

# **Die Treuhand über den Tod hinaus**

Inaugural – Dissertation  
zur Erlangung des Grades eines Doktors  
der Rechte  
durch die  
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät  
der Rheinischen Friedrich – Wilhelms – Universität  
Bonn

vorgelegt von Marion Lantwin  
aus Köln

2007

Dekan: Prof. Dr. Gerhard Wagner  
Erstreferent: Prof. Dr. Wilhelm Rütten  
Zweitreferent: Prof. Dr. Gerd Kleinheyer

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juli 2007

Diese Dissertation ist auf dem Hochschulschriftenserver der ULB Bonn <http://hss.ulb.uni-bonn.de/diss-online> elektronisch publiziert.

## Inhaltsverzeichnis

<b>EINLEITUNG</b>	<b>11</b>
<b>ERSTER TEIL: DER ÜBER DEN TOD DES TREUGEBERS HINAUS ABGESCHLOSSENE TREUHANDVERTRAG</b>	<b>15</b>
<b>A. Die treuhänderische Vermögensverwaltung</b>	<b>15</b>
<b>B. Der Dauergrabpflegevertrag</b>	<b>16</b>
<b>C. Die fiduziarische Stiftung</b>	<b>17</b>
<b>ZWEITER TEIL: DER VERZICHT AUF DAS RECHT ZUM WIDERRUF UND ZUR KÜNDIGUNG DES TREUHANDVERTRAGS</b>	<b>19</b>
<b>A. Die in der Praxis genutzten Gestaltungsformen des Kündigungsausschlusses</b>	<b>19</b>
I. Der Kündigungsausschluss durch die Anordnung einer Verfügung von Todes wegen	19
II. Der Kündigungsausschluss durch Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung	20
<b>B. Die rechtliche Wirkung des Kündigungsausschlusses</b>	<b>22</b>
I. Der befristete Vertrag	23
II. Der unbefristete Vertrag	23
1. Die schuldrechtliche Wirkung des Kündigungsausschlusses	23
a) Die Entscheidung des OLG Celle in WM 93, S. 591 ff.	23
b) Konsequenzen für den über den Tod des Treugebers hinaus abgeschlossenen Treuhandvertrag	24
aa) Das Entstehen eines Schadenersatzanspruchs als Folge der von den Erben ausgesprochenen Kündigung	24
bb) Das Vorliegen eines schuldhaften Handelns	25
c) Ergebnis	27
2. Die dingliche Wirkung des Kündigungsausschlusses	27
a) Das subjektive Recht als Grundlage des Rechtsausschlusses	28
b) Der bei Vertragsbeginn erklärte Kündigungsausschluss	29
<b>C. Der Ausschluss des dem Treugeber zustehenden Widerrufsrechts beim unentgeltlichen Treuhandvertrag</b>	<b>29</b>
I. Die herrschende Meinung	29
II. Konsequenzen für den unwiderruflichen Treuhandvertrag	31
1. Das Fehlen eines besonderen Interesses an der Vertragsdurchführung auf Seiten des Treuhänders	31
2. Der Sonderfall der fiduziarischen Stiftung	31
III. Kritik	32
1. Die Entstehungsgeschichte des § 671	32
2. Die unzulässige Unterwerfung unter einen fremden Willen	34

3. Das Auftragsverhältnis als besonderes Vertrauensverhältnis	35
a) Das Vorhandensein eines besonderen Vertrauens zwischen den Vertragsparteien	35
b) Der über den Tod des Treugebers hinaus fortdauernde Treuhandvertrag	36
IV. Der Auftrag als fremdnütziges Rechtsgeschäft	37
<b>D. Der Ausschluss des Kündigungsrechts beim entgeltlichen Treuhandvertrag</b>	<b>40</b>
I. Das Kündigungsrecht gemäß § 620	40
II. Das Kündigungsrecht gemäß § 627	40
III. Das Kündigungsrecht gemäß §§ 626, 314	41
<b>DRITTER TEIL: DIE VEREINBARKEIT EINER UNKÜNDBAREN BINDUNG MIT DEM CHARAKTER DES TREUHANDVERTRAGS ALS EINEM DAUERSCHULDVERHÄLTNIS</b>	<b>43</b>
<b>A. Die besonderen Strukturen des Dauerschuldverhältnisses</b>	<b>43</b>
I. Die Definition des Dauerschuldverhältnisses	43
II. Die gesonderte rechtliche Behandlung des Dauerschuldverhältnisses	44
<b>B. Die Unverzichtbarkeit des Rechts zur ordentlichen Kündigung sowohl beim befristeten als auch beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis</b>	<b>45</b>
I. Die Meinung von Beitzke und Steinwenter	45
II. Stellungnahme	46
1. Die gesetzliche Regelung des ordentlichen Kündigungsrechts in den §§ 542 I, 620 I, 723 I	46
2. Die Kündigungsbestimmungen der §§ 544, 624	46
3. Ergebnis	48
<b>C. Der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis</b>	<b>48</b>
I. Die besondere Bedeutung der ordentlichen Kündigung beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis	48
II. Die Unvereinbarkeit des Kündigungsausschlusses mit dem Wesen des Schuldverhältnisses	49
1. Das Schuldverhältnis als ein auf sein Erlöschen durch Erfüllung angelegtes Rechtsverhältnis	49
a) Das finale Element des Schuldverhältnisses	49
b) Die Funktion des § 362 I beim Dauerschuldverhältnis	50
2. Die Anwendbarkeit des § 362 I beim Dauerschuldverhältnis	52
a) Die Ansicht Oetkers	52
aa) Die auf ein andauerndes Tun gerichtete Dauerleistungspflicht	53
bb) Die auf ein ständig wiederkehrendes Verhalten gerichtete Dauerleistungspflicht	54
cc) Ergebnis	55

b) Das neuere Schrifttum	55
aa) Der Begriff des Leistungserfolgs	56
bb) Die auf ein andauerndes Tun gerichtete Dauerleistungspflicht	57
cc) Die auf ein ständig wiederkehrendes Verhalten gerichtete Dauerleistungspflicht	59
c) Ergebnis	59
3. Die Zweckbestimmung des Dauerschuldverhältnisses	61
a) Die Begründung und Aufrechterhaltung eines Zustands	61
b) Die zeitliche Unbegrenztheit des Zustands	62
4. Ergebnis	63
III. Die Kündigung des unbefristeten Dauerschuldverhältnisses als allgemeiner Rechtssatz	63
1. Die §§ 542 I, 582 II, 620 II, 723 I 1 als Grundlage einer Gesamtanalogie	64
a) Die Ansicht von Oetker und Ulmer	64
b) Stellungnahme	65
aa) Der Inhalt des den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 zugrunde liegenden Rechtssatzes	65
bb) Der dispositive Charakter des den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 zugrunde liegenden Rechtssatzes	66
(1) Der Gesellschaftsvertrag	66
(2) Der Darlehensvertrag	67
(3) Der Leihvertrag	68
(4) Die Verwahrung	68
(5) Der Auftrag	69
(6) Der Miet- und Dienstvertrag	69
(a) Die Anwendbarkeit der §§ 544, 624 auf das unbefristete Dauerschuldverhältnis	69
(b) Die Anwendbarkeit der §§ 544, 624 nur auf das befristete Dauerschuldverhältnis	70
(c) Stellungnahme	71
c) Ergebnis	72
2. Die §§ 39 I, 723 II BGB, 65 GenG als Grundlage einer Gesamtanalogie	73
a) Die Ansicht Ulmers	73
b) Stellungnahme	74
aa) Der Inhalt des den §§ 39 I, 723 II BGB, 65 GenG zugrunde liegenden Rechtssatzes	74
bb) Der Normzweck der §§ 39 I, 723 II BGB, 65 GenG	74
(1) Das besondere Vertrauensverhältnis	75
(2) Der Minderheitenschutz	76
(a) Die Möglichkeit zur Fremdbestimmung beim personenrechtlichen Zusammenschluss	76
(b) Die Möglichkeit zur Fremdbestimmung beim Treuhandvertrag	77
c) Ergebnis	77
IV. Der Kündigungsausschluss beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis als Verstoß gegen die Privatautonomie	78
1. Der Kündigungsausschluss als unzulässige Aufgabe einer privatautonomen Befugnis	78
a) Die im Schrifttum vertretenen Ansichten	78

b) Stellungnahme	79
aa) Das Recht zur Neuentscheidung als unverzichtbarer Bestandteil des Selbstbestimmungsrechts	79
bb) Der Grundsatz "pacta sunt servanda" als Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts	79
cc) Die inhaltliche Reichweite des Grundsatzes der Vertragstreue	80
(1) Die Grenze der Unzumutbarkeit	80
(2) Die Äquivalenzstörung	81
c) Ergebnis	82
2. Die Unzulässigkeit des Kündigungsausschlusses aufgrund der fehlenden Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung	82
a) Die Ansicht Oetkers	82
b) Stellungnahme	83
aa) Die Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis	83
(1) Die besondere Gefahr des Eintritts unvorhersehbarer Umstände	83
(2) Das Vorhandensein einer zutreffenden Tatsachengrundlage als Voraussetzung für die Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung	84
(3) Der Wegfall der Richtigkeitsgewähr bei Eintritt nicht vorhergesehener Umstände	86
(4) Ergebnis	86
bb) Die Rechtsfolgen der fehlenden Richtigkeitsgewähr	87
(1) Die Wirksamkeit der Willenserklärung	87
(2) Der Irrtum über die zukünftige Entwicklung der vertragsrelevanten Umstände als Motivirrtum	88
(3) Die Unbeachtlichkeit des Motivirrtums	89
(a) Die Unbeachtlichkeit eines Irrtums im Rahmen der Entscheidungsbildung	89
(b) Die Unbeachtlichkeit einer fehlerhaften Prognoseentscheidung, die nicht auf der Grundlage von Tatsachen erfolgen kann	90
c) Ergebnis	92

## **VIERTER TEIL: DIE BEGRENZUNG DES TREUHANDVERTRAGS IN ZEITLICHER HINSICHT**

### **A. Die Bindungswirkung des Treuhandvertrags**

### **B. Die §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II, 544, 1202 II, 1954 IV, 2082 III als Grundlage einer allgemeinen Zeitschranke**

I. Die im Schrifttum vertretenen Ansichten	94
II. Der Normzweck der §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II	97
1. Der Regelungsgehalt der §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II	97
2. Der Verlust der dem Anspruch zukommenden Geltungskraft als Grund der Verjährung	98
3. Die Entkräftung des Anspruchs als Grund der Verjährung	99
a) Der Zeitablauf als Grundlage für die Entkräftung des Anspruchs	99
b) Die Vorschriften über die Verjährungshemmung und –unterbrechung	99
4. Das Schweigen des Anspruchsberechtigten als Grundlage des Anspruchsverlusts	100

III. Der Normzweck des § 544	102
1. § 544 als Mittel, um die Umgehung des numerus clausus der dinglichen Rechte zu verhindern	102
2. Die zeitliche Begrenztheit des dinglichen Gebrauchsrechts als sachenrechtlicher Grundsatz	102
3. Die Unzulässigkeit eines dinglichen Gebrauchsrechts mit unbegrenzter Dauer	103
4. Die Unzulässigkeit eines schuldrechtlichen Gebrauchsrechts mit unbegrenzter Dauer	104
IV. Der Normzweck des § 1202 II	105
1. Die Rentenschuld als ein für den Gläubiger unkündbares Rechtsverhältnis	105
2. Die zeitliche Begrenzung des Kündigungsausschlusses aus Gründen des Schuldnerschutzes	106
V. Der Normzweck der §§ 1954 IV, 2082 III	107
1. Der Regelungsgehalt der §§ 1954 IV, 2082 III	107
2. Die Zeitgrenze als Mittel zur Beendigung eines Schwebezustands	107
VI. Ergebnis	109
<b>C. Die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 als Grundlage einer allgemeinen Zeitschranke</b>	<b>109</b>
I. Die im Schrifttum vertretenen Ansichten	109
II. Der Inhalt des den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 zugrunde liegenden Rechtssatzes	111
1. Die 30 – Jahres – Frist als für das gesamte BGB geltendes Prinzip	111
2. Die herrschende Meinung im Schrifttum	111
3. Die Begrenzung der Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung auf einen Zeitraum von 30 Jahren seit dem Erbfall	112
a) Der Regelungsgehalt der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1	112
b) Die eine Überschreitung der 30 – Jahres – Frist zulassenden Bestimmungen	113
aa) Die im Erbrecht zugelassenen Ausnahmen von der 30 – Jahres – Frist	113
bb) Die Vorschriften über die Auflage	114
(1) Die zeitliche Unbegrenztheit der Auflage	114
(2) Der Ausnahmecharakter der Auflage	115
(a) Die Bindungswirkung der Verfügung von Todes wegen	115
(b) Die Bindungswirkung der Auflage	118
4. Ergebnis	120
III. Die Übertragung der erbrechtlichen Zeitschranke auf den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag	120
1. Die Voraussetzungen der Gesamtanalogie	120
2. Der Schutz des Wettbewerbs als ratio legis der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1	122
a) Die Bezugnahme auf volkswirtschaftliche Gründe	122
aa) Die Gesetzesmaterialien	122
bb) Der Verweis auf die Gründe, die gegen die Zulassung des Familienfideikommisses gesprochen haben	123
cc) Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs	124

b) Die Auswirkungen langfristiger Vertragsbindungen auf den Wettbewerbsmechanismus	125
aa) Die Allokationsfunktion des Wettbewerbs	126
bb) Die Innovationsfunktion des Wettbewerbs	127
cc) Die Auslesefunktion des Wettbewerbs	127
c) Die Rechtsgüter, die durch die erbrechtliche 30 – Jahres – Frist eingeschränkt werden	129
d) Der Schutz des Wettbewerbs durch die Rechtsordnung	130
aa) Der einfach gesetzliche Schutz	130
bb) Der Schutz des Wettbewerbsmechanismus entsprechend dem gesetzgeberischen Ermessen	131
e) Konsequenzen für den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag	132
3. Der Schutz der Interessen der Erben als ratio legis der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1	133
a) Die 30 – Jahres – Frist als Grenze für die Bindung der Erben an den Willen des Erblassers	133
aa) Der Schutz der Erben bei einer Verfügung von Todes wegen	133
bb) Die Interessenlage der Erben bei dem den Tod des Treugebers überdauernden Treuhandvertrag	134
b) Der Grundsatz der Universalsukzession als ein einer Analogie entgegenstehendes Prinzip	135
c) Der Schutz, den die Rechtsordnung den Interessen der Erben zuweist	136
aa) Der Eigentumsbegriff als Geltungsgrund der Verfügung von Todes wegen	136
bb) Die Rechtfertigung der Befugnis, über die Verwendung des Vermögens nach dem Tod zu bestimmen	139
cc) Die Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung der letztwilligen Verfügung	140
d) Konsequenzen für den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag	142

## **FÜNFTER TEIL: DIE EXKLUSIVITÄT DER STIFTUNG IM SINN VON § 80 ALS RECHTSINSTITUT ZUR LANGFRISTIGEN BINDUNG VON VERMÖGENSWERTEN**

<b>A. Die Ansicht von Großfeld und Reuter</b>	<b>145</b>
I. Die Stiftungsaufsicht als Ersatz für den sonst bei einem personenrechtlichen Zusammenschluss vorhandenen Kontrollmechanismus	145
II. Die Stiftungsaufsicht als Mittel, um die Entstehung eines zu großen Vermögens oder Vermögensmissbräuche zu verhindern	146
<b>B. Die Gesetzesumgehung</b>	<b>147</b>
<b>C. Der Zweck der staatlichen Stiftungsaufsicht</b>	<b>148</b>
I. Die Gesetzesmaterialien	148
1. Die Materialien zum Erbrecht	148
2. Die Gesetzesmaterialien zum Stiftungsrecht	150



II. Die Stiftungsaufsicht als Mittel, um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu gewährleisten	154
1. Die staatliche Aufsicht bei einer gemeinnützigen Stiftung	154
2. Die staatliche Aufsicht bei der Verfolgung privater Zwecke	157
3. Ergebnis	158
III. Die staatliche Aufsicht als Rechtskontrolle	159
<b>D. Ergebnis</b>	<b>162</b>
<b>ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>163</b>
<b>ANHANG: DAUERGRABPFLEGEVERTRAG</b>	<b>167</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>169</b>

Hinsichtlich der Abkürzungen wird verwiesen auf: Kirchner, Hildebert / Butz, Cornelia, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl. 2003



## Einleitung

Die Rechtsordnung gesteht dem Menschen das Recht zu, zu Lebzeiten mit den von ihm erworbenen Vermögenswerten beliebig verfahren zu können. Mit dem Tod endet die Rechtsfähigkeit des Privatrechtssubjekts und damit seine Möglichkeit, das ihm gehörende Vermögen bestimmten Zwecken dienstbar zu machen. Dennoch sind in allen modernen Privatrechtsordnungen Gestaltungsmöglichkeiten enthalten, die es dem Rechtssubjekt erlauben, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder von Todes wegen Bestimmungen vorzunehmen, die das Schicksal seines Vermögens für die Zeit nach seinem Tod festlegen. Durch diese gesetzlichen Regelungen wird dem immer wieder anzutreffenden Wunsch des Vermögensinhabers Rechnung getragen, die zu Lebzeiten über seine Vermögenswerte erworbene Herrschaft nach dem Tod nicht vollständig aufgeben zu müssen, sondern mit einer mehr oder weniger langen zeitlichen Dauer über seinen Tod hinaus erstrecken zu können.

Um das von ihm angestrebte Ziel, die nachfolgende Generation an seinen Willen zu binden, erreichen zu können, stellt das BGB dem Erblasser in erster Linie die im Gesetz vorgesehenen Rechtsgeschäfte von Todes wegen zur Verfügung. Das Erbrecht bietet dem Erblasser zahlreiche Möglichkeiten zu Verfügungen, mit denen er den Erben hinsichtlich der Verwaltung des Nachlasses Beschränkungen auferlegen und auf diese Weise die Zwecke festlegen kann, zu denen sein Vermögen in der Zeit nach seinem Tod eingesetzt werden soll. Der Gebrauch des erbrechtlichen Instrumentariums ist für den Erblasser allerdings mit dem Nachteil verbunden, dass seine Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit der Erben nicht in einer für die Erben zwingend unabdingbaren Weise gewährleistet werden kann. Verfügungen von Todes wegen sind Rechtsgeschäfte, die der Regelung des § 137<sup>1</sup> unterfallen.<sup>2</sup> Danach können erbrechtliche Anordnungen nicht zur Folge haben, dass den Erben das Recht zur Verfügung über Nachlassgegenstände vollständig und endgültig entzogen wird.<sup>3</sup> Die Normen des Erbrechts geben dem Erblasser nur die Möglichkeit, die Verfügungsbefugnis von den Erben auf einen Dritten zu verlagern oder die gesetzliche Verfügungsbefugnis der Erben – sei es in deren eigenem Interesse oder im Interesse des Erblassers – einzuschränken. In beiden Fällen ist die Verfügbarkeit über Nachlassgegenstände nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern entweder einem anderen Rechtsträger zugewiesen oder der Einigung der Beteiligten überlassen. So hat die eingeschränkt dingliche oder teilweise nur verpflichtende Wirkung der erbrechtlichen Anordnungen zur Folge, dass die Erben sich sowohl über ein vom Erblasser festgesetztes Erbteilungsverbot<sup>4</sup> als auch über die mit der Anordnung einer Nacherbschaft<sup>5</sup> oder Testamentsvollstreckung<sup>6</sup> verbundenen Verfügungshindernisse hinwegsetzen können, wenn sie sich,

---

<sup>1</sup>Vorschriften ohne Angabe des Gesetzes sind solche des BGB.

<sup>2</sup>Vgl. statt aller: Staud. - Kohler<sup>14</sup> § 137, 36.

<sup>3</sup>BGHZ 56, 275, 278; Soergel - Hefermehl<sup>13</sup> § 137, 1.

<sup>4</sup>Dem Erbteilungsverbot wird von der h. M. nur eine schuldrechtliche Wirkung beigelegt, vgl. KG OLGE 40, 112; Staud. - Werner<sup>14</sup> § 2044, 3; Kegel, FS Lange, S. 927, 931 m. w. N. Eine im Einverständnis aller Erben erfolgte Auseinandersetzung ist daher einschließlich der dazugehörigen Verfügungsgeschäfte wirksam, vgl. BGHZ 40, 115, 118; 36, 275, 278; Lange/Kuchinke § 44 II 3 a).

<sup>5</sup>Eine Verfügung, die der Vorerbe entgegen den Bestimmungen der §§ 2113 ff. vornimmt, wird wirksam, wenn der Nacherbe darin zuvor eingewilligt oder sie nachträglich genehmigt hat, vgl. RGZ 65, 214, 219; BGHZ 40, 115, 119; Soergel - Harder/Wegmann<sup>13</sup> § 2113, 10; Staud. - Behrends<sup>14</sup> § 2113, 17.

<sup>6</sup>Trotz der Vorschrift des § 2211 sind Verfügungen der Erben über Nachlassgegenstände von Anfang an wirksam, wenn sie mit Einwilligung oder nachträglicher Genehmigung des Testamentsvollstreckers erfolgen,

gegebenenfalls unter Einbeziehung eines vom Erblasser eingesetzten Testamentsvollstreckers, auf die Vornahme eines Verfügungsgeschäfts über einen zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenstand geeinigt haben.

Für die Erben bedeuten Anordnungen des Erblassers, die sie bei der Verwaltung des Nachlasses zu beachten haben, stets eine Einbuße an persönlicher Freiheit, die sie oft als Belastung empfinden und daher versuchen werden, außer Kraft zu setzen oder zu umgehen. Da der Erblasser mit Hilfe des erbrechtlichen Instrumentariums nicht verhindern kann, dass die Erben den von ihm vorgenommenen letztwilligen Verfügungen zuwiderhandeln, wird er sich dort, wo er befürchten muss, dass die Erben die von ihm getroffenen Anordnungen nicht vollziehen werden, für den Abschluss eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden entscheiden. Anders als durch eine Verfügung von Todes wegen kann der Erblasser durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden sofort wirksame Rechtsverhältnisse begründen, deren Inhalt er entsprechend seinen eigenen Bedürfnissen ausgestalten kann und die im Fall seines Todes nach § 1922 I auf seine Erben übergehen. Eines der Rechtsgeschäfte, das in der Praxis dazu benutzt wird, die Erben auch in der Zeit nach dem Tod des Erblassers an dessen Willen zu binden, ist der gesetzlich bislang nicht geregelte Treuhandvertrag. Der Treuhandvertrag ermöglicht es dem Erblasser, seinem Vermögen einen bestimmten Vermögensgegenstand zu entziehen und diesen langfristig oder mit zeitlich unbestimmter Dauer einem Treuhänder zu übertragen. Der Treuhänder hat diesen Vermögenswert entsprechend den vom Erblasser in der Treuhandabrede gemachten Vorgaben zu verwalten.<sup>7</sup> Wenn der Erblasser bereits zu Lebzeiten auf sein Recht, den Treuhandvertrag einseitig durch Widerruf oder Kündigung zu beenden, verzichtet, treten die Erben im Zeitpunkt seines Todes in das für sie unkündbare Rechtsverhältnis ein. Auch wenn alle Erben darüber einig sein sollten, dass das Treuhandverhältnis nicht fortbestehen soll, können sie den Treuhandvertrag nicht beenden, da das Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht abbedungen worden ist. Ist ein Treuhandverhältnis in dieser Weise als langfristiger und unkündbarer Vertrag ausgestaltet worden, entsteht ein Rechtsverhältnis, an das die dem Erblasser nachfolgenden Erbengenerationen so lange gebunden werden, bis es durch Zeitablauf oder Zweckfortfall endet. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll überprüft werden, ob es dem Erblasser auf der Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen des BGB möglich ist, seine Erben durch einen zu Lebzeiten abgeschlossenen Treuhandvertrag in einer für diese unlösbaren Weise und mit einer extrem langfristigen oder zeitlich unbefristeten Dauer an einen von ihm geäußerten Willen zu binden.

Im ersten Teil der Arbeit werden einige Gestaltungsformen des über den Tod des Treugebers hinaus wirksamen Treuhandvertrags dargestellt.

Im zweiten und dritten Teil wird diskutiert, ob der Treugeber durch den Verzicht auf das ihm zustehende Recht zur Beendigung des Treuhandvertrags eine für ihn selbst und seine Erben unlösbare Vertragsbindung begründen kann. Eine für die Erben unwiderrufliche Bindung an den Treuhandvertrag kann der Erblasser nur erzeugen, wenn er das Treuhandverhältnis bereits zu Lebzeiten so ausgestaltet, dass das Recht zum Widerruf bzw. zur Kündigung des Treuhandvertrags ausgeschlossen wird. Es ist daher im zweiten Teil

---

vgl. BGHZ 56, 275, 280; 57, 84, 88; Soergel - Damrau<sup>13</sup> § 2211, 7. Die heute h. M. lässt es weiterhin zu, dass der Testamentsvollstrecker mit Zustimmung der Erben über den Rahmen des § 2205 S. 3 hinaus unentgeltlich über Nachlassgegenstände verfügt und Verträge abschließt, mit denen er gegen die ihm nach § 2216 I obliegende Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses verstößt, vgl. Soergel - Damrau<sup>13</sup> § 2205, 78 m. w. N., § 2216, 17, § 2206, 5, 6; Lange/Kuchinke § 31 VI 2 b m. w. N., § 31 VI 3.

<sup>7</sup>Vgl. Coing, Treuhand, S. 106 ff.

der Arbeit zu klären, ob es mit den Bestimmungen des Auftrags und des Geschäftsbesorgungsvertrags, die auf den Treuhandvertrag je nachdem anzuwenden sind, ob es sich um ein unentgeltliches oder entgeltliches Rechtsgeschäft handelt, vereinbar ist, dass das Recht zur Beendigung des Treuhandverhältnisses durch den Treugeber unwiderruflich abbedungen wird.

Im dritten Teil wird auf die Frage eingegangen, ob der Charakter des Treuhandvertrags als Dauerschuldverhältnis es zulässt, dass eine vertragliche Bindung begründet wird, von der sich eine Partei, der Treugeber und die ihm nachfolgenden Erben, nicht mehr einseitig lösen kann. In der Literatur werden gegen eine solche langfristige und unkündbare Bindung einer Vertragspartei vor allem dann, wenn ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis vorliegt, aus unterschiedlichen Gründen Bedenken geäußert. Zum einen wird angenommen, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis einen unabdingbaren Bestandteil bildet und aus dogmatischen Gründen nicht abbedungen werden kann. Weiterhin wird aus den Vorschriften des BGB, in denen das Recht zur ordentlichen Kündigung geregelt ist, im Weg der Gesamtanalogie ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts abgeleitet, dass ein Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis nicht möglich ist. Schließlich wird der Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses als unzulässige Aufgabe einer privatautonomen Befugnis für unwirksam gehalten.

Im vierten Teil wird erörtert, ob der vom Erblasser abgeschlossene Treuhandvertrag mit der vom Erblasser festgelegten Dauer oder zeitlich unbefristet fortbestehen kann, oder ob dieser Vertrag in seiner zeitlichen Dauer einer aus dem BGB abzuleitenden Grenze unterliegt. Als Grundlage für eine zeitliche Begrenzung des Treuhandvertrags kommen zum einen die Vorschriften des BGB in Betracht, durch die die Wirksamkeit eines Anspruchs oder Rechtsgeschäfts auf eine Dauer von 30 Jahren begrenzt wird. In der Literatur werden diese Bestimmungen als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips mit dem Inhalt angesehen, dass die Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses einen Zeitraum von 30 Jahren nicht überdauern kann. Liegt dem BGB tatsächlich ein derartiger Rechtssatz zugrunde, wären die die 30 – Jahres – Frist enthaltenden Bestimmungen analog auf den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag anzuwenden, mit der Folge, dass dieser Vertrag 30 Jahre nach seiner Begründung enden würde. Den Erben wäre es in diesem Fall möglich, trotz des vom Erblasser ausgesprochenen Verzichts auf das Recht zur Vertragsbeendigung nach dem Ablauf der 30 – Jahres – Frist ihren eigenen Vorstellungen entsprechend über das Treugut zu verfügen. Eine weitere mögliche Zeitgrenze für den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag ergibt sich aus dem Erbrecht. Im fünften Buch des BGB finden sich eine Vielzahl von Vorschriften, die die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung nach dem Verstreichen einer Frist von 30 Jahren entfallen lassen. In der Literatur werden diese Bestimmungen als Beleg für die Annahme herangezogen, dass eine Verfügung von Todes wegen nach dem Grundgedanken des BGB längstens für einen Zeitraum von 30 Jahren wirksam sein kann. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu klären, ob die erbrechtliche 30 – Jahres – Frist ihrem Sinn und Zweck nach auf den vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenen Treuhandvertrag zu übertragen ist, weil dieses Rechtsgeschäft, ähnlich wie eine Verfügung von Todes wegen, darauf abzielt, die Erben langfristig für die Zeit nach dem Tod des Treugebers an einen von diesem geäußerten Willen zu binden. Ist eine analoge Anwendung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Grenze auf den zu Lebzeiten des Erblassers abgeschlossenen Treuhandvertrag möglich, wäre der Treuhandvertrag in seiner Wirksamkeit auf einen Zeitraum von 30 Jahren, beginnend mit dem Erbfall, beschränkt. Kann demgegenüber festgestellt werden, dass der Regelungsgehalt

der Bestimmungen des BGB, die ein Rechtsgeschäft in seiner Dauer auf einen Zeitraum von 30 Jahren begrenzen, bei dem vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag keine Geltung beansprucht, kommt eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf den Treuhandvertrag nicht in Betracht. Der Treuhandvertrag steht dem Erblasser in diesem Fall als ein Rechtsgeschäft zur Verfügung, das es ihm ermöglicht, seine Erben unwiderruflich für einen längeren Zeitraum an einen von ihm geäußerten Willen zu binden, als ihm das durch die Anordnung einer Verfügung von Todes wegen möglich gewesen wäre.

Im letzten Teil wird geprüft, ob das BGB die dauerhafte und unlösbare Bindung eines Vermögenswerts an eine vom Erblasser festgelegte Zweckbestimmung durch ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft neben dem für eine solche Gestaltung eigentlich vorgesehenen Rechtsinstitut der rechtsfähigen Stiftung zulässt. Geht man davon aus, dass das Recht zur Vertragsbeendigung sowohl bei einem befristeten als auch bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis abbedungen werden kann, entsteht durch den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag für die Erben des Treugebers eine unlösbare Bindung an das Vertragsverhältnis. Der Treuhandvertrag kann so über mehrere der nachfolgenden Generationen fortbestehen, solange es möglich ist, dass der vom Erblasser bestimmte Zweck verwirklicht wird. Da auf diese Weise ein Rechtsverhältnis geschaffen wird, mit dessen Hilfe, ähnlich wie durch die Errichtung einer Stiftung, Vermögenswerte dauerhaft erhalten und an einen bestimmten Zweck gebunden werden können, ohne dass die Verwaltung des Treuhandvermögens jedoch wie bei der Stiftung einer staatlichen Kontrolle und Aufsicht unterliegt, ist zu untersuchen, ob es möglich ist, durch ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft eine langfristige Vermögensbindung zu begründen, die neben der Rechtsform der rechtsfähigen Stiftung Bestand hat.

## **Erster Teil: Der über den Tod des Treugebers hinaus abgeschlossene Treuhandvertrag**

Der Treuhandvertrag wird definiert als Rechtsübertragung, die mit der Verpflichtung verbunden wird, das Recht nur zu bestimmten Zwecken auszuüben und es gegebenenfalls nach Erreichung des Zwecks zurück zu übertragen.<sup>1</sup> Aufgrund seines fiduziarischen Charakters erlaubt es der Treuhandvertrag dem Treugeber, Vermögenswerte langfristig einer bestimmten Zweckbestimmung zu unterwerfen, die von ihm im Treuhandvertrag festgelegt worden ist. In inhaltlicher Hinsicht kann der Treugeber den Treuhandvertrag innerhalb der Grenzen des gesetzlich Erlaubten seinen individuellen Wünschen anpassen. Treuhandverträge werden in der wirtschaftlichen Praxis daher zu einer Vielzahl ganz unterschiedlicher Zweckbestimmungen abgeschlossen, die einer Typisierung kaum zugänglich sind. Auch der den Tod des Treugebers überdauernde Treuhandvertrag stellt stets eine individuelle und auf den jeweiligen Einzelfall bezogene Regelung dar, die auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers zugeschnitten ist. Da aufgrund der Vielschichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Treuhand eine erschöpfende Darstellung dieser Treuhandgeschäfte nicht vorgenommen werden kann, sollen im Folgenden exemplarisch nur die über den Tod des Treugebers hinaus wirksamen Treuhandverträge dargestellt werden, die in der Praxis besonders häufig anzutreffen sind. Sämtliche dieser Vertragsgestaltungen sind Unterfälle der Verwaltungstreuhand.<sup>2</sup>

### **A. Die treuhänderische Vermögensverwaltung**

Ein Teil der den Tod des Treugebers überdauernden Treuhandverträge ist der treuhänderischen Vermögensverwaltung zuzuordnen. Wenn der Erblasser die Inhaberschaft an einem größeren Vermögen nicht den Erben überlassen will, kann er die Verwaltung der Vermögenswerte einem Treuhänder übertragen. Gegenstand einer treuhänderischen Vermögensverwaltung können nicht nur Geld oder Wertpapiere sein, sondern sämtliche Anlagemedien wie zum Beispiel Unternehmensbeteiligungen oder Immobilien. Die Aufgaben des Treuhänders werden von Banken, privaten Vermögensverwaltungsgesellschaften<sup>3</sup> oder Privatpersonen wahrgenommen. Für eine treuhänderische Vermögensverwaltung entscheidet sich der Treugeber regelmäßig, um sein Vermögen zumindest dem wirtschaftlichen Wert nach zu erhalten. Dem Treuhänder obliegt daher im allgemeinen die Verpflichtung, möglichst hohe Erträge für das Treugut zu erzielen,<sup>4</sup> um dann aus den Erträgen der übertragenen Vermögenswerte oder auch aus dem Vermögensstamm Leistungen an bestimmte begünstigte Dritte, zum Beispiel bedürftige Verwandte des Erblassers zu erbringen.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>Statt aller: Coing, Treuhand, S. 85 f., Liebich/Mathews, S. 21.

<sup>2</sup>Als Verwaltungstreuhand werden die Treuhandgeschäfte bezeichnet, in denen der Treuhänder das Treugut nicht zu seiner eigenen Absicherung erhält, sondern die ihm übertragenen Vermögenswerte zugunsten anderer Personen oder bestimmter Zwecke verwaltet, vgl. Coing, Treuhand, S. 89.

<sup>3</sup>Bei denen es sich zumeist um 100 - prozentige Tochterfirmen der Kreditinstitute handelt, Liebich/Mathews, S. 197.

<sup>4</sup>Vgl. Coing, Treuhand, S. 149.

<sup>5</sup>Liebich/Mathews, S. 189. Soll mit Hilfe des Treuhandvertrags eine Person versorgt werden, der zusätzlich ein Anspruch auf Sozialhilfe nach dem BSHG zusteht, wird dem Begünstigten in der Regel kein Anspruch auf bestimmte Leistungen eingeräumt, um eine Überleitung dieser Ansprüche an den Sozialhilfeträger gemäß §§ 90 ff. BSHG von vornherein auszuschließen, vgl. BSHE 111, 36, 37. Der Treuhänder wird in diesem Fall angewiesen, dem Dritten Zuwendungen nach seinem Ermessen zukommen zu lassen, wobei es sich

## **B. Der Dauergrabpflegevertrag**

Eine andere, in der wirtschaftlichen Praxis bedeutsame Gruppe von Treuhandverträgen, die vom ursprünglichen Treugeber mit dem Willen abgeschlossen werden, dass sich die vertragliche Bindung auch auf seine Erben erstrecken soll, stellen die so genannten Dauergrabpflegeverträge dar.<sup>6</sup> Durch den Abschluss eines Dauergrabpflegevertrags für das eigene Grab kann der Erblasser sicherstellen, dass dieses langfristig erhalten bleibt und gepflegt wird. Dauergrabpflegeverträge werden für die Dauer der Ruhezeit,<sup>7</sup> des Nutzungsrechts<sup>8</sup> oder mit unbefristeter Dauer abgeschlossen. Die in diesem Rahmen erforderlichen Vertragsverhältnisse werden vom Erblasser bereits zu Lebzeiten begründet.<sup>9</sup> Unter dem Begriff des Dauergrabpflegevertrags werden mehrere, jeweils zwischen unterschiedlichen Vertragspartnern bestehende Schuldverhältnisse zusammengefasst. Zunächst schließt der Erblasser über die Erbringung der Grabpflegeleistungen einen vom Treuhandvertrag getrennten Werklieferungsvertrag mit dem Friedhofsgärtner ab.<sup>10</sup> Der Dauergrabpflegeeinrichtung gegenüber verpflichtet sich der Erblasser, die Kosten für die gesamte Laufzeit dieses Vertrags bei Vertragsabschluss zu bezahlen.<sup>11</sup> Die Berechnung der Kosten erfolgt auf der Grundlage einer Kostenaufstellung, die von dem für die Grabpflege zuständigen Werkunternehmer erstellt wird.<sup>12</sup> Der Dauergrabpflegeeinrichtung obliegt die Verpflichtung, die Vertragssumme treuhänderisch, dem vereinbarten Zweck entsprechend, zu verwalten und zu verwenden.<sup>13</sup> Das der Treuhandstelle anvertraute Kapital wird nach dem Gesichtspunkt größtmöglicher Sicherheit und Rentabilität<sup>14</sup> unter Einhaltung bestimmter Richtlinien angelegt.<sup>15</sup> Die für die Vertragssumme anfallenden Zinsen werden, soweit sie nicht für Verwaltungskosten benötigt werden, dem einzelnen Treuhandvertrag gutgeschrieben. Zu den dem Treuhänder obliegenden Pflichten gehört es weiterhin, die der Kostenaufstellung entsprechenden Beträge an den Werkunternehmer auszuzahlen.<sup>16</sup> Der Treuhandvertrag endet, wenn die werkvertraglichen Leistungen nicht mehr erbracht werden. Bei einem Vertrag mit unbefristeter Dauer ist das dann der Fall, wenn das Treuhandkapital verbraucht ist.

---

zumeist um Leistungen handeln wird, auf die der Sozialhilfeträger nach den §§ 76 ff., 88, BSHG nicht zugreifen kann, vgl. auch Winkler Rz 182.

<sup>6</sup>Bundesweit gibt es zur Zeit 28 Treuhandstellen für Dauergrabpflege sowie Friedhofsgärtner - Genossenschaften, die 1992 eine Auftragssumme für Dauergrabpflege von über 900 Millionen DM verwaltet haben, vgl. Otto, Der Friedhofsgärtner, S. 134. Da der Anteil der durch Dauergrabpflegeverträge betreuten Grabstätten in den letzten Jahren stark zugenommen hat, steigert sich auch das Umsatzvolumen in diesem Bereich ständig, vgl. Beck, Der Friedhofsgärtner, S. 130.

<sup>7</sup>Die Ruhezeit gibt den Zeitraum an, nach dem frühestens eine Neubelegung der Grabstelle erfolgen kann. Sie ist in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich in einem zeitlichen Rahmen von 15 - 50 Jahren festgesetzt, vgl. Gaedke/Diefenbach, S. 148.

<sup>8</sup>Das Nutzungsrecht wird durch eine Grabstellengebühr erworben. Bei Reihengräbern erlischt es nach dem Ablauf der Ruhefrist, während es bei Wahlgräbern, die grundsätzlich für eine längere Benutzungsdauer - 40 bis 60 Jahre - zur Verfügung gestellt werden, neu erworben werden kann, Gaedke/Diefenbach, S. 155, 156, 159.

<sup>9</sup>Sog. Ablebevertrag vgl. Otto, Der Friedhofsgärtner, S. 121.

<sup>10</sup>Vgl. den im Anhang als Mustervertrag zitierten Dauergrabpflegevertrag der Treuhandstelle für Dauergrabpflege in Niedersachsen/Sachsen - Anhalt, § 3 Nr. 1; Weber, Handbuch für Friedhofsgärtner, S. 82.

<sup>11</sup>Vgl. Mustervertrag § 2.

<sup>12</sup>Weber, Handbuch für Friedhofsgärtner, S. 84.

<sup>13</sup>Vgl. Mustervertrag § 3 Nr. 2. b).

<sup>14</sup>Weber, Handbuch für Friedhofsgärtner, S. 85 f.

<sup>15</sup>Otto, Der Friedhofsgärtner, S. 132, 135.

<sup>16</sup>Vgl. Mustervertrag § 3 Nr. 2. c).



