

Entscheidungsanmerkung

Zur Sittenwidrigkeit und zeitlichen Obergrenze von schuldrechtlichen Verfügungsverboten

1. Unterlassungsverpflichtungen nach § 137 S. 2 BGB (schuldrechtliche Verfügungsverbote) werden nicht nach 30 Jahren nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwirksam.

2. In Übergabeverträgen zur vorweggenommenen Erbfolge vereinbarte Unterlassungspflichten, die dem Übernehmer Verfügungen über das Vermögen eines übergebenen Betriebs insgesamt oder über dessen Grundvermögen untersagen, sind nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn der Übernehmer von dem Übergeber nicht die Zustimmung zu einer mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft zu vereinbarenden und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährdenden Verfügung (Veräußerung oder Belastung) verlangen kann. (Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 137 S. 2, 138 S. 1

BGH, Urt. v. 6.7.2012 – V ZR 122/11 (OLG Frankfurt a.M.)¹

I. Sachverhalt

Mit notariellem Vertrag vom 11.4.1980 übertrug die im Jahre 2007 verstorbene Mutter der Parteien ihren $\frac{3}{4}$ Miteigentumsanteil des zu einem Gut gehörenden Grundbesitzes im Wege vorweggenommener Erbfolge auf den Bekl., dem bereits $\frac{1}{4}$ Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz gehörte. In dem Vertrag verpflichtete sich der Bekl. dazu, die Grundstücke während eines Zeitraums von 35 Jahren, hilfsweise von 30 Jahren – mit Ausnahme einer Übertragung an leibliche, eheliche Abkömmlinge - nicht zu veräußern (§ 4 Nr. 1). Der Verstoß gegen das Veräußerungsverbot sollte den Rückfall der betroffenen Ländereien an den Veräußerer zur Folge haben (§ 4 Nr. 2). Das Veräußerungsverbot sollte nach dem Tod der Veräußerin fortbestehen und danach der Rückfallanspruch dem Kl. zustehen (§ 4 Nr. 3). Der Anspruch auf Rückübertragung sollte auch bei Eingriffen Dritter, wie Pfändungen, ebenso bei Verpfändungen wirksam werden (§ 4 Nr. 5). Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs wurden die betroffenen Grundstücke mit Vormerkungen belastet.

Nach Eintragung von Zwangssicherungshypotheken auf drei Grundstücken hat der Kl. von dem Bekl. die Rückauflassung eines dieser Grundstücke verlangt. Mit der Widerklage verlangt der Bekl. von dem Kl., die Löschung der auf den anderen Grundstücken des Guts eingetragenen Vormerkungen zu bewilligen.

Das LG hat der Klage durch Teilurteil stattgegeben und die Widerklage durch Schlussurteil abgewiesen. Das OLG hat der Widerklage - unter Zurückweisung des Löschan-

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b50f081b0b06d76df0686a4f78cbff30&nr=61364&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

spruchs für die zwei weiteren mit Zwangssicherungshypotheken belasteten Grundstücke - stattgegeben. Die vom Senat zugelassene Revision des Klägers hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

II. Relevanz und Hintergrund der Entscheidung

Der auf den ersten Blick exotisch anmutende Fall berührt Grundfragen des BGB, insbesondere des allgemeinen Teils und ist daher durchaus examensrelevant. Zudem setzt seine Lösung eine Beherrschung der juristischen Methoden voraus. Eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung und ihren Hintergründen dürfte für jeden Studenten verständnisfördernd sein.

Im Grundsatz geht es um einen sogenannten Übergabevertrag, der praktisch sehr relevant ist,² im Studium aber nur eine untergeordnete Rolle spielt. Mit diesem gesetzlich nicht typisiertem Vertrag überträgt eine Person zu Lebzeiten Vermögenswerte auf einen oder mehrere künftige Erben.³ Als rechtliches Gestaltungsmittel kommt unter anderem eine Schenkung gem. § 516 Abs. 1 BGB in Betracht.⁴ Auf die Rechtsnatur des Vertrages kam es vorliegend jedoch nicht an, sodass die Frage vom BGH unerörtert blieb.

