelehrg bei Fondsbeitritt s Maume VuR 12, 87, Rohlke VuR 13, 196. 2

a) Inhalt. Die Belehrg muss folg Angaben enthalten: **(1)** Das Recht zum belieb u an keine Voraussetzgen gebundenen Widerruf (s Jena GRUR-RR 06, 283). Die nach früherem Recht zT bejahte Notwendigk einer doppelten Belehrg nach HausTWG u VerbrKrG (s Edelman/Krümmel BKR 03, 99) besteht nicht mehr. **(2)** Inhalt, Form u die Art der WiderrufsErkl; die Belehrg muss darüber informieren, dass die Erkl ohne Angabe von Grden in Textform od dch Rücksendg der Ware widerrufen werden kann (AG Siebg NJW-RR 02, 129). Der Begriff Textform muss nicht erklärt werden (Mü NJW-RR 05, 573). Die Angabe einer TelefonNr kann irrefuhrd sein, weil der Verbr meinen könnte, sein WiderrufsR telefon ausüben zu können (KG NJW-RR 08, 352, Hamm NJW-RR 10, 253). **(3)** Name u ladgsfah Anschrift des Widerrufsempfangers. Es können auch mehrere ErklEmpfanger genannt werden; die Angabe ist bindd (s Hamm NJW-RR 09, 1707). Die Angabe eines Postfachs soll entgg dem Wortlaut genügen (BGH NJW 12, 1065, aA Kblz NJW 06, 919). **(4)** Die 14-Tage-Frist u den Fristbeginn. Erforderl ist die eindeut Benennung des magebl Ereign, das die Frist in Lauf setzt (BGH NJW 09, 3572) u vom Verbr ermittelt werden kann (BGH NJW-RR 09, 1275). Das konkrete Datum des Fristbeginns braucht nicht angegeben zu werden, auch nicht die Grds der Fristberechn (BGH NJW 10, 3503), irrefuhrd ist aber wg § 187 I die Formulierg „Fristbeginn ab heute“ (BGH NJW 94, 1800), „Fristbeginn ab Eingang der VertrUrkunde beim Untern“ (BGH NJW-RR 09, 1275) od „frühestens mit Erhalt dieser Belehrg“ (BGH NJW 12, 3428); unklar ist auch ein Fristbeginn „ab Unterzeichng“, wenn der Verbr von mehreren Pers unterschrieben wird (BGH NJW-RR 05, 1217). Bei einem Kauf auf Probe muss die Belehrg klarstellen, dass die Frist erst mit Ende der Billiggsfrist (der Billigg) beginnt (BGH NJW-RR 04, 1058). Wird die Belehrg erst nach VerbrSchluss 3

erteilt, muss sie über die 1-Monatsfrist des § 355 II 3 informieren (s KG NJW 06, 3215/16). (5) Fristwahrung bereits dch Absendg der WiderrufsErkl od der Sache; unzulässig ist ein Zusatz „Datum des Poststempels“ (Oldbg NJW 06, 3076) od „WiderrufsErkl muss zugehen“ (LG Bln NJW-RR 06, 639). (6) Die Belehrg muss klarstellen, auf welchen Vertr sie sich bezieht. Eine Belehrg für mehrere od künft Vertr ist unwirks. Der Untern ist nicht verpfl, dem Verbr ein Formular für den Widerruf zur Vfg zu stellen, kann das aber tun. (7) Die Belehrg ist bei HaustürGesch zu datieren (s HausTWRL 4; aA Ffm BKR 07, 462), iÜ ist ein Datum entbehr. Die Angabe des Ortes u die Unterschrift des Verbr sind nicht erfdl. (8) Die Angaben, die die Belehrg zwingd enthalten muss, werden für FernAbsVertr dch § 312 d II u für TeilzeitwohnRVertr dch § 485 **erweitert** (s dort). Die in § 357 III vorgesehene zusätzl Belehrg ist keine Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist; sie ist aber wg der drohden SchadErsVerpfl für den Untern ein dringdes Gebot des eig Interesses. Zur Widerrufsbelehrg bei Franchise Vertr s Flohr ZGS 09, 203.

4 **b) Deutlichkeitsgebot.** Die Belehrg muss deutl gestaltet sein. Sie muss als solche lesbar sein; dies erfordert eine ausreichend große Schrift und eine Untergliederung des Textes (BGH NJW 11, 1061). Sie muss sich dch Farbe, größere Lettern, Sperrschrift od Fettdruck in nicht zu übersehder Weise aus dem übrigen Text herausheben (BGH NJW 96, 1964, 04, 3183, 09, 3020). Bei einem iÜ gleichförm Schriftbild reichen nicht aus: geringerer Randabstand u die Verwendg größerer Absätze (BGH NJW 94, 1800), ein dchgezogener Strich bei kleineren Drucktypen (BGH NJW 96, 1964, LG Paderborn NJW-RR 07, 499), eine graue Unterlegg des Belegstextes (LG Gießen MDR 00, 693, s aber LG Kassel NJW 07, 3136), die drucktechn Heraushebg der Überschrift „Widerrufsbelehrg“ (Stgt NJW 92, 3245) od der Umst, dass zwei räuml getrennte Unterschriften zu leisten sind (Stgt NJW-RR 95, 667). Die Belehrg darf keine verwirrdn od ablenkden Zusätze enthalten (BGH NJW 02, 3396, Brem ZIP 06, 1527); eine Überschrift „Verbr haben das folged WiderrufsR“ schadet nicht (BGH NJW 12, 1814). Auch wenn sich in geringem Abstand ein and Text befindet, der aufgrd seiner Gestaltg stärker ins Auge springt als die Belehrg, ist I 1 verletzt (Naumbg NJW-RR 94, 377). Werden mehrere Beleggen erteilt, die widersprüchlich sind, fehlt es an einer unmissverständl Belehrg (BGH NJW-RR 05, 180/81); dies gilt auch, wenn eine Belehrg auf zwei VertrUrkunden aufgespalten ist u erst in der Gesamtschau hinreichd deutl ist (BGH NJW 09, 3020). Eine Belehrg auf der Rückseite ist auch bei einem fehlenden Hinw auf der Vorderseite ausreichend; da es auf die Verh zT der Belehrg ankommt, ist unerhebl, dass der Zugang zur Belehrg nachvertragl erschwert ist (BGH NJW-RR 03, 1481).

5 **c) Sprache.** Die Belehrg ist in deutscher Sprache abzufassen (vgl zur entspr Problematik bei AGB § 305 Rn 40). Die Verwendg eines Textes in einer and Sprache ist nur zulässig, wenn der Verbr die Sprache beherrscht u die Verhandlgen in dieser Sprache geführt worden sind od der Vertr in dieser Sprache abgefasst ist (LG Köln NJW-RR 02, 1491).

6 **d) Eine Unterschrift des Verbrauchers** ist nicht erfdl (BGH WM 03, 204). Wg der Beweislast (§ 355 Rn 23) ist es aber zweckmäß, dass der Untern eine bei ihm verbleibde Kopie der Belehrg vom Verbr unterzeichnen lässt (BGH NJW 09, 3572).

7 **3) Rückgabebelehrung, II.** Für den Inhalt der Rückgabebelehrg gilt Rn 2 ff entspr. Der Untern kann aber auch das Muster der Anlage 2 zu EG 246 § 2 verwenden (s Rn 7).

8 **4) Schutzwirkung, III.** Verwendet der Untern das Muster der Anlage 1 od 2 zum EG, genügt seine Belehrg den gesetzl Anforderngen (s BGH NJW 10, 989 Tz 20). Die zum bish Recht bestehenden Zweifel an der Wirksamk von BGB-InfoV 14 (s 69. Aufl) hat der BGH (NJW 12, 3298, 14, 2022; s dazu auch Schmidt-Kessel/Gläser WM 14, 965) zu Recht nicht geteilt u sind iÜ dch den Gesetzesrang des § 360 beseitigt. Voraussetzung ist, dass die Belehrg unverändert u entspr den GestaltgHinw ausgefüllt u verwandt wird; eine Ausn gilt aber dann, wenn der Verwender den in dem Muster fehlerh wiedergegebenen Fristbeginn dem Gesetz (§ 187) angepasst hat (BGH NJW 14, 2022). Zu den Belehrungsmustern s EG 246 § 2 Rn 11. Sachl Änderngen heben die Schutzwirkg auf (s BGH NJW 11, 1061, 12, 3428, NJW-RR 12, 183). Bei Format u Schriftgröße sind Abweichngen zulässig (S 3), aber nur, wenn sie mit dem DeutlichkGebot des I 1 vereinb sind (s BGH NJW 11, 1061). Zusätze wie die Firma, ein Kennzeichen od ähnl sind statth, verwirrd Zusätze heben die Schutzwirkg auf (s BGH ZIP 02, 1730). Enthält der Text neben der Belehrg noch weitere Angaben, muss sich die Belehrg hiervon deutl abheben.

361 (weggefallen) *Betraff das FixGesch. Aufgehoben dch das SMG. Das FixGesch ist jetzt in § 323 II Nr 2 geregelt. Früheres Recht – auch § 360 aF [Verwirkungsklauseln] – s 61. Aufl.*

443 Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie. (1) **Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache oder dafür, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (Haltbarkeitsgarantie), so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.**

(2) **Soweit eine Haltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie begründet.**

- 1) Allgemeines.** – Dch das VerbrRRL-UG (Vorb 4–5 v § 355 nF) erhält § 443 ab 13. 6. 14 eine neue Fassg. 1
Übergangsregelung EG 229 § 32. – Die Garantie war bisher gesetzl nicht geregelt u unterfiel als selbstd Vertr (vgl Einf 16 v § 765) od als inhaltl Änderg eines KaufVertr § 305 aF. Eine Garantie soll die gesetzl Mängelhaftg (§ 433 I 2) verstärken u ergänzen. Sie führt als Ausgl idR zu einem stärkeren Verkaufserfolg. – **a) Zweck.** Wg der großen prakt Bedeutg von Hersteller- u VerkGarantien ist eine gesetzl Regelg geboten. Außerdem fördert 2
VerbrGKRL 6 eine Bindg des Verk, des Herstellers od eines Dritten an die einschläg Werb. – **b) Begriff.** IR eines KaufVertr ist die Garantie eine Vereinbg, in der der Verk od ein Dritter die Gewähr dafür übernimmt, dass 3
die verkaufte Sache zZt des Gefahrübergangs eine bestimmte Beschaffenh aufweist (BeschaffenhGarantie) od für eine bestimmte Dauer behält (HaltbarkGarantie). Inhaltl kommt es dabei auf die Mangelfrei insges od auf 4
einz bezeichnete Mängel an, je nach dem, was die VertrPart od der Dritte mit dem Käufer als Garantie vereinbart. – **c) Arten.** Man unterscheidet (dagg BaRo/Faust Rn 12): – **aa) Unselbständige Garantie** ist die 4
Erweiterg der gesetzl Haftg für Mängel (§ 437) dch eine Garantiefrist, in der zB auch für Mängel gehaftet wird, die nach Gefahrübergang auftreten. – **bb) Selbständige Garantie** ist das Entstehen des GarantieG für einen 5
Erfolg, der über die FreiH von Sachmängeln (§ 434) hinausgeht, insbes dch die verschuldensunabhäng (§ 276 I 1) Übernahme der Haftg für einen künft Schaden, der dch die Sachmängelhaftg (§ 437 Nr 3) nicht gedeckt 5
wäre, zB einen unverschuldeten zufäll Schaden. – **cc) Risikogarantie** ist eine Garantie, die nicht auf Beschaffenh od Haltbark abstellt, sond ein SchadRisiko infolge bestimmter Umst abdecken soll (insbes auf 6
UnternKauf, Strelow/Hein DB 03, 1155). Das fällt nicht unter § 443 (BaRo/Faust Rn 13). – **d) Anwendungsbereich.** Selbst u unselbstd Garantie, nicht die Risikogarantie; grdsätzl alle KaufVertr; nur 6
Kauf von Sachen, auch Grdst; nur Sachmangel zur Beschaffenh (§ 434 I) u Haltbark. Bei Kauf eines Rechts (§ 453 I) ist die entspr Anwendg dann mögl, wenn das verkaufte Recht an einer Sache besteht, zB eine Hyp an 7
einem Grdst, für dessen bestimmte Beschaffenh der Verk garantiert. – **e) Abdingbarkeit.** § 443 ist bei VerbrGüterkauf zG des Verbr zwingd (§ 475) mit SonderVorschr (§ 477). IU kann die Garantie inhaltl frei 6
vereinbart werden (insbes Ggst, Umfang u Dauer) mit den allg Grenzen der §§ 134, 138, 242. Das gilt insbes auch beim Kauf von Untern (§ 453 Rn 7). – **f) Verhältnis zur Sachmängelhaftung** (vgl Rn 21). Die 7
Garantiehaftg besteht neben u unabhängig von der aus § 437 (I „unbeschadet“) u nicht nur dann, wenn sich die Garantie allein gg einen Dritten (Rn 8) richtet, insbes gg den Hersteller, der nicht Verk ist. Statt „Ansprüche“ 8
müsste es im Gesetz „Rechte“ heißen (Hammen NJW 03, 2588).
- 2) Garantiegeber** können (auch nebeneinander) sein: **a) Verkäufer.** Das ist der Regelfall. Die Garantie ist 8
dann Teil des KaufVertr. Der Verk kann auch als Vertreter (§ 164) des Herstellers (b) od eines Dritten (c) handeln od (u) diesem als weiterer GarantieG beitreten. – **b) Hersteller** der Sache. Er muss nicht der Lieferant 8
des Verk sein. Entscheidd ist allein, dass er die GarantieErkl (Rn 10) abgegeben hat. – **c) Dritte,** die am Vertrieb der Sache beteiligt od interessiert sind, zB Großhändler, Importeure, VertriebsUntern, insbes Tochter- od 9
Konzern-Gesellsch des Herstellers, die ihrerseits den Verk beliefern.
- 3) Garantiefall.** Die währd der Garantiedauer (Rn 13) auftretenden Sachmängel od das Entfallen der Haltbark 9
begründen einen Anspr gg den GarantieG (BGH NJW 79, 645). Art u Umfang des Anspr richten sich nach dem Inhalt der erklärten Garantie (Rn 11) u sind unabhängig vom Verschulden (§ 276 I 1; dort Rn 29).
- 4) Übernahme der Garantie (I).** GarantieErkl ist als Teil des KaufVertr die WillensErkl, die zum Abschl 10
eines KaufVertr (unselbst Garantie, Rn 4) od eines eigenständ GarantieVertr (Rn 4) führt, nicht dagg die Werb, die den Verbr nur zu Bestellg auffordert u dabei eine Garantie ankündigt, ohne sie bereits verbindl zu versprechen (BGH NJW 11, 2653, str). – **a) Erklärung** des Verk. Sie fällt unter § 130 I u kann schon vor VertrSchluss 10
abgegeben werden, idR aber zugleich, ausnahmsw später im Wege der VertragsÄnd od -Ergänz (§ 311 I). – **b) Inhalt.** Der Verk muss in vertragsmäß bindder Weise die Gewähr für die vereinbarte Beschaffenh od deren 11
Dauer übernehmen u damit zu erkennen geben, dass er für alle Folgen des Fehlens einstehen wird (BGH NJW 07, 1346, 11, 2653). Anpreisde Beschreibg, der ein Haftswille nicht entnommen werden kann, genügt nicht (BGH NJW-RR 10, 1329). Der Inhalt ist nach §§ 133, 157 auszulegen (Kblz ZGS 06, 36, Zweibr NJW-RR 11, 1074). Das Wort Garantie muss nicht verwendet werden. Gleichbedeutde Begriffe sind mögl, zB „voll 11
einstehen“, „uneingeschränkte Gewährleistung“; auch „zusichern“ wird idR genügen (vgl § 276 Rn 29). EchthZertifikat bei Kunstwerken (Berger KuR 03, 137). Die Garantie kann auf die volle Mangelfrei (§ 434) od auf einz BeschaffenhMerkmale bezogen werden, auch auf eine bestimmte Beschaffenh der Sache innerh eines 12
Zeitraums (HaltbarkGarantie). Die Part können vereinbaren, dass ein entdeckter Mangel unverzügl angezeigt werden muss. Beim VerbrGüterkauf muss der Inhalt die zusätzl Erfordern des § 477 I aufweisen. Angabe „fahrbereit“ zu Gebraucht-Kfz ist keine HaltbarkGarantie für Fahrbereitsch über längere Zeit od Strecke (BGH NJW 07, 759). Angabe des Verk, keine versteckten Mängel zu kennen u keine bekannten Mängel zu verschweigen, ist keine Gewährübernahme, sond Aussage zur Kenntn u Redlichk des Verk (BGH NJW-RR 03, 989 zu Grdst, Zweibr NJW-RR 11, 1074 zu Tier). Angabe der Laufleistg eines Gebraucht-Kfz dch PrivatVerk ist, auch bei Verkauf über Internet, idR keine stillschw BeschaffenhGarantie, sond BeschaffenhVereinbg gem § 434 I 1 (BGH NJW 07, 1346); and uU bei besond Umständen wie Erkl des Verk auf ausdrückl Nachfrage od Verkauf dch Erstbesitzer (BGH aaO) u bei Verkauf dch gewerbl Verk (Rstk NJW 07, 3290, Düss NJW-RR 13, 761, s Reinking DAR 07, 255; offengelassen von BGH aaO). Zu Auktionskatalog § 434 Rn 15, 93, 96). – 12
c) Form. Beim GrdstKauf muss die Form des § 311 b I auch die Garantie umfassen. § 443 schreibt sonst keine Form vor. Die Garantie kann auch stillschw vereinbart werden. Garantiescheine od -karten genügen. Beim VerbrGüterkauf (§ 474) kann der Käufer für eine angebotene od vereinbarte Garantie Mitteilg in Textform verlangen (§ 477 II).
- 5) Garantiefrist** ist der Zeitraum, für den der Verk die Garantie übernimmt. Die Dauer kann bestimmt sein 13
nach dem Kalender, einem Zeitraum (zB 1 Jahr) od nach dem Eintritt einer Tats (zB Betriebsstunden bei Maschinen). Die Garantiefrist ist nicht notw Bestandteil einer Garantie, weil sich diese auch allein auf den 14
Ztpkt des Gefahrübergangs (§§ 446, 447) beziehen kann. Die Garantiefrist kann kürzer od länger sein als die VerjFrist (§ 438). Ist eine Frist nicht vereinbart, gilt iZw die VerjFrist (Stgt NJW-RR 11, 955). – **a) Beginn** 14
richtet sich nach der Vereinbg. Ist eine solche nicht getroffen, läuft die Frist ab Gefahrübergang (§§ 446, 447). Die Frist beginnt unabhängig von der VerjFrist (§ 438 II). Berechn: § 187. – **b) Ablauf.** Das Fristende wird nach 15
§§ 188, 189 berechnet. – **c) Verjährungsfrist** (Rn 23) ist die regelmä ß gem § 195 (Grützner/Schmidl NJW 07, 3610, str, offen gelassen von BGH NJW 08, 2995), nicht die des § 438 (vgl dort Rn 3). Sie läuft unabhängig von der Garantiefrist u beginnt für die von der Garantie erfassten Mängel grdsätzl mit Entdeckg des Mangels (BGH NJW 79, 645; Saarbr NJW-RR 97, 1423 mwN). Sie bleibt gehemmt, bis der Mangel beseitigt ist (Saarbr aaO).

- 16 **6) Voraussetzungen** einer wirks Garantie (I). **a) Kaufvertrag.** Er muss gült zustande gekommen sein u noch bestehen, insbes nicht dch Rücktr (§ 437 Nr 2) beseitigt u abgewickelt sein. Das gilt auch dann, wenn nicht der Verk, sond der Hersteller od ein Dritter (Rn 8) garantiert. – **b) Garantieerklärung.** Sie muss vom GarantieG wirks abgegeben worden sein (Rn 10) u nach ihrem Inhalt (Rn 11) den vom Käufer beanspruchten Garantiefall decken, entweder eindeutig od gem §§ 133, 157 dch Auslegg zu ermitteln. Das können im Einzelfall alle od mehrere einz bestimmte Sachmängel od BeschaffenhMerkmale sein, je nach dem wie die Garantie lautet. Sagt die GarantieErkl darüber nichts aus, so wird iZw für alle Sachmängel garantiemäß gehaftet, wenn es sich um eine VerkGarantie handelt; bei einer Herstellergarantie nur für Sachmängel, die auf der Herstellg der gekauften Sache beruhen. – **c) Angegebene Bedingungen.** Sie sind die tats Voraussetzgen, die für den Garantiefall (Rn 9) in der GarantieErkl (Rn 10) od der einschläg WerbG festgelegt sind. Das ist keine Bedingg iS des § 158. Darunter fallen insbes: – **aa)** Bezeichg des Sachmangels, aller, der mehreren od einz Sachmängel (Rn 17), ferner die bestimmte Beschaffen der Kaufsache, wofür im Einzelfall garantiert wird. – **bb)** Angabe der Leistgen des GarantieG: ErsLieferg, Nachbesserg, Minderg, RücktrR, SchadErs, nur einz dieser Rechte od wahlw. – **cc)** Erfdl Handlgen des Käufers, zB schriftl Anzeige, Schadmeldg. – **dd)** Einhaltung der Garantiefrist (Rn 13) für den Eintritt des Garantiefalls, insbes bei der HaltbarkGarantie. – **d) Einschlägige Werbung.** Die Bedinggen (Rn 18) der (nicht formbedürft, Rn 12) Garantie müssen nicht in der notw GarantieErkl (Rn 10) enthalten sein. Sie können sich auch aus der WerbG (insbes Prospekt, Zeitgsanzeige, Werbebrief, Fernsehspot) ergeben. Dafür ist aber notw, dass erkennb wird, der Verk, Hersteller od Dritte werde im Fall des Kaufs für die angepriesene SachmangelFreih (§ 434) od eine bestimmte Beschaffen garantiemäß eintreten. Der Wille, sich rgeschäfl zu binden, muss für den Käufer erkennb sein (Lehmann DB 02, 1090). Nicht genügt eine bloße Beschreibg der Beschaffen od eine Anpreisg, ebsowenig eine allg Qualitätseinstufg, zB „hervorragd geeignet“, „besser als“. Einschläg ist die WerbG dann, wenn sie sich auf die gekaufte Sache bezieht. Das ist vom Empfänger(Käufer)Horizont aus zu beurteilen. – **e) Zeitpunkt.** Maß für den Eintritt des Garantiefalls (zB Vorliegen des Sachmangels, bei der HaltbarkGarantie der Wegfall der garantierten Beschaffen) ist zunächst der Gefährübergang (§§ 446, 447) u danach die Garantiefrist (Rn 13) bis zu ihrem Ablauf (Rn 14).
- 21 **7) Rechtsfolgen.** – **a) Grundsatz.** Dem Käufer stehen unabhäng von den Rechten aus § 437 („unbeschadet“), die nicht verdrängt werden (Hammen NJW 03, 2588), u vom Verschulden (§§ 276, 278) die in der Garantie bestimmten Anspr zu (Rn 17), gg den jew GarantieG (Verk, Hersteller od Dritter), ggf auch gg mehrere, die dann GesamtSchu sein können, wenn der Anspr gleichen Inhalt hat. Mit den gesetzl Rechten aus § 437 besteht Konkurrenz. AnsprGrdlage ist idR § 281 (von Westphalen BB 05, 1/3). Der Käufer hat die Wahl, wen er in
- 22 Anspr nimmt u was er verlangt (Rstk NJW 07, 3290). – **b) Umfang** und Art des Anspr ergeben sich idR aus der GarantieErkl (Rn 17). Bei der VerkGarantie kommen alle Rechte aus § 437 in Betr. Bei der Garantie des Herstellers od eines Dritten, die nicht Part des KaufVertr sind, scheiden Rücktr vom KaufVertr u Minderg des Kaufpreises aus, so dass der eingeräumte Anspr nur auf ErsLieferg, Nachbesserg u SchadErs gerichtet sein kann. Davon zu unterscheiden ist das InnenVerh zw dem Verk u seinem Lieferanten, der mit dem Hersteller nicht ident sein muss u auch häuf nicht ist. Das RVerh richtet sich nach Allg u Besond SchuldR, insbes Kauf- od WerkVertr, beim Letztverkauf als VerbrGut nach §§ 478, 479. Regelmäß wird dabei auf § 437 abzustellen sein.
- 23 wenn der Hersteller die Garantie nur ggü dem Endabnehmer eingeräumt hat. – **c) Verjährung** der GarantieAnspr ist vom Beginn der Garantiefrist (Rn 13) u von der Verj der gesetzl Anspr aus dem Mangel (§ 438) zu unterscheiden (Rn 15). Die Verj beginnt nicht vor Auftreten des Garantiefalls (Rn 9) u dem Eintritt der Fälligk (§ 199), spätestens mit Anzeige des Garantiefalls dch den Käufer. Die Verj unterliegt nicht den Frist des § 438 I Nr 1–3, sond der regelmäß VerjFrist des § 195 und der Ablaufhemmg nach den allg Vorschr (§§ 203 ff).
- 24 **8) Beweislast (II).** – **a) Käufer.** Er muss beweisen: – **aa)** dass sein AnsprGegner (Verk, Hersteller od Dritter) für die verkaufte Sache (Rn 5) eine GarantieErkl (Rn 10) abgegeben hat; – **bb)** dass die angegebenen Bedinggen (Rn 18) erfüllt sind, insbes die HaltbarkGarantie sich auf die geltd gemachte Beanstandg erstreckt; – **cc)** dass die Garantiefrist (Rn 13) eingehalten u währd ihrer Dauer der Mangel od der Wegfall der Beschaffen aufgetreten ist. – **b) Verkäufer.** Er muss die gesetzl Vermutg widerlegen, der Mangel beruhe auf dem Zustand der Sache zZt der Übergabe u sei desh von der HaltbarkGarantie erfasst. Desh müsste der Verk, Hersteller od Dritte zB beweisen, dass der Sachmangel aufgetreten ist, weil der Käufer den gekauften Ggst nicht sachgem gebraucht od behandelt habe, zB die Montageanleitg (§ 434 II 2) od die Gebrauchsanweisg nicht beachtet od falsch angewendet, auch dass ein zufäll von außen wirkdes Ereign den Sachmangel herbeigeführt hat. Es ist im Einzelfall darauf abzustellen, ob die Ursache in den Verantwortungsbereich des Käufers fällt (BGH NJW 95, 516 für § 477 aF).

474 Begriff des Verbrauchsgüterkaufs. (1)¹ **Kauft ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache (Verbrauchsgüterkauf), gelten ergänzend die folgenden Vorschriften.** ² **Dies gilt nicht für gebrauchte Sachen, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnehmen kann.**

(2)¹ **Auf die in diesem Untertitel regelten Kaufverträge ist § 439 Abs. 4 mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.** ² **Die §§ 445 und 447 sind nicht anzuwenden.**

1 **1) Allgemeines.** Dch das VerbrRRL-UG (Vorb 4–5 v § 355 nF) erhält § 474 ab 13. 6. 14 eine neue Fassg. Übergangsregelung EG 229 § 32. – Die VerbrGKRL forderte zum 1. 1. 02 eine Umsetzg in das deutsche SchuldR. Ein wesentl Teil der EG-Vorgaben ist in die Allg Vorschr (Untertitel 1, §§ 433–453) u in die LeistgsstörgsVorschr des Allg SchuldR eingearbeitet. Daher konnte sich der GesetzG für den VerbrGüterkauf mit den §§ 474–479 als ergänzde (I) Sonderregelg begnügen (Vorb 1). Soweit es den EG-Mitgliedstaaten freigestellt war, bestimmte Regelgen einzuführen, wurde davon nicht immer Gebrauch gemacht, zB ist eine Obliegenh des Verbr zur Anzeige einer VertrWidrigk nicht begründet worden. Die Anforderungen von VerbrGKRL 3 werden erfüllt dch §§ 437–441 u deren Verweisen in das Allg SchuldR (§§ 280, 281, 283, 311 a, 323, 326, 346, 347, 355, 356) sowie dch die Vorschr für FernAbsVertr zw Verbr u Untern, die einen VerbrGüterkauf betreffen (§§ 312 b–312 i), u bei Verwendg von AGB dch §§ 305–310. Aus diesem Grd ist die Regelg des VerbrGüterkaufs unübersichtl, weil sie verstreut im

Allg SchuldR, im allg KaufR u in §§ 474–479 enthalten ist. II 1 wurde eingefügt dch Art 5 des Gesetzes vom 10. 12. 08 (BGBl I 2399), in Kraft seit 16. 12. 08.

2) Anwendungsbereich. §§ 474–479 gelten für alle VerbrGüterkaufVertr zw Verbr u Untern, nicht zw Verbr u Verbr, auch über gebrauchte Sachen u Tiere. Eine Ausn bildet I 2. Darunter fallen alle öff Versteigerern gem § 383 III (BGH NJW **06**, 613, NJW-RR **10**, 1210; § 383 Rn 4), für die § 156 gilt. Die Voraussetzg der Möglichk zur persönl Teilnahme ist desh überflüss. Der die Versteigerer leitende öff bestellte Versteigerer muss nicht zugleich deren Veranstalter sein (BGH NJW-RR **10**, 1210). Zum Begriff gebrauchte Sache: § 475 Rn 11. Es kommt nicht darauf an, dass der Verbr tats teilgenommen hat. Die Voraussetzgen des I 2 decken sich insofern nicht voll mit § 445 (Haftbegrenzg), als dort ein Pfandverkauf vorliegen muss. Insbes für die freiwill öff Versteigerer können §§ 433–435, 437, 439–443 auch zu Ungunsten des Ersteigerers abbedungen werden (§ 475 I).

3) Voraussetzungen (I) eines VerbrGüterkaufs: – **a) Kaufvertrag.** Er muss als Vertr wirks abgeschl sein (§§ 145 ff) u den Inhalt des § 433 aufweisen. Ggst des Kaufs muss eine bewegl Sache (§ 90) od ein Tier (§ 90a) sein, auch eine künft Sache (§ 433 Rn 6), nicht Strom u Wärme (§ 433 Rn 8), Gas u Wasser nur in körperl Begrenzg abgefüllt (Vorb 3; § 90 Rn 1). – **b) Verbraucher** (Begriff Vorb 3) muss der Käufer sein, immer eine natürl Pers. Es wird grdsätzl auf § 13 u dessen breiten Anwendungsbereich (dort Rn 5) verwiesen. I setzt dch die Verwendg des Begriffs Verbr wg § 13 voraus, dass der Kauf zu privatem Zweck abgeschl wurde (§ 13 Rn 3). Darunter fällt auch der unselbst berufl Zweck als ArbN, zB Berufskleidg, Kfz, das auch für die Fahrt zum ArbPlatz benutzt wird. Dieser private Zweck (auch bei Kunst, Wertbruch NJW **04**, 1977/81) ist unabhäng vom inneren Willen des kaufenden Verbr u ist nach den äußeren Umst, dem Auftreten u den Erkl des Käufers, dem Ggst u Inhalt des KaufVertr zu ermitteln (Karlsru NJW-RR **12**, 289, Celle ZGS **07**, 354). Täuscht ein Verbr als Käufer dem Untern als Verk vor, der Verwendungszweck sei gewerbl, kann er sich nicht auf §§ 474 ff berufen (BGH NJW **05**, 1045). Bei ausdrückl Bestätigg des Verbr, er sei Untern, liegt eine Umgehg (§ 475 I 2) vor, wenn der Verk böswill handelt (Najdecki ZGS **09**, 155). Bei einem gemischten Zweck (zB Kfz für selbstd Handelsvertreter u private Benutzg) kommt es darauf an, was überwiegt (vgl § 13 Rn 4). – **c) Unternehmer** muss der Verk (§ 433 I) sein. Für den Begriff gilt § 14 (dort Rn 2 ff), nämli eine natürl od jur Pers, eine rfäh PersGesellsch, die bei Abschluss des KaufVertr (Rn 3) in Ausübng gewerbl od selbstd berufl Tätigk handelt, insbes auch Handwerker, Freiberufler, Landwirte, wenn sie ihrerseits in unternehmer Tätigk (nicht die Zahnärztin, die ihr Auto verkauft, LG Ffm NJW-RR **04**, 1208) an einen Verbr verkauft, zB der Tierarzt ein Medikament an den Haustierbesitzer, nicht wenn er es an einen Mastbetriebsinhaber verkauft, weil dieser zu gewerbl Zweck kauft. Auch ein branchenfremdes NebenGesch fällt iZw unter §§ 474 ff (BGH NJW **11**, 3435). Dass die Tätigk nebenberufl ausgeübt wird, steht nicht entgg. Es kommt dann darauf an, ob die private od die unternehmer Benutzg des KaufGgst überwiegt (Celle NJW-RR **04**, 1645). Bei Verkauf dch den InsolvenzVerw kommt es darauf an, ob der InsolvenzSchu Untern ist od war (hierzu krit Marotzke ZInsO **02**, 501). – **d) Agenturgeschäft** ist im Kfz-Handel gebräuchl. Ob der Händler, der im Namen des Eigentümers des Kfz tät wird u als dessen Bevollm einen KaufVertr mit dem Käufer schließt (BaRo/Faust Rn 7), od der Eigentümer der Verk ist, hängt entscheidd davon ab, wer das wirtschaftl Risiko des Verkaufs trägt (BGH NJW **05**, 1039, **07**, 759). Ist das der Händler, kann ein VerbrGüterkauf vorliegen (Stgt NJW **04**, 2169, Celle NJW-RR **08**, 1635) u die Angabe, der Eigentümer sei Verk, stellt eine Umgehg (§ 475 I 2) dar (vgl § 475 Rn 8). – **e) Beweislast** für VerbrGüterkauf § 13 Rn 4.

4) Ergänzende Anwendung (I 1). Die Vorschr geht davon aus, dass §§ 433–453 gelten, soweit sie den Kauf einer bewegl Sache betreffen, insow auch die besond Arten des Kaufs (§§ 454–473). Nachfolgende Regelgen gehen den allg Vorschr (§§ 433–453) vor: – **a) Gefahrübergang** beim Versendgskauf (§ 447) gilt nicht (II, Rn 12). – **b) Haftungsbegrenzung** bei öff Versteigerer (§ 445) ist ausgeschl (II, Rn 11). – **c) Abweichende Vereinbarungen** zum Nachteil des Verbr sind unwirks (§ 475 I) wenn sie betreffen: HauptPfl (§ 433 I), Sach- u RMängel (§ 434, 435), die VerbrR wg Mängeln (§§ 437, 439–443) mit Ausn des Ausschlusses der Beschräng des SchadErsAnspr, bei Bestehenbleiben der AGB-Klauselverbote (§§ 307–309). Das bezieht sich nicht zwingd auf § 447 (§ 475 I), so dass II nicht für unabhingb erachtet wird (MüKo/Lorenz Rn 32; aA wohl BGH NJW **03**, 3341). Demzufolge kann Abholg der Sache dch den Verbr vereinbart werden (Lettl JuS **04**, 314/8). – **d) Verjährung** (§ 438): Verbot der Erleichterung dch § 475 II. – **e) Beweislast.** Sie ist für das Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang (§ 446) dem Untern (Verk) überbürdet (§ 476). – **f) Garantie** (§ 443). Sie wird dch § 477 zum zusätzl Schutz des Verbr ausgestaltet. – **g) Rückgriff.** Als Folge der erweiterten Haftg des Verk (Untern) beim VerbrGüterkauf wird dem Untern der Regress richtlkonform ermöglicht (§§ 478, 479). Das berührt nicht die Anspr des Verbr gg seinen Verk (Untern).

5) Nachlieferung (II 1). Bisher bestimmte § 439 IV auch bei einem VerbrGüterkauf einer mangelh Sache für die NachErf durch ErsLiefereg einer mangelfreien Sache, dass der Verk vom Käufer die Rückgewähr der mangelh Sache nach Maßß der §§ 346–348 verlangen kann. Nach dem Wortlaut bedeutete dies, dass er auch Herausg der aus der mangelh Sache gezogenen Nutzgen oder deren WertErs (§ 346 I, II 1 Nr 1) fordern konnte. Auf Vorlage des BGH (NJW **06**, 3200) hat der EuGH (NJW **08**, 1433) festgestellt, dass dies nicht mit VerbrGKRL 3 vereinbar ist (sa § 439 Rn 25). Mit II 1 hat der GesetzG der Entsch des EuGH Rechng getragen (BT-Drs 16/10607 S 4, 5f). Der Verk, der Untern ist, kann also von einem Käufer, der Verbr ist, im Falle der ErsLiefereg für eine mangelh Sache nicht Herausg der gezogenen Nutzungen oder deren WertErs verlangen. Unabhäng von dieser GesetzesÄnd hat der BGH (NJW **09**, 427) entschieden, dass § 439 IV iF eines VerbrGüterkaufs entgg dem Wortlaut aGrd richtlkonformer RFortbildung in dieser Weise einschränk auszulegen ist.

- 10 **6) Ausschluss der Anwendung (II 2).** §§ 445 u 447 sind im Geltungsbereich der §§ 474 ff mit der Folge nicht anzuwenden, dass eine Haftungsbeschränkung bei öff Versteigerung (§ 445) entfällt u dass für den Gefahrübergang auch beim Versendungskauf die allg Vorschr des § 446 gilt. Das kann jedenfalls dch AGB nicht wirks abbedungen werden (vgl Rn 7 u MüKo/Lorenz § 475 Rn 5). – **a) Haftungsbegrenzung** des § 445. Sie entfällt, so dass dem Verbr als Ersteigerer in allen Fällen des Sach- oder RMangels (§§ 434, 435) die Rechte aus §§ 437 ff zustehen, nicht nur bei arglist Verschweigen eines Mangels od bei einer BeschaffungsGarantie (§ 445). Dies wirkt sich bei den öff Versteigerungen aus, die nicht unter I 2 fallen u die desh den §§ 474–479 unterliegen. Das trifft insbes bei ungebrauchten Sachen zu (vgl Rn 2). – **b) Gefahrübergang** gem § 446 auch beim Versendungskauf (§ 447). – **aa) Zweck.** Das Versandrisiko des zufäll Untergangs u der zufäll Verschlechterg soll dem Verk (Untern) überbürdet werden, weil dieser über Art u Weg der Beförderg entscheidet, dabei den Beförderer (eig Personal, Spediteur od Frachtführer) auswählt, außerdem die TransportVers abschließen u im Kaufpreis kalkulieren kann. – **bb) Voraussetzungen.** Es muss kein Verlangen des Verbr, ihm die Ware zuzusenden, geäußert werden. Es genügt, dass die Versendg (§ 447 Rn 11) tats geschieht u ihre Notwendigk sich aus den Umst (insbes Ort) des Kaufs ergibt. Dies kann nicht wirks abbedungen werden, weil II von § 475 I 1 als Vorschr des Untertitels erfasst wird (umstr; vgl Rn 7 u 10). – **cc) Wirkung.** Auch beim Versendungskauf geht die Gefahr erst über, wenn der Verbr den Besitz der gekauften Sache erlangt (§ 446 S 1) oder sich in Annahmeverzug (§§ 293 ff) begibt. Die Rechte u Pfl der VertrPart richten sich nach § 446.

485 Widerrufsrecht. (1) Dem Verbraucher steht bei einem Teilzeit-Wohnrechtvertrag, einem Vertrag über ein langfristiges Urlaubsprodukt, einem Vermittlungsvertrag oder einem Tauschsystemvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu.

(2) ¹ Der Verbraucher hat im Falle des Widerrufs keine Kosten zu tragen. ² Die Kosten des Vertrags, seiner Durchführung und seiner Rückabwicklung hat der Unternehmer dem Verbraucher zu erstatten. ³ Eine Vergütung für geleistete Dienste sowie für die Überlassung von Wohngebäuden zur Nutzung ist abweichend von § 357 Absatz 1 und 3 ausgeschlossen.

(3) ¹ Hat der Verbraucher einen Teilzeit-Wohnrechtvertrag oder einen Vertrag über ein langfristiges Urlaubsprodukt wirksam widerrufen, ist er an seine Willenserklärung zum Abschluss eines Tauschsystemvertrags, der sich auf diesen Vertrag bezieht, nicht mehr gebunden. ² Satz 1 gilt entsprechend für Willenserklärungen des Verbrauchers zum Abschluss von Verträgen, welche Leistungen an den Verbraucher im Zusammenhang mit einem Teilzeit-Wohnrechtvertrag oder einem Vertrag über ein langfristiges Urlaubsprodukt zum Gegenstand haben, die von dem Unternehmer oder auf Grund eines Vertrags des Unternehmers mit einem Dritten erbracht werden. ³ § 357 gilt entsprechend. ⁴ Der Verbraucher hat jedoch keine Kosten auf Grund der fehlenden Bindung an seine Willenserklärung zu tragen.

1 **1) Allgemeines.** – Dch das VerbrRRL-UG (Vorb 4–5 v § 355 nF), das das WiderrufsR einheitl in §§ 355 ff nF regelt, werden II u III entbehr u entfallen desh ab 13. 6. 2014. Die Regelg von II ist dann in § 357 b nF enthalten, die Regelg von III in § 360 I nF. Materielle Ändergen sind damit nicht verbunden (BT-Drs 17/12637 S 70). Übergangsregelung EG 229 § 32. – § 485 setzt in I TeilzeitnutzgsR-RL 2009 6 I, in II TeilzeitnutzgsR-RL 2009 8 II u in III TeilzeitnutzgsR-RL 2009 11 I um. Die Vorschr verweist grdsätzl auf das VerbrWiderrufsR des § 355 u regelt in II u III die Abweichgen, die sich aus der TeilzeitnutzgsR-RL 2009 ergeben. – **Zweck** ist, dem Verbr zu ermöglichen, die komplizierte, schwer dchschau, oft fremdart RLage, insbes die Verpfl, ohne zeitl Druck, frei vom Verhandlungszwang zu prüfen u zu überdenken, um dann den Vertr ggf rückgäng zu machen. – **Anwendbar** gem I auf alle Vertr gem §§ 481–481 b, auch notarielle. – **Nicht abdingbar** zum Nachteil des Verbr (§ 487 S 1) u Umgehungsverbot (§ 487 S 2). – **Vorrang.** Das WiderrufsR des § 485 verdrängt das WiderrufsR bei Haustürgesch (§ 312 a). Ist der Vertr mit einem DarlVertr verbunden, gelten bei Widerruf §§ 358, 359. – **Anderere Rechtsfolgen.** Verstöße gg § 484 hindern den Verbr nicht, statt zu widerrufen sich auf Nichtigkeit des Vertr sowie auf Mängel (§§ 434, 435, 453 I, III) zu berufen. Bei Verwendg von AGB sind auch die §§ 305–310 anwendb.

2 **2) Widerrufsrecht (I)** des Verbr ist das des § 355, das grdsätzl für alle VerbrVertr gilt. Es besteht, soweit §§ 485 u 485 a nicht eine besond Regelg enthalten. Danach ist eine Begründg nicht notw u Textform (§ 126 b) zuläss u ausreichend (§ 355 I 2); der Verbr kann dazu das Formblatt gem TeilzeitnutzgsR-RL 2009 Anh V benutzen (TeilzeitnutzgsR-RL 2009 7 S 2, 3). Der Widerruf ist mögl, sobald der Vertr abgeschl ist. Die Widerrufsfrist beträgt 2 Wochen (§ 355 II 1). Die Sonderregelg zu Beginn der Frist u Erlöschen des WiderrufsR enthält 485 a.

3 **3) Vertragsabwicklung** nach wirks Widerruf. – **Kostenfreiheit (II).** Der Verbr hat nach dem wirks Widerruf seiner VertrErkl gem §§ 481–481 b keine Kosten zu tragen. Die Regelg erfasst die Kosten des Abschlusses, der Dchführg u der Rückabwickl des Vertr, sodass der Untern alle dadch angefallenen Kosten, insbes auch Notar- u Grdbuchkosten zu tragen od dem Verbr zu erstatten hat (BT-Drs 17/3111 S 4 f). Der Verbr muss bei der Rückabwickl gem § 346 I nur Leistgen zurückgewähren, die ihrer Natur nach tats zurückgewährt werden können, zB ihm eingeräumte dingl NutzgsR (BT-Drs 17/2764 S 19). Nutzen des vertragl Rechts od in Anspr genommene vertragl Dienste muss er nicht vergüten. Die KostenFreih erstreckt sich aber nicht auf Kosten, die nicht auf dem Widerruf od der vertragsgerechten Nutzg bis zum Widerruf beruhen. – **Akzessorische Verträge (III).** Der Verbr ist nach dem Widerruf eines TeilzeitWohnRVertr od eines Vertr über ein langfrist Urlaubsprodukt (sofern dieser Ggst eines TauschsystemVertr sein kann, s § 481 b Rn 3) an einen **Tauschsystemvertrag** (III 1, § 481 b II), der sich auf jenen Vertr bezieht, u **sonstige akzessorische Verträge** (III 2, TeilzeitnutzgsR-RL 2009 2 I Buchst. g), die er allein vor dem Hintergrd jenes Vertr abgeschl hat u die für ihn nach dem Widerruf keinen Wert mehr haben, nicht gebunden; deren VertrGgst muss in einem tats od wirtschaftl NäheVerh zu dem widerrufenen Vertr stehen, zB eine entgeltl Mitgliedsch in einem Fitness-Club in einer Ferienanlage, an der das TeilzeitWohnR besteht (BT-Drs 17/2764 S 19 f). Für die RFolgen gelten §§ 357, 346 ff mit der Maß dass der Verbr Kosten, auch VertrStrafen (BT-Drs 17/2764 S 20), nicht zu tragen hat (III 4). – **Darlehensvertrag.** III 2 regelt nicht die Folgen des Widerrufs eines TeilzeitWohnRVertr od Vertr über ein langfrist Urlaubsprodukt für einen DarlVertr, mit dem der Vertr finanziert wird. Die Rechtsfolge, die TeilzeitnutzgsR-RL 2009 11 II für diesen Fall vorschreibt, ergibt sich bereits aus § 358 I, der insow nicht dch III 2 verdrängt wird (BT-Drs 17/2764 S 20).

485a **Widerrufsfrist.** (1)¹ Abweichend von § 355 Absatz 3 beginnt die Widerrufsfrist mit dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder des Abschlusses eines Vorvertrags.² Erhält der Verbraucher die Vertragsurkunde oder die Abschrift des Vertrags erst nach Vertragsschluss, beginnt die Widerrufsfrist mit dem Zeitpunkt des Erhalts.

(2)¹ Sind dem Verbraucher die in § 482 Absatz 1 bezeichneten vorvertraglichen Informationen oder das in Artikel 242 § 1 Absatz 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bezeichnete Formblatt vor Vertragsschluss nicht, nicht vollständig oder nicht in der in § 483 Absatz 1 vorgeschriebenen Sprache überlassen worden, so beginnt die Widerrufsfrist abweichend von Absatz 1 erst mit dem vollständigen Erhalt der vorvertraglichen Informationen und des Formblatts in der vorgeschriebenen Sprache.² Das Widerrufsrecht erlischt abweichend von § 355 Absatz 4 spätestens drei Monate und zwei Wochen nach dem in Absatz 1 genannten Zeitpunkt.

(3)¹ Ist dem Verbraucher die in § 482 a bezeichnete Widerrufsbelehrung vor Vertragsschluss nicht, nicht vollständig oder nicht in der in § 483 Absatz 1 vorgeschriebenen Sprache überlassen worden, so beginnt die Widerrufsfrist abweichend von Absatz 1 erst mit dem vollständigen Erhalt der Widerrufsbelehrung in der vorgeschriebenen Sprache.² Das Widerrufsrecht erlischt abweichend von § 355 Absatz 4 sowie gegebenenfalls abweichend von Absatz 2 Satz 2 spätestens ein Jahr und zwei Wochen nach dem in Absatz 1 genannten Zeitpunkt.

(4)¹ Hat der Verbraucher einen Teilzeit-Wohnrechtvertrag und einen Tauschsystemvertrag abgeschlossen und sind ihm diese zum gleichen Zeitpunkt angeboten worden, so beginnt die Widerrufsfrist für beide Verträge mit dem nach Absatz 1 für den Teilzeit-Wohnrechtvertrag geltenden Zeitpunkt.² Die Absätze 2 und 3 gelten entsprechend.

1) **Allgemeines.** – Dch das VerbrRRL-UG (Vorb 4–5 v § 355 nF), das auch den Beginn der Widerrufsfrist u das Erlöschen einheitl in §§ 355 ff nF regelt, wird § 485 a entbehr u entfällt desh ab 13. 6. 14. Die Regelg befindet sich dann in § 356 a II–V nF. Materielle Ändergen sind damit nicht verbunden (BT-Drs 17/12637 S 70). Übergangsregelung EG 229 § 32. – § 485 a setzt TeilzeitnutzgsR-RL 2009 6 um. Er regelt die sich aus der TeilzeitnutzgsR-RL 2009 ergebden Abweichgen von § 355, der gem § 485 I grdsätzl auch für die Widerrufsfrist gilt, näm den Beginn der Widerrufsfrist sowie das Erlöschen des WiderrufsR nach einem bestimmten Zeitablauf, wenn die Frist nicht begonnen hat. – **Anwendbar** gem I auf alle Vertr gem §§ 481–481 b, auch auf einen VorVertr. – **Nicht abdingbar** zum Nachteil des Verbr (§ 487 S 1) u Umgehungsverbot (§ 487 S 2).

2) **Dauer der Widerrufsfrist.** Sie beträgt in jedem Fall gem § 485 I, § 355 II 1 Hs 1 14 Tage. Zur Fristwahrng genügt die rechtzeitig Absendg (§ 355 I 2 Hs 2, TeilzeitnutzgsR-RL 2009 7 S 3)

3) **Beginn der Widerrufsfrist** ist gem I 1 abweichd von § 355 III grdsätzl der VertrSchluss nach §§ 481–481 b. – **Vorverlegt** wird der Fristbeginn iF eines VorVertr auf dessen Abschluss (I 1), wenn der VorVertr die Anforderungen, die an die Wirksamk des HauptVertr zu stellen sind, erfüllt.

4) **Hinausgehobener Beginn, Erlöschen.** Hinausgehoben wird der Fristbeginn in folgenden Fällen: – (1) gem I 2, wenn der Verbr die **Urkunde** od eine **Abschrift** des Vertr od des VorVertr, der insow in I 2 nicht erwähnt, aber in TeilzeitnutzgsR-RL 2009 6 II Buchst. a u b angeführt ist, nach Abschluss erhält, auf den Erhalt der Urkunde od Abschrift; andfalls erlischt das WiderrufsR nicht; – (2) gem II 1, wenn dem Verbr die **vorvertraglichen Informationen** (§ 482 I) od das Formblatt gem EG 242 § 1 II vor VertrSchluss od beide nicht, nicht vollständ, also auch nicht richtig, od nicht in der vorgeschriebenen Sprache (§ 483) überlassen sind, auf den vollständ Erhalt der vorvertragl Info u des Formblatts in der vorgeschriebenen Sprache; andfalls erlischt das WiderrufsR gem II 2 spätestens 3 Monate u 2 Wochen nach Abschluss des (Vor)Vertr od nach Erhalt der Urkunde od Abschrift; – (3) gem III 1, wenn dem Verbr die **Widerrufsbelehrung** mit dem vorgeschriebenen Formblatt (§ 482 a, EGBGB 242 § 2) vor VertrSchluss (anlässl des VertrSchlusses, § 482 a Rn 2) nicht, nicht vollständig (auch nicht richtig) od nicht in der vorgeschriebenen Sprache (§ 483) überlassen worden ist, auf den vollständ Erhalt der Widerrufsbelehrung in der vorgeschriebenen Sprache; andfalls erlischt das WiderrufsR gem III 2 spätestens 1 Jahr u 2 Wochen nach Abschluss des (Vor)Vertr od nach Erhalt der Urkunde od Abschrift. – **Rechtsfolge des Erlöschens.** Der Vertr kann nicht mehr widerrufen werden. Das Erlöschen des WiderrufsR in den Fällen 2 u 3 berührt aber das Recht des Verbr zur VertrBeendigg aus and Grden (zB § 123, Mängelhaftg) nicht (BT-Drs 17/2764 S 20, TeilzeitnutzgsR-RL 2009 6 III ii u ErwäggsGrd 12 S 4).