### **C. Die fiduziarische Stiftung**

Der dritte, in der Praxis oft genutzte Anwendungsfall der rechtsgeschäftlichen Treuhand mit Wirkung über den Tod des Treugebers hinaus ist die fiduziarische Stiftung.<sup>17</sup> Gegenstand der unselbständigen Stiftung ist eine organisatorisch verselbständigte Vermögensmasse, die auf Dauer einem bestimmten Zweck gewidmet ist.<sup>18</sup> Die Rechtsform der fiduziarischen Stiftung wird gewählt, wenn kleinere Vermögen übertragen werden sollen, die den finanziellen Aufwand einer rechtsfähigen Stiftung nicht rechtfertigen. Da die nicht rechtsfähige Stiftung nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann,<sup>19</sup> bedarf es zur Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben stets eines Stiftungsträgers, des Treuhänders. Die treuhänderische Stiftung wird in der Regel zu Lebzeiten des Treugebers errichtet, damit der Treugeber die Möglichkeit hat, die Ausgestaltung und das Wirken der Stiftung noch aktiv mit beeinflussen zu können.<sup>20</sup> Allgemein wird die unselbständige Stiftung definiert als Zuwendung von Vermögenswerten an eine bestehende natürliche oder juristische Person mit der Bestimmung, diese Werte als ein vom übrigen Vermögen des Empfängers wirtschaftlich getrenntes Sondervermögen zu verwalten und zur Verfolgung eines vom Stifter festgelegten Zwecks zu nutzen.<sup>21</sup> Die Vermögensübertragung erfolgt mit der Maßgabe, dass das Vermögen und dessen Erträge auf Dauer zur Verfolgung des vom Stifter festgesetzten Zwecks genutzt werden sollen.<sup>22</sup> Diese Definition entspricht der Legaldefinition der unselbständigen Stiftung in § 2 II StiftG NW, wonach unselbständige Stiftungen Vermögenswerte sind, deren sich der Stifter zugunsten eines uneigennütigen, auf Dauer angelegten Zwecks entäußert, der nach seinem Willen durch einen anderen treuhänderisch zu erfüllen ist. Das Erfordernis der Dauerhaftigkeit wird weniger als feste Zeitbestimmung für den Bestand der Stiftung verstanden, als als Ausdruck des Umstands, dass der vom Stifter festgelegte Zweck, zu dessen Erfüllung er die Vermögenswerte überträgt, auf eine gewisse Dauer angelegt sein muss.<sup>23</sup> Solange die Stiftung besteht, bleibt das Vermögen an den Stiftungszweck gebunden. Die Verwirklichung des vom Stifter bestimmten Zwecks setzt grundsätzlich die Erhaltung des Stiftungsvermögens voraus. Dementsprechend ist in den Stiftungssatzungen regelmäßig vorgesehen, dass der Vermögensstamm unangetastet, vielmehr durch eine gewinnorientierte Anlagepolitik in seinem Wert erhalten bleiben

---

<sup>17</sup>Die heute h. M. sieht in der fiduziarischen oder unselbständigen Stiftung ein Treuhandgeschäft, vgl. Seifart/v. Campenhausen - Hof § 36, 39; Staud. - Rawert<sup>13</sup> vor § 80, 159; Palandt - Heinrichs vor § 80, 10; Andrick/Suerbaum, S. 25 f.; Westebbe, S. 66 ff., m. w. N. Ein Teil der Literatur versteht demgegenüber die unselbständige Stiftung als eine unter der Auflage vorgenommene Schenkung, das übertragene Vermögen entsprechend den Richtlinien des Stifters zu verwalten, vgl. MK - Reuter<sup>5</sup> vor § 80, 93 ff.; Soergel - Neuhoff<sup>13</sup> vor § 80, 23 b mit FN 124; K. Schmidt, Ersatzformen der Stiftung, in: Stiftungsrecht in Europa, S. 175, 181.

<sup>18</sup>Manteuffel/Schindler/Steinsdörfer, Treuhänderische Stiftungen, S. 3.

<sup>19</sup>Nur im Steuerrecht wird der unselbständigen Stiftung, die als selbständiger Steuergegenstand behandelt wird, eine eigene Rechtssubjektivität neben dem Träger zugestanden, Neuhoff, Münchener Vertragshandbuch Bd. VI, XVII 3, 11.

<sup>20</sup>Berkel/Krüger/Mecking/Schindler/Steinsdörfer, Treuhänderische Stiftungen, S. 7.

<sup>21</sup>RGZ 88, 335, 339; OLG Hamburg NJW RR 1986, 1305; Staud. - Rawert<sup>13</sup> vor § 80, 151; MK - Reuter<sup>5</sup> vor § 80, 87; Soergel - Neuhoff<sup>13</sup> vor § 80, 21; Berkel/Krüger/Mecking/Schindler/Steinsdörfer, Treuhänderische Stiftungen, S. 3; Mestmäcker/Reuter, S. 109, 131.

<sup>22</sup>Staud. - Rawert<sup>13</sup> vor § 80, 151; Berkel/Krüger/Mecking/Schindler/Steinsdörfer, Treuhänderische Stiftungen, S. 2; Seifart/v. Campenhausen - Hof § 36, 1; Neuhoff, Münchener Vertragshandbuch Bd. VI, XVII; Mestmäcker/Reuter, S. 132.

<sup>23</sup>Staud. - Rawert<sup>13</sup> vor § 80, 8; Berkel/Krüger/Mecking/Schindler/Steinsdörfer, Treuhänderische Stiftungen, S. 3.

soll,<sup>24</sup> und dass nur die Erträge zu dem vom Stifter als förderungswürdig erachteten Zweck verwandt werden.<sup>25</sup> Um den Fortbestand der unselbständigen Stiftung nach der Übereignung des Vermögens auf den Treuhänder dauerhaft abzusichern, wird die Treuhandschaft häufig einer juristischen Person wie zum Beispiel einem rechtsfähigen Verein, einer rechtsfähigen Stiftung, einer Universität, der Kirche oder einer Gemeinde übertragen.

---

<sup>24</sup>Neuhoff, Münchener Vertragshandbuch Bd. VI, XVII 3 § 4 III, XVII 4 Art. 3; Berkel/Krüger/Mecking/Schindler/Steinsdörfer, Treuhänderische Stiftungen, S. 2, 25.

<sup>25</sup>Vgl. Manteuffel/Schindler/Steinsdörfer, Treuhänderische Stiftungen, Mustersatzung, Anlage 3 § 4 I und Anlage 4 § 4 I; Neuhoff, Münchener Vertragshandbuch Bd. VI, XVII 3 § 4 II; Berkel/Krüger/Mecking/Schindler/Steinsdörfer, Treuhänderische Stiftungen, S. 1, Anlage 3 a § 3 II.

## **Zweiter Teil: Der Verzicht auf das Recht zum Widerruf und zur Kündigung des Treuhandvertrags**

### ***A. Die in der Praxis genutzten Gestaltungsformen des Kündigungsausschlusses***

#### **I. Der Kündigungsausschluss durch die Anordnung einer Verfügung von Todes wegen**

Wenn der Erblasser zu Lebzeiten einen Treuhandvertrag abschließt, bei dem er sicherstellen möchte, dass dieser Vertrag nach seinem Tod gegebenenfalls auch gegen den Willen seiner Erben fortgeführt wird, muss er den Treuhandvertrag in einer Weise ausgestalten, durch die den Erben die Ausübung des Kündigungsrechts unmöglich gemacht wird. Die Verwendung des erbrechtlichen Instrumentariums ist grundsätzlich nicht dazu geeignet, um dieses Ziel zu erreichen. Durch eine Verfügung von Todes wegen kann der Erblasser zwar anordnen, dass die Kündigung des Treuhandvertrags unterbleiben soll. Ernennet er gleichzeitig zur Verwaltung seines Nachlasses einen Testamentsvollstrecker, fällt die Befugnis zur Ausübung des Kündigungsrechts in den Zuständigkeitsbereich des Testamentsvollstreckers. Auch wenn es grundsätzlich die Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist, den Willen des Erblassers entsprechend den von ihm vorgenommenen Anordnungen nach seinem Tod durchzusetzen, kann der Erblasser durch diese Gestaltungsform nicht ausschließen, dass von dem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht wird. Entschließt sich der Testamentsvollstrecker aus bestimmten Gründen entgegen den Vorgaben des Erblassers zur Kündigung des Treuhandvertrags, wird das Treuhandverhältnis durch die vom Testamentsvollstrecker ausgesprochene Kündigung wirksam beendet. Soweit der Testamentsvollstrecker die Kündigung des Treuhandvertrags im Einverständnis mit den Erben ausspricht, zieht sein Verhalten keinerlei Sanktionen nach sich. Ein Schadenersatzanspruch, den die Erben dem Testamentsvollstrecker gegenüber geltend machen könnten, kommt in diesem Fall nicht in Betracht, da die Ausübung des Kündigungsrechts durch den Testamentsvollstrecker den Erben gegenüber nicht rechtswidrig ist.<sup>1</sup>

Auch durch die Anordnung einer Auflage kann der Erblasser nicht verhindern, dass die Erben vom Recht zur Kündigung des Treuhandvertrags Gebrauch machen. Beschwerd der Erblasser die Erben mit der Auflage, die Kündigung des Treuhandvertrags nicht vorzunehmen, werden die Erben lediglich dazu verpflichtet, die Kündigung zu unterlassen, § 1940. Kündigen die Erben entgegen dem Inhalt der Auflage das Treuhandverhältnis, sind die an dieses Verhalten geknüpften Rechtsfolgen für sie nicht mit spürbaren Nachteilen verbunden. Wenn sich die Erben durch die Ausübung des ihnen zustehenden Kündigungsrechts die Erfüllung der Auflage unmöglich machen, sind sie weder dem Vollziehungsberechtigten im Sinn von § 2194 noch einer gegebenenfalls durch den Treuhandvertrag begünstigten Person gegenüber zum Schadenersatz verpflichtet. Der Vollziehungsberechtigte ist zum Schadenersatz nicht berechtigt, weil er im fremden Interesse tätig wird und durch die Verletzung der Auflageverpflichtung in seiner Person kein Vermögensnachteil entsteht.<sup>2</sup> Dem Begünstigten steht ein Schadenersatzanspruch nach den §§ 280, 283

---

<sup>1</sup>Vgl. Winkler Rz 565; MK - Brandner<sup>4</sup> § 2219, 3; Soergel - Damrau<sup>13</sup> § 2219, 1 a.

<sup>2</sup>Staud. - Otte<sup>14</sup> § 2194, 15.

nicht zu, weil er nicht Inhaber eines gegen den Beschwerden gerichteten Anspruchs gewesen ist, dessen Erfüllung unmöglich geworden ist.<sup>3</sup>

## II. Der Kündigungsausschluss durch Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung

Da der Erblasser durch die Anordnung einer Verfügung von Todes wegen nicht sicherstellen kann, dass das Recht zur Kündigung des Treuhandvertrags durch seine Erben nicht ausgeübt wird, macht die Praxis von der Möglichkeit Gebrauch, die Erben durch einen vom Erblasser zu Lebzeiten ausgesprochenen Kündigungsverzicht an den Treuhandvertrag zu binden. Um das Recht des Treugebers auszuschließen, den Treuhandvertrag willkürlich durch eine einseitige Kündigungserklärung beenden zu können, werden unterschiedliche Gestaltungen verwandt.

Eine weit verbreitete Möglichkeit, eine für den Treugeber unkündbare Bindung zu begründen, besteht darin, dass im Treuhandvertrag ausdrücklich festgelegt wird, nach Ablauf von wie vielen Jahren das Treuhandverhältnis enden soll, ohne dass die Befugnis einer Vertragskündigung erwähnt wird. Diese Regelung ist weitgehend üblich bei den so genannten Dauergrabpflegeverträgen.<sup>4</sup> Rechtsprechung und Literatur gehen grundsätzlich davon aus, dass die Parteien dann, wenn sie eine bestimmte Vertragslaufzeit ausdrücklich festsetzen, ein Rechtsverhältnis begründen wollen, das bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer fortbesteht, ohne dass sich eine der Parteien durch eine ordentliche Kündigung vorzeitig vom Vertrag lösen können soll.<sup>5</sup> Ein Vertrag, der eine bestimmte Laufzeit enthält, wird daher in der Regel dahin ausgelegt, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung während der vereinbarten Vertragsdauer nach dem Willen der Vertragsparteien ausgeschlossen sein soll.<sup>6</sup> Haben die Parteien ein befristetes Schuldverhältnis abgeschlossen, steht ihnen das Recht zur ordentlichen Kündigung demzufolge nur zu, wenn sie dieses Recht ausdrücklich in den Vertrag aufnehmen.

Eine andere Gestaltungsmöglichkeit besteht darin, dass in einen unbefristeten Treuhandvertrag eine Klausel aufgenommen wird, in der ausdrücklich bestimmt wird, dass eine Kündigung des Vertrags nicht möglich ist. Ein ausdrücklicher Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts findet sich regelmäßig in den Vertragsformularen, die die Errichtung einer fiduziarischen Stiftung zum Gegenstand haben.<sup>7</sup> Durch eine solche Regelung wird sowohl das dem Treugeber als auch das dem Treuhänder nach den gesetzlichen Vorschriften zustehende Kündigungsrecht bereits bei Vertragsabschluss abbedungen. Ein dieser Vertragsgestaltung entsprechendes Ergebnis wird erreicht, wenn in den Treuhandvertrag eine Bestimmung aufgenommen wird, die eine Vertragskündigung zwar zulässt, die Ausübung des Kündigungsrechts jedoch auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes, den die jeweils andere Vertragspartei zu vertreten hat, einschränkt. An einem Ausschluss des Kündigungsrechts auch auf Seiten des Treuhänders kann der Treugeber interessiert sein,

---

<sup>3</sup>Lange/Kuchinke § 30 III 5 b.

<sup>4</sup>Vgl. Mustervertrag § 1.

<sup>5</sup>LG München I NJW RR 89, 197; Larenz SR AT § 2 VI, S. 30; Fikentscher SR, Rz 48; Esser/Schmidt SR I/1 § 20 I; Medicus SR AT § 48 I, Rz 552 ff. Vgl. auch die Entscheidung des AG Stuttgart 9 C 9959/93 - unveröffentlicht - in der das AG Stuttgart bei einem für 25 Jahre abgeschlossenen Dauergrabpflegevertrag die durch den Testamentsvollstrecker der Erblasserin erfolgte Kündigung des Treuhandvertrags nur daraufhin überprüft, ob die Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund vorliegen.

<sup>6</sup>Vgl. Schwerdtner Jura 85, 207, 209; Berger-Delhey, DB 89, 380, Anm. 6; Medicus SR AT § 48 I 2, Rz 554.

<sup>7</sup>Vgl. Neuhoﬀ, Münchener Vertragshandbuch Bd. VI, XVII 4.

weil er nur in diesem Fall mit Sicherheit davon ausgehen kann, dass das Treuhandverhältnis tatsächlich mit unbegrenzter Dauer fortbestehen wird. Denn der beiderseitige Kündigungsausschluss schützt den Treugeber sowohl vor einer Vertragsbeendigung, die nach seinem Tod von seinen Erben vorgenommen wird, als auch vor einer vorzeitigen Beendigung des Treuhandvertrags durch den Treuhänder, die dieser ausspricht, weil er selbst an der weiteren Durchführung des Vertrags kein Interesse mehr hat oder weil er von den Erben des Treugebers zur Vertragskündigung veranlasst worden ist.

Weiterhin findet sich in Treuhandverträgen, die über den Tod des Erblassers hinaus für die Erben des Treugebers bindend sein sollen, eine Klausel, durch die das Recht des Treugebers zur ordentlichen Kündigung mit folgendem Inhalt ausgeschlossen wird:

"Der Auftraggeber ist berechtigt, den Treuhandvertrag zu kündigen und den nicht verbrauchten Betrag der treuhänderisch übertragenen Geldmittel zurückzufordern. Das Kündigungsrecht des Auftraggebers erlischt mit seinem Tod. Die Erben des Auftraggebers sind zu einer Kündigung nicht berechtigt."<sup>8</sup>

Durch eine solche Vertragsbestimmung soll das Kündigungsrecht nur mit Wirkung für die Erben des Treugebers entfallen, während der Treugeber selbst zu seinen Lebzeiten in der Lage sein soll, sich jederzeit vom Vertrag lösen zu können. Diese Regelung stellt einen vom Treugeber auf seinen Tod befristeten Kündigungsverzicht dar.<sup>9</sup> Indem das Kündigungsrecht des Treugebers im Zeitpunkt seines Todes entfällt, soll nach dem Willen der Vertragsparteien erreicht werden, dass das Treuhandverhältnis gemäß § 1922 I als unkündbarer Vertrag auf die Erben des Treugebers übergeht. In der Entscheidung BGH WM 76, 1130, 1131 f. hat der BGH eine ähnliche Vertragsgestaltung, den Verzicht eines Treugebers auf sein Recht zum Widerruf eines von ihm ausgesprochenen Schenkungsangebots, der auf den Tod des Treugebers befristet war, als Umgehung der erbrechtlichen Vorschriften über die Anordnung einer Verfügung von Todes wegen für unwirksam erklärt. In einem obiter dictum hat der BGH ausgeführt, dass die Erben entsprechend dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 I eine Erklärung des Erblassers grundsätzlich unter denselben Voraussetzungen widerrufen können, wie der Erblasser. Konnte der Erblasser das Widerrufsrecht infolge eines Verzichts nicht ausüben, so sei das auch den Erben nicht möglich. Der Erblasser könne nicht anordnen, dass zwar er selbst, nicht aber seine Erben von dem Widerrufsrecht Gebrauch machen können. Wenn der Erblasser die für die letztwilligen Verfügungen geltenden Formvorschriften nicht einhalte oder die Erben an dem betreffenden Rechtsgeschäft nicht beteilige, könne er die Erben nur über sich selbst als seine Rechtsnachfolger, nicht aber sie allein belasten.<sup>10</sup> Das Schrifttum hat sich der Sichtweise des BGH angeschlossen und sieht einen vom Erblasser ausgesprochenen Verzicht auf ein ihm zustehendes Gestaltungsrecht immer dann als unzulässig an, wenn der Erblasser selbst bis zu seinem Tod, nicht aber die Erben zur Ausübung des Gestaltungsrechts berechtigt sein sollen.<sup>11</sup> Richtigerweise ist dem BGH in seiner Ansicht

---

<sup>8</sup>Vgl. den Dauergrabpflegevertrag der Friedhofsgärtner Gelsenkirchen e. G.; der Norddeutschen Treuhandstelle für Dauergrabpflege in Bremen; der Genossenschaft der Friedhofsgärtner Bochum e. G.; der Treuhandgenossenschaft Bonn e. G.

<sup>9</sup>Der Tod einer Person ist kein zukünftiges, ungewisses Ereignis und damit keine Bedingung i. S. v. § 158, vgl. Staud. - Bork<sup>14</sup> vor § 158, 9; Flume RG II § 38 1 a. Wenn die Wirksamkeit einer Willenserklärung vom Todestag einer Person abhängig gemacht wird, liegt darin eine Befristung gemäß § 163, Soergel - Wolf<sup>13</sup> § 163, 1.

<sup>10</sup>Vgl. BGH WM 76, 1130, 1132.

<sup>11</sup>Vgl. Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 671, 11; MK - Seiler<sup>4</sup> § 671, 8; Fuchs AcP 196, S. 313, 371; Muscheler WM 94, 921, 934; Kümpel WM 77, 1186, 1193 f.; ebenso: OLG Celle WM 96, 851, 854.

zu folgen, dass das BGB dann, wenn der Erblasser allein seine Erben, nicht aber sich selbst belasten will, die Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften verlangt. Danach ist der Erblasser nicht dazu in der Lage, durch eine formlose rechtsgeschäftliche Bestimmung eine Ungleichbehandlung seiner eigenen Person und seiner Erben zu erreichen. Es ist somit davon auszugehen, dass der Treugeber das ihm zustehende Recht zur Beendigung des Treuhandvertrags nicht wirksam durch einen auf seinen Tod befristeten Verzicht abbedingen kann, sondern nur durch eine Verzichtserklärung, die das Recht zum Widerruf bzw. zur Kündigung des Treuhandvertrags bereits zu seinen Lebzeiten mit Wirkung für ihn selbst entfallen lässt.

### ***B. Die rechtliche Wirkung des Kündigungsausschlusses***

Damit durch den vom Erblasser zu Lebzeiten ausgesprochenen Kündigungsverzicht eine für die Erben unlösbare Bindung an den Treuhandvertrag entstehen kann, müssen in rechtlicher Hinsicht zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Zum einen muss das Recht des Treugebers zur Beendigung des Treuhandvertrags durch diesen wirksam abbedungen werden können, d. h. die Befugnis zum Widerruf des unentgeltlichen Treuhandvertrags gemäß § 671 bzw. das Recht zur ordentlichen Kündigung des entgeltlichen Treuhandvertrags gemäß §§ 675, 620 II müssen für den Treugeber dispositiv sein. Zum anderen muss festgestellt werden können, dass der vom Treugeber ausgesprochene Kündigungsverzicht tatsächlich darauf abzielt, das Recht zur Vertragsbeendigung untergehen zu lassen. Grundsätzlich lässt die im Treuhandvertrag enthaltene Bestimmung, nach der eine Kündigung des Treuhandverhältnisses nicht möglich sein soll, zwei Auslegungsmöglichkeiten zu. Der im Treuhandvertrag enthaltene Kündigungsausschluss kann einmal dahingehend verstanden werden, dass das Recht zur Beendigung des Treuhandvertrags mit dinglicher Wirkung entfällt. Kommt dem Kündigungsverzicht eine dingliche Wirkung zu, geht der Treuhandvertrag gemäß § 1922 I als ein Schuldverhältnis, das auf Seiten des Treugebers keine Kündigungsmöglichkeit enthält, auf die Erben des Treugebers über. In diesem Fall treten die Erben des Treugebers im Weg der Gesamtrechtsnachfolge in ein für sie von vornherein unkündbares Schuldverhältnis ein. Der Zeitpunkt, zu dem das Treuhandverhältnis endet, richtet sich dann ausschließlich nach den Bestimmungen des Treuhandvertrags, ohne dass die Erben auf die Beendigung des Rechtsverhältnisses Einfluss nehmen können. Andererseits kann der Kündigungsverzicht auch als schuldrechtliches Rechtsgeschäft verstanden werden, in dem der Erblasser sich verpflichtet, das ihm nach den gesetzlichen Vorschriften zustehende Recht zur Beendigung des Treuhandvertrags nicht auszuüben. Handelt es sich bei dem Kündigungsverzicht um eine schuldrechtliche Verpflichtungserklärung, kann mit Hilfe des Kündigungsverzichts zum Nachteil der Erben lediglich eine Verbindlichkeit begründet werden, nach der es den Erben untersagt ist, vom Recht zur Beendigung des Treuhandvertrags Gebrauch zu machen. Ebenso wie in dem Fall, in dem der Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen angeordnet hat, dass eine Kündigung des Treuhandvertrags unterbleiben soll, erlischt dann, wenn er zu Lasten der Erben die Verpflichtung begründet, den Treuhandvertrag nicht zu kündigen, das Recht der Erben zur Beendigung des Treuhandverhältnisses nicht, sondern steht den Erben weiterhin, mit der Möglichkeit, dass es von diesen ausgeübt werden kann, zu. Bevor die Frage erörtert wird, ob die Vorschriften über den Auftrag und den Dienstvertrag zugunsten des Treugebers einen Ausschluss des Rechts zur Vertragsbeendigung zulassen, soll daher zunächst geklärt werden, welche Rechtsfolgen durch den vom Treugeber erklärten Kündigungsverzicht hervorgerufen werden, d. h. ob dieser Kündigungsverzicht als dinglicher Ausschluss des Kündigungsrechts oder als schuldrechtliche Verpflichtung, das Kündigungsrecht nicht auszuüben, zu verstehen ist.

## I. Der befristete Vertrag

Unproblematisch ist die Beurteilung der durch den Kündigungsausschluss ausgelösten Rechtswirkungen dann, wenn zwischen den Parteien ein auf eine bestimmte Dauer befristeter Treuhandvertrag abgeschlossen wird. In diesem Fall wird ein Rechtsverhältnis begründet, bei dem nach dem Willen der Parteien weder dem Treuhänder noch dem Treugeber das Recht zustehen soll, den Vertrag vor Ablauf der vereinbarten Laufzeit einseitig beenden zu können. Der Treuhandvertrag kommt als ein Rechtsverhältnis zustande, bei dem ein Recht zur ordentlichen Kündigung nicht vorgesehen ist und damit als ein von vornherein unkündbares Vertragsverhältnis.<sup>12</sup>

## II. Der unbefristete Vertrag

### 1. Die schuldrechtliche Wirkung des Kündigungsausschlusses

#### a) Die Entscheidung des OLG Celle in WM 93, S. 591 ff.

In seiner Entscheidung vom 22.12.93 – 22 U 298/91 – geht das OLG Celle ohne nähere Begründung davon aus, dass der Verzicht auf ein Gestaltungsrecht, der vom Rechtsinhaber ausgesprochen wird, um zu erreichen, dass das Recht weder ihm noch seinen Erben zusteht, nur als schuldrechtliche Verpflichtung zur Nichtausübung des Gestaltungsrechts angesehen werden kann. Der Entscheidung liegt ein Fall zugrunde, in dem ein Erblasser begünstigten Personen durch einen mit einer Bank abgeschlossenen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall zwei Forderungen aus einem Sparvertrag zugewandt hat. Zwischen dem Erblasser und der Bank wurde vereinbart, dass der Erblasser auf sein Recht zum Widerruf des dem Vertrag zugrunde liegenden Schenkungsangebots verzichtet und der Bank den unwiderruflichen Auftrag erteilt, dieses Angebot nach Kenntnis vom Ableben des Erblassers an die Adresse der Begünstigten zu übermitteln. Bevor die Begünstigten das vom Erblasser gemachte Schenkungsangebot der Bank gegenüber annehmen konnten, wurde dieses Angebot von den Erben durch ein an die Begünstigten gerichtetes Schreiben widerrufen. Nach der Ansicht des OLG Celle sind die Forderungen aus dem Sparvertrag durch das vom Erblasser unter Lebenden abgeschlossene Rechtsgeschäft mit seinem Tod außerhalb der Gesamtrechtsnachfolge auf die Begünstigten übergegangen. Den Erben gegenüber ist die Zuwendung der Darlehensforderungen jedoch nicht rechtsbeständig, weil es im Valutaverhältnis zwischen dem Erblasser und den Begünstigten am rechtlichen Grund im Sinn von § 812 I fehlt. Ein Schenkungsvertrag konnte zwischen den Erben und den Begünstigten nicht zustande gekommen, weil die Erben das Schenkungsangebot des Erblassers widerrufen haben. Hinsichtlich des vom Erblasser im Vertrag mit der Bank erklärten "Verzichts" auf das Recht zum Widerruf des Schenkungsangebots nach § 130 I 2 führt das OLG Celle aus, dass dem "Verzicht" auf den Widerruf einer Willenserklärung nur mit den Mitteln des Schuldrechts zur Wirkung verholfen werden könne.<sup>13</sup> Von diesem Ausgangspunkt aus ist es dem Erblasser lediglich möglich, sich selbst dazu zu verpflichten, das von ihm abgegebene Schenkungsangebot nicht zu widerrufen und den durch ihn begünstigten Personen einen Anspruch zur Durchsetzung dieser Verpflichtung zuzuwenden. Nach der Ansicht des OLG Celle kann der Erblasser dieses Ziel erreichen, indem er sich entweder durch einen Vertrag mit den Begünstigten darüber einigt, dass ein Widerruf des Schenkungsangebots unterbleiben soll, oder indem er den Begüns-

<sup>12</sup>Vgl. Esser/Schmidt SR I/1 § 20 I, S. 319; Medicus SR AT § 48 I 2, Rz 554; Larenz SR AT § 2 VI, S. 30.

<sup>13</sup>OLG Celle WM 93, 591, 592.

tigten durch einen mit der Bank abgeschlossenen Vertrag zugunsten Dritter einen Anspruch auf Unterlassen des Widerrufs zuwendet.<sup>14</sup> Da eine Einigung zwischen dem Erblasser und den Begünstigten nicht stattgefunden hat, ist das OLG Celle auf die Frage eingegangen, ob der vom Erblasser der Bank gegenüber erklärte Widerrufsverzicht als Vertrag zugunsten Dritter im Sinn von § 328 zu beurteilen ist, in dem sich der Erblasser als "Versprechender" der Bank gegenüber als "Versprechensempfänger" verpflichtet, den Widerruf des Schenkungsangebots zu unterlassen. Eine abschließende Entscheidung darüber, ob die Verzichtserklärung des Erblassers in einer so weitgehenden Weise ausgelegt werden kann, brauchte das OLG Celle nicht zu treffen, da es für den Fall, dass zugunsten der Begünstigten durch den Widerrufsverzicht tatsächlich gemäß § 328 ein Anspruch auf Unterlassen des Widerrufs entstanden ist, davon ausgeht, dass ein Widerruf des Schenkungsangebots durch die Erben ohne weiteres erfolgen kann. In der Verpflichtung des Erblassers, das Recht zum Widerruf des Schenkungsangebots nicht auszuüben, sieht das OLG Celle ein der Bank gegenüber abgegebenes abstraktes Schuldversprechen.<sup>15</sup> Weil im Verhältnis zwischen dem Erblasser und der Bank nach der Ansicht des OLG Celle ein Rechtsgrund für die Zuwendung des Schuldversprechens nicht vorliegt, können die Erben das Schuldversprechen nach § 812 I 1 Fall 1 kondizieren. Die Einrede der Kondizierbarkeit kann gemäß § 334 den Begünstigten entgegen gehalten werden. Indem das OLG Celle den Verzicht des Erblassers auf das Widerrufsrecht des § 130 I 2 lediglich als schuldrechtliche Verpflichtungserklärung versteht, erreicht es im Ergebnis, dass die Erben den Begünstigten gegenüber nicht an die vom Erblasser begründete Verpflichtung, den Widerruf des Schenkungsangebots zu unterlassen, gebunden sind.<sup>16</sup> Diese Rechtsfolge war vom OLG Celle durchaus bezweckt, weil das BGB nach der Ansicht des OLG Celle dem Erblasser, der einem Dritten eine für die Erben unangreifbare Zuwendung machen möchte, nur die Regelungen des Erbrechts und die des Schuldrechts insoweit zur Verfügung stellt, als der Begünstigte die Zuwendung vor einem Widerruf der vom Erblasser abgegebenen Erklärung durch die Erben annimmt.<sup>17</sup>

## b) Konsequenzen für den über den Tod des Treugebers hinaus abgeschlossenen Treuhandvertrag

### *aa) Das Entstehen eines Schadenersatzanspruchs als Folge der von den Erben ausgesprochenen Kündigung*

Ist die Ansicht des OLG Celle zutreffend, wonach dem durch den Erblasser erklärten Verzicht auf die Ausübung eines Gestaltungsrechts lediglich eine schuldrechtliche Wirkung zukommt, ist es dem Erblasser in gleicher Weise wie in dem vom OLG Celle zum Gestaltungsrecht des § 130 I 2 entschiedenen Fall bei dem von ihm abgeschlossenen Treuhandvertrag nicht möglich, zuverlässig zu verhindern, dass seine Erben von dem Recht zur Kündigung des Treuhandvertrags nach seinem Tod Gebrauch machen und auf diese Weise das Vertragsverhältnis beenden. Da Gegenstand des Schuldverhältnisses jedes Forderungsrecht sein kann,<sup>18</sup> ist die Verpflichtung des Erblassers, die Geltendmachung des ihm

<sup>14</sup>OLG Celle WM 93, 591, 592 f.

<sup>15</sup>OLG Celle WM 93, 591, 593.

<sup>16</sup>Die Literatur ist der Ansicht des OLG Celle, nach der ein Verzicht auf das Widerrufsrecht des § 130 I 2 nur mit schuldrechtlicher Wirkung möglich ist, nicht gefolgt, vgl. Muscheler, WM 94, 921, 934 ff.; Hadding Anm. zu OLG Celle v. 22.12.92 in WuB I C 2. 2.93, S. 547; Lwowski BuB Bd. I, Rz 2/154; Kümpel BuB Bd. IV, Rz 8/240; ders., WM 93, 825, 827 ff.; Fuchs AcP 196, 313, 374 ff.

<sup>17</sup>OLG Celle WM 93, 591, 593.

<sup>18</sup>Vgl. MK - Kramer<sup>5</sup> Einl zu § 241, 15 ff; Larenz SR AT § 2 II; Esser/Schmidt SR I/1 § 5 I.



zustehenden Kündigungsrechts zu unterlassen, wirksam, § 241 I. Beim Erbfall geht das Treuhandverhältnis gemäß § 1922 I mit dieser vom Erblasser begründeten Verbindlichkeit auf die Erben über.<sup>19</sup> Zu einer Kündigung des Treuhandvertrags sind die Erben des Treugebers bei einem schuldrechtlichen Kündigungsverzicht rechtlich in der Lage, da das Kündigungsrecht nicht mit dinglicher Wirkung entfallen ist.<sup>20</sup> Wenn die Erben den Treuhandvertrag kündigen, machen sie sich die auf sie übergegangene Verpflichtung zur Unterlassung der Kündigung unmöglich. Als Folge dieser Vertragsverletzung entsteht zugunsten des Treuhänders ein gegen die Erben gerichteter Schadenersatzanspruch nach den §§ 280 I, III, 283,<sup>21</sup> nach dem gemäß § 249 1 derjenige Zustand wieder herzustellen ist, der ohne das pflichtwidrige Verhalten der Erben bestehen würde. Da ohne die Kündigung das Treuhandverhältnis fortbestehen würde, sind die Erben gemäß § 249 1 verpflichtet, einen neuen, inhaltsgleichen Treuhandvertrag mit dem Treuhänder abzuschließen<sup>22</sup> und diesem, wenn der Treuhänder ihnen das Treugut bereits gemäß §§ 675, 667 herausgegeben hat, das Treugut erneut zu übereignen.

*bb) Das Vorliegen eines schuldhaften Handelns*

Der Schadenersatzanspruch nach den §§ 280 I, III, 283 ist nur bedingt dazu geeignet, die Fortführung des Treuhandvertrags entsprechend dem Willen des Erblassers zu gewährleisten. Denn mit Hilfe des Schadenersatzanspruchs gemäß § 280 I kann der Treuhänder den Neuabschluss des Treuhandvertrags nur dann erzwingen, wenn festgestellt werden kann, dass die Erben gegen die ihnen obliegende Verpflichtung zur Unterlassung der Kündigung schuldhaft verstoßen haben. Folgt man der Ansicht des OLG Celle, das die Verpflichtung des Erblassers, ein Gestaltungsrecht nicht auszuüben, als abstraktes Schuldversprechen beurteilt hat,<sup>23</sup> muss ein schuldhaftes Handeln der Erben dann, wenn sie das ihnen zustehende Recht zur Kündigung des Treuhandvertrags entgegen der vom Erblasser eingegangenen Verpflichtung ausüben, generell verneint werden. Am Verschulden der Erben fehlt es, weil – ähnlich wie in dem Fall, der der Entscheidung des OLG Cel-

<sup>19</sup>Vgl. Palandt - Edenhofer § 1922, 1, 12.

<sup>20</sup>Der Ansicht Kuchinkes, der in einem solchen Fall die Ausübung des Gestaltungsrechts durch die Erben unter dem Gesichtspunkt der Respektierung des Erblasserwillens einschränken will, ist nicht zuzustimmen. In dem Zuwiderhandeln der Erben gegen den Erblasserwillen sieht Kuchinke einen Verstoß gegen das den Tod des Erblassers überdauernde allgemeine Persönlichkeitsrecht des Erblassers, wenn feststeht, dass der Erblasser ernstlich und endgültig gewollt hat, dass ein von ihm zu Lebzeiten eingeleitetes Rechtsgeschäft nach seinem Tod fortgeführt wird. Habe der Erblasser zu diesem Zweck einen seinen Tod überdauernden Auftrag erteilt, handeln die Erben pietätlos, wenn sie den Auftrag widerrufen, Lange/Kuchinke § 33 IV 3 a. Der Beauftragte, der, ähnlich wie ein Testamentsvollstrecker den Willen des Erblassers zu vollziehen hat, Lange/Kuchinke § 33 IV Anm. 138, könne sich dann auf den Erblasserwillen berufen und den Widerruf des Auftrags durch die Erben mit Hilfe einer Einrede zurückweisen. Dieser Ansicht steht entgegen, dass die Rechtsprechung einen Persönlichkeitsschutz Verstorbener nur in Ausnahmefällen zulässt, in denen eine grobe Entstellung der Persönlichkeit des Verstorbenen verhindert werden soll, vgl. BGHZ 50, 133 ff.; Staud. - Schäfer<sup>12</sup> § 823, 262. Ein derart schwerwiegender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Erblassers kann aber nicht schon dann bejaht werden, wenn die Erben lediglich den Willen des Erblassers, dass ein von ihm abgeschlossenes Rechtsverhältnis auch nach seinem Tod fortbestehen soll, missachten, vgl. BGHZ 50, 133 ff. Zur Ablehnung der Ansicht Kuchinkes durch den BGH vgl. auch BGH JR 75, 239, 242.

<sup>21</sup>Die Verpflichtung, die Kündigung des Treuhandvertrags zu unterlassen, gehört nicht zu den gegenseitigen Leistungspflichten der Parteien, sondern wurde vom Auftraggeber einseitig übernommen, vgl. Kumpel WM 93, 825, 827; OLG Celle WM 93, 591, 593.

<sup>22</sup>Der Abschluss eines Vertrags kann Gegenstand des auf Naturalrestitution gerichteten Schadenersatzanspruchs sein, vgl. MK - Oetker<sup>5</sup> § 249, 338.

<sup>23</sup>OLG Celle WM 93, 591, 593.

le zugrunde gelegen hat – ein Rechtsgrund für die Zuwendung des Unterlassungsanspruchs an den Treuhänder nicht gegeben ist.

Als causa des durch den Kündigungsverzicht begründeten Unterlassungsanspruchs kommt bei dem den Tod des Treugebers überdauernden Treuhandvertrag nur die Verpflichtung des Treugebers in Betracht, dem Treuhänder einen auf Unterlassen der ordentlichen Kündigung gerichteten Anspruch zuzuwenden. Eine solche Verpflichtung kann durch den Abschluss eines Schenkungsvertrags begründet werden. Ein Schenkungsvertrag gemäß § 516 ist dann anzunehmen, wenn der Willen beider Vertragsparteien bei Vertragsabschluß darauf gerichtet war, dem Treuhänder durch die Begründung des Unterlassungsanspruchs eine unentgeltliche Zuwendung aus dem Vermögen des Treugebers zu machen. Danach müssen sich die Parteien darüber einig gewesen sein, dass durch den Kündigungsverzicht auf Seiten des Treugebers eine objektive Bereicherung des Treuhänders, d. h. eine Verbesserung seiner Rechtsposition, eintritt.<sup>24</sup> Anhaltspunkte dafür, dass der Treugeber durch den Verzicht auf das Kündigungsrecht dem Treuhänder einen zusätzlichen Anspruch zuwenden wollte, um dessen Rechtsposition seinen Erben gegenüber abzusichern, sind bei dem den Tod des Treugebers überdauernden Treuhandvertrag normalerweise nicht gegeben. Mit dem Kündigungsverzicht will der Treugeber den Treuhandvertrag lediglich als ein für seine Erben bindendes Rechtsgeschäft ausgestalten. Es kommt ihm in erster Linie darauf an, zu verhindern, dass sich seine Erben nach seinem Tod gegen seinen Willen vom Treuhandvertrag lösen können. Sofern durch den Treuhandvertrag Dritte begünstigt sind, soll nach den Vorstellungen des Erblassers durch die Unwiderruflichkeit des Treuhandvertrags auch deren Rechtsstellung abgesichert werden. Demgegenüber entspricht es grundsätzlich nicht seinem Willen, dass der Treuhänder infolge des Kündigungsverzichts einen besonderen Vermögensvorteil erhält. Da nicht festgestellt werden kann, dass zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder hinsichtlich der Zuwendung des Anspruchs, die Vertragskündigung zu unterlassen, ein Schenkungsvertrag abgeschlossen worden ist, kann die Verpflichtung, die Kündigung zu unterlassen, von den Erben kondiziert werden. Weil der Kondiktionsanspruch die Erben dazu berechtigt, die Erfüllung des Anspruchs auf Unterlassen der Vertragskündigung zu verweigern, § 821, handeln die Erben nicht rechtswidrig und damit nicht schuldhaft im Sinn von § 280 I, wenn sie den Treuhandvertrag vorzeitig kündigen.

Gegen die Ansicht des OLG Celle ist von Muscheler eingewandt worden, dass die Verpflichtung des Erblassers, den Widerruf des Schenkungsangebots zu unterlassen, nicht als abstraktes Schuldversprechen beurteilt werden könne, weil sich dem vom Erblasser abgeschlossenen Vertrag schon kein Anhaltspunkt dafür entnehmen ließe, dass die Parteien neben den vertraglichen Leistungspflichten eine weitere, abstrakte Verpflichtung des Treugebers begründen wollten.<sup>25</sup> Die Verpflichtung des Erblassers, das ihm zustehende Gestaltungsrecht nicht auszuüben, stelle richtigerweise eine einseitige Nebenpflicht des Erblassers dar.<sup>26</sup> Auch wenn man die Verpflichtung des Treugebers, die Vertragskündigung nicht vorzunehmen, als einseitige Nebenpflicht ansieht, die der Treugeber zusätzlich zu der ihm obliegenden Hauptleistungspflicht, das vereinbarte Entgelt an den Treuhänder

---

<sup>24</sup>Vgl. Staud. - Wimmer - Leonhardt<sup>14</sup> § 516, 26 ff.; MK - Kollhosser<sup>4</sup> § 516, 8.