1. § 137 BGB: Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsverbote

a) Unterscheidung von Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsverboten

Grundlegend für das Verständnis des Falles ist zunächst die Unterscheidung von (dinglichen) Verfügungsbeschränkungen und (schuldrechtlichen) Verfügungsverboten, auch Unterlassungspflichten genannt. § 137 S. 1 BGB statuiert den Grundsatz, dass die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Gemeint sind damit Rechtsgeschäfte, die den verfügungsbefugten unmittelbar in seinem rechtlichen Können beeinträchtigen. Verfügungsverbote, also schuldrechtliche Abreden, welche dem Verfügungsbefugten verbieten, ganz oder in bestimmter Weise über das Recht zu verfügen, also sein rechtlichen *Dürfen* reduzieren, sind hingegen gem. § 137 S. 2 zulässig. Letztere Kategorie ist im vorliegenden Fall einschlägig.

b) Normzweck des § 137 BGB

Die Unzulässigkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen intendiert jedenfalls die Sicherung der Zwangsvollstreckung, da nur übertragbare Vermögensrechte pfändbar sind (§§ 851 Abs. 1, 857 ZPO).⁵ Daneben bewirkt die Norm eine institutionelle Sicherung des numerus clausus der dinglichen Rechte; insbesondere das Eigentum bleibt so als Ganzes

² Litzemberger, ZEV 2012, 550 (554).

³ Weidlich, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, Einl v § 1922 Rn. 6.

⁴ Vgl. auch zu weiteren Gestaltungsmöglichkeiten Weidlich (Fn. 2), Einl v § 1922 Rn. 6.

⁵ Vgl. Kohler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 137 Rn. 11 m.w.N.

erhalten und kann nicht etwa in Fortsetzung feudaltrechtlicher Tradition in Nutzungs- und Verfügungseigentum aufgespalten werden.⁶ Darüber hinaus sind verschiedene Normzwecke diskutiert worden,⁷ insbesondere der Schutz der persönlichen Freiheit⁸, was der BGH jedoch zu Recht ablehnt.⁹ Dagegen spricht insbesondere die Zulässigkeit schuldrechtlicher Verfügungsverbote nach § 137 S. 2 BGB, welche den sich rechtstreuhaltenden Verbotsschuldner an der Ausübung seiner Verfügungsfreiheit hindern.¹⁰

c) Rechtsfolgen von Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsverboten

Gegen § 137 S. 1 BGB verstoßende Verfügungsbeschränkungen sind rechtlich unwirksam.¹¹ Verfügungsverbote hingegen sind nach § 137 S. 2 BGB wirksam. Wird verbotswidrig verfügt und hat der Verbotsschuldner dies zu vertreten, erhält der Begünstigte des Verbots einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, welcher gemäß § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution in Form der Rückgängigmachung der Verfügung gerichtet ist.¹² Ein auf Rückgängigmachung der Verfügung gerichteter Schadensersatzanspruch gegen den Erwerber kann gemäß § 826 BGB bestehen.¹³

d) Zulässigkeit von Abtretungsbeschränkungen gem. § 399 2. Alt. BGB

Im Zusammenhang mit § 137 S. 1 BGB ist stets an die wichtige Norm des § 399 2. Alt. BGB zu denken, welcher es Gläubiger und Schuldner einer Forderung erlaubt, deren Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung auszuschließen.¹⁴ Gleichwohl vorgenommene Abtretungen sind absolut unwirksam,¹⁵

⁶ Vgl. Kohler (Fn. 4), § 137 Rn. 7 m.w.N.

⁷ Vgl. Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 137 Rn. 2 f.; eingehend zum Normzweck Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 66 ff.

⁸ Etwa Raible, Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten, 1969, S. 77 ff.; Schlosser, NJW 1970, 681 (683 f.). Umfangreiche Nachweise bei Kohler (Fn. 4), § 137 Rn. 5.