5) **Teilzeit-Wohnrechtvertrag und Tauschsystemvertrag.** Werden diese Vertr (§§ 481, 481 b II) dem Verbr gleichzeitig angeboten u kommt es zum Abschluss der beiden Vertr, der nicht gleichzeitig stattfinden muss, bestimmt IV den Beginn der Widerrufsfrist einheitl. Er richtet sich für beide Vertr nach dem für den TeilzeitWohnRVertr geltenden Ztpkt grdsätzl nach I (IV 1). Auch die Berechng der Ztpkte für den Fristbeginn u das Erlöschen des WiderrufsR in den Sonderfällen gem II u III richtet sich unabhängig davon, ob diese Vorschr für den TeilzeitWohnRVertr od den TauschsystemVertr eingreifen, nach dem TeilzeitWohnRVertr (IV 2).

495 **Widerrufsrecht.** (1) Dem Darlehensnehmer steht bei einem Verbraucherdarlehensvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu.

(2)¹ Die §§ 355 bis 359 a gelten mit der Maßgabe, dass

1. an die Stelle der Widerrufsbelehrung die Pflichtangaben nach Artikel 247 § 6 Absatz 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche treten,
2. die Widerrufsfrist auch nicht beginnt
 - a) vor Vertragsschluss und
 - b) bevor der Darlehensnehmer die Pflichtangaben nach § 492 Absatz 2 erhält, und
3. der Darlehensnehmer abweichend von § 346 Absatz 1 dem Darlehensgeber auch die Aufwendungen zu ersetzen hat, die der Darlehensgeber an öffentliche Stellen erbracht hat und nicht zurückverlangen kann; § 346 Abs. 2 Satz 2 zweiter Halbsatz ist nur anzuwenden, wenn das Darlehen durch ein Grundpfandrecht gesichert ist.

² § 355 Absatz 2 Satz 3 und Absatz 4 ist nicht anzuwenden.

(3) Ein Widerrufsrecht besteht nicht bei Darlehensverträgen,

1. die einen Darlehensvertrag, zu dessen Kündigung der Darlehensgeber wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers berechtigt ist, durch Rückzahlungsvereinbarungen ergänzen oder ersetzen, wenn dadurch ein gerichtliches Verfahren vermieden wird und wenn der Gesamtbetrag (Artikel 247 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche) geringer ist als die Restschuld des ursprünglichen Vertrags,
2. die notariell zu beurkunden sind, wenn der Notar bestätigt, dass die Rechte des Darlehensnehmers aus den §§ 491 a und 492 gewahrt sind, oder
3. die § 504 Absatz 2 oder § 505 entsprechen.

1) **Allgemeines.** – Dch das VerbrKrRL-UG (Vorb 4–5 v § 355 nF) wird II entbehrt u entfällt desh ab 13. 6. 14. Die Widerrufsfolgen werden einheitl in §§ 355 ff nF geregelt. Ein Rückgriff auf das RücktrittsR (Rn 5) wird nicht mehr erfolgen (BT-Drs 17/12637 S 71, 65). Übergangsregelung EG 229 § 32. – Die dch das VerbrKrRL-UG geänderte Vorschr setzt VerbrKrRL 14 um. I ist nicht geändert. II regelt die Abweichgen, weil eine vollharmonisierte Vorschr erfdl ist u desh die Besonderh der VerbrKrRL normiert werden müssen. III enthält die Ausn vom WiderrufsR, die neu eingeführt (Nm 1, 2) oder aus § 495 II aF übernommen (Nr 3) sind. Dch das VerbrKrRL-UÄndG wurde für den Fall der Nachholg von Angaben u der Heilig eines formnicht Vertr mit geändertem Inhalt (§ 494 VII) mit II 1 Nr 2 Buchst b u II 2 die erfdl Folgeregeln geschaffen. – **Zweck.** Der Verbr soll wg der wirtschaftl Bedeut eines DarlVertr vor übereilter Bindg geschützt werden, indem ihm innerh einer Bedenkzeit die Möglichk eingeräumt wird, den Vertr zu beseitigen. – **Anwendungsbereich.** Grdsätzl alle VerbrDarlVertr (§ 491 I, dort Rn 1, 2–6), auch der ImmobilierDarlVertr (§ 503), eingeräumte Überziehungsmöglchk (§ 504 I), Finanziergshilfen (§ 506 I) mit der Sonderregelg für ein RückgabeR beim TeilzahlgsGesch (§ 508 I). Beim RatenliefergsVertr, für den § 495 nicht gilt, besteht ein WiderrufsR gem § 510 I 1 Nr 3. Ausgenommen von § 495 sind gerichtl protokollierte od festgestellte Vergl (§ 491 III) sowie eingeräumte Überziehungsmöglchk (§ 504 II 1) u geduldete Überziehg (§ 505 IV), die auch in III Nr 3 genannt sind, ferner die Vertr gem III Nrn 1, 2. – **Abdingbarkeit.** I ist zwingnd mit Umgehgsverbot (§ 511).

2) **Widerrufsrecht (I)** (Zusfassg in Anlage 6 zu EG 247 Abschnitt WiderrufsR). § 495 räumt in I dem DarlN als Verbr das WiderrufsR ein, das nach § 355 besteht. Eine Belehrg ist nicht vorgesehen u nicht erfdl. § 360 ist desh nicht in Bezug genommen u nicht anwendb. An deren Stelle treten nach II 1 Nr 1 die PflAngaben gem EG 247 § 6 II im Vertr. – **Vorvertragliche Information.** Der Verbr ist bereits vor VertrSchluss über das Bestehen eines WiderrufsR zu unterrichten (§ 491 a, EG 247 § 3 Nr 13). Die Verletzg dieser Pfl berührt die Wirksamk des Vertr u das WiderrufsR aber nicht. – **Angabe im Vertrag.** Erfdln sind im Vertr in der Form gem § 492 I die PflAngaben zum WiderrufsR gem § 492 II, EG 247 § 6 I Nr 1, § 3 Nr 13, § 6 II 1, 2 bzw § 12 I 1, 2 Nr 2 Buchst b. Diesen Anforderngen ist gem EG 247 § 6 II 3, 4 § 12 I 3–5 mit Gesetzlichkeitsfiktion genügt, wenn der Vertr eine VertrKlausel in hervorgehobener u deutl gestalteter Form enthält, die dem Muster in Anlage 6 zu EG 247 entspricht. Fehlt die Form od eine dieser PflAngaben, ist der Vertr nichtig (§ 494 I). Zwar kann der Vertr, wenn er nicht dch erneuten formgerechten VertrSchluss mit allen PflAngaben beseitigt wird, dch Empfang od Inanspruchnahme des Darl geheilt werden (§ 494 II 1). Daraus folgt aber nicht, dass auch die Widerrufsfrist beginnt. Dazu müssen die PflAngaben nachgeholt werden (§ 492 VI). – **Vertretung.** Das WiderrufsR steht dem vertretenen Verbr zu, der den Vertreter zum Widerruf bevollmächtigen kann. Die erteilte Vollm kann nicht gem I widerrufen werden, sond nur aus § 168, also bis VertrSchluss (§ 167 I).

3) **Widerrufsfrist** (Zusfassg in Anlage 6 zu EG 247 Abschnitt WiderrufsR). – **Beginn.** Dafür ist nach VerbrKrRL 14 I der VertrSchluss u der vollständ Erhalt der PflAngaben gem VerbrKrRL 10 erfdl. II 1 Nr 2 Buchst a verlangt daher den VertrSchluss. Der Erhalt des VertrInhalts folgt für den formgerechten abgeschl Vertr, der die erfdl PflAngaben enthält, aus § 355 III 2; in diesem Fall beginnt die Widerrufsfrist nach Erhalt einer VertrUrkunde, des schriftl Antr des Verbr od einer Abschrift der VertrUrkunde od des Antr. § 355 III 2 greift aber nicht ein bei einem wirks abgeschl Vertr, der nicht alle PflAngaben enthält, u bei einem gem § 494 II 1 geheilten Vertr, dessen Bedinggen sich gem § 494 II 2–VI geändert haben. Hier ist gem II 1 Nr 2 Buchst b für den Fristbeginn die Nachholg der bislang fehlenden PflAngaben gem § 492 VI (dort Rn 8) notw, bei einem wirks abgeschl Vertr dch Erhalt der nachgeholtten PflAngaben neben der Unterlage gem § 355 III 2 (§ 492 VI 3), bei einem geheilten Vertr dch Erhalt einer Abschrift des geltenden Vertr (§ 492 VI 2, § 494 VII 2), jew in Textform. Im (nicht geregelten) Fall einer unricht PflAngabe, die für das VertrVerh noch von Bedeut ist, beginnt die Widerrufsfrist ebenfalls erst mit der wirks Nachholg gem § 492 VI (MüKo/Schümbrand Rn 10; Bülow/Artz Rn 142). – **Dauer.** Sie beträgt grdsätzl 14 Tage (I, II 1, § 355). Ist die Nachholg von PflAngaben erfdl, beträgt sie 1 Monat (§ 492 VI 4). § 355 II 3 ist gem II 2 nicht anzuwenden. – **Erlöschen** des WiderrufsR ist ausgeschl; gem II 2 ist § 355 IV nicht anzuwenden. Fehlen PflAngaben im Vertr, ist, wenn dieser gleichwohl wirks ist, ein Widerruf mögl, solange keine Verwirkg vorliegt.

4) **Widerruf.** Es gelten die Ausführngen zu § 355 (dort Rn 6 ff).

5) **Rechtsfolgen des Widerrufs** (Zusfassg in Anlage 6 zu EG 247 Abschnitt Widerrufsfolgen). Die R Folgen richten sich nach §§ 355 I 1, 357 I, 346. II 1 Nr 3 Hs 1 räumt dem DarlG einen zusätzl Anspr auf Ersatz der Aufwendngen an öff Stellen ein; dies sind zB Notarkosten, nicht aber Kosten für Anfragen bei privaten Auskunftfeien (BT-Drs 16/11 643 S 83). II 1 Nr 3 Hs 2 schließt die Anwendng von § 346 II 2 Hs 2 wg VerbrKrRL 14 III Buchst b S 2 auf die von der RL erfassten Vertr aus u kann sie daher nur für dch ein GrdPfandR gesicherte Darl zulassen.

6) **Ausnahmen (III).** Ein WiderrufsR besteht in folgden Fällen nicht: – **Umschuldung (Nr 1).** Die Vorschr erfasst besond Formen der Umschuldg, wenn ein DarlVertr gem § 498 gekündigt werden kann, er dch eine RückzahlgsVereinbg, die nur die Anforderngen gem EG 247 § 11 erfüllen muss, ersetzt od ergänzt wird, ein gerichtl Verf zum Ztpkt der Umschuldg vermieden wird u die Umschuldg zu einer geringeren Belastg des DarlN führt. Eine Prognose über die Erfüllg der Vereinbg ist nicht erfdl (BT-Drs 16/11643 S 84). Die Anforderngen an die vertragl Info u die vertragl Angaben bestimmt EG 247 § 11. Prakt Bedeut dürfte die Regelg wg der erfdl realen Minderbelastg nicht haben. – **Notarielle Verträge (Nr 2).** Die Ausn beruht auf der Öffngsklausel von VerbrKrRL 14 VI. Voraussetzung ist, dass die notarielle Beurkundg (§ 128) des DarlVertr vorgeschrieben ist u der Notar die Wahrhg der Rechts des DarlN gem §§ 491 a, 492 in eig Verantwortg bestätigt. – **Überziehung (Nr 3)** gem § 503 II 1 u § 505 IV.

7) **Andere Widerrufsrechte** aus Vertr im Zushang mit dem VerbrDarlVertr. Grdsätzl stehen sie u das WiderrufsR gem § 495 nebeneinander, können selbst mit Wirkg für den betr Vertr ausgeübt werden u berühren den and jew Vertr nicht. Ausn sind: – **Ausschluss**. Kommt für den VerbrDarlVertr zugleich ein and WiderrufsR aus **Haustürgeschäft** (§ 312) od **Fernabsatzvertrag** (§ 312d) in Betr, so ist dieses ausgeschl; § 495 geht vor (§ 312a u § 312d V). – **Erstreckung** (Zusfassg in Anlage 6 zu EG 247 Abschnitt Widerrufsfolgen). Besteht ein mit dem VerbrDarlVertr **verbundener Vertrag** über die Lieferg einer Ware od die Erbringg einer and Leistg (§ 358), erstreckt sich der Widerruf des VerbrDarlVertr (§ 495) auf den verbundenen Vertr (§ 358 II); dies gilt nicht, wenn der verbundene Vertr den Erwerb von Finanzinstrumenten zum Ggst hat (§ 359a III). Ebsso erstreckt sich der Widerruf des verbundenen Vertr – hier auch, wenn er den Erwerb von Finanzinstrumenten zum Ggst hat – auf den VerbrDarlVertr (§ 358 I). Ist in dem VerbrDarlVertr die finanzierte Ware od Leistg angegeben, ohne dass ein verbundener Vertr vorliegt, erstreckt sich ein Widerruf des Vertr über das **angegebene Geschäft** auf den VerbrDarlVertr (§§ 359a I, 358 I). Besteht neben dem VerbrDarlVertr ein **Vertrag über Zusatzleistungen**, die der DarlG verlangt hat, ohne dass ein verbundener Vertr vorliegt, erstreckt sich der Widerruf des VerbrDarlVertr auf den Vertr über die Zusatzleistg (EG 247 § 8, §§ 359a II, 358 II); dies gilt nicht, wenn der Vertr über die Zusatzleistg den Erwerb von Finanzinstrumenten zum Ggst hat (§ 359a III).

508 Rückgaberecht, Rücktritt bei Teilzahlungsgeschäften. (1) ¹ Anstelle des dem Verbraucher gemäß § 495 Abs. 1 zustehenden Widerrufsrechts kann dem Verbraucher bei Verträgen über die Lieferung einer bestimmten Sache ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden. ² § 495 Abs. 2 gilt für das Rückgaberecht entsprechend.

(2) ¹ Der Unternehmer kann von einem Teilzahlungsgeschäft wegen Zahlungsverzugs des Verbrauchers nur unter den in § 498 Satz 1 bezeichneten Voraussetzungen zurücktreten. ² Dem Nennbetrag entspricht der Gesamtbetrag. ³ Der Verbraucher hat dem Unternehmer auch die infolge des Vertrags gemachten Aufwendungen zu ersetzen. ⁴ Bei der Bemessung der Vergütung von Nutzungen einer zurückzugewährenden Sache ist auf die inzwischen eingetretene Wertminderung Rücksicht zu nehmen. ⁵ Nimmt der Unternehmer die auf Grund des Teilzahlungsgeschäfts gelieferte Sache wieder an sich, gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechts, es sei denn, der Unternehmer einigt sich mit dem Verbraucher, diesem den gewöhnlichen Verkaufswert der Sache im Zeitpunkt der Wegnahme zu vergüten. ⁶ Satz 5 gilt entsprechend, wenn ein Vertrag über die Lieferung einer Sache mit einem Verbraucherdarlehensvertrag verbunden ist (§ 358 Absatz 3) und wenn der Darlehensgeber die Sache an sich nimmt; im Falle des Rücktritts bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Darlehensgeber und dem Verbraucher nach den Sätzen 3 und 4.

1 Allgemeines. – Dch das VerbrRRL-UG (Vorb 4–5 v § 355 nF) wird I aufgehoben. Ab 13. 6. 14 entfällt das RückgabeR; es handelt sich um eine FolgeÄnd; die VerbrRRL sieht nur ein WiderrufsR des Verbr vor. Übergangsregelung EG 229 § 32. – § 508 entspricht im Wesentl unverändert § 503 aF. I 2 u II 2 wurden dch das VerbrKrRL-UG eingefügt. Redaktionsversehen in II 1 u 6 wurden dch das VerbrKrRL-UÄndG beseitigt. Für TeilzahlgsGesch beruht das WiderrufsR des Verbr auf § 495 I (über § 506 I entspr anzuwenden). Das RückgabeR bedarf wg § 356 I 1 einer ausdrükl Zulassg dch Gesetz; das geschieht in I. – **Zweck**. Die Rückgabe der gelieferten Sache mit der Wirkg, dass das TeilzahlgsGesch beseitigt wird, entspricht der allg Übg im Versandhandel u schützt den Verbr in gleicher Weise wie das WiderrufsR. Zugleich wird dadch die Abwicklg des Vertr vereinfacht. Dch II wird der Rücktr des Untern an strengere Voraussetzgen geknüpft u das AbwicklgsVerh so geregelt, dass der Verbr keine unbill Nachteile erleidet. – **Anwendbar** ist I bei allen TeilzahlgsGesch (§ 506), welche die Voraussetzgen eines RückgabeR gem § 356 aufweisen. Begriffll ist für eine Rückgabe nur eine gelieferte Sache geeignet, somit aGrd eines Kauf- od WerkliefergsVertr (§§ 433, 651). II gilt für den Rücktr des Untern wg Zahlgsverzugs (§ 286) des Verbr (§ 498 I). Das betrifft sowohl den Rücktr als Verkäufer od WerkUntern von TeilzahlgsGesch wie den als DarlG bei gem § 358 verbundenen Vertr (II 6; vgl Rn 13). – **Unabdingbarkeit** u Umgehungsverbot aGrd des § 511.

2 Rückgaberecht des Verbrauchers (I) als Käufer (§ 433) od Besteller (§ 651). Es kann vom Untern anstelle des WiderrufsR (§ 495 I, § 506 I) eingeräumt werden. Dabei kann das WiderrufsR ersetzt (u damit ausgeschl) werden od (weil für den Verbr günstiger, § 511 S 1) wahlw daneben bestehen bleiben, je nach Vertr-Inhalt.

a) Voraussetzungen des RückgabeR sind: – **Bewegliche Sache** (§ 90) muss Gegenstand des Teilzahlungsgeschäfts sein, weil es wie beim FernAbs (§ 312d I 2) eine Lieferg voraussetzt u das RückgabeR nur dch Rücksendg od Rücknahmeverlangen ausgeübt werden kann (§ 356 II 1; dort Rn 8–10). – **Wirksame Einbeziehung** in den Vertr, der über das TeilzahlgsGesch abgeschl wird (§ 356 Rn 7). Gem I 2 gilt dafür § 495 II 1 Nr 1 entspr (dort Rn 2). Anstelle der Belehrg gem § 356 I 2 Nr 1 muss der Vertr zu dem RückgabeR die entspr Angaben iSv EG 247 § 12 I 1, § 6 II 1 enthalten; sie genügen gem EG 247 § 12 I 3, 4 den Anfordergen, wenn sie dem Muster in Anlage 6 zu EG 247 entsprechen u dem VertrTyp des TeilzahgsGesch angepasst sind. – **Ausübung** des RückgabeR wie § 356 Rn 8–10. Frist 2 Wochen, iFv § 492 VI 4 jedoch 1 Monat. Fristbeginn § 495 II 1 Nr 2, § 356 II 1 od § 494 VII 2.

b) Wirkung. Mit wirks Ausübng des RückgabeR (§ 356 Rn 8–10) treten die R Folgen des § 357 ein, nämli die entspr Anwendg der Vorschr über den Rücktr. Zudem hat der Untern Anspr auf Ersatz der Aufwendng an öff Stellen (§ 506 I, § 495 II 1 Nr 3). Ist mit dem TeilzahlgsGesch ein DarlVertr verbunden (§ 358 Rn 10–12), so gelten §§ 358, 359.

3) Rücktrittsrecht des Unternehmers (II 1–4). Der Untern hat bei Zahlgsverzug (§ 286) des Verbr neben dem Recht zur Künd der Teilzahlgsabrede gem § 506 I, § 498, die zur Fälligk der Restschuld führt, ein gesetzl RücktrR vom Vertr (§ 323), aber nur mit dem Maßg gem II.

a) Voraussetzung (II 1, 2) ist, dass der Verbr mit Teilzahlgen in SchuVerzug (§ 286) geraten ist u zwar in dem Umfang, den § 498 S 1 für eine Künd vorschreibt (dort Rn 3, 4). Für die Berechng des Rückstands entspr § 498 S 1 Nr 2 ist der Gesamtbetrag maßg (II 2). Dies entspricht der bisher RLage (BT-Drs 16/11643 S 95). Das Gesprächsangebot (§ 498 Rn 5) ist auch hier nicht WirksamkVoraussetz.

b) Aufwendngersatz (II 3). Dieser Anspr ist dem Untern über die Rechte der §§ 346 ff hinaus eingeräumt. – **Aufwendng** sind freiwill Auslagen u Aufopferg von VermWerten (vgl § 256 Rn 1). Sie müssen dch das

TeilzahlungsGesch verursacht worden („infolge“) u dürfen nicht überflüss od unangebracht sein. Erstattgsmögl sind: Verpackg, Fracht, Porto, Mahnkosten; Provision nur dann, wenn sie nicht zu den allg GeschKosten gehört u vom Untern nicht zurückverlangt werden kann (MüKo/Schürnbrand Rn 21); VersPrämien, die speziell für dieses Gesch gezahlt werden. Grdsätzl nicht zu erstatten sind: USt, die der Untern zurückerhält; Finanzierungskosten; Kosten einer Ausk u eines Weiterverkaufs. – **Ersatz.** Der Anspr ist auf Geld gerichtet (§ 256 Rn 2), nicht auf Naturalherstellg, weil § 249 nicht gilt. Besteht die Aufwendg nicht in Geld, ist der Betrag zu zahlen, der zZt der Zahlg (im Proz zZt der letzten mündl Verhandlg) erfdl ist, um die Aufwendg auszugleichen.

8 **c) Nutzungsvergütung (II 4).** Setzt § 346 I, II 1 Nr 1 voraus u schreibt die Berücksichtigg des Wertverlusts der Sache vor. Von der Übergabe der Sache bis zur Rückgabe ist die Vergütg für den tats Gebrauch zu leisten. – **Überlassungswert** ist der Wert der Nutzgen (§ 100), also insbes der Gebrauchsvorteile, ohne Rücksicht darauf, ob sie tats gezogen wurden, die Sache gebraucht wurde oder nicht. Maßß ist der obj Verkehrswert (hM). Es ist der Wert der Gebrauchsvorteile zu ermitteln od zu schätzen. Dabei sind Kapitaleinsatz, anteil GeschKosten, RisikoAusgl u angem UnternGewinn zugrunde zu legen, aber grdsätzl keine Finanzierungskosten (hM; vgl MüKo/Schürnbrand Rn 23). – **Wertminderung.** Zu berücksichtigen ist die inzw tats eingetretene (nicht die kalkulierte), u zwar die zw Übergabe (Lieferg) u Rückgabe. Zu ermitteln ist sie aus der gewönl, vertragl vorausgesetzten Abnutz u dem Verlust der Neuheit. Ob auch der Wertverlust dch Veralterg, insbes infolge ModellÄnd, berücksichtigt werden muss, ist umstr (MüKo/Schürnbrand Rn 31 mwN). Nicht berücksichtigt werden: allg Preisrückgang u Veräußerungsverlust bei Weiterverkauf; verschuldete Beschädiggen, die unter SchadErs (§ 823 I) fallen.

9 **4) Fingierter Rücktritt (II 5).** Dadch soll der Verbr bei Rücktr des Untern davor geschützt werden, den Besitz der Sache zu verlieren u weiter das Entgelt zu schulden.

10 **a) Voraussetzung** ist, dass der KreditG die Sache an sich genommen hat u ein RücktrR besteht (Rn 5). Ansichnehmen bedeutet, dass der Untern dem Verbr die Nutzg der Sache entzieht u diese in ihrem wirtschaftl Wert sich zuführt, im Einz dch: – **Besitzverschaffung** gem § 854 ist der Regelfall. Mittelb Besitz (§ 868) genügt, wenn der Verbr auf Verlangen des Untern die Sache an einen Dritten herausgibt, der dem Untern den Besitz vermittelt. – **Wertverschaffung** genügt nur dann, wenn sie allein dch den Untern erfolgt, insbes dch Weiterveräußerung an einen Dritten (BGH NJW 89, 163), auch auf Rechng des Verbr zur Begleichg der Kaufpreisschuld, wenn der Untern die Verkaufsbedinggen bestimmt (Celle NJW-RR 87, 821). – **Herausgabeeklagen** begründen nicht die Fiktion (Jau/Mansel § 503 aF Rn 4; bestr; aA BGH NJW 65, 2399, MüKo/Schürnbrand Rn 51), stellen aber eine schlüss RücktrErkl gem § 349 dar. – **Pfändung** der Sache gem ZPO 808, 809 bewirkt noch nicht die Fiktion (hM), wohl aber die Wegnahme (MüKo/Schürnbrand Rn 56), spätestens die Verwertg (ZPO 814, 825) im Auftr des Untern (Karlsruh NJW-RR 98, 1437).

11 **b) Wirkung.** Die Fiktion bewirkt nur die RücktrErkl. Darüber hinaus muss auch noch ein RücktrR bestehen (hM; Oldbg NJW-RR 96, 564 mwN; Köln WM 98, 331, str, aA MüKo/Schürnbrand Rn 47).

12 **c) Ausschluss der Fiktion** ist als Ausn (Beweislast: Verbr) nur mögl dch die Einigg (gem § 311 I) zw Untern u Verbr, dass der gewönl Verkaufswert (wie ZPO 813 I 1, Stgt NJW-RR 96, 563 mwN) zZt der Wegnahme (Besitzverlust des Verbr) vergütet wird (bezahlt od verrechnet). Diese Einigg kann jederzeit, auch schon im TeilzahlungsVertr erfolgen. Sie muss nicht auf einen bestimmten Betrag lauten. R Folge: Der Kauf- (Werklieferg-)Vertr bleibt aufrechterhalten. Die KaufpreisFdg wird mit den bislang bezahlten Raten u dem (zu schätzden) gewönl Verkaufswert verrechnet. Dieser Ausschluss der Fiktion ist auch bei verbundenem Vertr mögl (Rn 13).

13 **5) Verbundene Verträge (II 6).** Ist das TeilzahlungsGesch mit einem VerbrDarlVertr (§ 491) verbunden iSv § 358, so wird der Rücktr des DarlG wie der des Untern (II 6; Rn 9) fingiert, wenn der DarlG die Sache an sich nimmt (insbes aGrd einer SichgsÜbereigng). Auf das RVerh zw DarlG u Verbr sind für AufwendungsErs (II 3; Rn 7) u Nutzungsvergüt (II 4; Rn 8) dieselben Vorschr wie für den Verbr u den Untern anzuwenden.

510 Ratenlieferungsverträge. (1)¹ Dem Verbraucher steht vorbehaltlich des Satzes 2 bei Verträgen mit einem Unternehmer, in denen die Willenserklärung des Verbrauchers auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet ist, der

1. die Lieferung mehrerer als zusammengehörend verkaufter Sachen in Teilleistungen zum Gegenstand hat und bei dem das Entgelt für die Gesamtheit der Sachen in Teilzahlungen zu entrichten ist oder
2. die regelmäßige Lieferung von Sachen gleicher Art zum Gegenstand hat oder
3. die Verpflichtung zum wiederkehrenden Erwerb oder Bezug von Sachen zum Gegenstand hat,

ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu. ² Dies gilt nicht in dem in § 491 Abs. 2 und 3 bestimmten Umfang. ³ Dem in § 491 Abs. 2 Nr. 1 genannten Nettodarlehensbetrag entspricht die Summe aller vom Verbraucher bis zum frühestmöglichen Kündigungszeitpunkt zu entrichtenden Teilzahlungen.

(2)¹ Der Ratenlieferungsvertrag nach Absatz 1 bedarf der schriftlichen Form. ² Satz 1 gilt nicht, wenn dem Verbraucher die Möglichkeit verschafft wird, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern. ³ Der Unternehmer hat dem Verbraucher den Vertragsinhalt in Textform mitzuteilen.

1 **1) Allgemeines.** – Dch das VerbrRRL-UG (Vorb 4–5 v § 355 nF) erhält § 510 ab 13. 6. 2014 eine neue Fassg. Übergangsregelung EG 229 § 32. – Die Vorschr stimmt mit § 505 aF überein. – **Zweck.** Dem Verbr, der sich dch die langdauernde Bezugsbindg belastet, soll eine Überleggsfrist gegeben werden, wenn er sich nach besserer Einsicht vom Vertr lösen will. Außerdem soll er dch die Form des II informiert u gewarnt werden. – **Begriff** des RatenliefergVertr ergibt sich aus I 1. Das stellt aber keine Legaldefinition dar, sond bestimmt ledigl den Anwendungsbereich des § 510 (Vertr zw Untern u Verbr), im Ggsatz zu RatenliefergVertr zw 2 Untern, bei denen ein abweichender Vertrinhalte insbes dch AGB mögl ist. – **Rechtsnatur.** Es liegt ein Kauf-, Werk- od WerkliefergVertr zugrunde, der vom Untern in Teilleistgen (Raten) zu erfüllen ist. Der RatenliefergVertr ist kein KreditVertr, weil eine Vorleistg des Untern u ein Aufschub der Vergütg nicht stattfinden. Daher ist der RatenliefergVertr im Gesetz dch einen eig Untertitel von den Finanzierungshilfen getrennt, kann aber im Einzelfall damit verbunden sein, auch mit einem VerbrDarlVertr (§ 491). In solchen Fällen gelten §§ 358, 359. – **Unabdingbarkeit.** Es gilt das Benachteiliggs- u Umgehungsverbot des § 511. – **Anwendungsbereich.** Er ist auf die in I aufgeführten Vertr zw Untern (§ 14) u Verbr (§ 13) beschränkt u nicht entspr zu übertragen auf ähnl gestaltete Vertr, denen bei Umgehg § 511 S 2 entgegensteht. Eine analoge Anwendg auf Dienstleistgen gg lfd

ZahlgsVerpfl ist abzulehnen (BGH NJW 03, 1932), in and Hinsicht jedoch nicht ausgeschl (MüKo/Schürmbrand Rn 8, 29). Es ist aber die Einschränkung in I 2 zu beachten. Danach ist § 510 nicht anwendb insbes bei einer Teilzahlssumme von bis zu 199,99 Euro beim frühest mögl KündTermin (§ 491 II Nr 1; vgl hier Rn 6) u bei RatenliefergsVertr zw ArbG u ArbN (§ 491 II Nr 4). Zu FernAbsVertr iSv § 312 d IV Nr 3, 4 bis zu 199,99 Euro, bei denen der Verbr seine VerbrErkl telefon abgegeben hat, s dort. – **Dauerschuldverhältnisse** (§ 314 Rn 2) sind nur die unter I 1 Nr 2 u 3 fallden Vertr, nicht der TeilliefergsVertr (I 1 Nr 1) über bestimmte Sachen od eine bestimmte Menge (vgl § 314 Rn 2).

2) Voraussetzungen (I 1). Sie sind auf die WillensErkl des Verbr (VertrAngebot od -Annahme) bezogen u zu beurteilen. – **a) Teilleistungen. Nr 1.** Erfordert einen KaufVertr, nicht WerkVertr (Einf 19 v § 433, BGH NJW 06, 904), über eine Mehrh von Sachen, die als zugehörd verkauft, aber sukzessive in Teilleistgen geliefert werden u dementspr in Teilbeträgen vor, bei od nach Lieferg zu bezahlen sind. Das fällt unter den Begriff des SukzessivliefergsVertr (vgl ÜbbI 27 v § 311). Bsp für Nr 1: eine Sachgesamth, deren einz Bestandteile nacheinander geliefert werden; Buchreihen (BGH NJW 76, 1354); mehrbänd Sammelwerk (insbes Lexikon); Bausätze für die Herstellg einer zusammengesetzten Sache (vgl BGH 78, 975); aus Buch u Kassetten zusammengesetzter Sprachkurs (BGH NJW 90, 1011).

b) Gleichartige Sachen. Nr 2. Umfasst den Kauf- od WerkliefergsVertr über eine regelmäÙ (dh in bestimmten Zeitabschnitten od innerh bestimmter Zeiträume) zu erbringde Lieferg von Sachen in festliegender Menge od Mindestmenge, zB Kaffee, Kindernährmittel, Zeitgs- od Zeitschriftenabonnement (BGH NJW 02, 2391; Oldbg NJW-RR 04, 701). Das gilt nicht bei einem einmonat Probeabonnement (BGH NJW 90, 1046). Keine analoge Anwendg auf Vertr über Dienstleistgen mit lfd ZahlgsVerpfl (BGH NJW 03, 1932 zu Pay-TV-Vertr). Bei einmal Zahlg im Voraus gilt Nr 2 auch, weil nach dem Wortlaut Teilzahlgen nicht vorausgesetzt sind. Das im Voraus bezahlte Jahresabonnement einer Zeitschr fällt nicht darunter (BGH NJW-RR 90, 562), wohl aber die Bestellg auf sog Orderkarte (BGH NJW 90, 3144). Nach dem Gesetzeswortlaut ist auf die Bezugsverbindlichk abzustellen. Die Möglichk, jederzeit zu kündigen, steht nicht entgg (BGH aaO).

c) Wiederkehrende Verpflichtung. Nr 3. Betrifft nicht die Fälle der zugehörd (Nr 1) u gleichart Sachen (Nr 2), sond ist, um alle Arten von RatenliefergsVertr zu umfassen, auf RahmenVertr zugeschnitten, bei denen nicht eine von vornherein festliegende Lieferg bestimmter Sachen vereinbart wird od eine Bestellg zur Lieferg mit AblehngsR (Ffm NJW-RR 90, 1080), bei denen vielmehr bestimmte Erwerbs- u BestellPfl bestehen (Martinek ZIP 86, 1440); zB BuchGemsch. Die Anwendg auf FranchiseVertr (Einf 21 v § 581) u Existenzgründer (§ 507) ist zu bejahen, soweit es den Warenbezug betrifft (BGH 128, 156; Hamm NJW 92, 3179 mwN; Giesler ZIP 02, 421 mwN), entspr bei BierliefergsVertr. Nicht unter Nr 3 fallen leitgsgebundene VersorggsVertr für Strom, Gas u Wasser (hM).

3) Beteiligung Dritter am RatenliefergsVertr. – Vertreter. Es kommt allein auf die Untern- u VerbrEigensch der vertretenen VertrPart an. Die Vollm ist formfrei (§ 167 I). § 492 IV 1 ist auch nicht entspr anwendb. – **Ehegatten.** Ihre MitVerpfl aus den RatenliefergsVertr ist nach § 1357 zu beurteilen, je nachdem, ob das Gesch den gemeins Lebensbedarf deckt. Unabhäng davon können die Eheg sich gemeinsaftl verpfl od einen Schuldbeitritt erklären. In diesen Fällen gilt die Form des II. – **Rechtsnachfolge und Vertragsübernahme:** wie § 491 Rn 8, 9 entspr. – **Schuldbeitritt** (ÜbbI 2 v § 414) eines Verbr: Es gilt § 510 insges mit WiderrufsR (I) u Form (II). § 491 Rn 10 gilt sinngem. – **Bürgschaft** (§ 765); auch die eines Verbr fällt nicht unter § 510, weil der Ggst des Gesch ein and ist; im Ergebn wie § 491 Rn 11.

4) Unanwendbarkeit (I 2, 3) des § 510. Das WiderrufsR (I 1) u die FormVorschr (II) gelten nicht im gleichen Umfang, wie sie bei VerbrDarlVertr § 491 II u III bestimmt. Das bedeutet insbes, dass § 510 nur gilt für Gesch des I 1 Nr 1–3, die ein VerpflVolumen von 199,99 Euro bei frühest mögl ordentl Künd übersteigen (I 2 iVm § 491 II Nr 1; BGH NJW-RR 04, 841; Oldbg NJW-RR 04, 701). Da es bei RatenliefergsVertr keine NettoDarlSumme gibt, bestimm I 3, dass für die 199,99 Euro die Summe aller Teilzahlgsbeträge maßg ist, die bis zu dem Ztpkt anfallen, an dem der RatenliefergsVertr endet, wenn der Verbr so früh kündigt, wie es ihm mögl ist. Damit wird auf die MindestVerpfl des Verbr abgestellt. Teilzahlgen: EG 247 § 3 I Nr 7. Bsp: Anzahlg als 1. Teilzahlg 30 Euro, monatl Teilzahlg 30 Euro, KündFrist 3 Monate, früheste ordentl Künd nach 2 Monaten Laufzeit ergibt Bindg auf 5 Monate, somit 180 Euro Gesamtbetrag der Teilzahlgen einschl Anzahlg.

5) Form (II). – Grundsatz (II 1). Es ist Schriftform od elektron Form (§§ 126, 126 a) vorgeschrieben. Sie gilt für den gesamten VertrInhalt. Dieser muss keinen bestimmten Inhalt aufweisen. AGB sind mit den Einschränkgen der §§ 307–309 zuläss. Wg der FormErleichterung des II 2 wird II 1 prakt der AusnFall. – **Formerleichterung (II 2).** Dem Wortlaut zufolge gilt II 1 für den gesamten Vertr einschl der Erkl des Verbr nicht, wenn die Voraussetzgen des II 2 erfüllt sind. Diese sind § 312 g I 1 Nr 4 nachgebildet (vgl dort Rn 8). Damit wird jedenfalls die Beweisfunktion der sonst notw Schriftform erfüllt, wohl auch dch die gespeicherte Info die Warnfunktion. – **Mitteilung (II 3)** des VertrInhalts. Es ist Textform (§ 126 b) zugelassen u zumindest erfdl. Die Mitteilg muss die VertrErkl beider Part enthalten. II 3 bezieht sich auch auf II 1, wenn der Vertr in Schriftform abgeschl wurde. – **Verstöße.** Wird weder II 1 noch II 2 erfüllt, ist der Vertr nichtig (§ 125). Keine Heilsmöglichk, da § 507 II nicht entspr anwendb ist. Ein Verstoß gg die MitteilgsPfl berührt die Wirksamk des Vertr nicht, sond begründet nur einen klagb Anspr auf Mitteilg u SchadErs bei Verschulden aus § 280 I.

6) Widerrufsrecht (I 1). Im gesamten Anwendungsbereich des § 510 hat der Verbr das WiderrufsR des § 355. Ein RückgabeR (§ 356) ist nicht normiert u auch nicht dch Auslegg zu begründen (Bülow NJW 02, 1145/8). – **Ausübung** richtet sich nach § 355, ohne Besonderh. – **Wirkung.** Wird der Widerruf wirks ausgeübt, insbes formgerecht (Textform od Rücksendg der Sache, § 355 I 2) u fristgem (2 Wochen, mit Fristbeginn gem § 355 II), so ist der teilw erfüllte (insow dchgeführte) Vertr mit den Rfolgen des § 357 rückabzuwickeln. Das trifft bei den Fällen des I 1 Nr 1 u 2 für die gesamten erbrachten Leistgen zu, wähd bei I 1 Nr 3 nur der künft fall werde Erwerb od Bezug entfällt (MüKo/Schürmbrand Rn 41 mwN). Für die Zeit ab Widerruf erlöschen die Verpfl der VertrPart aus dem RatenliefergsVertr. – **Andere Widerrufsrechte.** Ist der RatenliefergsVertr mit einem VerbrDarlVertr verbunden (§ 358), bestehen die WiderrufsR nebeneinander. Rfolgen §§ 358, 359. Ist das RatenliefergsGesch zugleich HaustürGesch (§ 312), gilt allein § 510, sofern er auf das Gesch im Einzelfall anwendb ist (vgl Rn 6). Dann gilt § 312 nicht (§ 312 a). Auch bei FernAbsVertr über mehr als 199,99 Euro geht § 510 vor (§ 312 d V 1); in diesem Fall richtet sich der Beginn der Widerrufsfrist aber gem § 312 d V 2 nach der günstigeren Regelg des § 312 d II.

7) **Beendigungsgründe** des RatenliefergsVertr sind außer Widerruf (Rn 8): – **Zeitablauf**, wenn der Vertr eine bestimmte Laufzeit hat (wie § 488 Rn 10). – **Auflösende Bedingung** (§ 158 II). Ihr steht § 511 nicht entgg, da sie den Verbr aus der Bindg entlässt. – **Rücktritt** aus § 437 Nr 2 wg Sach- od RMangel (§§ 434, 435), wenn die Voraussetzgen des § 323 V vorliegen. – **Kündigung**. Das Recht, den Vertr zu kündigen, kann vereinbart sein, nach Frist, Termin u Form der Erkl. Soweit ein DauerschuldVerh vorliegt (Rn 1 aE), kann außerdem aus wicht Grd gekündigt werden (§ 314); ordentl Künd, wenn sie nicht ausgeschl ist (vgl § 314 Rn 13), bleibt in Analogie zu § 500 I mögl. – **Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313) kann zur Anpassg u Beendigg des Vertr führen (vgl dort). – **Widerruf** eines gem § 358 verbundenen VerbrDarVertr hebt die Bindg an den RatenliefergsVertr auf mit den Folgen der §§ 358 II, 359. – **Aufhebungsvertrag** (§ 311 Rn 7) ist jederzeit mögl, insbes im Wege des Vergl (§ 779).

II. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Siebter Teil. Durchführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Verordnungsermächtigungen, Länderöffnungsklauseln, Informationspflichten

Einführung

- 1) **1) Allgemeines.** EG 238 ff und BGB-InfoV sollen alle im Vollzug von EG-RL sondergesetzl geregelten InfoPfl zusammenfassen u das BGB von diesen entlasten. Die Vorschr enthalten zugl Formularmuster für den Reisesichgsschein (Anlage 1 zu BGB-InfoV 9, Verwendg obligatorisch) u die Widerrufs- und Rückgabebelehrg (Anlage 1 u 2 zu EG 246 § 2, Verwendg freigestellt). Für VersVertr gilt vorrang die VVG-InfoV v 18. 12. 07 (BGBl I S 3004; s aber VVG 8 IV). Zur BGB-InfoV s dort Einf 1, 2. Die Art 246 ff sind dch das **VerbrRRL-UG** mit Wirkg ab dem 13. 6. 14 grldged geändert worden; die Neufassung der Art 246 ff ist im aktuellen Palandt kommentiert. Soweit im Folgen auf Kommentarstellen verwiesen wird, beziehen sich diese jew auf die letzte vor Mai/Juni 2014 erschienene Aufl.
- 2) **2) Verletzung von Informationspflichten. – a) Allgemeines.** Die Verletzg von InfoPfl kann unterschiedl RFlolgen auslösen. Sie kann die Wirksamk des Vertr beeinträchtigen (Rn 3, 4) od die Ingangsetzng einer Widerrufsfrist verzögern (Rn 5). Der and VertrPart kann ein ErfAnspr (Rn 6) od ein SchadErsAnspr nach § 280 I ggf iVm § 311 II zustehen, wenn ihm dch Nicht- od SchlechtErf einer InfoPfl ein Schaden entstanden ist (Rn 7 ff). Die PflVerletzg kann einen UnterlassgAnspr nach UKlaG 2, UWG 3, 8 begründen (Rn 12) od AbwehrR des Untern einschränken (Rn 13). Bei der Ausgestaltg der RFlolgen ist zum einen die europarechtl Vorgabe zu beachten, wonach Sanktionen vorzusehen sind, die „wirks, verhältnismäß u abschreckd“ sind, was sich entweder ausdrückl aus den umzusetzden RL, wie zB aus FernAbsFinanzDL-RL 11 (PalArch I B 21), od aus der Effet-Utile-Doktrin des EuGH (Einf 43, 50 a v § 1) ergibt (Hoffmann ZIP 05, 829/33); dabei sind aber WertgsWiderspr zu gesetzl Sanktionen (zB WiderrufsR gem § 312 d II) zu vermeiden. Zum and ist der Zweck der InfoPfl zu beachten; die vorvertragl InfoPfl (§ 312 c I iVm EG 246 §§ 1 u 2, § 312 g I I Nr 2 iVm EG 246 § 3, § 482 iVm EG 242 § 1, § 312 g II, BGB-InfoV 5, § 491 a iVm EG 247, 248 §§ 4, 13, 17) sollen den Kunden im Allg in die Lage versetzen, eine fundierte Entscheidg über das Ob u Wie des VertrAbschlusses zu treffen; die nachvertragl InfoPfl (§ 312 c I iVm EG 246 § 2 I 1, § 651 a III iVm BGB-InfoV 4, 6 ff, EG 248 §§ 7 f, 14 ff) dienen der BeweisSichg od sollen dem Kunden eine zuverlässig Entscheidg über die Ausübng eines WiderrufsR od sonst Rechte ermöglichen (s Rn 5).
- 3) **b) Wirksamkeit des Vertrages. – aa)** Ein Verstoß gg eine vorvertragl InfoPfl steht der Wirksamk des Vertr grdsätzl nicht entgg (hM, s BGH NJW 08, 2026 Tz 25, BaRo/Masuch § 312 g Rn 30, NK/Ring § 312 g Rn 65, aA Reich EuZW 97, 581/85); erst recht gilt dies für nachvertragl InfoPfl, wie ua ein Umkehrschluss zu §§ 312 d II, 312 g III 2 betr die Ingangsetzng der Widerrufsfrist zeigt. Dies gilt idR auch bei Bestehen einer FormVoschr (zB § 483 III), soweit infolge der InfoPflVerletzg nicht wesentl VertrBestandteile fehlen (s § 484 Rn 3, Hoffmann ZIP 05, 829/39). Ein wirks Vertr ist ausnahmsw zu verneinen, wenn die InfoPflVerletzg zur Folge hat, dass sich die Part über wesentl VertrBestandteile noch nicht geeinigt haben (s Einf 3 v § 145). Falsche Info können auch VertrInhalt werden u eine Gewährleistgshaftg begründen (Rn 13).
- 4) **bb) Anfechtung.** Eine InfoPflVerletzg kann den Kunden uU zur Anfechtg des Vertr berechtigen. So kann eine fehlerh Info über die Erkennngs- u Korrekturmöglchk von Eingabefehlern gem EG 246 § 3 Nr 3 dazu führen, dass der Kunde eine Erkl abgibt, die er so gar nicht abgeben wollte (ErklIrrtum, s § 119 Rn 10). Eine InfoPflVerletzg betr die für den VertrSchluss zur Vfng stehen Sprachen gem EG 246 § 3 Nr 4 kann zur Folge haben, dass der Kunde eine Sprache benutzt, die er weniger als andere beherrscht, u sich desh über den Bedeutsgehalt seiner Erkl irrt (Inhaltsirrtum, s § 119 Rn 11). Ein Anspr aus § 122 ist gem § 242 ausgeschl, weil die InfoPfl auch den Zweck haben, einen Erkl- od Inhaltsirrtum des Kunden zu vermeiden (BaRo/Masuch § 312 g Rn 31, NK/Ring § 312 g Rn 67).
- 5) **cc) Widerrufsfrist.** Die InfoPflVerletzg kann den Beginn der Widerrufsfrist verzögern. Dies gilt zB für die (nachträgl) InfoPfl aus § 312 c I iVm EG 246 § 2 I 2 (s § 312 d II), währd ein Verstoß gg § 312 c I iVm EG § 246 § 1 am Fristbeginn nichts ändert (s § 312 c Rn 5). Dagg löst ein Verstoß gg die InfoPfl des § 312 g I I Nr 2 iVm EG 246 § 3 einen verzögerten Fristbeginn nur dann aus, wenn dem Kunden ein WiderrufsR nach § 355 zusteht (s § 312 g Rn 18). PflVerletzgen, die für die Ausübng des WiderrufsR offensichtl ohne Bedeutg sind, verschieben den Fristbeginn aber nicht; dies gilt zB für den fehlnden Hinw auf einen bestehen Verhaltenskodex gem EG 246 § 3 Nr 5 (so auch MüKo/Wendehorst § 312 g Rn 113).
- 6) **c) Erfüllungsanspruch.** Bzgl der vorvertragl InfoPfl besteht nach VertrSchluss kein ErfAnspr, soweit sich ihr Zweck (Rn 2) erschöpf hat; teilw werden sie auch von den nachvertragl InfoPfl abgelöst (EG 246 § 2 I 2). Vor VertrSchluss besteht ein ErfAnspr nur dann, wenn dies gesetzl geregelt ist (s § 482 I iVm EG 242 § 1, § 651 a III iVm BGB-InfoV 4 ff, § 675 d I iVm EG 248). Bzgl der nachvertragl InfoPfl steht dem Kunden ein ErfAnspr zu, auch wenn dies nicht ausdrückl gesetzl normiert ist (wie zB in § 484 II 1); denn dies ist eine

vertragl NebenPfl, deren Erfüllg ggf dch Klage geltd gemacht werden kann. Dies gilt für die InfoPfl gem EG 246 § 2 I 2, EG 246 § 3 (BaRo/Masuch § 312 g Rn 30, NK/Ring § 312 g Rn 69), EG 242 § 1 (s § 482 Rn 1, aA Erman/Saenger § 482 Rn 11) u BGB-InfoV 6–8 (MüKo/Tonner § 651 a Rn 74, aA Erman/Schmid § 651 a Rn 36) sowie gem § 675 d I iVm EG 248. Soweit die NichtErf der InfoPfl die Dchführg des Vertr hindert, gelten die allg Regeln (§§ 280 I, III iVm 282, §§ 323, 324); ein Rücktr ist bei der Verletzg einer unmaßgebl InfoPfl idR ausgeschl (§ 323 V 2).

d) Schadensersatzanspruch. – aa) Die Verletzg einer InfoPfl dch Nicht- od SchlechtErf kann einen SchadErsAnspr wg c. i. c. (§ 311 II) od wg VertrVerletzg (§ 280 I) begründen. Soweit eine fehlerh Info einen Mangel der erbrachten Leist begründet, gehen aber etwaige Sonderregelgen vor (s Rn 13).

bb) Die PflVerletzg des Untern muss beim Kunden einen **Schaden** verursacht haben. Dieser kann in dem Abschluss od dem ungünstigen Inhalt des Vertr liegen. Dies ist stets der Fall, wenn die rechnerische Gegenüberstellg der Vor- u Nachteile des Vertr ergibt, dass der Kunde den Vertr bei zutreffder u vollständ Info zu günstigeren Bedingungen abgeschl hätte (BGH NJW **98**, 302, 899). Werden beim Zahlungsdienst entgg EG 248 § 4 I Nr 3 die Entgelte u Auslagen nicht migeteilt, kann der Kunde vom Kreditinstitut die Abrechng nach dem günstigsten Angebot am Markt verlangen (s BaRo/Schmalenbach § 675 a Rn 6, aA Erman/v Westphalen § 675 a Rn 14, der vollständ Befreig von der Verbindlichk bejaht). Soweit die InfoPfl die Grdlage für die Entsch des Kunden über den VertrAbschluss sichern soll (s Rn 2), kann auch bei obj Werthaltigk von Leistg u GgLeistg ein VermSchaden bereits in dem VertrSchluss liegen, wenn die Leistg für die Zwecke des Kunden nicht voll brauchb ist (BGH NJW **05**, 1579, s § 311 Rn 49); die Verletzg solcher (vorvertragl) InfoPfl wirken sich aber idR auf die Widerrufsfrist aus, so dass insow ein Anspr aus c. i. c. auf VertrAufhebg ausgeschl ist (Rn 11). Ein Schaden kann auch darin liegen, dass die InfoPflVerletzg zur Vereitelg der VertrDchführg führt (zB unterlassene od unricht Info über Pass- u Visumerfordern gem BGB-InfoV 5).

cc) Der Schaden ist nur ersatzföh, wenn er vom **Schutzzweck** der jew InfoPfl umfasst ist, dh die InfoPfl den Kunden gerade vor Schaden bewahren will (BaRo/Schmid-Räntsch § 312 c Rn 37). Dies ist zB bei einem fehlenden Hinw auf einen Verhaltenskodex gem EG 246 § 3 Nr 5 zu verneinen (MüKo/Wendehorst § 312 g Rn 122).

dd) Die PflVerletzg muss für den Schaden **kausal** gewesen sein. Bei den InfoPfl, die die Grdlage für die Entsch des Kunden über den VertrAbschluss sichern sollen (s Rn 2), besteht die Vermutg, dass sich der Kunde aufklärgsgerecht verhalten hätte (Hoffmann ZIP **05**, 829/38, s § 280 Rn 39). Bei anderen InfoPfl, wie zB der Angabe der HandelsRegNr nach EG 246 § 1 I Nr 1 od den Hinw zur Speicherg des VertrTextes nach EG 246 § 3 Nr 2, dürfte die Vermutg nicht eingreifen, so dass der Kunde beweisen muss, dass er den Vertr sonst nicht od mit and Inhalt abgeschl hätte (Felke/Jordans NJW **05**, 710/11, Klimke CR **05**, 582, NK/Ring § 312 g Rn 68).

ee) Der SchadErsAnspr aus c. i. c. wg Verletzg einer InfoPfl geht idR nur auf VertrAnpassg (Meyer DB **04**, 2739/42). Ein **Anspruch auf Vertragsaufhebung** ist kr speziellerer Regelg ausgeschl, soweit sich – wie idR – die Verletzg einer InfoPfl auf das WiderrufsR auswirkt: Beim FernAbsVertr beginnt gem § 312 d II die Widerrufsfrist erst mit Erfüllg der nachvertragl InfoPfl nach EG 246 § 2; die Entsch des GesetzG, dass die Verletzg einer vorvertragl InfoPfl nach EG 246 § 1 diese Sanktion nicht vorsieht, hat zur Vermeidg von WertgWiderspr zur Folge, dass auch ein Anspr auf VertrAufhebg aus c. i. c. ausscheiden muss; insow stellt der UnterlassgsAnspr eine ausreichende Sanktion dar (aA Erman/Saenger § 312 c Rn 37, s Rn 12). Entspr gilt für eine fehlerh Info über das Erlöschen des WiderrufsR gem § 312 d III (Held/Schulz BKR **05**, 270/73). Eine Ausn besteht allerdings für FernAbsVertr iSd § 312 d IV, bei denen kein WiderrufsR besteht; ist die Info über das Nichtbestehen eines WiderrufsR nach EG 246 § 1 I Nr 10 fehlerh u erweckt beim Kunden den Eindruck, ein solches bestעה, kommt ein Anspr auf VertrAufhebg aus c. i. c. in Betr (Hoffmann ZIP **05**, 829/37). Dagg ist beim TeilzeitwohnRVertr ein solcher Anspr wg § 485 a generell ausgeschl (BaRo/Eckert § 482 Rn 13, Erman/Saenger § 482 Rn 8, str). Bei einem Vertr im elektron RVerkehr gelten die vorstehenden Grds entspr, weil ein Verstoß gg die InfoPfl aus EG 246 § 3 kein eigenes WiderrufsR begründet, sond nach § 312 g VI 2 an ein WiderrufsR gem § 355 anknüpft (MüKo/Wendehorst § 312 g Rn 109). Beim ReiseVertr gehen die §§ 651 c ff vor, soweit die unricht od unvollständ Info einen Reisemangel begründet; ein Anspr auf VertrAufhebg aus c. i. c. kommt uU bei einem Verstoß gg BGB-InfoV 5 in Betr. Bei den Zahlungsdiensten zielen die InfoPfl nach EG 248 auf die Art u Weise der Überweiss, so dass ein Anspr auf VertrAufhebg von vornherein ausscheidet.

e) Unterlassungsanspruch. Verstößt der Untern planmäß gg seine InfoPfl, kann er nach UKlaG 2 im Wege der Verbandsklage (s UKlaG 3) auf Unterlassg in Anspr genommen werden, soweit die PflVerletzg einen Verstoß gg ein VerbrSchutzG darstellt. Daneben können Verstöße zugl einen UnterlassgsAnspr nach UWG 8 iVm 3, 4 Nr 11 begründen (Domke BB **05**, 228/30, NK/Ring § 312 c Rn 27); dies gilt, and als das UKlaG, auch im unternehmerischen GeschVerkehr (s EG 246 § 3, EG 248, BGB-Info 4 ff), so dass der UnterlassgsAnspr auch einem Mitbewerber zusteht, u ermöglicht nach UWG 9, 10 weiter gehende SchadErsAnpr u eine Gewinnabschöpfg.

f) Sonstige Rechtsfolgen. Falsche Info können auch VertrInhalt werden. Abweichgen der erbrachten Leist können dann einen Mangel iSd §§ 434, 435, 651 c usw darstellen u entspr MängelR begründen. Zum Reisemangel s Vorb 9 v § 651 c u § 651 c Rn 2. Die Einbeziehg von **AGB** hängt allein davon ab, dass der Untern seine Obliegenen aus § 305 (dort Rn 36) erfüllt (Grigoleit NJW **02**, 1156, aA MüKo/Wendehorst § 312 c Rn 71). Die Einhaltg der InfoPfl aus EG 238 ff od BGB-InfoV ist zur Einbeziehg weder erfdl noch ausreichd. Die Verletzg einer InfoPfl kann aber zur Anwendg von § 305 c führen, weil der Kunde mit einer Klausel nicht zu rechnen braucht, über die er pflichtwidr nicht informiert wurde; dies gilt insbes für die Einbeziehg von Nebenkosten od zusätzl Preisbestandteilen, KündRegelgen, MindLaufzeiten u Kostentraggsregelgen (Hoffmann ZIP **05**, 829/36). Insbes Preisbestandteile, Nebenkosten u Steuern, über die pflichtwidr nicht informiert wurde (EG 246 § 1 I Nr 7, 8, 11 u EG 248 § 4 I Nr 3), können auch dann zu Lasten des Untern gehen, wenn nach den Rahmen-AGB od § 315 eine Abwälg auf den Kunden mögl wäre (Hoffmann aaO). Zur Wirksamk von RWahlklauseln (zB EG 246 § 1 II Nr 5) s Rom I-VO 6. Die Nicht- od SchlechtErf einer InfoPfl kann auch AbwehrR des Untern einschränken. Der Reiseveranstalter kann sich zB nicht auf Versäumg einer Abhilfebite (§ 651 c) od der Ausschlussfrist (§ 651 g) berufen, wenn er die erfdl Anschrift nicht od nicht vollständig angibt. Zur Haftgsprivilegierr gem § 357 III 3 s dort. Bei Verletzg einer InfoPfl aus § 312 c iVm EG 246 § 1 betr Finanzdienstleistgen u § 675 d iVm EG 248 kann der Kunde die Schlichtgsstelle nach UKlaG 14 anrufen.