<sup>25</sup>Ein dahingehender Abstraktionswille der Parteien ist die unerlässliche Voraussetzung, damit ein abstraktes Schuldversprechen entstehen kann, BGH NJW RR 95, 1391; Staud. - Marburger<sup>14</sup> § 780, 6; RGRK - Steffen<sup>12</sup> § 780, 7.

<sup>26</sup>Vgl. Muscheler WM 94, 921, 937.

zu zahlen, übernimmt,<sup>27</sup> kann ein schuldhaftes Verhalten der Erben dann, wenn die Kündigung des Treuhandvertrags ausgesprochen wird, nicht automatisch bejaht werden. Ob die Erben schuldhaft handeln, wenn sie den Treuhandvertrag durch eine Kündigung beenden, hängt zwar grundsätzlich von den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls ab. Jedoch sind auch hier Sachverhalte denkbar, bei denen es an einem Verschulden der Erben fehlt, zum Beispiel wenn die Erben den Treuhandvertrag nach dem Erbfall kündigen und ihnen zum Zeitpunkt der Kündigung lediglich die Existenz des Treuhandvertrags bekannt ist, nicht aber der vom Erblasser ausgesprochene Kündigungsverzicht, und die den Kündigungsverzicht betreffende Unkenntnis auch nicht auf Fahrlässigkeit beruht.

### c) Ergebnis

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Fortführung des Treuhandvertrags dann, wenn man dem Kündigungsverzicht lediglich eine schuldrechtliche Wirkung zuweist und die Erben den Treuhandvertrag nach dem Tod des Treugebers kündigen, davon abhängt, ob der Treuhänder den ihm gegen die Erben zustehenden Schadenersatzanspruch durchsetzen kann. Da dieser Schadenersatzanspruch dann nicht besteht, wenn die Erben nachweisen können, dass ihnen der Vorwurf eines schuldhaften Verhaltens nicht gemacht werden kann, kann der Erblasser durch einen Kündigungsverzicht mit schuldrechtlicher Wirkung nicht gewährleisten, dass der Treuhandvertrag als ein Rechtsverhältnis zustande kommt, das durch seine Erben nicht beendet werden kann.

## 2. Die dingliche Wirkung des Kündigungsausschlusses

Legt man den vom Erblasser im Treuhandvertrag erklärten Verzicht als schuldrechtliche Verpflichtungserklärung aus, besteht mit dem Zeitpunkt des Erbfalls die Gefahr, dass das Treuhandverhältnis durch eine wirksame Kündigung der Erben beendet wird. Die mit dieser Vertragsgestaltung verbundenen Unwägbarkeiten und Unsicherheiten entsprechen nicht dem erkennbaren Willen des Erblassers, seinen Erben einen vorzeitigen Zugriff auf das Treugut unmöglich zu machen. Den Fortbestand des Treuhandvertrags kann der Erblasser vielmehr nur dann in einer für die Erben unabänderlichen Weise absichern, wenn er mit dinglicher Wirkung auf sein Recht zur Vertragsbeendigung verzichtet.

Dafür, dem vom Erblasser erklärten Verzicht eine dingliche Wirkung zuzuordnen, spricht zunächst der Wortlaut der im Treuhandvertrag enthaltenen Bestimmungen, durch die das Kündigungsrecht ausgeschlossen werden soll. Unter dem Begriff "Verzicht" wird nach allgemeiner Ansicht ein Rechtsgeschäft verstanden, durch das der Inhaber eines Rechts das Recht aufgibt, ohne es auf eine andere Person zu übertragen.<sup>28</sup> Bezogen auf die Verzichtserklärung beschreibt der Ausdruck "Verzicht" eine Willenserklärung, die der Erklärende zum Zweck der Aufhebung eines ihm zustehenden Rechts abgibt und die zur Folge hat, dass das betreffende Recht untergeht.<sup>29</sup> In beiden Fällen liegt der Definition des Verzichts ein Verfügungsgeschäft zugrunde, das zum Erlöschen oder sonstigen Wegfall des Rechts, auf das verzichtet wird, führt.<sup>30</sup>

<sup>27</sup>Zum Begriff der Nebenleistungspflicht vgl. MK - Kramer<sup>5</sup> § 241, 18 f.; Esser/Schmidt SR I/1 § 6 III 2; Larenz SR AT § 2 I; Staud. - Olzen<sup>14</sup> § 241, 148 ff.

<sup>28</sup>Vgl. Flume RG II § 11 5 d; v. Tuhr II/1 § 54 VI, S. 264 f.; Cohn, Gruchot 47, S. 251; Eccius, Gruchot 50, S. 1; Walsmann, Verzicht, S. 16; Enneccerus/Nipperdey § 143 III 3.

<sup>29</sup>Vgl. Dernburg, Pandekten I, § 83 a.

<sup>30</sup>Vgl. Staud. - Coing<sup>11</sup> vor § 104, 71.

## a) Das subjektive Recht als Grundlage des Rechtsausschlusses

Nachvollziehbare Gründe, die eine Auslegung des vom Erblasser erklärten Verzichts auf ein Gestaltungsrecht als dinglichen Ausschluss dieses Rechts verbieten, sind vom OLG Celle nicht dargelegt worden und können auch aus der Rechtsordnung nicht abgeleitet werden. Vielmehr entspricht es der Rechtsnatur des Kündigungsrechts als einem subjektiven Recht,<sup>31</sup> dass der Rechtsinhaber die Kündigungsbefugnis mit dinglicher Wirkung abbedingen kann. Zu den Herrschaftsbefugnissen, die das subjektive Recht seinem Inhaber vermittelt, gehört nach allgemeiner Ansicht nicht nur die Möglichkeit, das Recht den eigenen Vorstellungen entsprechend auszuüben.<sup>32</sup> Die Rechtsmacht, die dem Rechtsinhaber aufgrund des subjektiven Rechts zusteht, schließt darüber hinaus die Fähigkeit ein, in jeder Form über das subjektive Recht verfügen zu können.<sup>33</sup> Larenz hält aus diesem Grund die Befugnis, über das subjektive Recht zu verfügen, für einen Bestandteil dieses Rechts und sieht demzufolge die Verfügung über das Recht als einen Akt der Rechtsausübung an.<sup>34</sup> Danach gehört – vorbehaltlich einer anders lautenden gesetzlichen Anordnung – auch die Möglichkeit, über das subjektive Recht durch Verzicht zu verfügen, zum normalen Inhalt des Rechts.<sup>35</sup> Das Kündigungsrecht verleiht dem Rechtsinhaber daher, neben der Herrschaftsmacht, selbständig über die Ausübung oder die Nichtausübung des Gestaltungsrechts zu entscheiden, auch die Befugnis, das subjektive Recht durch eine Verfügung insgesamt wegfallen zu lassen.

Da die Rechtsordnung dem Treugeber somit die Möglichkeit eröffnet, sein Recht zur Vertragskündigung mit dinglicher Wirkung entfallen zu lassen und der Treugeber von diesem Recht auch in erkennbarer Weise Gebrauch machen will, sind die Bestimmungen in den vom Treugeber abgeschlossenen Treuhandverträgen, durch die das Recht des Treugebers zur Vertragsbeendigung ausgeschlossen wird, als dinglicher Verzicht auf das Kündigungsrecht anzusehen.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup>Das Kündigungsrecht und das Recht zum Widerruf gemäß § 671 I sind Gestaltungsrechte, die zur Gruppe der subjektiven Rechte gehören, vgl. Larenz/Wolf § 15, Rz 65 ff.; v. Tuhr I § 1 IV, S. 62; Biedenkopf, FS Böhm, S. 113, 115; Enneccerus/Nipperdey § 72 I 2, S. 431; Larenz BGB AT § 13 II 7, S. 220.

<sup>32</sup>Vgl. Larenz/Wolf § 14, Rz 11; Enneccerus/Nipperdey § 72, S. 428 f.; E. Wolf, BGB AT, S. 76.

<sup>33</sup>v. Tuhr II/1 § 54 I, S. 243.

<sup>34</sup>Larenz BGB AT § 18 II 3 c, S. 323; ähnlich: v. Tuhr II/1 § 54 I, S. 244.

<sup>35</sup>v. Tuhr II/1 § 54 I, S. 243.

<sup>36</sup>Zu der umstrittenen Frage, ob der Verzicht auf das Gestaltungsrecht der Kündigung bzw. des Widerrufs gemäß § 671 I durch eine einseitige Willenserklärung des Kündigungsberechtigten erfolgen kann oder nur durch eine Einigung der Parteien möglich ist, vgl. Walsmann, Verzicht, S. 109, 196 mit Anm. 3; Seckel, FS Koch, S. 230. Eine einseitige Willenserklärung zur Ausübung des Verzichtsrechts halten für ausreichend: Endemann, Lehrbuch Bd. I, § 149, 3; Enneccerus/Lehmann § 74 I; MK - Schlüter<sup>5</sup> § 397, 19; RGRK - Weber<sup>12</sup> § 397, 11; Staud. - Rieble<sup>14</sup> § 397, 62; Palandt - Grüneberg § 397, 1; Heck, Schuldrecht, S. 122; Soergel - Zeiss<sup>12</sup> § 397, 1; Larenz BGB AT § 13 V c; ders., SR AT § 19 I 9; RGRK - Ballhaus<sup>12</sup> § 105, 8; v. Tuhr II/1 § 54 VI, S. 271; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 27 I 3 b, S. 619 f. Demgegenüber gehen folgende Autoren davon aus, dass der Verzicht auf das Gestaltungsrecht der Kündigung eine Vereinbarung voraussetzt: Walsmann, Verzicht, S. 109, 196 mit Anm. 3; Liebich/Mathews, S. 122; Staud. - Wittmann<sup>13</sup> § 671, 16; Kiehl LZ 1925, S. 1020, 1021; Soergel - Wolf<sup>12</sup> § 305, 37; Planck - Siber § 305, Anm. II 1 b, § 355, Anm. 2 a. E.; Seckel, FS Koch, S. 230; Eccius, Gruchot 50, S. 4, 6.

## b) Der bei Vertragsbeginn erklärte Kündigungsausschluss

Zwar liegt ein Verzicht richtigerweise nicht vor, wenn das dem Treugeber zustehende Kündigungsrecht unmittelbar bei Vertragsabschluß ausgeschlossen wird, da Gegenstand des Verzichts stets ein Recht sein muss. Der Verzicht im eigentlichen Sinn setzt voraus, dass ein Recht oder eine Befugnis nach der Entstehung vom Berechtigten aufgegeben wird.<sup>37</sup> Wenn der Treugeber den unbefristeten Treuhandvertrag von vornherein als unkündbares Rechtsverhältnis abschließt, ist darin ein Schuldverhältnis zu sehen, das für den Treugeber von Anfang an als bindend und unwiderruflich begründet wird. Ein Kündigungsrecht, auf das verzichtet werden könnte, kommt dann nicht zur Entstehung, mit der Folge, dass es an einem Gegenstand für das Verzichtsgeschäft fehlt. Obwohl eine Vertragsbestimmung, durch die das Recht zur Kündigung bereits bei Vertragsabschluß ausgeschlossen wird, vielfach als "Kündungsverzicht" bezeichnet wird, liegt in diesem Fall ein Verzicht im technischen Sinn nicht vor. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Treugeber auf die Möglichkeit beschränkt ist, den Treuhandvertrag unter Begründung des Kündigungsrechts abzuschließen und durch die Abgabe einer Verzichtserklärung das Recht zur Kündigung nachträglich in Wegfall zu bringen. Denn wenn man es zulässt, dass der Treugeber auf ein bereits entstandenes Kündigungsrecht mit dinglicher Wirkung verzichtet, muss es ihm auch möglich sein, die Entstehung des Kündigungsrechts von vornherein zu verhindern. Der Treugeber bedient sich in diesem Fall zur Erreichung eines vom Gesetz als zulässig anerkannten Zwecks lediglich eines anderen Wegs, den ihm das Schuldrecht neben dem nachträglichen Verzicht auf ein bereits entstandenes Recht zur Verfügung stellt. Der "Kündungsverzicht", der in dem über den Tod des Treugebers hinaus wirksamen Treuhandvertrag enthalten ist, kann daher als Regelung angesehen werden, die darauf abzielt, den Treuhandvertrag von Anfang an ohne ein dem Treugeber zustehendes Kündigungsrecht entstehen zu lassen.

Für die Zulässigkeit des Kündigungsausschlusses kommt es somit weiterhin darauf an, ob das im Gesetz vorgesehene Recht zum Widerruf bzw. zur Kündigung des Treuhandvertrags für den Treugeber dispositiv ist, d. h. von diesem abbedungen werden kann.

## ***C. Der Ausschluss des dem Treugeber zustehenden Widerrufsrechts beim unentgeltlichen Treuhandvertrag***

### I. Die herrschende Meinung

Wenn dem Treuhandverhältnis ein Auftrag gemäß §§ 662 ff. zugrunde liegt,<sup>38</sup> kann der Treuhandvertrag nach der gesetzlichen Regelung des § 671 vom Treugeber jederzeit widerrufen werden. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass das Widerrufsrecht des Auftraggebers grundsätzlich unverzichtbar ist. Dieses Ergebnis wird zumindest für die Mehrzahl der Fälle, in denen der Auftrag abgeschlossen wurde, um ausschließlich die Interessen des Auftraggebers zu verwirklichen, für richtig gehalten. Eine Ausnahme vom Grundsatz der generellen Unverzichtbarkeit macht die herrschende Meinung nur dann,

---

<sup>37</sup>GK - Wolf Grunds Rz 343.

<sup>38</sup>Ein Auftrag i. S. v. § 662 ist der Treuhandvertrag immer dann, wenn in den Vertragsbestimmungen vorgesehen ist, dass der Treuhänder das ihm übertragene Vermögen uneigennützig verwalten soll, ohne selbst einen Vorteil von seiner Tätigkeit zu haben. Den Hauptanwendungsfall einer solchen Gestaltung bildet die fiduziarische Stiftung, bei der das Treugut einer gemeinnützigen Organisation übertragen wird, deren Zwecksetzung mit dem Zweck der Stiftung übereinstimmt, vgl. Westebbe, S. 118.

wenn der Auftrag nicht ausschließlich im Interesse des Auftraggebers erteilt wurde, sondern auch den Interessen des Beauftragten oder denen eines Dritten dient.<sup>39</sup>

Die Rechtsprechung hatte bisher nur vereinzelt Anlass, Ausführungen zu der Frage zu machen, wann das Interesse des Beauftragten oder Dritten an der Auftragsdurchführung als so bedeutend beurteilt werden kann, dass es berechtigt erscheint, dieses Interesse gegen Beeinträchtigungen durch eine vorzeitige Aufhebung des Auftragsverhältnisses zu schützen. Von der Rechtsprechung wird die Zulässigkeit des Widerrufsverzichts in diesem Fall von dem zusätzlichen Erfordernis abhängig gemacht, dass das Interesse des Beauftragten an dem auszuführenden Geschäft dem des Auftraggebers mindestens gleichwertig sein muss, damit es neben dem Interesse des Auftraggebers als Zweck des Geschäfts angesehen werden kann.<sup>40</sup> Die Gleichwertigkeit der Interessen wird beim Auftrag nicht schon dann angenommen, wenn der Beauftragte von der Durchführung des Auftrags irgendeinen finanziellen Vorteil hat, er zum Beispiel an dem Erlös des Rechtsgeschäfts, zu dem er beauftragt wurde, beteiligt wird<sup>41</sup> oder das Auftragsverhältnis es ihm ermöglicht, Rechtsgüter des Auftraggebers ohne eine entsprechende Gegenleistung auf sich zu übertragen.<sup>42</sup> Eine unwiderrufliche Bindung des Auftraggebers an den Auftrag wird nur in den Ausnahmefällen zugelassen, in denen die Parteien nachweislich eine besonders intensive Bindung des Auftraggebers an den Auftrag begründen und dem Beauftragten eine nicht entziehbare Rechtsstellung einräumen wollten. Nur bei einer Rechtslage, bei der der Beauftragte am Ergebnis des Auftragsgeschäfts genauso interessiert ist wie der Auftraggeber, ist es nach der Rechtsprechung gerechtfertigt, dem Beauftragten ein unwiderrufliches Recht zur Auftragsdurchführung einzuräumen, mit der Folge, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, nur den Beauftragten das Auftragsgeschäft durchführen zu lassen und ausschließlich der Beauftragte berechtigt ist, den Auftrag auszuführen.<sup>43</sup>

Eine solche Rechtslage hat das Reichsgericht in einem Fall bejaht, in dem der Erfolg der Auftragsdurchführung dem Auftragnehmer allein oder ihm und dem Auftraggeber zugleich zugute kommen sollte und man deshalb davon ausgehen konnte, dass der Beauftragte zugleich ein eigenes Geschäft besorgt.<sup>44</sup> Dass der Auftrag auch ein Geschäft des Beauftragten darstellt, hat das Reichsgericht angenommen, weil der Beauftragte angewiesen wurde, eine dem Auftraggeber zustehende Forderung auf eigene Kosten beizutreiben, wobei gleichzeitig vereinbart wurde, dass der Beauftragte den Forderungsbetrag in der Höhe behalten konnte, als er ihn zur Befriedigung einer ihm gegen den Auftraggeber zustehenden Forderung benötigt hat.<sup>45</sup> Der BGH hat demgegenüber zur Feststellung, ob von den Parteien tatsächlich eine unwiderrufliche Bindung des Auftraggebers beabsichtigt war, auf die Rechtslage abgestellt, die eintreten würde, wenn der Auftraggeber dem Beauftragten die Durchführung des Auftragsgeschäfts unmöglich machen würde. Hat sich der Auftraggeber dem Beauftragten gegenüber bindend zur Übertragung des Auftragsgeschäfts an diesen verpflichtet, macht er sich dem Beauftragten gegenüber schadenersatzpflichtig,

---

<sup>39</sup>RG JW 1927, 1139, 1140; RGZ 53, 416, 419; BGH WM 71, 956; Palandt - Sprau § 671, 2; MK - Seiler<sup>4</sup> § 671, 7; Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 671, 8, 10; Soergel - Mühl<sup>12</sup> § 671, 3; Erman - Ehmann § 671, 4; RGRK - Steffen<sup>12</sup> § 671 9; Isele, Geschäftsbesorgung, S. 51 ff.

<sup>40</sup>RG JW 1927, 1139, 1140; BGH WM 71, 956, 957. In der Literatur ist die Ansicht der Rechtsprechung übernommen worden, vgl. Palandt - Sprau § 671, 2; Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 671, 10; Erman - Ehmann § 671, 4; RGRK - Steffen<sup>12</sup> § 671, 9.

<sup>41</sup>RG JW 1927, 1139, 1140.

<sup>42</sup>BGH WM 71, 956, 957.

<sup>43</sup>RGZ 53, 416, 419.

<sup>44</sup>RG JW 1927, 1139, 1140.

<sup>45</sup>RGZ 53, 416, 419.

wenn er die Durchführung des Auftragsgeschäfts vereitelt. Als Indiz für eine unwiderrufliche Bindung des Auftraggebers hat der BGH daher gefordert, dass der Willen des Auftraggebers darauf gerichtet sein muss, für alle dem Beauftragten aus der Nichtdurchführung des Auftragsgeschäfts entstehenden Schäden einzustehen, wenn die Auftragsdurchführung für den Beauftragten durch einen Widerruf des Auftraggebers unmöglich wird.<sup>46</sup>

## II. Konsequenzen für den unwiderruflichen Treuhandvertrag

### 1. Das Fehlen eines besonderen Interesses an der Vertragsdurchführung auf Seiten des Treuhänders

Folgt man der herrschenden Meinung, kann der Auftraggeber sein Widerrufsrecht dann, wenn der Treuhänder unentgeltlich für ihn tätig wird, nicht wirksam ausschließen. Das Erfordernis, von dem das Reichsgericht die Zulässigkeit des Widerrufsverzichts abhängig gemacht hat, nämlich dass auch der Beauftragte vom Erfolg des Auftragsgeschäfts profitiert, ist bei den über den Tod des Treugebers hinaus abgeschlossenen Treuhandverträgen nicht erfüllt. Denn der Treuhänder hat seine eigenen Belange bei der Durchführung des Treuhandvertrags vollständig in den Hintergrund zu stellen.<sup>47</sup> Vorteile materieller Art sind für den Treuhänder mit der Durchführung des unentgeltlichen Treuhandgeschäfts nicht verbunden. Die vom Treuhänder durch die Vermögensverwaltung erzielten Erträge werden regelmäßig zugunsten des vom Treugeber bestimmten Zwecks oder eines von ihm begünstigten Dritten eingesetzt. Dem Treuhänder stehen diese Erträge nicht zu.

In der gleichen Weise fehlt es an den Voraussetzungen, die nach der Ansicht des BGH gegeben sein müssen, damit ein vom Auftraggeber erklärter Widerrufsverzicht als wirksam angesehen werden kann. Bei einem Treuhandgeschäft, das der Treuhänder unentgeltlich für den Treugeber ausführt, profitiert der Treuhänder von der Durchführung des Rechtsgeschäfts in keiner Weise. Für den Treuhänder entstehen keine Nachteile, wenn der Treugeber den Treuhandvertrag beendet und einen anderen Treuhänder mit der Wahrnehmung des Treuhandgeschäfts beauftragt. Auf Seiten des Treuhänders sind somit keine Gründe vorhanden, die es rechtfertigen würden, ihm ein gegen den Treugeber gerichtetes verbindliches Recht zur Durchführung des Treuhandvertrags zuzugestehen, das sich im Fall des Auftragswiderrufs durch den Treugeber in einen gegen diesen gerichteten Schadenersatzanspruch umwandelt.

### 2. Der Sonderfall der fiduziarischen Stiftung

An diesem Ergebnis ändert sich auch im Fall der fiduziarischen Stiftung nichts. Zwar geht die herrschende Meinung davon aus, dass schon die Ausführung des Treuhandvertrags für den Treuhänder einen Vermögensvorteil darstellen kann, wenn dem Treuhänder Vermögenswerte zu dem Zweck übertragen worden sind, sie in Form einer fiduziarischen Stiftung zu verwalten. Wenn es sich bei dem Treuhänder um eine juristische Person handelt, deren Zweck mit dem des Stiftungszwecks identisch ist, kann nach allgemeiner Ansicht bereits die Begründung eines Treuhandverhältnisses mit dem Stiftungsträger als vermögensrechtliche Zuwendung im Sinn von § 516 angesehen werden, durch die der Treuhän-

---

<sup>46</sup>BGH WM 71, 956, 957.

<sup>47</sup>Vgl. Coing, Treuhand, S. 137.

der persönlich bereichert wird.<sup>48</sup> Da die juristische Person nicht von ihrem Zweck getrennt werden kann, wird eine Bereicherung des Treuhänders mit der Begründung angenommen, dass durch die Übertragung des Treuguts die eigenen, bestimmungsgemäßen Zwecke der als Treuhänder handelnden juristischen Person gefördert werden. Um die Gleichwertigkeit der Interessen bei einem Auftragsverhältnis bejahen zu können, hat die Rechtsprechung es jedoch nicht ausreichen lassen, dass die Ausführung des Auftrags für den Beauftragten in irgendeiner Weise vorteilhaft ist.<sup>49</sup> Damit das Auftragsgeschäft auch als Geschäft des Beauftragten angesehen werden kann, ist vielmehr erforderlich, dass der Beauftragte am Erfolg seiner geschäftlichen Tätigkeit beteiligt wird. Nur in Fällen, in denen der Beauftragte vom Ergebnis seiner Geschäftsführung selbst profitiert, weil ihm zum Beispiel ein bestimmter Anteil an dem von ihm erwirtschafteten Gewinn des Auftragsgeschäfts zugesagt worden ist, sieht die Rechtsprechung das Interesse des Beauftragten an der Geschäftsführung als hinreichend schutzwürdig an, um eine unwiderrufliche Beauftragung zu rechtfertigen.<sup>50</sup> Auch als Träger einer fiduziarischen Stiftung kann der Treuhänder aber weder einen Anteil am Treugut noch an den Erträgen des Treuguts für eigene Zwecke verwenden. Das ihm übertragene Vermögen hat er vielmehr mit dem Ziel des Werterhalts zu verwalten und zugunsten des im Stiftungsvertrag vom Stifter bezeichneten Kreises der Begünstigten zu einzusetzen. Die Identität, die zwischen dem Zweck der als Treuhänder tätigen juristischen Person und dem Zweck des Stiftungsgeschäfts besteht, stellt daher keinen Umstand dar, aus dem nach Ansicht der Rechtsprechung ein hinreichend schutzwürdiges Interesse des Treuhänders abgeleitet werden kann, das es rechtfertigen würde, es dem Treugeber zu untersagen, dem Treuhänder die Verwaltung des Treuguts durch einen Widerruf der Auftragserteilung zu entziehen.<sup>51</sup>

Da der Widerrufsverzicht, den der Treugeber in dem seinen Tod überdauernden Treuhandvertrag erklärt, auf der Grundlage der herrschenden Meinung als unzulässig und damit als unwirksam angesehen werden muss, soll im Anschluss geprüft werden, ob der herrschenden Meinung zu folgen ist oder ob entgegen der herrschenden Meinung von dem generellen Verbot des Widerrufsverzichts, abgesehen von dem Fall, dass der Auftrag auch den Interessen des Beauftragten dient, weitere Ausnahmen zugelassen werden müssen.

### III. Kritik

#### 1. Die Entstehungsgeschichte des § 671

Zur Begründung ihrer Ansicht stützt sich die herrschende Meinung u. a. auf die Entstehungsgeschichte des § 671, die dahin interpretiert wird, dass der Gesetzgeber nicht von der uneingeschränkten Widerrufsfreiheit des Auftraggebers ausgegangen sei.<sup>52</sup> Von der

---

<sup>48</sup>Vgl. RG JW 1909, 397; 1913, 640; RGZ 70, 15; 71, 140, 142; 105, 305, 308; RG Warn 1921 Nr. 120; Ebersbach, Handbuch, S. 176; Enneccerus/Lehmann § 125 II; Mestmäcker - Reuter, S. 132; Liermann, Die unselbständigen Stiftungen, S. 236 f.; Andrick/Suerbaum, S. 25; Andrick, S. 45 f; MK - Reuter<sup>5</sup> vor § 80, 94.

<sup>49</sup>Vgl. RG JW 1927, 1139, 1140.

<sup>50</sup>RG JW 1927, 1139, 1140.

<sup>51</sup>Im Ergebnis ebenso: MK - Reuter<sup>5</sup> vor § 80, 88; Coing, Treuhand, S. 104, die bereits den Eintritt eines Vorteils in der Person des Stiftungsträgers verneinen, weil dieser das Stiftungsvermögen ausschließlich erhalte, um es zugunsten anderer zu verwenden. Eine andere Ansicht wird für die fiduziarische Stiftung von Staud. - Rawert<sup>13</sup> vor § 80, 164 und Westebbe, S. 155, vertreten, die die schutzwürdigen Belange der Destinatäre als ausreichenden Grund ansehen, um einen Widerrufsverzicht des Treugebers zuzulassen.

<sup>52</sup>Vgl. Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 671, 2, 8; Soergel - Mühl<sup>12</sup> § 671, 3.



ersten Kommission ist der Grundsatz der Unverzichtbarkeit des Widerrufs beim Auftrag ausdrücklich angesprochen worden. § 597 des ersten Entwurfs, der der Regelung des § 671 I BGB entspricht, lautete:

"Der Auftraggeber kann den Auftrag zu jeder Zeit durch eine gegenüber dem Beauftragten abzugebende Erklärung widerrufen.

Auf die Widerruflichkeit kann nicht verzichtet werden."

Durch diese Regelung sollte ein Konflikt zum Rechtsinstitut der Vollmacht vermieden werden, für die der erste Entwurf ebenfalls vorsah, dass auf das Recht zum Widerruf nicht verzichtet werden konnte. Im Übrigen wurde zur Rechtfertigung des Widerrufsverbots beim Auftrag auf die Gründe verwiesen, die für den Ausschluss des Widerrufsverzichts bei der Vollmacht maßgeblich waren.<sup>53</sup> Dabei handelt es sich um die Erwägungen, aus denen die herrschende Meinung auch heute die grundsätzliche Unverzichtbarkeit des Widerrufsrechts folgert. Für die Unwiderruflichkeit der Vollmacht wurde der Umstand als ausschlaggebend angesehen, dass in einem Verzicht auf den Widerruf eine unzulässige Machtentäußerung liege, durch die der Vollmachtgeber sich einem fremden Willen unterwerfe.<sup>54</sup> Weiterhin wurde angenommen, dass die Vollmacht ein persönliches Vertrauensverhältnis darstelle, das mit dem Vertrauen, auf dem es beruht, enden müsse.

Von der zweiten Kommission wurden diese Argumente nicht als so gewichtig beurteilt, dass sie zwingend einen Widerrufsverzicht bei der Vollmacht und damit auch beim Auftrag verboten hätten. Denn der Nachsatz, der das ausdrückliche Verbot des Widerrufsverzichts enthielt, wurde von der zweiten Kommission sowohl bei der Vollmacht als auch beim Auftrag nicht mehr in den Text des Entwurfs aufgenommen.<sup>55</sup> Inhaltlich entsprach die Regelung der zweiten Kommission damit den heute geltenden §§ 168, 671 I. Zwar hat der Gesetzgeber auch bei der Streichung des im ersten Entwurf enthaltenen Verbots des Widerrufsverzichts an der Auffassung festgehalten, dass die Unzulässigkeit des Widerrufsverzichts für den eigentlichen Auftrag, der ausschließlich darauf abzielt, ein Geschäft des Auftraggebers in dessen Interesse auszuführen, ein richtiges Ergebnis darstelle.<sup>56</sup> Diesen Umstand sah der Gesetzgeber jedoch nicht als ausreichend an, um ein ausdrückliches Verbot des Widerrufsverzichts in den Gesetzestext aufzunehmen. Gegen ein gesetzliches Verzichtsverbot wurde insbesondere angeführt, dass eine solche Vorschrift zu Missverständnissen führen könne, weil Fälle denkbar seien, in denen ein solches Verbot der Interessenlage nicht gerecht werden würde, zum Beispiel wenn der Auftrag nicht nur im Interesse des Auftraggebers, sondern auch im Interesse des Beauftragten oder eines Dritten erteilt worden sei. In diesen Fällen sollte dem Auftraggeber nach dem ausdrücklichen Willen der zweiten Kommission ein Widerrufsverzicht möglich sein.<sup>57</sup>

Diese Ausführungen lassen die Schlussfolgerung zu, dass der Gesetzgeber bei der Streichung des § 597 II des ersten Entwurfs davon ausgegangen ist, dass ein praktisches Bedürfnis für die Erteilung unwiderruflicher Aufträge besteht, und dass er der Realisierung dieses Bedürfnisses keine rechtlichen Hindernisse entgegenstellen wollte. Der Umstand, dass der Gesetzgeber die beiden von ihm erwähnten Fälle eines zulässigen Widerrufsverzichts nicht als Ausnahmebestimmung neben dem Grundsatz der Unverzichtbarkeit des

<sup>53</sup>Mugdan, Materialien II, S. 304.

<sup>54</sup>Mugdan, Materialien I, S. 481.

<sup>55</sup>Mugdan, Materialien I, II § 138; Bd. II, II § 602.

<sup>56</sup>Mugdan, Materialien II, S. 304, 954.

<sup>57</sup>Mugdan, Materialien II, S. 954.

Widerrufsrechts ins Gesetz aufgenommen hat, deutet darüber hinaus darauf hin, dass der Gesetzgeber den Widerrufsverzicht nicht auf diese beiden Möglichkeiten beschränken, sondern immer dann zulassen wollte, wenn der Widerrufsverzicht eine den Parteiinteressen entsprechende Regelung darstellt. Mit der Entstehungsgeschichte des § 671 lässt sich daher die von der herrschenden Meinung vertretene Ansicht, dass der Verzicht auf das Widerrufsrecht des Auftraggebers nur dann zulässig sein könne, wenn der Auftrag auch den Interessen des Beauftragten dient, nicht begründen.

## 2. Die unzulässige Unterwerfung unter einen fremden Willen

Gegen die Zulässigkeit des Widerrufsverzichts wird von der herrschenden Meinung weiterhin eingewandt, dass der Auftraggeber sich durch den Ausschluss des Widerrufsrechts in unzulässiger Weise einem fremden Willen unterwerfe.<sup>58</sup> Diesem Einwand liegt die Überlegung zugrunde, dass der Auftrag ein fremdnütziges Rechtsgeschäft darstellt, dessen entscheidendes Kennzeichen darin besteht, dass der Beauftragte im fremden Interesse, nämlich dem des Auftraggebers tätig wird.<sup>59</sup> Mit der für den Auftrag charakteristischen Fremdnützigkeit wird es als unvereinbar angesehen, wenn der Auftraggeber sein Recht zur alleinigen Entscheidung über die Vertragsbeendigung verliert. Kann der Auftraggeber die Geschäftsführung durch den Beauftragten nicht mehr willkürlich beenden, entsteht nach Ansicht des Schrifttums und der Rechtsprechung eine Situation, in der sich der Auftraggeber dem von ihm bestellten Organ unterordnet und in der demzufolge die vom Gesetz vorgesehene Stellung des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten als die eines Geschäftsherren gegenüber seinem Geschäftsführer in ihr Gegenteil verkehrt wird.<sup>60</sup>

Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass eine infolge des Verzichts auf das Widerrufsrecht eintretende Fremdbestimmung nur dann zur Unzulässigkeit der Verzichtserklärung führen kann, wenn diese Fremdbestimmung den Tatbestand des § 138 I erfüllt.<sup>61</sup> Um Sittenwidrigkeit im Sinn von § 138 I bejahen zu können, ist es nicht ausreichend, dass eine vertragliche Vereinbarung vom Leitbild des Gesetzes abweicht. Nach der herrschenden Meinung wird durch § 138 I nur ein auf das Minimum der geltenden Moralvorstellungen beschränkter Mindestschutz gewährleistet.<sup>62</sup> Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit stellt eine äußerste Toleranzgrenze dar, die eine relativ hohe Eingriffsschwelle hat und nur besondere Extremfälle erfasst, die die Rechtsordnung nicht anerkennen kann, wenn sie sich nicht selbst in Frage stellen will.<sup>63</sup> Aus diesem Grund ist das Verdikt der Sittenwidrigkeit erst dann gerechtfertigt, wenn ein grober und besonders schwerwiegender Verstoß gegen die grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung gegeben ist.<sup>64</sup>

Gemessen an diesem Maßstab kann die durch den Verzicht auf das Widerrufsrecht entstehende Bindung des Auftraggebers nicht als sittenwidrig angesehen werden. Denn durch den Verzicht auf das Widerrufsrecht tritt keine Veränderung der beiden Parteien zustehenden Rechte und Pflichten ein, die zur Folge hat, dass der Beauftragte einen

<sup>58</sup>Vgl. Planck - Lobe § 671, 3 d.

<sup>59</sup>Staud. - Martinek<sup>14</sup> vor § 662, 28, § 662, 2.

<sup>60</sup>Vgl. Palandt - Sprau § 671, 2; Erman - Ehmann § 671, 4. Zu dem mit einer Vollmacht verbundenen Auftragsverhältnis vgl. ROHG 23, 324, 325; Dernburg, Preuß PrivatR I, § 114, 3.

<sup>61</sup>Vgl. Planck - Lobe § 671, 3 d.

<sup>62</sup>Vgl. BAG AP Nr. 29 zu Art. 12 GG; Larenz BGB AT § 22 III a, S. 440; v. Tuhr II/2, S. 24; Enneccerus/Nipperdey § 191 I, S. 1164; Staud. - Sack<sup>14</sup> § 138, 25.

<sup>63</sup>BAG JZ 75, 737, 738; BGH ZIP 94, 121; Staud. - Sack<sup>14</sup> § 138, 29.

<sup>64</sup>Larenz BGB AT § 22 III a, S. 439.

Zuwachs an Rechten erhält und es diesem möglich wäre, bei der Vornahme der Geschäftsbesorgung entgegen dem Willen des Auftraggebers zu handeln. Der Verzicht auf das Recht zum Widerruf durch den Auftraggeber ändert nichts daran, dass dieser gemäß § 665 weiterhin dazu berechtigt bleibt, durch die Ausübung des ihm zustehenden Weisungsrechts die Einzelheiten der Auftragsdurchführung zu bestimmen. Die dem Auftraggeber obliegende Pflicht zum Aufwendungsersatz verändert sich ihrem Umfang nach nicht. Auch im Rahmen eines unwiderruflichen Auftragsverhältnisses hat der Auftraggeber dem Beauftragten nach § 670 nur die Aufwendungen zu ersetzen, die dieser bei einer ordnungsgemäßen Auftragsdurchführung für erforderlich halten durfte. Einer unmittelbaren Fremdbestimmung durch den Beauftragten ist der Auftraggeber auch dann, wenn er auf sein Recht zum Widerruf verzichtet, nicht ausgesetzt, weil der Beauftragte, anders als der Bevollmächtigte, den Auftraggeber nicht rechtsgeschäftlich verpflichten kann. Soweit der Beauftragte im Zusammenhang mit der Geschäftsführung gegenüber Dritten für den Auftraggeber tätig wird, verpflichtet er nur sich selbst.<sup>65</sup> Durch die rechtliche Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses und insbesondere das Weisungsrecht des § 665 wird der Auftraggeber davor geschützt, dass der Beauftragte mit für ihn bindender Wirkung Entscheidungen treffen kann, die weder dem Willen des Auftraggebers noch dem Inhalt des erteilten Auftrags entsprechen. Aus diesem Grund ist es entgegen der herrschenden Meinung nicht gerechtfertigt, die vertragliche Bindung lediglich deshalb, weil sie durch den Auftraggeber nicht mehr willkürlich beendet werden kann, als eine den Wertentscheidungen der Rechtsordnung oder der Rechtsnatur des Auftrags widersprechende unzulässige Unterwerfung unter den Willen des Beauftragten anzusehen.

### 3. Das Auftragsverhältnis als besonderes Vertrauensverhältnis

#### a) Das Vorhandensein eines besonderen Vertrauens zwischen den Vertragsparteien

Nach der Ansicht der herrschenden Meinung kann die Rechtsfolge der grundsätzlichen Unverzichtbarkeit des Widerrufsrechts vor allem einer am Sinn und Zweck des § 671 orientierten Auslegung entnommen werden,<sup>66</sup> nach der ein Widerrufsverzicht durch den Auftraggeber dann, wenn der Auftrag nur seinen Interessen dient, nicht mit dem Wesen des Auftragsverhältnisses als einem persönlichen Vertrauensverhältnis vereinbart werden kann.<sup>67</sup> Diese Argumentation geht davon aus, dass es sich beim Auftragsverhältnis um ein zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten bestehendes besonderes Vertrauensverhältnis handelt, das der Auftraggeber nach seinem Ermessen beenden können muss und das aus diesem Grund im Hinblick auf die Vertragsbeendigung eine Bindung des Auftraggebers an den Willen des Beauftragten verbietet.<sup>68</sup> Mit der Rechtsnatur des Auftrags als einem Vertrauensverhältnis wird es für unvereinbar gehalten, dass der Auftraggeber infolge des Widerrufsverzichts das Vertragsverhältnis auch dann nicht beenden kann, wenn das zwischen ihm und dem Beauftragten bestehende Vertrauensverhältnis gestört ist.<sup>69</sup>

Als Begründung für die generelle Unverzichtbarkeit des Widerrufsrechts ist diese Überlegung nicht geeignet, weil nicht jedes Auftragsverhältnis notwendigerweise als ein beson-

---

<sup>65</sup>Palandt - Sprau § 667, 5.

<sup>66</sup>Unklar insoweit RG 3, 186, 187; 30, 122, 124; BGH WM 71, 956.

<sup>67</sup>Vgl. Soergel - Mühl<sup>12</sup> § 671, 3.

<sup>68</sup>BGH WM 71, 956; Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 671, 1; Soergel - Mühl<sup>12</sup> § 671, 1; Erman - Ehmann § 671, 1.