⁹ BGHZ 134, 182 (186).

¹⁰ Kohler (Fn. 4), § 137 Rn. 5 und 41; Berger (Fn. 6), S. 69..

¹¹ Ellenberger, in: Palandt: Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 137 Rn. 3.

¹² Ellenberger (Fn. 10), § 137 Rn. 6.

¹³ Ellenberger (Fn. 10), § 137 Rn. 6; Armbrüster (Fn. 6), § 137 Rn. 32.

¹⁴ Wagner, JZ 1994, 227.

¹⁵ Ganz h.M., BGHZ 56, 173 (176); 56, 228 (230); 70, 299 (301); 102, 293 (301); 108, 172 (176); 112, 387 (389); BGH VersR 1992, 561; BGH NJW 1997, 2747 f.; BGH ZIP 97, 1072 (1073); BGH NJW-RR 2010, 904 (905); BGH LM Nr. 36 Bl. 3; Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 399 Rn. 12; Busche, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 399 Rn. 65; Berger (Fn. 6), S. 291 ff., jeweils m.w.N. Für relative Unwirksamkeit hingegen insbesondere Canaris, in: Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, 1992, S. 9; Wagner, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, 1994, pas-

im Handelsverkehr sowie im Verkehr mit der öffentlichen Hand nach der Ausnahmenvorschrift des § 354a Abs. 1 S. 1 HGB allerdings wirksam bei gleichzeitig gewährleistetem weitreichendem Schuldnerschutz (§ 354a Abs. 1 S. 2 HGB).¹⁶

Über das (praktisch wenig bedeutsame) Verhältnis von § 137 S. 1 BGB und § 399 2. Alt. BGB wird seit jeher gestritten.¹⁷ Die h.M. sieht in § 399 2. Alt. BGB keine Ausnahme zu § 137 S. 1 BGB, da die Vorschrift die Schaffung eines unveräußerlichen Rechts gestatte, sodass der Anwendungsbereich des § 137 S. 1, der ein „veräußerliches Recht“ voraussetzt, nicht eröffnet sei.¹⁸

Für die Abrede nach § 399 2. Alt. BGB hat sich der Begriff „Abtretungsverbot“ trotz seiner Ungenauigkeit¹⁹ (die Abrede verbietet die Abtretung nicht nur, sie verhindert sie), durchgesetzt. Abgesehen davon sollte die die oben getroffene sachliche Trennung von Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsverboten jedoch auch begrifflich durchgehalten werden.

2. „Lückenausfüllung“ durch Gesamtanalogie und ergänzende Vertragsauslegung

In methodischer Hinsicht müssen dem Rechtsanwender zur Lösung des vorliegenden Falls die Rechtsanalogie²⁰ sowie die ergänzende Vertragsauslegung²¹ geläufig sein. Mit der Gesetzesanalogie wird das Gesetz ergänzt, mit der ergänzenden Vertragsauslegung der Vertrag. Beide setzen eine Regelungslücke voraus.

Eine Lücke liegt dann vor, wenn das Gesetz bzw. der Vertrag gemessen am jeweiligen Regelungsziel unvollständig ist, wenn also das Regelungsziel des Gesetzes oder Vertrages nicht ohne Ergänzung durch eine nichtvorhandene Regelung erreicht werden kann.²²

Ist die Lücke festgestellt, muss sie ausgefüllt werden. Bei Lücken im Gesetz ist auf wortlautgemäß nicht anwendbare, nach ihrem Regelungszweck aber passende Normen zurückzugreifen.²³ Die oft neben der Lücke als Analogievoraussetzung genannte „vergleichbare Interessenlage“ ist dann gegeben, wenn eine Norm ihrem Zweck nach nicht nur auf den von ihr wortlautgemäß geregelten Fall, sondern auch darüber hinaus angewendet werden muss.²⁴ Die analoge Anwendung

sim; Hattenhauer, in: Festschrift für Hans Holzhauser, 2005, S. 549 (S. 554 ff.); Armgardt, RabelsZ 73 (2009), 314.