EG 246 Informationspflichten bei besonderen Vertriebsformen.

EG 246 § 1 *Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen.* (1) Bei Fernabsatzverträgen muss der Unternehmer dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung folgende Informationen in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechender Weise klar und verständlich und unter Angabe des geschäftlichen Zwecks zur Verfügung stellen:

1. seine Identität, anzugeben ist auch das öffentliche Unternehmensregister, bei dem der Rechtsträger eingetragen ist, und die zugehörige Registernummer oder gleichwertige Kennung,
2. die Identität eines Vertreters des Unternehmers in dem Mitgliedstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, wenn es einen solchen Vertreter gibt, oder die Identität einer anderen gewerblich tätigen Person als dem Anbieter, wenn der Verbraucher mit dieser geschäftlich zu tun hat, und die Eigenschaft, in der diese Person gegenüber dem Verbraucher tätig wird,
3. die ladungsfähige Anschrift des Unternehmers und jede andere Anschrift, die für die Geschäftsbeziehung zwischen diesem, seinem Vertreter oder einer anderen gewerblich tätigen Person gemäß Nummer 2 und dem Verbraucher maßgeblich ist, bei juristischen Personen, Personenvereinigungen oder Personengruppen auch den Namen eines Vertretungsberechtigten,
4. die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung sowie Informationen darüber, wie der Vertrag zustande kommt,
5. die Mindestlaufzeit des Vertrags, wenn dieser eine dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat,
6. einen Vorbehalt, eine in Qualität und Preis gleichwertige Leistung (Ware oder Dienstleistung) zu erbringen, und einen Vorbehalt, die versprochene Leistung im Fall ihrer Nichtverfügbarkeit nicht zu erbringen,
7. den Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller damit verbundenen Preisbestandteile sowie alle über den Unternehmer abgeführten Steuern oder, wenn kein genauer Preis angegeben werden kann, seine Berechnungsgrundlage, die dem Verbraucher eine Überprüfung des Preises ermöglicht,
8. gegebenenfalls zusätzlich anfallende Liefer- und Versandkosten sowie einen Hinweis auf mögliche weitere Steuern oder Kosten, die nicht über den Unternehmer abgeführt oder von ihm in Rechnung gestellt werden,
9. die Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung oder Erfüllung,
10. das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung, insbesondere den Namen und die Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und die Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe einschließlich Informationen über den Betrag, den der Verbraucher im Fall des Widerrufs oder der Rückgabe gemäß § 357 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die erbrachte Dienstleistung zu zahlen hat,
11. alle spezifischen zusätzlichen Kosten, die der Verbraucher für die Benutzung des Fernkommunikationsmittels zu tragen hat, wenn solche zusätzlichen Kosten durch den Unternehmer in Rechnung gestellt werden, und
12. eine Befristung der Gültigkeitsdauer der zur Verfügung gestellten Informationen, beispielsweise die Gültigkeitsdauer befristeter Angebote, insbesondere hinsichtlich des Preises.

(2) Bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen muss der Unternehmer dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung ferner folgende Informationen in der in Absatz 1 genannten Art und Weise zur Verfügung stellen:

1. die Hauptgeschäftstätigkeit des Unternehmers und die für seine Zulassung zuständige Aufsichtsbehörde,
2. gegebenenfalls den Hinweis, dass sich die Finanzdienstleistung auf Finanzinstrumente bezieht, die wegen ihrer spezifischen Merkmale oder der durchzuführenden Vorgänge mit speziellen Risiken behaftet sind oder deren Preis Schwankungen auf dem Finanzmarkt unterliegt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat, und dass in der Vergangenheit erwirtschaftete Erträge kein Indikator für künftige Erträge sind,
3. die vertraglichen Kündigungsbedingungen einschließlich etwaiger Vertragsstrafen,
4. die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, deren Recht der Unternehmer der Aufnahme von Beziehungen zum Verbraucher vor Abschluss des Fernabsatzvertrags zugrunde legt,
5. eine Vertragsklausel über das auf den Fernabsatzvertrag anwendbare Recht oder über das zuständige Gericht,
6. die Sprachen, in welchen die Vertragsbedingungen und die in dieser Vorschrift genannten Vorabinformationen mitgeteilt werden, sowie die Sprachen, in welchen sich der Unternehmer verpflichtet, mit Zustimmung des Verbrauchers die Kommunikation während der Laufzeit dieses Vertrags zu führen,
7. einen möglichen Zugang des Verbrauchers zu einem außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren und gegebenenfalls die Voraussetzungen für diesen Zugang und
8. das Bestehen eines Garantiefonds oder anderer Entschädigungsregelungen, die nicht unter die Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme (ABl. EG Nr. L 135 S. 5) und die Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger (ABl. EG Nr. L 84 S. 22) fallen.

(3)¹ Bei Telefongesprächen hat der Unternehmer dem Verbraucher nur Informationen nach Absatz 1 zur Verfügung zu stellen, wobei eine Angabe gemäß Absatz 1 Nr. 3 nur erforderlich ist, wenn der Verbraucher eine Vorauszahlung zu leisten hat.² Satz 1 gilt nur, wenn der Unternehmer den Verbraucher darüber informiert hat, dass auf Wunsch weitere Informationen übermittelt werden können und welcher Art diese Informationen sind, und der Verbraucher ausdrücklich auf die Übermittlung der weiteren Informationen vor Abgabe seiner Vertragserklärung verzichtet hat.

1) Allgemeines. Die Vorschr ist dch das VerbrKrRL-UG mit Wirkg ab 11. 6. 10 eingefügt worden. Sie gilt nur für FernAbsVertr iSv § 312b (s dort) u enthält – neben EG 246 § 2 – Regeln über Art u Weise, Form u Inhalt der gem § 312c I zu erteilten Info. Sie setzt FernAbsRL 4 u 5 u FernAbsFinanzDL-RL 3 u 5 um (PalArch I B 9 u 21) u ist richtlkonform auszulegen (Einl 43 v § 1 BGB). Dies gilt auch, wenn es auf die Norm im Zushang mit UKlaG 2 od UWG 3 ankommt. § 1 übernimmt den Katalog der InfoPfl prakt unverändert aus den in ihren Abgrenzen wenig klaren, juristisch-handwerklich schwachen FernAbsRL 4 u 5 u FernAbsFinanzDL-RL 3 u 5. **I** übernimmt die Regeln des bish § 312c I 1 (Transparenzgebot) und in Nr 1–12 – bis auf kleine sprachl Glättgen in Nr 4 u 10 – ohne inhaltl Ändergen die bish Regelg der BGB-InfoV 1 I Nr 1–12 zu den allg Info. **II** nennt die Info, die der Untern bei FernAbsVertr über Finanzdienstleistgen iSd § 312b I 2 (s dort Rn 10b) dem Verbr rechtzeitig vor Abgabe von dessen VertrErkl zusätzl zu erteilen hat. Die Auflistg entspricht ohne inhaltl Änderg dem bish BGB-InfoV 1 II. **III** entspricht dem bish BGB-InfoV 1 III. Zur RFlolge bei Verletzg der InfoPfl s Einf v EG 238. Die **VerbrRRL** (PalArch I B) hat HausTWRL u FernAbsRL vereinheitlicht u ist dch das **VerbrRRL-UG** mit Wirkg ab dem 13. 6. 14 umgesetzt worden; die Neufassung der Art 246ff ist im aktuellen Palandt kommentiert. Soweit im Folgenden auf Kommentarstellen verwiesen wird, beziehen sich diese jew auf die letzte vor Mai/Juni 2014 erschienene Aufl.

2) Form der Information. Die Info müssen dem Verbr in einer dem eingesetzten FKM entspr Weise klar u verständl (Rn 4) unter Angabe des geschäftl Zwecks **zur Verfügung gestellt werden**. Die Info kann in Werbeprospekten, Katalogen od Web-Seiten im Internet enthalten sein (KG NJW 06, 3215, MüKo/Wendehorst § 312c Rn 78, Rott BB 05, 53/55) od bei einem Telefonat mitgeteilt werden (III). Sie soll den Verbr in die Lage versetzen, die angebotene Leistg zu beurteilen u seine Entsch in Kenntn aller Umst zu treffen (FernAbsFinanzDL-RL ErwGrd 21). Der Untern muss sicherstellen, dass der Verbr von den Info Kenntn nehmen kann. Dass der Verbr sie auch tats vollständig zur Kenntn nimmt, ist angesichts des Umfangs der Info nicht zu erwarten u auch nicht erfdl.

3) Zeitpunkt der Information. Die Info müssen dem Verbr **rechtzeitig** vor Abgabe seiner VertrErkl, dh seiner auf den Abschluss des Vertr gerichteten WillensErkl, zur Vf g gestellt werden, gleichgült, ob die Erkl des Verbr als Antrag od AnnahmeErkl abgegeben wird. Die Fernseh-, Radio- od Anzeigenwerb, in der zur Bestellg des Produkts eine TelefonNr od InternetAdresse angegeben ist, muss die Info noch nicht geben, and aber, wenn die Werbeanzeige ein Bestellformular enthält (Hbg GRUR-RR 05, 236). Die gelegentl in der Literatur vertretene Ansicht, zw der Erteilg der Info u dem VertrSchluss müsse eine bestimmte Mindestfrist, zB von 3 Tagen, liegen, findet weder in den RL noch im Gesetz eine Stütze (Staud/Thüsing § 312c Rn 20). Maßgebend sind die Umst des Einzelfalls (BT-Drs 15/2946 S 20). Bei einer telefon Kontaktaufnahme gilt ergänzd § 312c II (s dort).

4) Transparenzgebot. Für alle vom Untern geschuldeten Info gilt das TranspGeb, sie müssen nach I, der auch für II gilt, klar u verständl sein. Info, die im Internet über einen doppelten Link zugängl sind, genügen dem TranspGeb (BGH NJW 06, 3633 Tz 33). Eine ausdrückl Regelg, in welcher **Sprache** die Info zu erteilen sind, enthält weder das Gesetz noch die RL. Ist Deutsch Verhandlssprache u untersteht der Vertr deutschem Recht, sind die Info in Deutsch zu erteilen (vgl die parallele Problematik bei § 305, dort Rn 40). Das gilt auch im E-Commerce, obwohl sich im Internet Englisch weitgehnd als Verkehrssprache dchgesetzt hat; and ist es nur, wenn sich auch der Verbr bei den Verhandlgen der engl Sprache bedient. Der Anbieter von Finanzdienstleistgen hat nach II Nr 6 das Recht, die Sprachen zu bestimmen, in der er seine VertrBedingungen u seine Info abfasst u in der er mit dem Verbr kommuniziert.

5) Allgemeine Informationspflichten, I. – a) Nr 1, 2 u 3: Der Untern muss seine Identität, dh Name einschl Vorname (KG NJW-RR 07, 1050), Firma, RForm, UnternReg, u seine ladgsfah Anschrift (Land, Ort, Postleitzahl, Straße) angeben sowie einen Vertreter benennen (KG GRUR-RR 08, 352). UnternReg sind HandelsReg, GenossenschReg, PartnerschReg; die „gleichwertige Kenng“ ist derzeit – bis zur Einführg einer einheitl WirtschNummer od – ohne Bedeutg. Postfachanschrift genügt nicht mehr (Hbg NJW 04, 1114, BaRo/Schmidt-Rantsch Rn 10; so wohl auch BGH NJW 12, 1065 Tz 14). Der Untern muss solche Info erteilen, die eine schnelle Kontaktaufnahme u eine unmittelb u effiziente Kommunikation ermöglichen; dies muss nicht zwingnd seine Telefon- od FaxNr od seine Internetadresse sein, genügen kann auch eine elektron Anfragemaske (EuGH NJW 08, 3553, Hamm NJW-RR 04, 1045). Ist Untern eine „jur Pers, PersVereinig od -Gruppe“ – dazu gehören auch OHG u KG –, muss der Untern neben seiner GeschAdresse auch Name u ladgsfah Anschrift eines VertretgsBerechtigten angeben; die Angabe eines Prokuristen od GeneralBevollm genügt. Ferner muss Untern dem Verbr einen Ansprechpartner in dessen Wohnsitz-Mitgliedstaat benennen und die ladgsfah Anschrift angeben; dies muss keine Niederlassg im RSinn sein. Unterhält der Untern eine BeschwStelle, muss er deren Anschrift mitteilen; das gilt auch dann, wenn die BeschwStelle keine Niederlassg im RSinn ist.

b) Nr 4 verlangt eine Beschreibg der wesentl Merkmale der zu erbringden Leistg. AGB reichen nicht aus, gefordert ist eine detaillierte u übersichtl Beschreibg ohne Weitschweifigk, aus der Verbr die für seine KaufEntsch maßg Merkmale entnehmen kann (LG Magdebg NJW-RR 03, 409, Woitke BB 03, 2469/70; zB bei Bekleidg: Material, Farbe, Schnitt, Größe, Waschbark). Die Angaben begründen nicht ow eine Garantiehaftg. Der Untern muss auch darüber informieren, wie der Vertr zustande kommt u dch welche Erkl der Verbr eine Bindg eingeht. Diese Pfl kann er am einfachsten dadch erfüllen, dass er die Handlg benennt, die nach seiner RAnsicht als AnnahmeErkl den Vertr zustande bringt (AuftrBestätigg, elektron Bestätigg, Warenauslieferg); hohe Anfordergen bei VertrErkl im PostIdent-Verf (KG GRUR-RR 12, 167). Kommt der Vertr nach dem Gesetz schon früher od erst später zustande, ist nicht die Info des Untern, sond die obj RLage maßg.

c) Nr 5 u 6: Mitzuteilen ist die Dauer des Vertr u, wenn zur Beendigg des Vertr eine Künd erfdl ist, auch die Dauer der Kündfrist. Die vom Untern mitgeteilte MindLaufzeit u Vorbeh werden nur dann VertrInhalt, wenn sie den Anfordergen der §§ 307ff (307, 308 Nr 4 u 8, 309 Nr 9) entsprechen (s dort). Enthält der Vertr keine MindLaufzeit, muss der Untern auch dies mitteilen (Held/Schulz BKR 05, 270/72).

d) Nr 7 u 8 verlangen eine umfassende Info über den Preis. Nach Nr 7 ist nur der Endpreis iSd PAngV 1 I 1 anzugeben (BGH NJW 06, 211). Unter Nr 8 fallen Liefer- u Versandkosten sowie and Nebenkosten iSv PAngV 1 II 1, 2 (BGH aaO). Sind die Nebenkosten nach Umfang u Art der Bestellg unterschiedl hoch, muss dies abstrakt angegeben werden, eine konkrete Berechng anhand der Einzelbestellg ist nicht erfdl (BGH NJW 06, 211). Zur Vermeidg von Zuordngsproblemen muss sich die Info in unmittelb Umgebng der angebotenen Ware befinden (Woitke BB 03, 2469/70); im Online-Handel müssen die Info nach Nr 8 auf einer gesonderten Seite

ausgewiesen sein, dagg nicht nochmals neben dem Warenpreis auf der „Bestell-Übersicht“ (BGH NJW 06, 211, Ernst GRUR 06, 636). Nr 7 begründet (and als die PAngV) keine Pfl, bereits in WerbeMaßn über den Preis zu informieren; eine Offenlegg unmittelb nach Kontaktaufnahme dch den Verbr genügt (BGH NJW 03, 3343); liegt dagg der Werb g ein Bestellkupon bei, muss über den Preis informiert werden. Zur mögl PreisAnd s Nr 12.

- 9 e) Nr 9: Erfdl ist eine Info, wann u wie die Zahlg erfolgen soll u wann u wie geliefert wird.
- 10 f) Nr 10: Die Info muss, bezogen auf den konkreten Vertr, umfasst über Bestehen od Nichtbestehen (BGH WM 12, 221), die Bedinggen, die Ausüb g, die R Folgen einschl anteilige VergütgsPfl nach §§ 357 I, 346 II 1 Nr 1 u mögl WertersatzPfl (BGH NJW 10, 989, NZG 12, 427), die Ausschluss- u ErlöschensGrde des Widerrufs- od RückgabeR, die Rückzahlgsfrist u Gefahrtrag (KG GRUR-RR 10, 215) unterrichten. Ein Link muss klar erkennen lassen, dass eine Widerrufsbelehr g aufgerufen werden kann (Ffm NJW-RR 07, 482). Es genügt nicht, wenn der Verbr zur Erlang g der Info unter der Rubrik „Angaben zum Verkäufer“ auf „mich“ klicken muss (Hamm NJW 05, 2319, Hbg NJW-RR 07, 839). Zu den Einzelh des WiderrufsR gehören auch Name u Anschrift eines vom Untern verschiedenen Widerrufsempfängers (§ 360 I 2 Nr 3, II 2 Nr 4). Die bloße Aufzähl g der gesetzl Ausschlussstatbestände des § 312 d IV genügt (BGH NJW 10, 989). Falsch sind die Angabe zur Widerrufsfrist, diese beginne „frühestens mit Erhalt dieser Belehr g“ (BGH NJW-RR 12, 183) od „frühestens mit Erhalt der Ware u dieser Belehr g“ (BGH NJW 10, 989), esbo der Hinw, dass die unfreie Rücksendg der Ware nicht angenommen werde (Hbg ZGS 07, 270) od der Hinw, dch die Ingebrauchnahme der Sache trete die WertersatzPfl ein (Stgt ZGS 08, 197). Dagg soll die fehlerh Zitierg in Gestaltshinweis 3 zu dem Muster (§ 312 e I 1 statt § 312 g I 1) die Belehr g nicht falsch machen (Brdbg GRUR-RR 13, 511). Eine Überschrift „Verbr haben das folgdte WiderrufsR“ schadet nicht (BGH NJW 12, 1814). Für die Info kann der Untern nach EG 246 § 2 III das Muster der Anlage 1 od 2 zu EG 246 § 2 verwenden.
- 11 g) Nr 11: Hier geht es um erhöhte Telefon- und Internetkosten iR der VertrAnbahng, vor allem bei sog 0900-Nummern.
- 12 h) Nr 12 verlangt eine umfassende Info über mögl Änderungen, insbes bzgl Gültigk von Angebot u Preis.
- 13 6) **Besondere Informationspflichten, II.** Für den FernAbs von Finanzdienstleistgen (§ 312 b Rn 10b) enthält II weitere InfoPfl, die neben derjen aus I zu erfüllen sind:
- 14 a) Nr 1 verlangt Angabe der HauptGeschTätigk und zuständ Aufsichtsbehörde, soweit für die Tätigk des Untern eine Zulassg erfdl ist (zB KWG 32).
- 15 b) Nr 2: Hier geht es um den Hinw auf evtl spezifische Risiken sowie Kurs- u Preisschwankgen, auf die der Untern keinen Einfluss hat (s § 312 d Rn 14). Der Untern muss insbes deutl machen, dass in der Vergangen erwirtschaftete Erträge kein Indikator für künftige Erträge sind (Rott BB 05, 53/57).
- 16 c) Nr 3: Mitzuteilen sind die Voraussetzgen der Künd, die KündFrist u der Adressat der KündErkl sowie Voraussetzgen u Höhe einer VertrStrafe. Beim DauerschuldVerh muss die Unterrichtg auch einen Hinw auf das KündR aus wicht Grd (§ 314 BGB) enthalten.
- 17 d) Nr 4 u 5 verlangen Info, welches Recht der Untern der VertrAnbahng und dem Vertr zugrde legt, u über das zuständ Gericht. Eine Garantie für die Richtigk übernimmt der Untern aber wohl nicht (Rott BB 05, 53/57).
- 18 e) Nr 6: Der Untern kann sich auf eine Verhandlgs- u VertrSprache beschränken. Ein entspr Wille ergibt sich uU bereits konkludent aus der Fassg des Internettextes; vorsorgl sollte aber eine entspr ausdrückl Klarstellg erfolgen. Werden mehrere Sprachen angeboten, müssen alle Info in diesen Sprachen zur Vf g stehen, u der Verbr muss dch eine sichere Navigation zu der ihm vertrauten Sprache hingeführt werden.
- 19 f) Nr 7: Die außergerichtl BeschwVerf sollen etwaigen Streit zw Untern u Verbr beilegen; die zuständ Schlichtsstelle ergibt sich aus UKlaG 14 I 1 Nr 1, III (s dort).
- 20 g) Nr 8: Die beiden RL sind dch das Einlagensichgs- u AnlegerentschädiggsG (EAEG) v 16. 7. 98 (BGBl I 1842), zuletzt geändert dch G v 15. 7. 14 (BGBl I 934), umgesetzt worden. Unter Nr 8 fallen zB die Sichgs-Einrichtg der regionalen Sparkassen- u Giroverbände od der Dt Volks- u Raiffeisenbanken, die gem EAEG 12 keiner EntschädiggsEinrichtg iSd EAEG zugeordnet sind.
- 21 7) **Beschränkung, III.** Bei telefon Kontaktaufnahme bestehen auch beim FernAbs von Finanzdienstleistgen nur die allg InfoPfl gem I; die besond InfoPfl nach II entfallen. Außerdem ist die Info nach I Nr 3 nur erfdl, wenn der Verbr eine Vorauszahlg zu leisten hat. Beides gilt nach III 2 aber nur, wenn Untern den Verbr über die Möglichk der Übermittlg weiterer Info u deren Art informiert u der Verbr daraufhin auf die Übermittlg verzichtet. Beides hat der Untern ggf zu beweisen (Rott BB 05, 53/58). Die InfoPfl nach EG 246 § 2 bleibt unberührt.
- 22 8) **AGB.** In den Info zu I Nr 5, 6, 7, 8, 9 u 12 sowie II 3 u 5 teilt der Untern dem Verbr zugl alle od einen Teil der AGB mit, die für den Vertr gelten sollen. Die Info führt, wenn sie § 305 II genügt, gleichzeit zur Einbeziehg der AGB. Eine doppelte Info – eine nach EG 246 § 1 u eine nach § 305 – ist nicht erfdl. Genügt der Hinw nicht den Anforderngen von § 305 II, werden die AGB nicht Vertrinhalten.

EG 246 § 2 *Weitere Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen.* (1)¹ Der Unternehmer hat dem Verbraucher ferner die in Satz 2 bestimmten Informationen in Textform mitzuteilen, und zwar bei

1. Finanzdienstleistungen rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung oder, wenn auf Verlangen des Verbrauchers der Vertrag telefonisch oder unter Verwendung eines anderen Fernkommunikationsmittels geschlossen wird, das die Mitteilung in Textform vor Vertragsschluss nicht gestattet, unverzüglich nach Abschluss des Fernabsatzvertrags,
2. sonstigen Dienstleistungen und bei der Lieferung von Waren alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags, bei Waren spätestens bis zur Lieferung an den Verbraucher.

² Der Unternehmer hat dem Verbraucher gemäß Satz 1 mitzuteilen:

1. die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
2. die in § 1 Abs. 1 genannten Informationen,
3. bei Finanzdienstleistungen auch die in § 1 Abs. 2 genannten Informationen und
4. bei der Lieferung von Waren und sonstigen Dienstleistungen ferner
 - a) die in § 1 Abs. 2 Nr. 3 genannten Informationen bei Verträgen, die ein Dauerschuldverhältnis betreffen und für eine längere Zeit als ein Jahr oder für unbestimmte Zeit geschlossen sind, sowie
 - b) Informationen über Kundendienst und geltende Gewährleistungs- und Garantiebedingungen.

(2)¹ Eine Mitteilung nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 2 ist entbehrlich bei Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln erbracht werden, sofern diese Leistungen in einem Mal erfolgen und über den Betreiber der Fernkommunikationsmittel abgerechnet werden.² Der Verbraucher muss sich in diesem Fall aber über die Anschrift der Niederlassung des Unternehmers informieren können, bei der er Beanstandungen vorbringen kann.

(3)¹ Zur Erfüllung seiner Informationspflicht gemäß Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 10 über das Bestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts kann der Unternehmer die in den Anlagen 1 und 2 für die Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht vorgesehenen Muster in Textform verwenden.² Soweit die nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 3 und 10, nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 in Verbindung mit § 1 Abs. 2 Nr. 3 und nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 4 Buchstabe b mitzuteilenden Informationen in den Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind, bedürfen sie einer hervorgehobenen und deutlich gestalteten Form.

1) Allgemeines. Die Vorschr ist dch das VerbrKrRL-UG mit Wirkg ab 11. 6. 10 eingefügt worden. Sie ergänzt EG 246 § 1 u übernimmt – ohne inhaltl Ändergen – die bish Regelgen des § 312 c II u III u der BGB-InfoV 1 IV: **I 1** enthält wie bish § 312 c II 1 Nr 1 u 2 eine Differenzierg für den Ztpkt der Mitteilg der Info beim FernAbs von Finanzdienstleistgen einerseits u beim FernAbs von Waren u and Dienstleistgen andseits. **I 2 Nr 1** entspricht hinsichtl der Mitteilg der VertrBestimmgen einschl AGB § 312 c II 1 aF. **I 2 Nr 2–4** übernimmt wortgleich BGB-InfoV 1 IV 1 Nr 1–3 aF. **II** entspricht § 312 c II 2 u 3 aF. **III** übernimmt BGB-InfoV 1 IV 2 u 3 aF. Zur R Folge bei Verletzg der InfoPfl s Einf v EG 238.

2) Inhalt der Information. – a) Allgemeines. Die Info nach I 2 Nr 1 u 2 sind bei jedem FernAbsVertr mitzuteilen; die weiteren Info nach I 2 Nr 3 u 4 richten sich nach dem VertragsGgst. Sind die Info dem Verbr schon aGrd von EG 246 § 1 in Textform zur Vf gestellt worden, ist eine nochmal Übermittlg nicht erfdl (s Grigoleit NJW 02, 1157). Im Einzelnen gilt:

b) Nr 1 u 2: Nach Nr 1 sind alle VertrBedinggen einschl der AGB mitzuteilen. Die Info führt, wenn sie den Anforderungen des § 305 II entspricht, zugl zur Einbeziehg der AGB. Gem Nr 2 sind ferner die in EG 246 § 1 I genannten Info mitzuteilen (s dort). Für die Info gem EG 246 § 1 I Nr 10 kann der Untern nach III 1 das Muster der Anlage 1 od 2 verwenden.

c) Nr 3: Bei **Finanzdienstleistungen** (zum Begriff s § 312 b Rn 10b) sind zusätzl die in EG 246 § 1 II genannten Info mitzuteilen (s dort).

d) Nr 4: Bei **Waren u sonstigen Dienstleistungen** (Begriffe s § 312 b Rn 10ff) sind zusätzl folgde Info mitzuteilen: – **aa) Nr 4a.** Begriff des DauerschuldVerh s § 314. Mitzuteilen sind die Voraussetzgen der Künd, die KündFrist u der Adressat der KündErkl. Die Unterrichtg muss auch einen Hinw auf das KündR aus wicht Grd (§ 314) enthalten. – **bb) Nr 4b:** Gelten für die Haftg die gesetzl Vorschr, muss weder auf diesen Umst noch auf den Inhalt der Vorschr hingewiesen werden (BGH NJW 08, 1595). Der Untern muss auch nicht mitteilen, dass er keinen Kundendienst unterhält. Eine Pfl zu detaillierter Info über die Gewährleistg besteht nur, soweit der Vertr von den gesetzl Vorschr abweicht (Lütcke FernAbsR § 312 c Rn 93, aA MüKo/Wendehorst § 312 c Rn 66). Besteht eine Händler- od eine Herstellergarantie, muss spezifiziert werden, welche Rechte diese beinhalten. Fehlen Garantien, sind keine Angaben erfdl.

3) Form der Information. – a) Textform, I 1. Die Info müssen dem Verbr in Textform iSd § 126 b (s dort) mitgeteilt werden. Die Erkl muss in einer Urkunde od in einer and zur dauerh Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden. HauptBsp sind dch Post od Fax übermittelte Texte, Disketten, CD-Roms u E-Mails. Eine Homepage des Erklärdn reicht aus, wenn es tats zu einem Download kommt, andfalls nicht (BGH NJW 10, 3566). Zur Beweislast s § 355 III 3 (s dort Rn 23).

b) Besondere Form, III 2. Soweit die Mitteilg durch Übermittlg der VertrBestimmgen od AGB erfolgt, muss der Verbr auf die in **EG 246 § 1 I Nr 3 u 10, II Nr 3 u EG 246 § 2 I 2 Nr 4b** genannten Info in **hervorgehobener** u deutl gestalteter Form hingewiesen werden (III 2). Insow gilt § 360 Rn 4 entspr, jedoch mit der Maßg, dass die bei einem Hinw auf eine Info mögl Hervorhebg bei einem Hinw auf vier Info nicht die gleiche Deutlichk erreichen kann.

4) Zeitpunkt der Information. I 1 unterscheidet zw Vertr über Finanzdienstleistgen u Vertr über Waren u and Dienstleistgen. – **a) Finanzdienstleistungen, I 1 Nr 1.** Die Info müssen dem Verbr rechtzeitig vor Abgabe seiner VertrErkl zugehen. EG 246 § 1 Rn 3 gilt entspr. Die sich aus EG 246 § 1 u § 2 ergebden Pfl sind hinsichtl des Ztpkts u des Umfangs der Info ident. And ist es nur, wenn der Vertr unter Verwendg eines FKM abgeschl wird, das die Mitteilg in Textform nicht gestattet (Telefon, SMS). Hier muss die Mitteilg unverzügl (§ 121 I 1) nach VertrSchluss erfolgen.

b) Waren und sonstige Dienstleistungen, I 1 Nr 2. Die Info müssen dem Verbr alsbald, spätestens bis zur vollstnd Erf des Vertr, bei Waren spätestens bis zur Lieferg, mitgeteilt werden. Für die WertersatzPfl geht aber § 357 III vor (Köln GRUR-RR 08, 88, aA Hbg MDR 07, 1361). Die Info sollen den Verbr in die Lage versetzen, sich über den Inhalt des Vertr zu vergewissern u darüber zu entscheiden, ob er von seinem WiderrufsR Gebrauch machen will.

5) Entbehrlichkeit der Information, II. Bei **Dienstleistungen** entfällt die InfoPfl, wenn diese unmittelbar unter Einsatz von FKM erbracht werden, nur einmal erfolgen sollen u über den Betreiber der FKM abgerechnet werden. Bei einem solchen Vertr, zB über einen telefon Ansagedienst, muss der Verbr aber über die Stelle informiert werden, bei der er Beschw vorbringen kann.

6) Belehrungsmuster. Die in den Anlagen 1 u 2 bestimmten Muster sind fakultativ. Die Untern können weiter ihre eig Texte verwenden u auf die Schutzwirkg von III u § 360 III (s dort) verzichten. Dch Gesetz v 17. 1. 11 (BGBl I S 34) ist in Anlage 1 der frühere GestaltgHinw (6) zu § 485 entfallen. Dch G v 27. 7. 11 (BGBl I S 1600) sind die Anlagen 1 u 2 erneut geändert worden (s Vorb 2 v § 312). Die Muster sind nach dem Baukastensystem aufgebaut. Zur Ausfüllg enthalten die Anlagen vierzehn (Anlage 1) bzw neun (Anlage 2) GestaltgHinw. Die Muster ändern nichts daran, dass für die endgült Festlegg des Belehrgstextes eine sorgfält rechtl Beratg unverzichtb ist. Sie muss sich auch auf die Festlegg des Ztpktes der Übergabe der Belehrg erstrecken, da von ihm die Dauer der Frist (14 Tage od 1 Monat) abhängt (§ 355 Rn 11 ff). Die Neufassg der Muster hat Unzulänglichk der (alten) Muster nach BGB-InfoV 14 beseitigt. Insbes die Info über den Beginn der

Widerrufsfrist in GestaltgsHinw (3) der Anlage 1 ist zutreffd. Der Hinw auf den Fristbeginn „nach Erhalt dieser Belehrung“ lässt sich mit § 355 III 1 u § 187 I, wonach die Frist frühestens *am Tag nach* Erhalt der Belehrung beginnt (BGH 126, 56), in Einklang bringen. Für den Kauf auf Probe stellt das Muster zutreffd darauf ab, dass die Widerrufsfrist erst mit Billigg (od mit Ablauf der Billiggfrist) beginnt (BGH NJW-RR 04, 1058). Der im Muster vorgesehene Hinw auf die R Folgen des Widerrufs ist nur bei HaustürGesch gesetzl vorgeschrieben; für TeilzeitwohnRVertr berücksichtigt GestaltgsHinw (6) § 485 I. Soweit GestaltgsHinw (7) keine Angabe zur Höhe od BerechngsGrdlage enthält, ist dies auch im Hinbl auf 312 e II nicht erfdl (aA Rott BB 05, 53/57). Die Kritik am fehlenden Hinw auf §§ 188 II, 193 od am unpräzisen „ggf“ bei den Widerrufsfolgen (s Faustmann ZGS 07, 454, Flohr ZGS 08, 289) betrifft Marginalien od nicht zwingde Vorgaben. Soweit der Wertersatz für gezogene Nutzen uU richtlwidr ist (s EuGH NJW 09, 3015), dürfte dem dch das Wort „ggf“ ausreichend Rechng getragen sein. Problematisch ist GestaltgsHinw (12), der entgg § 358 V dem Verbr das Subsumtionsrisiko auferlegt, ob ein verbundenes Gesch vorliegt (Masuch NJW 08, 1700), u die Verwendg der Muster bei eigenfinanzierten GesellschBeteiligten (Guggenberger ZGS 11, 397).

EG 246 § 3 Informationspflichten bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr. Bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr muss der Unternehmer den Kunden unterrichten

1. über die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen,
2. darüber, ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss von dem Unternehmer gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist,
3. darüber, wie er mit den gemäß § 312g Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Verfügung gestellten technischen Mitteln Eingabefehler vor Abgabe der Vertragserklärung erkennen und berichtigen kann,
4. über die für den Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Sprachen und
5. über sämtliche einschlägigen Verhaltenskodizes, denen sich der Unternehmer unterwirft, sowie über die Möglichkeit eines elektronischen Zugangs zu diesen Regelwerken.

1. **1) Allgemeines.** Die Vorschr ist dch das VerbrKrRL-UG mit Wirkg ab 11. 6. 10 eingefügt worden. Sie löst – ohne inhaltl Änderng – die bish Regel der BGB-InfoV 3 ab; die Änderng in Nr 3 („VertrErkl“ statt „Bestellg“) dient ledigl der Klarstellg u größerer Genauigk. Dch G v 27. 7. 11 (BGBl I S 1600) wurde Nr 3 redaktionell geändert. Die Vorschr enthält die gem § 312g I 1 Nr 2 zu erteilten Info bei Vertr im elektron GeschVerkehr. Über VVG 8 IV gilt sie auch für VersVertr. Die Vorschr setzt ECommerceRL 10 u 11 um (PalArch I B 15) u ist richtlkonform auszulegen (Einf 43 v § 1 BGB). Bei einem Vertr zw einem Untern u einem Verbr treten die InfoPfl aus § 3 neben die aus EG 246 §§ 1 u 2. Die Pfl gelten unabhng von der wirtschaftl Bedeutg des Gesch. Selbst bei einer Kleinstbestellg, etwa dem Kauf eines Buches, schuldet der Untern dem Kunden eine von beiden VertrPart kaum zu bewältigde Flut von Info. Zur R Folge bei Verletzg der InfoPfl s Einf v EG 238.
2. **2) Inhalt.** – a) **Nr 1** verlangt umfassdere Info als EG 246 § 1 I Nr 4 Halbs 2. Der Untern muss in laienerechter Sprache über die Schritte informieren, die zum VertrSchluss führen. Erfdl sind vor allem Angaben darüber, dch welche Erkl der Kunde eine Bindg eingeht u dch welche Handlg (zB elektron Bestätigg, Warenauslieferung) der Vertr zustande kommt. Ist das Internet-Angebot, wie idR, im RSinn kein Antrag, sond eine invitatio ad offerendum, muss auch darüber aufgeklärt werden.
3. **b) Nr 2:** Der Kunde muss nach § 312g I 1 Nr 4 bei VertrSchluss die Möglichk haben, die VertrBedinggen abzurufen (§ 312g Rn 8). Besteht diese Möglichk nach VertrSchluss nicht mehr, muss der Untern den Kunden entspr unterrichten, damit dieser den VertrText rechtzeitig abrufen u speichern kann. Der Hinw, die für die Gesch-Abwicklg nötigen Daten würden unter Einhaltg der geltenden datenschutzrechtl Bestimmngen gespeichert, genügt nicht (LG Stgt NJW-RR 04, 911).
4. **c) Nr 3:** Die Vorschr ist neben § 312g I 1 Nr 1 (dort Rn 5) überflüss. Es genügt ein Hinw, dass alle Eingaben nach Anklicken des Bestellbuttons noch einmal in einem Bestätiggfenster angezeigt u dort korrigiert werden können (s Hbg GRUR-RR 10, 480).
5. **d) Nr 4:** Der Untern kann sich auf eine VertrSprache beschränken. Ein entspr Wille ergibt sich uU bereits konkludent aus der Fassg des Internettextes; vorsorgl sollte aber eine entspr ausdrückl Klarstellg erfolgen. Werden mehrere Sprachen angeboten, müssen alle Info in diesen Sprachen zur Vf g stehen, u der Kunde muss dch eine sichere Navigation zu der ihm vertrauten Sprache hingeführt werden.
6. **e) Nr. 5:** Verhaltenskodizes sind Regelwerke, denen sich der Untern – zumeist zu Werbezwecken – unabhng vom VertrSchluss freiwill unterwirft. Gibt es keinen derart Kodex od hat sich der Untern nicht unterworfen, bedarf es keiner Fehlanzeige (Meyer DB 04, 2739/41).

12. Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften

Das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 29. Juni 2015 (BGBl. I S. 1042) hat in Anpassung an die EuErbVO mit Wirkung ab 17. 8. 2015 im BGB das Erbscheinsverfahren neu geordnet und im EGBGB die Vorschriften zum Internationalen Erbrecht neu gefasst. Für vor diesem Zeitpunkt eingetretene Todesfälle gilt jedoch weiterhin im Wesentlichen das frühere Recht (Art. 229 § 36 EGBGB). Dieses ist daher im Folgenden dargestellt (Stand der 74. Auflage 2014, hinsichtlich der §§ 2353 ff BGB mit Ergänzungen betreffend die Rechtsprechung bis August 2015).

I. Bürgerliches Gesetzbuch

Buch 5 Erbrecht Abschnitt 8. Erbschein

2353 **Zuständigkeit des Nachlassgerichts, Antrag.** Das Nachlassgericht hat dem Erben auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht und, wenn er nur zu einem Teil der Erbschaft berufen ist, über die Größe des Erbteils zu erteilen (Erbschein).

Hinweis: Die Kommentierung der nachfolgenden Vorschriften von Abschnitt 8 entspricht einer aktualisierten Fassung der 74. Aufl. Nicht berücksichtigt wurden die in der aktuellen Palandt-Auflage eingearbeiteten Änderungen, die sich durch das IntErbRErbSchAndG ergeben und die für ab dem 17. 8. 15 eingetretene Erbfälle relevant sind (EG 229 § 36). Ist der Erblasser vor dem 17. 8. 15 verstorben, sind die §§ 2353 ff noch in ihrer Alfassung anzuwenden.

1) Der Erbschein bekundet, wer Erbe ist u welchen VfgsBeschränkgen er unterliegt. Er bezeugt aber nicht den Nachl u enthält desh keine Angaben über dessen Umfang (Zimmermann ZEV 95, 275). Das NachlG stellt ihn auf Antrag (Rn 11) seit Inkrafttreten des BGB (EG 213; BayObLG FamRZ 90, 101) aus. Es ist dies ein Akt staatl Fürsorge, weil der RVerkehr ein Zeugn über die erbrechtl Verhältnisse benötigt, damit Dritte bei RGesch mit der als Erbe auftretenden Person Sicherh über dessen RStell haben. – Mit dem Erbschein wird also dem Erben ein **Ausweis** für seine Vfgn über die zur Erbsch gehörden Ggst u Rechte an die Hand gegeben, der Legitimations- u Schutzwirkg entfaltet u mit besond Beweiskraft u öff Glauben ausgestattet ist. Seine Funktion ist damit der Art nach die gleiche wie eine Eintrag im Grdbuch: Er begründet die widerlegb RVermutg der Richtigk u Vollständigk seines Inhalts für u gg den darin ausgewiesenen Erben (§ 2365) und schützt dch öff Glauben den gutgläub Dritten beim Erwerb vom Erben od bei Leistgen an diesen (§§ 2366, 2367), allerd nur im Gültigk-Bereich dieser Vorschriften (KG OLGZ 84, 428). – Dieser VfgsAusweis wird nicht immer benötigt (Rn 22; 23), sond nur, wenn der Erbe sich als solcher ausweisen muss, um den Nachl in Besitz nehmen u darüber verfügen zu können od um ins Grdbuch eingetragen zu werden (Rn 24).

2) Inhalt. Der Erbschein bezeugt das ErbR zZt des Erbfalls. Genau anzugeben sind dazu: Bezeichng des **Erblassers** u des/der **Erben**. Zu deren Individualisierung sollte Erbschein deren vollständ Namen, Geburtsdatum (Erbdaten benötigt GBAMt, s GBVfg 15 I), (letzten) Wohnsitz u Todestag enthalten; bei gemeinschaftl Erbschein für MitE (§ 2357) ist Angabe des Umfang ihres Erbrechts notw, also ihre Erbteile als Bruchteile der Erbsch (Quote). Angabe des BerufgsGrds ist, mit Ausn der Fälle der §§ 1951, 2088, überflüssig (BayObLG 73, 29), aber ungeschäd. – MitE, der seinen Erbteil inzw **übertragen** hat, (u nicht der Erwerber) ist zu benennen, da er MitE bleibt (§ 2033 Rn 7; BayObLG NJW-RR 01, 1521). Unberücksichtigt bleiben nämll alle nachträgl Verändergen, die ohne Einfluss auf die eingetretene Erbfolge sind wie zB Übertrag eines Erbteils od Veräußerg der Erbsch od Tod des Erben (dann wird allerd der Todeszeitpkt des nachverstorben Erben angegeben). Von späteren Ändergen müssen also nur solche bereits berücksichtigt werden, die sich zZt seiner Ausstellg übersehen lassen (RG 142, 172). – **Unzulässig** ist Bezugnahme auf andere Urkunden; od die Aufnahme von Anreggen u Empfehlg; od von Zusätzen der Art „mit der Maßgabe, dass ...“, da der Erbschein aus sich selbst heraus verständl sein muss.

a) Weitere Angaben. Unterliegt der Erbe dch Anordng des Erbl **Beschränkungen** in seiner VfgsBefugn, sind diese anzugeben, also die dch Nacherbfolge u Ersatznacherbfolge (§ 2363) sowie dch TestVollstrg (§ 2364), es sei denn, dass bei Erteilg die Beschränk sich bereits erledigt hat (sa § 2361 Rn 2). Umgekehrt ist auch das **Vorausvermächtnis** eines alleinigen VorE wg der dach bestehen VfgsFreih anzugeben (s § 2363 Rn 4). – Eine nur **beschränkt** angeordnete TestVollstrg (§ 2368 Rn 3) ist im Erbschein genau wiederzugeben, damit der Erbe seine VfgsBefugn über den ihr nicht unterliegenden NachlTeil nachweisen kann (§ 2364 Rn 1). Sa § 2365 Rn 1. – Eine **Wiederverheiratungsklausel** (§ 2269 Rn 16 ff) ist zu vermerken (§ 2363); Fassg richtet sich nach dem jeweiligen Inhalt, s Firsching/Graf Rn 4.297 ff. – Im Falle einer **Verwirkungsklausel** (§ 2075 Rn 6) muss je nach ihrer Auslegg (BayObLG 62, 57) die Rfolge im Verwirksfall (§ 2075 Rn 10) angegeben werden, also eine Nacherbfolge unter Angabe der Bedingg ihres Eintritts u ob VorE befreit ist (§ 2363). Ein bedingtes Vermächtn nicht.

– Von den **Sondererbfolgen** in NachlTeile (§ 1922 Rn 11; 12) wird nur die in einen Hof verlaubar (Rn 6).
b) Nicht angegeben werden der Nachl od NachlGgst (Rn 1) einschließl schuldrechtl Positionen, daher nicht: Belastgen des Erben mit Vermächtn- od PflichtteilsAnspr; Auflagen; Auseinandersetzsverbote (§ 2044); TeilgsAnordngn (sie betreffen nicht das ErbR als solches); Legalnießbr nach auslnd Recht (s BayObLG 61, 4; Staud/Herzog § 2369 Rn 33).