<sup>69</sup>Vgl. ROHG 23, 324, 325; BGH WM 71, 956; Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 671, 1; Soergel - Mühl<sup>12</sup> § 671, 1; Erman - Ehmann § 671, 1.

deres Vertrauensverhältnis angesehen werden muss. Wenn ein Schuldverhältnis abgeschlossen wird, beschränkt sich das Vertrauen der Parteien im Normalfall darauf, dass der Vertragspartner die geschuldete Leistung ordnungsgemäß erbringt und dass er die im Rahmen des konkreten Leistungsverhältnisses bestehenden Nebenleistungspflichten nicht verletzt.<sup>70</sup> Der Umstand, dass die Parteien auf eine ordnungsgemäße Leistung und das Unterlassen von Vertragsverletzungen vertrauen, lässt sich bei jedem Schuldverhältnis feststellen und kann deshalb nicht die Grundlage eines besonderen Vertrauensverhältnisses bilden.<sup>71</sup> Die Beurteilung eines Schuldverhältnisses als gesteigertem Vertrauensverhältnis setzt vielmehr das Vorliegen besonderer Anhaltspunkte voraus, aus denen sich entnehmen lässt, dass die Vertragsparteien einander ein im Vergleich zum Normalfall erhöhtes Vertrauen entgegenbringen. Die Rechtsprechung hat diese Voraussetzung mit den Begriffen des "vertrauensvollen Einvernehmens" oder der "personellen Zusammenarbeit" der Beteiligten, die ein "ungeteiltes Vertrauen" erfordere, umschrieben.<sup>72</sup> Beim Auftragsverhältnis kann von einem im Vergleich zum normalen Schuldverhältnis gesteigerten Vertrauen zwischen den Vertragsparteien insbesondere dann ausgegangen werden, wenn dem Beauftragten eine weitgehend selbständige Tätigkeit übertragen worden ist. In diesem Fall vertraut der Auftraggeber nicht lediglich darauf, dass der Vertragsgegner die ihm obliegende Leistungspflicht ordnungsgemäß erfüllt, sondern er verlässt sich darüber hinaus darauf, dass bei der Vertragsdurchführung seine Interessen in optimaler Weise gewahrt werden. Das besondere Vertrauen des Geschäftsherrn hat seine Grundlage in dem Ermessensspielraum, der dem Handelnden eingeräumt ist und in dessen Rahmen er weitgehend selbständig entscheidet sowie darin, dass der Prinzipal die Tätigkeit des Beauftragten aus diesem Grund weder beaufsichtigen noch kontrollieren kann.<sup>73</sup>

Zwar soll nicht bestritten werden, dass das Auftragsverhältnis eine selbständige Tätigkeit des Beauftragten zum Gegenstand haben kann und das Vertragsverhältnis aus diesem Grund als Vertrauensverhältnis zu beurteilen ist. Aber diese Besonderheiten lassen sich nicht bei jeder Beauftragung feststellen. Während das Merkmal der selbständigen Tätigkeit für den Begriff des Geschäftsbesorgungsvertrags gemäß § 675 konstitutiv ist, kann dem Beauftragten sowohl eine selbständige als auch eine unselbständige Tätigkeit übertragen werden.<sup>74</sup> Begrifflich setzt das Auftragsverhältnis nicht voraus, dass eine fremdnützige und zugleich selbständige Tätigkeit geschuldet ist, die keiner Kontrolle durch den Auftraggeber unterworfen ist. Der Auftraggeber braucht dem Beauftragten nicht eine so weitgehende Zuständigkeit zu übertragen, dass er sich dessen Entscheidung praktisch ausliefert. Er ist vielmehr dazu in der Lage, bereits bei Vertragsabschluss oder nachträglich durch die Ausübung des Weisungsrechts gemäß § 665 die Tätigkeit des Beauftragten inhaltlich so bis ins Einzelne festzulegen, dass sich die Entscheidungsfreiheit des Beauftragten auf unwesentliche Punkte oder das "Ob" der Geschäftsvornahme beschränkt.

#### b) Der über den Tod des Treugebers hinaus fortdauernde Treuhandvertrag

Eine weitgehende Reduzierung des dem Beauftragten zustehenden Entscheidungsspielraums lässt sich bei den über den Tod des Treugebers hinaus wirksamen Treuhandverträgen feststellen. Hier ist der Treugeber daran interessiert, schon im Zeitpunkt des Ver-

<sup>70</sup>Vgl. Esser/Schmidt SR I/1 § 6 I ff.

<sup>71</sup>Vgl. MK - Roth<sup>5</sup> § 242, 145 ff.

<sup>72</sup>Vgl. BGHZ 80, 346, 347.

<sup>73</sup>Vgl. Rumpf AcP 119, 25.

<sup>74</sup>Vgl. MK - Seiler<sup>4</sup> § 662, 12; Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 675, A 11.

tragsabschlusses umfassende Handlungsanweisungen an den Treuhänder in den Vertrag aufzunehmen, weil er davon ausgeht, dass seine Erben an der Durchführung des Auftragsverhältnisses und an einer Überwachung des Treuhänders kein Interesse haben werden. Daher sind die Parteien bestrebt, die Verwaltungstätigkeit des Treuhänders möglichst detailliert festzulegen und im Vertrag Regelungen zu treffen, durch die dem Eintritt sämtlicher für wahrscheinlich gehaltener zukünftiger Ereignisse Rechnung getragen wird. Bei der Vertragsdurchführung ist der Treuhänder – abgesehen vom Eintritt ganz unwahrscheinlicher, von den Parteien nicht vorhergesehener Umstände – an diese Anordnungen gebunden, ohne dass ihm ein nennenswerter Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen bleibt. Ergibt sich eine Situation, mit der die Parteien bei Vertragsabschluß nicht gerechnet haben und die aus diesem Grund im Treuhandvertrag nicht berücksichtigt worden ist, wird die Entscheidungsbefugnis des Treuhänders durch § 665 begrenzt. Nach dieser Vorschrift ist der Treuhänder zu einem eigenständigen Handeln nur insoweit berechtigt, als seine Tätigkeit aus seiner Sicht objektiv dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entspricht.<sup>75</sup> Damit können die über den Tod des Treugebers hinaus wirksamen Treuhandverträge in der Regel nicht als Auftragsverhältnisse angesehen werden, denen ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Beauftragten auf der einen Seite und dem Auftraggeber in der Person des Erblassers und der ihm nachfolgenden Erben auf der anderen Seite, zugrunde liegt.

Wenn es Auftragsverhältnisse gibt, bei denen ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten nicht vorliegt, ist das Merkmal des besonderen Vertrauensverhältnisses entgegen der herrschenden Meinung nicht geeignet, um daraus einen generellen Rückschluss auf die Unverzichtbarkeit des Widerrufsrechts beim Auftragsverhältnis zu ziehen.

#### IV. Der Auftrag als fremdnütziges Rechtsgeschäft

Geht man vom Charakter des Auftrags als einem fremdnützigem Rechtsgeschäft aus, erscheint es folgerichtig, dem Auftraggeber unabhängig vom Inhalt des zugrunde liegenden Auftragsverhältnisses die Möglichkeit zu einem Widerrufsverzicht immer dann zu eröffnen, wenn der Verzicht auf das Widerrufsrecht seinen Interessen dient.<sup>76</sup>

Dem gesetzlichen Leitbild des Auftrags liegt die Vorstellung zugrunde, dass dem Beauftragten die Befugnis, im Rechtskreis des Auftraggebers tätig zu werden, stets zur Erreichung eines bestimmten Zwecks übertragen wird. Der Zweck der dem Beauftragten zustehenden Machtbefugnis hat seine Grundlage in dem Rechtsverhältnis, das zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten begründet wurde.<sup>77</sup> Aus diesem Rechtsverhältnis kann nicht nur abgeleitet werden, ob die dem Beauftragten zustehenden Befugnisse diesem ausschließlich im Interesse des Auftraggebers eingeräumt wurden oder ob sie auch dem Interesse des Beauftragten oder dritter Personen dienen sollen. Aus dem rechtlichen Zweck, der den Machtbefugnissen des Beauftragten zugrunde liegt, ergibt sich auch, in welchen Grenzen der Beauftragte an den Willen des Auftraggebers gebunden sein soll und insbesondere, ob seine Rechtsstellung nicht gegen seinen Willen durch die einseitige Entscheidung des Auftraggebers aufgehoben werden kann oder ob sie frei widerruflich

---

<sup>75</sup>Vgl. Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 665, 3, 13.

<sup>76</sup>Im Ergebnis ebenso: Molitor, S. 66 f.

<sup>77</sup>Vgl. Isele, S. 51.

ist.<sup>78</sup> Ist vom Treugeber bestimmt worden, dass der Treuhandvertrag seinen Tod überdauern soll, stellt der Verzicht des Treugebers auf sein Widerrufsrecht ein unerlässliches Mittel dar, um zu erreichen, dass die Vertragsdurchführung nach dem Tod des Treugebers auch gegen den Willen seiner Erben möglich ist.<sup>79</sup> Dass der Treugeber auf sein Recht zum Widerruf verzichtet, entspricht somit dem Zweck des Treuhandverhältnisses, dessen Fortbestand nach den Vorstellungen der Parteien nach dem Tod des Erblassers gegen eine seitens der Erben vorgenommene Vertragsbeendigung abgesichert werden soll.

Mit dem Rechtscharakter des Auftrags als einem fremdnützigem Rechtsgeschäft ist diese Vertragsgestaltung vereinbar. Inhaltlich handelt es sich beim Auftrag um ein Rechtsverhältnis, durch das in erster Linie die Interessen des Auftraggebers gefördert werden.<sup>80</sup> Dieser Zweckbestimmung des Auftrags liegt der Gedanke zugrunde, dass der Auftraggeber mit Hilfe des Auftragsverhältnisses – im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen – seine Interessen selbständig wahrnehmen können soll.<sup>81</sup> Demzufolge ist mit dem gesetzlichen Leitbild des Auftrags jede Regelung vereinbar, durch die die Interessen des Auftraggebers verwirklicht werden, ohne dass gleichzeitig schutzwürdige Belange des Auftraggebers oder des Beauftragten verletzt werden.<sup>82</sup> Eine solche Situation ist gegeben, wenn der Treugeber eines über seinen Tod hinaus abgeschlossenen Treuhandvertrags auf sein Recht zum Widerruf verzichtet. Die Abbedingung des Widerrufsrechts entspricht in diesem Fall seinem Interesse, weil er nur so sicherstellen kann, dass seine Erben den Treuhandvertrag nach seinem Tod nicht gegen seinen Willen beenden. Die mit dem Widerrufsverzicht verbundenen Nachteile, die in der auch für den Treugeber unabänderbaren Bindung an das Treuhandverhältnis bestehen, nimmt der Treugeber in Kauf, um eine unwiderrufliche Bindung der Erben an den Vertrag herzustellen.

Da der Treuhandvertrag vom Treugeber in der Regel so ausgestaltet wird, dass er nach seinem Tod ohne die Mitwirkung der Erben fortbestehen kann, ist nach dem Tod des Treugebers auch eine Verletzung schutzwürdiger Belange der Erben, die mit dem Erbfall die Rechtsstellung des Auftraggebers übernehmen, nicht gegeben. Finanzielle Belastungen entstehen mit der Fortdauer des Auftragsverhältnisses für die Erben nicht, weil der Treuhänder zur Wahrnehmung der von ihm zu erfüllenden Aufgabe nur das ihm überlassene Kapital und dessen Erträge einsetzt. Auch ist der Treuhänder bei der Erfüllung des Treuhandvertrags regelmäßig nicht auf Weisungen oder eine andersartige Mitwirkung der Erben des Treugebers angewiesen. Der zu Lebzeiten des Treugebers abgeschlossene Treuhandvertrag enthält normalerweise hinsichtlich der Verwaltung und Verwendung des übertragenen Kapitals so detaillierte Bestimmungen, dass der Treuhänder dazu in der Lage ist, die ihm obliegenden Aufgaben nach dem Tod des Treugebers ohne eine Mitwirkung der Erben wahrzunehmen. Die einzige Folge, die aus dem unkündbaren Treuhandverhältnis für die Erben des Auftraggebers resultiert, besteht darin, dass sie die Treugeberstellung des Erblassers übernehmen. Da das Treuhandvermögen ausschließlich durch den Treuhänder verwaltet wird, ist diese Rechtsstellung für die Erben jedoch nicht mit der Entstehung von für sie belastenden Pflichten verbunden. Bei einer solchen Interessenlage liegen Gründe, die es rechtfertigen, dem Treugeber die Möglichkeit zu verwehren, das

---

<sup>78</sup>Vgl. Isele, S. 52 f.

<sup>79</sup>Vgl. die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 3.11.1988 11 U 154/88 S. 5 - unveröffentlicht.

<sup>80</sup>Staud. - Martinek<sup>14</sup> vor § 662, 28, § 662, 2.

<sup>81</sup>Staud. - Martinek<sup>14</sup> vor § 662, 28, § 665, 1.

<sup>82</sup>Vgl. Mühl in Soergel<sup>12</sup> § 671, 3, der einen Widerrufsverzicht immer dann für möglich hält, wenn berechnete Interessen des Auftraggebers dadurch nicht beeinträchtigt werden.

Treuhandverhältnis als ein für sich bindendes Rechtsverhältnis zu gestalten, nicht vor.<sup>83</sup> Vielmehr entspricht es bei den den Tod des Treugebers überdauernden Treuhandverträgen gerade der grundsätzlichen Ausrichtung des Auftragsverhältnisses auf die Interessen des Auftraggebers, wenn diesem ein Spielraum zu einem Verzicht auf das Widerrufsrecht eingeräumt wird.

Oben ist festgestellt worden, dass durch einen vom Treugeber ausgesprochenen Verzicht auf das Widerrufsrecht weder die Gefahr einer Fremdbestimmung durch den Treuhänder noch die einer unzulässigen "Selbstentmündigung" begründet wird.<sup>84</sup> Wenn aber sichergestellt ist, dass der Verzicht auf das Widerrufsrecht schutzwürdige Belange des Auftraggebers und seiner Erben nicht verletzt, ist eine Einschränkung der privatautonomen Gestaltungsmacht des Auftraggebers bei der Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses nicht gerechtfertigt. In diesen Fällen muss eine Disposition des Auftraggebers über sein Widerrufsrecht immer dann möglich sein, wenn der Auftraggeber sich in Kenntnis der für ihn entstehenden Rechtsfolgen durch eine freie und unbeeinflusste Entscheidung dafür ausgesprochen hat, das Auftragsverhältnis als unwiderruflichen Vertrag abzuschließen. Sind keine Anhaltspunkte vorhanden, die für eine Schutzbedürftigkeit des Auftraggebers vor der Begründung einer unwiderruflichen Vertragsbindung sprechen, fehlt die Legitimation für die Beschränkung der Vertragsfreiheit, die in der Versagung eines Verzichts auf das Widerrufsrecht liegt. Der Vertragstyp des Auftrags ist dadurch gekennzeichnet, dass der Auftraggeber dem Beauftragten eine bestimmte Rechtsmacht einräumt, die dieser erhält, um zu Gunsten des Auftraggebers in dessen Rechtskreis tätig zu sein.<sup>85</sup> Da für die Beauftragung begriffswesentlich ist, dass die Interessen des Geschäftsherrn verwirklicht werden,<sup>86</sup> ist dieser berechtigt, Art und Umfang der Tätigkeit des Geschäftsbesorgers festzulegen. Geht man vom Sinn und Zweck des Auftrags als einem Rechtsgeschäft aus, bei dem nur die Belange des Geschäftsherrn von Bedeutung sind, führt der Fortbestand des Widerrufsrechts gegen den Willen des Auftraggebers dann, wenn der Widerrufsverzicht nicht als für den Auftraggeber nachteilig qualifiziert werden muss, zu einer unzulässigen Verkürzung der dem Auftraggeber zustehenden Privatautonomiebefugnisse. Bei den den Tod des Treugebers überdauernden Treuhandverträgen stellt daher das gesetzlich verankerte Leitbild des Auftrags als ein ausschließlich den Interessen des Auftraggebers dienendes Rechtsgeschäft, die materielle Rechtfertigung für die Zulassung eines durch den Auftraggeber ausgesprochenen Widerrufsverzichts dar.

Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, dass die gesetzlichen Bestimmungen des Auftragsrechts entgegen der herrschenden Meinung einem Verzicht des Auftraggebers auf sein Recht zum Widerruf des Treuhandverhältnisses zumindest dann nicht entgegenstehen, wenn der Widerrufsverzicht im Interesse des Auftraggebers erfolgt. Damit ist der Ausschluss des Rechts zur Vertragsbeendigung, der in einem vom Treugeber abgeschlossenen unentgeltlichen Treuhandvertrag enthalten ist, wirksam.

---

<sup>83</sup>Die Abbedingung des in § 671 vorgesehenen Widerrufsrechts wird in der Literatur bei einem Treuhandvertrag von Westebbe, S. 190, 154 f.; Ebersbach, S. 179; Seifart/v. Campenhausen - Hof § 36, 41 mit FN 63, 144; Staud. - Rawert<sup>13</sup> vor § 80, 160, 164 für zulässig gehalten. A. A. Reuter, der das Widerrufsrecht des § 671 dann, wenn dem Treuhandverhältnis ein Auftrag zugrunde liegt, generell für unabdingbar hält, MK - Reuter<sup>5</sup> vor § 80, 88.

<sup>84</sup>Zweiter Teil C III 2.

<sup>85</sup>Vgl. Isele, S. 7.

<sup>86</sup>Vgl. Isele, S. 38.

## **D. Der Ausschluss des Kündigungsrechts beim entgeltlichen Treuhandvertrag**

Erhält der Treuhänder für seine Tätigkeit ein Honorar, ist das Treuhandverhältnis ein Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675. Da § 675 I auf § 671 I keinen Bezug nimmt, richtet sich die Kündigung des entgeltlichen Treuhandvertrags nach den Bestimmungen des Dienstvertrags.<sup>87</sup>

### **I. Das Kündigungsrecht gemäß § 620**

Ein entgeltlicher Treuhandvertrag kann sowohl vom Treuhänder als auch vom Treugeber nach §§ 620, 621 gekündigt werden. Treuhandverträge, die für eine bestimmte Dauer abgeschlossen worden sind, enden mit Zeitablauf von selbst. Aus einem Umkehrschluss aus § 620 II, der das ordentliche Kündigungsrecht ausdrücklich dann vorsieht, wenn die Dauer des Dienstvertrags nicht bestimmt ist, entnimmt die herrschende Meinung, dass ein befristeter Dienstvertrag grundsätzlich unter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts zustande kommt.<sup>88</sup> § 620 I schließt allerdings eine Vereinbarung nicht aus, nach der einer oder beiden Vertragsparteien zusätzlich ein Recht zur ordentlichen Kündigung zustehen soll.<sup>89</sup> Die Annahme einer solchen Vereinbarung setzt jedoch voraus, dass die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung in den Vertragsdokumenten ausdrücklich erwähnt wird, was dann, wenn das Treuhandverhältnis nach dem Willen des Treugebers nicht vorzeitig beendet werden soll, regelmäßig nicht der Fall ist.

Wurde der Treuhandvertrag für unbestimmte Zeit abgeschlossen, besteht für beide Vertragsparteien ein Recht zur ordentlichen Kündigung nach §§ 620 II, 621. Soll der Treuhandvertrag auch für die Erben des Treugebers bindend sein, entspricht es dem Vertragszweck, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung abbedungen wird. Bedenken gegen einen Verzicht auf das Kündigungsrecht werden nicht unmittelbar aus der Vorschrift des § 620 II abgeleitet. Umstritten ist in der Literatur jedoch, ob es mit der Rechtsnatur des Dauerschuldverhältnisses vereinbar ist, wenn bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet wird. Auf die Frage, ob der Verzicht auf das Kündigungsrecht bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis zugelassen werden kann, wird in Teil 3 eingegangen.

### **II. Das Kündigungsrecht gemäß § 627**

Wenn der Treugeber den Treuhänder mit der Verwaltung des Treuguts beauftragt hat, weil er gerade der Person des Treuhänders ein besonderes Vertrauen entgegenbringt, kommt als Recht zur Vertragsbeendigung, das durch den im Treuhandvertrag enthaltenen Kündigungsverzicht abbedungen wird, grundsätzlich auch das Kündigungsrecht des § 627 in Betracht.<sup>90</sup> § 627 enthält ein außerordentliches Kündigungsrecht, das von den Parteien

---

<sup>87</sup>Vgl. BGH DB 82, 2346, 2347; Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 675, A 30.

<sup>88</sup>BAG AP 55, 195 § 620 BGB befr. Arbeitsvertrag; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 620, 4; Palandt - Weidenkaff § 620, 10; Erman - Belling § 620, 2.

<sup>89</sup>Palandt - Weidenkaff § 620, 10; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 620, 4.

<sup>90</sup>Vgl. Liebich/Mathews, S. 125; Westebbe, S. 154.



individualvertraglich ausgeschlossen werden kann.<sup>91</sup> Mit der Regelung des § 627 wollte der Gesetzgeber den Parteien eines Dienstvertrags eine gegenüber § 626 erweiterte Kündigungsmöglichkeit für den Fall zur Verfügung stellen, dass das dem Dienstvertrag zugrunde liegende Vertrauensverhältnis sein Ende gefunden hat.<sup>92</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die Entstehung des Kündigungsrechts jedoch bei einem dauernden Dienstverhältnis, das zugunsten des Dienstverpflichteten einen Anspruch auf regelmäßige Entgelte vorsieht, ausgeschlossen sein, § 627 I. Bei Verträgen dieser Art erkennt der Gesetzgeber das Interesse des Dienstverpflichteten am Erhalt des insoweit garantierten Einkommens als schutzwürdig an. Das Interesse beider Vertragsparteien an einer Lösungsmöglichkeit beim Eintritt von Umständen, die objektiv keinen wichtigen Grund zu einer außerordentlichen Kündigung im Sinn von § 626 I darstellen, hat hinter dem Interesse des Dienstverpflichteten an der Auszahlung regelmäßiger Bezüge zurückzustehen.<sup>93</sup> Damit ein Dienstverhältnis als "dauernd" angesehen werden kann, ist es ausreichend, dass der Vertrag auf eine längere Laufzeit angelegt ist, wobei bereits eine Vertragsdauer von einem Jahr ausreichen kann.<sup>94</sup>

Da die den Tod des Treugebers überdauernden Treuhandverträge in der Regel für einen längeren Zeitraum als ein Jahr oder sogar mit unbefristeter Dauer abgeschlossen werden und der entgeltliche Treuhandvertrag dem Treuhänder normalerweise einen spätestens nach Ablauf eines Jahres entstehenden Entgeltanspruch zuweist, kann das Treuhandverhältnis nicht als ein Vertrauensverhältnis angesehen werden, das den Tatbestand des § 627 verwirklicht.<sup>95</sup> Das Kündigungsrecht des § 627 kommt daher als Gegenstand des vom Treugeber vorgenommenen Kündigungsverzichts nicht in Betracht.

### III. Das Kündigungsrecht gemäß §§ 626, 314

Das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund stellt ein Element dar, das allen längerfristigen Rechtsverhältnissen inhärent ist.<sup>96</sup> Das außerordentliche Kündigungsrecht garantiert beiden Vertragsparteien als ultima ratio eine Kündigungsmöglichkeit dann, wenn der Fortbestand des Vertragsverhältnisses mit allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen unvereinbar wäre. Sein Tatbestand ist erfüllt, wenn zumindest einer Partei die Fortsetzung des Vertrags unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zugemutet werden kann.<sup>97</sup> Das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist Ausdruck einer allgemeinen Grenze der Privatautonomie, nach der die Rechtsordnung eine vertragliche Bindung über das Maß des Zumutbaren hinaus nicht zulassen darf.<sup>98</sup> Sein vertraglicher oder gesetzlicher Ausschluss stellt eine Verletzung des von Art. 1 I, 2 I GG geschützten Selbstbestimmungsrechts der Vertragsparteien dar.<sup>99</sup> Aus diesem Grund kann das Recht zur außerordentlichen Kündigung individualver-

<sup>91</sup> RGZ 105, 416, 417 f.; Palandt - Weidenkaff § 627, 5; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 627, 6; MK - Henssler<sup>4</sup> § 627, 29.

<sup>92</sup> Mugdan, Materialien II, S. 1256; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 627, 4.

<sup>93</sup> Staud. - Preis<sup>14</sup> § 627, 15.

<sup>94</sup> BGHZ 90, 280, 284; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 627, 15; MK - Henssler<sup>4</sup> § 627, 10.

<sup>95</sup> A. A. Westebbe, S. 154, der bei der fiduziarischen Stiftung davon ausgeht, dass das Kündigungsrecht des § 627 entsteht, aber von den Parteien des Treuhandvertrags bei Vertragsabschluss oder nachträglich abgedungen wird.

<sup>96</sup> Vgl. Gernhuber, Schuldverhältnis, § 16 II 5.

<sup>97</sup> Vgl. BGH NJW 78, 947; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 626, 49; MK - Henssler<sup>4</sup> § 626, 72.

<sup>98</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 626 BGB; Oetker, S. 455 ff.; GK - Hillebrecht § 626 BGB, Rz 37; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 626, 38; Preis, Prinzipien, S. 59 ff.

<sup>99</sup> Zöllner, Gutachten 52. DJT, D 119 f.; Preis, Prinzipien, S. 59 ff.; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 626, 40.

traglich nicht abbedungen werden. Wenn die Parteien das Recht zur Vertragskündigung ausschließen, lässt eine solche Regelung das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund daher unberührt. Das außerordentliche Kündigungsrecht wird damit von dem im Treuhandvertrag enthaltenen Kündigungsverzicht nicht erfasst, es steht dem Treugeber als Mittel zur Vertragsbeendigung vielmehr weiterhin zur Verfügung.

## **Dritter Teil: Die Vereinbarkeit einer unkündbaren Bindung mit dem Charakter des Treuhandvertrags als einem Dauerschuldverhältnis**

### **A. Die besonderen Strukturen des Dauerschuldverhältnisses**

#### I. Die Definition des Dauerschuldverhältnisses

Als Ergebnis der vorangegangenen Ausführungen steht fest, dass der Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung durch Kündigung oder Widerruf bei dem über den Tod des Treugebers hinaus abgeschlossenen Treuhandvertrag mit den Grundsätzen des Auftragsverhältnisses und des Geschäftsbesorgungsvertrags vereinbar ist. Dass die gesetzlichen Bestimmungen den Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung zulassen, ist beim langfristigen oder unbefristeten Treuhandvertrag jedoch nicht ausreichend, um daraus abschließend die Zulässigkeit des Kündigungsverzichts zu folgern, da es sich bei dem vom Erblasser abgeschlossenen Rechtsgeschäft regelmäßig um ein Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem in Literatur und Rechtsprechung umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung zugelassen werden kann.

Eine allgemeine Definition für das Dauerschuldverhältnis kennt das Gesetz nicht.<sup>1</sup> Die heute herrschende Meinung beschreibt das Dauerschuldverhältnis mit Hilfe zweier unterschiedlicher Formulierungen. Überwiegend wird unter einem Dauerrechtsverhältnis ein Schuldverhältnis verstanden, bei dem der Umfang der Gesamtleistung von der Länge der Zeit abhängt, während der die Leistung erbracht werden soll, so dass man sagen kann, dass das Zeitmoment ein konstitutives Element der Leistung selbst ist.<sup>2</sup> Eine andere Ansicht sieht das entscheidende Merkmal des Dauerschuldverhältnisses unter Berufung auf Esser<sup>3</sup> darin, dass es eine zeitlich andauernde Leistungspflicht enthält, und dass diese Dauerleistungspflicht eine während der gesamten Vertragszeit ständig vorhandene Pflichtanspannung zur Folge hat.<sup>4</sup> Charakteristisch für das Dauerschuldverhältnis sind danach zwei Kriterien. Zum einen die notwendige Verbindung von Leistung und Zeitraum, die sich darin äußert, dass beim Dauerschuldverhältnis der Umfang der Leistung durch die Länge des Zeitraums, während dessen das Schuldverhältnis besteht, bestimmt wird. Das andere Element besteht in der "ständigen Pflichtanspannung" des Schuldners. Nicht einheitlich beurteilt wird, ob diese beiden Kriterien stets kumulativ vorliegen müssen,<sup>5</sup> wobei je nach der Lage des einzelnen Falls eines der Merkmale in den Vordergrund rücken kann oder ob die Zuordnung zur Gruppe der Dauerschuldverhältnisse in erster Linie von der Art der geschuldeten Leistung abhängt und dem Merkmal der "Pflichtanspannung" daneben keine besondere Bedeutung zukommt.<sup>6</sup> Übereinstimmung zwischen diesen beiden Ansichten besteht allerdings insoweit, als eine Dauerleistungsverpflichtung jedenfalls immer dann angenommen wird, wenn eine Partei zu einem fortdauernden positiven Verhalten wie einer

<sup>1</sup>Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses geht auf Otto v. Gierke zurück, JhJb 64, 359.

<sup>2</sup>Vgl. Larenz SR AT § 2 VI; Horn, S. 561; Soergel - Wiedemann<sup>12</sup> vor § 323, 58; MK - Gaier<sup>5</sup> § 314, 5; MK - Kramer<sup>5</sup> Einl § 241, 96; Huber, Leistungsstörungen, § 46 I 1; Medicus SR AT § 2 II 1 b, Rz 11; Weber, Lehre, S. 114, 118. Kritisch zum Zeitmoment als Abgrenzungskriterium des Dauerschuldverhältnisses Staud. - Olzen<sup>14</sup> § 241, 352 ff.

<sup>3</sup>Schuldrecht<sup>2</sup> § 20 I, S. 61.

<sup>4</sup>Vgl. Palandt - Grüneberg § 314, 2; Soergel - Teichmann<sup>12</sup> § 241, 6; RGRK - Alff<sup>12</sup> vor § 241, 15.

<sup>5</sup>Dafür offenbar die h. M., vgl. Esser/Schmidt SR I/1 § 15 II; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 16 I 1 b.

<sup>6</sup>Dafür sprechen sich Horn, S. 561 und Wiedemann in Soergel<sup>12</sup> vor § 323, 59 aus.

Dienstleistung, § 611 I, verpflichtet ist.<sup>7</sup> In diesem Fall sind die vom Schrifttum zur Bejahung des Dauerschuldverhältnisses geforderten Kriterien wie die Verbindung von Leistung und Zeitraum und das Vorhandensein einer "ständigen Pflichtanspannung" stets erfüllt. Bei dem über den Tod des Treugebers hinaus wirksamen Treuhandvertrag stellt die Verwaltungstätigkeit des Treuhänders eine solche, für das Dauerschuldverhältnis konstitutive Dauerleistungsverpflichtung dar. Da das Vorliegen von zumindest einer Dauerleistungsverpflichtung von der herrschenden Meinung als ausreichend angesehen wird, um ein langfristiges Schuldverhältnis als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren,<sup>8</sup> ist der über den Tod des Treugebers hinaus wirksame Treuhandvertrag der Gruppe der Dauerschuldverhältnisse zuzuordnen.

## II. Die gesonderte rechtliche Behandlung des Dauerschuldverhältnisses

Der Gesetzgeber ist bei der Konzeption der Vorschriften über den Auftrag und den Geschäftsbesorgungsvertrag von einem Rechtsgeschäft ausgegangen, das inhaltlich auf die Durchführung eines bestimmten Einzelgeschäfts durch den Beauftragten für den Geschäftsherrn gerichtet ist.<sup>9</sup> Nach der Vorstellung des Gesetzgebers stellen der Auftrag und der Geschäftsbesorgungsvertrag ein Schuldverhältnis dar, bei dem die vertraglich vereinbarte Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen ist und mit der Leistung das Schuldverhältnis beendet wird, weil es erfüllt worden ist. Von dieser Grundvorstellung weicht der als Dauerschuldverhältnis abgeschlossene Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag ab, weil er für den Beauftragten nicht eine zu einem einmaligen Zeitpunkt zu erfüllende Leistungsverpflichtung begründet, sondern der Beauftragte nach dem Inhalt des Rechtsverhältnisses dazu verpflichtet sein soll, innerhalb des gesamten Zeitraums, während dessen das Schuldverhältnis Bestand hat, zu leisten.<sup>10</sup>

Dem besonderen Charakter des Dauerschuldverhältnisses hat der Gesetzgeber nur in Einzelfällen Rechnung getragen. Gesetzliche Bestimmungen, die die Rechtslage des Dauerschuldverhältnisses berücksichtigen, wie zum Beispiel die Kündigungsvorschriften zum Miet-, Dienst- und Gesellschaftsvertrag, §§ 544, 624, 723, 724, finden sich nur verstreut im besonderen Teil des Schuldrechts bei Schuldverhältnissen, die regelmäßig als Dauerschuldverhältnisse, nicht aber als einfache Schuldverhältnisse begründet werden. Bei der Regelung der Schuldverhältnisse ist der Gesetzgeber im Übrigen vom Leitbild des einfachen Schuldverhältnisses ausgegangen.<sup>11</sup> In Literatur und Rechtsprechung wird deshalb die einhellige Ansicht vertreten, dass die rechtliche Behandlung des Dauerschuldverhältnisses sich nicht ausschließlich nach den im BGB für das jeweilige Schuldverhältnis

---

<sup>7</sup>v. Gierke JhJb 64, 360; Gschnitzer JhJb 76, 350 ff.; Larenz SR AT § 2 VI; Horn, S. 561; Medicus SR AT § 2 II 1 b, Rz 11; Palandt - Grüneberg § 314, 2; Soergel - Teichmann<sup>12</sup> § 241, 6; Esser/Schmidt SR I/1 § 15 II; Staud. - Schmidt<sup>13</sup> Einl § 241, 354.

<sup>8</sup>MK - Kramer<sup>5</sup> Einl § 241, 97; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 16 II 2; Esser/Schmidt SR I/1 § 15 II 4; Larenz SR AT § 2 VI; Fikentscher SR, Rz 48; Christodoulou, S. 139 ff.; Horn, S. 561; Wiese, FS Nipperdey Bd. I, S. 837 ff.; Paschke, S. 135; RGRK - Alf<sup>12</sup> vor § 241, 15; Staud. - Schmidt<sup>13</sup> Einl § 241, 351 ff.

<sup>9</sup>Vgl. Mugdan, Materialien II, S. 294 ff.; Staud. - Martinek<sup>14</sup> vor § 662, 6 ff.; MK - Seiler<sup>4</sup> § 662, 2; Löning, S. 19.

<sup>10</sup>Vgl. v. Gierke JhJb 64, 359; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 16 I 1 b; Larenz SR AT § 2 VI; Weber, Lehre, S. 118.

<sup>11</sup>Vgl. Gschnitzer JhJb 76, 330 f. Als einzige ausdrückliche Vorschrift, die das Dauerschuldverhältnis zum Gegenstand hat, hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum 01.01.2002 den bis dahin außergesetzlich geltenden Grundsatz, dass ein Dauerschuldverhältnis stets aus wichtigem Grund kündbar sein muss, in § 314 ins BGB übernommen.

vorgesehenen Regelungen richten kann. Lässt sich allein durch die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen den Besonderheiten des Dauerschuldverhältnisses nicht hinreichend Rechnung tragen, werden diese Regelungen modifiziert und der besonderen Struktur des Dauerschuldverhältnisses angepasst. Eine solche ergänzende Überprüfung der im BGB vorgesehenen Bestimmungen ist von Rechtsprechung und Literatur insbesondere bei dem der Partei eines Dauerschuldverhältnisses zustehenden Recht zur Vertragsbeendigung vorgenommen worden. Soweit im Rahmen der Diskussion über das Dauerschuldverhältnis die Ansicht vertreten wird, dass ein Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung durch Kündigung oder Widerruf mit der Rechtsnatur des Dauerschuldverhältnisses nicht vereinbar sei, sind diese Einwände daher auch bei der Entscheidung der Frage zu berücksichtigen, ob der Treugeber eines befristeten oder unbefristeten Treuhandvertrags sein Recht zur Vertragsbeendigung abbedingen kann.

## ***B. Die Unverzichtbarkeit des Rechts zur ordentlichen Kündigung sowohl beim befristeten als auch beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis***

### I. Die Meinung von Beitzke und Steinwenter

Vereinzelt wurde im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass das Recht zur Vertragsbeendigung durch eine ordentliche Kündigung einen nicht dispositiven Bestandteil des Dauerschuldverhältnisses darstellt, mit der Folge, dass ein Ausschluss des Kündigungsrechts unabhängig davon, ob ein befristetes oder unbefristetes Vertragsverhältnis vorliegt, nicht in Betracht kommt. Beitzke hat das ordentliche Kündigungsrecht als "notwendiges Attribut" des Dauerschuldverhältnisses angesehen, das mit dem Recht zur außerordentlichen Kündigung die Unverzichtbarkeit gemeinsam habe.<sup>12</sup> Der einzige Unterschied zwischen dem Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund und der ordentlichen Kündigung bestand seiner Meinung nach beim Dauerschuldverhältnis darin, dass die Beendigung des Vertragsverhältnisses im Fall der außerordentlichen Kündigung sofort erfolge, während sie im Fall der ordentlichen Kündigung in der Regel erst nach dem Verstreichen einer Frist eintrete.<sup>13</sup> In ähnlicher Weise wurde das ordentliche Kündigungsrecht beim Dauerschuldverhältnis auch von Steinwenter beurteilt. Er hat das Recht zur befristeten ordentlichen Kündigung als einen dem Dauerrechtsverhältnis immanenten Endigungsgrund behandelt, der neben das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund tritt.<sup>14</sup> Die so entstehende freie Kündigungsbefugnis der Vertragsparteien entsprach seiner Ansicht nach dem Wesen und den Erfordernissen des Dauerrechtsverhältnisses.<sup>15</sup> Beim Dauerschuldverhältnis erstreckte sich demzufolge der Grundsatz der Vertragstreue lediglich auf die geschuldeten Leistungshandlungen, nicht aber auf die Vertragsdauer, die die Vertragsparteien auch während der Laufzeit des Vertrags ihren Bedürfnissen entsprechend beeinflussen können.<sup>16</sup>

Wenn das Recht zur ordentlichen Kündigung, wie von Beitzke und Steinwenter vertreten, dem Dauerschuldverhältnis generell immanent ist, hat das zur Folge, dass die Ausübung

---

<sup>12</sup>Beitzke, S. 20 f.

<sup>13</sup>Beitzke, S. 21. Ohne auf die Zulässigkeit des Kündigungsverzichts besonders einzugehen, nimmt auch J. Schmidt für Dauerschuldverhältnisse einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Inhalts an, dass ein Dauerschuldverhältnis unter Einhaltung bestimmter Fristen kündbar sein muss, vgl. Staud. - Schmidt<sup>13</sup> Einl § 241, 381.

<sup>14</sup>Steinwenter JBI 1950, S. 225.

<sup>15</sup>Steinwenter JBI 1950, S. 250.

<sup>16</sup>Steinwenter JBI 1950, S. 225.

des ordentlichen Kündigungsrechts bei der Begründung eines Dauerschuldverhältnisses durch die Vereinbarung von Kündigungsfristen lediglich zeitlich hinausgeschoben, nicht aber vollständig abbedungen werden kann. Nach dieser Ansicht ist ein Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung sowohl dann, wenn der Erblasser einen befristeten Treuhandvertrag abschließt, als auch dann, wenn er ein unbefristetes Vertragsverhältnis begründet, nicht möglich.

## II. Stellungnahme

### 1. Die gesetzliche Regelung des ordentlichen Kündigungsrechts in den §§ 542 I, 620 I, 723 I

Soweit ein Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung auch beim befristeten Dauerschuldverhältnis abgelehnt wird, kann der Meinung, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung dem Dauerschuldverhältnis immanent sei, nicht gefolgt werden. Denn das Gesetz geht zumindest beim befristeten Dauerschuldverhältnis von der Möglichkeit eines Kündigungsausschlusses aus. Im besonderen Teil des Schuldrechts des BGB sind einige Typen von Dauerschuldverhältnissen kodifiziert, bei denen das Gesetz die Vertragskündigung ausdrücklich regelt. Diesen Bestimmungen ist gemeinsam, dass sie zwischen dem befristeten und dem unbefristeten Schuldverhältnis unterscheiden. Das Recht zur ordentlichen Kündigung wird dabei nur für den Fall vorgesehen, dass der Vertrag mit unbestimmter Dauer abgeschlossen wurde, vgl. §§ 542 I, 594 a I 1, 604 III, 620 II, 723 I 1. Obwohl eine ordentliche Kündigung auch beim befristeten Dauerschuldverhältnis ohne weiteres möglich ist, wird die Anordnung eines Kündigungsrechts in den §§ 542 II, 594 I, 604 I, 620 I, 723 I 2 für entbehrlich gehalten, da die Beendigung des für eine bestimmte Dauer abgeschlossenen Schuldverhältnisses bereits durch Zeitablauf zu dem von den Parteien festgelegten Termin erfolgt. Die gesetzliche Regelung lässt daher den Schluss zu, dass das ordentliche Kündigungsrecht nur dann gegeben sein soll, wenn ein unbefristeter Vertrag abgeschlossen wurde, nicht aber bei dem mit bestimmter Dauer begründeten Dauerschuldverhältnis.<sup>17</sup>

### 2. Die Kündigungsbestimmungen der §§ 544, 624

Dieses Ergebnis wird auch durch die Ausnahmegesetze der §§ 544, 624, die nach einhelliger Meinung beim Abschluss eines befristeten Vertrags zur Anwendung kommen,<sup>18</sup> nicht in Frage gestellt. Nach § 544 steht den Parteien eines Mietvertrags ein befristetes Kündigungsrecht zu, wenn der Vertrag für einen längeren Zeitraum als 30 Jahre abgeschlossen worden ist. § 624 sieht ein solches Kündigungsrecht zugunsten des Dienstverpflichteten vor, wenn das Dienstverhältnis länger als 5 Jahre dauern soll.

In der Literatur sind die §§ 544, 624 zum Teil als Fristbestimmungen angesehen worden, deren Sinn und Zweck darauf gerichtet sei, den Zeitpunkt anzugeben, bis zu dem der Termin zur Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts längstens hinausgeschoben

<sup>17</sup>Vgl. Staud. - Preis<sup>14</sup> § 620, 4; Palandt - Weidenkaff § 620, 10.