¹⁶ Vgl. zu § 354a HGB Lettl, JA 2010, 109.

¹⁷ Dazu eingehend Wagner, AcP 194 (1994), 451-478 m.N.

¹⁸ RGZ 136, 395 (399); BGHZ 40, 156 (160); BGH ZIP 1997, 1072 (1073); Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 17, 7, S. 363.

¹⁹ Wagner (Fn. 14), S. 30; Piekenbrock, NJW 2007, 1247 in Fn. 1.

²⁰ Vgl. zur Analogie instruktiv und mit zahlreichen Beispielen Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15-24.

²¹ Vgl. dazu Cziupka, JuS 2009, 103-106.

²² Zur Lücke im Vertrag Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 157 Rn. 3 ff.; BGHZ 127, 138 (142); BGH ZIP 2007, 774; BGHZ 127, 138 (142).

²³ Vgl. Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (17) m.w.N.

²⁴ Vgl. Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (17).

einer einzigen Norm wird als Einzel- oder Gesetzesanalogie bezeichnet. Werden hingegen mehrere Normen analog angewendet, so spricht man von einer Gesamt- oder Rechtsanalogie. Bei Letzterer geht es darum, aus einer Reihe von Normen einen (allgemeinen) Rechtsgrundsatz abzuleiten, welcher im konkreten Fall weiterhilft.²⁵ Eine Rechtsanalogie stand vorliegend in Rede.

Lücken im Vertrag hingegen sind mit dispositivem Gesetzesrecht auszufüllen, sofern dieses den Interessen der Vertragsparteien nicht widerspricht. Sofern die Regelungslücke nicht interessengerecht mit Regelungen des dispositiven Rechts gefüllt werden kann, ist der Vertragsinhalt auf Grundlage des hypothetischen Parteiwillens zu ergänzen.²⁶

III. Die Entscheidung des BGH

Der Kläger und Widerbeklagte war auf die Widerklage des Beklagten und Widerklägers vom Berufungsgericht zu einer teilweisen Löschung der Vormerkungen verurteilt worden. Mit der Revision beehrte der Kläger die Aufhebung dieses Urteils. Demgemäß war es Aufgabe des *Senats*, zu prüfen, ob die Widerklage begründet ist, ob der Widerkläger also wie vom Berufungsgericht angenommen gegen den Kläger einen Anspruch auf die Bewilligung der Löschung der Vormerkungen hat.

1. Die richtige Anspruchsgrundlage

Der BGH stimmt dem Berufungsgericht darin zu, dass sich ein Anspruch des Beklagten auf Zustimmung zur Löschung der Vormerkungen nach Fristablauf entweder aus § 894 BGB oder aus § 886 BGB ergeben kann sofern innerhalb der vereinbarten Frist nicht gegen das schuldrechtliche Veräußerungs- und Belastungsverbot verstoßen worden ist.²⁷ Der Anspruch ergäbe sich aus § 894 BGB, wenn nicht nur das schuldrechtliche Verbot, sondern auch der Auflassungsanspruch des Widerbeklagten befristet wäre, da dann mit Ablauf der Befristung der Anspruch und damit auch die ihn akzessorisch sichernde Vormerkung erloschen wäre.²⁸ Aus § 886 BGB hingegen folge der Anspruch, wenn die Befristung des schuldrechtlichen Verfügungsverbots sich nicht auf den Auflassungsanspruch erstreckte.²⁹ Die Frage der Befristung des Auflassungsanspruchs und damit auch der richtigen Anspruchsgrundlage konnte jedoch offenbleiben, da die Rechtsfolgen beider Normen insofern identisch sind, als dass sie vorliegend zu einem Anspruch auf Löschung der Vormerkungen führen.

2. Keine ipso iure-Befristung schuldrechtlicher Verfügungsverbote auf 30 Jahre

Zu prüfen war nun, ob der für einen Lösungsanspruch erforderliche Fristablauf eingetreten ist. Dies wäre offensichtlich nicht der Fall, wenn die am 11.4.1980 vereinbarte 35-

jährige Frist gilt. Der gesicherte Rückauflassungsanspruch könnte jedoch aus anderen Gründen erloschen sein.