3) Teilerbschein kann jeder MitE verlangen, wenn bei ErbenMehrh kein gemeinschaftl Erbschein (§ 2357) über die Erbfolge beantragt wird. Ihn kann also jeder der mehreren Erben gesondert erhalten. In diesem wird dann nur sein Erbteil genau angegeben, ggf auch nur als Mindesterbteil, wenn über den übrigen Erbteil derzeit noch eine nicht beheb Ungewiss besteht (BayObLG 60, 479; KG JFG 13, 43), etwa wenn die Vatersch für ein nichtehel Kind noch nicht kräftig festgestellt ist. – Ergibt sich nachträgl, dass der dch Teilerbschein ausgewiesene MitE tatsächl AlleinE ist, so kann er entweder einen weiteren Teilerbschein über das restliche Erbe od neuen Erbschein über sein AlleinErbR erhalten (AG Schöneberg Rpfleger 70, 342). – Ein **gemeinschaftlicher** Teilerbschein für das ErbR mehrerer aber nicht aller MitE kann auf Antr eines MitE erteilt werden, wenn zB ein MitE ausgewandert ist (KG DFG 40, 26; Mü JFG 15, 354). – Teilerbschein kann auch auf Antr eines MitE über das ErbR eines od mehrerer **anderer** MitE erteilt werden (Mü JFG 23, 334); ist dieser bereits verstorben, s Rn 13.

4) Ein gegenständlich beschränkter Erbschein kann nach § 2369 erteilt werden u im Falle der Sondererbfolge in einen Hof im Geltgsbereich der norddeutschen HöfeO (EG 64 Rn 2; § 1922 Rn 12) als ein auf die Hoferbfolge beschränktes **Hoffolgezeugnis** (HöfeO 18 II). Dieses erteilt LandwirtschaftG. Das Verfahren richtet sich nach LwVG 1 Nr 5; 14 ff mit den landesrechtl Besonderh, die gem LwVG 20 III für die jew Länder der norddeutschen HöfeO (EG 64 Rn 2) erlassen wurden. Daneben ist ein allg Erbschein sowohl über den gesamten Nachl (unter Angabe der Sondererbfolge, Rn 3) als auch ein nur auf das **hoffreie Vermögen** beschränkter mögl, den gleichfalls LandwirtschaftG erteilt (BGH NJW 88, 2739). Ahnl Regelgen bestehen auch in Rh-Pf (HöfeO 30; BGH FamRZ 95, 34), Bremen (HöfeO 31) u BaWü (AnerbenG 10). S EG 64 Rn 2. – Andere

ggständl beschränkte Erbscheine gibt es nicht (BGH NJW 76, 480; BayObLG 87, 149), abgesehen von den Besonderh der NachlSpaltg (Rn 19). Ein gleichwohl erteilter ist allerd nicht ungültig u in seiner Wirkg nicht beschränkt (BayObLG 52, 69).

- 7 **5) Neues Verfahrensrecht.** Das ErbscheinsVerf (s dazu auch §§ 2358; 2359) richtet sich bei AntrStellg seit dem 1. 9. 09 nach dem FamFG, bei AntrStellg davor nach früh VerFR (Art 111 FGG-RG); dies schließt die RMittelVerf im bish Instanzenzug mit ein (Köln FamRZ 10, 1013). Bei AmtsVerf (zB TestVollstrErnenng nach § 2200) ist der TodesZeitpkt des Erbl maßgebnd (Stgt FGPrax 10, 60). Die in FamFG 342 I aufgezählten NachlSachen sind als Angelegenh der freiwill Gerichtsbar dem AG zugewiesen (GVG 13 nF; 23 a I Nr 2; II Nr 2 nF); zu landesrechtlich mögl Ausn (EGBGB 147 nF) s Rn 8. Sie sind Zivilsachen iSv GVG 12 nF, so dass die Vorschrd des GVG uneingeschränkt zur Anwendg kommen. – Werden nach einem Erbl unterschiedl Verfahren eingeleitet (zB wg Erteilg von Erbschein od TestVollstrZeugn; Einziehg; Ernenng od Entlassg des TestVollstr; NachlPflgSch etc), ist gem Art 111 II FGG-RG jedes ein selbständiges Verfahren, weil es mit einer den VerFGst ganz od teilw erledigten Endentscheidg (FamFG 38 I) abgeschlossen wird (vgl § 1960 Rn 8). Werden dagg im Verfahren über die Erbfolge nach demselben Erbl ledigl **verschiedene** ErbscheinsAntr zu unterschiedl Zeitpkten gestellt, handelt es sich nur um ein Verfahren, wenn auch wg der verschiedenen Ziele mit verschiedene VerFGst (BayObLG NJW-RR 98, 798). Es muss folgl nach einer einheitl Verfahrensordng dchgeführt werden, bis es dch Entscheidg über alle Anträge abgeschlossen ist. Maßgebld dafür ist der Zeitpkt der ersten AntrStellg (Stgt FamRZ 11, 584). – Wird nach Abweisg od Rücknahme eines Antr später ein **neuer** gestellt, leitet dieser ein neues Verf ein, selbst wenn er inhaltsgleich mit dem früh u der Sachverhalt unverändert ist (Köln NJW 11, 320). Das VerfahrensR wird folgl dch den Zeitpkt seiner Stellg bestimmt. Über ihn ist ohne Bindng an die frühere Entscheidg zu befinden, sofern dafür nicht ausnahmsw RSchutzbedürfn fehlt (§ 2359 Rn 1; KG FamRZ 00, 577). – Zwei Verfahren liegen auch vor, wenn zunächst ein MitE Teilerbschein üb seinen Erbteil beantragt u später ein and MitE nur üb seinen Anteil (Keidel/Engelhardt Art 111 FGG-RG Rn 4).
- 8 **6) Nachlassgericht** ist das AG (GVG 23 a II Nr 2; FamFG 342 I Nr 6; sa § 2359 Rn 15), in BaWü dch LandesR bis 31.12. 17 das staatl Notariat (EG 147; LFGG 1 II; 38), im Bereich der HöfeO ausnahmsw LandwG (Rn 6). – **Funktionell** zuständig ist grdsätzl der RPfleg (RPfG 3 Nr 2 c). Dem Richter ist die Erteilg (einschließl des vorausgehenden Verfahrens) nur vorbehalten, wenn eine Vfg vTw vorliegt od die Anwendg ausländ Rechts in Betr kommt (RPfG 16 I Nr 6 nF). Dafür ist unerhebl, ob die Vfg vTw wirks ist (str), nur als Kopie vorgelegt wird od die Existenz eines verlorenen Test behauptet wird (BayObLG Rpfleger 77, 210). Zu BaWü s Keidel/Zimmermann FamFG 352 Rn 14). Richter kann das Verfahren aber auf RPfleg übertragen, wenn trotz vorliegender Vfg vTw gesetzl Erbfolge eingetreten ist u auf diese deutsches ErbR zur Anwendg kommt (RPfG 16 II). – Landesrechtl kann der Vorbehalt aufgehoben werden (RPfG 19 I Nr 5; II), wovon einige Länder Gebrauch gemacht haben.
- 9 **a) Örtlich zuständig** ist das NachlG, in dessen Bezirk der Erbl zZt des Erbfalls seinen Wohnsitz (§§ 7 ff) hatte, ohne solchen seinen Aufenth (FamFG 343 I); bei mehreren gilt FamFG 2. – Ohne inländ Wohnsitz od Aufenth ist für deutsche Erbl das AG Schöneberg in Berlin zuständig (FamFG 343 II), das dann die Sache aus wichtigem Grd mit bindder Wirkg an ein anderes NachlG verweisen kann (FamFG 343 II 2 iVm 3 III). Für ausländ Erbl ist jedes AG zuständig, in dessen Bezirk sich ein NachlGst befindet, dann für alle NachlGst (FamFG 343 III); str bei MitE-Anteil, der bewegl Vermögen ist (KG ZEV 12, 593, EG 25 Rn 7), wo Eule (ZEV 10, 508) für jeden Bezirk mit NachlVermögen des ErstErbl plädiert, währd Schaal auf Zuständigk nach ErstErbl abstellt (BWNotZ 11, 206). – Maßgebld **Zeitpunkt** für die Zuständigk ist der Tag, an dem das NachlG mit der Sache befasst wird (Hamm OLGZ 75, 413; BayObLG NJW-RR 91, 588). BelegenhZuständigk (FamFG 343 III) fehlt daher, wenn im Zeitpkt des Befasstwerdens keine NachlGst im Gerichtsbezirk mehr vorhanden sind, sofern nicht zur Behebg von RSchutzlücken Notzuständigk greift (s Keidel/Zimmermann FamFG 343 Rn 74). Unter mehreren örtl zuständigen NachlG ist das zuerst mit der Sache befasste AG zuständig (FamFG 2 I). – Es gilt der Grds der **perpetuatio fori** (FamFG 2 II), sodass die einmal begründete Zuständigk bei Änderg der sie begründenden Umstände bestehen bleibt. Dies gilt nicht für weitere nachgerichtl Tätigk westdeutscher NachlG bzgl früh DDR-Erbbl, sofern es nicht nur um Erteilg einer weiteren Erbscheinsausfertigg geht (s KG OLGZ 92, 287; 93, 15; 295; Bremen DtZ 94, 252). – Abgabe des Verfahrens ist nach FamFG 4 mögl. – Bei Unzuständigk erfolgt vAw Verweisg nach FamFG 3 I (KG NJW-RR 12, 459; str). Ein ZuständigkStreit ist gem FamFG 5 zu lösen.
- 10 **b) International zuständig** ist in Erbfällen mit Auslandsberührg (Rn 17) das örtl zuständige NachlG (FamFG 105), wenn keine vorrangige staatsvertragl Regelg besteht. Mit dieser gesetzl Regelg is einer Doppelfunktionalität wurde dem bish ungeschriebenen Grds des Gleichlaufs von materiellem ErbR u VerfahrensR eine Absage erteilt; er gilt allerd noch, wenn der der Antr vor dem 1. 9. 09 gestellt wurde (Rn 7). Ein NachlGst im Inland reicht daher aus (Rn 9), um internat Zuständigk für den gesamten Nachl zu begründen, gleich wo sich der restliche befindet (Keidel/Zimmermann FamFG 343 Rn 51; 352 Rn 9). Sie ist also nicht auf das inländ NachlVermögen beschränkt (vgl 2369 I). Ob der erteilte Erbschein von and Staaten auch anerkannt wird, ist eine and Frage. Für die Anknüpfng an Aufenth des Erbl od Belegenh der NachlGst (Rn 9) wird hier allerd als reduziertes Element ein hinreichender Inlandsbezug gefordert, zB dass Erben im Inland wohnen, um nicht vorschnell in den ausländ RVerkehr einzugreifen (Schäuble Zerb 09, 200). Da FamFG 105 keine bestimmte Prüfungsreihenfolge anordnet, bleibt diese der Praktikabilität überlassen. Der Grds der perpetuatio fori (Rn 9) gilt hier nicht (Schäuble Zerb 09, 200). – **Umfang:** Besteht die internat Zuständigk als eine vAw zu beachtete Verfvoraussetzg, beschränkt sie sich nicht auf die Erteilg od Einziehg eines Erbscheins, sond umfasst auch die Entggnahme rechtsgestaltder Erkl dch das NachlG (zB Ausschlagg der Erbsch, § 1945; Hamm Zerb 11, 111), die Anordng von SicherhgsMaßn (zB NachlPflgSch, § 1960) od die Entlassg eines TestVollstr (§ 2227) unabhängig davon, ob sich die Erbrechtslage nach deutschem od ausländ Recht beurteilt (Heinemann DNotZ 09, 6/26). Ob sich Maßn des ausländ Rechts im Rahmen des deutschen VerfahrensR verwirklichen lassen, wurde allerd nicht gesondert geregelt (Bumiller/Harders FamFG 105 Rn 3; 4).
- 11 **7) Antragsverfahren.** Nach Eingang der Todesanzeige des Standesamts überprüft NachlG zunächst seine Register, das Verwahrgsbuch für Vfgn vTw, Sammelakten etc auf vorhandene Vorgänge u zieht solche bei. Ein Verfahren zur Erteilg eines Erbscheins kann es aber erst u nur auf Antrag eines dazu Berecht (Rn 12) einleiten; ein ohne Antrag unzulässig erteilter Erbschein ist einzuziehen, sofern nicht Erteilg nachträgl genehmigt wird, ggf dch schlüssiges Verhalten des Erben (§ 2361 Rn 3). In der AntrStellg des Erben liegt spätestens die schlüssige Erkl der

ErbschAnnahme (§ 1943 Rn 2), im Antr des gesetzl Vertreters aber nur, wenn dieser auch dazu befugt ist. – Dieser **Antrag** kann nur beim NachlG gestellt werden, sei es vom AntrSteller selbst (FamFG 10 I) od von seinem Bevollmächteten, der Vollm ggf nachbringen kann. Anwaltszwang besteht nicht (erst in dritter Instanz, § 2359 Rn 16). And Personen als RA od Notare sind nur beschränkt vertretsbefugt (FamFG 10 II). – Der Antrag gesetzl Vertreter bedarf keiner gerichtl Genehmigg. Bei Eltern ist ihr gesetzl VertretersR Teil ihrer Vermögenssorge (§ 1626 Rn 18), sofern diese nicht vom Erbl ausgeschlossen wurde (§ 1638; Ffm NJW-RR 97, 580). Vormund ist nicht nach § 1795 Nr 3 gesetzl ausgeschlossen (BayObLG 61, 277). Betreuer ist nur bei entspr Wirkungskreis gesetzl Vertreter (§ 1902).

a) Antragsberechtigung. Sie ist von einer bestimmten RStell abhängig, die der AntrSteller nachweisen muss (Rn 15); nur für das beanspruchte ErbR genügt dessen schlüssige Darlegg, weil es im Verfahren erst festgestellt wird. Ihrer RStell nach sind antragsberechtigt: Jeder **Erbe** nach Annahme (Rn 11), MitE (§ 2357 I 2), auch für and MitE (Rn 5); VorE (NachE erst beim Nacherbfall; s § 2363 Rn 7); Fiskus als gesetzl Erbe erst nach seiner Feststellg (§ 1964); Erbeserbe, auch einer von mehreren, da AntrR vererbl ist, aber nur auf den Namen des Erben (BayObLG 51, 690). – ErbschKäufer auf den Namen des Erben (Keidel/Zimmermann FamFG 352 Rn 32; str); Abwesenhpflegler für Erben unbekanntes Aufenthalts (§ 1911; KG JR 67, 26), der auch annehmen kann (Keidel/Zimmermann FamFG 352 Rn 26). – Personen, die Rechte des Erben kraft gesetzl **Aufgabenzuweisung** wahrnehmen u dazu einen Erbschein auf den Namen des Erben benötigen, also TestVollstr (nicht NachE-Vollstr, § 2222); executor nach USA-Recht (BayObLG 80, 42; Einf 8 v § 2197); NachlVerw; NachlInsolvenzVerw; InsolvenzVerw bei Erbeninsolvenz (BayObLG 68, 19/26). ErbenantrR entfällt hierdch jew nicht (BayObLG 68, aaO). – Für die **Teilungsversteigerung** bei ErbenGemsch (§ 2042 Rn 8) der AntrSteller für die Erben eines Beteiligten; der MitE für einen and (ZVG 180, 181, 17 I, III; Hamm MDR 60, 1018). – Bei einer zum **Gesamtgut** gehörden Erbsch sowohl der erbe Eheg als auch der verwaltgsberechtigte, bei gemeinschaftl Verwaltg beide gemeins (BayObLG 58, 366). – **Nachlassgläubiger** nur, wenn sie dch Vorlage eines Titels nach Maßgabe von ZPO 792; 896 berechtigt sind, in die Rechte des Erben einzugreifen (BayObLG 73, 224; Mü NJW 14, 3254); bei bereits vorhandenen Erbschein gilt FamFG 357 II. Gleiches gilt für **Finanzamt** (LG Mü I FamRZ 98, 1067), das sich als VollstrBehörde nicht ohne weiteres auf ZPO 792 analog berufen kann (BayObLG NJW-RR 02, 440). Bei öffrechtl Vollstreckg aus VerwAkt hat dieser idR nicht Titelfunktion (Zweibr Rpfleger 06, 606).

b) Nicht antragsberechtigt sind: NachE währd der VorErbsch (§ 2363 Rn 1). – NachIPflegler (wohl aber für einen and Nachl, an dem er Rechte des Erben wahrzunehmen hat, BayObLG FamRZ 91, 230). – NachlGläub ohne Titel, zB PflichtteilsBerechtig (Köln NJW-RR 94, 1421) od VermächtnNehmer (BayObLG FamRZ 01, 1231) u ErbenGläub, die aber dch ihr rechtl Interesse vom erteilten Erbschein Abschrift od Ausfertigg verlangen od Einsicht nehmen können (FamFG 357; BayObLG NJW-RR 99, 805). – Ein vom Erben zur Auflässg an sich selbst Bevollmächtigter (Celle JR 48, 317). – MitE nicht zum Nachweis der Erbfolge nach einem verstorbenen MitE, es sei denn zur Aufhebg der ErbenGemsch dch ZwangsVersteigerg (BayObLG 94, 158).

c) Form und Inhalt. Der Antrag soll begründet u unterzeichnet werden (FamFG 23 I; Verstoß ist unschädlich), kann damit schriftl od zu Protokoll des NachlG (FamFG 25) bzw des Notars gestellt werden, die die regelmäÙ erfld eidesstattl Versicherg (§ 2356 II) mit beurkunden können. LandesR kann Beurkundgspflicht dch Notar vorsehen (EG 239). Eine Frist besteht nicht. – Der Antrag muss so bestimmt sein, dass er den Inhalt des Erbscheins nicht dem NachlG überlässt. Das beanspruchte **Erbrecht** ist genau zu bezeichnen, nicht etwa nur „nach Maßgabe des Test“ (BayObLG 67, 1). Anzugeben ist auch der BerufsGrd, also ob ErbR aGrd Gesetzes od Vfg vTiw beansprucht wird (§§ 2354, 2355; BayObLG 73, 28; sa § 2361 Rn 5); alternative Angabe ist dann zulässig, wenn der Erbe sowohl testamentar wie gesetzl in gleichem Umfang berufen ist (Hamm OLGZ 67, 71; BayObLG 74, 464; Ffm Rpfleger 78, 17). – Die Größe von **Erbquoten** ist genau anzugeben (zu Ausn s § 2357 Rn 3). – Bei **Nacherbfolge** s § 2363 Rn 3 ff. – Eine vom Erbl angeordnete **Testamentsvollstreckung** ist anzugeben u die sich aus ihr ergebende VfgsBeschränk des Erben dann u genau, wenn sie vom Normalfall abweichen.

d) Weitere Angaben und Nachweise. Der AntrSteller hat die gem §§ 2354, 2355 notwendigen Erklärungen abzugeben u die in §§ 2354–2356 vorgeschriebenen Nachweise dch öff Urkunden u eidesstattl Versicherg (§ 2356) zu erbringen. Im Antrag sollen ferner die zur Begründg dienenden Tats u Beweismittel benannt u Urkunden, auf die Bezug genommen wird, in Urschrift od Abschrift beigelegt werden (FamFG 23 I 2). Auch soll dargelegt werden, welche Personen neben dem AntrSteller als Beteiligte (FamFG 345 I; s § 2358 Rn 6 f) in Betr kommen, damit sie informiert u über ihr AntrR auf Verfbeteiligg belehrt werden können (FamFG 7 IV). – Ist ein RStreit über das ErbR anhängig, ist dieser u der Prozessgegner zu benennen (FamFG 345 I 2 Nr 3). – Soll Erbschein ggständl beschränkt sein (§ 2369), muss dies aus dem Antr hervorgehen; bei mehreren Möglichk muss Rpfleger über die kostengünstigere belehren (Hamm JurBüro 73, 1184). – Fehlen einzelne Angaben, hat NachlG auf Ergänzg des Antrags hinzuwirken. Es darf ihn nicht allein desh zurückweisen, weil insow das Verfahren unförmlich ist, wie auch die Regelg dch SollVorschr zeigt (vgl BT-Drs 16/6308 S 185).

e) Haupt- und Hilfsantrag mit sachl unterschiedl Inhalten sind trotz Bindg des NachlG an den Antr zulässig, wenn sie denselben Erbfall betreffen, jeder Antr für sich das mit ihm beanspruchte ErbR bestimmt bezeichnet u dem NachlG die Reihenfolge der Prüfg u Entscheidg vorgegeben wird (Hamm FamRZ 93, 111; BayObLG 73, 30). NachlG darf HilfsAntr aber nicht vor dem HauptAntr sachl prüfen. Zur Stellg in der BeschwInstanz s § 2359 Rn 15. – Von einer **Bedingung** kann Antrag nicht abhängig gemacht werden. – **Rücknahme** des Antr ist bis zur RKraft der Endentscheidg mögl (FamFG 22 I 1), bedarf nach deren Erlass aber der Zustimmung der Beteiligten (FamFG 22 I 2). Die RücknErkl od -verpflichtg kann Inhalt eines Vergleichs sein (s § 2359 Rn 4). – Zur **Wiederholung** des Antr s § 2359 Rn 6.

8) Erbfälle mit Auslandsberührung. Die Entscheidgzuständigk des deutschen NachlG bestimmt sich nach deutschem VerfahrensR (internat Zuständigk, Rn 10), das anzuwendnde materielle Recht nach den Regeln des deutschen IPR. Für das Erbstatut gilt EG 25, der hinsichtl des anwendb Rechts an die Staatsangehörigg des Erbl anknüpft (EG 25 Rn 6; 10), ein Prinzip, welches allerd für **Erbfälle ab 17. 8. 2015** dch das AufenthPrinzip abgelöst wird (s Anh zu § 2353 ff Art 62 f Rn 3). Sofern kein vorrangiger StaatsVertr besteht (EG 3), umfasst die Verweisg in EG 25 als Gesamtverweisg (EG 4 I 1) auch das KollisionsR der ausl ROrdng, verweist also nicht unmittelbar auf das fremde ErbR (zur Systematik Horn ZEV 08, 73). Daher ist als erstes eine **IPR-Vorprüfung** vorzunehmen. – **aa)** Ergibt diese, dass das berufene **ausländische Recht** die deutsche Verweisg annimmt, kommt dessen ErbR zur Anwendg. Seine Kenntn hat NachlG sich dann vAw zu verschaffen (Einl 34 vor EG 3; Hetger FamRZ 95, 654); ggf muss es auch prüfen, ob seine Anwendg gg den deutschen ordre public verstößt (EG 6 s dort Rn 30). Informationen

zum Erb- u ErbverfahrensR der jew EU-Staaten finden sich auf der website der notaries of europe (www.successions-europe.de). – **bb**) Verweist das ausländ KollisionsR dagg auf das deutsche Recht **zurück**, nimmt dieses die Rückverweis an, so dass der ausländ Erbl im Umfang der Rückverweis nach deutschem ErbR beerbt wird (EG 4 I 2 mit Rn 3; EG 25 Rn 2). Verweist das ausländ KollisionsR auf die ROrdng eines dritten Staates **weiter**, ist dem zu folgen (EG 4 Rn 1). – **cc**) Zur **Nachlasskollision** kann es kommen, wenn der deutsche Erbl letzten Wohnsitz in einem Staat hatte, der stets sein eigenes ErbR auf den gesamten Nachl anwendet (zB die Schweiz, IPRG 90 I). Dann besteht ein zweites Gesamtstatut neben dem deutschen (also kein Sonderstatut iSv EG 3 a II, Mü FamRZ 09, 1358), sodass die Anwendbar deutschen ErbR in diesem Staat nicht dchsetz ist (Mü aaO).

18 **a) Nachlassspaltung** tritt dagg ein, wenn für die RNachfolge vTw ausländisches ErbR gilt, dieses aber nicht dem Prinzip der NachlEinheit folgt, sond Teile des Nachl anderem Recht unterstellt, etwa unbewegl Vermögen dem BelegenhR (s EG 3 a Rn 6; EG 25 Rn 2). Eine solche NachlSpaltg beachtet auch das deutsche IPR mittelb über die Vorschr der Rück- u Weiterverweis (EG 4 I). Angenommen wird auch eine nur teilw Rückverweis, etwa eine territorial (nur für den in Deutschl befindl Nachl) od ggständl (zB nur für Immobilien) beschränkte. – Sie kann auch den Nachl eines **deutschen** Erbl betreffen, wenn dieser in einem and Staat lebt od ausländ Immobilien besitzt. Sieht näm das dortige IPR für bestimmte Vermögensteile eine Sonderanknüpf vor, die zur Anwendg des eigenen ErbR führt, räumt das deutsche KollisionsR diesem **Sonderstatut** Vorrang ein (EG 3 a II; s EG 3 a Rn 3, 6; EG 25 Rn 3; BGH NJW 04, 3558; BayObLG FamRZ 03, 1595; zu DDR-Fällen s EG 25 Rn 21 u EG 235 § 1 Rn 5 im PalArch II). – Bei ausländ Erbl kann NachlSpaltg auch dch wirks **Rechtswahl** eintreten, zB nach EG 25 II für inländ bewegl Vermögen (s dort Rn 7 u Rn 2 zur Möglichk einer Rwahl für den GesamtNachl). – Die für **Erbfälle ab 17. 8. 2015** geltd **EuErbVO** vermeidet künftg eine NachlSpaltg, sofern nicht ggteilige Abkommen od ggteiliges KollisionsR von Drittstaaten zur Anwendg kommen (s Anh zu § 23533 ff Art 62 f Rn 1 u EG 26 Anh II Art 34, 75).

19 **b) Rechtsfolge** der Geltg verschiedener ROrdngen für Teile des Nachl ist, dass jeder dch die NachlSpaltg entstandene Teil als selbständiger Nachl angesehen u so behandelt wird, als ob er der gesamte Nachl wäre (EG 25 Rn 9 mN). Für jeden selbständ NachlTeil ist ein eigener Erbschein zu erteilen, für den fremdem ErbR unterliegenden Teil als Fremdrechterschein (Rn 20). Wird Erbschein für den GesamtNachl beantragt, können die Erbscheine hinsichtl der verschiedenen NachlTeile in einem Doppel- bzw Mehrfacherbschein zusammengefasst werden (Köln FamRZ 14, 1585; Kroiß ZEV 09, 493).

20 **c) Erbschein** bei Beerbg nach ausländ ErbR kann ein allg sein, für den dann auch § 2366 gilt (Schäuble ZEr 09, 200), aber auch ein ggständl auf sein inländ Vermögen beschränkter (§ 2369) u ist stets als Fremdrechterschein zu bezeichnen (s § 2369 Rn 4, dort auch zur Angabe von Beschränken u RInstituten nach ausländ Recht). Soweit die Erbfolge dch Rückverweis deutschem ErbR unterliegt, wird Eigenrechterschein (§ 2353) erteilt. Die entspr beschränkte Wirkg der einzelnen für den jew SpaltNachl erteilten Erbscheine ist zu vermerken (MüKo/Mayer Rn 27; Wittkowski RNotZ 10, 102 mit BspFällen; aA 69. Aufl). Dies ergibt sich nun allerd nicht mehr aus der fehlenden internat Zuständigk des NachlG für ausländ NachlTeile (so die frühere Rspr), sond aus der grdsätzl Weltgeltg des Erbscheins. Ohne besond Anhaltspkte ergibt sich aber keine Verpflichtg des NachlG bei einem unbeschränkter ErbscheinsAntr in umfassende Ermittlgen darüber einzutreten, ob eine NachlSpaltg und damit ein eingeschränkter Geltgsvermerk in Betr kommt (MüKo/Mayer aaO). Häufig wird aus VereinfachgsGrden ein Erbschein nach § 2369 vorzuziehen sein (s dort Rn 1). – Zu **ausländischen Erbscheinen** s EG 25 Rn 19. Bei ausnahmsw Anerkenng (zB wg staatsvertragl Regelg, s Bremen NJW-RR 11, 1099) kann das RSchutzbedürfn für die Erteilg eines nochmaligen Erbscheins fehlen. Anerkenng wg Art 59 EuErbVO (s Anh zu § 2353 ff Art 62 f Rn 1) wird nicht wg Möglichk eines Europ NachlZeugn ausgeschlossen (str), setzt aber voraus, dass ausländ Erbnachweis nach dem Recht des Ursprungsstaats eine der Legitimations- u Gutgläubenswirkngen der §§ 2365 ff vergleichb Wirkg zukommt (s Kleinschmidt RabelsZ 13, 723/741 ff mN).

21 **d) Europäisches Nachlasszeugnis** s s Anh zu § 2353 ff Art 62 f.

22 **9) Anderweitige Erbenachweise.** Im RVerkehr ist Erbschein der einzige formalisierte Nachw. Gleichwohl kann Erbe auch in and Form sein ErbR nachweisen (BGH NJW 05, 2779 mAv Starke 3184; für das HandelsReg s Brem NJW-RR 14, 816; Stgt FamRZ 12, 485). So reicht wie im GrdbuchVerf (Rn 24) für **Banken** od Sparkassen nach Tod ihres Kunden die Vorlage eines notariellen Test iVm dem Eröffngsprotokoll idR aus. Nur bei konkret dargelegten Zweifeln darf Bank Erbschein verlangen, wobei keine gesteigerte AusleggsPfl der Bank besteht (Bonefeld ZEr 14, 157 mit Übbl zu Einzelfällen). AGB, die ohne Einschränkng Berechtiggt zur Erbscheinsvorlage vorsehen, sind nach § 307 I, II Nr 1 unwirks (BGH NJW 13, 3716). Unberecht Erbscheinsverlangen begründet dann PflVerletzg, die ua zur Kostenerstattg des Erbscheins führt (BGH aaO Tz 41; LG Lünebg FamRZ 09, 2038). Bei eigenhänd Test kann dagg idR Erbscheinsvorlage verlangt werden (AG Mannh FamRZ 08, 727; Günther NJW 13, 3681; für Ermessensspielraum Keim ZEV 14, 277), da für TestEchtheit u Berechtiggt das Eröffngsprotokoll nicht hilfreich ist (sa BayObLG 83, 176/181). AGB-Bestimmg, die bei Vorlage einer beglaubigten TestAblichtg samt Eröffngsprotokoll berechtigt bei fehlder Fahrlässigk mit befreider Wirkg zu leisten, ist wirks (Celle NJW 98, 82, Keim aaO; str), wobei Bank auf die Prüfg der Wirksamk dch den Notar vertrauen darf (Ffm FamRZ 12, 67) u daher eines Schutzes dch Erbschein nicht bedarf. Zur Entbehrllichk des Erbscheins bei transmortaler **Vollmacht** s Einf 10 v § 2197. – Ggü **Versicherung** ist der im Versicherungsschein für den Fall des Todes des Versicherungsnehmers als bezugsberechtigt bezeichnete Erbe (§ 1922 Rn 39) nicht auf Erbschein angewiesen (Bremen OLGZ 65, 170). – Wer Herausg eines Betrags fordert, der gem § 372 zugunsten der unbekanntn Erben **hinterlegt** wurde, muss seine Empfangsberechtiggt als Erbe in aller Regel dch Erbschein führen (KG NJW-RR 08, 1540). – Für **Sonderzwecke** gibt es besond erbrechtl Zeugn wie das vom NachlG (str) zu erteilte Schuldbuchzeugn (RSchuldBG 16) u das Zeugn über die fortgesetzte GüterGemeinsch (§ 1507).

23 **10) Feststellungsurteil.** Streitde Erbanwärter können das ErbR im Zivilprozess dch Urteil feststellen lassen, wenn Feststellungsinteresse (ZPO 256) besteht (s Brdbg FamRZ 09, 1610). Klage kann auch nur gg einzelne MitE erhoben werden, wobei sich die materielle RKraftwirkg dann auf die Parteien des RStreits beschränkt (BGH FamRZ 10, 1068) u ggständl Entscheidungen mögl sind. Eine solche entfaltet der Erbschein nicht (§ 2359 Rn 7), der in diesem Prozess weder die RVermutg des § 2365 (§ 2365 Rn 3) hat, noch ein Feststellungsinteresse entfallen lässt (BGH aaO). Der Zivilrichter ist daher an einen erteilten nicht gebunden, damit auch nicht an eine TestAuslegg des NachlG (BGH 86, 41; WM 87, 564; NJW 83, 277). Ein anhängiges ErbscheinsVerf führt nicht zur Aussetz des RStreits (ZPO 148) bis zu dessen Erledigg (KG OLGZ 75, 355), dieser aber zur Aussetz des ErbscheinsVerf (BayObLG FamRZ 99, 334). – Zum Verhältn beider VerfArten sa Zimmermann ZEV 10, 457.

– Entspr gilt im RegressProz gg Notar od RA (Schlesw NJW-RR 13, 1164) u für den Streit mehrerer Anwärter auf das Amt des TestVollstr u die Erteilg eines Zeugn sowie im Streit zwischen Erbe u TestVollstr über das Amt od das ErbR (BGH NJW-RR 87, 1090). – **a) Bindung.** Das rkräftige Feststellgsurteil bindet das NachlG im Umfang seiner RKraftwirkg nur, wenn es zw allen Beteiligten des ErbscheinsVerf in RKraft erwachsen ist, diese also auch die Parteien des RStreits waren (BayObLG aaO; zweifelnd bei Versäumn – bzw AnerkenntnUrteil wg der fehlenden Dispositionsbefugn der Parteien über das ErbR Zimmermann aaO gg KG NJW-RR 15, 456 u Lange/Kuchinke § 39 III). Wurde in einem Zivilurteil nur über präjudizielle RVerhältnis od Vorfragen entschieden, ist dies nicht bindd, da diese Fragen nicht von der RKraft erfasst werden (BayObLG 97, 357). Keine Bindg besteht, wenn im ErbscheinsVerf nachträgl begründete Umstände bekannt werden, die dem Prozessrichter unbekannt waren u dem Unterlegenen die Einrede arglistiger Ausnutzg der RKraft gewähren (RG 155, 55; BGH NJW 51, 759). Sa Soe/Damrau § 2360 Rn 4. – **b) Die Herausgabe** eines widersprechenden Erbscheins an NachlG kann der obsiedge Kläger verlangen (§ 2362) u darauf klagen. Dem Unterlegenen kann also kein Erbschein mehr erteilt werden, weil von ihm sofort dessen Rückgabe verlangt werden könnte (§ 2362), wohl aber einem Dritten.

11) Grundbuchberichtigung. Nachweis der Erbfolge erfordert grdsätzl Erbschein (GBO 35 I 1). Zu Ausn s Rn 25. GBAmt ist an die im vorgelegten Erbschein getroffenen Entscheidgen, auch über Gültigk od Auslegg einer letztw Vfz gebunden, sofern es nicht neue vom NachlG nicht berücksichtigte Tats kennt (Brem FamRZ 12, 335; Mü FamRZ 12, 1174). Vorliegende Hinweise über eine Unrichtigk des Erbscheins hat es dem NachlG anzuzeigen. Zieht dieses ihn dann gleichwohl nicht ein, trägt es allein die Verantwortg (Demharter GBO 35 Rn 26). – ÜberweisgsZeugn nach GBO 36; 37 genügt allerd auch. Zu Besonderh im Geltgsbereich von HöfeO 18 II s Rn 6; Köln RdL 00, 187. – Andersartige gerichtl Erbenfeststellgen genügen dagg nicht, zB nicht Feststellgsbeschluss nach § 1964 (BayObLG 89, 8) od AusleggsVertr (§ 2359 Rn 5) aGrd gerichtl Vergleichs (Mü FamRZ 13, 1071). – TestVollstr kann nicht unter Vorlage seines Zeugn Erben benennen (Köln Rpfleger 92, 342). – NachE muss zu seiner Eintragg nach Eintritt des Nacherbfalls neuen Erbschein vorlegen (§ 2139 Rn 6). – Bei BerichtigsAntr binnen 2 Jahren seit Erbfall besteht für Grdbuch Kostenbefreiung (GNotKG KV Nr 14110).

a) Entbehrlich ist Erbschein nur bei Vorlage eines deutschen **notariellen** Test (auch gemeinschaftl od ErbVertr) in beglaub Ablicht mit angesiegelter Eröffngsniederschr, wenn die Erbfolge ausschließl darauf beruht (GBO 35 I 2), nicht aber wenn Erbenstellung, auch Beschränkg dch TestVollstr, sich auch aGrd privatschriftl Test ergibt (Hamm FamRZ 13, 1254) od Aufhebg der Erbregelg unklar ist (Mü FamRZ 13, 1253). Das GBAmt prüft die vorgelegte öff Urkunde nur rechtl, hat dabei aber die in der vorgelegten Urkunde enthaltenen Vfgen vTw selbständig zu prüfen u auszulegen, auch unter Berücksichtigg von Ausleggsregeln (Hamm FamRZ 14, 341) u offenkundiger od allgemein bekannter Tats (Zweibr FamRZ 11, 1902), u auch rechtl schwierigere Fragen selbst zu beurteilen (Mü FamRZ 09, 460; 12, 1092; Köln FGPrax 00, 89). Es hat die erhöhte Beweiskraft der öff Urkunde (ZPO 415; Ffm OLG 90, 288) zu beachten.

b) Notwendige Ermittlungen zur Klärg auftretender konkreter Zweifel können nur dch das NachlG erfolgen. Sofern inhaltl Überprüfg der letztw Vfz nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, muss GBAmt Erbschein verlangen (Düss FamRZ 13, 75; Köln FGPrax 00, 89 mN). Bsp für Zweifel: Ob Test wg Testierunfähigk unwirks ist, wobei es wg der Vermutg der Testierfähigk (s § 2229 Rn 11) hierfür begründeter bzw. konkreter Zweifel bedarf, die im Erbscheinsverfahren zur Feststellg der Unwirksamk führen könnten (Mü NJW-RR 15, 138; Hamm FGPrax 15, 53); ob die Vfgen von Eheg wechselbezügl gewollt waren (Hamm FamRZ 01, 581); ob notarielles Test dch ein vorhandenes privatschriftl widerrufen ist (BayObLG FamRZ 93, 605; Ffm NJW-RR 05, 380); ob Befugn zur ErbVertrÄnderg auch nachträgl Anordng einer TestVollstrg umfasst (MüFamRZ 09, 460); ob zum NachE eingesetzter Dritter auch ErsatzE des überlebenden Eheg ist (Celle ZEV 10, 95 m krit Anm Heinze; aA LG Aschaffbn FamRZ 10, 1373; s § 2269 Rn 7); ob unbestimmte Nacherbfolge vorliegt (s § 2100 Rn 12; LG Ffm Rpfleger 84, 271 mAv Grunsky; BayObLG 82, 449). Negative Tats lassen sich dch in öff Urkunde abgegebene entspr eidesstattl Versicherg nachweisen, wenn diese im ErbscheinsVerf ohne weitere Ermittlg ausreichen würde (Ffm FamRZ 14, 339; Hamm FamRZ 12, 485; KG NJW-RR 12, 847), zB Nichtvorhandensein weiterer Kinder (Mü FamRZ 12, 1248); Nichtgeltendmachg des Pflichtteils (Mü FamRZ 13, 1072), im Ggsatz zu dessen die Erbfolge beeinflussende Geltendmachg (Hamm FamRZ 14, 1953; § 2075 Rn 11). Sie ist nicht erfdl bei nur abstrakter Möglichk einer abweichenden Vfz vTw (Mü FamRZ 13, 1253) od der Ausübng eines Widerrufs- bzw RücktrittsR nach §§ 2271, 2293 (Saarbr FGPrax 14, 250; aA Mü FamRZ 12, 1007); bei nur mögl gesetzl RücktrittsR nach § 2295 (Mü FamRZ 13, 244); wg Nichtvorliegen der Scheidg bei Eheg (KG FamRZ 13, 1073).

2354 **Angaben des gesetzlichen Erben im Antrag.** (1) Wer die Erteilung des Erbscheins als gesetzlicher Erbe beantragt, hat anzugeben:

1. die Zeit des Todes des Erblassers,
2. das Verhältnis, auf dem sein Erbrecht beruht,
3. ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch die er von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde,
4. ob und welche Verfügungen des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind,
5. ob ein Rechtsstreit über sein Erbrecht anhängig ist.

(2) Ist eine Person weggefallen, durch die der Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde, so hat der Antragsteller anzugeben, in welcher Weise die Person weggefallen ist.

Hinweis: Die Vorschrift wurde dch das IntErbRErbschÄndG aufgehoben u nach FamFG 352 I übertragen, ist aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36).

1) Notwendige Angaben. AntrSteller hat neben den für seinen Antr geldten allg Anforderungen (s § 2353 Rn 14 ff) nach §§ 2354, 2355 MitwirkgsPfl. Die Richtigk seiner Angaben hat er nach § 2356 nachzuweisen. Bei mehreren Erben ist noch § 2357 III, IV zu beachten. Ohne die gesetzl geforderten Angaben ist ein Erbscheins-Antr unzulässig; dies gilt auch bei bloß pauschaler Bezugn auf die Angaben in einem and Verfahren (Bonn Rpfleger 85, 29). Eine besond Form für die Angaben ist nicht vorgeschrieben. Sie können, sofern sie nicht zweckmäßig in der Erbscheinsverhandlg gemacht wurden (§ 2356 II), auf ZwischenVfz nachgeholt werden.

2) Bei gesetzlicher Erbfolge schreibt § 2354 dem AntrSteller die erfdl Angaben vor. Davon erklären sich von selbst der Todestag des Erbl (I Nr 1) u die Erkl, ob ein RStreit über das beanspruchte ErbR anhängig ist od nicht (I Nr 5); Prozessgegner ist dann zu benennen (§ 2353 Rn 15). – Das **Verhältnis** (I Nr 2), auf dem das beanspruchte ErbR beruht, ist die Stellg zum Erbl. Beruhen macht idR weitere Darlegen erfdl. Über Nachweis der Angaben s § 2356 Rn 6. Anzugeben ist: bzgl VerwandtenErbR genauer Grad der Verwandtsch (Schlesw FamRZ 10, 930); der Wegfall Näherstehender; die VaterschFeststellg für ein nichtehel Kind (§ 1592 Nr 2; 3); eine Annahme als Kind (§§ 1754ff). – Bzgl EhegErbR: Tag der Heirat; dass die Ehe beim Tod des Erbl noch bestand; welcher Güterstand in der Ehe beim Erbfall gegolten hat (§ 2356 II). – Bzgl ErbR des Staates die Voraussetz des § 1936. – Bzgl Erbstatur Staatsangehörigk des Erbl (EG 25) bzw dessen Aufenthalt ab Geltg EuErbVO 21 (s dort Anh II zu EG 26; sa BayObLG 65, 380). – Zum Vorhandensein von Vfgen vTw (I Nr 4) s § 2355.

- 3) **Angaben bei Wegfall (II)**. Bzgl derjen Personen, die das ErbR des AntrStellers ausschließen od mindern würden (s I Nr 3), ist die Art u Weise ihres Wegfalls vor od nach dem Erbfall anzugeben (Köln MDR 59 585), mögen sie gesetzl od TestErben sein (Celle JR 62, 101; KG OLGZ 75, 93; Rpfleger 77, 209 zu Angaben bei früherer Verheiratg des Erbl). Dies betrifft den Wegfall dch Tod; gem §§ 1933, 1938, 1953, 2344, 2346; dch den früher mögl vorzeitigen Erbausgleich zw nichtehel Kind u seinem Vater (EG 227 I Nr 2). – Außer Betr bleiben können Möglichk, die nach Sachlage im Einzelfall nicht wahrscheinl sind wie zB eine theoretisch mögl Schwangersch der Witwe. – Ist AntrSteller ein **Nachlassgläubiger** mit Titel (s § 2353 Rn 12), müssen im Falle gesetzl Erbfolge die nach I 3, II notwendigen Angaben idR datenmäßig bekannt sein; sonst hilft § 1961 (KG JFG 17, 106). Zur AmtsermittlgsPfl des NachlG bei GläubAntr s Hildesheim MDR 62, 56; Flensburg Jur Büro 68, 558.

2355 Angaben des gewillkürten Erben im Antrag. Wer die Erteilung des Erbscheins auf Grund einer Verfügung von Todes wegen beantragt, hat die Verfügung zu bezeichnen, auf der sein Erbrecht beruht, anzugeben, ob und welche sonstigen Verfügungen des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind, und die in § 2354 Abs. 1 Nr. 1, 5, Abs. 2 vorgeschriebenen Angaben zu machen.

- 1) **Hinweis:** Die Vorschrift wurde dch das IntErbRErbschÄndG aufgehoben u nach FamFG 352 II übertragen, ist aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36).

Bei gewillkürter Erbfolge hat AntrSteller neben den Angaben nach § 2354 I Nr 1, Nr 5, II alle vorhandenen Test u ErbVertr des Erbl (§ 2354 Nr 4) ohne Rücksicht auf Gültigk od Inhalt anzugeben, auch ohne Willen des Erbl vernichtete. Dabei sind diejen Vfz zu bezeichnen und vorzulegen (§ 2356), auf die er sein ErbR gründet. Ergibt diese Vfz vTw nur unter Berücksichtigg weiterer Umstände seine Erbfolge, sind auch diese vorzutragen. TestEröffng ist nicht AntrVoraussetz (s aber § 2359 Rn 2). – Sa § 2353 Rn 14 zur ausnahmsw Entbehrlichk der Angabe des BerufsGrd.

2356 Nachweis der Richtigkeit der Angaben. (1) ¹Der Antragsteller hat die Richtigkeit der in Gemäßheit des § 2354 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 gemachten Angaben durch öffentliche Urkunden nachzuweisen und im Falle des § 2355 die Urkunde vorzulegen, auf der sein Erbrecht beruht. ²Sind die Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen, so genügt die Angabe anderer Beweismittel.

(2) ¹Zum Nachweis, dass der Erblasser zur Zeit seines Todes im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt hat, und in Ansehung der übrigen nach den §§ 2354, 2355 erforderlichen Angaben hat der Antragsteller vor Gericht oder vor einem Notar an Eides statt zu versichern, dass ihm nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht. ²Das Nachlassgericht kann die Versicherung erlassen, wenn es sie für nicht erforderlich erachtet.

(3) Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit die Tatsachen bei dem Nachlassgericht offenkundig sind.

Hinweis: Die Vorschrift wurde dch das IntErbRErbschÄndG aufgehoben u nach FamFG 352 III ohne III übertragen, da offenkundige Tats entspr ZPO 291 keines Beweises bedürfen. Sie ist aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36).

- 1) **Förmliche Nachweise** hat der AntrSteller hinsichtl seiner notwendigen Angaben nach §§ 2354; 2355 zu erbringen (Notar nicht als „Behörde“, Ffm OLGZ 87, 159 mit abl Anm Vetter DNotZ 88, 137, aber als Bevollmächtigter, Ffm NJW-RR 95, 846). Beweismittel sind öff Urkunden (I), Vorlage der Vfz vTw (I) u eidesstattl Versicherg (II). Erleichterten sind für bestimmte Fälle (I 2, II 2) vorgesehen. Bei mehreren Erben sind § 2357 III 2; IV zu beachten. – Entbehrl sind Nachw nur, soweit die Tatsachen **offenkundig** sind (III; ZPO 291). Dies sind nur solche, die entw nach allg Erfahrg feststehen od dem NachlG amtl bekannt sind, zB bei Ausschlagg od Anfechtg ggü NachlG od über die schon ein MitE die eidesstattl Versicherg abgegeben hatte. NachlG muss von ihnen überzeugt sein; hoher Grad von Wahrscheinlichk reicht nicht aus (Schlesw FamRZ 01, 583). Daher ist dch zweite Eheschließg der Wegfall des ersten Gatten nicht offenkundig u dch ScheidgsUrteil od Sterbeurkunde nachzuweisen (KG JW 35, 1885; auch Rpfleger 77, 209; Soe/Zimmermann Rn 24).

- 2) a) **Öffentliche Urkunden.** Der Begriff entspricht ZPO 415; ihm können auch ausländische Urkunden genügen, für die bei Zweifel an Echth Legalisation erfdl ist (dazu MüKo/Mayer Rn 19; für Übersetzg gilt ZPO 142 III, s Karlsr FamRZ 13, 2011), vorbehaltl EuErbVO 59 (s Simon/Buschbaum NJW 12, 2393/2397). Sie sind in Urschrift, Ausfertigg od beglaubigter Abschrift beizubringen, auf Verlangen aber (nach Abschrift für Akten) wieder zurückzugeben (KG BeckRS 1916, 1); zur Beweiskraft von Ablichtgen s BayObLG Rpfleger 83, 354. Statt Vorlage genügt Bezugnahme, wenn das Gericht (auch and Abteilg) die Urkunde bereits besitzt od ihren Inhalt in Akten festgehalten hat; dagg ersetzt Verweisg auf Akten eines fremden Gerichts Vorlage trotz Mögk der Beiziehg nicht (MüKo/Mayer Rn 6; aM Köln MDR 59, 585). Urkunden aus der DDR bedürfen idR keines EchthBeweises (vgl aber BGH NJW 79, 1506 mAv Sachse StAZ 79, 143). – Für die **Beweiskraft** gelten ZPO 415, 417, 418, 435.

3

b) Personenstandsurkunden (PStG 55) sind die wichtigsten öff Urkunden. Sie haben dieselbe Beweiskraft wie Beurkundgen in den Personenstandsregistern (PStG 54 II). Die in PStG 54 angeordnete Beweiskraft kommt auch fast allen seit 1876 gefertigten Auszügen aus Standesregistern zu (Ausn s MüKo/Mayer Rn 21). Für die Zeit vor dem ersten PStG von 1875 kommen Einträge in Kirchenbüchern, Standes- u Gerichtsregistern in Frage; für die Zeit danach Auszüge aus dem Standesregister über Geburten, Heiraten u Sterbefälle. Hinsichtl der Beweiskraft der alten FamStammbücher s KG JFG 15, 52, der Geburts-, Heirats- u Todesscheine Hamm JMBINRW 64, 135. Auf jeden Fall können die alten FamStammbücher als „anderes Beweismittel“ (I 2; s Rn 10) in Betr kommen.

c) Unrichtigkeit. Der Nachweis der Unrichtig standesamtl beurkundeter Tatsachen nach PStG 54 kann auch im ErbscheinsVerf geführt werden. Das Gericht muss ernsthafte Zweifel an der Richtig standesamtl Urkunden dch eigene Ermittlgen u Beweiserhebgen gem FamFG 26 unter Beachtg der Beweisregeln gem ZPO 415, 418 iVm PStG 54 I aufzuklären versuchen, wenn die Erteilg des Erbscheins davon abhängig ist, ohne den AntrSteller auf das BerichtigsVerf (PStG 48 ff) verweisen zu können (Hamm MDR 53, 747, BayObLG 81, 38 u 173; sa Sachse StAZ 80, 179).

2) Die Todeszeit des Erblassers (§ 2354 I Nr 1; § 1922 Rn 2) wird dch Sterbeurkunde nachgewiesen; im Einzelfall kann ihre genaue Ermittlgt notwendig sein (§ 1923 Rn 5). Ferner dch Todeserklärgs- od TodeszeitfeststellgBeschl (VerschG 23, 44), wobei dann die damit begründete Todeszeitvermutg im ErbscheinsVerf widerlegt werden kann (BayObLG 53, 120; Hbg NJW 52, 147). – Zur Kommorientenvermutg (VerschG 11) s § 1923 Rn 5; BGH NJW 74, 699; Düss NJW 54, 1654; KG FamRZ 67, 514. – Ausländische Todeserklärgen Deutscher sind grdsätzl anzuerkennen (LG Mönchen-Gladb DNotZ 72, 50; bestr). Sa Rn 10.