<sup>18</sup>RG HRR 1942 Nr. 852; BGH LM Nr. 2 zu § 581 BGB; BGH WM 68, 7, 9; BGH NJW RR 92, 780, 782; OLG Celle MDR 90, 154; Palandt - Weidenkaff § 544, 4; Staud. - Emmerich<sup>15</sup> § 544, 4; MK - Schilling<sup>4</sup> § 544, 2, 5; Soergel - Heintzmann<sup>12</sup> § 567, 3; Erman - Jendrek § 544, 3; Sternel, Rz IV 532.

werden kann.<sup>19</sup> Ist diese Ansicht zutreffend, würde durch die §§ 542 II, 620 I lediglich klar- gestellt werden, dass das befristete Vertragsverhältnis durch den Ablauf der vereinbarten Leistungszeit beendet wird, ohne dass dazu zusätzlich eine Vertragskündigung notwendig ist.<sup>20</sup> Den §§ 544, 624 würde demgegenüber die Zweckbestimmung zugrunde liegen, den Parteien eines Miet- bzw. Dienstverhältnisses die Ausübung des gesetzlichen Rechts zur ordentlichen Kündigung jedenfalls dann zu gewährleisten, wenn das Vertragsverhältnis für einen längeren Zeitraum als 30 bzw. 5 Jahre abgeschlossen worden ist. Bei einer solchen Auslegung der §§ 544, 624 wäre davon auszugehen, dass nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes auch beim Abschluss von befristeten Verträgen grundsätzlich für beide Ver- tragsparteien ein Recht zur ordentlichen Kündigung entsteht, wobei den Parteien jedoch die Möglichkeit offenstehen soll, die Ausübung dieses Kündigungsrechts für den in den §§ 544, 624 vorgesehenen Zeitraum ausdrücklich oder stillschweigend aufzuschieben. Rechtlich würde den Parteien bei diesem Verständnis der §§ 544, 624 nur die Befugnis zustehen, eine Regelung vorzunehmen, bei der sie eine bestimmte Höchstdauer als un- kündbare Frist festsetzen, ohne dass der Fortbestand des Kündigungsrechts selbst be- rührt wird. Ein vollständiger Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts wäre in die- sem Fall nicht möglich, da das Recht zur ordentlichen Kündigung nach dem Ablauf der in den §§ 544, 624 enthaltenen Frist wieder auflebt. Kommt den §§ 544, 624 ein derartiger Aussagegehalt zu, könnte dem Gesetz ein allgemeiner Grundsatz, nach dem das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem befristeten Dauerschuldverhältnis ohne weiteres vollständig ausgeschlossen werden kann, nicht entnommen werden. Denn zumindest beim Miet- und Dienstvertrag wäre davon auszugehen, dass auch bei der Begründung eines befristeten Vertragsverhältnisses ein Recht zur ordentlichen Kündigung entsteht, das nach dem Ablauf des in den §§ 544, 624 genannten Zeitraums unabhängig vom Wil- len der Parteien wieder auflebt.

Dem Verständnis der §§ 544, 624 als Vorschriften, die sich lediglich auf Kündigungsfristen und -termine beziehen, steht entgegen, dass sich eine solche Auslegung der §§ 544, 624 nicht ohne Widersprüche in die übrigen, im Gesetz enthaltenen Bestimmungen über die Kündigung des Miet- und Dienstvertrags einfügen würde. Nimmt man an, dass auch beim Abschluss eines befristeten Miet- oder Dienstvertrags ein Recht zur ordentlichen Kündi- gung entsteht, das inhaltlich dem Kündigungsrecht der §§ 542 I, 620 II entspricht, müssten nach der Systematik des Gesetzes auch bei diesem Kündigungsrecht grundsätzlich die für das ordentliche Kündigungsrecht der §§ 542 I, 620 II geltenden Bestimmungen zur An- wendung kommen.<sup>21</sup> Demzufolge wäre einerseits der in §§ 544 1, 573 d I enthaltene Ver- weis auf die für das ordentliche Kündigungsrecht geltenden Regeln der §§ 573, 573 a ent- behrlich, andererseits könnte nicht erklärt werden, aus welchem Grund in § 573 d II und § 624 eine Kündigungsfrist vorgesehen ist, die von der für das ordentliche Kündigungs- recht gemäß §§ 573 c, 621, 622 geltenden Frist abweicht. Diese Widersprüche werden vermieden, wenn man die §§ 544, 624 als gesonderte Kündigungsrechte ansieht, die kraft Gesetzes eigenständig neben das ordentliche Kündigungsrecht der §§ 542 I, 620 II tre- ten.<sup>22</sup> Wenn das Gesetz in den §§ 544, 624 jedoch nach Ablauf der dort genannten Fristen

<sup>19</sup>In diese Richtung gehen die Ausführungen Molitors, S. 65. Molitor hält beim Miet- und Dienstvertrag nur eine individualvertragliche Vereinbarung für möglich, durch die die gesetzlich vorgesehenen Kündigungster- mine und -fristen geändert, nicht aber das ordentliche Kündigungsrecht ganz ausgeschlossen werden kann. Ähnlich: Sternel, Rz IV 59.

<sup>20</sup>Vgl. Motive II, S. 410; Protokolle II, S. 215.

<sup>21</sup>Vgl. Sternel, Rz IV 272.

<sup>22</sup>So die h. M., vgl. zu § 567: BGH LM § 581 Nr. 2 Bl. 2 f.; RGZ 73, 341; 130, 143, 146; Staud. - Emmerich<sup>15</sup> § 544, 1, 7; Soergel - Kummer<sup>12</sup> § 567, 1, 5; RGRK - Gelhaar<sup>12</sup> § 567, 4; zu § 624: MK - Henssler<sup>4</sup> § 624, 1; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 624, 1, 24; Soergel - Kraft<sup>12</sup> § 624, 1.

ein außerordentliches Recht zur Vertragskündigung entstehen lässt, bedeutet das, dass es davon ausgeht, dass das befristete Miet- oder Dienstverhältnis unter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts zustande kommt.

### 3. Ergebnis

Da die gesetzlichen Vorschriften beim befristeten Vertragsverhältnis in den §§ 542 II, 594 I, 604 I, 620 I, 723 I 2 grundsätzlich voraussetzen, dass den Parteien ein ordentliches Kündigungsrecht nicht zustehen soll, muss eine inhaltsgleiche Regelung auch bei den im Gesetz nicht enthaltenen Dauerschuldverhältnissen getroffen werden können. Denn von dem gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnis unterscheidet sich das gesetzlich nicht geregelte Dauerschuldverhältnis nicht in rechtlicher Hinsicht, sondern nur dadurch, dass die geschuldete Dauerleistung einen anderen als den im Gesetz erwähnten Gegenstand zum Inhalt hat. Demnach ist der Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem befristeten Dauerschuldverhältnis mit dem Gesetz vereinbar.<sup>23</sup> Beim befristeten Treuhandverhältnis ist somit davon auszugehen, dass aus der Rechtsnatur des Treuhandverhältnisses als einem Dauerschuldverhältnis keine Gründe abgeleitet werden können, die einem Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung durch eine ordentliche Kündigung oder durch einen Widerruf entgegenstehen.

## ***C. Der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis***

### I. Die besondere Bedeutung der ordentlichen Kündigung beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis

In der Literatur wird die Rechtslage beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis anders beurteilt als beim befristeten Dauerschuldverhältnis. Lässt man beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis einen vollständigen Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung zu, hat das zur Folge, dass eine "ewig" dauernde Vertragsbindung entsteht. Nimmt man weiterhin an, dass ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung nicht gesetzt wird, besteht – abgesehen von dem einvernehmlichen Abschluss eines Aufhebungsvertrags – für die Parteien keine Möglichkeit, das Vertragsverhältnis zu beenden. Damit entsteht bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis, das unter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts begründet wird, eine Verpflichtung, die den Parteien für immer auferlegt, eine bestimmte Leistung zu erbringen. In der Literatur wird eine solche Vertragsgestaltung ganz überwiegend als unbillig angesehen und davon ausgegangen, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis einen nicht verzichtbaren Vertragsbestandteil darstellt, der unentbehrlich ist, damit die Parteien die Beendigung des Vertragsverhältnisses herbeiführen können.<sup>24</sup>

<sup>23</sup>Dass beim befristeten Dauerschuldverhältnis das Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen werden kann, wird auch in der Literatur mehrheitlich angenommen, vgl. Esser/Schmidt SR I/1 § 20 I; Oetker, S. 248 f.; Paschke, S. 139 ff.; Strothmann/ Vieregge, FS Oppenhoff, S. 456; Ulmer, FS Möhring, S. 303 f.; Strasser, Beendigung, S. 36; Steinberger, S. 23 f.; Hueck, Sukzessivlieferungsvertrag, S. 141; Molitor, S. 64; Ebhardt, S. 21 ff.; Nehm, S. 22 f.; Kubatsch, S. 42.

<sup>24</sup>Vgl. Molitor, S. 64; Ulmer, FS Möhring, S. 303 f.; Steinberger, S. 24; Oetker, S. 248 ff.; Ebhardt, S. 21 ff.; Paschke, S. 139 ff.; Horn, S. 572; Esser/Schmidt SR I/1 § 20 I; Strothmann/Vieregge, FS Oppenhoff, S. 456; Nehm, S. 21 f., 117; Hueck, Sukzessivlieferungsvertrag, S. 141 ff.; Kubatsch, S. 41 f.; Strasser, Beendigung, S. 38.



Zur Begründung der Ansicht, dass der Verzicht auf das ordentliche Kündigungsrecht unzulässig ist, wenn er im Rahmen eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses ausgesprochen wird, werden im Wesentlichen drei Argumente vorgebracht. Zum einen wird die Unverzichtbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechts aus dem Wesen des Schuldverhältnisses abgeleitet. Danach wird ein "ewig" dauerndes, auf normale Art und Weise nicht zu beendendes Vertragsverhältnis als mit der Rechtsnatur des Schuldverhältnisses unvereinbar angesehen. Weiterhin wird angenommen, dass der Verzicht auf das ordentliche Kündigungsrecht beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis zu einem allgemeinen, im BGB enthaltenen Grundsatz im Widerspruch steht, nach dem das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis grundsätzlich unabdingbar ist. Schließlich wird die Möglichkeit, ein unkündbares Schuldverhältnis von "ewiger" Dauer entstehen zu lassen, mit der Begründung abgelehnt, dass die Vereinbarung einer unbefristeten und unkündbaren Bindung die jedem Rechtssubjekt zustehende und vom Gesetz geschützte Freiheit zur Selbstbestimmung verletzt. Im Folgenden soll überprüft werden, ob das Recht zur ordentlichen Kündigung bzw. zum Widerruf bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis aufgrund der besonderen Gegebenheiten des Dauerschuldverhältnisses als unverzichtbares Element angesehen werden muss. Stellt sich diese Ansicht als zutreffend heraus, wäre der Treugeber zwar dazu in der Lage, im Rahmen eines unbefristeten Treuhandverhältnisses einen zeitlich befristeten Verzicht auf sein Recht zur Vertragsbeendigung auszusprechen, nicht aber wäre es ihm möglich, ein für die Erben vollständig unkündbares Treuhandverhältnis unter Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung bzw. zum Widerruf zu begründen.

## II. Die Unvereinbarkeit des Kündigungsausschlusses mit dem Wesen des Schuldverhältnisses

### 1. Das Schuldverhältnis als ein auf sein Erlöschen durch Erfüllung angelegtes Rechtsverhältnis

Spiro vertritt in seiner Abhandlung über Fatalfristen,<sup>25</sup> in der er sich dafür ausspricht, dass jedes Forderungsrecht in seiner Dauer durch eine bestimmte Höchstfrist zeitlich begrenzt werden müsse,<sup>26</sup> die Ansicht, dass es eine schuldrechtliche Bindung von unbegrenzter Dauer nicht geben könne, weil ein Schuldverhältnis, das von "ewigem" Bestand sein soll, zum Wesen des Forderungsrechts als einer bestimmten und begrenzten Leistung gemäß § 241 I im Widerspruch stehe.<sup>27</sup>

#### a) Das finale Element des Schuldverhältnisses

Die Auffassung Spiros, nach der eine unbefristete Verpflichtung nur dann den Gegenstand eines Schuldverhältnisses bilden kann, wenn das Schuldverhältnis kündbar ist, basiert auf der allgemein verbreiteten Ansicht, dass jedem Schuldverhältnis ein bestimmtes Zweckmoment innewohnt. Danach ist jedes Schuldverhältnis seinem Sinn und Inhalt nach von vornherein darauf angelegt, durch Erfüllung sein Ende zu finden. Diese besondere Zweckbestimmung wird sowohl dem Schuldverhältnis im engeren Sinn, d. h. dem einzelnen

---

<sup>25</sup>Unter einer Fatalfrist versteht Spiro eine einfache Befristung mit fest bestimmter Dauer, die nicht der Unterbrechung zugänglich ist, Spiro II, S. 911 Anm. 5.

<sup>26</sup>Spiro II, S. 1239 ff.

<sup>27</sup>Vgl. Spiro II, S. 1190.

Forderungsrecht,<sup>28</sup> als auch dem Schuldverhältnis im weiteren Sinn, d. h. dem zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit, zugeordnet.<sup>29</sup>

Auf den Anspruch trifft nach der herrschenden Meinung die Aussage zu, dass er von vornherein auf sein ordnungsgemäßes Erlöschen durch Erfüllung angelegt ist, weil der Anspruch als Mittel verstanden wird, das zur Erreichung eines konkreten, praktischen Zwecks eingesetzt wird, nämlich der Herstellung des Zustands, der dem Anspruchsinhalt entspricht. Wenn dieses Ziel verwirklicht worden ist, d. h. der Zustand eingetreten ist, auf dessen Realisierung es den Parteien bei der Begründung des Schuldverhältnisses ankam, hat der Anspruch seine Funktion erfüllt und kann als Folge der Erfüllung untergehen. Man kann daher sagen, dass der Anspruch von dem Zeitpunkt an, zu dem er entsteht, auf seine eigene Erfüllung abzielt. Da der Anspruch mit seiner Erfüllung untergeht, kann ihm weiterhin die Zweckbestimmung zugeordnet werden, dass sein Dasein zu irgendeinem Zeitpunkt nach der Begründung des Schuldverhältnisses als Folge seiner ordnungsgemäßen Erfüllung endet.<sup>30</sup>

Eine dem einzelnen Anspruch vergleichbare Zweckbestimmung kann nach der herrschenden Meinung auch beim Schuldverhältnis im weiteren Sinn festgestellt werden. Larenz sieht das Schuldverhältnis im weiteren Sinn, das in sich in umfassender und aufeinander abgestimmter Form die Zwecke der in ihm enthaltenen Einzelansprüche vereinigt, als einen in der Zeit verlaufenden Prozess, zu dessen wesentlichen Merkmalen es gehört, dass ihm, ebenso wie dem Forderungsrecht, ein finaler Sinn innewohnt.<sup>31</sup> Diese Zweckbestimmung zielt darauf ab, die im Schuldverhältnis zusammengefassten Ansprüche zur Erfüllung zu bringen oder anders ausgedrückt, die Verwirklichung sämtlicher Leistungserfolge in ihrer Summe herbeizuführen. Wenn der Zweck eines jeden Einzelanspruchs durch ordnungsgemäße Gläubigerbefriedigung erreicht ist, hat das Schuldverhältnis im weiteren Sinn als koordinierender Anspruchsträger seine Funktion erfüllt und kann untergehen. Damit ist auch das Schuldverhältnis im weiteren Sinn, ebenso wie der einzelne Anspruch, auf sein Erlöschen durch die Erfüllung sämtlicher Einzelansprüche gerichtet.<sup>32</sup>

#### b) Die Funktion des § 362 I beim Dauerschuldverhältnis

Ist die Ansicht der herrschenden Meinung zutreffend, dass jedes Schuldverhältnis auf sein Erlöschen durch seine ordnungsgemäße Erfüllung angelegt ist, hat diese Auffassung für das unbefristete Dauerschuldverhältnis zur Folge, dass ein vollständiger Verzicht auf das

---

<sup>28</sup>Vgl. MK - Wenzel<sup>5</sup> vor § 362, 8; Esser/Schmidt SR I/1 § 17, S. 275 f.; Oetker, S. 114; v. Tuhr I, S. 143; Henke, S. 25; Haarmann, S. 37; Husserl, S. 36.

<sup>29</sup>Vgl. Larenz SR AT § 2 V, S. 28; MK - Wenzel<sup>5</sup> vor § 362, 8; Beuthien, S. 267 f.; Staud. - Kaduk<sup>11</sup> Einl § 362, 2, Vorb § 362, 1; Husserl, S. 37; Schmitt, S. 16.

<sup>30</sup>Husserl, S. 32 ff.; im Ergebnis ebenso: v. Tuhr I, S. 143; Henke, S. 25; Hartmann, S. 37; Oetker, S. 114; Esser/Schmidt SR I/1 § 17, S. 275; MK - Wenzel<sup>5</sup> vor § 362, 8.

<sup>31</sup>Larenz SR AT § 2 V, S. 27 f.

<sup>32</sup>Beuthien, S. 268; MK - Wenzel<sup>5</sup> vor § 362, 8; Larenz SR AT § 19 II a, S. 272.

Obwohl sich die §§ 362 ff. unstreitig nur auf das einzelne Forderungsrecht beziehen, geht ein Teil des Schrifttums davon aus, dass auch das Schuldverhältnis i. w. S. durch Erfüllung erlischt, wenn alle der von ihm umfassten Pflichten erfüllt worden sind, vgl. Fikentscher Rz 311; Staud. - Olzen<sup>15</sup> Einl § 362, 3, Vorb § 362, 3; Staud. - Kaduk<sup>11</sup> Vor § 362, 10; RGRK - Weber<sup>12</sup> Vor § 362, 1, 3; Lehmann, S. 207. Nach a. A. erlischt das Schuldverhältnis i. w. S. dann, wenn sämtliche Einzelansprüche durch Erfüllung untergegangen sind, durch Zweckerreichung, vgl. Beuthien, S. 268; Larenz SR AT § 19 II a, S. 272; Wiese, FS Nipperdey Bd. I, S. 839; oder dadurch, dass es gegenstandslos geworden ist, vgl. Gernhuber, Erfüllung, § 1, 3, S. 3.

Recht zur ordentlichen Kündigung nicht in Betracht kommt. Denn im Gegensatz zum einfachen Schuldverhältnis ist das Dauerschuldverhältnis durch ein zusätzliches Merkmal, die zeitliche Dimension des Schuldverhältnisses, gekennzeichnet. Der Begriff der zeitlichen Dimension, der erstmals von Beitzke verwandt wurde, bezieht sich auf das besondere Charakteristikum des Dauerschuldverhältnisses, das darin besteht, dass die geschuldete Leistung fortgesetzt erbracht werden muss und in ihrem Umfang von dem vertraglich vereinbarten Leistungszeitraum abhängt.<sup>33</sup> Aufgrund der besonderen zeitlichen Dimension des Dauerschuldverhältnisses ist § 362 beim Dauerschuldverhältnis nicht ohne weiteres anwendbar.

§ 362 I knüpft den Eintritt der in dieser Vorschrift vorgesehenen Rechtsfolgen an die Erbringung der nach dem Inhalt des Vertrags geschuldeten Leistung. Welche Leistung im Sinn von § 362 I "geschuldet" ist, lässt sich beim Dauerschuldverhältnis jedoch nur feststellen, wenn man die zeitliche Dimension der Dauerleistungspflicht berücksichtigt.<sup>34</sup> Weil die auf ein andauerndes oder ständig wiederkehrendes Verhalten gerichtete Dauerleistungspflicht nach dem Willen der Parteien so lange erbracht werden soll, wie das Vertragsverhältnis besteht, hängt der Umfang der dem Schuldner obliegenden Leistung von der Laufzeit des Vertrags ab. Erst wenn feststeht, wie lange das Dauerschuldverhältnis bestehen soll, kann eine Aussage über den Gesamtumfang der dem Schuldner obliegenden Leistung gemacht werden.<sup>35</sup> Während beim befristeten Dauerschuldverhältnis der Endzeitpunkt der Verpflichtung bereits bei Vertragsabschluss festgelegt wird, erfolgt diese Bestimmung beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis nachträglich durch Kündigung. Der Zeitpunkt, zu dem die Kündigung wirksam wird, begrenzt die dem Schuldner obliegende Leistungsverpflichtung. Erst nachdem eine Kündigung erfolgt ist, kann beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis eine Aussage darüber gemacht werden, bis zu welchem Zeitpunkt der Schuldner die geschuldete Leistung vorzunehmen hat. Mit der Kündigung des unbefristeten Dauerschuldverhältnisses wird aber nicht nur der Erfüllungszeitraum des Schuldverhältnisses, sondern gleichzeitig auch der Endzeitpunkt bestimmt. Nach dem Inhalt des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags soll die geschuldete Leistung während der Zeitspanne erbracht werden, die sich zwischen dem Abschluss des Vertrags und dem Wirksamwerden der Kündigung erstreckt. Nur für diesen Zeitraum ist die vereinbarte Leistung geschuldet und demzufolge ist auch nur während dieses Zeitraums die Erfüllung der geschuldeten Leistung möglich.<sup>36</sup> Die Anwendung des § 362 I setzt beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis daher voraus, dass das Schuldverhältnis und damit auch die Dauerleistungspflicht durch eine ordentliche Kündigung zeitlich begrenzt worden ist. Damit stellt die Vornahme der ordentlichen Kündigung eine unerlässliche Vorbedingung dar, die erfüllt sein muss, um angeben zu können, welches die im Sinn von § 362 I "geschuldete" Leistung ist.

Eine notwendige Voraussetzung bildet die ordentliche Kündigung auch für das Erlöschen des Schuldverhältnisses im weiteren Sinn. Nach allgemeiner Ansicht erlischt das Schuldverhältnis im weiteren Sinn, wenn sämtliche der in seinem Rahmen entstandenen Einzelansprüche durch Erfüllung untergegangen sind.<sup>37</sup> Wie viele Einzelansprüche das Schuldverhältnis im weiteren Sinn insgesamt beinhaltet, wann der letzte Einzelanspruch entsteht

---

<sup>33</sup>Beitzke, S. 20; ebenso: Kubatsch, S. 41; Kühne, S. 4 f.

<sup>34</sup>Vgl. Oetker, S. 110; Wiese, FS Nipperdey Bd. I, S. 840 ff.

<sup>35</sup>Vgl. Wiese, FS Nipperdey Bd. I, S. 840.

<sup>36</sup>Wiese, FS Nipperdey Bd. I, S. 840.

<sup>37</sup>Larenz SR AT § 19 II a, S. 272; Beuthien, S. 267 f.; Gernhuber, Erfüllung, § 1, 3, S. 3; Palandt - Grüneberg vor § 362, 5; Staud. - Olzen<sup>15</sup> Einl § 362, 3; MK - Wenzel<sup>5</sup> vor § 362, 8; RGRK - Weber<sup>12</sup> Vor § 362, 3.

und wann dieser Anspruch vom Schuldner erfüllt werden muss, kann beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis erst angegeben werden, wenn dem Dauerschuldverhältnis durch eine ordentliche Kündigung eine zeitliche Grenze gesetzt worden ist. Denn das Entstehen neuer Einzelansprüche, die vom Schuldner erfüllt werden müssen, kann beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis nur durch eine Vertragskündigung verhindert werden.

Wird bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis das Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen, kann der Zeitpunkt, bis zum dem die vereinbarte Leistung zu erbringen ist, nicht angegeben werden. Eine Aussage über den Umfang der dem Schuldner obliegenden Leistung kann nicht gemacht werden, mit der Folge, dass § 362 I nicht zur Anwendung kommen kann. Da der Verzicht auf das Kündigungsrecht den Parteien die Möglichkeit nimmt, das Dauerschuldverhältnis zu beenden, steht er zu dem auf sein Erlöschen durch Erfüllung gerichteten Zweck des Schuldverhältnisses im Widerspruch und muss aus diesem Grund vom Ausgangspunkt der herrschenden Meinung her für unzulässig erklärt werden. Denn ebenso wie es dem Inhalt des einfachen Schuldverhältnisses zuwiderlaufen würde, wenn der Eintritt der in § 362 I enthaltenen Rechtsfolge abbedungen werden könnte, wäre es mit dem Sinn und Zweck des Dauerschuldverhältnisses unvereinbar, wenn das Recht zur ordentlichen Kündigung und damit die Anwendbarkeit des § 362 I ausgeschlossen würde.

## 2. Die Anwendbarkeit des § 362 I beim Dauerschuldverhältnis

Vor allem im älteren Schrifttum war stark umstritten, ob und in welchem Umfang § 362 I beim Dauerschuldverhältnis anwendbar ist. Dabei ist die ältere Literatur fast ausnahmslos davon ausgegangen, dass der Regelungsgehalt des § 362 I beim Dauerschuldverhältnis aufgrund seiner zeitlichen Dimension nicht passt und diese Vorschrift daher in ihren Funktionen vollständig oder teilweise durch das Recht zur ordentlichen Kündigung ersetzt werden muss.<sup>38</sup> Da hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 362 I auf die Pflichten des Dauerschuldverhältnisses bis heute unterschiedliche Meinungen vertreten werden, soll zunächst geklärt werden, wie und unter Eintritt welcher Rechtsfolgen § 362 I beim Dauerschuldverhältnis anwendbar ist und welche Funktion das Recht zur ordentlichen Kündigung bei der Herbeiführung der Rechtsfolgen des § 362 I übernimmt, bevor auf die Frage eingegangen wird, ob dem Dauerschuldverhältnis ebenso wie dem einfachen Schuldverhältnis die Zweckbestimmung innewohnt, durch eine ordnungsgemäße Erfüllung nach § 362 I zu erlöschen.

### a) Die Ansicht Oetkers

Die Gruppe der Dauerschuldverhältnisse ist nach der Ansicht Oetkers dadurch gekennzeichnet, dass der Eintritt des Leistungserfolgs anders als beim einfachen Schuldverhältnis nicht zur Beendigung der zwischen den Parteien bestehenden Vertragsbeziehung führen kann. Den Ausgangspunkt von Oetkers Überlegungen bildet die Funktion des § 362 I als Erlöschens- und Beendigungsgrund, die dieser Bestimmung von der herrschenden Meinung zugeordnet wird. Die Erfüllung des Schuldverhältnisses versteht die herrschende Meinung als einen Vorgang, durch den die Leistungspflicht des Schuldners beendet wird

<sup>38</sup>Vgl. v. Gierke JhJb 64, 355, 363 ff.; Gschnitzer JhJb 76, 329, 323; Eckstein, ArchBürgR 37, 495; Roquette, S. 47, 49; Löning, S. 10; Oertmann vor § 241, 10; Ebhardt, S. 8 ff.; Steinberger, S. 5 f., 11; Kühne, S. 5; Dittney, S. 10; Schmitt, S. 10, 16; Beitzke, S. 19 f.; Kubatsch, S. 40 f.; Nehm, S. 7 f., 19 f.; Planck - Siber § 271, Anm. 1; Siber SR, S. 12; Nikisch, S. 148, 165; Krückmann JhJb 66, 3.

und als Folge der Beendigung erlischt.<sup>39</sup> Danach knüpft das Gesetz an die Verwirklichung des Leistungserfolgs in § 362 I die Rechtsfolge, dass die Pflicht zur Erbringung der Leistung erlischt. Das Erlöschen der Leistungspflicht führt begriffsnotwendig dazu, dass das Vertragsverhältnis im Hinblick auf die Leistungsverpflichtung erlischt. Denn nach dem Zeitpunkt ihres Erlöschens begründet die Leistungspflicht keine Rechte und Pflichten für die Parteien mehr. Da die Leistungspflicht über diesen Zeitpunkt hinaus nicht fortbestehen kann, kann aus § 362 I weiterhin der Rechtssatz abgeleitet werden, dass die vertraglich begründete Rechtsbeziehung im Hinblick auf die geschuldete Hauptleistungsverpflichtung durch die Herbeiführung des vertraglich geschuldeten Erfolgs beendet wird. Dieser Funktion des § 362 I als Erlöschens- und Beendigungsgrund entnimmt Oetker die Schlussfolgerung, dass beim Schuldverhältnis zwischen dem Eintritt des Leistungserfolgs und der Beendigung des Vertrags ein besonderer Zusammenhang besteht. Dieser Zusammenhang komme in dem Umstand zum Ausdruck, dass der Leistungserfolg notwendigerweise die Beendigung des Vertragsverhältnisses im Hinblick auf die Hauptleistungsverpflichtung nach sich ziehe.<sup>40</sup> Beim Dauerschuldverhältnis passt dieser Regelungsgehalt des § 362 I nach der Ansicht Oetkers aufgrund des andersartigen Inhalts der Dauerleistungspflicht nicht, so dass beim Dauerschuldverhältnis der sonst bestehende Funktionszusammenhang zwischen dem Eintritt des Leistungserfolgs und der Vertragsbeendigung unterbrochen sei, mit der Folge, dass § 362 I beim Dauerschuldverhältnis als Beendigungsgrund nicht zur Anwendung kommen könne. Diese Besonderheit trifft seiner Meinung nach auf beide Arten der Dauerleistungsverpflichtung zu.

*aa) Die auf ein andauerndes Tun gerichtete Dauerleistungspflicht*

Richtet sich die Dauerleistungspflicht auf ein andauerndes Tun des Schuldners, trete der Leistungserfolg ein, wenn der Schuldner mit der Vornahme des vertraglich geschuldeten Verhaltens beginne. Der Leistungserfolg könne jedoch nicht zur Beendigung der Hauptleistungspflicht führen, weil der Schuldner bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer weiterhin zur Leistung des geschuldeten Verhaltens verpflichtet bleiben würde.<sup>41</sup> Oetkers Verständnis des Erfolgsbegriffs entspricht dem der früher im Schrifttum herrschenden Meinung, die angenommen hat, dass die Dauerleistungspflicht in einem Zeitraum erfüllt wird, so dass der Erfüllungsvorgang einem permanent andauernden Stadium gleichgesetzt werden kann. Weil der Gläubiger bei der Verpflichtung des Schuldners zu einem andauernden Tun vom ersten Tag der Leistung an nicht nur einen Teil der ihm geschuldeten Leistung erhalte, sondern sein Leistungsinteresse für den jeweils verstrichenen Zeitraum vielmehr vollständig befriedigt werde,<sup>42</sup> wurde früher im Schrifttum angenommen, dass bei der auf ein andauerndes Tun gerichteten Dauerleistungsverpflichtung der Leistungserfolg schon von dem Zeitpunkt an herbeigeführt werde, in dem der Schuldner mit der Vornahme der Leistung beginnt.<sup>43</sup> Demzufolge ging die früher herrschende Meinung davon aus, dass der Eintritt des Leistungserfolgs bei der auf ein andauerndes Tun gerichteten Dauerleistungsverpflichtung notwendig einen Zeitraum beansprucht.<sup>44</sup> Ebenso wie die Vornahme

<sup>39</sup>MK - Wenzel<sup>5</sup> vor § 362, 9; Staud. - Olzen<sup>15</sup> § 362, 3; Staud. - Kaduk<sup>11</sup> Einl § 362, 2, Vorb § 362,1, § 362, 1; Erman - Westermann vor § 362, 1; Soergel - Zeiss<sup>12</sup> vor § 362, 1; Larenz SR AT § 18 I, S. 235; Husserl, S. 36.

<sup>40</sup>Oetker, S. 114.

<sup>41</sup>Oetker, S. 115 f.

<sup>42</sup>Ebhardt, S. 18 f.; Nehm, S. 8; Nikisch, S. 148, 153; Beitzke, S. 19; Dittney, S. 10.

<sup>43</sup>Vgl. Ebhardt, S. 18; Kubatsch, S. 41; Steinberger, S. 6; Nehm, S. 8.

<sup>44</sup>Steinberger, S. 6; Kühne, S. 5; Beitzke, S. 19 f.; Löning, S. 10, 20, 26; Langheineken, S. 250 f.; Nikisch, S. 145, 148, 165. Nikisch geht ebenso wie v. Gierke davon aus, dass der nach dem Vertrag geschuldete

der Leistungshandlung beim Dauerschuldverhältnis nur im Ablauf der Zeit denkbar sei, wurde der Zeitpunkt, zu dem der Schuldner das geschuldete Verhalten erbringt, nicht als Abschluss der Erfüllung verstanden, sondern als Anfang des Erfolgseintritts, der solange andauert, wie das Schuldverhältnis besteht.<sup>45</sup> Das besondere Merkmal der auf ein andauerndes Tun gerichteten Dauerleistungsverpflichtung wurde daher in dem Umstand gesehen, dass der Leistungserfolg für den Gläubiger dauernd, während eines Zeitraums in gleichmäßigem, ununterbrochenem Fortschreiten eintrete.<sup>46</sup> Die Erfüllung wurde demnach als ein "kontinuierlicher Vorgang" oder "Zustand"<sup>47</sup> und damit als ein Stadium beurteilt, welches das Dauerschuldverhältnis durchlaufe, ohne dass die dem Schuldner obliegende Verpflichtung aufgehoben oder ihrem Inhalt nach geändert werde.<sup>48</sup>

*bb) Die auf ein ständig wiederkehrendes Verhalten gerichtete Dauerleistungspflicht*

Die Aussage, dass das Dauerschuldverhältnis durch seine Erfüllung nicht endet, gilt nach der Meinung von Oetker auch für die auf ein ständig wiederkehrendes Tun gerichtete Dauerleistungspflicht, die sich aus mehreren Einzelansprüchen zusammensetzt. Nach der Ansicht Oetkers besteht die Hauptleistungspflicht trotz der Herbeiführung des Leistungserfolgs auch in diesem Fall fort. Denn obwohl der Schuldner die vertraglich geschuldete Leistung zu dem vereinbarten Termin erbracht habe und der gegen ihn gerichtete Anspruch durch Erfüllung erlischt, könne die ihm obliegende Verpflichtung, die Hauptleistungspflicht auch in Zukunft zu erfüllen, nicht untergehen.<sup>49</sup> Dem Inhalt des Dauerschuldverhältnisses, das auf seine fortdauernde Erfüllung gerichtet sei, würde es widersprechen, wenn als Folge des Leistungserfolgs das Dauerschuldverhältnis und damit auch die gegenseitigen Leistungspflichten beendet würden.<sup>50</sup> Aus diesem Grund könne der Eintritt des Leistungserfolgs auch bei der auf ein ständig wiederkehrendes Verhalten gerichteten Dauerleistungsverpflichtung nicht die Beendigung der zwischen den Parteien bestehenden Vertragsbeziehung auslösen.<sup>51</sup> Nach der Konzeption Oetkers ist davon auszugehen, dass das Erlöschen der Einzelansprüche nicht zum Eintritt der Beendigungsfolge hinsichtlich des Schuldverhältnisses im weiteren Sinn führen kann. Das Dauerschuldverhältnis im weiteren Sinn kann durch die Erfüllung der bisher entstandenen Einzelansprüche nicht beendet werden, weil entsprechend dem Inhalt der Dauerleistungsverpflichtung ständig neue Einzelansprüche entstehen sollen.<sup>52</sup> Durch die Erfüllung erlöschen lediglich die vorübergehenden Leistungspflichten, ohne dass deren Wegfall die Beendigung des Schuldverhältnisses im weiteren Sinn zur Folge hat.<sup>53</sup> Als äußerer Rahmen der Leistungsverpflichtung behält das Schuldverhältnis im weiteren Sinn nach der Ansicht Oetkers trotz der Erfüllung der Einzelansprüche seinen Inhalt und den von Anfang an gegebenen Umfang.<sup>54</sup>

---

Leistungserfolg nur in einem Umstand bestehen kann, der zu einem bestimmten Zeitpunkt verwirklicht wird. Demzufolge ist seiner Ansicht nach die Dauerleistungspflicht nicht auf einen Erfolg i. S. v. § 362 I gerichtet, sondern wird durch die Aufrechterhaltung eines "Zustands" erfüllt, S. 148 f., 153, 165.

<sup>45</sup> Steinberger, S. 6; Kühne, S. 5; Nikisch, S. 153.

<sup>46</sup> Ebhardt, S. 8 f.; Steinberger, S. 5 f.; Schmitt, S. 10; Planck - Siber § 271, Anm. 1 a; Siber SR, S. 13; Lehmann, S. 59; Nikisch, S. 148; Lesser, S. 35.

<sup>47</sup> Schmitt, S. 13; Kubatsch, S. 41; Nikisch, S. 148, 165; Langheineken, S. 250; Nehm, S. 7 f.

<sup>48</sup> v. Gierke JhJb 64, 388; Steinberger, S. 6; Nehm, S. 8; Nikisch, S. 165; Kubatsch, S. 40 f.; Ebhardt, S. 19; Dittney, S. 10.

<sup>49</sup> Oetker, S. 115.

<sup>50</sup> Oetker, S. 325.

<sup>51</sup> Oetker, S. 114 ff., 323 ff.

<sup>52</sup> Vgl. Nehm, S. 8 f.; Kühne, S. 5 f.; Beitzke, S. 20.

<sup>53</sup> Vgl. Dittney, S. 10 f.

<sup>54</sup> Vgl. Beuthien, S. 270; Nehm, S. 8.

Mit diesem Inhalt kann es bestehen bleiben, obwohl die in seinem Rahmen entstandenen Einzelansprüche erloschen sind.<sup>55</sup>

### *cc) Ergebnis*

Beim Dauerschuldverhältnis muss daher nach der Meinung von Oetker angenommen werden, dass der in § 362 I enthaltene Funktionszusammenhang zwischen Leistungserfolg und Vertragsbeendigung aufgehoben ist.<sup>56</sup> Seiner Ansicht nach kommt § 362 I beim Dauerschuldverhältnis nur als Erlöschensgrund zur Anwendung. Führt der Schuldner den vertraglich geschuldeten Erfolg herbei, erlischt die dem Schuldner obliegende Dauerleistungspflicht durch Erfüllung.<sup>57</sup> Die während eines bestimmten Zeitraums ordnungsgemäß erbrachte Dauerleistung könne die teilweise Erfüllung der Dauerleistungspflicht und damit ihr Erlöschen für den in der Vergangenheit abgelaufenen Zeitraum bewirken. Ist die Dauerleistung während des gesamten Erfüllungszeitraums erbracht worden, trete ihre endgültige Erfüllung gemäß § 362 I ein. Aufgrund der besonderen zeitlichen Dimension des Dauerschuldverhältnisses sei der Eintritt des Leistungserfolgs jedoch nicht geeignet, das Dauerschuldverhältnis im Hinblick auf die Dauerleistungspflichten zu beenden. Die Dauerleistungspflicht könne durch ihre Erfüllung nicht für die Zukunft beseitigt werden, sie bestehe vielmehr inhaltlich unverändert fort.<sup>58</sup> Anders als beim einfachen Schuldverhältnis könne beim Dauerschuldverhältnis die Vertragsbeendigung daher nicht durch den nach dem Vertragsinhalt geschuldeten Leistungserfolg herbeigeführt werden.

Da der Eintritt des Leistungserfolgs nach der Ansicht von Oetker nicht dazu geeignet ist, die Beendigung der Dauerleistungsverpflichtung herbeizuführen, muss diese Funktion von der ordentlichen Kündigung übernommen werden. Auf der Grundlage der von Oetker vertretenen Meinung stellt die ordentliche Kündigung ein Rechtsinstitut dar, das § 362 I beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis in seiner Funktion als Erlöschensgrund ergänzt und dessen Vorhandensein als Beendigungsgrund unerlässlich ist, um die Erlöschensfolge des § 362 I auszulösen. Nimmt man an, dass jedes Schuldverhältnis und damit auch das unbefristete Dauerschuldverhältnis auf sein Erlöschen durch Erfüllung angelegt ist, ist das Recht zur ordentlichen Kündigung nach der Konzeption Oetkers als Ergänzung der Vorschrift des § 362 I unverzichtbar, weil § 362 I beim Dauerschuldverhältnis dann, wenn das Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen wird, als Erlöschensgrund nicht zur Anwendung kommen kann.

### b) Das neuere Schrifttum

Soweit im neueren Schrifttum auf die Anwendbarkeit des § 362 I beim Dauerschuldverhältnis eingegangen wird, sprechen sich die Verfasser dafür aus, dass § 362 I beim Dauerschuldverhältnis in der gleichen Weise zur Anwendung kommt, wie beim einfachen

---

<sup>55</sup>Dittney, S. 11.

<sup>56</sup>Oetker, S. 115 f., 323. Der Ansicht Oetkers, nach der beim Dauerschuldverhältnis der in § 362 I vorgesehene Funktionszusammenhang zwischen dem Eintritt des Leistungserfolgs und der Vertragsbeendigung unterbrochen ist, hat sich E. Schmidt angeschlossen, vgl. Esser/Schmidt SR I/1 § 5 II 4 Anm. 50, S. 256.

<sup>57</sup>Oetker, S. 324.

<sup>58</sup>Oetker, S. 325.

Schuldverhältnis.<sup>59</sup> Dieser Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen, weil dogmatische Gründe, die der Anwendbarkeit des § 362 I beim Dauerschuldverhältnis entgegenstehen, nicht gegeben sind. Da in der Literatur eine nähere Begründung dafür, in welcher Weise die Rechtsfolgen des § 362 I beim Dauerschuldverhältnis ausgelöst werden, nicht gegeben wird, soll im Folgenden dargelegt werden, wie die Anwendung des § 362 I beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis vorstellbar ist.