Eine Verjährung kam von vornherein nicht in Betracht. Zwar unterliegen auch Unterlassungsansprüche gem. § 194 Abs. 1 BGB der Verjährung und damit vorliegend der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren gem. § 195 BGB.³⁰ Nach § 199 Abs. 5 BGB beginnt die Verjährungsfrist bei Unterlassungsansprüchen jedoch erst mit der Zuwiderhandlung gegen das Verbot zu laufen.

Nach einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung erlöschen schuldrechtliche Verfügungsverbote im Sinne des § 137 S. 2 BGB ipso iure nach dem Ablauf von 30 Jahren,³¹ wobei diese Auffassung mit unterschiedlichen Begründungen auf eine Rechtsanalogie zu den §§ 462 S. 1, 544, 2044 Abs. 2 S. 1, 2109 Abs. 1, 2262 Abs. 2 S. 1, 2210 S. 1 BGB gestützt wird. Dieser Auffassung ist das Berufungsgericht gefolgt.³²

Einer anderen Ansicht zufolge enthält das Gesetz gerade keine Regelung zur Höchstgeltungsdauer schuldrechtlicher Verfügungsverbote nach § 137 S. 2 BGB, da dem Unterlassungsanspruch auch nach dem Ablauf von 30 Jahren noch ein anerkennungswertes Interesse zugrunde liegen könne.³³

Dieser Auffassung hat sich der *Senat* unter intensiver Auseinandersetzung mit den von der erstgenannten Auffassung herangezogenen Normen angeschlossen.³⁴ Zunächst weist der *Senat* das Argument zurück, ohne eine zeitliche Obergrenze werde die Bestimmung des § 137 S. 1 BGB unterlaufen, da § 137 S. 2 BGB die Vereinbarung schuldrechtlicher Verfügungsverbote gerade zulasse.³⁵ Zudem bezwecke die Norm nicht den Schutz der persönlichen Freiheit des Rechtsinhabers, sondern diene der Sicherung des numerus clausus der Sachenrechte und der Zwangsvollstreckung.³⁶

Aus der Ausschlussfrist für unbefristete Wiederkaufsrechte gem. § 462 S. 1 BGB lasse sich für eine zwingende Befristung von Verfügungsverboten nichts herleiten, da gem. § 462 S. 2 BGB in Abbedingung der 30-jährigen Ausschlussfrist des § 462 S. 1 BGB eine längere Frist vereinbart werden könne.³⁷ § 544 BGB passe teleologisch nicht, da die Norm ewige vertraglich begründete Nutzungsrechte verhindern solle, Verpflichtungen für längere Zeiträume als 30 Jahre jedoch nicht ausschließe.³⁸

Ob den erbrechtlichen Vorschriften der §§ 2044 Abs. 2 S. 1, 2109 Abs. 1, 2262 Abs. 2 S. 1, 2210 S. 1 BGB der all-

³⁰ Vgl. Kohler (Fn. 4), § 137 Rn. 45.

³¹ Großfeld/Gersch, JZ 1988, 937 (943 f.); Berger (Fn. 6), S. 116 f.; Armbrüster (Fn. 6), § 137 Rn. 25; Ellenberger (Fn. 21), § 137 Rn. 5; Wiesmann, Zur Tragweite des § 137 BGB, 1991, S. 101 ff.

³² S. Rn. 11 der Entscheidungsgründe.

³³ Kohler (Fn. 4), § 137 Rn. 45; Schack, JZ 1989, 609 (612).

³⁴ S. Rn. 13 der Entscheidungsgründe; zustimmend Litzemburger, ZEV 2012, 550 (554).

³⁵ S. Rn. 14 der Entscheidungsgründe; so aber Großfeld/Gersch, JZ 1988, 937 (944); Wiesmann (Fn. 30), S. 101 f.