3) Nachweise zum Verhältnis (§ 2354 I Nr 2). Abkömml weisen ihre Abstammung dch Geburtsurkunde aGrd des Eintrags im Geburtenregister (PStG 21) nach; Geburtsschein in früh Familienbuch genügt nicht (Mainz Rpfleger 88, 25). – Öff Urkunden zum Nachw der *nichtehelichen* Verwandtsch zw Vater u Kind sind Ausfertigtgen od beglaubigte Abschrift der Anerkennung (§§ 1594 ff), bei gerichtl Feststellg (§ 1600 d; FamFG 182) des Beschlusses des FamG (früh des VormschG, § 1600 n aF) od des Urteils eines ProzessG; od Personenstandsurkunden (PStG 55), wenn die Vaterschaft beim Geburtseintrag beurkundet ist (PStG 27) od den früh Randvermerk über die nichtehel Verwandtsch enthält (PStG 29 aF); auch vor dem 1. 7. 70 errichtete Unterhaltstitel (Mü FamRZ 11, 1337). – *Annahme als Kind* kann aGrd der entspr Folgebeurkundg im Geburtenregister urkundl nachgewiesen werden (PStG 27 III Nr 1 iVm 21 I Nr 4). – Sind *keine* Kinder vorhanden, ist dies dch entspr eidesstattl Versicherg nachzuweisen (Rn 11). Die entspr Angaben des AntrStellers zusammen mit FamBuchAuszügen od -Abschriften reichen idR nicht aus (Neuschwander BWNNotZ 68, 30).

a) Eheschließung. Für Eheg als gesetzl Erbe des Erstverstorbenen sind Heiratsurkunden (Heiratsschein) nötig (KG FamRZ 71, 432; Sterbeurkunde genügt nicht als Ersatz). Verheiratete Erbbinnen brauch dagg nur Geburtsurkunde vorzulegen, wenn ErbR nicht auf ihrer Verheiratg beruht (Mü JFG 21, 120; Boos NJW 49, 335). Zweifel über die richtige Namensbezeichng erfordern Erhebgen vAw (Oldbg DNotZ 56, 566; aM AG Delmenhorst NJW 56, 1443). Für die Erbfolge nach Mutter, Vater u Geschwistern bedarf es dagg keiner Heiratsurkunde. – Der Nachweis der Auflösung *früherer Ehen* des ErbL wird dch Sterbeurkunde, Scheidgsurteil (Ausfertigt, Abschrift) od Auszug aus früh FamBuch bzw nun Ehregister (PStG 15) geführt (KG Rpfleger 77, 209).

b) Wegfallnachweise (§ 2354 II) sind rkräftiges Urteil über Scheidg od Aufhebung der Ehe (KG OLGZ 75, 93, LG Bln Rpfleger 76, 99); ErbverzichtsVertr (§ 2348); Urteil über Erbnwürdigk (§ 2342); AusschlagungsErkl (§ 1945); notarielle Vereinbg od rkräftiges Urteil über vorzeitigen ErbAusgl (EG 227 Rn 2). – Zu and Nachweisen s Rn 10.

4) Die Verfügung von Todes wegen ist zum Nachweis des testamentar ErbR in Urschrift vorzulegen, sofern nicht das NachlG od ein anderes Gericht bereits dch frühere Ablieferg u Eröffng im Besitz der Urschrift ist (dann Bezugnahme). – Zum Nachweis **unauffindbarer** TestUrkunde s § 2255 Rn 8 ff.

5) Andere Beweismittel (I 2) genügen, wenn öff Urkunden, zB ältere od ausländische, nicht od nur mit unverhältnismäßigen Schwierigk od Kosten zu beschaffen sind. Erhebl Zeitaufwand od hohe Kosten rechtfertigt dies nur bei krassen Mißverhältn zum NachlWert (Schlesw NJW-RR 13, 1166). In Betr kommen Zeugenaussagen (Schlesw FamRZ 11, 1334); eidesstattl Versicherg Dritter bei undchführb Zeugenvernehm (Düss MDR 61, 242), nicht aber des AntrStellers (Schlesw FamRZ 10, 930); Abschriften; Familienstammbücher; Familienstandszeugnisse; Ahnenpass (Hamm FGPrax 13, 123); Kirchenbücher. Ein solches Beweismittel muss aber ähnl klare u verlässl Folgergen ermöglichen wie die öff Urkunde, so dass die Anforderungen an die Beweisführg regelmäßig so streng sind wie bei fehlendem Test (Rn 9; KG FamRZ 95, 837; Mü FGPrax 06, 27; Schlesw aaO). – Hat AntrSteller erfolglos alles ihm zumuth zur Beibringg ausländischer Urkunden od eidesstattl Versichg unternommen, bestehen aber ausreichende Anhaltspkte für die Richtigk der gemachten Angaben, kann Erbschein nicht mangels UrkBeweises zurückgewiesen werden (Rstk FamRZ 04, 1518; Brem FamRZ 15, 1325).

6) Eidesstattliche Versicherung (II 1) ist vor allem für entscheidgsrelevante *negative* Tatsachen erfdl. Sie braucht nur negativ ein Nichtwissen auszudrücken (BayObLG 61, 23), ist also kein Beweis, sond nur Glaubhaftmachung (FamFG 31; Zimmermann ZErB 08, 151) insbes für das Fehlen weiterer erbberechtigter Personen (§ 2354 I Nr 2; II) od einer Vfgr vIw (§ 2355) sowie dass kein RStreit anhängig ist (§ 2354 I Nr 5), nach Ffm (NJW-RR 11, 1516) auch, dass bei Verwirrklsklausel (§ 2269 Rn 13) nicht Wegfall des SchlussE ausgelöst wurde. – Auch der Nachweis für den erhöhten gesetzl EhegErbteil (§ 1371 I), das ZugewinnGemsch galt, ist idR nicht dch öff Urkunde zu erbringen. Er erübrigt sich, wenn der „gesetzl Erbteil“ testamentar zugewendet wurde, der Güterstand also im Rahmen des § 2358 ermittelt werden muss (KG FamRZ 61, 447). – Dass AusschlussGrde nicht bestehen, zB kein ScheidgsVerf anhängig war (§ 1933), braucht ohne konkreten Anlass nicht ausdrückl angegeben u versichert zu werden (Hamm OLGZ 93, 11; aA Brschw DNotZ 91, 550 mit abl Anm Promberger).

a) Abzugeben ist die eidesstattl Versichg vor dem Gericht od vor Notar vom AntrSteller persönl, auch bei AntrStellg dch TestVollstr (KG OLGZ 67, 249); Nachl- u NachlInsolvenzVerw; NachlGläub mit Titel od vom gesetzl Vertreter (Eltern; Betreuer; ggf Pfleger, Bonn Rpfleger 85, 30), allerd für sich selbst; bei Minderj über 16 Jahren auch dch diese selbst (ZPO 455 II 1). Dagg nicht vom gewillkürtem Vertreter (KG OLGZ 67, 249; aA Staud/Herzog Rn 58 für VorsorgeBevollm), auch nicht vom Bevollmächtigten des gesetzl Vertreters (BayObLG 61, 10). – Zum Verf s BeurkG I II; 38. Zuständig ist jedes AG, auch RHilfegericht (Ffm Rpfleger 70, 206; Celle MDR 70, 930), dort der RPFleger (RPflG 3 Nr 1 f, 2 c). – **Bezugnahme** auf Schriftstück, in dem die Angaben

(§§ 2354, 2355) enthalten sind, ist gem BeurkG 38 mit 9 I, 13 a zulässig. Es genügt auch Vorlage einer beglaubigten Abschrift der die eidesstattl Versichg enthaltenden notariellen Erbscheinsverhandlg (LG Bln DNotZ 68, 51, LG Düss RhNK 69, 725).

- 13 **b) Verweigerung** der vom NachlG dch ZwischenVfg verlangten eidesstattl Versichg ohne rechtfertigten Grd führt zur Abweisg des Antr (Ffm FGPrax 96, 190; MüKo/Mayer Rn 58; Zimmermann ZErB 08, 151). Kann AntrSteller dagg and Beweismittel (Rn 10) unverschuldet nicht vorlegen, hat NachlG insow vAw zu ermitteln (§ 2358; FamFG 26). – Bei **Unrichtigkeit** der eidesstattl Versichg kann eine neue nur verlangt werden, wenn sie für die Entscheidg wesentl ist (Köln MDR 59, 585). Gibt AntrSteller im ErbscheinsVerf eine eidesstattl Versichg nach §§ 2356 II 1, 2354 I Nr 4 ab, besteht idR kein Bedürfn, ihn auch noch zur Abgabe einer eidesstattl Versichg nach FamFG 358; 35 IV anzuhalten (BayObLG 77, 59 zu FGG 83 II).
- 14 **c) Erlass (II 2)** der eidesstattl Versichg ist im Einzelfall mögl, wenn dch sie keine weitere Sachaufklärz zu erwarten ist. Er liegt im pflichtgemäßen Ermessen des NachlG (Schlesw FamRZ 01, 583; zu den Kriterien s Keidel/Zimmermann FamFG 352 Rn 61). Unerhebl sind Kostenabwägg u NachlWert (Schlesw NJW-RR 14, 1039). Antr ist üblich, aber nicht vorgeschrieben. Bsp: bei Vorlage einer vor ausländischem Notar abgegebenen eidesstattl Versichg, weil Reise nach Deutschland unzumutb ist (Mü FGPrax 06, 27); bei VollstreckgsGläub, der keine Kenntn von Vfg vTw od den das ErbR auslösdn bzw beeinflusdnen Umständen hat (Ansbach Rpfleger 09, 568; Kassel FamRZ 10, 1016), nicht zwingd aber bei erbberecht gemeinnütziger Stiftg od sozialer Einrichtg (Mü NJW-RR 07, 665); nach Litzenburger ZEV 04, 451 bei Geschäftsunfähigk des AntrSteller wenn VorsorgeBevollm eidesstattl Versichg abgibt, was notw Betreuerbestellg entbehrl macht; bei Sachverhaltsklärg in and ErbscheinsVerf mit eidesstattl Versichg, zB für neuen Erbschein nach Wegfall einer TestVollstrg (KG OLGZ 67, 247), ggf auch für NachE nach Eintritt des NERbfalls (KGJ 46, 146). – Der Beschluss, der Antr auf Erlass zurückweist, ist nicht selbständ anfechtb (FamFG 58; Schlesw ZEV aaO). Bei Beschwerde gg die Endentscheidg unterliegt er aber der Beurteilg des BeschwG (FamFG 58 II), wobei nur das Unterlassen der Prüfng, ob Erlass geboten ist, Gesetzesverletzg begründet (Köln MDR 59, 585; Ansbach aaO). Eine sachgerechte Ermessensausüb ist dagg nur begrenzt nachprüfb (Mü aaO).

2357 Gemeinschaftlicher Erbschein. (1) ¹ Sind mehrere Erben vorhanden, so ist auf Antrag ein gemeinschaftlicher Erbschein zu erteilen. ² Der Antrag kann von jedem der Erben gestellt werden.

(2) In dem Antrag sind die Erben und ihre Erbteile anzugeben.

(3) ¹ Wird der Antrag nicht von allen Erben gestellt, so hat er die Angabe zu enthalten, dass die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. ² Die Vorschrift des § 2356 gilt auch für die sich auf die übrigen Erben beziehenden Angaben des Antragstellers.

(4) Die Versicherung an Eides statt ist von allen Erben abzugeben, sofern nicht das Nachlassgericht die Versicherung eines oder einiger von ihnen für ausreichend erachtet.

Hinweis: Die Vorschrift wurde dch das IntErbRErbschÄndG aufgehoben u nach FamFG 352 a übertragen, ist aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36). FamFG 352 a sieht nunmehr der Möglichk vor, auf die Angabe u Aufnahme der Erbteile im Erbschein zu verzichten.

- 1 **1) Gemeinschaftlicher Erbschein.** Bei einer ErbenGemsch kann mit ihm die Erbfolge in den ganzen Nachl festgestellt werden, wenn alle Erbteile feststehen u angenommen sind; dagg nicht, wenn sie noch unbestimmt sind, zB wg zu erwartder Geburt von MitE od aus sonstigen Grden (§ 2043 II); od die Vatersch des Erbl für ein nichtehel Kind als gesetzl Erbe noch nicht festgestellt ist (§§ 1592 Nr 3, 1600d; FamFG 182 I), weil er vorher verstarb. Teilerbschein für die Witwe od für die Abkömmlinge ist dann mögl, aber zB nach der Geburt einzuziehen (KGJ 42, 128). Zu Teilerbscheinen s § 2353 Rn 5.
- 2 **2) Antragstellung.** Das AntrR steht jedem Erben u sonst antragsberecht Dritten (s § 2353 Rn 12) zu. Ein MitE kann aber nur Erteilg an sich beantragen, also ohne Bevollmächtigg nicht Erteilg an and MitE. – Im Antrag sind sämtl Erben u ihre Erbteile anzugeben (Haupt- u HilfsAntr ist zulässig, § 2353 Rn 16); kennt AntrSteller nicht alle Erben, kann nach § 2358 II geholfen werden. Erbteil ist auch hier Bruchteil des Erbrechts. Erbteilsangabe fällt nicht unter die eidesstattl Versichg des § 2356 II. – Die ErbschAnnahme liegt nur beim antragstellenden Erben idR schon im Antr (§ 1943 Rn 2). Bzgl der übr MitE ist sie dagg dch deren eigene Erkl, Urkunden od eidesstattl Versicherg nachzuweisen (§ 2356), für verschollenen MitE dch Erkl des Abwesenhpflegers, wobei dann Voraussetzung entw das Bestehen einer Lebensvermutg (VerschG 10) zZt des Erbfalls ist od der Nachw, dass der Verschollene den Erbfall erlebte (RGRK Rn 7; Oldbg NdsRpfl 52, 53). NachweisPfl besteht auch für nicht erbdn AntrSteller (zB TestVollstr).
- 3 **a) Ungewisse Erbteilsgröße** wg unüberwindl Beweisschwierigk bzw langwieriger Ermittlgen berechtigen zur AntrStellg mit unbestimmten Erbquoten, sofern sämtl MitE feststehen (Hamm FGPrax 13, 123) u zur Erteilg eines vorläufigen Erbscheins unter Angabe einer ungewissen Erbquote od eines Mindesterbteils (Schlesw BeckRS 76, 1381 str; aA BayObLG 62, 54). Dies kommt zB bei Zuwendg nach Vermögensgruppen in Betr (§ 2087 Rn 6; Düss DNotZ 78, 683; Mitteilg der Berechnungsgrdlagen ist im Antr erfdl) u ermöglicht so eine Vfg über den ganzen Nachl. Nach Klärg der Ungewissheit ist der Erbschein einzuziehen (Hamm Rpfleger 69, 299). – Sa § 2353 Rn 5.
- 4 **b) Versicherung an Eides statt (IV)** kann von allen MitE, nicht aber vom NachE vor Eintritt des Nacherbfalls (KGJ 33 A 98), verlangt werden, auch wenn sie nicht AntrSteller sind (beim gemeinsaftl Teilerbschein nur von den aufzuführenden MitE), sofern das NachlG auf Grd der eidesstattl Versichg des AntrSteller die zur Begründg des Antr erfdl Tats noch nicht für festgestellt erachtet (LG Kblz Rpfleger 70, 170; Wuppertal RhNK 77, 57; KG JFG 12, 207). Bei antragstellenden Dritten ersetzt dessen Versicherg die des MitE, von dem er sein Recht herleitet, bei TestVollstrg über den gesamten Nachl genügt Versicherg des TestVollst allein. AntrSteller kann Mitwirkg der and nach § 2038 I 2 verlangen. Praxis begnügt sich idR mit der Versicherg eines MitE, bei erbdnen Seitenverwandten mit der von einem Angehörigen eines jeden Stammes (s Firsching/Graf Rn 4.188).

2358 Ermittlungen des Nachlassgerichts. (1) Das Nachlassgericht hat unter Benutzung der von dem Antragsteller angegebenen Beweismittel von Amts wegen die zur Feststellung der

Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.

(2) Das Nachlassgericht kann eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der anderen Personen zustehenden Erbrechte erlassen; die Art der Bekanntmachung und die Dauer der Anmeldefrist bestimmen sich nach den für das Aufgebotsverfahren geltenden Vorschriften.

Hinweis: Die Vorschrift wurde durch das IntErbRErbschÄndG aufgehoben, wobei II nach FamFG 352 d übertragen wurde. Die in I normierte AmtsermittlungsPfl u die Regelg zur Beweisaufnahme ergeben sich jetzt aus FamFG 26, 29. Die Vorschrift bleibt aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36).

1) Verfahrensgestaltung. Zur Einleitg des ErbscheinsVerf s zunächst § 2353 Rn 7 ff. Dch den 1
UntersuchgsGrds (Rn 2) obliegt dessen Gestaltg dem NachlG. Dieses kann es schriftl dchführen, aber auch Termin anberaumen, um die Sache mit den Beteiligten zu erörtern (s FamFG 32) od sie persönl anzuhören (FamFG 34). Es kann ihr Erscheinen auch erzwingen (FamFG 33 III). – Die **Beteiligten** (Rn 5) müssen vollständige u wahrheitsgemäße Angaben machen (FamFG 27 II), können also zB die TestierFähigk des Erbl nicht ohne Anlass pauschal bestreiten (Hamm FGPrax 97, 68). Ihre Erkl über Wahrheit od Unwahrheit einer Tatsache binden das NachlG allerd nicht. Auch ihr Nichtbestreiten von Behauptgn befreit das NachlG nicht von seiner Pflicht, auch unstr Tatsachen vAw auf ihre Richtigk zu überprüfen (BayObLG 92, 181). Seine PrüfgsPfl können die Beteiligten auch nicht dch Anerkennung des ErbR beseitigen (vgl § 2359 Rn 5). – Für **verspätetes** Vorbringen sieht das Gesetz keine Präklusion vor. Sie wäre ohnehin ausgeschlossen, soweit mit ihr eine Beeinträchtigg des rechtl Gehörs (GG 103) verbunden ist (sa Rn 8). – Bei unterschiedl ErbscheinsAntr sa § 2353 Rn 7.

2) Amtsermittlung (I). Die zur Feststellg der entscheidgserhebl Tats erfdl Ermittlgen hat NachlG vAw dchzuführen (FamFG 26), ohne sich auf entspr Angaben des AntrStellers beschränken zu müssen. Es hat also 2
den Sachverhalt des Einzelfalls unter Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen aufzuklären, aber keine uferlose ErmittlgsPfl. Sie ist nämldch den ErbscheinsAntr bedingt u wird dch die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzgn des materiellen Rechts begrenzt (Köln OLGZ 89, 144). NachlG hat also nicht allen nur denkb Mögk nachzugehen. AusnTatbestände sind nur bei beim Bestehen gewisser nicht ganz entfernt liegder AnhaltsPkte zu untersuchen. Es muss seine Ermittlgen nur soweit ausdehnen, als bei sorgfältiger Überlegg das Vorbringen der Beteiligten u der fest-gestellte Sachverhalt dazu Anlass geben. Sie sind erst abzuschließen, wenn entw der Sachverhalt vollständig aufgeklärt od von weiteren Nachforschgen nach pflichtgem Ermessen ein sachdienl, die Entscheidg beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten ist (BGH 40, 57; BayObLG NJW-RR 97, 7; Köln FGPrax 04, 78). – Der AntrSteller, dem allein die Beschaffg der Nachweise gemäß §§ 2354, 2356 obliegt (Düss BeckRS 14, 10140), u andere Beteiligte haben bei Ermittl des Sachverhalts **Mitwirkungspflichten** (FamFG 27 I), aber keine darüber hinausgehde ErmittlgsPfl (KG FamRZ 06, 151). Ein Verstoß gg MitwirkgsPfl kann allerd die AmtsermittlgsPfl des NachlG reduzieren (vgl BGH 16, 378/384).

a) Einzelfragen. Die ErmittlgsPfl vAw betrifft zunächst die VerfVorschr, die zwingd sind u unabhängig 3
davon gelten, ob deutsches od ausländisches ErbR zur Anwendg kommt. Desh hat NachlG die ZuständigkVorschr in jeder Lage des Verfahrens vAw zu prüfen (KG OLGZ 69, 285). Für die örtl Zuständigk sind zB die Angaben in der SterbeUrk über den Wohnsitz des Erbl nicht maßgebld (KG Rpfleger 59, 54). – Sachlich erstreckt sie sich: Auf die **Staatsangehörigkeit** des Erbl bzw auf dessen **Aufenthalt** ab Geltg EuErbVO 21 (s dort Anh II zu EG 26) samt Inhalt von anwendb ausländ Recht. – Auf den exakten **Todeszeitpunkt** des Erbl nur, wenn es für die Erbfolge darauf ankommt (§ 1923 Rn 5). – Bei **Ausschlagung** bzw **Anfechtung** der Annahme od Ausschlagg der Erbsch auf deren Wirksamk (§ 1955 Rn 2). – Bei verheirateten Erbl auf den **Güterstand** (§ 2354 Rn 2). – Auf die erbrechtl Folgen einer **Scheidung** od **Aufhebung** der ErbLehe od eines nicht beendeten ScheidgsVerf (§§ 1933, 2077) einschließl eines etwaigen Aufrechterhaltungswillens bei Erbeinsetzg dch Test od ErbVertr (§§ 2077 III, 2268 II, 2279). – Nachzugehen ist auch Verändergen der Erbfolge dch eine **Annahme als Kind** (§ 1924 Rn 10 ff) od dem Vorhandensein **nichtehelicher** Kinder (bzw ihres Vaters) samt wirks Feststellg der Vatersch (§ 1924 Rn 8) u etwaiger Beseitigg ihres gesetzl ErbRs, zB nach §§ 1934 d, e aF (s EG 227 I Nr 2).

b) Letztwillige Verfügungen. Zu ermitteln ist vAw ihr Vorhandensein, die Echtheit u Wirksamk (Form) der 4
vorhanden Vfgen vTw u der Sinn darin enthaltener, aber nicht eindeutiger Vfgen (nicht aber die Person eines TestFälschers, BayObLG FamRZ 92, 118). Bei Unauffindbar eines errichteten Test s § 2255 Rn 9. – Stets zu beachten ist eine erbrechtl **Bindung** des Erbl dch ErbVertr (§ 2289 Rn 2) od gemeinschaftl Test (§ 2271 Rn 9). – Zur Prüf der Testierfähigk s § 2229 Rn 12. – Bei **Anfechtung** des Test hat NachlG selbst über deren Wirksamk zu entscheiden (§ 2081 Rn 4; KG NJW 63, 767). Es prüft aber grdsätzl nur den geltld gemachten AnfechtgsGrd (BayObLG 62, 47; 73, 257; FamRZ 94, 848).

3) Verfahrensbeteiligte sind diejen Personen, die im Verfahren Rechte u MitwirkgsPfl (Rn 2) haben, also 5
nicht nur als Zeugen od AuskunftsPers zur Sachaufklärg herangezogen werden. Ihnen hat NachlG zB Informationen (Rn 7) u Hinweise zu erteilen (FamFG 28), Stellungnahmen zum Ergebn förmld Beweisaufnahme zu ermöglichen (FamFG 30 IV), überhaupt rechtl Gehör (Rn 8) u ggf Akteneinsicht (FamFG 13) zu gewähren sowie seine Entscheidg bekannt zu geben (FamFG 41). Sie können vom NachlG persönl angehört werden (FamFG 34), das auch ihr Erscheinen erzwingen kann (FamFG 33). Auch kann es ihnen VerfKosten auferlegen (FamFG 80; 81).

– Zur Beteiligten- u Verfahrensfähigk s FamFG 8; 9. – Zwingd hinzuziehen u sog **Muss-Beteiligter** ist der AntrSteller (FamFG 345 I 1, 7 I); wird Erbschein also zB vom TestVollstr beantragt, ist es dieser, bei gemeinschaftl Erbschein sind es diejen MitE, die ihn beantragt haben. Daneben gibt es die sog **Kann-Beteiligten** (dazu Rn 6). – Für die **Entscheidung** über eine Hinzuziehg schreibt das FamFG (entgg FamFG 38) keinen förmld Beschluss vor. Es muss aber aus den Akten ersichtl sein, dass NachlG eine Person hinzugezogen hat. Dies gilt erst recht für diesen Beteiligten. Übersendet ihm NachlG also Anträge od Schriftstücke des Verfahrens zur Kentn u Stellungnahme, sollte es dabei für ihn erkennb machen, ob es ihn damit auch hinzuzieht (Keidel/Zimmermann FamFG 7 Rn 29). – **Ablehnung** eines Antr auf Hinzuziehg erfolgt dagg dch Beschluss (FamFG 38), gg den sofort Beschwerde entspr ZPO 567 ff stattfindet (FamFG 7 V 1). – Zur Bewilligg von VerFKH s FamFG 76 ff.

a) Kann-Beteiligte. FamFG 345 I regelt ferner, wer im Einzelfall Beteiligter dch Hinzuziehg vAw werden kann 6
(12, 7 III) u auf Antrag auch muss (13): – **aa) Bei gesetzlicher Erbfolge** (§§ 1924 ff) sind es die übri MitE (Nr 1).

- **bb**) Bei *gewillkürter Erbfolge* sind es die dch Vfg vTw eingesetzten Erben sowie die dch sie ganz od teilw ausgeschlossenen gesetzl Erben (Nr 1), allerd nicht mehr nach erfolgter Ausschlagg aus jedem RGrd. Auch die nach dem Inhalt der vorliegenden Vfg vTw in Betr kommden weiteren Erben (Nr 2). Kommt die Unwirksamk der Vfg vTw in Betr, auch diejen, die dann Erben sein würden (Nr 4), also ErsatzE od die Nächsterbenen od die gesetzl Erben.
- **cc**) Im Falle eines anhängigen *Rechtsstreits* über das ErbR der dortige Prozessgegner (Nr 3). – **dd**) Schließt alle übrigen Personen, deren Recht am Nachl dch das Verfahren *unmittelbar betroffen* werden (Nr 5). Dies sind zB eingesetzte NachE hinsichtl der Ausweisg ihrer RStellg (§ 2363); ein verfüggsbefugter TestVollstr bzgl der Angabe der TestVollstrg (§ 2364); NachlGläubiger mit Titel, zB PfandGläub, soweit bekannt. – Nicht unmittelbar betroffen sind NachlGläub ohne Titel; Vermächtnisnehmer (denen aber Test zur Kenntn zu bringen ist); Erbtellerserberber.
- 7 **b) Belehrung und Zuziehung.** Das NachlG ist nicht verpflichtet, die unmittelb Betroffenen (Rn 6) vAw hinzuzuziehen u muss dies erst auf deren Antrag. Damit aber die Kann-Beteiligten des Einzelfalls (Rn 6) Kenntn von ihrem BeteiliggsR erlangen, müssen sie erst von der Einleitg des Verfahrens benachrichtigt werden (FamFG 7 IV). Dem dient, dass bereits der AntrSteller sie im Antr benennen soll (FamFG 23 I 2). Das NachlG muss sie dann unter Übersendg einer AntrAbschrift (FamFG 23 II) informieren u über ihr AntrR belehren. Dass diese InformationsPfl allerd nur hinsichtl der dem Gericht bekannten Personen bestehen soll (so FamFG 7 IV 1), ist mit dem höherrangigen Grds des GG 103 (Rn 8), den die Beteiligtenregelg gerade gewährleisten soll, nicht vereinb (Jacoby FamRZ 07, 1703). Zumindest muss desh Bekanntsein bereits bejaht werden, wenn NachlG ersehen kann, dass Verwandte als gesetzl Erben vorhanden sind. Dann muss es deren Namen u Anschrift vAw ermitteln od dies dem AntrSteller aufgeben (vgl Keidel/Zimmermann FamFG 7 Rn 28; § 345 Rn 147; Bumiller/Harders FamFG 345 Rn 11). Ohnehin ist ein eröffnetes Test bereits gem FamFG 348 III iVm 7 II Nr 2 den Betroffenen zur Kenntn zu bringen. – Unbekannte Erben muss NachlG ggf vAw ermitteln, soweit dies mit verhältnismäß Aufwand geschehen kann. Bleiben zumutb Nachforschgen über ihren Aufenthalt erfolglos, ist für sie Abwesenhpfleger (§ 1911) zur Wahrhg ihrer Rechte zu bestellen.
- 8 **4) Rechtliches Gehör.** Das NachlG darf seine Entscheid (§ 2359 Rn 6) nur auf Tats u BeweisErgebn stützen, zu denen ein in seinen Rechten Beeinträchtigtger sich vorher äußern konnte (FamFG 37 II). Dies wird dch GG 103 I garantiert. Stehen also die Beteiligten fest, hat NachlG ihnen Kenntnis von allen Tats zu geben, auf die es sich stützen will, gleich woher diese stammen, sei es aus Vorbringen Anderer od aus formlosen Ermittlgen dch Auskünfte, telefonische od schriftl Befragg usw. Hat es Akten eines and Verf od die Krankenakte des ErbI beigezogen, muss es dies den Beteiligten mitteilen u ihnen Gelegen zu Einsicht u Stellgnahme geben (BayObLG FamRZ 98, 1625; Düss ZEV 00, 363). – Ob ein Beteiligter dann von dem ihm eingeräumten Recht auch *Gebrauch macht*, ist ihm überlassen. Äußert er sich, muss NachlG sein Vorbringen zur Kenntn nehmen u in Erwäg ziehen, soweit es für die Entscheid erhebl sein kann (BVerfG NJW 83, 2017 u st Rspr). Eine gesetzte Außersfrist muss NachlG abwarten (BayObLG FamRZ 01, 454). Geht die Außerg erst nach deren Ablauf ein, ist sie noch zu berücksichtigen, wenn die Entscheid noch nicht erlassen (dh hinausgegeben) ist (BVerfG NJW 88, 1963). – *Hinweise* sind veranlasst, wenn NachlG seiner Entscheid nicht erörterte Gesichtspkte zugrde legen u damit dem Verfahren eine von den Beteiligten unerwartete Wendg geben will (BayObLG FamRZ 01, 771; sa Zweibr FamRZ 01, 1313 zu Überraschgsentscheidg). – Ein Anspr auf persönl Anhörg folgt aus dem rechtl Gehör nicht u besteht nur, wenn VerfVorschr od besond Umstände, zB Unfähigk zu schriftl Außerg, dies gebieten (sa Schlesw NJW-RR 10, 1596). – *Verstoß* gg den Grdsatz begründet VerfFehler, auch wenn NachlG kein Verschulden trifft, zB die Vorlage einer eingegangenen Außerg unverschuldet unterblieben war (BayObLG 89, 116). Er wird aber dch Nachholg im BeschwVerf geheilt. Zur Einzieh des Erbscheins zwingt er aber nicht (§ 2361 Rn 3; BGH NJW 63, 1972). – Würde der Anspr auf rechtl Gehör in entscheidgerhebl Weise verletzt, kann *Anhörungsrüge* binnen zwei Wochen ab Kenntn erhoben werden (FamFG 44 I Nr 2; II), die aber qualifizierten Vortrag innerh der Frist erfordert (FamFG 44 II 4 wie bish gem FGG 29 a, s Brandbg FamRZ 08, 2049).
- 9 **5) Beweiserhebung.** Die zur Aufklärg des Sachverhalts notwendigen Beweise erhebt das NachlG vAw (**I**) in der ihm geeignet erscheinenden Form (FamFG 29 I). Es liegt damit grdsätzl in seinem pflichtgem Ermessen, ob es sich mit formlosen Ermittlgen begnügt (Freibeweis) od eine förm Beweisaufnahme (Strengbeweis) anordnet (FamFG 30 I). – (**1**) Das Ergebnis *formloser* Anhörngen od Ermittlgen ist dokumentationspflichtig, also aktenkundig zu machen (FamFG 29 III), den Beteiligten zur Kenntn zu bringen u ihnen Gelegen zur Stellgnahme zu geben. – (**2**) Eine *förmliche* BeweisAufn entspr den ZPO-Vorschr ist dagg geboten, wenn sie eine höhere Richtigkeitsgewähr bietet. Insbes ist sie über die Richtigk einer von and Beteiligten bestrittenen TatsBehaupt dann dchzuführen, wenn NachlG seine Entscheid maßgebl auf diese Tats stützen will (FamFG 30 III wie schon das bish Recht, s Mü ZEV 08, 37), zB über Form u Inhalt eines unauffindb Test; od die Testierfähigk (dann Gutachten, § 2229 Rn 12). Zu deren Ergebn müssen die Beteiligten Gelegen zur Stellgnahme erhalten (FamFG 30 IV). – (**3**) An *Beweisanträge* der Beteiligten ist das NachlG nicht gebunden (FamFG 29 I 2). Deren förm Ablehng ist im FamFG auch nicht vorgesehen, aber mögl, zB weil die Tats unerhebl, bereits erwiesen od das Beweismittel ungeeignet od unerreichb ist (s zB BayObLG 97, 197/205). Sie ist dann nicht selbständ anfechtb, aber mit der Endentscheid überprüfb (FamFG 58 II). – (**4**) Der Grdsatz der *Unmittelbarkeit* der BeweisAufn (ZPO 355) gilt nur insow, als das Gericht förm Beweiserhebgen dchführt (BayObLG FamRZ 88, 422; Mü FamRZ 08, 2047). – (**5**) Das Verf ist *nichtöffentlich* (GVG 170 I nF), aber beteiligtenöffentl (KG NJW 62, 2114), zumal das FrageR der Beteiligten u ihrer Bevollmächt deren Beziehg gebietet (vgl BayObLG NJW-RR 96, 583). NachlG kann allerd Öffentlichk zulassen, aber nicht gg den Willen eines Beteiligten (GVG 170 I 2 nF). Versehentliche Öffentlichk begründet keinen VerfMangel (Mü NJW-RR 06, 80).
- 10 **a) Zeugnisverweigerungsrecht.** ZPO 383 ff gelten für Zeugen od AuskunftsPers entspr (FamFG 29 II). Es steht zB RA, Notar od Steuerberater des ErbI zu, einem Arzt hinsichtl solcher Tatsachen, die er im Rahmen seiner Behandg des ErbI aGrd seiner Vertrauensstellg erfahren hat (BGH 91, 392). Ihre SchweigePfl besteht über den Tod des ErbI fort (zum Arzt s Rn 11); Verstoß gg sie führt aber nicht zu Verwertgsverbot (BayObLG aaO), esbo nicht eine fehlde Aussagegenehmigg (Köln FGPrax 04, 78). – In welchem *Umfang* die Pflicht besteht, ist aber nach Lage des Falles differenziert festzustellen: – Die VfgsBefugn über Geheimnisse aus dem *persönlchen* Bereich eines Patienten od Mandanten erlischt mit dessen Tod. Sie unterliegt damit nicht der Disposition der Erben od nächsten Angehörigen (s Rn 11). Zu diesen gehören auch Tatsachen über seine

Testierfähigk (BGH aaO; BayObLG 86, 332). Geht es dagg um die Ermittlg des wirkll Willens des Erbl, entspricht die Offenlegg der entspr Tatsachen stets seinem mutmaßl Willen, so dass mangels Konflikt mit berufsbedingter Vertrauensstellg keine SchweigePfl besteht (Köln OLGZ 86, 59; BayObLG FamRZ 91, 231). – Nur soweit eine Tatsache dem **vermögensrechtlichen** Bereich zuzuordnen ist, geht mit dem Vermögen (§ 1922) auch die Befreiungsbefugn (ZPO 385 II mit 383 I Nr 4, 6) auf den Erben über (Stgt OLGZ 83, 6; BayObLG 66, 86). Weigert sich ein Beteiligter, seinen früheren RA zu entbinden, kann darin Beweisvereitelg liegen (Karlsr FamRZ 06, 582). – Ein **Notar** kann von der Aufsichtsbehörde befreit werden (BNotO 18 II 2; BGH NJW-RR 09, 991); Erbe hat kein AntrR, auch nicht bei GeneralVollm des Erbl (BGH aaO). NachlG hat dessen Entscheidg vAw, ggf gg den Willen eines Beteiligten einzuholen (Mü NJW-RR 09, 878). Gg Befreig ist Antr nach BNotO 111 mögl.

b) Der behandelnde Arzt des Erbl wird mit Tod seines Patienten als sein zur Verschwiegenh verpflichteter Treuhänder betrachtet (BGH 91, 392; Naumbg NJW 05, 2017). Seine Befreig hängt allein vom (auch konkludent erklärten) Willen des Erbl ab; lässt dieser sich nicht feststellen, von seinem mutmaßl, also ob Erbl unter Berücksichtigg seines wohlverstandenen Interesses u seiner persönl Belange auf Geheimhaltg verzichten würde.

– Ist ein solcher Wille zweifelhaft, liegt die Verantwortg beim Arzt als Geheimnisträger. Da SchweigePfl aber nicht seinem Schutz dient, hat er bei Weigerg darzulegen, auf welche Belange er sie stützt (BGH aaO; Mü FamRZ 09, 1094; Bartsch NJW 01, 861). Anerkannt ist bei vorhandenem Test, dass die Aufklärg von Zweifeln an der Testierfähigk im wohlverstandenen Interesse eines Erbl liegt (BGH aaO; Ffm FamRZ 97, 1306; BayObLG FamRZ 91, 1461). – Die Erben können Einsicht in die Patientenunterlagen des Arztes nur zur Klärg vermögensrechtl Anspr verlangen (Mü FamRZ 09, 1094).

6) Feststellungslast. Im ErbscheinsVerf gibt es keine formelle Beweislast, abgesehen von den in § 2356 begründeten Ausn. Lässt sich jedoch trotz Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen eine Tatsache nicht feststellen, muss es eine Regel geben, welchen Beteiligten die Unaufklärbark trifft. Die Grdsätze für die Verteilg dieser sog Feststellungslast (BayObLG FamRZ 85, 837; Ffm Rpfleger 78, 310; Hamm OLGZ 67, 69) ergeben sich aus dem materiellen Recht, nicht aus der Stellg im Verfahren. Für die das ErbR begründeten Tatsachen trägt sie desh derjen, der das ErbR in Anspr nimmt u für die das ErbR beseitigten Tatsachen derjen, dem diese zugute kämen (KG OLGZ 91, 144). Unter Ausn Tatbestände, die das nachgewiesene ErbR beseitigen, fallen sowohl Tatsachen, die das zunächst begründete ErbR vernichten (dch wirks Anfechtg; Ausschlagg; Erbverzicht; Eintritt auflösender Bedingg) als auch solche, die schon vor dem Erbfall die Gültigk des Test betreffen (Formnichtigk; Testierunfähigk; Widerruf einschließl Vernichtg; Bindg an ErbVertr od gemeinschaftl Test).

7) Öffentliche Aufforderung (II). Zum Verfahren s § 1965 Rn 2. Subsidiär zur Sachverhaltserforschg kann NachlG sie erlassen, um beim mögl Vorhandensein Besser- bzw Gleichberechtigter den Kreis der Erbanwärter zu begrenzen u dadch die Erbscheinserteilg zu ermöglichen (Frohn Rpfleger 86, 43; Bln Rpfleger 94, 255). Dies liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen, ist aber stets nur letztes Mittel, wenn die Beibringg der an sich erfdll unerkundl Nachweise (§§ 2354 II, 2356 I 1) dem AntrSteller unverhältnismäßige Schwierigk bereiten würde (Hamm FGPrax 99, 27). Sie ist auch zulässig, wenn Vorhandensein besser berecht Erben wahrscheinl ist, ihre Ermittlg aber, zB bei Auslandsabwesenh, praktisch dauernd unmögl bzw wirtschaftl nicht vertretb erscheint (Karlsr FamRZ 14, 600). Vorrangige Einschaltg eines Erbenermittlers kann vom AntrSteller nicht verlangt werden (Hamm FGPrax 15, 175). Aufforderg steht nicht entgg, dass NachlG vorher öff Aufforderg iS des § 1965 erlassen hat (KG Rpfleger 70, 339). NachlG kann davon absehen, wenn es keine Zweifel an der Existenz der vorrangig erbberechtigten Person hat (Ffm Rpfleger 87, 203). – Nur Endentscheidg, nicht aber Erlass od Ablehng der öff Aufforderg ist anfechtb (FamFG 58; sa § 2361 Rn 2). – **Wirkung:** Mit der öff Aufforderg ist keine Ausschlusswirkg verbunden, sond nur die vorläufige Nichtberücksichtigg der nicht angemeldeten Erbrechte bis zu deren etwaigen nachträgl Feststellg (KG FamRZ 11, 1337). Die Anmeldg dch AbwesenhPfleger des Vermissten reicht nicht ohne weiteres aus, diesem das ErbR zu erhalten (Schlesw SchlHA 65, 279). – Bei **Verschollenheit** eines Berechtigten ist grdsätzl TodesErklVerfahren dchzuführen, sofern Tod nicht zweifelsfrei feststeht (Hamm aaO; FamRZ 15, 1134; Frohn Rpfleger 86, 43; str).

8) Amtliche Erbenermittlung hat nach LandesR dch das NachlG nur noch in Bay (AGGVG 37; früher auch in BaWü nach LFGG 41 aF) vAw zu erfolgen wenn Grdst od wesentl Aktivvermögen vorhanden ist (sa BayObLG NJW-RR 97, 389). Das NachlG hat die ermittelten Erben dann vom Erbfall u dem Ermittlsergebni zu unterrichten u auf die Berichtigg des Grdbuchs hinzuwirken (zu BaWü s Sandweg BWNNotZ 86, 5; 79, 25, der auch bei Ausländern die Pflicht zur Erbenermittlg bejaht; zur Mitwirkg von Standesbeamten u Gemeinden s Richter StAZ 88, 249). Es kann gem GG 35 vom Standesamt über die in den Sammelakten aufgeführten Angehörigen des Erbl Auskunft verlangen (Brschw Rpfleger 89, 371). – Zum Ausspruch der Unwirksamk einer Erbausschlagg s § 1945 Rn 7.

2359 Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins. Der Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.

Hinweis: Die Vorschrift wurde dch das IntErbRErbschÄndG aufgehoben in das FamFG übertragen, ist aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36). FamFG 352 e fasst nunmehr die Vorschriften von § 2359 u FamFG 352 zusammen.

1) Erteilungsvoraussetzungen. Zum AntrVerf s § 2353 Rn 7 ff; § 2358. Erteilt wird der Erbschein nur dem Erben, auf seinen Namen allerd auch auf Antrag eines and, aus bestimmten Grden Antragsberecht (dazu § 2353 Rn 12) od dem Erbeseren als RNachfolger. Erbe ist auch der VorE (s dann § 2363). Dem NachE wird er erst nach Eintritt des Nacherbfalls erteilt, dem VorE dann nicht mehr. Dem ErsatzE nur bei Anfall an ihn. – Formell erfordert die Erteilg ein **Rechtsschutzbedürfnis** (BayObLG Rpfleger 99, 76; aA Wittkowski RNotZ 10, 102), das aber idR vorliegt, weil das NachlG grdsätzl nicht zu prüfen hat, aus welchem Grd u zu welchem Zweck ein Erbschein beantragt wird (BayObLG Rpfleger 90, 512) od ob der Erbe eines Erbscheins überhaupt bedarf. Es fehlt also nur ausnahmsweise, zB wenn ein Erbschein ohne jedes Bedürfn für eine Rfolge begehrt wird (BayObLG FamRZ 86, 1151) od anzuerkennender andweitiger Erbschein vorliegt (s hierzu § 2353 Rn 20), soweit

AntrSteller nicht dessen Unrichtigk behauptet (KG OLGZ 85, 179). Für ggständl beschränkten Erbschein (§ 2369), wenn kein Anhaltspkt für das Vorhandensein inländ NachlGgst besteht (KG FamRZ 06, 1713).

- 2 **a) In der Sache** setzt die Erteilung des beantragten Erbscheins voraus: (1) Die eingetretene Erbfolge steht zur Überzeugg des NachlG fest u die Erbsch wurde angenommen (Annahme liegt ggf im Antr, § 1943 Rn 2). Ist AntrSteller nur MitE od gar nicht Erbe, muss er die Annahme aller Erben nachweisen (§ 2357 Rn 2). Ist Erbe vermisst, muss nachgewiesen sein, dass er den Erbfall noch erlebte bzw für diesen Ztpkt noch Lebensvermutg nach VerschG 10 bestand (vgl 1923 Rn 3; Karlsru NJW 53, 1303). – (2) Alle Vfgen vTw des Erbl wurden eröffnet (§ 2263 Rn 1) u bekannt gemacht (FamFG 348; Keidel/Zimmermann FamFG 352 Rn 19). – (3) Vom AntrSteller wurden bestimmte Erkl abgegeben (§§ 2354, 2355) u bestimmte Förmlichk erfüllt. – (4) Das NachlG erachtet die erfdl Nachweise (§ 2356) als erbracht u die zur Begründg des Antrags erfdl Tatsachen für festgestellt.
- (5) NachlG ist nicht dch ein Feststellungsurteil über das ErbR gebunden, das zw allen Beteiligten in RKraft erwuchs (s § 2353 Rn 23).
- 3 **b) Unbeachtliche Einwände.** Über § 242, also den Grdsatz von Treu u Glauben kann die erlangte Erbenstellung nicht angezweifelt werden (BayObLG 65, 86; Köln NJW-RR 06, 226; sa §§ 1922 Rn 6; 2231 Rn 1).
- **Erbunwürdigkeit** (§ 2339) ist nur bei RKraft eines stattgebden Urteils zu berücksichtigen (s § 2342 Rn 3). Zur VerfAussetzg s Rn 6. – Die Einrede des **Schiedsvertrags** ist im ErbscheinsVerf unbeachtl, auch wenn sie auf eine erbvertragl Schiedsklausel gestützt ist (LG Hechingen FamRZ 01, 721). Die Entscheidg über die Erbscheinserteilg kann auch nicht in die Zuständigk eines **Schiedsgerichts** verlagert werden (Wegmann ZEV 03, 20).
- 4 **c) Vergleich.** Die Beteiligten können ihn nur schließen, soweit sie über den Ggst des Verf verfügen können (FamFG 36 I), daher nicht über das ErbR u den Inhalt des zu erteilten Erbscheins, da nach materiellem Recht die Erbenstellg nicht dch Vereinbg, sond nur dch Gesetz od Vf g vTw begründet werden kann (BayObLG NJW-RR 97, 1368). Zulässig ist er bzgl der Ausüb von VerfRechten wie Stellg u Rücknahme von Antr u RMitteln. Verpflichten sie sich, gg einen Erbschein nicht mit RMitteln vorzugehen, ist ein dennoch eingelegtes dann unzulässig, worüber NachlG selbst im ErbscheinsVerf entscheidet (KG FamRZ 04, 836; Stgt OLGZ 84, 131). – Zu schuldrechtl Aufteilgsverpflichtigten s Rn 5.
- 5 **d) Auslegungsvertrag.** Die Beteiligten können (nur) für ihr Verhältnis untereinander verbindl festlegen, wie ein zw ihnen str Test ausgelegt werden soll. Esso können sie die Gültigk eines zweifelh Test vertragl anerkennen (RG 72, 209; OLG Nürnberg WM 58, 81). Solche vertragl Einigungen, die nicht allein in einem gemeins gestellten ErbscheinsAntr gesehen werden können (Oldbg ZEV 10, 635), sind idR ein Vergleich (§ 779), der die Beteiligten aber nur **schuldrechtlich** verpflichtet, einander so zu stellen, als sei die vereinbarte Auslegg od Anerkenng zutreffd (BGH NJW 86, 1812 mAv Damrau JR 86, 375 u Cieslar DNotZ 87, 113; dazu Storz ZEV 08, 308; 353; Oldbg FamRZ 10, 1277; v Proff ZEV 10, 348 auch zu steuerl Auswirkgen). Erbrechtl haben sie aber keine konstitutive Wirkg, weil die Erbenstellg nur dch Gesetz od Vf g vTw begründet werden kann (Rn 4). Sie binden daher im ErbscheinsVerf das NachlG nicht (Mü NJW-RR 11, 12) u beseitigen nicht dessen ErmittlgsPfl vAw (§ 2358). Dem Vertr kann uU aber indizielle Wirkg zukommen (KG FamRZ 04, 836). In der Praxis wird einverständl Erkl aller Beteiligten über die TestAuslegg oft besond Gewicht beigelegt. Dies ist dann legitim, wenn die Interessen Dritter dach nicht berührt werden (BGH NJW 86, 1812). – Ein Streit über diesen Vertr ist im ErbscheinsVerf nicht zu klären (Ffm FamRZ 00, 1607). – Zur Form s § 2385 Rn 2.
- 6 **2) Entscheidung.** Das NachlG ist an den gestellten Antrag gebunden, kann ihm also nur stattgeben od Erteilg ablehnen, nicht aber Erbschein mit and od teilw abweichdem Inhalt erteilen. Bei seiner Entscheidg folgt das NachlG seiner freien, aus dem gesamten Verfahrensinhalt gewonnenen Überzeugg (FamFG 37 I), dh ohne Bindg an Beweisregeln, an eine übereinstimnde TestAuslegg der Beteiligten (Rn 5; BayObLG FamRZ 89, 99) od an Vergleiche (Rn 4; KG FamRZ 04, 836; BayObLG 91, 1; Stgt OLGZ 84, 131). – Über Zweifelsfragen tatsächl od rechtl Natur hat es **selbständig** zu entscheiden, gleich ob dies nun zur Erteilg od Ablehng des Erbscheins führt (BGH FamRZ 74, 645). Solche können zB betreffen: Staatsangehörigk des Erbl od seinen Erbstand (§ 2358 Rn 3); Begründeth eines ScheidgsAntr in den Fällen der §§ 1933, 2077; Wirksamk einer erfolgten Annahme als Kind dch Erbl, ggf auch früherer Adoptionen (BGH aaO; BayObLG FamRZ 76, 101). – Die Wirksamk einer erfolgten TestAnfechtg (§ 2358 Rn 4); die Feststellgslast für die AnfechtgsGrde trifft den, der die Anfechtg geltend macht (BayObLG 62, 299; KG NJW 63, 766; s § 2358 Rn 12). Dagg hindert eine bloße Anfechtbark der Vf g vTw die Erteilg nicht. – Erachtet das NachlG die tatsächl u rechtl Voraussetzgen des ErbR (Rn 1; 2) für die Erteilg als gegeben (FamFG 352 I), entscheidet es über den Antrag dch **Feststellungsbeschluss**. Zu den Formalien s FamFG 38 II. Einzell s Rn 7; 8. – Liegen die Erteilgsvoraussetzgen **nicht vor**, weist NachlG den Antrag dch Beschluss zurück (FamFG 38; dazu Keidel/Zimmermann FamFG 352 Rn 133). Zuvor ist ggf Gelegenh zur Änderg des Antrags zu geben (BayObLG NJW-RR 03, 297) od zur Beseitigg behebb Mängel dch ZwischenVfg aufzufordern. – Die mit Ablauf der RMittelfristen eintretde **formelle Rechtskraft** (FamFG 45) des Zurückweisgsbeschlusses steht einer Wiederholg des Antrags nur entgg, wenn er sich auf genau denselben Sachverhalt stützt (Keidel/Zimmermann FamFG 352 Rn 38). Einer Klage auf Feststellg des ErbR (§ 2353 Rn 23) steht sie ohnehin nie entgg, esso nicht ErbscheinsAntr mit and Inhalt od Einzieh (s Naumbg FamRZ 14, 1884; § 2361 Rn 14). – VerfAussetzg (FamFG 21) ist bei anhängiger Erbunwürdigkeitsklage nur bei gewisser Erfolgsaussicht gerechtfertigt (Rstk FGPrax 12, 74); sa § 2353 Rn 23.
- 7 **a) Einvernehmliche Verfahren.** Wurde dem gestellten ErbscheinsAntr von keinem der von der VerfEinleitg verständigten u angehörten Beteiligten (§ 2358 Rn 6) widersprochen, bedarf er **keiner Begründung**. Ausnahmsw sollte eine solche trotzdem erfolgen, wenn bestimmte Entscheidgen zu verdeutlichen sind, zB über eine vorgenommene TestAuslegg; über die den Erbquoten zugrde gelegten Wertverhältnisse (§ 2087 Rn 3); die Anwendng von Anwachsregeln (§ 2094); wenn nur HilfsAntr stattgegeben u HauptAntr abgelehnt wurde (§ 2353 Rn 16). Dies erleichtert seine spätere Überprüfbar, die über § 2361 jederzeit mögl ist. – Der Beschluss wird (entgg FamFG 40) mit seinem Erlass **sogleich wirksam**, bleibt als reines Internum in der NachlAkte u braucht weder dem AntrSteller noch and Beteiligten bekanntgegeben zu werden (FamFG 352 I 2 entgg FamFG 40).
- RBehelfsbelehr (FamFG 39) ist damit auch entbehrl, esso eine Kostenentscheidg, da die KostenPfl sich aus dem GNotKG ergibt. – Der Erbschein kann danach **sogleich erteilt** werden (Rn 9). Damit ermöglicht FamFG 352 in den meisten Fällen eine zügige Erbscheinserteilg. – Der Beschluss hat keine **materielle Rechtskraft**. Der

erteilte Erbschein ändert bei seiner Unrichtigkeit die tatsächl Erbfolge nicht u kann jederzeit u noch Jahre später eingezogen werden (§ 2361 Rn 1; KG FamRZ 00, 577). – **Gebühr:** GNotKG 40, KV Nr 12210, 23300.

b) Streitige Verfahren. Wird dch den Feststellgsbeschluss (Rn 7) allerd über widerspreche Anträge 8
entschieden od widerspricht er dem erklärten Willen eines Beteiligten (der dies nicht begründen muss), ist die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses auszusetzen u die Erteilg des Erbscheins bis zur RKraft des Beschlusses zurückzustellen (FamFG 352 II 2), um zu verhindern, dass er gem FamFG 40 I mit Bekanntgabe wirks wird. Der früher in schwierigen Fällen benutzte **Vorbescheid** ist damit unzulässig, da für die bloße Ankündigg der Erbscheinserteilg kein Bedürfn mehr besteht (Köln NJW 11, 320); ergeht ein solcher ist er ggf in einen entspr Feststellgsbeschluss umdeutb (Ffm NJW-RR 12, 11). Der Beschluss ist zu **begründen** (FamFG 38 III) u allen Beteiligten nach FamFG 15 bekanntzugeben (FamFG 352 II 1), dem widersprechenden dch förmliche Zustellg (FamFG 41 I 2).