*aa) Der Begriff des Leistungserfolgs*

Indem § 362 I anordnet, dass ein Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird, setzt diese Bestimmung lediglich die Rechtsfolge der Erfüllung fest, ohne eine Auskunft über den Anwendungsbereich der Norm zu geben. Auf welche Rechtsverhältnisse § 362 I anwendbar ist, lässt sich feststellen, wenn man § 362 I im Zusammenhang mit § 241 I betrachtet. Nach der Systematik des BGB, das im ersten Abschnitt des zweiten Buches den Inhalt des Schuldverhältnisses im engeren Sinn, d. h. des einzelnen Forderungsrechts, und im dritten Abschnitt das Erlöschen der Schuldverhältnisse behandelt, ist davon auszugehen, dass der Begriff des Schuldverhältnisses in § 362 I mit dem gleichen Bedeutungsgehalt verwandt worden ist wie in § 241 I. Mit der "geschuldeten Leistung" im Sinn von § 362 I ist daher das Schuldverhältnis im engeren Sinn gemeint. Gegenstand der Erfüllung ist somit die schuldrechtliche Forderung.<sup>60</sup> § 241 I definiert die schuldrechtliche Forderung als Anspruch auf eine Leistung. In der schuldrechtlichen Dogmatik ist anerkannt, dass der Leistungsbegriff doppeldeutig ist und zwei Aspekte mit unterschiedlichem Inhalt beschreibt: das Leistungsverhalten des Schuldners und das Ergebnis dieses Verhaltens, den Leistungserfolg.<sup>61</sup> Demzufolge begründet die schuldrechtliche Forderung für den Schuldner eine zweifach gegliederte Verpflichtung, die Pflicht zur Vornahme der Leistungshandlung und die Verpflichtung zur Herbeiführung des Leistungserfolgs.<sup>62</sup> In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit darüber, dass sich der Begriff der "Leistung" in § 362 I auf den Eintritt des Leistungserfolgs bezieht.<sup>63</sup>

Zitelmann hat sich im Rahmen seiner Abhandlung "Irrtum und Rechtsgeschäft" ausführlich mit dem Erfolgsbegriff auseinandergesetzt. Den Handlungserfolg beschreibt er als einen Umstand, bei dem es sich um eine äußere Folge der von einer Person vorgenommenen Handlung handelt, die sich über eine Kausalkette auf die Handlung zurückführen lässt. Da das Tun einer Person, die Handlung, notwendigerweise Folgen nach außen hat, ist es geeignet, kausal den Eintritt eines bestimmten Ereignisses auszulösen oder ganze Kausalketten in Anstoß zu bringen. Bei dem durch die Handlung ausgelösten äußeren Geschehen lässt sich ein Element feststellen, bei dem es sich nicht um ein bestimmtes Tun handelt, das aber dennoch unmittelbar die vom Handelnden angestrebte Veränderung der äußeren Umstände herbeiführt.<sup>64</sup> Dieses Element stellt den Erfolg der Handlung dar, das

<sup>59</sup>Vgl. MK - Kramer<sup>5</sup> Einl § 241, 97; MK - Wenzel<sup>5</sup> § 362, 28; Staud. - Olzen<sup>15</sup> § 362, 10; Wiese, FS Nipperdey Bd. I, S. 837, 843 ff.; Fikentscher Rz 48; Beuthien, S. 271; Christodoulou, S. 173; Larenz SR AT § 2 VI; Gernhuber, Erfüllung, § 5 VI 1.

<sup>60</sup>Vgl. BGHZ 10, 391, 395; Staud. - Olzen<sup>15</sup> § 362, 3; MK - Wenzel<sup>5</sup> vor § 362, 1.

<sup>61</sup>Vgl. MK - Kramer<sup>5</sup> § 241, 7; Henke, S. 43; Steinberger, S. 4; Ebhardt, S. 7; Lesser, S. 84 f.; Lehmann, S. 56, f.; Beuthien, S. 8.

<sup>62</sup>Böhmer, Erfüllungswille, S. 24.

<sup>63</sup>BGHZ 87, 156, 162; WM 67, 929, 930; Staud. - Olzen<sup>15</sup> Einl § 362, 2; § 362, 11; Gernhuber, Erfüllung, S. 96; Larenz SR AT § 2 I, S. 8, § 26 I, S. 314; Wieacker, FS Nipperdey Bd. I, S. 786 ff.

<sup>64</sup>Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 115 f.



Ziel, dessen Verwirklichung mit der Vornahme der Handlung angestrebt wurde.<sup>65</sup> Geht man davon aus, dass das Ziel, das das Rechtssubjekt mit seiner Handlung erreichen will, den Endpunkt oder den eigentlichen Zweck der von ihm in Gang gesetzten Kausalkette bildet, stellt der Leistungserfolg den wesentlichen Gegenstand der schuldrechtlichen Verpflichtung dar.<sup>66</sup> Der Verpflichtung zur Leistungshandlung kommt im Verhältnis zum Leistungserfolg demgegenüber eine untergeordnete Rolle zu. Sie bildet lediglich ein Mittel, um den Endzweck der Handlungsreihe, den Leistungserfolg, herbeizuführen.<sup>67</sup>

Nach diesem Verständnis des Erfolgsbegriffs muss der Leistungserfolg als die äußere Folge der Leistungshandlung angesehen werden, die kein Element der Handlung selbst darstellt, jedoch kausal durch die Leistungshandlung bedingt ist und durch die unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers herbeigeführt wird.<sup>68</sup> Ein von der Leistungshandlung deutlich zu unterscheidender Leistungserfolg lässt sich typischerweise dann feststellen, wenn dem Schuldner ein zeitlich begrenztes Verhalten obliegt. Ein solches Verhalten stellt zum Beispiel die Verpflichtung des Eigentümers dar, einen bestimmten Gegenstand zu übereignen. Die vom Eigentümer geschuldete Leistungshandlung besteht in diesem Fall in der Abgabe der auf die Eigentumsübertragung gerichteten Willenserklärung und in der Übergabe des Gegenstands an den Gläubiger. Der Leistungserfolg tritt ein, wenn das Eigentum an dem Gegenstand auf den neuen Eigentümer übergeht.<sup>69</sup> Der kraft der gesetzlichen Bestimmungen eintretende Eigentumsübergang stellt die von der Leistungshandlung zu unterscheidende kausale Folge der vom Schuldner vorgenommenen Tätigkeit dar.

#### *bb) Die auf ein andauerndes Tun gerichtete Dauerleistungspflicht*

Beim Dauerschuldverhältnis, das eine Verpflichtung zu einem andauernden Tun zum Gegenstand hat, schuldet die verpflichtete Partei lediglich die Vornahme einer bestimmten Tätigkeit, wie zum Beispiel der Treuhänder die Verwaltung des vom Treugeber übertragenen Treuguts. In der Verpflichtung zur Vornahme der Handlung erschöpft sich die dem Schuldner obliegende Leistung. Ein als Folge der Tätigkeit kausal eintretender Erfolg, der sich im zeitlichen Ablauf eine logische Sekunde nach der Vollendung der Leistungshandlung einstellt, lässt sich bei der auf ein andauerndes Tun gerichteten Verpflichtung nicht feststellen.<sup>70</sup> Versteht man den Leistungserfolg mit der herrschenden Meinung als den

---

<sup>65</sup>Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 120.

<sup>66</sup>Lehmann, S. 57.

<sup>67</sup>Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 135 f.

<sup>68</sup>So die h. M., vgl. Larenz SR AT § 18 I; Gernhuber, Erfüllung, § 5 I 3; Medicus SR AT § 23 III 1; MK - Wenzel<sup>5</sup> § 362, 2; Staud. - Olzen<sup>15</sup> § 362, 11; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 115; im Ergebnis ebenso: Lehmann, S. 57.

<sup>69</sup>Vgl. Steinberger, S. 5; Wieacker, FS Nipperdey Bd. I, S. 788 f.

<sup>70</sup>Vgl. Lesser, S. 82; Oetker, S. 116; Henke, S. 45; Wieacker, FS Nipperdey Bd. I, S. 794, 805. A. A. nur Böhmer, der annimmt, dass auch dann, wenn der Schuldner lediglich ein bestimmtes Verhalten zu erbringen hat, ein von der Tätigkeit des Schuldners abgrenzbarer kausaler Erfolg vorhanden ist. Inhaltlich besteht nach der Ansicht Böhmers zwischen dem durch ein Verhalten verursachten Erfolg und dem beim einfachen Schuldverhältnis eintretenden Leistungserfolg kein Unterschied, da beide Fälle dadurch gekennzeichnet seien, dass mit dem vertraglich geschuldeten Erfolg eine Begünstigung des Gläubigers eintrete, die Ziel und Ende der Obligation bilde. Wenn der Schuldner zu einer Tätigkeit verpflichtet ist, seien daher nicht die mit dem schuldnerischen Verhalten identischen "Dienste" als Erfolg anzusehen, sondern die für den Gläubiger aus dieser Tätigkeit entspringenden Vorteile wirtschaftlicher Art, Erfüllungswille, S. 6 ff., 9. Dieser Ansicht steht jedoch entgegen, dass sich die Verpflichtung des Schuldners eines Dienstvertrags in der Vornahme der Dienstleistung erschöpft, ohne dass es nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses darauf ankommt, ob durch diese Leistung ein Vermögensvorteil zugunsten des Gläubigers herbeigeführt wird oder nicht. Wenn man den Leistungserfolg bei dem lediglich eine Tätigkeit beinhaltenden Anspruch darin sieht, dass der

eigentlichen Zweck des Schuldverhältnisses und die Leistungshandlung als das zu dessen Herbeiführung notwendige Mittel,<sup>71</sup> kann der Begriff "Leistungserfolg" bei dem auf eine Tätigkeit gerichteten Schuldverhältnis richtigerweise nicht zur Anwendung kommen.<sup>72</sup> Denn der Zweck setzt stets einen Dualismus voraus, den von Mittel und Zweck.<sup>73</sup> Das Erreichen eines Zwecks als die angestrebte Wirkung ist nur vorstellbar, wenn ein Mittel existiert, das geeignet ist, diesen Zweck kausal herbeizuführen.<sup>74</sup> Das auf eine andauernde Tätigkeit gerichtete Schuldverhältnis beinhaltet mit der Verpflichtung zur Leistungshandlung jedoch lediglich ein Mittel, ohne diesem Mittel einen als dessen Folge kausal eintretenden Zweck zuzuordnen.

Dass bei der Dauerleistungsverpflichtung, die lediglich eine Tätigkeit zum Inhalt hat, der Eintritt eines Leistungserfolgs im Sinn einer äußeren Folge der Leistungshandlung nicht feststellbar ist, bedeutet jedoch nicht, dass diese Dauerleistungsverpflichtung als ein Schuldverhältnis beurteilt werden muss, das der Erfüllung nicht fähig ist.<sup>75</sup> Denn der Regelung des § 362 I lässt sich eindeutig entnehmen, dass die Erfüllungswirkung immer dann eintritt, wenn der Schuldner an den Gläubiger das leistet, was er nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses schuldet. Bei der auf ein andauerndes Tun gerichteten Dauerleistungsverpflichtung ist nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses eine Tätigkeit geschuldet, die sich aus einer Vielzahl einzelner Handlungen zusammensetzt.<sup>76</sup> Die im Sinn von § 362 I geschuldete Leistung kann infolgedessen nur darin bestehen, dass der Schuldner die im Vertrag umschriebene Tätigkeit vollständig ausführt. Wenn der Schuldner diese Leistung vorgenommen hat, ist die Dauerleistungspflicht im Sinn von § 362 I erfüllt, mit der Folge, dass die von dieser Vorschrift vorgesehenen Rechtsfolgen, das Erlöschen und die Beendigung der dem Schuldner obliegenden Verpflichtung, eintreten können. Der Umstand, an den die Bestimmung des § 362 I die Erlöschens- und Beendigungsfolge knüpft, ist bei der auf ein andauerndes Tun gerichteten Dauerleistungsverpflichtung daher darin zu sehen, dass der Schuldner das von ihm aufgrund des Anspruchs geschuldete Verhalten in seiner Gesamtheit vorgenommen hat.<sup>77</sup> Im Hinblick auf die vollständige Erfüllung der Dauerleistungspflicht durch die Erbringung der dem Schuldner insgesamt obliegenden Leistung ist § 362 I bei der auf ein andauerndes Tun gerichteten Dauerleistungsverpflichtung demzufolge in der gleichen Weise anwendbar wie bei einem Anspruch, der den Gegenstand eines einfachen Schuldverhältnisses bildet.

---

Gläubiger während des vereinbarten Leistungszeitraums nicht ohne die geschuldete Dienstleistung bleibt, vgl. JhJb 50, 299 f., und Riezler den Leistungserfolg als den fruchtlosen Versuch des Schuldners versteht, dessen Tätigkeit nicht das Resultat erbringt, das nach der Vorstellung des Gläubigers durch die Beauftragung des Schuldners erreicht werden sollte, vgl. S. 91 f., unter Verweis auf Protokolle II, S. 277, wird auch mit dieser Formulierung des Umstands, an den § 362 I die Erlöschens- und Beendigungsfolge knüpft, nicht ein Zweck beschrieben, der bei der auf ein andauerndes Verhalten gerichteten Dauerleistungspflicht ein von der Leistungshandlung unterscheidbares Element darstellt. Von beiden Verfassern wird vielmehr mit anderen Begriffen eine Umschreibung der dem Schuldner obliegenden Leistungshandlung vorgenommen.

<sup>71</sup>Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 139, 144.

<sup>72</sup>A. A. die h. M., die bei dem auf ein fortdauerndes Tun gerichteten Anspruch die dem Schuldner obliegende Tätigkeit als den vertraglich geschuldeten Erfolg ansieht, vgl. Protokolle II, S. 277; Siber JhJb 50, 239 f., 55; Riezler, S. 91 f.; Lesser, S. 82; Henke, S. 45; Wieacker, FS Nipperdey Bd. I, S. 794, 805; Oetker, S. 116.

<sup>73</sup>Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 144.

<sup>74</sup>Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 139.

<sup>75</sup>So aber Böhmer, Erfüllungswille, S. 10 f. Vgl. auch Nikisch, S. 148 f., der den Erfolgsbegriff inhaltlich auf den Eintritt einer kausalen Folge beschränkt und somit zu dem Ergebnis kommt, dass der auf ein andauerndes Verhalten gerichtete Anspruch niemals einen Erfolg i. S. v. § 362 I herbeiführen kann.

<sup>76</sup>Das aufgrund eines Anspruchs geschuldete Verhalten ist nicht notwendigerweise auf eine einzelne Leistungshandlung beschränkt, sondern kann sich aus einer Vielzahl von Leistungshandlungen zusammensetzen, vgl. Larenz SR AT § 2 I, S. 7 f.; Lesser, S. 34 ff.

<sup>77</sup>Vgl. Wiese, FS Nipperdey Bd. I, S. 837, 848 f.; Gernhuber, Erfüllung, § 5 VI 1 a).

*cc) Die auf ein ständig wiederkehrendes Verhalten gerichtete Dauerleistungspflicht*

Keinen Schwierigkeiten begegnet die Anwendung des § 362 I auf die Dauerleistungspflicht auch dann, wenn die Leistungspflicht des Schuldners in einem in bestimmten Zeitabschnitten wiederkehrenden Verhalten besteht. Anders als die permanent andauernde Leistungsverpflichtung ist die auf ein ständig wiederkehrendes Verhalten abzielende Verpflichtung dadurch gekennzeichnet, dass nach ihr eine Vielzahl vorübergehender, jeweils auf einen konkreten Zeitpunkt konzentrierter Leistungshandlungen geschuldet sind. Wenn der auf ein ständig wiederkehrendes Verhalten gerichteten Dauerleistungspflicht ein einheitlicher Anspruch zugrunde liegt, der sich in verschiedene, jeweils nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums zu unterschiedlichen Zeitpunkten fällig werdende Teilleistungen aufspaltet,<sup>78</sup> erlischt dieser Anspruch mit der letzten Teilleistung durch Erfüllung gemäß § 362 I ebenso wie der auf ein andauerndes Tun gerichtete Anspruch. Setzt sich die Dauerleistungsverpflichtung aus einer Vielzahl von Einzelansprüchen zusammen, ist § 362 I auf jedes einzelne Forderungsrecht anwendbar, mit der Folge, dass der gerade fällige Anspruch durch Erfüllung erlischt, wenn der Schuldner die Leistungshandlung vornimmt.<sup>79</sup> Mit der Erfüllung des letzten Einzelanspruchs erlischt auch das Schuldverhältnis im weiteren Sinn. Somit löst die Erfüllung sämtlicher Einzelansprüche, die im Rahmen des auf eine ständig wiederkehrende Leistung gerichteten Dauerschuldverhältnisses entstanden sind, beim Dauerschuldverhältnis nicht anders als beim einfachen Schuldverhältnis den Untergang des Schuldverhältnisses im weiteren Sinn aus.<sup>80</sup>

c) Ergebnis

Da kein Anlass dafür besteht, den Regelungsgehalt des § 362 I beim Dauerschuldverhältnis einzuschränken, kann diese Vorschrift beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis grundsätzlich ebenso wie beim einfachen Schuldverhältnis in ihrer Funktion als Beendigungs- und Erlöschensgrund zur Anwendung kommen. Allerdings ist das unbefristete Dauerschuldverhältnis durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass der Erfüllungszeitraum, an den § 362 I die Beendigungs- und Erlöschensfolge knüpft, anders als beim befristeten Dauerschuldverhältnis, nicht von vornherein begrenzt ist. Um angeben zu können, welches die im Sinn von § 362 I geschuldete Leistung ist, muss dem unbefristeten Dauerschuldverhältnis nachträglich durch eine Kündigung eine zeitliche Begrenzung gesetzt werden.

Weil die Anwendung des § 362 I beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis erst erfolgen kann, wenn das Dauerschuldverhältnis von einer der Vertragsparteien gekündigt worden ist, kommt § 362 I als Beendigungsgrund beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis nicht in Betracht. Denn dass die Dauerleistungspflicht gemäß § 362 I mit ihrer Erfüllung endet, ist nur denkbar, wenn der Leistungsanspruch zu dem Zeitpunkt, zu dem die letzte Leistungshandlung vorgenommen wird, noch nicht beendet ist und daher als Folge der Erfüllung enden kann. Das Erlöschen des dem Schuldner obliegenden Anspruchs setzt jedoch voraus, dass der Umfang der geschuldeten Leistung durch eine ordentliche Kündigung des Dauerschuldverhältnisses zeitlich begrenzt wurde.<sup>81</sup> Erst nachdem die Dauerleis-

<sup>78</sup>Vgl. Oetker, S. 322; Fenyves, S. 126.

<sup>79</sup>Beuthien, S. 271; v. Gierke JhJb 64, 355 ff., 366; Nehm, S. 16 f.; Staud. - Olzen<sup>15</sup> § 362, 10.

<sup>80</sup>Im Ergebnis ebenso: Staud. - Olzen<sup>15</sup> § 362, 10; MK - Wenzel<sup>5</sup> § 362, 28; Gernhuber, Erfüllung, § 5 VI 1 b; Larenz SR AT § 2 VI; Beuthien, S. 271 f.

<sup>81</sup>Wiese, FS Nipperdey Bd. I, S. 840.

tungspflicht durch eine Kündigung beendet worden ist, kann festgestellt werden, ob der Schuldner den ihm obliegenden Anspruch erfüllt hat oder nicht. Mit dem Wirksamwerden der Kündigung endet die dem Schuldner obliegende Leistungspflicht daher eine logische Sekunde vor dem Zeitpunkt, zu dem eine Aussage darüber möglich ist, ob der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hat. Da die Dauerleistungspflicht dann, wenn sie infolge ihrer Erfüllung untergeht, bereits durch die ordentliche Kündigung beendet worden ist, kann die Erfüllung des Anspruchs nicht zur Beendigung der Dauerleistungspflicht führen. Das Gleiche gilt für die Beendigung des Schuldverhältnisses im weiteren Sinn. Die ordentliche Kündigung beendet nicht nur den einzelnen, gegen den Schuldner gerichteten Dauerleistungsanspruch, sondern das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis als Ganzes mit allen Haupt- und Nebenpflichten.<sup>82</sup> Da die ordentliche Kündigung die unerlässliche Vorbedingung dafür bildet, dass keine weiteren Einzelansprüche mehr entstehen, tritt die Beendigung des Schuldverhältnisses im weiteren Sinn durch die ordentliche Kündigung vor dem Zeitpunkt ein, zu dem das Schuldverhältnis im weiteren Sinn durch die Erfüllung des zuletzt fällig werdenden Einzelanspruchs untergehen kann. Weil auch das Schuldverhältnis im weiteren Sinn zu dem Zeitpunkt, zu dem es durch die Erfüllung der Summe aller Einzelansprüche erlischt, bereits durch die ordentliche Kündigung beendet worden ist, ist es nicht möglich, dass das Schuldverhältnis im weiteren Sinn durch die Erfüllung sämtlicher Einzelansprüche beendet wird.

Damit kann der von Oetker vertretenen Ansicht, nach der die Vorschrift des § 362 I beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis aus dogmatischen Gründen nur eingeschränkt anwendbar ist, nicht gefolgt werden. Dass § 362 I beim Dauerschuldverhältnis als Beendigungsgrund nicht eingreift, hat seine Ursache in dem besonderen Inhalt der Dauerleistungspflicht, der zur Folge hat, dass die in § 362 I vorgesehenen Rechtsfolgen erst wirksam werden können, nachdem das Dauerschuldverhältnis durch eine Kündigung beendet wurde. Wenn das Erlöschen der Dauerleistungspflicht nicht auch deren Beendigung nach sich zieht, liegt das lediglich daran, dass die faktischen Voraussetzungen für die in gleicher Weise wie beim einfachen Schuldverhältnis anzuwendende Rechtsregel des § 362 I beim Dauerschuldverhältnis aufgrund des andersartigen Inhalts der Dauerleistungsverpflichtung verschieden sind, nicht aber daran, dass der in § 362 I vorgesehene Funktionszusammenhang zwischen dem Eintritt des Leistungserfolgs und der Vertragsbeendigung gestört ist.

Nimmt man wie die Mehrheit der Verfasser im neueren Schrifttum an, dass § 362 I beim Dauerschuldverhältnis in uneingeschränkter Weise zur Anwendung kommen kann und geht man mit der herrschenden Meinung weiterhin davon aus, dass auch dem Dauerschuldverhältnis die Zweckbestimmung eigen ist, durch seine Erfüllung zu erlöschen, stellt das Recht zur ordentlichen Kündigung beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis auch nach dieser Ansicht ein unverzichtbares Element dar. Zwar kommt dem Rechtsinstitut der ordentlichen Kündigung in diesem Fall nicht die Aufgabe zu, die Vorschrift des § 362 I in ihrer Funktion als Beendigungsgrund zu ersetzen. Unabdingbar ist das Recht zur ordentlichen Kündigung jedoch, weil es als Mittel zur Bestimmung des Leistungsumfangs die notwendige Vorbedingung für das Eingreifen der Erlöschensfolge des § 362 I bildet. Damit kann festgestellt werden, dass der Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis als unzulässig anzusehen ist, wenn die Ansicht der herrschenden Meinung, nach der jedes Schuldverhältnis auf sein Erlöschen durch Erfüllung angelegt ist, zutrifft. Ob dem unbefristeten Dauerschuldverhältnis eine dahingehende Zweckbestimmung zugeordnet werden kann, soll im Anschluss erörtert werden.

---

<sup>82</sup>Larenz BGB AT § 2 III; Esser/Schmidt SR I/1 § 20 I.

### 3. Die Zweckbestimmung des Dauerschuldverhältnisses

#### a) Die Begründung und Aufrechterhaltung eines Zustands

Die Verfasser, die jedem Schuldverhältnis ein finales Element zuordnen, stützen sich zur Begründung ihrer These auf den Inhalt des Anspruchs.<sup>83</sup> Dabei wird von einem Forderungsrecht ausgegangen, das den Gegenstand eines einfachen Schuldverhältnisses bildet.<sup>84</sup> Da es den Parteien beim einfachen Schuldverhältnis gerade auf die Verwirklichung des Enderfolgs ankommt<sup>85</sup> und das Gesetz mit dem Erfolgseintritt den Eintritt der in § 362 I vorgesehenen Rechtsfolgen verbindet, trifft auf das einfache Schuldverhältnis die Aussage zu, dass es nicht nur auf die Verwirklichung des Forderungsinhalts gerichtet ist, sondern auch auf sein Erlöschen und seine Beendigung durch die Erbringung der vertragsgemäßen Leistung.<sup>86</sup>

Zwar lassen sich auch bei jedem Dauerschuldverhältnis vorübergehende Ansprüche feststellen, die, wie der dem einfachen Schuldverhältnis zugrunde liegende Anspruch, auf ihr Erlöschen durch Erfüllung abzielen. Einen Anspruch dieser Art, der vom Schuldner lediglich eine einmalige Erfüllungshandlung verlangt, stellt beim Treuhandvertrag der gegen den Treugeber gerichtete Anspruch des Treuhänders auf Übertragung des Treuguts dar. Dieser Anspruch beinhaltet eine vorübergehende Leistungspflicht, die mit dem Eintritt des Eigentumsübergangs erlischt. Da derartige Ansprüche der eigentlichen Dauerleistungsverpflichtung vorgelagert sind, werden sie vom Schrifttum einem "ersten Stadium" des Dauerschuldverhältnisses zugeordnet.<sup>87</sup>

Das zweite Stadium des Dauerschuldverhältnisses, das Nehm als dessen eigentlichen "Zweck" bezeichnet,<sup>88</sup> besteht in der Aufrechterhaltung eines Zustands.<sup>89</sup> Dieses Stadium kann erst beginnen, nachdem die vorübergehenden Ansprüche erfüllt worden sind.<sup>90</sup> Ihm wird die Aufgabe zugeordnet, den durch die Vornahme des vertragsgemäßen Verhaltens entstehenden Zustand aufrechtzuerhalten.<sup>91</sup> Der Terminus "Zustand" beschreibt dabei das Leistensollen des Schuldners, d. h. die permanent andauernde oder ständig wiederkehrende Ausführung der Leistungshandlung.<sup>92</sup> Davon, dass dem Dauerschuldverhältnis die Funktion zukommt, den Fortbestand einer bestimmten Rechtslage über einen längeren Zeitraum sicherzustellen, ging bereits v. Gierke aus. Den entscheidenden Unterschied zwischen dem Dauerschuldverhältnis und dem einfachen Schuldverhältnis hat v. Gierke in der Aufgabe gesehen, die das jeweilige Rechtsgeschäft im Rechtsleben erfüllt.<sup>93</sup> Während das einfache Schuldverhältnis der bloßen Verschiebung der materiellen Herrschaft über Vermögensgegenstände diene, hat er dem Dauerschuldverhältnis die Funktion zugewie-

<sup>83</sup>Vgl. MK - Wenzel<sup>5</sup> vor § 362, 8; Esser/Schmidt SR I/1 § 17, S. 275 f.; Oetker, S. 114; v. Tuhr I, S. 143; Henke, S. 25; Hartmann, S. 37; Husserl, S. 36.

<sup>84</sup>Esser/Schmidt SR I/1 § 17, S. 275; Husserl, S. 32, 36 f.

<sup>85</sup>Larenz SR AT § 2 I, S. 8; Beuthien, S. 7, 9.

<sup>86</sup>Vgl. Esser/Schmidt SR I/1 § 17, S. 275; Beuthien, S. 9.

<sup>87</sup>Vgl. Schmitt, S. 12; Beitzke, S. 11; Nehm, S. 7.

<sup>88</sup>Nehm, S. 7.

<sup>89</sup>v. Gierke JhJb 64, 388; Nehm, S. 7 ff.; Nikisch, S. 148 ff., 165; Schmitt, S. 11 ff.; Kubatsch, S. 40 f.; Teubner, S. 92; Roquette, S. 50; Löning, S. 19 ff., 21. Auch der BGH geht davon aus, dass durch den Vollzug des Dauerschuldverhältnisses ein tatsächlicher Zustand geschaffen wird, dem die rechtliche Anerkennung nicht versagt werden darf, BGHZ 53, 152, 157 f.

<sup>90</sup>Nehm, S. 7; Schmitt, S. 12; Kubatsch, S. 40.

<sup>91</sup>Vgl. Nehm, S. 7 f.; Schmitt, S. 11 f.; Roquette, S. 50; Nikisch, S. 148, 150.

<sup>92</sup>Vgl. Nikisch, S. 148 ff., 150; Nehm, S. 8; Schmitt, S. 12; Teubner, S. 92.

<sup>93</sup>v. Gierke JhJb 64, 406.

sen, ständige Machtverhältnisse nicht nur ins Leben zu rufen, sondern darüber hinaus auch in Wirksamkeit zu erhalten.<sup>94</sup> Diese Erhaltungsfunktion stellt nach v. Gierke den wesentlichen Inhalt des Dauerschuldverhältnisses dar. Schmitt hat auf den Umstand, dass durch das Dauerschuldverhältnis ein andauernder Zustand begründet wird, in seiner Definition des Dauerschuldverhältnisses Bezug genommen. Seiner Ansicht nach handelt es sich beim Dauerschuldverhältnis um ein Rechtsverhältnis, dessen Inhalt auf die Erhaltung eines durch sich selbst geschaffenen Zustands gerichtet ist sowie auf die Durchführung der sich aus diesem Zustand ergebenden Rechtspflichten.<sup>95</sup>

Dem Dauerschuldverhältnis liegen damit zwei unterschiedliche Zweckbestimmungen zugrunde. Die erste besteht in der Herstellung einer bestimmten Rechtslage, die die Voraussetzung dafür bildet, dass die andauernde Leistungshandlung vorgenommen werden kann. Diese Zweckbestimmung wird durch die Erfüllung der vorübergehenden Ansprüche verwirklicht. Die zweite Zweckbestimmung zielt demgegenüber darauf ab, die einmal entstandene Rechtslage aufrechtzuerhalten.<sup>96</sup> Dieser Zweckbestimmung entspricht beim Dauerschuldverhältnis das Zeitmoment,<sup>97</sup> nach dem die Dauerleistungsverpflichtung solange fortbesteht, wie das Schuldverhältnis andauert.<sup>98</sup>

#### b) Die zeitliche Unbegrenztheit des Zustands

Da beim befristeten Dauerschuldverhältnis der Umfang der dem Schuldner obliegenden Leistung von vornherein begrenzt ist, kann davon ausgegangen werden, dass das befristete Dauerschuldverhältnis auf sein Erlöschen durch die Vornahme der gemäß § 362 I insgesamt geschuldeten Leistung gerichtet ist. Beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis ist demgegenüber keine zeitliche Begrenzung der Dauerleistungspflicht gegeben. Inhaltlich zielt die unbefristete Dauerleistungspflicht darauf ab, dass die dem Schuldner obliegende Leistungsverpflichtung für einen Zeitraum von unbestimmter Dauer aufrechterhalten wird. Entsprechend des dem Dauerschuldverhältnis immanenten Zeitelements soll die Dauerleistungspflicht trotz der Vornahme der vertragsgemäßen Leistungshandlung und der teilweisen Erfüllung des Dauerschuldverhältnisses für einen zunächst unbegrenzten Zeitraum fortbestehen. Die Hauptleistungspflicht des unbefristeten Dauerschuldverhältnisses ist somit darauf gerichtet, den Fortbestand der dem Schuldner obliegenden Leistungspflicht mit unbestimmter Dauer zu gewährleisten.<sup>99</sup> In ihrem Umfang begrenzt wird die unbefristete Dauerleistungsverpflichtung erst dann, wenn der Leistungszeitraum durch den Eintritt eines heterogenen Umstands, wie dem der ordentlichen Kündigung, beendet worden ist. Bei dem Recht zur ordentlichen Kündigung handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, das neben der vom Schuldner zu erfüllenden Leistungspflicht einen weiteren Bestandteil des Schuldverhältnisses im weiteren Sinn bildet. Die Vertragsbeendigung, die aufgrund der ordentlichen Kündigung eintritt, stellt einen von außen an das Schuldverhältnis herantretenden Umstand dar,<sup>100</sup> der zu seiner Wirksamkeit die Abgabe einer Kündigungserklärung voraussetzt. Ist bei einem Schuldverhältnis mit unbefristeter Dauer ein Recht zur ordentlichen Kündigung in den Vertrag aufgenommen worden, steht es im Ermessen der Parteien, darüber zu entscheiden, ob das Kündigungsrecht ausgeübt wird

---

<sup>94</sup>v. Gierke JhJb 64, 407.

<sup>95</sup>Schmitt, S. 13.

<sup>96</sup>Vgl. Beitzke, S. 11; Schmitt, S. 12; Nehm, S. 7 f.

<sup>97</sup>Vgl. Oetker, S. 101.

<sup>98</sup>Vgl. Beitzke, S. 20; Schmitt, S. 18; Oetker, S. 116.

<sup>99</sup>Vgl. Nikisch, S. 148.

<sup>100</sup>Vgl. Oetker, S. 116, Beitzke, S. 19.

oder nicht. Den Parteien steht es frei, eine Kündigung des Dauerschuldverhältnisses zu unterlassen, mit der Folge, dass das Vertragsverhältnis mit "ewiger" Dauer fortbesteht. Beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis stellt die Beendigung der Leistungspflicht somit einen Umstand dar, der vom Inhalt der Leistungspflicht nicht umfasst wird. Die Beendigung und das als deren Folge bei einer ordnungsgemäßen Leistung eintretende Erlöschen der Dauerleistungsverpflichtung setzen vielmehr mit der Vertragskündigung die Vornahme eines weiteren Rechtsgeschäfts voraus. Ein auf das Erlöschen der Leistungspflicht gerichtetes finales Zweckmoment ist der Dauerleistungsverpflichtung beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis aus diesem Grund nicht immanent. Das unbefristete Dauerschuldverhältnis ist vielmehr ein Rechtsverhältnis, das nicht von selbst seinem Ende zustrebt, sondern das als unerlöschlich gedacht werden kann.<sup>101</sup> Der Rechtssatz, dass das Schuldverhältnis auf sein Erlöschen durch Erfüllung abzielt, muss daher auf das einfache Schuldverhältnis und das befristete Dauerschuldverhältnis beschränkt werden. Auf das unbefristete Dauerschuldverhältnis trifft er nicht zu.<sup>102</sup>

#### 4. Ergebnis

Da das BGB in § 194 I hinsichtlich des Inhalts eines Anspruchs keine Vorgaben enthält, kann von den Parteien ein Anspruch, der zeitlich unbefristet und damit mit theoretisch "ewiger" Dauer fortbestehen soll, grundsätzlich zum Inhalt eines Schuldverhältnisses gemacht werden. Dogmatische Gründe stehen dem Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bzw. zum Widerruf bei einem Dauerschuldverhältnis mit unbestimmter Dauer nicht entgegen. Damit kann der vom Treugeber ausgesprochene Verzicht auf sein Recht zur Vertragsbeendigung dann, wenn der Treugeber einen über seinen Tod hinaus wirksamen Treuhandvertrag mit unbefristeter Dauer abgeschlossen hat, nicht unter Berufung auf das "Wesen" des Schuldverhältnisses für unzulässig erklärt werden.

### III. Die Kündbarkeit des unbefristeten Dauerschuldverhältnisses als allgemeiner Rechtssatz

Von einem Teil des Schrifttums wird ein allgemeiner Grundsatz, nach dem jedes unbefristete Dauerschuldverhältnis ordentlich kündbar sein muss, im Weg der Rechtsanalogie unmittelbar aus den gesetzlichen Vorschriften abgeleitet. Bei der Rechtsanalogie handelt es sich um ein Rechtsgewinnungsverfahren, bei dem die Vorschriften des positiven Rechts daraufhin überprüft werden, ob sie sich in der Anordnung von Einzelwertungen erschöpfen oder ob sie auf einer bestimmten Grundwertung basieren, die eine allgemeine Grundlage der Rechtsordnung darstellt und die in den Einzelbestimmungen nicht hinreichend ausgestaltet worden ist. Wird festgestellt, dass mehreren Vorschriften ein gemeinsamer Gedanke zugrunde liegt, kann diesem der Charakter eines allgemeinen Rechtsprinzips zugesprochen werden, das ebenso zum Regelungsgehalt der Norm gehört wie deren ausdrücklicher Inhalt.<sup>103</sup> Stellt sich daher heraus, dass die im BGB enthaltenen

<sup>101</sup>Vgl. Gschnitzer JhJb 76, 324; Kühne, S. 4.

<sup>102</sup>Vgl. Gernhuber, Schuldverhältnis, § 2 I 4, S. 10; ders., Erfüllung, § 5 VI 1 a, S. 126; Gschnitzer JhJb 76, 324; Husserl, S. 37; Nehm, S. 9; Kühne, S. 4; Schmitt, S. 9 ff., 11. A. A. Wiese, FS Nipperdey Bd. I, S. 846.

<sup>103</sup>Die im Schrifttum gebräuchliche Bezeichnung dieses Verfahrens als Rechtsanalogie ist insofern ungenau, als es sich bei der Auffindung allgemeiner Prinzipien methodisch nicht um eine Analogie, sondern um eine Induktion handelt. Denn wenn ein Rückgriff auf die ratio legis bestimmter Vorschriften vorgenommen und daraus ein gemeinsamer Rechtsgedanke abgeleitet wird, liegt nicht ein Schluss vom Besonderen auf das Besondere vor, sondern vom Besonderen auf das Allgemeine, vgl. Canaris, Feststellung, S. 97 f.

Vorschriften über das Recht zur ordentlichen Kündigung Ausdruck eines allgemeinen Rechtssatzes sind, nach dem der durch ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis gebundene Partei stets die Möglichkeit zustehen soll, sich durch eine ordentliche Kündigung vom Vertrag lösen zu können, muss dieser Rechtssatz auch bei der Entscheidung der Frage, ob auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bzw. zum Widerruf im Rahmen eines Treuhandvertrags verzichtet werden kann, berücksichtigt werden. Die Vorschriften der §§ 671 I, 675 I, 620 II, durch die dem Treugeber das Recht zur Vertragsbeendigung zugestanden wird, sind dann im Wege der teleologischen Auslegung dahingehend zu verstehen, dass ein Verzicht auf das ordentliche Kündigungsrecht bzw. das Widerrufsrecht zum Regelungsgehalt dieser Bestimmungen im Widerspruch steht.

## 1. Die §§ 542 I, 582 II, 620 II, 723 I 1 als Grundlage einer Gesamtanalogie

### a) Die Ansicht von Oetker und Ulmer

Ulmer und Oetker gehen davon aus, dass die §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 einen allgemein gültigen Rechtsgrundsatz über die Kündigung unbefristeter Dauerschuldverhältnisse zum Ausdruck bringen, wonach jede Partei eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses die Freiheit haben muss, die vertragliche Bindung auch dann lösen zu können, wenn ein wichtiger Grund dafür nicht vorliegt. Ihrer Ansicht nach liegt den Kündigungsbestimmungen der §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 der für das gesamte BGB geltende Rechtsgedanke zugrunde, dass das Eingehen persönlicher oder wirtschaftlicher Bindungen ohne eine zeitliche Begrenzung oder Kündigungsmöglichkeit mit der persönlichen Freiheit der Vertragsschließenden unvereinbar ist und von ihnen eine dahingehende vertragliche Regelung aus diesem Grund auch nicht getroffen werden kann.<sup>104</sup> Das Recht zur ordentlichen Kündigung stelle beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis aus diesem Grund einen notwendigen und unabdingbaren Bestandteil dar. Demzufolge sprechen sich Ulmer und Oetker dafür aus, das im BGB für das unbefristete Dauerschuldverhältnis angeordnete Recht zur ordentlichen Kündigung im Wege der Rechtsanalogie auch auf die Dauerschuldverhältnisse zu übertragen, die keine legislative Ausgestaltung erfahren haben.<sup>105</sup>

Ulmer und Oetker entnehmen den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 nicht nur die Aussage, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung den Vertragsparteien dann zusteht, wenn der Vertrag keine ausdrückliche Regelung seiner Beendigung enthält.<sup>106</sup> Darüber hinaus wird aus den gesetzlichen Bestimmungen die Schlussfolgerung gezogen, dass sich der diesen Vorschriften zugrunde liegende Rechtsgedanke auch gegen einen individualvertraglichen Ausschluss des Kündigungsrechts durchsetzt.<sup>107</sup> Nach dieser Ansicht kommt den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 ein zweifacher Regelungsgehalt zu. Zum einen wird angenommen, das Gesetz bringe in diesen Bestimmungen zum Ausdruck, dass jedes unbefristete Dauerschuldverhältnis ordentlich kündbar sein soll. Zum anderen wird vorausgesetzt, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen mit unbestimmter Dauer

<sup>104</sup>MK - Ulmer<sup>4</sup> § 723, 61; ders., Vertragshändler, S. 257; Oetker, S. 275 f.; ebenso: Nitschke, S. 367.

<sup>105</sup>Oetker, S. 275 f.; Ulmer, Vertragshändler, S. 257.

<sup>106</sup>Nur im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung wird auf die gesetzlichen Bestimmungen zur ordentlichen Kündigung des Dauerschuldverhältnisses Bezug genommen von RGZ 78, 421, 424; BGH LM § 242 Bc Nr. 8; BGH VersR 60, 653, 654; BGH NJW RR 93, 1460; Soergel - Wiedemann<sup>12</sup> vor § 323, 65; Ehardt, S. 22.