³⁶ So auch schon BGHZ 47, 387 (392); BGH NJW 2011, 515 (516).

³⁷ S. Rn. 15 der Entscheidungsgründe.

³⁸ S. Rn. 16 der Entscheidungsgründe.

²⁵ Vgl. Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (22) mit Beispielen.

²⁶ Ellenberger (Fn. 21), § 157 Rn. 6 f. m.w.N.

²⁷ S. Rn. 7 der Entscheidungsgründe.

²⁸ S. Rn. 8 der Entscheidungsgründe.

²⁹ S. Rn. 9 der Entscheidungsgründe.

gemeine Rechtsatz entnehmen sei, dass der Erblasser nur bis zu einem Zeitraum von 30 Jahren nach seinem Tod über sein Vermögen bestimmen können soll,³⁹ könne dahinstehen, da die Mutter der Parteien, welche das Verfügungsverbot mit dem Widerkläger vereinbart hatte erst im Jahre 2007 verstorben war, eine aus den erbrechtlichen Normen abgeleitete Frist also erst im Jahre 2037 auslaufen würde.⁴⁰ Eine Befristung für unter Lebenden abgeschlossene Rechtsgeschäfte lasse sich dem Erbrecht jedoch nicht entnehmen.⁴¹

3. Keine Nichtigkeit des Verfügungsverbots gem. § 138 Abs. 1 BGB wegen 35-jähriger Bindung

Da keine ipso iure-Befristung für schuldrechtliche Verfügungsverbote besteht, musste geprüft werden, ob andere Gründe gegen ein wirksames Verfügungsverbot sprechen. Das Berufungsgericht hat die Ansicht vertreten, eine mehr als 30-jährige Bindung an ein Verfügungsverbot sei sittenwidrig und damit gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Der *Senat* stellt klar, dass die Frage der Sittenwidrigkeit nicht anhand einer starren Frist, sondern einer Gesamtschau der Umstände (Maß der Beeinträchtigung des Schuldners, Dauer der Bindung, durch das Verfügungsverbot geschütztes Interesse des Begünstigten) zu beurteilen ist.⁴² Eine Sittenwidrigkeit liege nicht vor, da der mit der Verbot verfolgte Zweck, dass Familienvermögen zusammenzuhalten, zeitlos sei und der Betroffene das Verbot privatautonom in dem Wissen eingegangen sei, dass er das Vermögen ohne es nicht bekommen hätte.⁴³

Da das Berufungsgericht die Rechtslage nicht durchgängig richtig beurteilt hat, war das Urteil aufzuheben und die Sache zurückverwiesen (§§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 ZPO). Als bei der erneuten Entscheidung zu berücksichtigende Rechtsansicht (§ 562 Abs. 2 ZPO) gab der *Senat* dem Berufungsgericht die nachfolgenden Aspekte mit auf den Weg.

4. Grundsätzlich Sittenwidrigkeit wegen des Umfangs der Verfügungsverbots

Der BGH erachtet dass Verfügungsverbot nicht wegen seiner Dauer, sondern wegen des Umfangs der „Verfügungsbeschränkung“ für sittenwidrig und damit nichtig gem. § 138 Abs. 1 BGB. Dieses führe zu einer übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (Knebelung) des Widerklägers.⁴⁴ Eine Knebelung wird nicht angenommen, wenn sich das Verfügungsverbot auf nur auf einen Gegenstand des Vermögens erstreckt.⁴⁵ Sie wird indes bejaht, wenn das ganze Vermögen des Verbotsschuldners erfasst werden soll.⁴⁶ In der vorliegenden Konstellation wird zwar nicht das gesamte bewegliche Betriebs- und Privatvermögen des Beklagten, aber dennoch das gesamte Immobilienvermögen des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs einschließlich des dem Beklagten

bereits zuvor gehörenden ¼-Anteils erfasst.⁴⁷ Da jede Verfügung, also auch etwa die Belastung durch Grundpfandrechte untersagt ist, sind die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten des Verbotsschuldners stark eingeschränkt. Somit ist eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Betriebs erheblich gefährdet.