– **Rechtsbehelfsbelehrung** ist vorgeschrieben (FamFG 39). Fehlt sie, kann gleichwohl formelle RKraft (FamFG 45) eintreten, weil auch dann die RMittelfristen in Lauf gesetzt werden. Jedoch kann nun Wiedereinsetzg beantragt werden (FamFG 17 II). – Für die **Erteilung** (Rn 9) wartet NachlG also den Eintritt der formellen RKraft ab.

– Kostenschuldner der **Verfahrenskosten** (FamFG 80), auch hinsichtl einer Beweisaufnahme, ist der AntrSteller (GNotKG 22 I), sofern nicht abweichde Kostenentsch (FamFG 81 II) ergeht (Schlesw FamRZ 13, 719).

3) Tatsächlich erteilt ist der Erbschein mit Aushändigg einer Urschrift od Ausfertigg an den AntrSteller, 9
seinen Bevollmächtigten od eine von ihm bestimmte Behörde, zB GBAm (BayObLG 60, 192; Hamm Rpfleger 94, 248). Zustellung des Feststellgsbeschlusses ist also noch keine Erteilg, ebso nicht Übersendg einer Abschrift davon an Finanzamt (ErbStDV 12; dazu Keidel/Zimmermann FamFG 352 Rn 131) od Mitteilg an GBAm nach GBO 83. – Zur **Berichtigung** bzw Ergänzg des erteilten Erbscheins s § 2361 Rn 5.

4) Einstweilige Anordnungen (FamFG 49; 51) haben für das ErteilgsVerf keine große Bedeutg, da es keinen 10
vorläufigen Erbschein gibt. Zum EinziehgsVerf s aber § 2361 Rn 8.

5) Akteneinsicht können die Beteiligten auf der Geschäftsstelle nehmen, soweit nicht schwerwiegde 11
Interessen Beteiligter od Dritter entgegenstehen (FamFG 13 I). Anderen Personen kann Einsicht gestattet werden, sofern sie ein **berechtigtes** Interesse glaubhaft machen u dem kein schutzwürdiges Interesse Anderer entgegensteht (FamFG 13 II); für Behörden gilt allerd GG 35. – Einsicht in eine eröffnete VfG vTw u das Recht auf Erteilg einer Ausfertigg des Erbscheins od eines vom NachlG erteilten Zeugnisses setzt sogar voraus, dass der AntrSteller ein **rechliches** Interesse glaubhaft macht (FamFG 357). – **Aktenüberlassung** an Notar, RA od Behörde in deren Geschäftsräume regelt FamFG 13 IV.

6) Rechtsmittel. Gilt das neue VerfahrensR (§ 2353 Rn 7) findet die befristete Beschwerde (Rn 13) zum 12
OLG statt (GVG 119 I Nr 1 b nF), auch gg RPFlegerentscheid (RPfLG 11), u gg die OLG-Entscheidg ggf befristete **Rechtsbeschwerde** zum BGH (Rn 16). – Zwischenentscheidgen sind nur selbständ anfechtb, wenn dies im Gesetz bestimmt ist (FamFG 58 I). Sofern dann „sofortige Beschwerde“ stattfindet, ist es die nach ZPO 567 ff mit verkürzter BeschwFrist von zwei Wochen (ZPO 569); s zB FamFG 6 II; 7 V; 35 V; 42 III 2; 355 I. – Zur befristeten **Sprungsrechtsbeschwerde** zum BGH unter Übergeh der Beschwerdeinstanz s FamFG 75. – **Anschlussrechtsmittel** können in allen Instanzen (FamFG 66; 73) von and BeschwBerecht auch noch nach Ablauf der für sie geltenden BeschwFrist eingelegt werden. – Zur **Anhörungsrüge** bei Verletzg rechtl Gehörs s § 2358 Rn 8.

7) Beschwerde (FamFG 58) findet unter den Voraussetzgen von FamFG 61 gg den Feststellgsbeschluss 13
(Rn 8) statt, nach Erbscheinserteilg (Rn 9) aber nur mit dem Ziel seiner Einzieh (FamFG 352 III). Ferner gg Beschluss, der ErbscheinsAntr zurückweist; alternativ kann dann auch (unbefristet) Einzieh (§ 2361) verlangt od Klage nach § 2362 erhoben werden. – Einzulegen ist sie beim NachlG (FamFG 64). Die 1-Monatsfrist (FamFG 63 I) beginnt für jeden Beteiligten mit schriftl Bekanntgabe des Beschlusses an ihn, spätestens aber mit Ablauf von 5 Monaten nach Erlass des Beschlusses, falls RBehelfsbelehrg (Rn 8) unterblieben ist (FamFG 63 III). Die Beschwerde soll begründet u kann auf neue Tatsachen u Beweismittel gestützt werden (FamFG 65). Vertretg dch RA ist nicht vorgeschrieben (§ 2353 Rn 11). – Das NachlG hilft der Beschwerde unter Einbeziehg vorgebrachter neuer Tatsachen u Beweismittel (Düss FamRZ 14, 1395) ab (FamFG 68 I 1) od legt sie unverzögl dem OLG vor. Zum Gang des BeschwVerfahrens s FamFG 68.

a) Beschwerdeberechtigt ist jeder, der dch den Feststellgsbeschluss in seinen eigenen Rechten beeinträchtigt 14
ist (FamFG 59 I), auch wenn er nicht Beteiligter in erster Instanz war. Gg Zurückweisg des ErbscheinsAntr allerd nur der AntrSteller (FamFG 59 II), dem aber jed and AntrBerecht gleichgestellt wird, auch wenn er selbst keinen Antr gestellt hat, aber ihn bei Einlegg seiner Beschw noch wirks stellen kann (hM, zB Mü NJW-RR 12, 211).

– Die in beiden Fällen erfdl RBeeinträchtigg ist vom BeschwG vAw zu prüfen. Dazu unterstellt es die Unrichtigk der angefochtenen Entscheidg iS des BeschwFührers u prüft, ob das beanspruchte ErbR dann gegeben ist (KG NJW-RR 00, 1608; BayObLG NJW-RR 02, 873), zB bei behaupteter TestNichtigk das beanspruchte gesetzl ErbR. Nur wenn die Tatsachen, aus denen sich das betroffene Recht ergibt, doppelt relevant, also identisch sind mit denen, von denen die Begründeth der Beschwerde abhängt, genügt die schlüssige RBauptg u die Möglk des Bestehens dieses Rechts (BGH MDR 63, 39; KG u BayObLG aaO). – **Einzelheiten:** Beschwberecht ist jeder Erbprätendent, der das bezeugte ErbR selbst beansprucht; der im Erbschein ausgewiesene Erbe, wenn er sich nicht mehr od nicht so als Erbe betrachtet, auch wenn er Erbschein ursprüngl selbst beantragt hatte (BGH 30, 261; BayObLG NJW-RR 05, 1245) od als MitE seinen Erbteil bereits übertragen hat (BayObLG NJW-RR 01, 1521); der NachE, sofern seine RStellg nicht ausgewiesen ist (BayObLG NJW-RR 97, 389); ein ErsatzE, sofern seine Anwartsch (§ 2096 Rn 4) sich bereits hinreichend konkretisiert hat (BayObLG ZEV 95, 256); ein TestVollstr insgesamt od wg fehlendem Vermerk über TestVollstrg. – Grdsätzl **kein** BeschwR haben NachlGläub, abgesehen von den Fällen gem ZPO 792; 896 (BayObLG FamRZ 99, 817; Hamm Rpfleger 84, 273 mN), VermächtnNehmer (BayObLG FamRZ 04, 1818) u PflichtteilsBerecht. Auch nicht NachlPfleger, wohl aber als Vertreter der unbekanntn Erben in NachlVerf, für das er nicht bestellt ist (BayObLG FamRZ 91, 230). – S zum Ganzen Keidel/Meyer-Holz FamFG 59 Rn 79.

b) Entscheidung. Das BeschwG hat in der Sache selbst zu entscheiden (Ausnahme: FamFG 69). Es kann 15
nicht über den Antrag des BeschwFührers hinausgehen. Sachdienl AntrÄnderg od erstmaliger HilfsAntr ist nach Hamm (FamRZ 12, 321; sa Celle FamRZ 12, 321) auch in der Beschwerdeinstanz zulässig, da diese zweite

TatsInstanz ist (aA die hM zum früheren FGG, s Brdbg FamRZ 99, 55, 188). – Sachl hat BeschwG die Richtigk der Erbrechtslage in jeder Hinsicht nachzuprüfen u ist dabei nicht auf Grd einer dch das BeschwZiel bestimmten Dispositionsmaxime der Beteiligten beschränkt (Mü FamRZ 08, 547; hM). – Bei begründeter Beschw gg den FeststellsBeschl wird dieser aufgehoben u Antr zurückgewiesen. Ist Erbschein bereits erteilt, wird Nachl angewiesen, diesen einzuziehen, da es für diese Ausführghandlg funktionell allein zuständig ist (Keidel/Zimmermann FamFG 352 Rn 153). Dieses ist an die Anweisg gebunden (Karlsru Rpfleger 88, 315). – Bei begründeter Beschw gg die Zurückweisg des ErbscheinsAntr wird die angefochtene Entscheidg aufgehoben, der Feststellsbeschluss (Rn 8) erlassen u das NachlG angewiesen, nach Eintritt der formellen RKraft den beantragten Erbschein zu erteilen, da es auch für diese Ausführghandlg allein zuständig ist (Keidel/Zimmermann aaO).

- 16 8) **Rechtsbeschwerde** zum BGH (GVG 133 nF) ist gg die BeschwEntscheidg des OLG nur statthaft, wenn das OLG sie in seinem Beschluss **zugelassen** hat. S iÜ FamFG 70 ff.

2360 (aufgehoben)

2361 Einziehung oder Kraftloserklärung des unrichtigen Erbscheins. (1)¹ Ergibt sich, dass der erteilte Erbschein unrichtig ist, so hat ihn das Nachlassgericht einzuziehen. ² Mit der Einziehung wird der Erbschein kraftlos.

(2)¹ Kann der Erbschein nicht sofort erlangt werden, so hat ihn das Nachlassgericht durch Beschluss für kraftlos zu erklären. ² Der Beschluss ist nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung bekannt zu machen. ³ Mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung des Beschlusses in die öffentlichen Blätter wird die Kraftloserklärung wirksam.

(3) Das Nachlassgericht kann von Amts wegen über die Richtigkeit eines erteilten Erbscheins Ermittlungen veranstalten.

Hinweis: II u III wurden dch das IntErbRErbschÄndG aufgehoben, sind aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36). II 1 wurde nach FamFG 353 I übertragen. Der Beschluss ist jetzt entspr FamFG 435 öff bekannt zu machen.

- 1 1) **Einziehung (I)** eines wirks erteilten Erbscheins (BayObLG 60, 501) dient wie die Kraftloserkl (II) u das Verlangen auf Herausgabe (§ 2362) der Beseitigg eines unrichtigen Erbscheins. Ist der Erbschein dagg noch nicht ausgehändigt (§ 2359 Rn 9), kann nur Aufheb des Feststellsbeschlusses (§ 2359 Rn 7; 8) erfolgen. – Die dchgeführte Einziehg lässt die Wirkgen der §§ 2365 bis 2367 entfallen u verhindert so einen gutgläubigen Erwerb vom NichtE (§ 2366 Rn 1). Für sie besteht keine zeitl Grenze, da die materiell-rechtl Richtigk der RLage Vorrang hat. Erbschein kann also auch noch eingezogen werden, wenn seit seiner Erteilg ein langer Zeitraum verstrichen ist, keine neuen Tatsachen aufgetreten sind u die der Erteilg zugrunde liegende TestAuslegg denkgesetzl mögl war (BGH 47, 58; Hamm FamRZ 07, 939). Einziehg ist auch bei Erbschein mögl, den der richtige Erbe selbst beantragt u nach Kenntn der Unrichtigk nichts gg dessen Fortbestehen unternommen hat (BGH 47, 58). – Zur SchadensersatzPfl bei Erteilg unrichtigen Erbscheins s § 839 Rn 116; BGH FamRZ 92, 427. – Die Vorschr gilt für das TestVollstrZeugn entsprechd (§ 2368 III), nicht aber für die Eröffngsniederschrift (Köln FamRZ 14, 2031; aA Knauss ErbR 14, 310; s GBO 35 I 2 u Steiner ZEV 15, 319 zu RSchutzmöglchk).
- 2) **Unrichtigkeit (I 1)** des erteilten Erbscheins liegt vor, wenn die Voraussetzgen für die Erteilg entw schon ursprünglich nicht gegeben waren od nachträgl nicht mehr vorhanden sind, zB wg wirks Anfechtg od wirks Ausschlag nach Erteilg. Insbes wenn eine erneute Überprüfg nicht die im Erbschein ausgewiesene Erbenstellg ergibt, ist er einzuziehen, also zB bei unrichtiger Angabe der Erben od der Erbteile. Die Unrichtigk kann zB auf dem Übersehen von ErbBerecht od eines Test beruhen, aber auch auf nachträgl and rechtl Beurteilg (Ffm Rpfleger 53, 37) od and TestAuslegg (BGH 47, 58; Hamm FamRZ 08, 723; BayObLG NJW-RR 97, 836). Zur Nacherbfolge s § 2363 Rn 6 f. – Weitere Unrichtigkfälle: Nichtanführg von Beschränkten des Erben (§§ 2363, 2364; Ffm Rpfleger 78, 310) od Befreiungen (§ 2136); Widersprüchlichk (KG BeckRS 1920, 1); Erledigg der TestVollstrg (Hamm OLGZ 83, 59); Wegfall der Ungewissheit unbestimmter Erbquoten (s § 2357 Rn 3); Nichtangabe od falsche Angabe des maßgeb l ausländ Erbstatuts (s § 2369 Rn 4); unrichtige od fehlende Angabe des Geltgsbereichs (s § 2353 Rn 20; BGH DtZ 96, 84); Nichtberücksichtigg von Erben wg fehlerh öff Aufforderg (§ 2358 Rn 13; Karlsru FamRZ 14, 600).
- a) **Verfahrensfehler** im Erteilgsverfahren nötigen bei inhaltl richtigen Erbschein nur in gravierenden Fällen zur Einzieh (BGH NJW 63, 1972; KG NJW 63, 880), so bei Unzuständigkeit des erteilenden Gerichts in internat (Zweibr NJW-RR 02, 154; sa § 2353 Rn 10), sachl (zB dch BeschwerdeG) od trotz FamFG 2 III örtl Hinsicht (KG NJW-RR 12, 459; Ffm FamRZ 14, 331; einschränkd BGH Rpfleger 76, 174; zweifelnd Köln FGPrax 15, 129) u auch bei fehlendem RSchutzBedürfn für Erteilg (§ 2359 Rn 1; BayObLG Rpfleger 99, 76). – **Einfache** Verstöße gg Verfahrensregeln zwingen dagg nicht zur Einzieh, zB Verletzg des (nachholb) rechtlichen Gehörs (§ 2358 Rn 8); Erteilg dch funktionell unzuständigen RPFleger statt Richter zB infolge späterer TestAuffindg, wenn die Voraussetzgen für Rückübertrag auf RPFleger vorlagen (RPfIG 8 II; 16 II; 19 I Nr 4; hM, zB KG NJW-RR 04, 801); Erteilg trotz fehlender Rechtskraft des Festsetzgsbeschlusses (Müko/Mayer § 2353 Rn 120) od **ohne Antrag** od abweichd davon od auf Antrag eines NichtBerecht, wenn der AntrBerecht die Erteilg nachträgl (ausdrückl od stillschweigd) genehmigt hat (BGH NJW 89, 984; BayObLG NJW-RR 01, 950) od den Antr beim NachlG nachholte.
- b) **Keine Unrichtigkeit** des Erbscheins tritt bzgl ausgewiesener MitE dch deren Erbteilsübertragung (§ 2033) od ErbschVerkauf ein. Ebso nicht dch Wechsel in Person des TestVollstr. – Eine im ErbscheinsVerf abgegebene falsche eidesstattl Versicherg (§ 2356 II) nötigt für sich allein noch nicht zur Einzieh (Hamm OLGZ 67, 74). – Stellt sich nachträgl heraus, dass die vom NachlG der Erteilg zu Grde gelegte letztw Vf g unwirks ist od sein könnte, ergibt sich das bezugte ErbR im selben Umfang aber auch aus einer anderen letztw Vf g, unterbleibt Einzieh (Hamm aaO). Ebso, wenn der zunächst unrichtige Erbschein sich später als richtig erweist (LG Kblz DNotZ 69, 430).

c) **Berichtigung** eines erteilten Erbscheins statt Einziehg darf nur ausnahmsw erfolgen, etwa um Schreibfehler, unerhebl Falschbezeichnung od ähnl offenb Unrichtigk zu korrigieren (FamFG 42 I) od unzulässige bzw überflüssige Zusätze zu beseitigen, wenn dabei der sachl Inhalt des Erbscheins unberührt bleibt u die zu streichenden Angaben nicht an seinem öff Glauben teilnehmen (s § 2365, KG OLZG 66, 612; BayObLG FamRZ 89, 1348), zB Geburts- und Wohnsitzdaten, unrichtiger BerufsGrd, nicht aber Erlediggg einer angegebenen TestVollstrg (Hamm OLGZ 83, 59). Sie erfolgt dch Beschluss, der auf dem berichtigten Beschluss u der Ausfertigg vermerkt wird (FamFG 42 II). Gleiches gilt für etwaige Ergänzg. RMittel ist sofortige Beschwerde (FamFG 42 III 2 iVm ZPO 567 bis 572). – Weitergehende Änderg od Ergänzg ist nicht statthaft (Ffm Rpfleger 78, 310; Ausn s § 2363 Rn 1). – Die Ablehng einer Berichtigg ist unanfechtb (FamFG 42 III 1).

3) **Einziehungsverfahren**. Zuständig ist stets u nur dasjenige NachlG, das den Erbschein erteilt hatte (BayObLG 81, 145), auch wenn es hierfür unzuständig war, bei unrichtigem **DDR**-Erbschein der Staatl Notariate das für den jeweil Notariatsbezirk errichtete AG. Zur Zuständigk für ggständl beschränkten **DDR**-Erbschein nach westdeutschen Erbl s KG FGPrax 00, 120. Zur funktionellen Zuständigk des Richters s RPfG 16 I Nr 7; 19 I Nr 5. – Zweifel an der Richtigk des Erbscheins können sich amtl ergeben od an das NachlG herangetragen werden, ggf auch noch lange nach Erteilg (Rn 1). Es hat dann stets vAw zu ermitteln (III; FamFG 26; zur Ausn hinsichtl der vor dem 1. 7. 49 geborenen u bisher nicht erbberecht Kinder s aber EG 227 Rn 5); s dazu § 2358 Rn 2. Für die Einleitg des Verf ist also kein Antrag erfdl. Das NachlG wird von sich aus od auf Anregg tätig (FamFG 24), die sich auch aus dem Verlangen einer unzuläss Berichtigg (Rn 5) ergeben kann. Wird zB aGrd gemeinsaftl Test Erbschein nach dem letztverstorbenen Eheg/LPart beantragt, kann im ErteilgVerf die Richtigk des nach dem Erstverstorbenen erteilten Erbscheins überprüft werden (Ffm Rpfleger 72, 56). Folgt NachlG einer Anregg nicht, hat es den Anregden davon zu unterrichten, soweit ein berechtig Interesse daran ersichtl ist (FamFG 24 II); dch Beschluss sollte dies dann geschehen, wenn der Anregde gg die Ablehng der Einziehg beschwerdeberecht (Rn 12) ist. – Die Anhängigk eines für das ErbR vorgreiflichen Verfahrens hindert Einziehg nicht (Bln Rpfleger 71, 149). – § 2361 ist auch für Einziehg eines Fremdrechtserscheins (§ 2369 Rn 4) maßgebl.

a) **Der Kreis der Beteiligten** richtet sich nach FamFG 7. Für Amtsverfahren fehlt näml eine Sonderregelg, die nur für die AntrVerf besteht (§ 2358 Rn 6). Beteiligte kr Gesetzes sind diejen Personen, deren Rechte dch das Verfahren unmittelbar betroffen werden (FamFG 7 II Nr 1), also wer in dem einzuziehenden Erbschein als Erbe ausgewiesen ist od auch, wer die Erbscheinserteilg an Stelle eines Erben beantragt hatte. AusleggsVertr (§ 2359 Rn 5) hindert VertrBeteiligten nicht, die Unrichtigk des Erbscheins geltend zu machen (BayObLG 91, 1). – Nicht beteiligt ist der Erwerber eines NachlGst von der im Erbschein ausgewiesenen Person (BayObLG 66, 49).

b) **Einstweilige Anordnungen** sind mögl (FamFG 49), zB die Untersagg von Vfgen über NachlGst (Zimmermann ZEV 09, 53) od den Erbschein bis zum Abschluss der Ermittlgen zu den Akten zu geben (Saarbr NJW-RR 12, 588). Die Abgabe hat aber noch nicht die Wirkg einer Einziehg (Köln OLGZ 90, 303; BayObLG FamRZ 93, 116) u schließt auch gutgläub Erwerb nicht aus (§ 2366 Rn 1). – Unzulässig ist dagg eine **vorläufige** Einziehg, die Erbschein vorsorgl aus dem RVerkehr ziehen soll (BGH NJW 63, 1972; KG NJW 63, 880).

4) **Entscheidung**. Das NachlG muss nach abschließder Aufklärg der Sachlage u Anhörg der von einer Einziehg Betroffenen sich in die Lage versetzen, als hätte es den Erbschein erstmals zu erteilen. Erachtet es das im Erbschein bezeugten ErbR aus tatsächl od rechtl Grden nicht mehr als erwiesen, ist also zumindest seine Überzeugg von der Richtigk des Erbscheins erschüttert, hat es ihn einzuziehen. Bloße Zweifel an dessen Richtigk rechtfertigen die Einziehg dagg noch nicht (BGH 40, 54; BayObLG NJW-RR 97, 836). Sind bei seiner Überprüfg die damaligen Erkenntnisquellen wg Aktenvernichtg nicht mehr vorhanden, kann heute die Überzeugg von seiner Richtigk kaum erschüttert werden (Berlin FamRZ 08, 2065). Das Verbot der Schlechterstellg (§ 2359 Rn 15) gilt im AmtsVerf nicht (BayObLG 94, 169). – Zur Feststellglast s § 2358 Rn 12. – In dem die Einziehg anordnenden **Beschluss** (FamFG 38; zu dessen Formalien s § 2359 Rn 8) ist auch festzustellen, wer die Kosten des Verfahrens zu tragen hat (FamFG 353 I). Die Anordng wird mit der Aufforderung an den (die) Besitzer verbunden, die erteilten Ausfertigungen binnen kurzer Frist bei Meidg von Zwangsmitteln (FamFG 86; 95; str) abzuliefern. **Gebühr**, die auch bei Erteilg eines neuen Erbscheins (Rn 14) anfällt (s Kroiß ZEV 13, 413); GNotKG KV Nr 12215.

a) **Durchgeföhrt** ist die angeordnete Einziehg erst mit Ablieferg der Urschrift des erteilten Erbscheins samt aller erteilten Ausfertigten (BayObLG 66, 233; 80, 72; Düss FamRZ 11, 1980), nicht etwa schon dch entspr Vermerk auf der Urschrift. Erst damit wird der eingezogene Erbschein kraftlos (I 2). Die erfolgte Einziehg kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. – Ist die Ablieferg nicht dchsetzb od unmögl, erfolgt KraftlosErkl (Rn 13). – Würde keine Urschrift od Ausfertigg erteilt, sond die NachlAkte samt darin verbliebenen Erbschein dem GBAmT zur Grdbuchumschreibg zugeleitet, genügt Bekanntgabe (FamFG 41) des Einziehgsbeschlusses an Erbscheinserben (BayObLG 60, 501). Ebsso, wenn sich die einzige Ausfertigg bereits wieder bei den Akten befindet, zB aGrd vorausgegangener RückFdg (BayObLG NJW-RR 01, 950).

b) **Beschwerde** gg Einziehgsbeschluss kann nach bereits durchgeföhrt Einziehg (Rn 10) nur noch mit dem Antrag erfolgen, das NachlG zur Erteilg eines neuen gleichlautden Erbscheins anzuweisen; die Beschw gilt im Zw als solcher Antrag (s FamFG 353 II). Bereits erteilter neuer Erbschein mit and Inhalt ist bei erfolgreicher Beschwerde vAw einzuziehen, ohne dass entspr Antrag ZulässigkVoraussetzg des BeschwerdeVerf ist (MüKo/Mayer Rn 47; aA Köln NJW-RR 94, 1421). – Die sachl Prüfgsbefugn des BeschwGerichts ist umfasst u nicht auf die vorgetragenen Grde beschränkt (BayObLG NJW 00, 962; str; aA Brdbg FamRZ 99, 1619). – Gg die **Ablehnung** der Einziehg ist Beschw mit dem Ziel statthaft, das NachlG zur Einziehg anzuweisen; BeschwG kann selbst nie einziehen (Ffm Rpfleger 73, 95). – S iÜ § 2359 Rn 12 ff.

c) **Beschwerdeberechtigt** (FamFG 59 I) gg die Einziehg sind alle AntrBerechtigten (§ 2353 Rn 12), auch solche, die nicht die Erteilg des Erbscheins beantragt hatten (BGH 30, 220). – Gg die **Ablehnung** der Einziehg ist jeder beschwerdeberechtigt, dessen Rechte dch den öff Glauben des Erbscheins im Falle seiner Unrichtigk gefährdet sind, also jeder der für richtigen Erbschein antragsberecht ist (BGH NJW 06, 3353) u auch der im Erbschein ausgewiesene Erbe, der geltend macht, dass er nicht Erbe sei (BGH 30, 263; BayObLG 77, 163). – S iE Keidel/Zimmermann FamFG 353 Rn 23 ff sowie zum NachE § 2363 Rn 6.

5) **Kraftloserklärung (II)**; vgl § 176 I; ZPO 186) ist geboten, wenn mindestens eine der Ausfertigten nicht zu erlangen ist od erfolglosigk der Einziehg von vorneherein feststeht (BayObLG OLG 40, 155). Sie erledigt die Einziehg. Der Beschluss ist nach seiner öff Bekanntmach (II 2) unanfechtb (FamFG 353 III). Befristete

Beschwerde findet nur so lange statt, als der Beschluss ledigl den Beteiligten zugestellt wurde (BayObLG 58, 364).

- 14 **6) Neuerteilung.** Sind bei Einzieh schon alle Voraussetzgen für die Erteilg eines neuen Erbscheins gegeben u wurde die Anregg zur Einzieh mit dementspr ErbscheinsAntr verbunden, kann mit dem Einziehgsbeschluss zugl Feststellgsbeschluss (§ 2359 Rn 7; 8) erlassen werden (sa BGH 40, 54; BayObLG 66, 233). Mit der Aushändigg (§ 2359 Rn 9) soll aber zugewartet werden, bis der eingezogene Erbschein abgeliefert od für kraftlos erklärt wurde, um schon wg des fehlenden Gutgläubensschutzes zu vermeiden, dass zwei Erbscheine widersprechden Inhalts in Umlauf sind (§ 2366 Rn 3).

2363 Inhalt des Erbscheins für den Vorerben. (1) ¹ In dem Erbschein, der einem Vorerben erteilt wird, ist anzugeben, dass eine Nacherbfolge angeordnet ist, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt und wer der Nacherbe ist. ² Hat der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge übrig sein wird, oder hat er bestimmt, dass der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll, so ist auch dies anzugeben.

(2) Dem Nacherben steht das in § 2362 Abs. 1 bestimmte Recht zu.

Hinweis: I wurde dch das IntErbRErbschÄndG aufgehoben u nach FamFG 352b übertragen, ist aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36).

- 1 **1) Erbschein für Vorerben.** Bei angeordneter Vor- u Nacherbfolge kann nach dem Erbfall nur dem VorE Erbschein erteilt werden, da zu diesem Zeitpkt nur er Erbe u damit antragsberechtigt ist. Dagg nicht dem NachE (BGH Rpfleger 80, 182). Dieser kann auch nicht Erteilg an den VorE beantragen (Hamm Rpfleger 80, 347; BayObLG NJW-RR 99, 805), aber verlangen, dass im Erbschein des VorE die Nacherbfolge richtig angegeben wird (Rn 3) u ebso seine Person, weil der VorE dadch gesetzl in seiner VfgsBefugn beschränkt ist. Die NachE sind daher vAw zu ermitteln (§ 2358; FamFG 26; Ffm NJW 53, 507). – Wurde der UrkNotar vom VorE mit der Entgnahme des Erbscheins beauftragt hat er bzgl des erteilten eine inhaltl PrüfgsPfl auch ggü dem NachE. Erkennt er dessen Unrichtigk, darf er ihn daher dem VorE nicht aushändigen (BGH NJW 88, 63 mAv Bernhard DNotZ 88, 375). – Zu Auskunftsverlangen s §§ 2362 II; 2130.
- 2 **2) Inhalt.** Der Erbschein für den VorE bezeugt seine Erbfolge zum Zeitpkt des Erbfalls, nicht aber dessen Fortbestand (KG Rpfleger 96, 247). Hinsichtl des Erbl u der Person des VorE enthält er die gleichen Angaben wie ein allg Erbschein (s § 2353 Rn 2). Sind die Quoten von VorE noch ungewiss, weil der Erbl alle seine Kinder eingesetzt hat einschließl solcher, die beim Erbfall erst gezeugt sind, ist die Fassg des Erbscheins insow problematisch (dazu Köln Rpfleger 92, 391, dessen Vorschlag aber nicht überzeugt; besser Eschelbach in Anm dazu). Zusätzl sind anzugeben:
- 3 **a) Die angeordnete Nacherbfolge** als Beschränkg des VorE in seiner VfgsBefugn, also ihre Voraussetzgen u der Ztpkt ihres Eintritts (BGH 84, 196/200; BayObLG 65, 86), zB Tod od Wiederverheiratg des VorE od Eintritt and Bedingg. Ist sie auf einen Bruchteil beschränkt, muss dessen Quote angegeben werden. Auch eine zweite Nacherbfolge u weitere (sog gestufte Nacherbfolge, § 2100 Rn 1) ist anzugeben, sofern sie wg § 2109 noch eintreten können (BayObLG FamRZ 90, 320). – Die Nacherbfolge wird nur dann **nicht mehr** angegeben, wenn sie bei Erteilg bereits ggstandlos geworden ist, weil VorE bereits zum Volle wurde. Dies ist mögl dch Übertrag des AnwartschR des NachE auf ihn (§ 2100 Rn 16), dch Vorversterben des NachE od dch Nichteintritt einer Bedingg (Celle NdsRpfl 55, 189). – Dagg hat eine spätere, erst zw Erbfall u Nacherbfall erfolgte Übertrag des NachEAnwartschR auf den Inhalt des bereits erteilten Erbscheins grdsätzl keinen Einfluss mehr (BayObLG FGPrax 01, 209; Rpfleger 92, 11; Düss OLGZ 91, 134; aA KG JFG 20, 21; Bestelmeyer Rpfleger 94, 189), da sich sonst sein öff Glaube (§ 2366) u die Vermutg des § 2365 auch auf die getroffenen Vfgen unter Lebden erstrecken müssten.
- 4 **b) Alle Befreiungen** des VorE von dingl wirkden VfgsBeschränkgen dch den Erbl (§ 2136), um sie für den RVerkehr aufzuzeigen, ebso deren Beendigungsgrde (Schlesw FamRZ 15, 958). Neben den Fällen des § 2137 (I 2) sind daher auch einzelne Befreiungen wie zB die von den Beschränkgen der §§ 2113 I, 2114 od eine völlige, dh eine im Rahmen des § 2136 höchstmögliche Befreig (s dazu § 2136 Rn 10) anzugeben. – Beim alleinigen VorE auch die dch Vorausvermächtn bewirkte (§ 2110 II; § 2150 Rn 2; BayObLG 65, 465), nicht aber anteiligen Wert des VermächtnGgst (Mü NJW-RR 14, 1417). – Dagg **nicht** die von gesetzl Verpflichtgten (OLG 34, 290).
- 5 **c) Alle Nacherben.** Ist ihre namentl Angabe noch nicht mögl (zB im Falle des § 2104), ist dafür eine möglichst genaue Umschreibg zu wählen (vgl BayObLG 83, 252) wie zB „NachE sind die bei Eintritt der Nacherbfolge vorhandenen ehel Abkömmlinge des VorE“; werden dann später ihre Namen festgestellt, ist ausnahmsw Ergänzg zulässig. Erfolgte ihre Einsetzg unter Bedinggen, ist dies zum Ausdruck zu bringen (LG Mannheim MDR 61, 58); zu Wiederverheiratgs- u Verwirkgsklauseln s § 2353 Rn 3. Anzugeben ist auch, wenn für die NachE (od einzelne) TestVollstrg angeordnet ist (§ 2222). – Dagg nicht die Bruchteile mehrerer eingesetzter NachE. – Die **Vererblichkeit** des AnwartschR der NachE (§ 2108 II 1 mit Rn 2) ist anzugeben. NJW (wie oft) nur die Nichtvererblichk angeben, bezeugt das Fehlen des Vermerks die Vererblichk (Köln Rpfleger 80, 347); Mü FamRZ 13, 155). – Ebso die **Ersatznacherben**, auch wenn deren Einsetzg sich erst dch TestAuslegg ergibt (§ 2069), da die zZt der Erbscheinserteilg bereits abzusehden späteren Ändergen mit zu berücksichtigen sind (BayObLG 60, 410; Hamm OLGZ 75, 156).
- 6 **3) Einziehung.** Weist der dem VorE erteilte Erbschein nicht den vorgeschriebenen Inhalt auf, ist er unrichtig u einzuziehen (§ 2361; s BayObLG FamRZ 01, 873). Bsp: Unrichtige Bezeichng der Nacherbfolge (BayObLG 60, 407); Nichterwähng einzelner NachE; Wechsel in der Person des NachE infolge Wegfalls vor dem Nacherbfall wg § 2108 II (BayObLG FamRZ 88, 542; 99, 816). Sa Rn 7. – Der NachE kann Einzieh auch selbst anregen, wenn er zu Unrecht als NachE aufgeführt ist (Mannheim MDR 61, 58); gg Ablehng ist er beschwerdeberechtig (FamFG 59 I). Ist Erbe allerl gestorben, fehlt RSchutzbedürfn (BayObLG FGPrax 00, 69). NachE kann ferner Ersatz eines Schadens verlangen, der ihm dch Unterbleiben vorgeschriebener Eintragen bzgl der Nacherbfolge entstanden ist (RG 139, 343). – Die erfolgte Einzieh berührt nicht die Rechte des NachE (Köln Rpfleger 84, 102; BayObLG 61, 200), weil er auch keine Erteilg herbeiführen kann (Hamm Rpfleger 80, 347). – HerausgAnspr (II; § 2362 I) steht NachE einschließl NachnachE u ErsatznachE bei jeder Unrichtigk des Erbscheins ggü dessen Besitzer zu. Anspr des NachE besteht auch ggü VorE.

4) Dch Eintritt des Nacherbfalls (§ 2139) wird der erteilte Erbschein des VorE unrichtig u ist einzuziehen (Köln FamRZ 03, 1786), auch, wenn von mehreren VorE nur einer verstorben od weggefallen u dadch insow Nacherbfolge eingetreten ist (Hamm NJW 74, 1827). Nach erfolgter Einziehg kann ein RSchutzBedürfn für nochmalige Einziehg mit Wirkg ab Ausstellg bestehen, wenn schon die Nacherbfolge unrichtig aufgeführt war (AG Osterode NdsRpfl 69, 154). – **Neuer Erbschein** darf jetzt nur noch dem bish NachE als nunmehrigem Erben erteilt werden (Ffm FGPrax 98, 145; BayObLG FamRZ 04, 1407), auch bei NachE, die ihr AnwartschR an Dritte od MitnachE übertragen haben (Düss OLGZ 91, 134; Schlesw FamRZ 10, 1771; aA KG JFG 20, 21; sa § 2100 Rn 15). Soweit NacherbenR sich auf Teil der Erbsch od einzelnen Ggst nicht erstreckt (Rn 3 u 4) ist dies nach Mü (NJW-RR 14, 1417) weiterhin anzugeben. Der Ztpkt des Eintritts der Nacherbfolge (Nacherbfall) ist anzugeben (BayObLG FamRZ 98, 1332; Stgt DNotZ 79, 104); bei unrichtiger Angabe können die RNachfolger des VorE Einziehg verlangen (Hamm JMBI NRW 62, 63). Der Erwerber eines AnwartschR legitimiert sich dch den Erbschein iVm der notariellen Übertragungsurkunde u ist antragsberechtigt nach § 2353 (Schlesw aaO). VorE erhält Erbschein bzgl seiner RStellg nur noch ausnahmsw bei besond RSchutzbedürfnis (MüKo/Mayer § 2353 Rn 24).

2364 *Angabe des Testamentsvollstreckers im Erbschein, Herausgabeanspruch des Testamentsvollstreckers.* (1) **Hat der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernannt, so ist die Ernennung in dem Erbschein anzugeben.**

(2) **Dem Testamentsvollstrecker steht das in § 2362 Abs. 1 bestimmte Recht zu.**

Hinweis: Die Vorschrift wurde dch das IntErbRErbschÄndG aufgehoben, ist aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36). I wurde nach FamFG 352 b II u II nach § 2363 übertragen.

1) Zweck. Die Angabe der TestVollstrg im Erbschein ist vorgeschrieben, um dadch Dritten VfgsBeschränk des Erben bekanntzumachen (§ 2205 I 2; vgl auch GBO 52). Begrenz der Befugn des TV wird nur angegeben, wenn Erbe für Teilbereiche uneingeschränkt vfgsbefugt ist, zB bei nur ggständl Beschränkg der TestVollstr (BayObLG FamRZ 06, 147), auch bzgl freigegebener Ggstände (§ 2217) vor Erbscheinserteilg (str); bei ErbteilsVollstreckg Angabe nur bzgl Erbteil des beschränkten Erben. Eine unter aufschiebder Bedingg angeordnete TestVollstrg wird erst bei deren Eintritt angegeben (einschränkd MüKo/Mayer Rn 9, wenn Eintritt zweifelsfrei feststell ist). – TestVollstr ist auch anzugeben bei noch fehlender Ernennng (§§ 2198, 2200) od Anordng nur für den NachE (§ 2222). Dagg nicht, wenn sie zw Erbfall u Erbscheinserteilg Amtsbeendiggg (§ 2225 Rn 1) eingetreten ist (BayObLG Rpfleger 74, 345); TV das Amt abgelehnt hat u kein ErsatzTV ernannt ist; od sie VfgsBefugn des Erben nicht einschränkt (zB § 2208 II; Beschränkg nur des VermächtnNehmers). – Der **Name** des TV wird im Erbschein nicht angegeben, da TV sich dch sein Zeugnis ausweist (§ 2368). Ein Wechsel in der Person des TV berührt die Richtigk des Erbscheins nicht.

2) Unrichtig u damit einzuziehen (§ 2361) ist der Erbschein, wenn die Angabe der angeordneten TestVollstrg fehlt (BayObLG FamRZ 77, 347) od entfallen ist. Der Erbschein kann dann nicht nur berichtigt werden (Hamm OLGZ 83, 59; Köln FamRZ 93, 1124). – In einem FremdrechtsErbschein (§ 2369 Rn 4) kann TestVollstrg zu vermerken sein (uU zB bei trustee nach US-Recht). S dazu Ffm DNotZ 72, 543; Winkler Rn 36, 37.

3) Herausgabe (II) des Erbscheins kann der TV verlangen, wenn die TestVollstrg in ihm nicht angegeben ist. – **Auskunft** (§ 2362 II) kann er wg §§ 2205, 2209 verlangen. – Zum BeschwerdeR s § 2359 Rn 14.

2368 *Testamentsvollstreckerzeugnis.* (1) ¹ **Einem Testamentsvollstrecker hat das Nachlassgericht auf Antrag ein Zeugnis über die Ernennung zu erteilen.** ² **Ist der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt oder hat der Erblasser angeordnet, dass der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass nicht beschränkt sein soll, so ist dies in dem Zeugnis anzugeben.**

(2) *(aufgehoben)*

(3) **Die Vorschriften über den Erbschein finden auf das Zeugnis entsprechende Anwendung; mit der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers wird das Zeugnis kraftlos.**

Hinweis: I2 wurde dch das IntErbRErbschÄndG aufgehoben u nach FamFG 354 II übertragen, ist aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36).

1) Das Testamentsvollstreckerzeugnis bestätigt, dass der darin Genannte wirks zum TV ernannt ist u dass keine weiteren als die in dem Zeugn angegebenen Beschränkgen od Erweitergen seiner Befugn bestehen (KG NJW 64, 1905; Hamm OLGZ 77, 422) u dient bei den vom TV kr gesetzl Befugn vorgenommenen VfgsGeschäften dem Schutz des öff Glaubens (BayObLG 84, 225). Das Zeugn kann sich auf den ganzen Nachl, aber auch nur auf einen Bruchteil (unter Angabe des Erben) beziehen. Bei TestVollstrg für Vor- u Nacherbfolge ist ein einheitl Zeugn zu erteilen (BayObLG NJW 59, 1920). – Bei mehreren TV ist auch gemeinschaftl Zeugn od Teilzeugn od gemeinschaftl Teilzeugn (§ 2353 Rn 5) mögl, wobei dann die aus dem Vorhandensein von Mitvollstreckern sich ergebenden Beschränkgen angegeben werden müssen. – Für das Grdbuch gelten GBO 35 II; 52 (s Einf 6 v § 2197); für Schiffsregister SchiffsRegO 41 II. GBAMt hat im wesentl gleiche PrüfgsPfl wie bei Erbschein (vgl § 2353 Rn 26; Winkler Rn 714). – Auch für Anmeldg zum HandelsReg legitimiert das Zeugn; RegisterG hat kein Recht zur eigenen TestAuslegg (KG OLGZ 91, 261). – Gehört zum Nachl sowohl im Inland wie im **Ausland** befindl Vermögen, kann das Zeugn ggständl beschränkt werden (**III** iVm § 2369) u muss dies auch, wenn sich die TestVollstrg nur auf den inländ NachlTeil erstreckt. Bei fehlender Zuständigk eines deutschen Gerichts verbleibt nur Europ NachlZeugn (s Anh zu 2370 Art 62 f Rn 3, 10).

2) Inhalt. Erbl u TV sind namentl anzugeben, TV in möglichst genauer Bezeichng (bei mehreren TV alle); seine Berufsbezeichng ist zweckmäßig, zB RA, Steuerberater (LG Bln Rpfleger 76, 182). Im gesetzl Regelfall der AbwicklgsVollstrg (§ 2203 Rn 1) sind weitere Angaben entbehrl. Ein trotzdem angebrachter Zusatz ist überflüssig, macht Zeugn aber nur dann unrichtig, wenn er im RVerkehr missverstanden werden kann (Hamm FamRZ 05, 70 bei „Beschränkg auf Abwicklg des Nachl“ mAv Letzel ZEV 04, 289). – Vom Erbl angeordnete

Beschränkungen des TV bzgl der Verwaltg des Nachl sind stets anzugeben (I 2), also die gem §§ 2208–2210, 2222–2224 I 3, zB Beschränkg auf Vor- od NachErbsch bei einheitl Zeugn (Düss FamRZ 12, 1332; sa Rn 1); auf Beaufsichtig (§ 2208 II; BayObLG FamRZ 91, 612); Kommanditanteil, auf den sich die TestVollstrg nicht erstreckt (Stgt ZIP 88, 1335; s § 2205 Rn 15). Sa Rn 3. Ist TestVollstrg nur für einen NachlGgst angeordnet, ist dies anzugeben (s § 2364 Rn 1). – **Nicht** anzugeben sind Verwaltgsanordngen, die nur im InnenVerh wirks sind (§ 2216 II; s Düss FamRZ 14, 330); ebenso nicht Befreig vom Verbot des § 181 (Hamm FamRZ 05, 70).

- 3 **3) Dauervollstreckung.** Aus I 2 ergibt sich der allg **Grundsatz**, dass alle vom Erbl angeordneten Abweichgen von den Regelbefugn des TV (§§ 2203–2207; sa § 2208 Rn 4) im Zeugn anzugeben sind, soweit sie für den rechtsgeschäftl Verkehr mit Dritten bedeutsam sind. Insbes gilt dies für Abweichgen von der gesetzl VfgsBefugn (BayObLG FamRZ 90, 913; 99, 474). Anzugeben ist desh jede **Sonderform** der TestVollstrg, zB eine Verwaltgs- od Dauervollstrg (§ 2209; KG OLGZ 91, 261; BayObLG 92, 175; Zweibr FamRZ 98, 581) einschließl eines besond Endzeitpnts (§ 2210 S 2; Düss FamRZ 11, 1174). Fehlt Angabe der Dauervollstrg, bringt das Zeugn unrichtig zum Ausdruck, dass TV nur die Befugn gem §§ 2203–2206 zustünden u ist desh einzuziehen (§ 2361; KG OLGZ 91, 261; BayObLG FamRZ 92, 1354; Zweibr FamRZ 98, 581). Bei Dauervollstrg an **Gesellschaftsanteilen** (§ 2205 Rn 11) werden deren sich aus dem GesellschR ergebden Beschränkgen der TV-Befugn nicht angeben, weil das NachlG die Grenzen seines Kompetenzbereichs nicht zu klären hat (BGH NJW 96, 1284).
- 4 **4) Andere Nachweise.** Der TV kann den Beweis seiner Ernennng u Amtsannahme aber auch dch Vorlegg des Test u der Ausfertigg der AnnahmeErkl führen (RG 100, 282). – Dagg wird dch eine Bestätigg des NachlG über die **Annahme** des TV-Amtes (§ 2202 Rn 1) das Zeugn nicht entbehr (Winkler Rn 685). – Ob NachlG für den RVerkehr auch noch eine Bescheinigg über die **Fortdauer** des TV-Amtes erteilen kann od muss (vgl Winkler Rn 708), ist str (dagg Köln FGPrax 11, 86; Bestelmeyer ZEV 97, 316). – Ein Zeugn über die Fortführg eines **Handelsgeschäfts**, das TV nur dch Vollmacht des Erben verwaltet (§ 2205 Rn 9), kann NachlG nicht erteilen, auch nicht in Ergänz eines TV-Zeugn. Es müßte sofort zurückgefordert werden (BayObLG 69, 138). – **Negativzeugnis**, zB nach TestVollstrg nicht (mehr) besteht od beendet ist, sind nach hM nicht zulässig (Keidel/Zimmermann FamFG 345 Rn 63; s aber Rn 10). Ggf hilft Erbschein ohne TestVollstrVermerk.
- 5 **5) Antragsverfahren.** Die Vorschr über den Erbschein gelten entspr (III; FamFG 354), also FamFG 345; 352 (s § 2353 Rn 7). Zuständig ist NachlG (§ 2353 Rn 8 ff), dort der Richter (vorbehaltl landesrechtl Aufhebg; s RPflG 16 I Nr 6; 19 I Nr 5), selbst wenn ein Hof zum Nachl gehört (BGH 58, 105; bestr). – Das Zeugn wird nur auf Antrag erteilt (I 1). Antragsberecht ist der TV (I), der dch AntrStellg spätestens die Annahme des Amtes erklärt sowie NachlGläubiger mit Titel (ZPO 792; 896; s § 2353 Rn 12), dagg nicht der Erbe (str). – Der verfahrenseinleitde Antr ist zu begründen (FamFG 23; vgl § 2353 Rn 14) u muss insbes Angaben zum Umfang der Befugn des TV enthalten (Zweibr FamRZ 98, 581), da Zeugn nur wie beantragt erteilt werden kann (Düss FamRZ 14, 423). Die nach §§ 2354–2356 erfdl Nachweise sind beizufügen. – Den Kreis der **Beteiligten** (dazu § 2358 Rn 5 ff) regelt FamFG 345 III. Danach ist nur der TV stets Beteiligter; hat allerd ein Nachl-Gläub den Antrag gestellt, auch dieser (FamFG 7 I). Das NachlG kann nach seinem Ermessen als weitere Beteiligte die Erben od einen vorhandenen Mitvollstrecker hinzuziehen u sollte dies auch, wenn Erbscheinserteilg unterblieb od bereits Jahre zurückliegt (Keidel/Zimmermann FamFG 345 Rn 56). IÜ s FamFG 345 III 2, § 2358 Rn 7 f.
- 6 **a) Erteilung.** NachlG ist an den Antrag gebunden (s § 2359 Rn 6). Als Voraussetzgen der Erteilg prüft es vor allem die Wirksamk der Ernennng u ob das Amt des TV nicht bereits dch Aufgabenerledigg beendet ist (§ 2225 Rn 3; BayObLG 56, 186; 65, 389; MDR 78, 142). Ist die TestVollstrg aufschiebd bedingt angeordnet, kann Zeugn erst nach Eintritt der Bedingg erteilt werden (Köln ZEV 15, 277). Ist der Erbl Ausländer u Erbstatut sein HeimatR (s § 2353 Rn 17), bestimmt dieses über die Voraussetzgen (Einf 8 v § 2197). – Erachtet das NachlG die für eine Erteilg erfdl Tatsachen für festgestellt, erlässt es entspr **Feststellungsbeschluss**, der in unstr Verfahren keiner Begründg bedarf u sofort wirks wird, so dass ihm sogleich die Erteilg des Zeugn dch Aushändigg einer Urschrift od Ausfertigg an den AntrSteller folgen kann (s § 2359 Rn 7). Widerspricht der Beschluss dagg dem erklärten Willen eines Beteiligten od wurden widersprechde Anträge gestellt, setzt das NachlG in dem zu begründden Feststellgsbeschluss dessen sofortige Wirksamk aus (FamFG 352 II 2), versieht ihn mit RMittelbelehg u stellt ihm dem widersprechden Beteiligten zu (Einzeln s § 2359 Rn 8). Ein **Vorbeseid** ist damit nicht mehr statthaft (s § 2359 Rn 8). – Nach wirks gewordener Entlassg des TV, nicht aber wenn nur entspr Antr gestellt ist (Mü NJW-RR 10, 1381; Hbg FamRZ 14, 1407), scheidet eine Ausstellg grdsätzl aus (s aber Rn 10). – Zur Berichtigung des erteilten Zeugn s § 2359 Rn 9; Zweibr FamRZ 00, 323. – Ausfertigg regelt FamFG 357 (zu Akteneinsicht s § 2359 Rn 11). – **Kosten:** GNotKG 40, KV Nr 12210, 12213, 23300.
- 7 **b) Rechtsmittel** gg Erteilgsbeschluss ist befristete Beschwerde wie beim Erbschein (s dazu § 2359 Rn 12 ff), nach ZeugnErteilg nur mit Ziel der Einzieh (FamFG 354, 352 III). Beschwberecht (FamFG 59 I) ist außer Erben auch der TV (Hamm Rpfleger 04, 493); bei TestVollstrg am Kommanditanteil (§ 2205 Rn 15) auch ein Mitgesellschafter, dessen Zustimmung (§ 2205 Rn 16) erfdl ist (Hamm OLGZ 91, 388). Dagg nicht PflichtteilsBerecht (Celle NJW-RR 04, 872); ein Erbanwärter, wenn feststeht, dass das von ihm behauptete ErbR nicht besteht u er daher nicht beeinträchtigt sein kann (KG FGPrax 01, 24 mAv Krug). Behauptg eines ErbR genügt nur, wenn es zugl Ggst der Sachprüfg ist (§ 2359 Rn 14; BayObLG FamRZ 88, 1321). – Gg Ablehng der Erteilg hat TV BeschwR; nicht aber Erbe als solcher (FamFG 59 II).
- 8 **6) Beweiskraft.** Die entspr Anwendg der ErbscheinsVorschr (III) bezieht auch die §§ 2365–2367 mit ein. Die Vermutg des § 2365 geht hier dahin, dass der als TV im Zeugn Bezeichnete rechtsgültig TV geworden ist u dass ihm das Amt in seinem regelmäßigen Umfang zusteht bzw dass es nicht dch andere als die angegebenen Anordngen beschränkt ist. Nicht vermutet wird aber das Fortbestehen des Amtes über seinen Wegfall hinaus (Rn 10; RG 83, 352 u BGH 41, 23) und auch nicht, dass eine angegebene Beschränkg seiner Befugnisse tatsächl besteht (KG OLGZ 91, 261/267). Bei Erweiterg seiner Befugn besteht nur eine Vermutg für ihr Bestehen, nicht für das Fehlen nicht angegebener. – Der **öffentliche Glaube** des Zeugn (§§ 2366, 2367) gilt für alle Verfügsgeschäfte des TV u reicht so weit wie die Vermutg, kommt ihm aber nicht ggü dem Erben zu (BGH 41, 23). Verfütg der dch das Zeugn Legitimierte über Ggst, kann der Dritte sich aber nicht darauf verlassen, dass diese wirkl zum Nachl od zu dem der Verwaltg des TV unterliegden NachlTeil gehören (sa § 2211 Rn 5). – Öff Glaube erstreckt sich auch auf VerpflchtgsGesch des Legitimierten (MüKo/Mayer Rn 48), sodass Scheinvollstrecker nach §§ 2206, 2207 NachlVerbindlichk begründen kann (Staud/Herzog Rn 27). –

Verfügt der TV allerd als angeblicher Eigentümer, kommen §§ 932 ff zur Anwendg. Ein vom TV gutgläubig Beschenker ist jedoch gem § 816 I 2 zur Herausg verpflichtet (Hamm ZEV 01, 275). – Fehlt im Erbschein die Angabe der eingetretenen TestVollstrg, besteht zw beiden Zeugn ein Widerspr. Die Schutzwirkg der §§ 2365, 2366 entfällt für beide, soweit sich die Zeugn inhaltl widersprechen (BGH FamRZ 91, 1111; s § 2366 Rn 3).