<sup>107</sup>Oetker, S. 275; Ulmer, Vertragshändler, S. 257; so offenbar auch OLG Hamburg NJW 57, 26 f.; ebenso: Martinek, Franchising, S. 324 f.



nicht dispositiv ist und damit einen unverzichtbaren Bestandteil des unbefristeten Dauerschuldverhältnisses bildet.

Folgt man der Meinung von Ulmer und Oetker, ist der Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bzw. zum Widerruf bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis nicht möglich. Der vom Treugeber in dem über seinen Tod hinaus wirksamen Treuhandvertrag erklärte Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung muss nach dieser Ansicht als Verstoß gegen den den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 zugrunde liegenden Rechtsgrundsatz für unwirksam erklärt werden.

## b) Stellungnahme

### *aa) Der Inhalt des den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 zugrunde liegenden Rechtsatzes*

Betrachtet man die Vorschriften zu den im BGB geregelten Dauerschuldverhältnissen, kann festgestellt werden, dass das Gesetz bei sämtlichen der von ihm normierten Dauerschuldverhältnisse dann, wenn das Vertragsverhältnis mit unbefristeter Dauer begründet wurde, entweder ein Recht zur ordentlichen Kündigung vorsieht oder den Parteien eine andere Möglichkeit zu einer jederzeitigen willkürlichen Vertragsbeendigung gewährt.<sup>108</sup> Ausdrücklich bestimmt das BGB, dass ein Dauerschuldverhältnis ordentlich kündbar sein muss, wenn es in Form eines unbefristeten Vertrags abgeschlossen wurde, bei den Vorschriften über den Mietvertrag, § 542 I, den Pachtvertrag § 581 II, das Darlehen, § 608 II, den Dienstvertrag, § 620 II, und das Gesellschaftsverhältnis, § 723 I 1. Für das Auftragsrecht sieht § 671 I ein jeder Vertragspartei zustehendes Kündigungsrecht vor, das sowohl beim befristeten als auch beim unbefristeten Auftragsverhältnis gegeben ist.

Bei der Leihe und der Verwahrung war die Anordnung eines ordentlichen Kündigungsrechts entbehrlich, weil die gesetzlichen Vorschriften den Parteien bereits auf andere Weise als durch eine ordentliche Kündigung die Möglichkeit eröffnen, sich einseitig vom Dauerschuldverhältnis lösen zu können. Haben die Parteien einen Leihvertrag in der Weise abgeschlossen, dass der von ihnen vereinbarte Vertragszweck nicht zwingend auf eine bestimmte Vertragsdauer hindeutet und damit ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis begründet, räumt das Gesetz dem Verleiher in § 604 III das Recht ein, die entlehene Sache jederzeit zurückzufordern.<sup>109</sup> Dem Entleiher gesteht das Schrifttum bei einem befristeten Leihverhältnis das Recht zu, den Leihvertrag auch vor Ablauf der vereinbarten Leihzeit zu einem beliebigen Zeitpunkt durch die Rückgabe der entlehene Sache zu kündigen.<sup>110</sup> Da

---

<sup>108</sup>Den Gesetzesmaterialien lässt sich kein Anhaltspunkt entnehmen, der darauf hindeutet, dass die Kodifizierung des ordentlichen Kündigungsrechts Ausdruck eines für alle Dauerschuldverhältnisse geltenden Rechtsgrundsatzes ist. Zwar klingt der Gedanke der Allgemeinverbindlichkeit des ordentlichen Kündigungsrechts beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis an einer Stelle in den Ausführungen der zweiten Kommission an. Bei den Beratungen zum zweiten Entwurf wurde der Antrag, den dem § 542 I entsprechenden § 522 I E 1 aufzuheben, damit begründet, dass diese Vorschrift selbstverständlich sei und es der Redaktionsweise des Entwurfs nicht entspreche, bei den einzelnen Rechtsverhältnissen allgemeine Erlöschensgründe ausdrücklich zu erwähnen, Mugdan, Materialien II, S. 864. Bei den anderen im Gesetz geregelten Dauerschuldverhältnissen wird demgegenüber die Notwendigkeit einer ordentlichen Kündigung ausschließlich mit Umständen begründet, die nur für das jeweilige Rechtsverhältnis charakteristisch sind, Mugdan, Materialien II, S. 228 f. zur Miete, S. 174 zum Darlehen, S. 346 zur Gesellschaft, S. 251 zur Leihe, S. 326 zur Hinterlegung.

<sup>109</sup>In dem Rückgabeverlangen des Verleihers sieht die h. M. eine konkludente Kündigungserklärung, durch die das unbefristete Leihverhältnis beendet wird, vgl. Mugdan, Materialien II, S. 452; Staud. - Reuter<sup>14</sup> § 604, 3, 9; MK - Kollhoser<sup>4</sup> § 604, 1.

<sup>110</sup>Vgl. Palandt - Weidenkaff § 604, 4; Staud. - Reuter<sup>14</sup> § 604, 3.

das jederzeitige Rückgaberecht des Entleihers damit begründet wird, dass der Leihvertrag ein Rechtsverhältnis darstellt, das im Interesse des Entleihers abgeschlossen wurde,<sup>111</sup> muss der Entleiher auch dann, wenn ein Leihvertrag von unbestimmter Dauer vorliegt, zur jederzeitigen Vertragskündigung berechtigt sein.

Der Verwahrungsvertrag endet nach der ganz herrschenden Meinung nicht durch eine ordentliche Kündigung, sondern nur durch die tatsächliche Rückgabe der Sache.<sup>112</sup> Das Recht, die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern zu können, weist das Gesetz dem Hinterleger in § 695 ungeachtet dessen zu, ob es sich um ein befristetes oder unbefristetes Verlagsverhältnis handelt. Für den Fall, dass ein Verwahrungsvertrag mit unbestimmter Dauer abgeschlossen worden ist, räumt das Gesetz auch dem Verwahrer in § 696 das Recht ein, vom Hinterleger jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen zu können.

Aus den gesetzlichen Bestimmungen der im BGB normierten Dauerschuldverhältnisse lässt sich daher entsprechend der Ansicht von Ulmer und Oetker die Schlussfolgerung ableiten, dass den Parteien eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich die Möglichkeit zustehen soll, sich einseitig vom Verlagsverhältnis lösen zu können. Als Schranke der Privatautonomie kommt dieser Grundsatz jedoch nur dann in Betracht, wenn er vom Gesetz mit zwingender Wirkung angeordnet wurde. Denn nur wenn das Gesetz das ordentliche Kündigungsrecht beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis als unabdingbare Befugnis ausgestaltet hat, ist es möglich, aus den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 einen allgemeinen Rechtsgrundsatz mit ebenfalls zwingender Wirkung abzuleiten, der auch gegenüber einem anders lautenden Willen der Vertragsparteien Geltung beansprucht.

*bb) Der dispositive Charakter des den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 zugrunde liegenden Rechtssatzes*

#### (1) Der Gesellschaftsvertrag

Ausdrücklich im Gesetz enthalten ist die Unverzichtbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechts nur beim unbefristeten Gesellschaftsverhältnis, § 723 I 1, III. Nach ganz herrschender Meinung wird diese Regelung so verstanden, dass der vollständige Ausschluss des einem Gesellschafter beim unbefristeten Gesellschaftsvertrag zustehenden Rechts zur ordentlichen Kündigung unzulässig ist.<sup>113</sup> Der Grundsatz der generellen Unverzichtbarkeit des Rechts zur ordentlichen Kündigung wird von der herrschenden Meinung allerdings dadurch wieder abgeschwächt, dass es allgemein für zulässig gehalten wird, das Recht zur ordentlichen Kündigung an eine Kündigungsfrist zu binden oder nur zu näher bestimmten Kündigungsterminen zuzulassen.<sup>114</sup> Bei der Einschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts lässt die Rechtsprechung den Vertragsparteien einen relativ großen Gestaltungsspielraum. Sie geht davon aus, dass die Festsetzung von Kündigungsfristen von beliebig langer Dauer oder Kündigungsterminen zu weit auseinander liegenden Zeitpunk-

---

<sup>111</sup> Staud. - Reuter<sup>14</sup> § 604, 3.

<sup>112</sup> Mugdan, Materialien II, S. 583; Erman - Hermann § 695, 3; Palandt - Sprau § 695, 1; RGRK - Krohn<sup>12</sup> § 695, 4.

<sup>113</sup> BGH LM Nr. 2 zu § 132 HGB; Soergel - Hadding<sup>12</sup> § 723, 28; Gersch BB 77, 871.

<sup>114</sup> BGHZ 126, 226, 238; Palandt - Sprau § 723, 2; MK - Ulmer<sup>4</sup> § 723, 71; RGRK - v. Gamm<sup>12</sup> § 723, 12; Soergel - Hadding<sup>12</sup> § 723, 30; Erman - Westermann § 723, 22; Gersch BB 77, 871.

ten<sup>115</sup> mit § 723 I, III vereinbar ist.<sup>116</sup> Entsprechend dem Wortlaut des § 723 III wird bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft eine Regelung im Gesellschaftsvertrag allerdings dann für unwirksam erklärt, wenn die Befristung oder Erschwerung des Kündigungsrechts im Ergebnis dazu führt, dass der Gesellschafter das ihm zustehende Kündigungsrecht nicht ausüben kann.<sup>117</sup>

## (2) Der Darlehensvertrag

Nach der Ansicht der Rechtsprechung ist ein Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung auch beim Darlehensvertrag nicht möglich. Anders als ein Teil der Literatur, der einen vollständigen Kündigungsverzicht auf Seiten des Darlehensgebers für möglich hält,<sup>118</sup> lässt die Rechtsprechung bei dem dem Darlehensgeber zustehenden Kündigungsrecht lediglich einen zeitlich beschränkten, nicht aber einen gänzlichen Ausschluss zu.<sup>119</sup> Den dauernden Ausschluss der Kündigung bei einem ohne zeitliche Beschränkung gewährten Darlehen hält die Rechtsprechung für mit dem Wesen des Darlehensvertrags unvereinbar, weil der Schuldner nach dem Inhalt des Darlehensvertrags nur die zeitlich begrenzte Nutzung der Darlehensvaluta erhalten soll.<sup>120</sup> Danach gehört das Recht des Gläubigers, das Darlehen zurückfordern zu können, zu den zwingend notwendigen Bestandteilen des Darlehensvertrags. Für den Vertrag über ein verzinsliches Darlehen schreibt § 489 I Nr. 3, IV vor, der unabhängig davon anwendbar ist, ob es sich um ein befristetes oder unbefristetes Vertragsverhältnis handelt, dass auch das ordentliche Kündigungsrecht des Darlehensnehmers nicht dauerhaft ausgeschlossen werden kann. Nach § 489 I Nr. 3 steht dem Darlehensnehmer das in Absatz vier ausdrücklich für unabdingbar erklärte Recht zu, den Darlehensvertrag spätestens nach Ablauf von 10 Jahren nach dem Erhalt der vollständigen Darlehenssumme zu kündigen. Daraus entnimmt die herrschende Meinung, dass das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers nur für einen Zeitraum von höchstens 10 Jahren ausgeschlossen werden kann.<sup>121</sup> Bei einem unbefristeten Vertrag über ein unverzinsliches Darlehen, bei dem § 489 I Nr. 3 nicht zur Anwendung kommt, wird der vollständige Ausschluss des dem Darlehensschuldner zustehenden Kündigungsrechts, ähnlich wie beim Kündigungsverzicht des Darlehensgebers, unter Bezugnahme auf

---

<sup>115</sup>BGHZ 10, 91, 98; 50, 316, 321; BGH NJW 54, 106; BGH WM 67, 315, 316. Im Ergebnis ebenso: Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 399. Reuter schließt sich der Rechtsprechung des BGH für den Fall an, dass das Kündigungsrecht individualvertraglich ausgehandelt worden ist, Schranken, S. 283.

<sup>116</sup>Eine Schranke findet die Erschwerung der Kündigung durch Kündigungsfristen und ähnliche Bestimmungen nach der Rechtsprechung nur in § 138, wonach die das Kündigungsrecht beschränkende Zeitbestimmung als nichtig anzusehen ist, wenn sie für die gebundene Vertragspartei zu einer sittenwidrigen Knebelung führt, vgl. RGRK - v. Gamm<sup>12</sup> § 723, 12, 13; Staud. - Kessler<sup>12</sup> § 723, 40; Hueck, FS Larenz, S. 741, 747. In der Literatur wird demgegenüber angenommen, dass eine Kündigungsbeschränkung im Gesellschaftsrecht längstens für einen Zeitraum von 30 Jahren als zulässig angesehen werden kann, vgl. Staud. - Habermeier<sup>13</sup> § 723, 8; MK - Ulmer<sup>4</sup> § 723, 66; Erman - Westermann § 723, 22; Gersch BB 77, 871, 874; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 945 f. Eine 30 - jährige Kündigungsfrist wird auch von der Rechtsprechung im Hinblick auf die Sittenwidrigkeitsschranke des § 138 für unbedenklich gehalten, BGH WM 76, 315, 316.

<sup>117</sup>Vgl. Staud. - Habermeier<sup>13</sup> § 723, 19; MK - Ulmer<sup>4</sup> § 723, 70; RGRK - v. Gamm<sup>12</sup> § 723, 15.

<sup>118</sup>Staud. - Hopt/Mülbert<sup>12</sup> § 609, 58; Palandt - Putzo § 488, 31, § 608, 1; Erman - Saenger § 488, 61, § 608, 4; MK - Berger<sup>4</sup> § 608, 7, § 488, 226.

<sup>119</sup>BGHZ 25, 174, 177 f.; WM 80, 380, 381. Ebenso: RGRK - Ballhaus<sup>12</sup> § 609, 9; MK - Westermann<sup>3</sup> § 609, 5.

<sup>120</sup>BGHZ 25, 174, 177 f.; WM 80, 380, 381.

<sup>121</sup>Statt aller: Staud. - Hopt/Mülbert<sup>12</sup> § 609, 59.

den Rechtscharakter des Darlehens als eines vorübergehenden Vertrags für unzulässig erklärt.<sup>122</sup>

### (3) Der Leihvertrag

Bei der Leihe geht die herrschende Meinung davon aus, dass das BGB dann, wenn ein Vertragsverhältnis von unbestimmter Dauer begründet worden ist, das Recht zur ordentlichen Kündigung zumindest für eine Vertragspartei als unverzichtbare Gestaltungsbefugnis festschreibt. Für die Leihe ist charakteristisch, dass dem Entleiher nur der vorübergehende Gebrauch der entliehenen Sache überlassen wird. Damit zugunsten des Entleihers nicht ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht an der entliehenen Sache entstehen kann, nimmt die herrschende Meinung an, dass das dem Verleiher gemäß § 604 III zustehende Recht, die entliehene Sache jederzeit zurückzufordern, zwar zeitlich befristet, nicht aber vollständig ausgeschlossen werden kann.<sup>123</sup> Weil nur das Rückforderungsrecht des Verleihers als wesentlicher Bestandteil des Leihvertrags angesehen wird, wird es mit dem Rechtscharakter der Leihe für vereinbar gehalten, dass der Entleiher bei einem unbefristeten Leihvertrag vollständig auf sein Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet, wenn der Verleiher ein berechtigtes Interesse an einer solchen Vertragsgestaltung hat.<sup>124</sup>

### (4) Die Verwahrung

Ebenso wie für die Leihe ist es für die Verwahrung begriffswesentlich, dass einer Vertragspartei vom Vertragsgegner der Besitz einer Sache nur für einen begrenzten Zeitraum überlassen wird. Dementsprechend wird das in § 695 enthaltene Rückforderungsrecht des Hinterlegers von der herrschenden Meinung als unabdingbare Befugnis angesehen.<sup>125</sup> Anders als bei der Leihe ist bei der Verwahrung umstritten, ob die dem Hinterleger in § 695 bezüglich der Rückforderung gewährte Dispositionsfreiheit überhaupt eingeschränkt werden kann. Da dem Verwahrer, anders als dem Entleiher, kein Gebrauchsrecht an dem überlassenen Gegenstand zusteht, handelt es sich bei der Verwahrung um ein Rechtsverhältnis, das ausschließlich im Interesse des Hinterlegers begründet wird. Aus diesem Grund lehnt ein Teil der Literatur den zeitlich befristeten Ausschluss des dem Hinterleger zustehenden Rückforderungsrechts als mit dem Wesen der Verwahrung unvereinbar ab.<sup>126</sup> Andere lassen unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, aus denen sich nicht entnehmen lässt, dass der Gesetzgeber eine von § 695 abweichende Parteivereinbarung generell ausschließen wollte, den vorübergehenden Ausschluss des dem Hinterleger zustehenden Rückforderungsrechts zu.<sup>127</sup> Das dem Verwahrer bei der unbefristeten Hinterlegung gemäß § 696 zustehende Recht, jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache zu verlangen, wird dagegen nicht als konstitutives Merkmal der Hinterlegung angesehen, mit

---

<sup>122</sup>BGH WM 80, 380, 381; Soergel - Häuser<sup>12</sup> § 609, 23; RGRK - Ballhaus<sup>12</sup> § 609, 9; Erman - Saenger § 488, 72; MK - Westermann<sup>3</sup> § 609, 5.

<sup>123</sup>OLG Celle NJW RR 94, 1473; Staud. - Reuter<sup>14</sup> vor § 598, 2, § 604, 9; MK - Kollhosser<sup>4</sup> § 598, 18; Soergel - Kummer<sup>12</sup> vor § 598, 20, § 604, 1.

<sup>124</sup>Vgl. Mugdan, Materialien II, S. 250.

<sup>125</sup>Palandt - Sprau § 695, 1; MK - Hüffer<sup>4</sup> § 695, 2; Staud. - Reuter<sup>14</sup> vor § 688, 6; Erman - Hermann § 695, 1; Soergel - Mühl<sup>12</sup> § 695, 1; RGRK - Krohn<sup>12</sup> § 695, 1.

<sup>126</sup>Oertmann § 695 Anm. 1; Soergel - Mühl<sup>12</sup> § 695, 1; Palandt - Sprau § 695, 1.

<sup>127</sup>Planck - Lobe § 695, Anm. 2; Erman - Hermann § 695, 1; RGRK - Krohn<sup>12</sup> § 695, 2; MK - Hüffer<sup>4</sup> § 695, 2; Staud. - Reuter<sup>14</sup> vor § 688, 6 unter Einschränkung auf den unentgeltlichen Verwahrungsvertrag.

der Folge, dass ein vollständiger Ausschluss des dem Verwahrer zustehenden Rechts, den Vertrag zu beenden, zwischen den Parteien wirksam vereinbart werden kann.<sup>128</sup>

#### (5) Der Auftrag

Im Zweiten Teil Abschnitt C ist festgestellt worden, dass ein durch den Auftraggeber vorgenommener Verzicht auf sein Recht zum Widerruf dann als zulässig angesehen werden muss, wenn mit dem Widerrufsverzicht die Interessen des Auftraggebers verwirklicht werden sollen. § 671 III, der die Möglichkeit eines Kündigungsverzichts voraussetzt, wird entnommen, dass der Beauftragte auch bei einem unbefristeten Auftragsverhältnis sein Recht zur ordentlichen Kündigung abbedingen kann.<sup>129</sup>

#### (6) Der Miet- und Dienstvertrag

Ob es sich bei den §§ 542 I, 620 II, die das ordentliche Kündigungsrecht für die Parteien eines unbefristeten Miet- bzw. Dienstverhältnisses gesetzlich anordnen, um zwingendes Recht handelt, ist umstritten. Dem Wortlaut dieser Bestimmungen lässt sich kein Anhaltspunkt entnehmen, der auf eine zwingende oder auf eine dispositive Wirkung dieser Vorschriften hindeutet. Der Gesetzestext lässt die Annahme, dass das Kündigungsrecht verzichtbar ist, ebenso zu, wie die Schlussfolgerung, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung in den §§ 542 I, 620 II zwingend alternativ neben der Zeitbestimmung in den §§ 542 II, 620 I angeordnet worden ist. Geht man von einem Verhältnis der zwingenden Alternativität zwischen der Zeitbestimmung in Absatz zwei und dem ordentlichen Kündigungsrecht in Absatz eins der §§ 542, 620 aus, würde das bedeuten, dass das Gesetz den Parteien nur zwei Möglichkeiten zur Verfügung stellen will, um ein Miet- bzw. Dienstverhältnis zu begründen: entweder als zeitlich befristetes Rechtsverhältnis unter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts oder als unbefristeten, aber jederzeit kündbaren Vertrag. In diesem Fall handelt es sich bei dem in den §§ 542 I, 620 II vorgesehenen Kündigungsrecht um zwingendes Recht. Stehen beide Absätze dagegen nicht im Verhältnis zwingender Alternativität zueinander, haben die Parteien darüber hinaus die Möglichkeit, einen unbefristeten Miet- bzw. Dienstvertrag unter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts, d. h. mit "ewiger" Dauer, zu begründen. Das Recht zur ordentlichen Kündigung in den §§ 542 I, 620 II ist dann als verzichtbare Rechtsbefugnis angeordnet.

##### *(a) Die Anwendbarkeit der §§ 544, 624 auf das unbefristete Dauerschuldverhältnis*

Bezüglich des Dienstberechtigten nimmt die herrschende Meinung an, dass dieser sein Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem Dienstverhältnis mit unbestimmter Dauer für einen beliebigen Zeitraum beschränken oder vollständig ausschließen kann.<sup>130</sup> Ein Anhaltspunkt zur Beantwortung der Frage, ob es sich bei dem ordentlichen Kündigungsrecht der §§ 542 I, 620 II, das den Parteien eines Mietverhältnisses und dem Verpflichteten des

<sup>128</sup>Palandt - Sprau § 696, 1; Soergel - Mühl<sup>12</sup> § 696, 1; MK - Hüffer<sup>4</sup> § 696, 2; Erman - Hermann § 696, 1; RGRK - Krohn<sup>12</sup> § 696, 3. A. A. nur Staud. - Reuter<sup>14</sup> § 696, 3.

<sup>129</sup>BGH MDR 55, 283; MK - Seiler<sup>4</sup> § 671, 6; Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 671, 15; Erman - Ehmann § 671, 10; Soergel - Mühl<sup>12</sup> § 671, 6; RGRK - Steffen<sup>12</sup> § 671, 8; Enneccerus/Lehmann § 163 I 1 a.

<sup>130</sup>BGH NJW RR 86, 982, 983; Soergel - Kraft<sup>12</sup> vor § 620, 29; MK - Henssler<sup>4</sup> § 624, 11; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 624, 7; RGRK - Röhlsler<sup>12</sup> § 624, 28; Erman - Belling § 624, 6; KR - Hillebrecht § 624, 25; Reuter Anm. zu AP Nr. 1 zu § 28 BGB; Neumann DB 56, 571.

Dienstvertrags zusteht, um ein Gestaltungsrecht zwingender oder dispositiver Art handelt, kann dem Gesetz entnommen werden, wenn die Vorschriften über die Sonderkündigungsrechte der §§ 544, 624 berücksichtigt werden. Die §§ 544, 624 haben den Rechtscharakter eines Verbotsgesetzes, das den Parteien die Begründung einer unkündbaren vertraglichen Bindung, die einen Zeitraum von 30 bzw. 5 Jahren überschreitet, untersagt.<sup>131</sup> Aus den §§ 544, 624 geht eindeutig das Bestreben des Gesetzgebers hervor, den Abschluss unbefristeter Miet- bzw. Dienstverträge unter gleichzeitigem Ausschluss des Kündigungsrechts zu verhindern. Zu diesem gesetzgeberischen Willen steht ein Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung dann nicht im Widerspruch, wenn die §§ 544, 624 auf den unbefristet laufenden Vertrag angewendet werden können. Denn in diesem Fall wird durch die Vorschriften der §§ 544, 624 sichergestellt, dass die Parteien des Miet- und Dienstverhältnisses, die der Gesetzgeber vor einer zu langen Bindung schützen wollte, sich auch dann nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Höchstfrist vom Vertrag lösen können, wenn dieser mit unbegrenzter Dauer abgeschlossen worden ist. Mit dieser Begründung wird von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur die Anwendbarkeit der §§ 544, 624 auf das unbefristete Vertragsverhältnis bejaht.<sup>132</sup> Nach dieser Ansicht kann der Verzicht auf das ordentliche Kündigungsrecht bei dem mit unbefristeter Dauer geschlossenen Vertrag ohne weiteres zugelassen werden, weil Verträge dieser Art kraft Gesetzes durch die §§ 544, 624 umgestaltet werden, mit der Folge, dass nach 30 bzw. 5 Jahren ein Recht zur ordentlichen Kündigung entsteht.<sup>133</sup>

*(b) Die Anwendbarkeit der §§ 544, 624 nur auf das befristete Dauerschuldverhältnis*

Andere versagen den Kündigungsbestimmungen der §§ 544, 624 jede Wirkung auf das unbefristete Vertragsverhältnis.<sup>134</sup> Danach werden die gesetzlichen Sonderkündigungsrechte der §§ 544, 624 in ihrem Anwendungsbereich auf Verträge beschränkt, für die von vornherein eine bestimmte Laufzeit von mehr als 30 bzw. 5 Jahren festgelegt worden ist. Unbefristete Verträge, bei denen auf das Recht zur ordentlichen Kündigung mit unbestimmter Dauer verzichtet wird, können nach dieser Ansicht nicht abgeschlossen werden. Denn diese Verträge sind nicht bereits aufgrund des Gesetzes nach Ablauf der in den §§ 544, 624 angegebenen Frist ordentlich kündbar. Da die unbefristete und unkündbare Bindung dem Charakter der §§ 544, 624 als Verbotsnorm widerspricht, muss der Verzicht auf das ordentliche Kündigungsrecht beim unbefristeten Vertragsverhältnis als Verstoß gegen den Regelungsgehalt der §§ 544, 624 gemäß § 134 für unwirksam erklärt werden.<sup>135</sup> Das hat zur Folge, dass bei einem unbefristeten Miet- oder Dienstverhältnis, bei dem auf das Recht zur ordentlichen Kündigung vollständig verzichtet worden ist, die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 542 I, 620 II zur Anwendung kommen und das Vertragsverhältnis von beiden Vertragsparteien zu jedem Zeitpunkt ordentlich gekündigt werden

<sup>131</sup> Zu § 544: RGZ 121, 11, 13; 66, 213, 218. Zu § 624: Mugdan, Materialien II, S. 911 f.; KR - Hillebrecht § 624, 1; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 624, 1.

<sup>132</sup> Zu § 544: RG HRR 1931, Nr. 584; LG München HRR 1942, Nr. 852; LG Karlsruhe WuM 79, 192, 193; OLG Hamm NJW RR 92, 270; OLG Celle MDR 90, 154; LG Berlin, Das Grundeigentum 92, 151; RGRK - Gelhaar<sup>12</sup> § 567, 2; Soergel - Heintzmann<sup>12</sup> § 567, 3; Erman - Jendrek § 544, 3. Zu § 624: Soergel - Kraft<sup>12</sup> § 624, 2; MK - Henssler<sup>4</sup> § 624, 3, 7; Erman - Belling § 624, 4; KR - Hillebrecht § 624, 23.

<sup>133</sup> Zu § 544: RGZ 130, 143; RGRK - Gelhaar<sup>12</sup> § 567, 4; Soergel - Heintzmann<sup>12</sup> § 567, 3.

<sup>134</sup> Zu § 544: BGH NJW RR 92, 780, 781; WM 68, 7, 9; Staud. - Emmerich<sup>15</sup> § 544, 4; Staud. - Rolfs<sup>15</sup> § 542, 53; Sternel, Rz IV 532; Palandt - Weidenkaff § 544, 1; MK - Voelskow<sup>3</sup> § 567, 2, 5; Finke ZMR 94, 353, 354; Horn, S. 572. Zu § 624: Staud. - Preis<sup>14</sup> § 624, 9; RGRK - Röhler<sup>12</sup> § 624, 19.

<sup>135</sup> Zu § 544: vgl. Palandt - Weidenkaff § 544, 6; Finke ZMR 94, 353, 354.

kann. Geht man davon aus, dass die §§ 544, 624 auf das unbefristete Dauerschuldverhältnis nicht anwendbar sind, kann bei diesen Rechtsverhältnissen das Recht zur ordentlichen Kündigung lediglich für einen die Grenze der §§ 544, 624 nicht überschreitenden Zeitraum befristet, nicht aber vollständig ausgeschlossen werden.<sup>136</sup>

### (c) *Stellungnahme*

Gegen die zuletzt dargestellte Ansicht lässt sich einwenden, dass die Zweckbestimmung der Sonderkündigungsrechte in den §§ 544, 624 einer Anwendung dieser Vorschriften auf das unbefristete Dauerschuldverhältnis nicht entgegensteht. Der Grund für die Anordnung der 30 – Jahres – Frist in § 544 wird allgemein darin gesehen, dass der Gesetzgeber die Entstehung einer Erbmiete oder eines dieser ähnlichen Rechtsverhältnisses verhindern wollte.<sup>137</sup> Die Gefahr, dass infolge des Verzichts auf das ordentliche Kündigungsrecht beim unbefristeten Vertrag ein Mietrecht entsteht, das gegen jede Form der Beeinträchtigung geschützt und das deshalb inhaltlich einem dinglichen Recht vergleichbar ist, ist aufgrund der weitgehenden Verwirklichung des Mieterschutzes im Gesetz gegeben.<sup>138</sup> Würde man neben diesen bereits im Gesetz enthaltenen, umfassenden Schutzbestimmungen zugunsten des Mieters den uneingeschränkten Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts zulassen, würde eine schuldrechtliche Bindung entstehen, die in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung einem dinglichen Recht gleichgesetzt werden kann.<sup>139</sup> Durch die Zeitschranke des § 624 sollten nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers in erster Linie berechnete Interessen des Arbeitnehmers geschützt werden. Diesem sollte die persönliche und wirtschaftliche Freiheit zustehen, auch dann, wenn er sich langfristig gebunden hat, seine bisherige Tätigkeit beenden und ein neues Dienstverhältnis eingehen zu können.<sup>140</sup>

Der Schutz, den das Gesetz mit den Vorschriften der §§ 544, 624 zugunsten der an das Dauerschuldverhältnis gebundenen Partei anstrebt, erfordert eine Einschränkung des Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen auf das befristete Vertragsverhältnis nicht. Wendet man die §§ 544, 624 nur auf den befristeten Miet- bzw. Dienstvertrag an, ist das unbefristete Vertragsverhältnis – im Gegensatz zum befristeten Vertrag, der erst nach Ablauf von 30 bzw. 5 Jahren gekündigt werden kann – jederzeit ordentlich kündbar. Den Geset-

---

<sup>136</sup>Zu § 544: vgl. Palandt - Weidenkaff § 544, 4; Staud. - Rolfs<sup>15</sup> § 542, 53; Sternel, Rz IV 59; Horn, S. 572.

<sup>137</sup>Mugdan, Materialien II, S. 230; RGZ 121, 11, 13; 130, 143, 146; BGH NJW RR 94, 971; BGH ZMR 96, 424; Staud. - Emmerich<sup>15</sup> § 544, 1; RGRK - Gelhaar<sup>12</sup> § 567, 1; MK - Schilling<sup>4</sup> § 544, 1; Soergel - Kummer<sup>12</sup> § 567, 1.

<sup>138</sup>Zu den den Mieter schützenden Vorschriften vgl. § 566 I, der verhindert, dass das Mietverhältnis aus Anlass der Grundstücksveräußerung beendet werden kann. Für den Fall, dass der Vermieter stirbt, sieht das Gesetz weder zugunsten des Mieters noch zugunsten der Erben des Vermieters das Recht vor, das Mietverhältnis durch Kündigung zu beenden. Nach den §§ 1922 I, 1967 treten die Erben des Vermieters vielmehr in das Mietverhältnis ein und führen es unverändert fort. In § 563 ist vorgesehen, dass der Mietvertrag beim Tod des Mieters vom Vermieter mit den im Haushalt des Mieters lebenden Personen fortgesetzt wird. Der Vermieter kann den Mietvertrag nur dann gemäß § 563 IV beenden, wenn die Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund vorliegen. Das für den Fall, dass der Mieter verstirbt, zugunsten des Vermieters in § 564 2 enthaltene Kündigungsrecht ist nach einhelliger Meinung kein zwingendes Recht, sondern kann durch eine Individualvereinbarung abbedungen werden, vgl. RGZ 74, 35, 37; OLG Hamburg OLGE 11, 314; RGRK - Gelhaar<sup>12</sup> § 569, 2.

<sup>139</sup>Vgl. RGZ 121, 11, 14.

<sup>140</sup>Mugdan, Materialien II, S. 259 f., 911 f., 1347 f. Ebenso die h. M.: RGZ 80, 277, 279; BAG EZA § 624 Nr. 1 Bl. 7; Erman - Belling § 624, 1; MK - Henssler<sup>4</sup> § 624, 1; Soergel - Kraft<sup>12</sup> § 624, 1; Staud. - Preis<sup>14</sup> § 624, 1; KR - Hillebrecht § 624, 1.

zesmaterialien lässt sich kein Anhaltspunkt entnehmen, der darauf hindeutet, dass der Gesetzgeber einen so weitgehenden Schutz der Parteien beabsichtigt hat. Um die Umgehung des numerus clausus der dinglichen Rechte sowie eine übermäßige Bindung der Vertragsparteien zu verhindern, hat es der Gesetzgeber vielmehr als ausreichend angesehen, den Parteien die Möglichkeit zur Beendigung des Dauerschuldverhältnisses erst nach Ablauf von 30 bzw. 5 Jahren einzuräumen. Diese Wertung des Gesetzgebers muss auch dann berücksichtigt werden, wenn die Parteien ein unbefristetes Miet- bzw. Dienstverhältnis unter Ausschluss jeder Kündigungsmöglichkeit abgeschlossen haben. Darüber hinaus würde dann, wenn dem Verpflichteten eines Miet- oder Dienstvertrags bei Abschluss eines unbefristeten Vertragsverhältnisses das Recht zu einer jederzeitigen Kündigung zugestanden wird, dem vom Gesetzgeber als schützenswert anerkannten Vertrauen des Vertragsgegners in den Fortbestand des Dauerschuldverhältnisses nicht in ausreichender Weise Rechnung getragen werden.<sup>141</sup> Es ist daher folgerichtig, die Sonderkündigungsrechte der §§ 544, 624 auch beim unbefristeten Miet- bzw. Dienstverhältnis anzuwenden. Demnach ist davon auszugehen, dass die Parteien des mit unbestimmter Dauer abgeschlossenen Mietvertrags sowie der Dienstverpflichtete, der an ein Dienstverhältnis mit unbestimmter Dauer gebunden ist, das ihnen zustehende Recht zur ordentlichen Kündigung abbedingen können.<sup>142</sup>

### c) Ergebnis

Damit steht fest, dass das BGB bei den gesetzlich normierten Dauerschuldverhältnissen das Recht zur ordentlichen Vertragskündigung nicht ausnahmslos als unverzichtbare Befugnis anordnet. Individualvertraglich abbedungen werden kann das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem Vertragsverhältnis mit unbestimmter Dauer vielmehr mit Wirkung für den Entleiher, den Verwahrer, für die Parteien des Auftrags sowie die des Miet- und Dienstvertrags. Demzufolge kann auch dem aus den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsatz keine zwingende, sondern lediglich eine dispositive Geltungskraft zugeordnet werden. Im Verhältnis zur Privatautonomie der Vertragsparteien hat das dispositive Recht lediglich eine ergänzende Bedeutung. Vom zwingenden Recht, das entweder ein die Parteiwillkür absolut begrenzendes Gebot oder ein Verbot beinhaltet,<sup>143</sup> unterscheidet sich das dispositive Recht dadurch, dass es den Parteien erlaubt, den im Gesetz enthaltenen Regelungsvorschlag durch eine eigene Bestimmung zu ersetzen. Das bedeutet, dass das dispositive Recht vor allem ein ermächtigendes Recht ist, das den Parteien die Befugnis verleiht, eine ihrem Willen entsprechende beliebige andere Rechtsfolge zum Inhalt des Rechtsgeschäfts zu machen.<sup>144</sup> Wenn das Gesetz einen bestimmten Regelungsgehalt lediglich in Form einer ergänzenden Norm zum Ausdruck

---

<sup>141</sup> Maßgebend für die Entscheidung gerade für die 5 - jährige Befristung als Obergrenze einer arbeitsvertraglichen Bindung in § 624 waren auch die Belange des Arbeitgebers, der aufgrund der mit der Einstellung einer Arbeitskraft verbundenen Investitionen in der Regel an einer möglichst langfristigen Verpflichtung des Arbeitnehmers interessiert ist. Aus diesem Grund wurde bei der Beratung des § 624 die Herabsetzung der 5 - Jahresfrist auf 3 bzw. 1 Jahr abgelehnt, vgl. Mugdan, Materialien II, S. 912, 1347 f.

<sup>142</sup> OLG Celle MDR 90, 154. Eine andere Ansicht wird vom LG Berlin, WuM 91, 498 und vom LG Karlsruhe, WuM 79, 192, 193 vertreten, die unter Bezugnahme auf das Wesen des Mietvertrags, nach dem dem Mieter das Gebrauchsrecht an der gemieteten Sache lediglich auf Zeit übertragen wird, annehmen, dass der vollständige Ausschluss des in § 542 I enthaltenen ordentlichen Kündigungsrechts auch dann nicht möglich ist, wenn § 544 beim unbefristeten Mietvertrag zur Anwendung kommt. Dem § 544 wird dabei der Gedanke entnommen, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung beim unbefristeten Mietvertrag für höchstens 30 Jahre ausgeschlossen werden kann.

<sup>143</sup> Unger, System, S. 58.

<sup>144</sup> Fröhlich, S. 87; Stammler AcP 69, S. 15 f.



bringt, geht es somit stillschweigend davon aus, dass die Parteien dazu in der Lage sind, rechtswirksam eine Vereinbarung zu treffen, durch die eine bestimmte Sachlage vollständig anders geregelt wird, als das im dispositiven Recht für diesen Fall vorgesehen ist.<sup>145</sup>

Wird beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis das Recht zur ordentlichen Kündigung abbedungen, handeln die Parteien daher im Einklang mit der Privatrechtsordnung, auch wenn eine solche Regelung zu einer Vertragsgestaltung führt, die im unmittelbaren Widerspruch zu dem den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 zugrunde liegenden Rechtsgrundsatz steht, nach dem jedes unbefristete Dauerschuldverhältnis ordentlich kündbar ist. Der aus den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 abgeleitete Rechtssatz bindet den Parteiwillen in keiner Weise, vielmehr setzt er gerade voraus, dass den Parteien die Befugnis zusteht, das konkrete Dauerschuldverhältnis ihrem Willen entsprechend zu gestalten.<sup>146</sup> Als Schranke der Privatautonomie kommt dieser Rechtsgrundsatz deshalb nicht in Betracht. Der in den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 enthaltene Rechtsgrundsatz erlaubt somit entgegen der von Ulmer und Oetker vertretenen Ansicht nicht die Schlussfolgerung, dass der Verzicht auf das ordentliche Kündigungsrecht beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis unzulässig ist. Damit kann festgestellt werden, dass die Vorschriften der §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 auch dem Verzicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung, den der Treugeber in einem unbefristeten Treuhandvertrag erklärt, nicht entgegenstehen.

## 2. Die §§ 39 I, 723 II BGB, 65 GenG als Grundlage einer Gesamtanalogie

### a) Die Ansicht Ulmers

Neben den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 sieht Ulmer auch die Bestimmungen der §§ 39 I, 723 II BGB, 65 GenG als Grundlage eines allgemeinen Rechtssatzes an, nach dem es unzulässig sei, bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis auf das Recht zur ordentlichen Kündigung zu verzichten.<sup>147</sup> In den §§ 39 I, 723 II BGB, 65 GenG hat das Gesetz das Recht zur ordentlichen Kündigung für das Mitglied des Vereins, den Gesellschafter einer BGB – Gesellschaft und das Mitglied einer Genossenschaft ausdrücklich mit zwingender Wirkung festgeschrieben. Sowohl beim Verein als auch bei der Genossenschaft handelt es sich um Zusammenschlüsse mehrerer Personen, die normalerweise mit unbefristeter Dauer ins Leben gerufen werden.<sup>148</sup> Das in § 39 I BGB und § 65 I GenG enthaltene Kündigungsrecht ist den Parteien als unentziehbares Befugnis zugeordnet, die weder aufgehoben noch beschränkt werden kann, §§ 40 BGB, 65 IV GenG. Das Gleiche gilt kraft gesetzlicher Anordnung für das Kündigungsrecht des Gesellschafters bei einer für unbestimmte Zeit begründeten Gesellschaft, § 723 III. Da sämtliche Rechtsnormen darin übereinstimmen, dass sie für ein Rechtsverhältnis mit unbefristeter Dauer zwingend ein Recht zur ordentlichen Kündigung anordnen, nimmt Ulmer an, dass den Vorschriften der §§ 39 I, 723 I 1 BGB, 65 I GenG ein allgemeines Prinzip zugrunde liegt, das in seiner Wirkung auch bei anderen Dauerschuldverhältnissen mit unbestimmter Laufzeit Geltung beansprucht.

Ist der Meinung von Ulmer zuzustimmen, ist es dem Treugeber nicht möglich, bei einem unbefristeten Treuhandvertrag auf das Recht zur ordentlichen Kündigung zu verzichten.