Der *Senat* nimmt daher für die vorliegende Konstellation im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung⁴⁸ gegen Teile der Literatur⁴⁹ eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB an, sofern der Übernehmer vom Übergeber nicht die Zustimmung zu einer mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft zu vereinbarenden und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährdenden Verfügung (Veräußerung oder Belastung) verlangen kann. An einem solchen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung fehlt es vorliegend.

5. Ergänzende Vertragsauslegung zur Vermeidung der Gesamtnichtigkeit

Nach der Auffassung des *Senats* muss geprüft werden, ob das nichtige Verfügungsverbot „im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) um einen Anspruch des Schuldners auf Zustimmung des Begünstigten zu den ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprechenden Verfügungen zu ergänzen ist, um die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zu vermeiden“.⁵⁰

Die Nichtigkeit des Verfügungsverbots würde vorliegend zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages gem. § 139 BGB führen, da nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne ein das Familienvermögen sicherndes Verfügungsverbot abgeschlossen worden wäre. Eine Gesamtnichtigkeit widerspräche jedoch dem Parteiwillen, da sie zu einer Anwendung des gesetzlichen Erbrechts mit der Folge der Entstehung einer Erbengemeinschaft nach § 2032 BGB und damit regelmäßig auch zu einer Auseinandersetzung durch Teilung gem. § 2049 i.V.m. §§ 750, 751 BGB führen würde.⁵¹

Eine Regelungslücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit des Vertrages ist vorliegend zu bejahen, da zur Verwirklichung des durch ein Verfügungsverbot ergänzten Übergabevertrages ein Anspruch des Verbotsschuldners gegen den Begünstigten auf Zustimmung zu den ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprechenden Verfügungen erforderlich ist.⁵² Die Lücke besteht also, weil eine Regelung fehlt, welche die Sittenwidrigkeit des Vertrages verhindert.

Zum Ausfüllen der Lücke war mangels passendem dispositiven Gesetzesrecht auf den hypothetischen Parteiwillen zurückzugreifen. Nach Auffassung des *Senats* entspricht der geschilderte Zustimmungsanspruch in der Regel dem Parteiwillen.⁵³ Da hierzu jedoch noch keine Feststellungen getroffen

³⁹ So *Schack*, JZ 1989, 609 (612).

⁴⁰ S. Rn. 19 der Entscheidungsgründe.

⁴¹ S. Rn. 18 der Entscheidungsgründe.

⁴² S. Rn. 21 der Entscheidungsgründe.

⁴³ S. Rn. 22 der Entscheidungsgründe.

⁴⁴ S. Rn. 24 ff., 31 der Entscheidungsgründe.

⁴⁵ BGHZ 134, 182 (190).

⁴⁶ *Berger* (Fn. 6), S. 114; *Armbrüster* (Fn. 6), § 137 Rn. 25.

⁴⁷ S. Rn. 27 der Entscheidungsgründe.

⁴⁸ BGH NJW 2009, 1135m (136); OLG Celle RdL 2002, 45.

⁴⁹ *Fassbender*, DNotZ, 67 (75); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2. Aufl. 2010, Rn. 1559; *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl. 1999, Rn. 180.

⁵⁰ S. Rn. 32 der Entscheidungsgründe.

⁵¹ S. Rn. 33 der Entscheidungsgründe.

⁵² S. Rn. 34 der Entscheidungsgründe.