7) Einziehung des TV-Zeugn erfolgt im Falle seiner Unrichtigk (**III**; § 2361), zB wenn die Angaben **9** (Rn 2; 3) inhaltl unrichtig sind od das die Ernennung des TV enthaltde Test wirks angefochten wurde (Köln FamRZ 93, 1124). Das erteilte Zeugn verliert dch sie noch vor der Amtsbeendig seine Wirkg (BGH 40, 54; Köln NJW 62, 1727). Gleiches gilt bei seiner KraftlosErkl. – Zum Verfahren s § 2361 Rn 6 ff. BeschwerdeR gg Einzieh (FamFG 59) hat TV, nicht aber Erbe (BayObLG FamRZ 95, 124). – Gg Ablehng der Einzieh ist PflichteilsBerecht nicht beschwerdeberecht (Hamm OLGZ 77, 422).

8) Mit Beendigung des Amts od der TestVollstrg als solcher (dazu § 2225 Rn 1) wird das TV-Zeugn im **10** Ggsatz zum Erbschein von selbst kraftlos (**III** Hs 2), es sei denn, dass vom Erbl verfügte Beschränken der Amtsdauer nicht im Zeugn angegeben waren (RG 83, 352). Wird ein Entlassgsbeschluss des NachIG vom BeschwG aufgehoben, gilt das Amt als fortbestehd (§ 2227 Rn 14) u das Zeugn nicht als kraftlos geworden (BayObLG NJW 59, 1920; aA Bestelmeyer ZEV 97, 316). – Damit werden auch die damit verbundene Vermutg (§ 2365) und gutgläubiger Erwerb ggstandslos (Wiegand JuS 75, 285). Eine Einzieh (Rn 9) erübrigt sich daher u ist unzulässig (allgM). Das NachIG kann jedoch das Zeugnis zu den Akten zurückfordern, um einem mögl Mißbrauch zu begegnen (Köln Rpfleger 86, 261). Der Erbe od ein Nachfolger des TV kann Herausgabe des Zeugn an das NachIG verlangen (§ 2362 I entspr). Stellt sich nachträgl heraus, dass das Amt doch nicht beendet war, kann es wieder ausgehändigd werden. – Nach Amtsbeendig kann TV-Zeugn noch erteilt werden, aber nur unter Verlautbarg der Beendig u ihres Zeitpkts (BayObLG 90, 51; Stgt DNotZ 81, 294; KG NJW 64, 1905).

2369 Gegenständlich beschränkter Erbschein. (1) **Gehören zu einer Erbschaft auch Gegenstände, die sich im Ausland befinden, kann der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins auf die im Inland befindlichen Gegenstände beschränkt werden.**

(2)¹ **Ein Gegenstand, für den von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch oder Register geführt wird, gilt als im Inland befindlich.** ² **Ein Anspruch gilt als im Inland befindlich, wenn für die Klage ein deutsches Gericht zuständig ist.**

Hinweis: Die Vorschrift wurde dch das IntErbErbschÄndG aufgehoben u nach FamFG 352 c übertragen, ist aber noch für bis zum 16. 8. 15 eingetretene Erbfälle weiter anwendb (EG 229 § 36).

1) Gegenständlich beschränkter Erbschein. Wenn NachIGst sowohl im Inland wie im Ausland vorhanden **1** sind, sollen die Erben über den inländ Nachl bereits verfügen können, ohne dass auch schon der Umfang od die Ermittl der Erbfolge in den ausländ NachlTeil geklärt sein muss. Die Möglichk, einen in seinen Wirkgen territorial auf das Inland u ggständl auf den inländ Nachl beschränkten Erbschein zu erteilen (**I**), besteht unabhängig davon, welcher RÖrdng die RNachfolge vTW unterliegt, u kann auch beantragt werden, wenn Erbstatut deutsches ErbR ist, also auch nach einem deutschen ErbL. Nicht mögl ist dagg die Beschränk allein auf das im Ausl befindl Vermögen od auf einzelne ausländ Staaten (MüKo/Mayer Rn 19 f; zur Beschränk bei NachlSpaltg s aber § 2353 Rn 19). – Besond sinnvoll ist die ggständl AntrBeschränk, wenn Erbschein nur im Inland benötigt wird od wenn bei NachlSpaltg (§ 2353 Rn 18) nur der inländ NachlTeil deutschem ErbR unterliegt. Sie hat auch Kostenvorteile (GNotKG 40 III). – Ist dagg nur inländ Nachl vorhanden, wird stets ein allg Erbschein erteilt (Brdbg NJW-RR 12, 10; Karlsr BeckRS 15, 4941; aA Bachmayer BWNotZ 10, 146/172). Befinden sich alle NachlGgst im Ausland, ist für die Erteilg eines allg deutschen Erbscheins das RSchutzBedürfn darzulegen u zu prüfen (§ 2359 Rn 1). – Sind infolge NachlSpaltg mehrere rechtl selbständ Nachl vorhanden (§ 2353 Rn 19), kann für jeden auch ein Erbschein nach § 2369 beantragt werden (§ 2353 Rn 19; Schäuble ZEr 09, 200).

2) Inländische Nachlassgegenstände. § 2369 ist zwar VerfVorschr, verwendet den Begriff „Erbschaft“ aber **2** im Sinne des materiellen ErbR im BGB. Er entpricht also inhaltl dem des Nachl. Ob Ggst zum inländ Nachl gehören, bestimm sich nach der lex rei sitae, also BelegenhR (KG OLGZ 77, 457). Auf ihre Art u ihren Wert kommt es nicht an. Sie werden nicht in den Erbschein aufgenommen, weil auch der ggständl beschränkte nicht ihre Zugehörigk zum Nachl bezeugt (vgl § 2353 Rn 1). Eine überflüssige Angabe macht Erbschein aber nicht unrichtig. – Im Inland befinden sich nach der zwingden Vorschr des **II** I auch solche Ggst, für die von einer deutschen Behörde ein zur Eintrag des Berecht bestimmtes **Buch** (Grdbuch) od **Register** geführt wird (Handels-, Schiffs-, Musterregister; PartnerschRegister; Patentrolle; Staatsschuldrolle ua). – Für **Ansprüche** ist maßgeb, ob ein deutsches Zivilgericht für die Klage zuständig wäre. Dessen internat Zuständigk richtet sich für eine Vielzahl von Anspr aber nicht mehr nach der ZPO, sond nach der EuGVVO (Fetsch ZEV 05, 425). Der Anspr muss nicht bereits in der Person des ErbL entstanden, sond kann auch unmittelb dem Erben erwachsen sein (KG JR 63, 144; str). So ist ein RestitutionsAnspr nach dem VermG an die Stelle eines enteigneten Grdst des ErbL in der DDR getreten (BayObLG 94, 40; sa § 1922 Rn 41).

3) Erteilungsverfahren. Maßgeb ist das deutsche VerfahrensR. Zum erfdl Antr s § 2353 Rn 11 ff. Bei **3** abgepaltenen Nachl (Rn 1) muss er verdeutlichen, für welche Erbsch er gilt. Grdsätzl genügt die Angabe u Versicherung des AntrStellers, dass NachlGgst im Inland wie im Ausland vorhanden sind (BayObLG 95, 47; Zweibr Rpfleger 94, 446; vgl Rn 2; enger MüKo/Mayer Rn 9). Zur vAw festzustellenden Gerichtszuständigk s § 2353 Rn 9 ff u Anh zu 2370 EuErbVO 62 f Rn 10 bei beschränkter Zuständigk nach EuErbVO 10 II. – Bei nachträgl Wegfall inländisch NachlGgst kann RSchutzbedürfnis fehlen (s Staud/Herzog Rn 43).

4) Erbschein. Seine ggständl Beschränk auf den inländ Nachl wird stets vermerkt, auch nach einem **4** deutschen ErbL (Kroiß ZEV 09, 493). – Wird der ErbL nach *ausländischem* ErbR beerbt (s § 2353 Rn 17), ist er als sog Fremdrechterschein zu erteilen, weil dann auch anzugeben ist, nach welchem Recht sich die bezeugte Erbfolge richtet. Fehlt diese Angabe, ist der Erbschein unvollständig u als unrichtig einzuziehen (KG Rpfleger 77, 307; Düss NJW 63, 2230). Anzugeben ist darin auch eine *Beschränkung* der Erben dch eine nach ausländ Recht angeordnete TestVollstrg (BGH NJW 63, 46; BayObLG 90, 51 mAv Roth IPRax 91, 322; s Einf 8 v § 2197). RInstitute, die das deutsche Recht nicht kennt, sind als solche anzugeben (s Ffm ZEV 14, 159 zu NotErbR u

Notwendig einer Herabsetzsklage; Soe/Zimmermann Rn 11; Taupitz IPrax 88, 207 am Bsp des schweiz PflichtteilsR; aA Staud/Herzog Rn 29). – Nicht anzugeben ist ein Vermächtn, selbst wenn es nach ausländischem Recht dingl Wirkg hat (Köln NJW 83, 525; BayObLG 74, 460). Bei Sondererfolgen kann dagg MitE-Stellg bestehen (KG ZEV 13, 561). Zu Einzelheiten s MüKo/Mayer Rn 25 ff.

II. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Zweites Kapitel Dritter Abschnitt. Familienrecht

EG 17b *Eingetragene Lebenspartnerschaft.* (1)¹ Die Begründung, die allgemeinen und die güterrechtlichen Wirkungen sowie die Auflösung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft unterliegen den Sachvorschriften des Register führenden Staates.² Auf die erbrechtlichen Folgen der Lebenspartnerschaft ist das nach den allgemeinen Vorschriften maßgebende Recht anzuwenden; begründet die Lebenspartnerschaft danach kein gesetzliches Erbrecht, so findet insoweit Satz 1 entsprechende Anwendung.³ Der Versorgungsausgleich unterliegt dem nach Satz 1 anzuwendenden Recht; er ist nur durchzuführen, wenn danach deutsches Recht anzuwenden ist und das Recht eines der Staaten, denen die Lebenspartner im Zeitpunkt der Rechthängigkeit des Antrags auf Aufhebung der Lebenspartnerschaft angehören, einen Versorgungsausgleich zwischen Lebenspartnern kennt.⁴ Im Übrigen ist der Versorgungsausgleich auf Antrag eines Lebenspartners nach deutschem Recht durchzuführen, wenn der andere Lebenspartner während der Lebenspartnerschaftszeit eine inländische Versorgungsanwartschaft erworben hat, soweit die Durchführung des Versorgungsausgleichs im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse auch während der nicht im Inland verbrachten Zeit der Billigkeit nicht widerspricht.

(2)¹ Artikel 10 Abs. 2 und Artikel 17a gelten entsprechend.² Unterliegen die allgemeinen Wirkungen der Lebenspartnerschaft dem Recht eines anderen Staates, so ist auf im Inland befindliche bewegliche Sachen § 8 Abs. 1 des Lebenspartnerschaftsgesetzes und auf im Inland vorgenommene Rechtsgeschäfte § 8 Abs. 2 des Lebenspartnerschaftsgesetzes in Verbindung mit § 1357 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzuwenden, soweit diese Vorschriften für gutgläubige Dritte günstiger sind als das fremde Recht.

(3) Bestehen zwischen denselben Personen eingetragene Lebenspartnerschaften in verschiedenen Staaten, so ist die zuletzt begründete Lebenspartnerschaft vom Zeitpunkt ihrer Begründung an für die in Absatz 1 umschriebenen Wirkungen und Folgen maßgebend.

(4) Die Wirkungen einer im Ausland eingetragenen Lebenspartnerschaft gehen nicht weiter als nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Lebenspartnerschaftsgesetzes vorgesehen.

1) **Allgemeines.** – a) Die Vorschr ist als Art 17a dch Art 3 § 25 des Gesetzes zur Beendigg der Diskriminierg gleichgeschlechtl Gemeinschaften: LPartnersch v 16. 2. 01, BGBl 266, in das EG eingefügt worden. Dch Art 10 des GewSchG v 11. 12. 01 hat sie ihren jetzigen Standort erhalten; Abs 2 S 1 ist dch einen Verweis auf Art 17a ergänzt worden. Dch das Gesetz zur Überarbeitg des LPartG v 15. 12. 04, BGBl 3396, sind in Abs 1 die S 3 u 4 betr Dchführg eines VA angefügt worden, die dch G v 3. 4. 09, BGBl 700/22, parallel zu Art 17 III geändert wurden; anlässlich des Inkrafttr von EuUntVO u HUUntProt wurde Abs 1 S 2 angepasst (BGBl II, 898/917). Zuletzt wurde dch AnpasssG v 23. 1. 13 (BGBl I, 101) die Anknüpf des VA in Abs 1 S 4 parallel zur Regelg für Eheg in Art 17 III 2 abgeändert; zum Einfluss des europ KollR auf Art 17b Coester IPrax 13, 114. Eine Übergangsregelg fehlt; interessengerecht erscheint eine rückwirkde Anwendg auf vor dem Inkrafttr der Norm registrierte Partnersch (Thorn IPrax 02, 355). Wie aus dem Wortlaut hervorgeht, ist Art 17b **nur** auf **eingetragene** LPartnersch anwendb; für nicht registrierte Partnersch gelten die allg Bestimmgen, vgl dazu Rn 12. Die Vorschr bezieht sich nur auf **gleichgeschlechtliche** Partnersch; dies ergibt sich aus dem Titel des G v 16. 2. 01 u aus dem sachl Zushang mit dem in Art 1 geregelten LPartG, vgl dessen § 1 I S 1 (ebso Wagner IPrax 01, 288, Staud/Mankowski Rn 7). Das Gebot der Gleichbehandlg spricht indes für eine analoge Anwendg auf registrierte heterosexuelle Partnersch (Wagner IPrax 01, 292, Erman/Hohloch Rn 6, MüKo/Coester Rn 131, Buschbaum RNotZ 10, 73/83, weiter gehd NK/Gebauer Rn 8). Auf die in manchen Ländern eingeführte gleichgeschlechtl **Ehe ist** Art 17b **nicht** anwendb, da der dtische Gesetzgeber den Partnern bewusst die Eingehg einer Ehe iS des GG versagt hat u die Verweisg auf das Recht des Register führenden Staats zu einer beliebigen Dchbrechg dieses Prinzips führen würde (Thorn FS Jayme S 956); zum Einfluss der europ Grdfreih etwa Röthel IPrax 06, 251); die hM (Mü FamRZ 11, 1526, KG StAZ 11, 181, Zweibr NJW-RR 11, 1156, VG Berlin IPrax 11, 270 – jew zur Eintragg ins PersStandsregister, AG Münster IPrax 11, 269 zu Ehevoraussetzgen, VG Karlsru IPrax 06, 284/287, BFH IPrax 06, 287, MüKo/Coester Rn 147) wendet hingg Art 17b IV an, was im Hinbl auf das verfassungsrechtl Gleichbehandlgsgebot fragwürdig erscheint, da gleichgeschlechtl Eheg über die damit verbundene Möglichk der mittelb Wahl des Wirkgsstatuts ggü der traditionellen Ehe bevorzugt werden (s Art 13 Rn 3); zu Folgeproblemen bei Anwendg der Rom III-VO s dort Art 13 Rn 2. Die Wirksamk einer im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtl Ehe ist daher analog Art 13 I nach dem HeimatR beider Partner zu beurteilen; über die Formgültigk entscheidet Art 11.

2) **b)** Die GrdsKollNorm in Art 17b I S 1 verweist auf das Recht des **Registrierungsstaates**. Dabei handelt es sich um eine **Sachnormverweisung**; Rück- oder Weiterverweis sind insow nicht zu beachten. Diese Regel erspart die schwier Suche nach evtl einschläg ausländ KollNormen; die Maßgeblichk eines vorrang Einzelstatuts gem Art 3 a II bleibt jedoch vorbehalten (NK/Gebauer Rn 32). Art 17b I 1 enthält eine echte **allseitige** KollNorm, die auch das Recht **ausländischer** Registrierungsstaaten zur Anwendg beruft. Der Verzicht auf die normalen famrechtl Anknüpfgen wie Staatsangehörigk od gewöhnl Aufenth vermeidet Verweisen auf ausländ ROrdngn, die eine Regelg der LPartnersch noch nicht entwickelt haben (Normenmangel) u fördert damit das Ziel des Gesetzes, Diskriminiergen gleichgeschlechtl Gmsch zu beenden (vgl Begründg BT-Drs 14/3751 S 60, Wagner IPrax 01, 289; rechtsvergleiche Hinweise bei Staud/Mankowski Rn 10 f).

c) Erfolgt die Begründg der eingetragenen LPartnersch **im Inland**, führt die Verweisg in Art 17b I S 1 auf die SachVorschr des LPartG. Staatsangehörigk od gewöhnl Aufenth der Beteiligten sind dabei unerhebl; das dtische Recht steht auch ausländ Partnern mit geringen od fehlenden Inlandsbeziehgen offen (Wagner IPrax 01, 287, krit

Thorn FS Jayme S 959 ff); von einer Gesetzesumgehng (vgl Einl 25 f v Art 3) kann daher hier nicht die Rede sein. Bei Eingehg zum **Schein**, zB zum Zweck eines AufenthTitels, ist die Partnersch unwirks, LPartG I II Nr 4.

2) Grundsatzanknüpfung (Absatz 1 Satz 1). – a) Begründg, allg u güterrechtl Wirkgen sowie Auflösng einer registrierten gleichgeschlechtl Partnersch unterliegen dem materiellen Recht des Registrierungsstaates. Der kollrechtl Anwendungsbereich dieser Regelg entspricht etwa dem der Art 13–17. Die Anknüpfung an den Registrierungsort ist als solche unwandelb (vgl BT-Drs 14/3751 S 60); erfolgt die Registrierung nacheinander in verschiedenen Staaten, so ist jew ex nunc die **zuletzt** begründete LPartnersch maßg. **Absatz 3**; den Partnern ermöglicht dies im Ergebn fakt eine RWahl zG des Rechts am Registrierungsort (vgl BT-Drs 14/3751 S 60).

b) Zur **Begründung** gehören nicht nur die in der Pers der Partner liegenden Voraussetzgen, sond auch Inhalt, Abgabe u Form der erfdl Erkl; Art 11 ist nicht anwendb, würde aber zum gleichen Ergebn führen (vgl Wagner IPRax **01**, 289); das Recht des Registrierungsstaates kann auch die Form einer Eheschließg vorsehen, wie zB in den Niederlanden (vgl dazu Wasmuth FS Kegel S 237; kein Verstoß gg Art 6). Die **Vorfrage** des Bestehens einer and Partnersch od einer Ehe ist selbst anzuknüpfen (Henrich FamRZ **02**, 137). Sind die Voraussetzgen des Rechts am Registrierungsort erfüllt, so ist die LPartnersch wirks, auch wenn sie vom HeimatR od vom Recht des gewöhnl Aufenth der Beteiligten nicht anerkannt wird (hinkde Partnersch).

c) Nach dem Recht des Registrierungsstaates sind grdsätzl auch die **Wirkungen** einer eingetragenen LPartnersch zu beurteilen, zB Verpfl zur LGemensch, Haftgsmaßstab, Gestaltg der vermrechtl Beziehgen, insbes **Güterstand** (vgl auf europ Ebene den Vorschlag der Kommission für eine VO über die Zuständigk, das anzuwendde Recht, die Anerkenng u die Vollstrg von Entsch im Bereich des GüterR eingetragener Partnersch v 21. 3. 11, KOM [2011] 127 endg; hierzu Martiny IPRax **11**, 437); eine RWahl ist nicht mögl (vgl Henrich FamRZ **02**, 139); bei Begründg im Inland gelten also insbes LPartG 2, 4, 6–8, 11, dh auch BGB 1357, 1362 u 1363 ff, bei Registrierg im Ausland die dortigen Vorschr. Nach der **Kappungsregelung** in **Absatz 4** können die Wirkgen einer im Ausland eingetragenen LPartnersch jedoch nicht über die nach BGB u LPartG vorgesehenen hinausgehen (Grds des schwächeren Rechts). Das dtische Recht bestimmt also die **Höchstgrenze** der mögl RWirkgen; damit wird insbes eine über das LPartG noch hinausgehde Gleichstellg mit den Wirkgen der Ehe ausgeschlossen (spezielle ordre public-Klausel, vgl Wagner IPRax **01**, 291; für teleolog Reduktion Thorn FS Jayme S 965 f). Nach der fast vollständ Angleichg des LPartnerschR an das EheR dch das LPartÜG v 15. 12. 04 hat Abs 4 seine Bedeutg weitgeh verloren. Die Regelg zwingt iÜ zu einem komplizierten WirkgsVergl (vgl dazu Süß DNotZ **01**, 170), der nicht auf die Vorschr des LPartG beschränkt werden darf (MüKo/Coester Rn 97). Die Anwendg von Abs 4 setzt ferner einen ausreichenden Inlandsbezug voraus (Coester FS Sonnenberger S 325). Desh ist Partnern mit gewöhnl Aufenth im Inland die erneute Registrierg im Inland zu empfehlen, um damit die allein Anwendbar dtschen Rechts zu ermöglichen (vgl Abs 3, sowie Begründg BT-Drs 14/3751 S 61).

d) Die Maßgeblichk ausländ Rechts für die Wirkgen einer registrierten LPartnersch kann für unbeteiligte Dritte überraschde Folgen haben. Zum Schutz des inländ Rechts- u Geschäftsverkehrs schreibt desh **Absatz 2 Satz 2** die Anwendg der **Eigentumsvermutungen** in LPartG 8 I iVm BGB 1362 auf im Inland befindl bewegl Sachen u die Anwendg von LPartG 8 II iVm BGB 1357 (**Schlüsselgewalt**) auf im Inland vorgenommene RGeschäfte vor. Voraussetzung der eingeschränkten Anwendg von LPartG 8 I u II ist aber, dass diese Vorschr für gutgläub Dritte **günstiger** sind als das an sich maßg ausländ Recht. Die Regelg ist Art 16 II nachgebildet. Eine Art 16 I entspr Vorschr, welche die Wirkgen eines Güterstandes nach ausländ Recht einschränkt, ist in Art 17 b nicht enthalten, da sie mit Rücksicht auf die Kappgsregelg in Abs 4 entbehrl scheint (BT-Drs 14/3751 S 60).

e) Ebo so wie für die Begründg gilt auch für die **Auflösung** einer registrierten LPartnersch nach Abs 1 S 1 das Recht des Registrierungsstaates. Dieses Auflösgsstatut entscheidet nicht nur über die Voraussetzgen der Beendigg, sond grdsätzl auch über ihre Rfolgen; zum VA vgl Rn 8; zur Unterhaltspfl vgl Rn 9. Für das AuflösgsVerf gilt die lex fori, im Inland also LPartG 15 (aM Henrich FamRZ **02**, 141: Auflösng nach dem Recht des Registrierungsstaates); zum internat Verfr vgl Rn 11.

3) Sonderregelungen. – a) Der **Familiennam**e der LPartner beurteilt sich nach ihrem jew Personalstatut, Art 10 I; die GrdsAnknüpfung nach Art 17 b I 1 gilt hier nicht (BT-Drs 14/3751 S 60). Nach **Absatz 2 Satz 1** ist Art 10 II entspr anwendb. Die LPartner können daher dch Erkl ggü dem **Standesbeamten** bei od nach der Begründg der LPartnersch eine **Rechtswahl** zG eines ihrer **Heimatrechte** treffen; bei Doppelstaatern kann abwechd von Art 5 I jedes HeimatR gewählt werden; zusätzl kann auch das **deutsche** Recht gewählt werden, sofern einer der Partner bei Abgabe der Erkl seinen gewöhnl Aufenth im Inland hat (vgl dazu Art 10 Rn 15). Die Part müssen die RWahl gemeins treffen; zur Form vgl Art 10 II; Art 11 gilt dabei nicht, da es sich um eine kollrechtl, nicht um eine materiellrechtl Erkl handelt (vgl Art 10 Rn 14). Ob die LPartnersch im Inland od im Ausland begründet wurde, ist für die RWahl unerhebl; bei Registrierg im Ausland kann die RWahl also auch nachträgl dch öff beglaubigte Erkl ggü dem dtischen StBeamten erfolgen; ebo umgekehrt bei Registrierg im Inland dch Erkl ggü dem ausländ StBeamten. Nach dem von den Partnern wirks gewählten Recht ist ihr FamName zu beurteilen; die von diesem Recht eröffneten Gestaltungsmöglchk sind zu berücksichtigen, bei RWahl zG des **deutschen** Rechts also LPartG 3. Abs 2 S 1 iVm Art 10 Abs 2 gewährt nur eine kollrechtl Wahlfreih; das gewählte Recht kann jedoch selbstverständl die Wahl eines FamNamens ermöglichen; kollrechtl RWahl u materiellrechtl Namenswahl können in einer Erkl verbunden werden (Art 10 Rn 16). Zu den Auswirkgen einer mit der RWahl verbundenen Namensänderg auf den FamNamens des Kindes eines Partners vgl Art 10 II § 3 u dort Rn 18.

b) Die Zuweisg von **Hausrat** u **Wohnung** bei Trenng der Part u Auflösng der LPartnersch unterlieg grdsätzl ebenfall dem Recht des Registrierungsstaates, Abs 1 S 1; bei Belegenh **im Inland** gilt nach der Sonderregelg in Abs 2 S 1 iVm Art 17 a stets **deutsches** Recht, vgl dazu LPartG 13 f u 18 f.

c) Auch Voraussetzgen u Dchführung eines **Versorgungsausgleichs** unterliegen nach Abs 1 S 3 grdsätzl dem von Abs 1 S 1 berufenen Recht; dies gilt auch für die Wirksamk eines vertragl Ausschlusses des VA dessen Formgültigg aber nach Art 11 zu beurteilen ist. (1) Bei Begründg der LPartnersch im Inland ist VA nach LPartG 20 dchzuführen; Voraussetzung ist aber nach Abs 1 S 3, dass wenigstens eines der HeimatR der LPartner im Ztpkt der Rechtshängigg des AufhebsAntr einen VA zu LPartnern kennt; bei Doppelstaatern genügt die Erfüllung dieser Voraussetzung nach einem der mehreren HeimatR; bei Staatenlosen od Flüchtlingen entscheidet ihr dch gewöhnl Aufenth bestimmtes Personalstatut. Dabei kommt es nur auf das materielle Recht des betr Staates an (Sachnormverweisg); Rück- od Weiterverweisg sind nicht zu beachten. Dass der VA für den Fall einer Ehe unter heterosexuellen Partnern vorgesehen ist, genügt nicht. Ausreichd ist aber, dass das betr Recht einen VA unter LPartnern im Grds kennt, ohne dass diese Regelg der des dtischen Rechts im Einz entspr muss. (2) Wurde die LPartnersch im Ausland begründet od scheidert die Dchführung des VA, weil er den HeimatR bzw

Personalstatuten der LPartner nicht bekannt ist, kommt nach Abs 1 S 4 eine regelwidrig Dchführung nach deutschem Recht in Betr. Voraussetzung dafür ist neben einem entspr Antr eines LPartners, dass **einer** der LPartner während der LPartnersch eine inländ Versorgungswartung (gleich welcher Höhe, vgl Art 17 Rn 22) erworben hat und dass die Dchführung des VA der Billigkeit nicht widerspricht; ob ein solcher Widerspr vorliegt, hat das Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ohne dabei auf die in S 4 genannten Anhaltspunkte (beiderseitige wirtschaftl Verh auch während der nicht im Inland verbrachten Zeit) beschränkt zu sein (vgl Art 17 Rn 12). Das Eingreifen der Billigkeitsklausel kann zu einem völlig oder teilweise Ausschluss des VA führen („soweit“), setzt aber als Ausnahmefall das Vorliegen besonderer Umstände voraus (vgl Art 17 Rn 12). Soweit ein VA nach S 4 durchzuführen ist, beschränkt er sich auf die inländ Versorgungswartung.

- 9 **d)** Die Sonderregel zu **Unterhaltungspflichten** in Abs 1 S 2 Hs 1 aF, welche der weiterhin bestehenden Regel zu den erbrechtlichen Folgen einer LPartnersch entspricht, wurde anlässlich der Inkraftsetzung von EuUntVO und HUntProt aufgehoben (BGBl 11, 898/917). Unterhaltungsansprüche zwischen eingetragenen LPartnern sind seither nach HUntProt 3 u 5 bzw 7 f anzuknüpfen (vgl dort Rn 7, 19 u 30); eine subsidiäre Anknüpfung an das Recht des Registrierungsstaates ist danach nicht mehr vorgesehen, lässt sich aber uU aus der Ausweichklausel des Art 5 HUntProt herleiten.
- 10 **e)** Über die **erbrechtlichen** Folgen der Begründung oder Auflösung einer LPartnersch entscheidet das von Art 25 berufene Erbstatut, **Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 1**. Danach ist insbesondere ein gesetzliches Erb- oder Pflichtteilsrecht des überlebenden LPartners zu beurteilen. Gewährt ihm das Erbstatut kein gesetzliches ErbR, zB weil es das RInstituten der eingetragenen LPartnersch nicht kennt, so ist nach Abs 1 S 2 **Halbsatz 2** ersatzweise vorbehalten die Kappregel in Abs 4 das materielle Recht des Registrierungsstaates anzuwenden, bei Begründung im Inland also LPartG 10; die Versagung eines PflichtteilsR genügt dafür nicht (Leipold ZEV 01, 221, Henrich FamRZ 02, 144); die Berücksichtigung eines Vorrangs Einzelstatuts gem Art 3 a II bleibt vorbehalten (NK/Gebauer Rn 62). Für die Erbfolge iU gilt das Erbstatut, das nur teilweise vom Recht des Registerführenden Staates überlagert wird (vgl dazu Thom FS Jayme S 961 ff). Die Vorfrage des Bestehens einer LPartnersch ist selbst anzuknüpfen (Einl 29 v Art 3, aM Henrich FamRZ 02, 143). Mit Anwendbarkeit der EuErbVO zum 17. 8. 15 ist mit der Aufhebung der Vorschrift zu rechnen; die Fälle werden in der Folge über die ordentliche public-Klausel des Art 35 EuErbVO zu lösen sein (s dort Rn 2).
- f)** Über vertragliche Vereinbarungen mit Dritten, insbesondere die **mietrechtlichen** Folgen der LPartnersch entscheidet das Schuldstatut (vgl BT-Drs 14/3751 S 60, Wagner IPRax 01, 291). Zur Zuweisung der Wohnung bei Trennung der Partner vgl Rn 7.
- 11 **4) Internationales Verfahrensrecht.** Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte in LPartnersch-Sachen beurteilt sich nach FamFG 103. Die Brüssel II a-VO v 27. 11. 03 ist nicht anwendbar (Wagner IPRax 01, 282). Die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung zur Auflösung einer eingetragenen LPartnersch beurteilt sich deshalb nach FamFG 109, soweit kein bilateraler Staatsvertrag eingreift.
- 12 **5) Sonstige Lebensgemeinschaften.** – **a)** Der Anwendungsbereich des Art 17b beschränkt sich auf die **eingetragene** gleichgeschlechtliche wie heterosexuelle Partnerschaft, vgl Rn 1. Eine analoge Anwendung auf andal Gemisch scheidet aus, da schon die Verweisung auf das Recht des registerführenden Staates versagen würde. Soweit ausländische Rechtsordnungen eine echte gleichgeschlechtliche Ehe ermöglichen, ist diese nach Art 13–17 analog anzuknüpfen.
- 13 **b)** Bei **nicht registrierten** Lebensgemeinschaften scheidet dagegen auch eine entsprechende Anwendung der familienrechtlichen Kollisionsnormen aus. Mit der Wahl dieser Lebensform bekunden die Partner den Verzicht auf die Eingehung einer familienrechtlich Bindung durch Eingehung einer Ehe oder durch Begründung einer eingetragenen Partnerschaft. Diese Entscheidung wird im deutschen Sachverhalt respektiert. Eine familienrechtliche Qualifikation kommt deshalb auch im deutschen IPR nicht in Betracht (vgl Einl 27 v Art 3, str, für analoge Anwendung von Art 13 f zB Kropholler IPR § 46 V, Staud/Mankowski Anh zu Art 13 Rn 61 ff, Röthel IPRax 00, 74, für ein an Art 14 Nr 2 angelehntes Aufenthaltsprinzip MüKo/Coester Rn 155). Die vermögensrechtliche Beziehungen der Partner beurteilen sich nach dem maßgebenden Schuld- oder Sachstatut (wie hier Erman/Hohloch Rn 13 vor Art 13, vgl dazu auch BGH FamRZ 05, 1151, Lorenz/Unberath IPRax 05, 518). Bei der Bestimmung des Vertragsstatuts ist die Wahl unbeschränkt zulässig, Rom I-VO 3; bei der ersatzweisen Anknüpfung an das nächst engere Verbindungsgem Rom I-VO 4 IV sind auch gemeinsame Staatsangehörigkeit und gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt in dem Einzelfall angemessen zu berücksichtigen.
- Bei der Auflösung einer solchen Lebensgemeinschaft sind insbesondere Bereicherungsstatut, Rom II-VO 10 und Deliktsstatut, Rom II-VO 4 von Bedeutung.
- 14 **c)** Eine **Sonderregelung** gilt für das **Verlöbnis**, durch das sich die Partner die Ehe versprechen, vgl dazu Art 13 Rn 30.

Zweites Kapitel Vierter Abschnitt. Erbrecht

Vorbemerkung

- 1 Art 25 u 26 regeln das internationale ErbR. Das Erbstatut wird grundsätzlich durch die Staatsangehörigkeit des Erblassers bestimmt, Art 25 I. Die hierdurch angestrebte NachEinheit, d.h. die einheitliche Beurteilung aller Nachlassgegenstände nach einer einzigen Rechtsordnung, wird freilich auch die Möglichkeit einer Wahl für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen teilweise preisgegeben, Art 25 II. Für die Testamentsform werden in Art 26 die Vorschriften des Haager TestamentsformÜbK v 5. 10. 61 (abgedruckt im Anhang zu Art 26) übernommen; vgl dazu Einl 8 u 18 v Art 3.

EG 25 Rechtsnachfolge von Todes wegen. (1) Die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte.

(2) Der Erblasser kann für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen in der Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen.

- 1 **1) Allgemeines.** **a)** Abs 1 enthält die Grundsatzanknüpfung des Erbstatuts; Abs 2 sieht hiervon eine Ausnahme einräumend eine begrenzte Wahl vor. Ergänzend Sonderregeln für den Fall enthält Art 26. Erbstatut für den gesamten Nachlass (**Nachlassseinheit**) ist grundsätzlich das **Heimatrecht** des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes; zur Anknüpfung bei Mehrstaatern, Staatenlosen und Flüchtlingen vgl Art 5 mit Anhang.

- b) Rück- oder Weiterverweisung** dch die KollNormen des HeimatR des Erbl sind nach Art 4 I zu beachten (vgl dazu die Übersicht von Stüb ZEV 00, 486). So entscheidet kr Rück- od Weiterverweisg das Recht des letzten **Wohnsitzes** bzw gewöhnl Aufenth des Erbl nach dem Recht der Schweiz (Art 91 f IPRG; BayObLG 01, 203, LG Kempten ZEV 03, 165, vgl v Oertzen ZEV 00, 495, Dörner IPRax 04, 520) u grdsätzl auch der Niederlande (Art 1 ErbkollisionsG v 1996 iVm Art 3 Haager ErbÜBK; BayObLG FamRZ 05, 308), für den **beweglichen** Nachl auch nach dem Recht von Belgien (Art 78 § 1 IPRG; Köln FamRZ 92, 860, BayObLG 95, 366), Frankreich (vgl BayObLG ZEV 05, 165, Riering ZEV 94, 226), England u Schottland (BayObLG 82, 331, Zweibr Rpfleger 95, 466), Indien (AG Groß-Gerau IPRspr 91 Nr 151), sowie USA (vgl zB Odersky ZEV 00, 492, Schack JZ 00, 1060), währd für die Erbfolge hinsichtl des **unbeweglichen** Nachl nach dem IPR dieser Länder das Recht des Lageorts gilt (**Nachlassspaltung**; LG Mü I FamRZ 98, 1067 betr Belgien; BayObLG ZEV 05, 165, Kblz NJW-RR 13, 784, Sonnenberger IPRax 02, 170 betr Frankreich; BayObLG FamRZ 88, 1100 betr Großbritannien; BayObLG 03, 68 betr Kanada; BayObLG FamRZ 97, 318 betr Rumänien; Zweibr FamRZ 98, 263, Jülicher ZEV 99, 467 betr Südafrika; BGH NJW 00, 2421, 04, 3558, BayObLG ZEV 05, 168, LG Mü I FamRZ 07, 1198 betr USA). Währd etwa das franz KollR die Unterscheid zw bewegl u unbewegl Vermögen der lex fori unterstellt, überlassen die RÖrdngen des common law dies dem Recht des Lageorts (sog Qualifikationsverweisg; BGH NJW 00, 2421). Dem Prinzip der NachlSpaltg folgt nur eingeschränkt auch das österr IPR: ledigl der Eigentumserwerb an unbewegl Sachen im Erbgang (modus) richtet sich nach der lex rei sitae, währd die Berufg zum Erben (titulus) auch insow dem allg Erbstatut unterliegt (§§ 32, 31 I IPRG; Köln FamRZ 97, 1176, BayObLG 99, 296/301 zu deutsch-österr Erbfällen Stgt NJW 05, 2164, S Lorenz IPRax 04, 536, Steiner ZEV 05, 144). Die RÖrdngen von Italien (Art 46 I IPRG; vgl BayObLG NJW-RR 05, 91, Bortloff RIW 97, 920), Griechenland (Art 28 ZGB; Karlsru FamRZ 90, 1398) u Spanien (Art 9 Nr 8 S 3 EinlTitel Cc; BayObLG FamRZ 05, 310) knüpfen hingw wie das dtische IPR an die Staatsangehörigk des Erbl an, weshalb es nicht zu einem Renvoi kommt. Die Rückverweisg kann sich auch aus einer abweichenden RWahl dch den Erbl ergeben, soweit diese nach seinem HeimatR zulässig ist (vgl etwa Art 46 II ital IPRG, der unter bestimmten Voraussetzungen die Wahl des AufenthaltsR ermöglicht, Ffm BeckRS 13, 06347).
- Bei der in Abs 2 eröffneten RWahl können nur die dtischen SachVorschr gewählt werden, Art 4 II.
- c)** Sieht das IPR am Lageort von NachlGgst aus polit od wirtschaftspolit Grden eine unterschiedl Anknüpfg für die Erbfolge in bewegl u unbewegl Vermögen vor, so besitzen diese **besonderen** Vorschr des **Belegenheitsstaates** nach Art 3 a II **Vorrang** vor der Anknüpfg des Erbstatuts nach Abs 1, vgl dazu Art 3 a Rn 6; es kommt dann ebenfalls zu einer **Nachlassspaltung**. Für WertPapDepots bestehen solche Vorschr regelmäÙ nicht (vgl Gottwald/Stangl ZEV 97, 217).
- d)** Eine **staatsvertragliche** Sonderregelg enthält das Haager TestFormÜbk v 5. 10. 61, vgl Anh zu Art 26, dessen Inhalt in Art 26 eingearbeitet ist. Als Sonderregelg zu beachten sind ferner das deutsch-iran NiederlassgAbk v 17. 2. 29, RGBI 30 II 1006, wieder in Kraft, vgl Bek v 15. 8. 55, BGBI II 829, das in Art 8 III für die Erbfolge ebso wie grdsätzl nach Abs 1 die Anwendg des HeimatR vorsieht (vgl dazu Hamm FamRZ 93, 111, Mü ZEV 10, 255 [keine Anwendg auf dtisch-iran Doppelstaater], Birmanns IPRax 96, 320), der deutsch-türk KonsularVertr v 28. 5. 29, RGBI 30 II 758 (Anlage zu Art 20), wieder in Kraft gem Bek v 29. 5. 52, BGBI II 608 (grdsätzl HeimatR, für Grdst lex rei sitae, vgl dazu BGH NJW-RR 13, 201, Dörner ZEV 96, 90, Damar IPRax 12, 278, zu den Befugn der Konsuln LG Augsburg u Mü IPRax 81, 215, Reinhart BWNotZ 87, 98, zur Anwendg bei Doppelstaatern AG Bad Hombg IPRspr 77 Nr 103, zur gerichtl Zuständigk für die NachlAbwicklg LG Mü I FamRZ 07, 1250 mAv Bauer, zum Nachw des ErbR dch türk Erbschein LG Mü I FamRZ 12, 585), ferner der deutsch-amerikan Freundsch-, Handels- u SchifffahrtsVertr v 29. 10. 54, BGBI II 488, nebst Prot, BGBI 56 II 502 (Art 9 Z 3: Inländerbehandlg bei der Erbfolge) u der deutsch-sowjet KonsularVertr v 25. 4. 58, BGBI 59 II 232 (zur Weitergeltg in den Nachfolgestaaten Staud/Dörner, Vorbem zu Art 25 f Rn 194, 195), dessen Art 28 III die Erbfolge in das unbewegl Vermögen der lex rei sitae unterstellt (vgl Hamm OLGZ 73, 388). Zum Entw eines Haager Abk über die internat Abwicklg von Nachl, abgedruckt in RabelsZ 75, 104, vgl Lipstein RabelsZ 75, 29; zum Haager Übk über das auf die RNachfolge vTw anzuwendde Recht v 1. 8. 89 vgl Brandt, Das Haager Abk von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendde Recht, 1996; Schmellenkamp MittRhNotK 97, 245; Pirrung FS Sturm S 1607; zum Haager Trust-Übk Pirrung FS Heldrich S 925.
- e)** Mit Wirkg v 17. 8. 15 wird das autonome KollR für ab diesem Ztpkt eintretde Erbfälle dch die VO Nr 650/2012 über die Zuständigk, das anzuwendde Recht, die Anerkenng u die Vollstrg von Entsch u die Annahme u Vollstrg öff Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführg eines Europ Nachlasszeugn v 4. 7. 12 (**EuErbVO**, ABI EU L 201/107) abgelöst werden; für die vor diesem Ztpkt getätigte RWahl enthält die VO Übergangsvorschr, die dem Vertrauensschutz dienen. Unberührt bleiben das Haager TestFormÜbk sowie bestehde bilaterale Abk mit Drittstaaten (Art 75 EuErbVO). Aufgrund ihrer großen Bedeutg für die RBeratg wird die VO bereits jetzt in Anh II zu Art 26 kommentiert. Bis zum Stichtag erfolgt die Anknüpfg internat Erbfälle aber weiterhin nach den autonomen KollRegeln der Art 25 f.
- f)** Zum innerdtischen KollR vgl Rn 20f; zum ordre public Art 6 Rn 30.
- 2) Bestimmung des Erbstatuts. – a) Grundsatz (Absatz 1).** Nach Abs 1 unterliegt die RNachfolge vTw dem HeimatR (Personalstatut) des Erbl zZt seines Todes; dieses Erbstatut gilt grdsätzl für den gesamten Nachl unabhng von Art u Lage der einz NachlGgst (NachlEinheit); Ausn können sich aber aus einer partiellen Rück- od Weiterverweisg, Rn 2, od aus abweichenden Anknüpfgsregeln des BelegenhsStaates ergeben, Rn 3. Wohnsitz od gewöhnl Aufenth des Erbl sind für die Anknüpfg des Erbstatuts grdsätzl belanglos; Ausn gelten bei Staatenlosen u Flüchtlingen, vgl Art 5 mit Anh, sowie iF einer Rück- od Weiterverweisg auf den AufenthStaat, vgl Rn 2.
- b) Rechtswahl (Absatz 2).** Eine RWahl ist bei der Bestimmg des Erbstatuts grdsätzl unbeachtl (vgl BayObLG 94, 40/48); auch aus der materiellrechtl Testierfreiheit ergibt sich keine Befugn zur testamentar Bestimmg des Erbstatuts (vgl BGH NJW 72, 1001, Brem IPRspr 01 Nr 112; Verweisg auf eine bestimmte RÖrdng als Hilfe zur Auslegg eines Test ist jedoch statth, vgl BGH aaO sowie NJW-RR 06, 948, Doppfl DNotZ 76, 347). Nach Abs 2 kann der Erbl aber für im **Inland** belegenes **unbewegliches** Vermögen in der Form einer Vfg vTw **deutsches** Recht wählen; der Inhalt der Vfg kann sich auf die RWahl beschränken. Der Begriff des unbewegl Vermögens ist nach dtischem Recht zu qualifizieren, vgl Einl 27 v Art 3; er umfasst Grdst samt ihren Bestandteilen nebst Zubehör, sowie Wohns- bzw StockwerksEigt u ErbbauR, vgl ÜbbI 3 v § 90, ferner die sonstigen beschränkten dingl Rechte an Grdst (LG Saarbr IPRspr 00 Nr 96, Jayme IPRax 86, 270) nicht aber GesellschaftsAnteile od Miterbenanteile (BGH 146, 310, BayObLG 98, 242, aM KG FGPrax 00, 244, Dörner

DNotZ 88, 95), selbst wenn das GesellschVerm od der Nachl im Wesentl aus Grdst besteht (BaRo/S Lorenz Rn 20, differenziert Erman/Hohloch Rn 18, aM Staud/Dörner Rn 519), erst recht nicht obligator Anspr auf Übertrag des GrdstEigt (BGH 144, 251 zu § 3 I VermG), zB Anspr aus GrdstKauf, ebsowenig Anspr aus GrdstMiete od -pacht (aM Dörner aaO 96). Die RWahl ist nur für das in der BRep belegene unbewegl Vermögen u nur zG des dtchen Rechts zugelassen; bei Wahl dtchen Rechts für das **gesamte** Vermögen ist Aufrechterhalt für inländ GrdBesitz mögl (vgl dazu LG Hbg ZEV 99, 491, Hbg IPRspr 03 Nr 98, Tiedemann RabelsZ 91, 24, Lange DNotZ 00, 338, ablehnd MüKo/Birk Rn 74 f); die Wahl ausländ Rechts ist unwirks (BGH FamRZ 06, 862: aber uU für TestAuslegg von Bedeutg). Sofern der Erbl nicht ohnehin nach Abs 1 evtl iVm

8 einer Rückverweis nach dtchem Recht beerbt wird, hat die Wahl des dtchen Rechts eine kollrechtl **Nachlasspaltung** zur Folge; der im Inland belegene GrdBesitz wird nach einem and Recht vererbt als der übrige Nachl. Die RWahl kann ebso wie bei Art 15 II Nr 3, vgl dort Rn 22, auch auf ein **einzelnes** hier belegenes Grdst beschränkt werden, währd das übrige im Inland belegene unbewegl Vermögen dem allg Erbstatut unterliegt (Lichtenberger DNotZ 86, 665, Siehr IPRax 87, 7, Dörner DNotZ 88, 86, aM Kühne IPRax 87, 73; vgl dazu auch Art 15 Rn 22). Die RWahl muss nicht ausdrükl erfolgen (Zweibr ZEV 03, 162: Orientierg am dtchen Recht bei TestAbfassg genügt, ebso LG Stgt MittBayNot 03, 305, LG Mü I FamRZ 07, 1198). Für die Beurteilg der Formgültigk gilt Art 26 (wie hier MüKo/Birk Rn 36, abweichd Dörner DNotZ 88, 87), für das Zustandekommen iÜ dtches Recht (Hbg IPRspr 03 Nr 98, Hamm BeckRS 14, 09489, Tiedemann RabelsZ 91, 26). Der Erbl kann die RWahl jederzeit in Form einer Vfg vTw widerrufen, auch wenn sie in einem ErbVertr getroffen wurde (ebso Dörner DNotZ 88, 91, aM Lichtenberger DNotZ 86, 665, Siehr IPRax 87, 7); der Widerruf lässt aber Gültigk u Bindgswirkg einer früher errichteten Vfg vTw nach dem bish gewählten Recht unberührt, Art 26 V 1 (zustimm BaRo/S Lorenz Rn 22, Kühne IPRax 87, 74, Dörner DNotZ 88, 88).