⁵³ S. Rn. 35 der Entscheidungsgründe.

wurden, war weitere Sachaufklärung durch das Berufungsgericht nötig.⁵⁴

IV. Bewertung

Der Entscheidung ist grundsätzlich zuzustimmen.⁵⁵ Überzeugend ist die Auffassung, aus § 137 S. 1 BGB ergebe sich kein Gebot der Festlegung einer Höchstgrenze für schuldrechtliche Verfügungsverbote. Die Gegenauffassung verkennt, wie der *Senat* zutreffend klarstellt, dass § 137 BGB explizit zwischen dinglichen Verfügungsbeschränkungen und schuldrechtlichen Verfügungsverboten differenziert, und letztere gerade explizit zulässt.⁵⁶ Alleine die Existenz der Gegenauffassung zeigt jedoch, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, schuldrechtliche Verfügungsverbote in § 137 S. 2 BGB ausdrücklich zuzulassen, notwendig war. Die Norm ist keineswegs überflüssig; sie stellt nicht nur das klar, was aus ohnehin aus der Vertragsfreiheit folgt.⁵⁷ Sie konstituiert die Regel und Wertung, dass jedenfalls schuldrechtliche Verfügungsverbote den Grundsatz des § 137 S. 1 BGB *nicht* unterlaufen und damit auch keine unzulässige Umgehung einer (vom BGH zu Recht verneinten) freiheitssichernden Funktion des § 137 S. 1 BGB sind.

Daraus folgt, dass schuldrechtliche Verfügungsverbote eine eigenständige Kategorie darstellen und getrennt von der Dogmatik dinglicher Verfügungsbeschränkungen zu betrachten sind. Zu kritisieren ist lediglich, dass der BGH die in der Sache vorgenommene scharfe Differenzierung zwischen Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsverboten begrifflich nicht durchhält, sondern die Begriffe teilweise synonym verwendet.

Die Ansicht, eine starre zeitliche Obergrenze von 30 Jahren für Verfügungsverbote sei dem BGB nicht zu entnehmen, ist richtig. Der *Senat* hat überzeugend dargelegt, warum die von der Gegenmeinung im Rahmen der Gesamtanalogie herangezogenen Normen teleologisch für schuldrechtliche Verfügungsverbote nicht passen. Zu folgen sein dürfte jedoch der in der Literatur geäußerten (hier nicht entscheidungserheblichen) Ansicht, aus dem Erbrecht ergebe sich der allgemeine Rechtssatz, der Erblasser dürfe maximal für einen Zeitraum von 30 Jahren nach seinem Tod über sein Vermögen bestimmen.⁵⁸

Problematisch sind die Ausführungen zur richtigen Anspruchsgrundlage. In Betracht kommen dürfte entgegen dem BGH alleine § 894 BGB. Wenn der durch die Vormerkungen gesicherte Auflassungsanspruch nicht befristet ist, so ist er doch zumindest aufschiebend bedingt durch den Verstoß gegen das Verfügungsverbot (§ 158 Abs. 1 BGB). Sofern das Verfügungsverbot kraft Zeitablauf nicht mehr existiert, ist der Bedingungseintritt unmöglich, was zum sogenannten Ausfall der Bedingung führt. Der Ausfall der Bedingung führt zur

Beendigung der Schwebezeit⁵⁹ mit dem Ergebnis, dass das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft wirkungslos wird.⁶⁰ Da die Vormerkung akzessorisch, also vom Bestand des gesicherten Anspruchs abhängig ist,⁶¹ erlischt sie, wenn der gesicherte Anspruch wirkungslos wird. Damit wird das Grundbuch zulasten des Eigentümers unwirksam und dieser kann gem. § 894 BGB Grundbuchberichtigung verlangen.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Alexander Nefzger, Hannover

⁵⁴ S. Rn. 36 der Entscheidungsgründe.

⁵⁵ *Litzenburger*, ZEV 2012, 550 (554 f.); vgl. auch *Lorenz*, LMK 2012, 337419.

⁵⁶ S. Rn. 14 der Entscheidungsgründe.

⁵⁷ So aber *Berger* (Fn. 6), S. 99.

⁵⁸ *Schack*, JZ 1989, 609, 612.

⁵⁹ Vgl. zur allgemein Schwebezeit *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 158 Rn. 38 ff.

⁶⁰ *Ellenberger* (Fn. 21), § 158 Rn. 3 m.w.N.

⁶¹ *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 883 Rn. 2, § 886 Rn. 3 f.