8a Im Hinbl auf die **EuErbVO**, die ab dem 17. 8. 15 auf danach eintretende Erbfälle anwendb sein wird, ist Folgdes zu beachten: Einerseits sieht die **Übergangsbestimmung** des Art 83 II EuErbVO vor, dass eine vor dem Stichtag erfolgte RWahl ihre Wirksamk behält; beachtl sind aber nur die KollRegeln des Heimat- u AufenthR. Eine von einem ausl Erbl ohne gewöhnl Aufenth in Dtschland vorgenommene RWahl nach Art 25 II wird mit dem Stichtag somit **unwirksam**, wenn nicht die KollRegeln seines Heimat- od AufenthR gleichfalls eine entspr RWahl zulassen. Andseits hängt die Wirksamk einer vor dem Stichtag gem Art 22 EuErbVO vorgenommenen RWahl davon ab, dass der Erbfall selbst erst nach dem Stichtag eintritt. Für den Übergangszeitraum besteht somit ein erheb RANwendgsrisiko, welches seitens der RBeratg zu beachten ist.

9 c) **Nachlasspaltung**. Das dtche IPR behandelt den Nachl im Ggsatz zu vielen ausländ KollRechten ebso wie im materiellen dtchen ErbR als geschlossene Einheit. Dennoch kann es aGrd staatsvertragl Sonderregelg, vgl Rn 4, abweichder Anknüpfgsregeln des BelegenhStaates, Art 3 a II, partieller Rück- od Weiterverweisg, Art 4 I, od aGrd beschränkter RWahl, Art 25 II, zu einer unterschiedl erbrechtl Behandlg einz NachlTeile kommen (NachlSpaltg). Der durch Aufspaltg entstandene NachlTeil ist grdsätzl als selbstd Nachl anzusehen, dh nach dem jew maßg Erbstatut so abzuhandeln, als ob er der gesamte Nachl wäre (BGH 24, 352/355, Zweibr FamRZ 98, 263, BayObLG 99, 296/302); selbstd Erbeinsetzg für jeden TeilNachl ist desh mögl (BayObLG FamRZ 97, 391), iZw aber für den GesamNachl gewollt (Hamm FamRZ 98, 121, BayObLG NJW 00, 440) u nicht als Einsetzg zu einem Bruchteil mit Teilgsanordng aufzufassen (Karlsr IPRspr 30 Nr 89; zur TestGestaltg Steiner ZEV 01, 477, 03, 145 u 500). Für jeden NachlTeil nach dem für ihn geltenden Recht selbstd zu beurteilen sind auch die Wirksamk einer Erbausschlagg, sowie Auslegg u Gültigk eines Test (vgl BayObLG 95, 79, KG FamRZ 95, 762, Sonnenberger IPRax 02, 171 u Rn 23); iZw wird der Testierwille des Erbl aber auf den GesamNachl gerichtet sein (vgl dazu Hohloch ZEV 97, 472). Dasselbe Test kann für den einen NachlTeil wirks, für den and unwirks sein, für den einen kann gesetzl, für den and gewillk Erbfolge eintreten (BayObLG 95, 79/89, Celle FamRZ 03, 1876/1878). Bei Formnichtigk eines Test nach dem Recht am Lageort eines Grdst ist den Vorstellgen des Erbl indes ggf dch Auslegg des gült Test für einen and Teilnachl Rechng zu tragen (Leible/Sommer ZEV 06, 93, PWW/Martiny Rn 40). Auch die Zulässigk u RWirkgen der TestVollstrg (BayObLG 99, 296), das Bestehen von PflichtteilsAnspr (Hbg DtZ 93, 28), sowie deren Berechng (Celle FamRZ 03, 1876/1878 mAv Dörner, Gruber ZEV 01, 463, Bestelmeyer ZEV 04, 359, aM Siehr FS Hay S 394) u die Haftg für NachlVerbindlichk sind für jeden TeilNachl nach dem dafür maßg Erbstatut selbstd zu prüfen; haftet danach jeder Nachl, so kann der Gläub wähl, gg welchen er vorgehen will; jeder TeilNachl haftet grdsätzl auf das Ganze (vgl Ivo NJW 03, 186); der in Anspr genommenen NachlMasse ist das Geleistete im Verh des Wertes der NachlTeile zu ersetzen. – Der dtchen ErbschSteuer können auch Nachl unterliegen, die nach ausländ Erbstatut abzuwickeln sind (dazu BFH IPRspr 77 Nr 102; vgl auch FG Saarland ZEV 10, 537).

10 3) **Anwendungsgebiet des Erbstatuts**. – a) **Qualifikation**. – aa) Nach dem Erbstatut, Rn 6–9, werden grdsätzl alle erbrechtl Fragen beurteilt, also Eintritt u Ztpkt eines Erbfalls (für Todesvermutg sowie Kommorientenvermutg gilt aber nach Art 9 S 1 Personalstatut, bei unterschiedl Staatsangehörigk der Verstorbenen ggf Anpassg auf der Ebene des KollR dch Anknüpf an FamStatut, vgl dazu Jayme/Haack ZVglRWiss 85, 81, aM BaRo/S Lorenz Rn 23, Dörner IPRax 94, 365), Erbfähigk (vgl aber auch Rn 16) u Berufg zum Erben, insbes der **Kreis der gesetzlichen Erben** u ihre Erbquoten, zB das gesetzl ErbR des Eheg (zur Abgrenzg von Erb- u GüterRStatut Art 15 Rn 26–29), des LPartners (vgl Art 17 b 12 u dort Rn 10), des nichtehel Kindes (BayObLG 93, 385), auch in der Form des früheren ErbersatzAnspr od Anspr auf vorzeit ErbAusgl (BGH 96, 262: maßg hypothet Erbstatut zZt der Dchführg, BGH NJW 96, 2096, and Hbg NJW-RR 96, 203, Michaels IPRax 98, 192; dch die Streichg der §§ 1934a–1934e dch das ErbGleichG v 16. 12. 97 hat sich die Qualifikation solcher Anspr nicht geändert). Dem Erbstatut unterliegen auch das Vorliegen eines erbenlosen Nachl, u das gesetzl ErbR des Fiskus gleich welcher Form (ganz hM; vgl zum privatrechtl russ FiskusErbR KG FamRZ 11, 1008); ist dieses nach dem ausländ Erbstatut als öffrechtl Aneigngs-(Heimfalls-)R ausgestaltet, so wirkt es aber grdsätzl nur territorial begrenzt, ist also im Inland nicht zu beachten (vgl KG OLGZ 85, 280, Stgt IPRax 87, 125); für den inländ Nachl gilt dann aGrd Teilrückverweisg insow § 1936 u damit gesetzl ErbR des dtchen Fiskus (Mü FamRZ 11, 1756, Nordmeier IPRax 11, 535/538). Das Erbstatut ist maßg für das **Pflichtteilsrecht** (BGH NJW 93, 1920, Hbg DtZ 93, 28, Klingelhöffer ZEV 96, 258), auch in Form eines materiellen NotErbR od eines PflichtteilsergänzgsAnspr (BGH NJW 02, 2469), einschl Art u Weise der Geldmachg (BaRo/S Lorenz Rn 30) sowie Verj des Anspr (BGH FamRZ 96, 727), ebso seinen Erlass, sowie

Pflichtteilsverzicht (BGH NJW 97, 521, vgl auch Rn 13). UnterhAnspr sind dagg auch dann nach HUntProt zu beurteilen, wenn sie sich gg den Nachl richten u ein fehlendes ErbR ausgleichen; bei Normenmangel od -häufig wird Anpassg erfdl (Einl 32 v Art 3, für erbrechtl Qualifikation Henrich FS Gernhuber S 667).

Das Erbstatut entscheidet über die mit dem **Erwerb der Erbschaft** zushängenden Fragen, insbes Universal-sukzession od Sondererbfolge (über Nachfolge in GesellschAnteile vgl Rn 15), Einschaltg eines Treuhänders (wie im angloamerikan Recht, KG ZEV 00, 499), Vonselbsterwerb od Erfordern einer Einantwortg (nach österr Recht, vgl BayObLG 95, 47, Bungert IPRax 92, 227; zur Rstellg des Erben vor Einantwortg Mü FamRZ 09, 731), Annahme u Ausschlagg einschl Auslegg, Frist, Empfangsbedürftigk, Widerruf (BayObLG NJW-RR 98, 798, Hermann ZEV 02, 259), sowie deren Anfechtg (BayObLG 94, 40/53). Insbes die dingl Wirkg des Erbfalls hängt indes von der Billigg dch die lex rei sitae ab (vgl zum Vindikationslegat Rn 11). Das Erbstatut regelt ferner Erbuwürdiggk (Ferid FS Beitzke S 482) u Erbverzicht, erbrechtl Erwerbsbeschränken von jur Pers (vgl dazu KG FamRZ 96, 973, Naumbg FGPrax 96, 148), den Umfang des Nachl, zB Ersetzg v NachlGgst dch Surrogation (vgl dazu BGH NJW 59, 1317, Erman/Hohloch Rn 25, s aber auch Rn 17, ferner S Lorenz NJW 95, 176), Gestaltg der ErbenGemsch (Gesamthands- oder BruchteilsGemsch) u deren RVerh (BGH FamRZ 97, 547), AusgleichsPfl, Erbenhaftg (BGH 9, 151/154), ErbschAnspr (Nümbg OLGZ 81, 115, Ansbach IPRspr 89 Nr 163), auch seine Abtretg (KG IPRspr 72 Nr 6), AusgleichsAnspr nach HöfeO 13 (Oldbg IPRspr 79 Nr 135), sowie die Erbaueinandersetzg (BGH NJW 59, 1317, BGH 87, 19), Bestehen eines AuskunftsAnspr (LG Ffm IPRspr 97 Nr 122; bei Fehlen Anpassg) u den ErbschKauf (aM BaRo/S Lorenz Rn 41: Aufspaltg in GrdGesch u ErfüllgsGesch).

bb) Nach dem Erbstatut beurteilen sich grdsätzl die Voraussetzgen u Wirkgen der **Verfügungen von Todes wegen**, insbes der statth Inhalt des Test, zB hinsichtl der Möglichk von Erbeinsetzg od VermächtnAnordngen (BayObLG 74, 460); ein Vindikationslegat an inländ Grdst nach ausländ Erbstatut ist nach dem insow als lex rei sitae maß dtischen Recht als Damnationislegat zu behandeln (BGH NJW 95, 58, BayObLG 95, 366/376, Dörner IPRax 96, 26, Gröschler JZ 96, 1030, Nishitani IPRax 98, 74; auch keine Aufnahme in dtischen Erbschein, Köln NJW 83, 525; für sachenrechtl Qualifikation eines Vindikationslegats Süß RabelsZ 01, 245). Das Erbstatut gilt für die Zulässigk von Vor- u Nacherbsch (Celle FamRZ 57, 273), die Errichtg eines testamentary trust (vgl dazu LG Mü I IPRax 01, 459, Schurig IPRax 01, 446; RStellg eines nach ausländ Erbstatut bestellten trustee auch im Inland anzuerkennen), od die Anordng der TestVollstrg (BayObLG 86, 466/475), insbes ihre RWirkgen (BayObLG 90, 51, Heidelberg IPRax 92, 170), die Befugn zur Ernennng u Entlassg des TestVollstr (BayObLG 99, 296, ZEV 05, 168) u Umfang seiner RStellg (BGH NJW 63, 46, KG DtZ 95, 448, LG Mü I FamRZ 98, 1067). Das Erbstatut ist auch für die **Testamentsauslegung** (Düss BeckRS 13, 10979, Köln NJW 86, 2199, BayObLG 86, 466/473) sowie die TestAnfechtg maßg (BGH FamRZ 77, 786); bei der Ermittl des ErbWillems können aber materiellrechtl auch RGrds einer and RÖrdng berücksichtigt werden, unter deren Einfluss der Erbl bei der TestErrichtg stand (**Handeln unter falschem Recht**, BGH NJW 04, 3558, BayObLG 03, 68/82, Köln BeckRS 14, 09538, BaRo/S Lorenz Rn 27, Looschelders IPRax 05, 234), zB über die Funktion eines TestVollstr (vgl LG Hbg IPRspr 94 Nr 130, Brdbg FGPrax 01, 206, BayObLG 03, 68/84). Auch die Möglichk der **Umdeutung** einer unwirks Vfgen vTw beurteilt sich nach dem Erbstatut (Jena FamRZ 94, 786; zur Umdeutg der Anordng einer nach dem Erbstatut unzulässigen Vor- u Nacherbsch vgl Veelken RabelsZ 85, 1, zur Umdeutg eines trust Mü ZEV 06, 456; zur Qualifikation einer testamentarischen joint tenancy vgl Jülicher ZEV 01, 469). Verbot letztwill Vfgen zG von Heimträgern nach § 14 HeimG ist nicht erbrechtl zu qualifizieren, sondern ist als Eingriffsnorm auf inländ Heime beschränkt (Oldbg NJW 99, 2448, Mankowski FamRZ 99, 1313, Dörner IPRax 99, 455; aM Rossak MittBayNot 99, 487).

cc) Nach dem Erbstatut beurteilen sich grdsätzl auch der Widerruf eines Test (Heidelberg IPRax 92, 170) sowie die **Zulässigkeit** der Errichtg einer bestimmten Art von Vfgen vTw u deren **Bindungswirkung**; dies gilt insbes für **gemeinschaftliche Testamente u Erbverträge** (BayObLG 95, 47/51, LG Ffm IPRspr 97 Nr 122, Stgt FamRZ 11, 552; Unwirksamk nach BGB 2279 II, 2077 I 2); bei verschiedenen Erbstatuten der Eheg bzw der VertrSchließden müssen sie den GültigAnforderngen beider Erbstatute entsprechen, insbes also nach beiden Erbstatuten zuläss sein, sofern sie nicht nur Vfgen eines der Beteiligten enthalten; die Bindgswirkg beurteilt sich für jeden Eheg nach dem für ihn maß Erbstatut, dieses entscheidet insbes über die Folgen mangelnder Bindgswirkg des and Teils (Zweibr NJW-RR 92, 587, BaRo/S Lorenz Rn 28, aM Pfeiffer FamRZ 93, 1276, Erman/Hohloch Rn 31 b, Riering ZEV 94, 226; sämtl für Kumulation der Erbstatute). Das Erbstatut gilt auch für Zulässigk u Verzichtswirkg eines **Erbverzichts** (vgl dazu Riering ZEV 98, 248, Böhmer ebda 251), nicht aber auch für den zugrde liegenden schuldrechtl AbfindgsVertr (Hamm ZEV 00, 507; Art 27). Nach dem Erbstatut beurteilen sich ferner Zulässigk u Bindgswirkg von **Testierverträgen** (abweichd van Venrooy JZ 85, 609; grdsätzl für schuldrechtl Qualifikation), deren Wirksamk grdsätzl auch nicht gg Art 6 verstößt (MüKo/Birk Art 26 Rn 153). Im Falle eines **Statutenwechsels** gelangt nach **Art 26 V** nicht das tatsächl Erbstatut, dh das HeimatR (Personalstatut) des Erbl zZt seines Todes, sond das **hypothetische Erbstatut** zZt der Errichtg (**Errichtungsstatut**) zur Anwendg, vgl näher Art 26 Rn 7, 8. Für die **Form** gilt Art 26 I–IV. Sofern das Verbot der Errichtg eines gemeinschaftl Testaments in dem nach Abs I berufenen Erbstatut als Formerfordern zu qualifizieren ist, wie im französ od niederländ Recht (vgl KG FamRZ 01, 794, Riering/Marck ZEV 95, 90), ist ein solches Test also gültig, wenn es den Anforderngen eines als Formstatut berufenen Rechts genügt (vgl KG FamRZ 01, 794, abweichd Düss NJW 63, 2227, Hamm NJW 64, 553). Ist das Verbot dagg materiellrechtl Art, wie nach italien Recht, so ist das gemeinschaftl Test nichtig (BayObLG 57, 376, Ffm IPRax 86, 111, Kblz FamRZ 13, 1516, Rehm MittBayNot 94, 277). Ahnl Fragen treten bei einem gemeinschaftl Test von Schweizern in Deutschland auf (vgl BayObLG IPRspr 75 Nr 114: Umdeutg in EinzelTest). – Entspr Regeln gelten für den ErbVertr.

dd) **Schenkungen von Todes wegen** unterliegen dem Erbstatut, soweit sie beim Tod des Schenkers noch nicht vollzogen sind (BGH NJW 59, 1317, S Lorenz ZEV 96, 407). Die Frage, ob u wann die Schenk vollzogen ist, entscheidet das für den RÜbergang, zB EigÜbertragg od Abtretg, maß Statut (vgl Düss FamRZ 97, 61, Henrich FS Firsching S 118), bei **Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall** also das DeckgsVerh, zB DarlVertr mit der Bank (Düss FamRZ 01, 1102, Stgt ZEV 10, 265). Ist danach die Schenk im Ztpkt des Erbfalls bereits vollzogen (wie nach BGB 331), entscheidet im ValutaVerh das Schenkgsstatut (Düss aaO, krit Henrich ZEV 01, 486, vgl dazu Rom I-VO 4 Rn 24; zu der umstr Qualifikationsfrage [lex fori, Erbstatut od Schenkgsstatut] vgl Henrich aaO, offengelassen bei BGH 87, 19, Düss FamRZ 97, 61).

Zulässigk u Ausgestaltg der **Vererbung von Gesellschaftsanteilen**, zB Vererblichk der Gesellschafterstellg od Auflösng der Gesellsch, Fortsetzgs-, Eintritts- od Nachfolgeklauseln, Anwachs, Eintritt einer Sondererbfolge, Zulässigk u Umfang einer TestVollstrg, beurteilen sich nach dem GesellschStatut (LG Mü I

IPRax **01**, 459, Schurig ebda 447, Kropholler IPR § 51 IV 2); nach dem Erbstatut richtet sich die Bestimmung der Erben u ihrer Erbanteile; zur Regelg im materiellen dtschen Recht BGB § 1922 Rn 15 ff; zur Vererbv von GesellschAnteilen an einer englischen Limited v Oertzen/Cornelius ZEV **06**, 106.

- 16 **b) Teil-/Vorfragen.** Die **Erbfähigkeit** des zur Erbsch Berufenen, zB der Leibesfrucht, beurteilt sich grdsätzl ebenfalls nach dem Erbstatut; soweit danach RFähigk erfdl ist, handelt es sich nach hM um eine selbst anzu-knüpfd Vorfrage, maßg ist also das HeimatR sowie bei jur Pers das Recht des GründgsR bzw Sitzes vgl Art 7 I u Anh zu Art 12 Rn 5 u 10 (aM BaRo/S Lorenz Rn 24: Erbstatut). Auch über die **Testierfähigkeit** entscheidet stets das (hypothet) Erbstatut (Düss BeckRS **13**, 10979, MüKo/Birk Art 26 Rn 13, aM van Venrooy JR **88**, 485: Art 7 I); ebenso wie die GeschFähigk nach Art 7 II wird auch die einmal erlangte Testierfähigkeit dch Erwerb od Verlust der RStell als Deutscher iSv GG 116 I u entspr in jedem and Fall eines Wechsels des Personalstatus nicht beeinträchtigt, Art 26 V 2, vgl dort Rn 9. Ob eine Pers die zur **Berufung erhebliche Rechtsstellung** hat, zB Ehefrau, LPartner, ehel od als nichtehel Kind einem ehel Kind in jeder Hinsicht gleichgestellt ist, richtet sich nach dem dafür maßgebl Statut, bei selbst Anknüpf der Vorfrage also Art 13, 17b, 19 I, 20 (BayObLG **80**, 72, Ffm FamRZ **02**, 705, Mü ZEV **10**, 255/256, für unselbst Anknüpf Oldbg IPRspr **87** Nr 107); selbst anzuknüpfen ist also insbes die Vorfrage des gültigen Bestehens einer Ehe (BGH NJW **81**, 1900, grdsätzl auch Hamm FamRZ **93**, 607 mAv Haas); nach Rom III-VO ist zu beurteilen, ob ein Eheg als schuld an der Scheidg anzusehen wäre, sofern davon sein ErbR abhängt (BayObLG **80**, 276); bei ZusTreffen von dtschem Scheidgsstatut mit ausländ Erbstatut, das auf die Schuldfrage abstellt, kann Anpassg erfdl sein (vgl dazu Firsching IPRax **81**, 86 u Coester IPRax **82**, 206). Über die Wirksamk u die RWirkgen einer **Adoption** entscheidet das Adoptionsstatut, Art 22 (für die Formgültigk gilt Art 11 I); diesem Recht ist zu entnehmen, ob die Adoption eine famrechtl Beziehg begründet, wie sie das Erbstatut für die Beteiligg an der gesetzl Erbfolge voraussetzt (BGH NJW **89**, 2197, Düss FamRZ **98**, 1627, BaRo/S Lorenz Rn 46, vgl Art 22 Rn 6); dies ist idR zu bejahen, wenn das für die Adoption maßg Recht in seinen erbrechtl Bestimmungen dem Adoptivkind ein gesetzl ErbR gewähren würde (sog starke Adoption, BGH NJW **89**, 2197). Bei einer im Ausland vorgenommenen Adoption, die im Inland anzuerkennen ist (vgl dazu Art 22 Rn 10–14), entscheidet das auf die Adoption tatsächl angewandte Recht, ob eine (aus der Sicht des Erbstatuts) hinreichd starke verwandtschaftl Beziehg entstanden ist (Düss FamRZ **98**, 1627, Klinkhardt IPRax **99**, 356). Welche **Gegenstände zum Nachlass** gehören, ist ebenfalls eine gesondert anzuknüpfde Vorfrage (BGH BB **69**, 197, Düss FamRZ **01**, 1102 betr Bankguthaben, Köln OLGZ **75**, 1 betr VersichergsAnspr, KG DNotZ **77**, 749: lex rei sitae für Treuhändigt, KG ZEV **00**, 499 betr RückübertraggsAnspr nach VermG); über die Vererblichk von GesellschAnteilen u die Zulässigk einer TestVollstrg an diesen entscheidet desh das GesellschStatut (vgl dazu Rn 15 sowie v Oertzen IPRax **94**, 73, RIW **94**, 818). Ob ein UnterhAnspr mit dem Tod des Berecht od Verpflichteten erlischt, entscheidet das UnterhStatut (vgl BayObLG **95**, 47/51, Staud/Dörner Rn 135, 605). Selbst anzuknüpfen ist auch die gesetzl Vertretgsmacht bei Erbausschlagg (LG Saarbr ZfJ **91**, 604). Für die Beurteilg der **Formgültigk** einer Vfg vTw gilt Art 26.
- 18 **4) Internationales Verfahrensrecht.** – **a)** Seit **Inkrafttreten des FamFG zum 1. 9. 2009** gilt auch in Nachsachen uneingeschränkt der Grds der **Doppelfunktionalität**, dh die internat Zuständigk dtscher Gerichte folgt aus deren örtlicher Zuständigk (FamFG 105). Der zuvor insbesondere von der Rechtsprechg vertretene Gleichlaufgrundsatz (vgl VoraufI Rn 18–21) ist damit hinfällig geworden. Dtsche Gerichte sind internat zuständ, wenn der Erbl Dtscher war, dieser seinen Wohnsitz bzw Aufenthalt zum Ztpkt des Erbfalls im Inland hatte oder Nachlggst im Inland belegen sind (FamFG 343). Weitere besondere ZuständigkGründe ergeben sich aus FamFG 344 IV–VII, so etwa für Sichergsmaßnahmen nach Abs 4 (zB TestEröffng).
Gleichzeitig mit Inkrafttreten des FamFG ändert sich auch der Wortlaut von BGB 2369I. Danach ist auch weiterhin die Erteilg eines gegenständlich beschränkten Erbscheins möglich, wenn Nachlassgegenstände im Ausland belegen sind. Die Verknüpf mit der internationalen Zuständigk deutscher Gerichte ist indes weggefallen; somit besteht die Möglichk der Beschränkng nunmehr auch unabhängig vom Personalstatut des Erblassers (hierzu § 2369Rn 9).
- 19 **b)** Seit **Inkrafttreten des FamFG zum 1. 9. 2009** erfolgt die **Anerkennung** u Vollstrg ausländ Entsch in Nachsachen nach FamFG 107–109; die Anerkennshindern blieben unverändert (FamFG 109 I). Dies gilt insbes auch für die Anerkenng ausländ Erbscheine (vgl zum alten Recht Kaufhold ZEV **97**, 401, ferner Geimer FS Ferid 1988 S 117: grdsätzl keine Anerkenng wg fehlender RKraftwirkg; zur österr Einantwortg vgl Zweibr RPfl **90**, 121, LG Köln MittRhNotK **90**, 285, Aubert IPRax **92**, 225, zur schweizer Erbscheineigg BayObLG NJW-RR **91**, 1098, Kaufhold ZEV **97**, 403). Trotz Vorliegens der Anerkennsvoraussetzgen soll aber bei internat Zuständigk auch der dtschen Nachlg zur Erteilg eines Erbscheins **keine Bindung** an einen bereits im Ausland erteilten Erbschein bestehen (BayObLG **65**, 377, NJW-RR **91**, 1098); das gleiche soll gelten, wenn der ausländ Erbschein inhaltl nicht der nach den dtschen KollNormen gegebenen RLage entspricht (KG IPRspr **73** Nr 105). Ob ein anerkenngsfäh ausländ Erbschein die Tatbestandsvoraussetzgen einer dtschen Vorsch erfüllt, hängt von deren Auslegg ab (KG NJW-RR **97**, 1094: verneint für GBO 35, krit dazu Kaufhold ZEV **97**, 402); vgl dazu Einl 31 v Art 3. Auch für die Anerkenng der Bestellg eines NachlAbwicklers, zB administrator od executor, dch ein ausländ Gericht gilt FamFG 107–109; danach ist die Anwendg des aus dtscher Sicht maßg Erbstatuts keine Anerkennsvoraussetz; bei Vergleichbarkk der Befugn kann ggf ein gegenständlich beschränktes TestVollstrZeugn gem BGB 2368 iVm 2369 erteilt werden (vgl zum alten Recht Gruber Rpfleger **00**, 250).
- 20 **5) Innerdeutsches Kollisionsrecht.** – **a)** Zu intertemporären Fragen bei der erbrechtl **Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder** vgl Art 25 Rn 23 PalArch II.
- 21 **b)** Kollrechtl Probleme ergeben sich grdsätzl nur mehr in **Erbfällen**, die **vor dem 3. 10. 90** eingetreten sind. Ob für diese gem Art 235 § 1 I statt des BGB das ZGB der früheren DDR anzuwenden ist, bestimmt sich nach den bish Regeln des dtschen interlokalen PrivatR, die nunmehr einheitl gelten, Art 236 Rn 1 u 4 (BGH **124**, 270, Erfurt FamRZ **94**, 465). Im Verh zur DDR galt Art 25 entspr (vgl dazu im Einz Dörner DNotZ **77**, 324, Wohlgemuth ROW **85**, 162). Als Erbstatut maßg ist also bei Altfällen grdsätzl das Recht am letzten gewöhl Aufenthalt des Erbl (BGH **124**, 270/273, FamRZ **01**, 993, vgl ferner Brdbg ZEV **02**, 283, BayObLG **02**, 189).
Eine **Ausnahme** gilt aber für in der früheren DDR belegene **Grundstücke**, bei welchen auch das bish interlokale PrivatR in der BRep seit dem Inkrafttr des RAnwendgsG der früheren DDR am 1. 1. 76 gem Art 3 a II iVm § 25 II RAnwendgsG zur Anwendg des ErbR der DDR gelangt ist, vgl Art 3 a Rn 3; an dieser RLage hat sich mit dem Inkrafttr des BGB u des EGBGB in ganz Deutschland nichts geändert. Für die Anwendg

von Art 3 a II iVm RANwendgsG 25 II nicht ausreichend ist aber, dass der nach BGB beerbte Erbl iR einer ErbGemsch gesamthänderisch an einem NachlGrdst in der DDR beteiligt war (BGH 146, 310; KG FamRZ 04, 736; and bei Vererb eines MitEigtAnteils); ebsowenig ausreichend ist ein GesellschAnteil (KG VIZ 01, 682); dagg erfasst RANwendgsG 25 II auch die RStell des BuchEigtümers eines BodenreformGrdst (BayObLG 03, 1). Bei Erbfällen in der Zeit zw dem 1. 1. 76 u dem 3. 10. 90 ist die Erbfolge in ein in der früheren DDR belegenes Grdst also auch dann nach dem ZGB zu beurteilen, wenn der Erbl seinen letzten gewöhnl Aufenth im alten Bundesgebiet hatte (**Nachlassspaltung**, stRspr, BGH 131, 22, Hamm FamRZ 98, 121, KG FamRZ 98, 124, Ffm FamRZ 01, 1173, Thür OLG-NL 01, 35/39, BayObLG FamRZ 02, 1293; vgl dazu BVerfG DtZ 93, 209 betr unzuläss VorlageBeschl); dagg kommt es nicht zur NachlSpaltg, wenn der Erbfall vor Inkrafttr des RANwendgsG am 1. 1. 76 eintrat (Ffm FamRZ 93, 857, BayObLG 94, 40, KG DtZ 96, 213, trotzdem erörtert in BGH NJW 93, 2177). Jeder TeilNachl ist selbstd nach dem für ihn maß dtschen ErbR zu beurteilen, als ob er der gesamte Nachl wäre (BayObLG NJW 00, 440), zB das Bestehen von PflichtteilsAnspr (Hbg DtZ 93, 28), die Wirksamk einer Erbausschlagg sowie deren Auslegg u Anfechtg (BGH NJW 98, 227, KG FamRZ 92, 611 u 1477, Dresd OLG-NL 96, 139, Naumbg OLG-NL 99, 235, BayObLG 02, 189/195, vgl dazu Ivo NJW 03, 185); das gleiche gilt für TestAnfechtg (vgl dazu BGH 124, 270, KG FamRZ 96, 569; and bei Wohnsitz des Erbl in der BRep, vgl RANwendgsG 26), TestAuslegg (Köln OLGZ 94, 334, KG FamRZ 96, 125, 04, 736, Hamm FamRZ 96, 1576, BayObLG 03, 1/10, abweichd Oldbg DtZ 92, 290), Anordng von Vorerb- u Nacherbfolge (KG FamRZ 96, 1572) u TestVollstrg (KG FGPrax 95, 157, v Morgen/Götting DtZ 94, 199), ebsu für Erbteilsübertragg (vgl dazu Bultmann NJ 94, 5) u HerausgAnspr gg den ErbschBesitzer (Brdbg ZEV 97, 157). Die Bindgswirkg eines gemeinschaftl Test od ErbVertr beurteilt sich nach dem zZt der Errichtg maßg Erbstatut, Art 26 V (KG FamRZ 98, 124). Zur NachlSpaltg gem Art 3 a II iVm § 25 II RANwendgsG kommt es auch, wenn das NachlGrdst im Ztpkt des Erbfalls unter vorläuf Verwaltg gestellt war (LG Karlsru DtZ 94, 318, KG ZEV 97, 154; zur Vererb von BodenreformGrdst BGH ZEV 99, 275, BayObLG 03, 1, Böhringer DNotZ 04, 700). Dagg entstand der Anspr auf Rückübertragg enteigneter Grdst od Gebäude in der früheren DDR nach § 3 I VermG im Ztpkt des Inkrafttr des VermG am 29. 9. 90 originär in der Pers des an diesem Stichtag Berecht iSv § 2 I VermG, dh ggf des RNachfolgers des von der Enteigng ursprüngl Betroffenen (BGH 131, 22/28, vgl ferner BGH 123, 76/81, BayObLG FamRZ 01, 517, Köln VIZ 02, 155, Düss FamRZ 05, 1835); da der RNachfolger diesen Anspr nicht vom Erbl geerbt hat, er vielmehr gar nicht in dessen Nachl fällt (BG Erfurt NJ 93, 372, KG ZEV 00, 499, BVerwG VIZ 03, 473 [aber wie NachlFdg zu behandeln], aM Hamm MittBayNot 95, 220; Ersatzsurrogation, Hausmann FS Heldrich S 650), kommt die Anwendg von RANwendgsG 25 II insow nicht in Betr (BGH 131, 22/28, Düss FamRZ 99, 1395, BayObLG NJW 00, 440, KG ZEV 00, 501, im Ergeb auch schon BGH 123, 76/81; Anwendg von BGB 2313 auf Anspr aus dem VermG wg GrdVerm in der früheren DDR, vgl dazu BGH FamRZ 04, 781, einschränkd LG Hbg NJW 98, 2608, vgl auch Köln NJW 98, 240, VIZ 02, 155); auf die Qualifikation des schuldrechtl RückübertraggAnspr als „anderes Recht“ an Grdst od Gebäuden iSv RANwendgsG 25 II kommt es dabei nicht an (gg eine solche Qualifikation mit Recht BGH 131, 22, 144, 251, KG ZEV 00, 501, aM Rauscher JR 01, 235; zur Qualifikation des BuchEigt an BodenreformGrdst BayObLG 03, 1). Die ggteil Ansicht, die bei der Bestimmg des RNachfolgers RANwendgsG 25 II heranzieht, insbes das Erbstatut fiktiv so bestimmt, als ob die Enteigng nicht erfolgt wäre (so zuletzt Umbeck IPRax 02, 34), unterstellt die Erbfolge rückwirkd dem ZGB der DDR, obwohl dieses im Ztpkt des Erbfalls aus der Sicht keiner der beiden dtschen RÖrdngen maßgebnd war. Für die Beurteilg der Formgültigk u Bindgswirkg von Vfgen vTw gilt Art 26 (vgl Rstk ZEV 95, 333).

EG 26 Verfügungen von Todes wegen. (1)¹ Eine letztwillige Verfügung ist, auch wenn sie von mehreren Personen in derselben Urkunde errichtet wird, hinsichtlich ihrer Form gültig, wenn diese den Formerfordernissen entspricht

1. des Rechts eines Staates, dem der Erblasser ungeachtet des Artikels 5 Abs. 1 im Zeitpunkt, in dem er letztwillig verfügt hat, oder im Zeitpunkt seines Todes angehörte,
2. des Rechts des Ortes, an dem der Erblasser letztwillig verfügt hat,
3. des Rechts eines Ortes, an dem der Erblasser im Zeitpunkt, in dem er letztwillig verfügt hat, oder im Zeitpunkt seines Todes seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hatte,
4. des Rechts des Ortes, an dem sich unbewegliches Vermögen befindet, soweit es sich um dieses handelt, oder
5. des Rechts, das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden ist oder im Zeitpunkt der Verfügung anzuwenden wäre.

² Ob der Erblasser an einem bestimmten Ort einen Wohnsitz hatte, regelt das an diesem Ort geltende Recht.

(2)¹ Absatz 1 ist auch auf letztwillige Verfügungen anzuwenden, durch die eine frühere letztwillige Verfügung widerrufen wird.² Der Widerruf ist hinsichtlich seiner Form auch dann gültig, wenn diese einer der Rechtsordnungen entspricht, nach denen die widerrufene letztwillige Verfügung gemäß Absatz 1 gültig war.

(3)¹ Die Vorschriften, welche die für letztwillige Verfügungen zugelassenen Formen mit Beziehung auf das Alter, die Staatsangehörigkeit oder andere persönliche Eigenschaften des Erblassers beschränken, werden als zur Form gehörend angesehen.² Das gleiche gilt für Eigenschaften, welche die für die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung erforderlichen Zeugen besitzen müssen.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten für andere Verfügungen von Todes wegen entsprechend.

(5)¹ Im übrigen unterliegen die Gültigkeit der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen und die Bindung an sie dem Recht, das im Zeitpunkt der Verfügung auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden wäre.² Die einmal erlangte Testierfähigkeit wird durch Erwerb oder Verlust der Rechtsstellung als Deutscher nicht beeinträchtigt.

1) **Allgemeines.** – a) Art 26 Abs 1–3 übernimmt im Interesse der Übersichtlichk des geltenden dtschen IPR, vgl dazu Einl 8 u 18 v Art 3, den wesentl kollrechtl Inhalt des für die BRep am 1. 1. 66 in Kraft getretenen **Haager Übereinkommens** über das auf die Form letztw Vfgen anzuwendende Recht (TestFormÜbk) v 5. 10. 61 (abgedruckt im Anh zu Art 26). Zum Kreis der übr VertrStaaten vgl BGBl II FN B 13, 560. Da das Übk nach Art 6 **allseitig** anzuwenden ist, auch wenn die Beteiligten keinem VertrStaat angehören u das maßgebnd Recht

1

nicht das eines VertrStaates ist (loi uniforme), lässt es für eine autonome Regelg des internat Rechts der TestForm im dtschen Recht keinen Raum (vgl dazu BGH NJW 04, 3558). Trotz des Vorrangs der staatsvertragl Regelg gem Art 3 Nr 2 **genügt** die Anwendg des **Art 26** bei der Beurteilg der TestForm, soweit dieser nicht von den Vorschr des Haager Übk abweicht; soweit bei Anwendg der **Art 26 Abs 1–3** der **staatsvertragl** Charakter der Regelg beachtet wird, ist ein Rückgriff auf die entspr Anknüpfregeln im Haager Übk, vgl Anh, entbehr (im Ergebn ebso Soe/Schurig Rn 3, BaRo/S Lorenz Rn 2, Pirrung IPR S 110 u 172, str, aM MüKo/Birk Rn 2, Siehr IPRax 87, 6). In Art 26 **nicht** aufgenommen wurde die in Art 1 II TestFormÜbk vorgesehene Unteranknüpf bei MehrRStaaten, die mit EG 4 III nicht ganz übereinstimmt, vgl dazu dort Rn 15, ebsonewig der ordre public-Vorbeh in Art 7 TestFormÜbk, der EG 6 entspr. Von den in Art 3 TestFormÜbk vorbehaltenen weiteren Anknüpfen hat der Gesetzgeber dch Einfüg von Abs 1 Nr 5 Gebrauch gemacht. Eine **Abweichung** vom Haager TestFormÜbk stellen die Abs 4 u 5 dar. **Absatz 4** dehnt die Anknüpfregeln der Abs 1–3 auf and Arten von Vfgn vTw, insbes ErbVertr, aus; das Haager Übk steht dem nicht entgg. **Absatz 5** trifft eine kollrechtl Regelg für die Auswirkgen eines Statutenwechsels auf die Gültigk u Bindgswirkg von Vfgn vTw, die sachl zur Bestimmg des Erbstatuts gehört u ihren Platz daher besser in Art 25 gefunden hätte; diese Sonderregelg hat mit der Form letztw Vfgn u damit mit dem Inhalt des Haager Übk ebenfalls nichts zu tun.

2 **b)** Die Beacht einer **Rück- oder Weiterverweisung** ist im Anwendungsbereich von Abs 1–4 grdsätzl ausgeschl, weil unmittelbar auf die sachrechtl Formerfordern der betr RÖrdng verwiesen wird; eine Ausn gilt aber mittelb für die Anknüpf in Abs 1 Nr 5, die sicherstellen soll, dass auch die Erfüllg der Formerfordern eines dch Rück- od Weiterverweis berufenen Erbstatuts ausreichend ist, vgl BT-Drs 10/5632 S 44. Auch bei der Bestimmg des hypothet Erbstatuts gem Abs 5 S 1, vgl dazu Art 25 Rn 13, u des für die Testierfähig maß Rechts, vgl Art 25 Rn 16, sind Rück- od Weiterverweis nach Art 4 I zu beachten.

3 **2) Anknüpfung des Formstatuts (Abs 1–4).** – **a) Grundsatz.** Nach Abs 1 ist die Form einer Vfg vTw im Interesse ihrer Gültigk **alternativ** nach einer Reihe von RÖrdngen zu beurteilen; diese Regelg stimmt inhaltl mit Art 1 I u III u Art 4 des TestFormÜbk überein; das in Abs 1 Nr 5 zusätzl zur Vfg gestellte Formstatut wird von Art 3 TestFormÜbk gedeckt. Die jew zur Anwendg berufene RÖrdng entscheidet grdsätzl über die Formgültigk des ganzen Testaments in Bezug auf den gesamten Nachl (BGH IPRax 05, 253); eine auf den unbewegl Nachl beschränkte Formgültigk kann sich aber aus der Anknüpf an den Lageort nach Abs 1 Nr 4 ergeben; auch bei der Prüfng der Formgültigk nach dem tatsächl od hypothet Erbstatut nach Abs 1 Nr 5 können sich im Falle einer NachlSpaltg, vgl Art 25 Rn 9, unterschiedl Ergebn für die verschiedenen TeilNachl ergeben. Das von Art 26 berufene Recht gilt auch für die R Folgen eines Formmangels, zB Nichtigk od Vernichtbark (BaRo/S Lorenz Rn 6; aM MüKo/Birk Rn 47, 83; offen gelassen BayObLG ZEV 05, 441).

4 **b) Anknüpfungen.** Die Formgültigk einer Vfg vTw kann sich **nach Absatz 1** im Einz alternativ ergeben aus: (1) dem HeimatR des Erbl (bzw bei gemeinsaftl Testamenten: eines der beiden Testierden) im Ztpkt der Vfg **oder** im Ztpkt seines Todes; bei Mehrstaatern kommen sämtl HeimatR in Betr („ungeachtet des Art 5 Abs 1“); bei MehrRStaaten gilt Art 1 II TestFormÜbk an Stelle von EG 4 III, vgl dort Rn 16; (2) dem Recht am Ort der Errichtg der Vfg, vgl dazu Art 11 Rn 15 f; (3) dem Recht am Wohnsitz **oder** gewöhnl Aufenth des Erbl im Ztpkt der Vfg **oder** im Ztpkt seines Todes; der Begriff des Wohnsitzes bestimmt sich nach den an diesem Ort geltenden Vorschr; zum Begriff des gewöhnl Aufenth vgl Art 5 Rn 10, 11; (4) dem Recht des Lageorts hinsichtl unbewegl Vermögens, S 2; der Begriff des unbewegl Vermögens ist nach der lex rei sitae zu beurteilen (Qualifikationsverweis, vgl dazu BGH 144, 251/254); das Recht des Lageorts entscheidet nur über die Formgültigk hinsichtl des in seinem Gebiet befindl unbewegl Vermögens; hinsichtl des übr Nachl kann die Beurteilg der Formgültigk nach dem dafür gem Abs 1 Nr 1–3 u 5 maßg Recht zu abweichenden Ergebn führen; (5) dem tatsächl Erbstatut od dem hypothet Erbstatut im Ztpkt der Errichtg, zu dessen Bestimmg vgl Art 25 Rn 6–9; insow sind auch Art 3 a II u 4 I zu beachten. Formgültigk nach einem der anwendb Rechte ist grdsätzl ausreichend (sofern sie sich nicht wie bei Nr 4 u uU auch bei Nr 5 auf einen NachlTeil beschränken); freil werden die in Nr 1–5 verwendeten Anknüpfen häufig zum selben Recht führen.

5 **c) Anwendungsbereich.** – **aa)** Art 26 regelt über das TestFormÜbk hinausgehend die Form von **Verfügungen von Todes wegen** aller Art, also Test, gemeinsaftl Test, vgl Abs 1, u ErbVertr, **Absatz 4**; das gleiche gilt für Schenkgen vTw, soweit diese nach dem Erbstatut zu beurteilen sind, vgl Art 25 Rn 15, u danach der Form einer Vfg vTw bedürfen (wie n § 2301 I); die Form and erbrechtl R Geschäfte, zB Annahme u Ausschlagg der Erbsch, Testiervereinbg, Erbverzicht od Erbschkauf regelt Art 11. Die Anknüpfregelg des Abs 1 gilt nach **Absatz 2** auch für den **Widerruf** einer letztw Vfg (über Abs 4 entsprechde Anwendg bei ErbVertr u Schenkgen vTw, Erman/Hohloch Rn 20, Staud/Dörner Rn 39) dch eine neue letztw Vfg (dh nicht auch dch sonstige Handlgen od Tats, zB Vernichtg der Urkunde, Rücknahme aus aml Verwahrng, deren Voraussetzgen u Wirkgen nach dem Erbstatut zu beurteilen sind). Die Formgültigk eines solchen WiderrufsTest od späteren widersprechden Test kann sich aber zusätzl auch aus einem der Formstatute ergeben, nach denen das widerrufene Test gem Abs 1 gült war, Abs 2 S 2. Enthält das widerrufde Test aber auch eine **neue** letztw Vfg, so beurteilt sich deren Formgültigk allein nach Abs 1. – **bb)** Art 26 betr nur die **Formerfordernisse** einer Vfg vTw; die Ausfüllg dieses Begriffs bleibt dem jeweils berufenen Recht überlassen; uU kann danach auch ein mündl Test formgült sein (LG Mü IPRax 99, 182, vgl dazu Art 10 TestFormÜbk, im Anh); die Frage des Nachw einer ernst WillensErkl beurteilt sich aber nach der für das Verf geltenden lex fori (Ffm OLGZ 77, 385). Eine ergänzde Legaldefinition des Begriffs der Formerfordern im Hinbl auf bestimmte Regelgen enthält **Absatz 3. Nicht**

6 darunter fallen Bestimmngen über die **Testierfähigkeit** als solche, deren Vorliegen grdsätzl nach dem Erbstatut zu beurteilen ist, vgl dazu EG 25 Rn 16. Abs 3 bezieht sich nur auf Regelgen, welche Einschränkgen der zuläss TestFormen aGrd von Alter, Staatsangehörigk od and persönl Eigensch des Erbl vorsehen, zB ein Verbot des eigenhänd Test für Minderj, § 2247 IV; ob die betr RÖrdng dies als Formfrage ansieht, ist gleichgült. Auch die R Folgen einer Verletzg solcher Vorschr fallen unter den Anwendungsbereich von Art 26. Ein dtscher Minderj, der über 16 J alt ist, kann also trotz §§ 2233 I, 2247 IV auch privatschriftl od dch verschlossene Schrift ein Test gült errichten, wenn das der Ortsform zZt der Errichtg entspricht. – Als Formfrage behandelt Abs 3 auch die persönl Qualifikationen der von einer TestForm geforderten **Zeugen**, zB §§ 26f BeurkG. Hierher gehören auch Vorschr, nach denen ein Zeuge nicht im Test bedacht od zum TestVollstr ernannt werden darf (ebso Soe/Schurig Rn 21).

7 **3) Statutenwechsel (Absatz 5).** – **a)** Zw der Errichtg einer Vfg vTw u dem Erbfall liegt häufig ein längerer Zeitraum, in welchem sich die für die Anknüpf des Erbstatuts nach Art 25 maßg Umst (Staatsangehörigk des Erbl, bzw bei Staatenlosen u Flüchtlingen sein gewöhnl Aufenth, im Falle einer Rück- od Weiterverweis auf den Domizilstaat auch Wohnsitz des Erbl, vgl Art 25 Rn 2, im Falle einer NachlSpaltg, vgl Art 25 Rn 9, auch

Erwerb von unbewegl Vermögen an einem bestimmten Lageort) ändern können. Der Erbl kann also im Ztpkt der Errichtg einer Vfg nicht immer vorhersehen, nach welchem Recht er beerbt wird. Um ihm dennoch die Errichtg einer bestandskräft Vfg mit den beabsichtigten RWirkgen zu ermögl, sind Gültigk u Bindgswirkg einer Vfg vTw (Test, gemeinsaftl Test, ErbVertr) nach Abs 5 **Satz 1** nach dem im Ztpkt ihrer Errichtg maßg Erbstatut zu beurteilen, dh nach dem Recht, das für die Erbfolge anzuwenden wäre, wenn der Erbfall im Ztpkt der Vfg eingetreten wäre (hypothet Erbstatut = Errichtsstatut). Diese Regeln gelten entspr auch für Zulässigk u Verzichtswirkg eines Erbverzichts (Hbg NJW-RR **96**, 203/204, Hamm NJW-RR **96**, 906), die Gültigk u Bindgswirkg von TestierVertr (Erbstatut des Verpflichteten zZt des VertrSchlusses, Scheuermann, Statutenwechsel im internat ErbR, 1969, 111) u die Wirksamk u die R Folgen eines vorzeit ErbAusgl (BGH **96**, 262/269 f, vgl [dazu](#)

Art 25 Rn 10). Unter **Gültigkeit** sind sämtl Wirksamk Voraussetzgen der ganzen Vfg od einz in ihr getroffener Anordngen zu verstehen, welche nach dem Erbstatut zu beurteilen sind, vgl Art 25 Rn 10–15, insbes die Zulässigk der Errichtg von gemeinsaftl Test u ErbVertr, soweit es sich nicht um eine Formfrage handelt, vgl dazu Art 25 Rn 14; zur Gültigk zählt auch die Möglichk einer Anfechtg wg Willensmangels (Staud/Dörner Art 25 Rn 239); für die **Formgültigkeit** der Vfg gelten allein die oben in Anm 2 dargestellten Anknüpfgsregeln, die einem etwaigen Statutenwechsel ebenfalls Rechng tragen, vgl zB Abs 1 Nr 1 u 3. Abs 5 S 1 dient dem Bestandsschutz einer zunächst gültig errichteten Vfg vTw; ob eine nach dem seinerzeit maßg fiktiven Erbstatut zunächst **ungültige** Vfg dch Veränderg der für die Anknüpfg maßg Umst später wirks geworden ist, bestimmt sich nach dem von Art 25 berufenen Recht; daher kann auch eine vor dem 1. 9. 86 getroffene RWahl wirks sein, wenn der Erbfall nach diesem Ztpkt eingetreten ist (vgl LG Hbg IPRspr **91** Nr 142, Lange DNotZ **00**, 343). Unter **Bindungswirkung** sind die Zulässigk u die Voraussetzgen eines Widerrufs (so Ffm FamRZ **10**, 677 für wechselseit letztwill Vfgen; zur Form des Widerrufs vgl Rn 5) od einer Aufhebg der Vfg zu verstehen (vgl BayObLG **03**, 68/80).

b) Unabhängig davon, ob der Erbl bereits eine Vfg vTw errichtet hat od nicht, wird der Status der einmal erlangten **Testierfähigkeit** nach Abs 5 **Satz 2** dch den Erwerb od Verlust der RStellg als Deutscher iSv GG 116 I nicht beeinträchtigt. Diese Regelg entspr Art 7 II hinsichtl der GeschFähigk. Hier wie dort muss das gleiche analog in jedem and Fall eines Wechsels des Personalstatuts gelten, vgl Art 7 Rn 8 (aM Siehr IPRax **87**, 6). Die einmal erlangte Testierfähigk geht also nicht allein desh wieder verloren, weil der Erbl ein neues Personalstatut erwirbt, welches and Anfordergen an die Testierfähigk stellt; sie kann aber selbstverständl dch davon unabhängig and Umst in der Pers des Erbl, insbes geistige Gebrechen, verlorengehen.

8

9