<sup>145</sup>Vgl. Larenz/Wolf § 3, Rz 114; Köhler BGB AT § 3, Rz 24; Haupt ZADR 1943, 84, 85.

<sup>146</sup>Vgl. Unger, System, S. 53.

<sup>147</sup>Ulmer, FS Möhring, S. 303.

<sup>148</sup>In den §§ 74 II BGB, 79 GenG lässt es das Gesetz allerdings auch zu, dass der Verein bürgerlichen Rechts und die Genossenschaft mit zeitlich befristeter Dauer gegründet werden.

Ein solcher Verzicht auf das Kündigungsrecht wäre als unzulässig zu beurteilen, weil er dem Regelungsgehalt der §§ 39 I, 723 II BGB, 65 GenG widersprechen würde.

## b) Stellungnahme

### aa) *Der Inhalt des den §§ 39 I, 723 II BGB, 65 GenG zugrunde liegenden Rechtssatzes*

Das jederzeitige willkürliche Kündigungsrecht gehört zu den wichtigsten Bestimmungen im Recht der Personenverbände. Da die §§ 39 II, 723 III BGB, 65 II GenG lediglich den zeitlich begrenzten Ausschluss des Kündigungsrechts, nicht aber dessen vollständige Abbedingung zulassen, werden diese Bestimmungen nach überwiegender Ansicht als Ausdruck einer heute allgemein anerkannten Grundregel angesehen, nach der der vollständige Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung bei allen personenrechtlichen Zusammenschlüssen unwirksam ist.<sup>149</sup> Dieser Grundsatz, nach dem das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem unbefristeten Gesellschaftsverhältnis zu den absolut gegen jede Beeinträchtigung geschützten Rechten des einzelnen gehört, gilt nach der herrschenden Meinung nicht nur bei den ausdrücklich im Gesetz geregelten personenrechtlichen Zusammenschlüssen wie dem Verein, der BGB – Gesellschaft und der Genossenschaft. Rechtsprechung und Literatur erstrecken seinen Anwendungsbereich darüber hinaus auf sämtliche gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse, die den genannten Zusammenschlüssen in ihrer Struktur vergleichbar sind.<sup>150</sup> Da einerseits das Gesellschaftsverhältnis eine der wichtigsten Formen des Dauerschuldverhältnisses darstellt,<sup>151</sup> andererseits Dauerschuldverhältnisse, bei denen es sich nicht um Gesellschaftsverhältnisse handelt, häufig als gesellschaftsähnliche Gemeinschaftsverhältnisse bezeichnet werden, die sich nach und nach verfestigen, je länger der Leistungsaustausch zwischen den Parteien andauert,<sup>152</sup> stellt sich die Frage, ob der den §§ 39 I, 723 I 1 BGB, 65 I GenG zugrunde liegende Rechtssatz auch die Dauerschuldverhältnisse erfasst, durch die kein personenrechtlicher Verband begründet wird.

### bb) *Der Normzweck der §§ 39 I, 723 II BGB, 65 GenG*

Ob die §§ 39 I, 723 I 1 BGB, 65 I GenG Ausdruck eines allgemeinen Prinzips sind, das auch außerhalb des Regelungsbereichs dieser Vorschriften Geltung beansprucht, lässt sich nur vom Schutzbereich dieser Normen her beurteilen.<sup>153</sup> Es muss daher festgestellt werden, welcher Normzweck dem Verbot des Kündigungsausschlusses in den §§ 39 I, 723 I 1 BGB, 65 I GenG zugrunde liegt und ob dieser Normzweck eine entsprechende Anwendung der §§ 39 I, 723 I 1 BGB, 65 I GenG auf andere mit unbefristeter Dauer abgeschlossene Dauerschuldverhältnisse rechtfertigt.

<sup>149</sup>BGHZ 50, 316, 321 f.; BGH LM Nr. 11 zu § 723 BGB; BGH LM Nr. 2 zu § 132 HGB; Staud. - Kessler<sup>12</sup> § 723, 84; RGRK - v. Gramm<sup>12</sup> § 723, 14; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 396.

<sup>150</sup>BGH LM Nr. 6 zu § 723 BGB; BGH WM 73, 990, 991; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 369 m. w. N.

<sup>151</sup>Horn, S. 614.

<sup>152</sup>Vgl. Nehm, S. 35; Ulmer, FS Möhring, S. 298; Gutzler, S. 6; Hemprich, S. 29; Schmitt, S. 29; Dittney, S. 92 f.

<sup>153</sup>Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 204 ff.

## (1) Das besondere Vertrauensverhältnis

Dass der Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem personenrechtlichen Verband unzulässig ist, könnte mit dem Vorhandensein eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den Vertragsparteien begründet werden. Im Gesellschaftsrecht ist allgemein anerkannt, dass der rechtfertigende Grund für die jederzeitige Lösungsmöglichkeit in dem persönlichen Vertrauensverhältnis gesehen werden kann, das durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags unter den Gesellschaftern geschaffen wird.<sup>154</sup> Denn vom Gesetzgeber ist die BGB – Gesellschaft als ein Zusammenschluss ausgestaltet worden, bei dem die gesellschaftliche Mitarbeit und die gemeinsame Führung durch die Gesellschafter im Vordergrund steht. Die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft kann nur durch einen der Gesellschafter wahrgenommen werden, §§ 710, 714. Weiterhin ist für die BGB – Gesellschaft charakteristisch, dass die Gesellschafter sich verpflichten, durch ihre persönliche Tätigkeit zur Erreichung des Gesellschaftszwecks beizutragen.<sup>155</sup> Da das Gesellschaftsverhältnis somit ein Rechtsverhältnis darstellt, das entscheidend auf dem persönlichen Vertrauen der einzelnen Mitglieder beruht, muss dem Gesellschafter nach der herrschenden Meinung die Möglichkeit offenstehen, die Zusammenarbeit mit den anderen Parteien beenden zu können, wenn das Vertrauensverhältnis, auf dem der Zusammenschluss der Gesellschafter aufgebaut ist, nicht mehr besteht.<sup>156</sup>

Beim Verein und der Genossenschaft lässt sich demgegenüber eine enge persönliche Bindung der Mitglieder, die zu einer im Vergleich zum normalen Schuldverhältnis gesteigerten Treuebeziehung der Mitglieder untereinander führt, nicht feststellen. Zwar sind auch der Verein und die Genossenschaft, ebenso wie die BGB – Gesellschaft, dadurch gekennzeichnet, dass sie eine Vereinigung mehrerer Personen darstellen, die sich zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließen, §§ 21, 22 BGB, 1 GenG. Anders als bei der BGB – Gesellschaft ist die Pflicht, den gemeinsamen Zweck zu fördern, beim Verein und der Genossenschaft jedoch weniger auf eine aktive Zusammenarbeit unter den Mitgliedern gerichtet, sondern besteht in erster Linie in der Pflicht zur Leistung der in der Satzung vorgesehenen Beiträge, §§ 58 Nr. 2 BGB, 7 Nr. 1 GenG. Darüber hinaus sind beide Formen des personenrechtlichen Zusammenschlusses auf einen wechselnden Mitgliederbestand angelegt. Sowohl der Verein als auch die Genossenschaft sind in ihrem Bestand vom Ein- und Austritt der Mitglieder unabhängig.<sup>157</sup> Ein personales Band mit einem darauf begründeten besonderen Vertrauensverhältnis ist in beiden Fällen nur im Verhältnis des Mitglieds zum Verband, nicht aber im Verhältnis der Mitglieder untereinander gegeben.<sup>158</sup> Als rechtfertigende Grundlage, mit der die bei einem personenrechtlichen Zusammenschluss bestehende Unverzichtbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechts erklärt werden kann, kommt das Bestehen eines persönlichen Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien daher nicht in Betracht.

---

<sup>154</sup>Vgl. Staud. - Kessler<sup>12</sup> vor § 705, 35; Fischer GmbH Rdsch 1953, 131, 132.

<sup>155</sup>Fischer GmbH Rdsch 1953, 131, 132.

<sup>156</sup>Vgl. H. P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 234; H. Westermann, Personengesellschaftsrecht, Rz 627.

<sup>157</sup>Staud. - Weick<sup>14</sup> vor § 21, 43; Lang/Weidmüller - Schulte § 1, 17.

<sup>158</sup>Sauter/Schweyer/Waldner, Verein, Rz 348; Lang/Weidmüller - Schulte § 1, 13.

## (2) Der Minderheitenschutz

### (a) Die Möglichkeit zur Fremdbestimmung beim personenrechtlichen Zusammenschluss

Das ordentliche Kündigungsrecht der §§ 39 I, 723 I 1 BGB, 65 I GenG kann auch als Korrektiv zur Unterwerfung des einzelnen unter einen Kollektivwillen verstanden werden.<sup>159</sup> Sowohl beim Verein<sup>160</sup> als auch bei der BGB – Gesellschaft<sup>161</sup> und der Genossenschaft<sup>162</sup> handelt es sich um personenrechtliche Zusammenschlüsse, für die charakteristisch ist, dass ein Teil der Mitglieder auch gegen den Willen der überstimmten Mitglieder bestimmen kann, wie deren Rechtsstellung beschaffen sein soll. Die Mitglieder, die in der Minderheit geblieben sind, haben sich dem Willen der Mehrheit zu unterwerfen. Eine mehrheitliche Beschlussfassung stellt für die unterlegenen Mitglieder regelmäßig eine Fremdbestimmung dar und kann darüber hinaus auch eine Belastung in wirtschaftlicher Hinsicht zur Folge haben, wenn von der Mehrheit der Beteiligten zum Beispiel eine Beitragserhöhung beschlossen oder eine andere Entscheidung getroffen wird, die mit zusätzlichen finanziellen Belastungen für die Mitglieder verbunden ist. Zu dem Zeitpunkt, zu dem das Mitglied dem personenrechtlichen Zusammenschluss beitrifft, lässt sich normalerweise nicht absehen, wie sich die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Situation des Verbands in der Zukunft entwickeln werden.<sup>163</sup> Demzufolge ist der einzelne auch nicht dazu in der Lage, sich in seinen persönlichen und wirtschaftlichen Dispositionen auf die gesellschaftliche Bindung einzustellen.<sup>164</sup> Aus diesem Grund gesteht das Gesetz dem Mitglied eines personenrechtlichen Zusammenschlusses, das sich für unbestimmte Dauer gebunden hat, das Recht zur jederzeitigen Kündigung zu. Das Mitglied erhält so die Möglichkeit, durch die Androhung der Vertragskündigung oder des Austritts aus dem Verband indirekt Druck auf die Gesellschaftermehrheit mit dem Ziel auszuüben, dass diese eine das Mitglied belastende Entscheidung in seinem Sinn revidiert.<sup>165</sup> Darüber hinaus wird es durch das Recht zur jederzeitigen Kündigung in die Lage versetzt, durch den Austritt aus dem personenrechtlichen Zusammenschluss seine persönliche Haftung für die Schulden des Verbands beenden zu können, wenn es mit der Entwicklung des Verbands so, wie sie von der

---

<sup>159</sup>Vgl. BGH WM 73, 990, 991; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 397; MK - Ulmer<sup>4</sup> § 723, 61; Schneider ZGR 72, 357, 389; Nitschke, S. 368; Strothmann/Vieregge, FS Oppenhoff, S. 457; Huber, Vermögensanteil, S. 56 f.

<sup>160</sup>Nach § 32 I 3 werden die den Verein betreffenden Angelegenheiten mit einfacher Mehrheit durch die Mitgliederversammlung entschieden. Beschlüsse, die eine Satzungsänderung oder eine Erhöhung der Mitgliederbeiträge zum Gegenstand haben, können gemäß § 33 I 1 mit einer drei Viertel - Mehrheit gefasst werden, vgl. Enneccerus/Nipperdey § 112 IV 2; Lehmann/Hübner § 61, IV 2 a.

<sup>161</sup>§ 709 II lässt mehrheitliche Gesellschafterbeschlüsse ausdrücklich zu. Danach können die Rechte und Pflichten jedes einzelnen Gesellschafters durch Mehrheitsbeschlüsse erweitert oder verringert werden, RGZ 91, 166, 168 f.; 151, 321, 327; 163, 385, 391; vgl. auch Staud. - Habermeier<sup>13</sup> § 712, 9; Huber, Vermögensanteil, S. 41. Da die §§ 705, 709 I dispositives Recht darstellen, ist es mit dem Gesetz vereinbar, wenn in den Gesellschaftsvertrag eine Klausel aufgenommen wird, nach der über Vertragsänderungen mit Stimmenmehrheit entschieden werden soll, vgl. RGZ 71, 166, 167; BGHZ 8, 35, 39.

<sup>162</sup>In § 16 II Nr. 2 erlaubt es das Genossenschaftsgesetz, dass die Geschäftsanteile der Mitglieder durch einen satzungsändernden Beschluss der Generalversammlung mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln der Stimmberechtigten erhöht werden. Auch die Verpflichtung des Mitglieds zur Leistung von Sachen oder Diensten an die Genossenschaft kann mehrheitlich erweitert werden, § 16 III GenG. Darüber hinaus ist es möglich, den Unternehmensgegenstand der Genossenschaft durch einen mehrheitlichen Beschluss der Generalversammlung zu verändern, § 16 II Nr. 1 GenG, wodurch die Nachschusspflicht der Mitglieder gemäß § 6 Nr. 3 GenG und damit das Risiko ihrer persönlichen Haftung ansteigen kann.

<sup>163</sup>BGHZ 50, 316, 322; Gersch BB 77, 871, 873 f.; Heckelmann S. 133.

<sup>164</sup>Gersch BB 77, 871, 873 f.

<sup>165</sup>Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 398.

Mitglieder Mehrheit beschlossen wurde, nicht einverstanden ist.<sup>166</sup> Die Fremdbestimmung, der das Mitglied durch die Verbandsmehrheit unterworfen ist, wird auf diese Weise durch das Recht, die Bindung an die Gemeinschaft jederzeit durch die Ausübung des Kündigungsrechts beenden zu können, legitimiert.

### *(b) Die Möglichkeit zur Fremdbestimmung beim Treuhandvertrag*

Einer Fremdbestimmung, wie sie bei einem personenrechtlichen Verband möglich ist, ist der Treugeber beim Abschluss eines unbefristeten Treuhandvertrags auch dann nicht unterworfen, wenn er auf sein Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet hat. Der vom Erblasser abgeschlossene Treuhandvertrag stellt ein zweiseitiges Schuldverhältnis dar, bei dem die persönlichen Rechte und Pflichten der Parteien nicht einseitig durch eine Vertragspartei bestimmt werden können. Bei Vertragsabschluss können gegen eine Partei gerichtete Leistungspflichten nur entstehen, wenn diese Partei mit der betreffenden Vertragsregelung einverstanden ist, § 311 I. Zu jeder Vertragsänderung und damit zur Aufnahme zusätzlicher Pflichten in den Vertrag ist die Zustimmung beider Teile und damit auch die Einwilligung der belasteten Partei erforderlich. Der Kreis der Pflichten, die aufgrund des Treuhandvertrags für den Treugeber entstehen, wird somit durch den Inhalt des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags sowie die gesetzlichen Bestimmungen abschließend festgelegt. Bei der Besorgung des ihm übertragenen Geschäfts ist der Treuhänder verpflichtet, die Zielvorstellungen des Treugebers so zu verwirklichen, dass für diesen der größtmögliche Nutzen entsteht.<sup>167</sup> Ist es dem Treuhänder wegen einer nachträglich eintretenden Veränderung der Umstände nicht mehr möglich, das Geschäft so auszuführen, dass die Interessen des Treugebers gewahrt werden, ist er zu einer weiteren Tätigkeit nur berechtigt, nachdem er dem Treugeber eine Mitteilung gemacht und eine Weisung eingeholt hat. Zu einem selbständigen Handeln ist der Treuhänder nur befugt, wenn die Einholung einer Weisung aus zeitlichen Gründen nicht möglich ist und ein weiteres Abwarten die Absichten des Treugebers gefährden würde, § 665 2 a. E. Auch in diesem Fall ist der Treuhänder verpflichtet, sein Verhalten den Interessen des Geschäftsherrn zu unterstellen. Hat seine selbständige Tätigkeit nicht den Interessen und dem mutmaßlichen Willen des Treugebers entsprochen, ist der Treugeber an das vom Treuhänder abgeschlossene Geschäft nicht gebunden. Er kann das Rechtsgeschäft als untauglichen Erfüllungsversuch zurückweisen und den Treuhänder auf Schadenersatz in Anspruch nehmen. Gleichzeitig erlischt der Aufwendungsersatzanspruch des Treuhänders, wenn dieser nicht vertragsgerecht und damit nicht erfüllungstauglich geleistet hat.<sup>168</sup> Anders als bei einem personenrechtlichen Verband ist es dem Treuhänder somit nicht möglich, zu Lasten des Treugebers Pflichten zu begründen, denen dieser nicht ausdrücklich zugestimmt hat oder deren Wahrnehmung nicht zumindest seinem mutmaßlichen Willen entspricht.

### c) Ergebnis

Da die Rechtsstellung, die aufgrund der gesetzlichen Vorschriften zugunsten der Parteien eines Treuhandvertrags besteht, nicht mit der Rechts- und Pflichtenstellung vergleichbar ist, die durch die Mitgliedschaft in einem personenrechtlichen Verband entsteht, kann der Rechtssatz, der den §§ 39 I, 723 I 1 BGB, 65 I GenG zugrunde liegt, in seiner Anwendung

<sup>166</sup>Vgl. BGH LM Nr. 2 zu § 132 HGB; Huber, Vermögensanteil, S. 55.

<sup>167</sup>Vgl. Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 662, 26; Coing, Treuhand, S. 137.

<sup>168</sup>Vgl. Staud. - Martinek<sup>14</sup> § 665, 24.

nicht auf den mit unbefristeter Dauer abgeschlossenen Treuhandvertrag ausgedehnt werden. Somit kann festgestellt werden, dass weder den §§ 542 I, 581 II, 620 II, 723 I 1 noch den §§ 39 I, 723 II BGB, 65 GenG ein allgemein gültiger Rechtssatz entnommen werden kann, der der Wirksamkeit eines Verzichts auf das Recht zur Vertragsbeendigung, der in einem unbefristeten Treuhandvertrag erklärt worden ist, entgegensteht.

#### IV. Der Kündigungsausschluss beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis als Verstoß gegen die Privatautonomie

##### 1. Der Kündigungsausschluss als unzulässige Aufgabe einer privatautonomen Befugnis

###### a) Die im Schrifttum vertretenen Ansichten

Vielfach wird im Schrifttum das Argument vorgebracht, dass ein Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis nicht in Betracht komme, weil ein solches Rechtsgeschäft eine unzulässige Aufgabe privatautonomer Befugnisse beinhalte und daher mit dem Grundsatz der Privatautonomie unvereinbar sei. Ganz allgemein wird dabei davon ausgegangen, dass ein unbefristetes und unkündbares Dauerschuldverhältnis ein Rechtsverhältnis darstellt, durch das die wirtschaftliche und persönliche Freiheit der Vertragsparteien in weitgehendem Maße eingeschränkt wird.<sup>169</sup> Eine Vereinbarung, die darauf abzielt, das Recht zur ordentlichen Kündigung für eine oder beide Vertragsparteien auszuschließen, wird demzufolge zum Teil ohne nähere Begründung,<sup>170</sup> teilweise unter Verweis auf die Vorschrift des § 138 als Verstoß gegen die guten Sitten<sup>171</sup> für unzulässig erklärt. Andere nehmen an, dass der Schutz der Einzelpersonlichkeit eine Bindung auf unbestimmte Zeit verbietet, von der sich der einzelne nicht einseitig, aus seinem Willen heraus befreien kann<sup>172</sup> und dass das Recht zur ordentlichen Kündigung aus diesem Grund dem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dauerschuldverhältnis immanent ist.<sup>173</sup> In einer unbefristeten und unkündbaren Bindung liegt nach dieser Meinung eine Aufhebung des dem einzelnen zustehenden Selbstbestimmungsrechts, die eine auf der Privatautonomie basierende Privatrechtsordnung nicht anerkennen kann.<sup>174</sup> Die Begründung einer solchen Vertragsbindung erscheine bei einer die zukünftige Entwicklung einbeziehenden Betrachtung nicht mehr als Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, sondern als dessen Preisgabe.<sup>175</sup> Einem solchen Rechtsgeschäft müsse die Privatrechtsordnung daher die rechtliche Anerkennung versagen, wenn sie sich nicht selbst in Frage stellen wolle.<sup>176</sup> Bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis, durch das eine unkündbare Bindung begründet worden ist, mache es demzufolge das der gebundenen Partei zustehende Recht zur Selbstbestimmung in persönlichen und wirtschaftlichen Angelegenheiten erforderlich, dass das Prinzip der Vertragsfreiheit um den Grundsatz ergänzt werde, dass das Dauerschuldverhältnis ordentlich kündbar sein muss.<sup>177</sup>

---

<sup>169</sup> Steinberger, S. 24; Ebhardt, S. 21; Nehm, S. 23; MK - Ulmer<sup>4</sup> § 723, 61; ders., FS Möhring, S. 295, 303; Paschke, S. 139 f.; Oetker, S. 252, 272 f.; Spiro II, S. 1233 und Anm. 11.

<sup>170</sup> Vgl. Ebhardt, S. 23 ff.

<sup>171</sup> Vgl. Steinberger, S. 24.

<sup>172</sup> Vgl. Nehm, S. 117.

<sup>173</sup> Vgl. Nehm, S. 117; Ulmer, FS Möhring, S. 295, 303; Paschke, S. 139.

<sup>174</sup> Oetker, S. 252, 254.

<sup>175</sup> Oetker, S. 252, 254, 272 f.

<sup>176</sup> Oetker, S. 252.

<sup>177</sup> Ulmer, FS Möhring, S. 295, 304. Ebenso: Strothmann/Viergge, FS Oppenhoff, S. 451, 456.

Erweist sich diese in der Literatur vertretene Ansicht als zutreffend, steht dem Treugeber und seinen Erben das Recht zur ordentlichen Kündigung dann, wenn er einen Treuhandvertrag mit unbefristeter Dauer abgeschlossen hat, als unabdingbare privatautonome Befugnis entgegen der ausdrücklich im Vertrag enthaltenen Abrede zu.

## b) Stellungnahme

### *aa) Das Recht zur Neuentscheidung als unverzichtbarer Bestandteil des Selbstbestimmungsrechts*

Inhaltlich wird den Parteien, wenn man ihnen beim Dauerschuldverhältnis nach Ablauf eines gewissen Zeitraums oder von vornherein das Recht zur ordentlichen Kündigung zubilligt, die Möglichkeit eröffnet, zu geänderten Marktbedingungen neu zu kontrahieren.<sup>178</sup> Die Parteien können, wenn inzwischen günstigere Anbieter für die von ihnen bisher in Anspruch genommene Leistung am Markt vorhanden sind, einen inhaltsgleichen Vertrag zu für sie vorteilhafteren Konditionen abschließen oder einen Leistungsaustausch anderer Art vereinbaren, um den bisher gebundenen Leistungsgegenstand effektiver zu verwenden. Mit dem Grundsatz der Privatautonomie unvereinbar ist ein Rechtsgeschäft, durch das bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis das Recht zur ordentlichen Kündigung vollständig abbedungen wird, nur dann, wenn die Befugnis, zu einem bestimmten Zeitpunkt aus veränderter Einsicht neu über den Fortbestand des wirksam zustande gekommenen Dauerschuldverhältnisses entscheiden zu können, ein unverzichtbares Element der persönlichen Entscheidungsfreiheit darstellt. Wie weit der Kernbereich der privatautonomen Entscheidungsbefugnisse reicht, lässt sich mit Hilfe der Schranken, denen das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen unterworfen ist, feststellen. Die Reichweite dieser Schranken erlaubt einen Rückschluss darauf, in welchem Umfang in das Recht zur Selbstbestimmung nicht eingegriffen werden darf. Denn nur wenn die Rechtsordnung in einem bestimmten Bereich eine Einschränkung des Rechts der Privatautonomie generell untersagt, kann davon ausgegangen werden, dass dieser Bereich der Privatautonomiebefugnisse zu den unabdingbaren und daher unverzichtbaren Ausprägungen des Selbstbestimmungsrechts gehört.

### *bb) Der Grundsatz "pacta sunt servanda" als Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts*

Eine der Schranken, die den Bereich der privatautonomen Selbstbestimmung begrenzen, ist der Grundsatz der Vertragstreue. Vertragstreue bedeutet, dass die Parteien an die von ihnen begründete privatautonome Vereinbarung gebunden sind und es ihnen untersagt ist, die vertragliche Bindung auf der Grundlage willkürlicher Erwägungen oder aus anderen Gründen einseitig aufzuheben.<sup>179</sup> Kraft des Grundsatzes "pacta sunt servanda" sind die Parteien verpflichtet, den wirksam abgeschlossenen Vertrag zu erfüllen, ohne dass sie von dieser Verpflichtung allein deshalb befreit werden können, weil sie aufgrund von Schwierigkeiten bei der Vertragserfüllung, einer zwischenzeitlich geänderten Interessenlage oder aus anderen Gründen nicht zu dem gegebenen Wort stehen wollen.<sup>180</sup> Indem der Grundsatz der Vertragstreue die Parteien dauerhaft an die rechtswirksame Ausübung ihres Willens bindet, schränkt er das Selbstbestimmungsrecht beider Vertragsparteien ein. Denn durch das Prinzip der Vertragstreue wird eine vertragliche Bindung erzeugt, die mit dem Verlust der Freiheit einhergeht, gegen den Vertragsinhalt verstoßen zu können, ohne

---

<sup>178</sup>Vgl. Horn, S. 570.

<sup>179</sup>Vgl. Steinwenter JBI 50, 173; M. Wolf, Grundlagen, S. 35; Hattenhauer, S. 59; Köbler, S. 235.

<sup>180</sup>Preis, Grundfragen, S. 27.

rechtliche Sanktionen auszulösen.<sup>181</sup> In dem Bereich, in dem der Grundsatz "pacta sunt servanda" zur Anwendung kommt, kann eine Willenserklärung, die darauf abzielt, die Leistungsverpflichtung gegen den Willen des Vertragspartners aufzuheben oder das Vertragsverhältnis einseitig zu beenden, nicht wirksam werden.

Dass der Grundsatz "pacta sunt servanda" das Selbstbestimmungsrecht einschränkt, bedeutet allerdings nicht, dass dieser Grundsatz zum Gedanken der Privatautonomie im Widerspruch steht. Die Bindung der Parteien an den einmal abgeschlossenen Vertrag stellt keinen Selbstzweck dar, sondern ist erforderlich, um das Vertrauen des Vertragsgegners in den Fortbestand der privatautonomen Regelung zu schützen und damit die Funktionsfähigkeit des Rechtsverkehrs zu gewährleisten.<sup>182</sup> Im Verhältnis zum Selbstbestimmungsrecht besitzt die Vertragstreue eine dienende Funktion, sie existiert nicht um ihrer selbst willen, sondern wird im Interesse einer rechtlich sanktionierten Ausübung des Selbstbestimmungsrechts begründet. Aus diesem Grund besteht zwischen dem Selbstbestimmungsrecht und dem Grundsatz "pacta sunt servanda" keine Divergenz.<sup>183</sup> Das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen wird durch die inhaltliche Reichweite des Grundsatzes der Vertragstreue geprägt. Soweit es mit dem Grundsatz "pacta sunt servanda" unvereinbar ist, hat es automatisch zurückzutreten. Umgekehrt wird auch dem Vertrauensgrundsatz durch das Selbstbestimmungsrecht keine äußere Schranke gesetzt. Sein Inhalt steht vielmehr von vornherein unter dem immanenten Vorbehalt einer Kongruenz mit dem Selbstbestimmungsrecht.<sup>184</sup> Demzufolge ist es ausgeschlossen, dass eine privatautonome Vereinbarung, auf die der Grundsatz "pacta sunt servanda" anwendbar ist, gegen das Selbstbestimmungsrecht der Parteien verstößt. In dem Bereich, in dem der Grundsatz der Vertragstreue Geltung beansprucht, steht die Bindung der Parteien an den Vertrag nicht im Widerspruch zu deren Selbstbestimmungsrecht, sondern im Einklang damit. Aus der Reichweite des Grundsatzes der Vertragstreue lässt sich daher ein Rückschluss darauf ziehen, in welchem Umfang der Fortbestand einer lang andauernden vertraglichen Bindung mit dem Selbstbestimmungsrecht der Parteien vereinbar ist.<sup>185</sup>

### *cc) Die inhaltliche Reichweite des Grundsatzes der Vertragstreue*

#### (1) Die Grenze der Unzumutbarkeit

Es entspricht allgemeiner Ansicht, dass der Grundsatz "pacta sunt servanda" dann zu begrenzen ist, wenn der Fortbestand der vertraglichen Bindung für eine Partei unzumutbar wäre.<sup>186</sup> Dass jeder rechtsgeschäftlichen Bindung eine äußerste Grenze gesetzt werden muss, beruht auf der Erkenntnis, dass sich die dem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Umstände in einem so erheblichen Ausmaß ändern können, dass der unveränderte Fortbestand des Vertrags mit dem allgemeinen Gerechtigkeitsgebot in Widerspruch gerät.<sup>187</sup> Mit dem Erfordernis der Unzumutbarkeit werden an die Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue strenge Anforderungen gestellt. Wegen der grundlegenden Bedeutung des Vertrauensschutzprinzips für die gesamte Rechtsordnung wird der Fortbestand der

<sup>181</sup>Haarmann, S. 44; Preis, Grundfragen, S. 26.

<sup>182</sup>Preis, Grundfragen, S. 26 f.; Eichler, S. 8.

<sup>183</sup>Oetker, S. 250; Ramm, S. 33 f.

<sup>184</sup>Oetker, S. 251.

<sup>185</sup>Vgl. Preis, Grundfragen, S. 28.

<sup>186</sup>Staud. - Weber<sup>11</sup> § 242 B 158; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 52 ff., 109 ff.; Horn, S. 569; Preis, Grundfragen, S. 28; Kubatsch, S. 44; Haarmann, S. 35; Köbler, S. 238; Steinwenter JBI 50, 173.

<sup>187</sup>Köbler, S. 238; Haarmann, S. 35; Fikentscher SR, Rz 211; Ramm, S. 34.



vertraglichen Bindung erst dann in Frage gestellt, wenn die Ordnung, die sie schützen soll, in besonders schwerwiegender Weise das allgemeine Gerechtigkeitsgebot verletzt und aus diesem Grund von der Mehrheit der Rechtsgenossen nicht mehr akzeptiert werden kann.<sup>188</sup> Um dem Grundsatz der Rechtssicherheit in ausreichendem Maß Rechnung zu tragen, wird bei der Abwägung der zu berücksichtigenden Belange dem Interesse des Gläubigers an der Aufrechterhaltung des Vertrags und damit auch dem Interesse der Allgemeinheit an der Respektierung des Ordnungsprinzips "pacta sunt servanda" grundsätzlich der Vorrang eingeräumt.<sup>189</sup> Nach Vertragsabschluß eintretende Umstände können danach nur dann dazu führen, dass der Grundsatz der Vertragstreue dem Beendigungs- oder Anpassungsinteresse einer Partei weichen muss, wenn sie eine derart grundlegende Veränderung der Vertragsumstände bewirken, dass der Vertrag, wenn er unverändert durchgeführt werden würde, seinen ursprünglichen Sinn verlieren und ganz andere Folgen haben würde, als die Parteien ursprünglich mit dem Vertragsabschluß herbeiführen wollten.<sup>190</sup>

## (2) Die Äquivalenzstörung

Besteht das Auflösungsverlangen des Schuldners in einer Reaktion auf eine Veränderung der wirtschaftlichen Umstände, wird ihm in der Regel stattgegeben, wenn das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in großem Umfang oder fast vollständig aufgehoben ist.<sup>191</sup> Die Erfüllung der Leistungsverpflichtung ist dem Schuldner immer dann unzumutbar, wenn ein krasses Missverhältnis oder eine ganz erhebliche Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben ist. Solange der Schuldner eine dem Wert seiner Leistung entsprechende Gegenleistung erhält, ist der Tatbestand der Unzumutbarkeit demgegenüber nicht erfüllt.<sup>192</sup> Das bedeutet, dass das Vorliegen anderweitiger Vertragsangebote oder günstigerer Verwendungsmöglichkeiten der vertraglich gebundenen Ressourcen solange nicht zugunsten des Schuldners zu berücksichtigen ist, wie zwischen seiner Leistung und der Gegenleistung des Gläubigers ein angemessenes Verhältnis besteht. Sofern das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht in erheblichem Umfang beeinträchtigt ist, wird sein Interesse an der Aufhebung des wirksam zustande gekommenen Vertrags nicht als schutzwürdig angesehen, mit der Folge, dass der Grundsatz "pacta sunt servanda" auf die vertragliche Bindung Anwendung findet.

Nach dem Prinzip der Vertragstreue muss ein einmal wirksam begründetes Schuldverhältnis grundsätzlich auch bei einem Wechsel der zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Umstände aufrechterhalten werden. Danach werden die Parteien ungeachtet dessen am Vertragsverhältnis festgehalten, dass günstigere Vertragsangebote existieren oder andere Möglichkeiten zu einer rentableren Verwendung des Leistungsgegenstands bestehen. Der Grundsatz "pacta sunt servanda" verlangt von einer Vertragspartei, die sich schuldrechtlich gebunden hat, dass sie das Risiko einer ungünstigen Entwicklung der dem Vertrag zugrunde liegenden Verhältnisse trägt. Dafür ist die Vertragspartei nach dem Prinzip der Vertragstreue gleichzeitig berechtigt, die Vorteile einer ihr günstigen Umstandsän-

<sup>188</sup>Larenz, Richtiges Recht, S. 41; Preis, Grundfragen, S. 28; Raiser, FS DJT, S. 116.

<sup>189</sup>Staud. - Weber<sup>11</sup> § 242 B 168.

<sup>190</sup>Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 52.

<sup>191</sup>Staud. - Weber<sup>11</sup> § 242 B 175. Vgl. auch die h. M. zum Wegfall der Geschäftsgrundlage: MK - Roth<sup>5</sup> § 313, 49, 59; Soergel - Teichmann<sup>12</sup> § 242, 248; Larenz SR AT § 21 II, S. 324 f. Nach § 343 ist der Vertrag in diesem Fall zunächst an die geänderten Umstände anzupassen und erst dann aufzulösen, wenn sein Fortbestand mit geändertem Inhalt unmöglich ist, vgl. MK - Roth<sup>5</sup> § 313, 84.

<sup>192</sup>Nipperdey, Vertragstreue, S. 21.

derung auszunutzen.<sup>193</sup> Beim Abschluss eines Schuldverhältnisses können die Parteien sich grundsätzlich nicht darauf verlassen, dass die bei der Vertragsbegründung gegebenen äußeren Umstände unverändert fortbestehen.<sup>194</sup> Der Grundsatz "pacta sunt servanda" weist die Gefahr, dass sich die Vertragsbedingungen zum Vor- oder Nachteil verändern, grundsätzlich dem Risikobereich jeder Vertragspartei zu.<sup>195</sup> Das Risiko, trotz unvorhersehbarer Veränderungen der bei Vertragsabschluß zugrunde gelegten Umstände leisten zu müssen, tragen die Parteien nur dann nicht, wenn die weitere Vertragsdurchführung für sie unzumutbar wird und sie den Vertrag nach § 313 III oder § 314 I beenden können.<sup>196</sup> Nach dem Grundsatz der Vertragstreue wird das Interesse der Parteien, sich willkürlich von einem Vertrag zu lösen, um über den Fortbestand der schuldrechtlichen Bindung neu entscheiden zu können, daher nicht geschützt, sondern hinter dem allgemeinen Interesse an der Wahrung der Rechtssicherheit zurückgestellt.

### c) Ergebnis

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass die Begründung eines unbefristeten Vertragsverhältnisses auch dann uneingeschränkt mit dem Selbstbestimmungsrecht der Parteien vereinbar ist, wenn für diese infolge des Kündigungsverzichts das Recht, willkürlich über den Fortbestand des Vertrags entscheiden zu können, vollständig entfällt. Das Recht, sich zu irgendeinem Zeitpunkt durch eine willkürliche Neuentscheidung vom Vertrag lösen zu können, gehört daher nicht zu den absolut unverzichtbaren Privatautonomiebefugnissen. Demzufolge kann diese Befugnis bei der Begründung eines unbefristeten Treuhandverhältnisses durch den Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen werden, ohne dass eine Verletzung des dem Treugeber zustehenden Selbstbestimmungsrechts vorliegt.

## 2. Die Unzulässigkeit des Kündigungsausschlusses aufgrund der fehlenden Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung

### a) Die Ansicht Oetkers

Für mit der persönlichen Freiheit der Vertragsparteien unvereinbar hält Oetker den Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis auch deshalb, weil seiner Meinung nach beim Abschluss eines Dauerschuldverhältnisses grundsätzlich die Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung beeinträchtigt ist. Das Fehlen der Richtigkeitsgewähr leitet er aus dem bei langfristigen Verträgen andersartigen Charakter der Leistungspflicht ab. Im Gegensatz zum punktuellen Austauschvertrag sind die Leistungspflichten beim Dauerschuldverhältnis nach der Ansicht Oetkers dadurch gekennzeichnet, dass sie den Schuldner zu einem in der Zukunft liegenden, kontinuierlichen oder periodischen Tun verpflichten, ohne dass der Schuldner bei Vertragsabschluss dazu in der Lage ist, seine eigene, in der Zukunft liegende Leistungsfähigkeit mit hinreichender Sicherheit zu prognostizieren. Aus diesem Umstand schließt Oetker, dass beim Abschluss des Dauerschuldverhältnisses eine sichere Grundlage für eine

<sup>193</sup>Vgl. Nehm, S. 33; Kubatsch, S. 43 f.; Hueck, Sukzessivlieferungsvertrag, S. 135.

<sup>194</sup>Hönn, S. 167; Horn, S. 560, 568.

<sup>195</sup>Nehm, S. 33; Kubatsch, S. 44; Rumpf AcP 119, 6; Hueck, Sukzessivlieferungsvertrag, S. 135.

<sup>196</sup>Vgl. RGZ 79, 156, 160; Haarmann, S. 124; Kubatsch, S. 44; Hönn, S. 167; Horn, S. 560; Fenyves, S. 189 f.

rationale Selbstbindung der Parteien fehlt, was dazu führt, dass die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung in Frage gestellt ist.<sup>197</sup>

Das Fehlen der Richtigkeitsgewähr beim Dauerschuldverhältnis rechtfertigt nach der Ansicht Oetkers jedoch nicht die Annahme, dass die Bindung der Parteien an das Dauerschuldverhältnis generell als unzulässig anzusehen ist.<sup>198</sup> Obwohl er davon ausgeht, dass der vertraglichen Einigung beim Dauerschuldverhältnis keine Richtigkeitsgewähr zukommt, hält Oetker die Bindung an das Dauerschuldverhältnis mit dem Selbstbestimmungsrecht der Parteien für vereinbar, wenn die Parteien das Dauerschuldverhältnis in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch eine ordentliche Kündigung beenden können. Eine das Selbstbestimmungsrecht der Parteien in unzulässiger Weise beeinträchtigende Bindung ist nach Ansicht Oetkers nur dann gegeben, wenn bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet wird. Weil der Vertragsabschluß nicht auf rationalen Erwägungen beruht, sondern auf einer unsicheren Prognoseentscheidung, kann die unbefristete Vertragsbindung in diesem Fall nach der Konzeption Oetkers nicht von der Rechtsordnung anerkannt werden.<sup>199</sup>

Nach der Ansicht Oetkers ist es dem Treugeber nicht möglich, sein Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem unbefristeten Treuhandvertrag auszuschließen. Da er annimmt, dass der vertraglichen Einigung die Richtigkeitsgewähr fehlt, ist der Kündigungsverzicht als unzulässige Aufgabe des dem Treugeber zustehenden Selbstbestimmungsrechts und damit als unwirksam zu beurteilen.

## b) Stellungnahme

### *aa) Die Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis*

#### (1) Die besondere Gefahr des Eintritts unvorhersehbarer Umstände

Zuzustimmen ist Oetker in seiner Annahme, nach der die Parteien eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses grundsätzlich der Gefahr ausgesetzt sind, dass sich zu irgendeinem Zeitpunkt nach der Vertragsbegründung die bei Vertragsabschluß gegebene Situation in einer für sie unvorhergesehenen Weise verändert, mit der Folge, dass der unveränderte Fortbestand des Schuldverhältnisses für sie mit Nachteilen verbunden sein kann. Beim Abschluss eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses stehen die Vertragsparteien vor dem Problem, die Maßstäbe für die dauernde Bindung und die Bedingungen des Leistungsaustauschs für die gesamte Vertragsdauer festlegen zu müssen. Eine solche Fixierung der Vertragsbedingungen setzt voraus, dass die Entwicklung aller für das Rechtsverhältnis relevanten Umstände prognostiziert werden kann.<sup>200</sup> Während eine solche Prognose

<sup>197</sup>Oetker, S. 252; ebenso: Reuter, Schranken, S. 279 f.; Paschke, S. 136 f.

<sup>198</sup>Für eine zumindest teilweise Unwirksamkeit der vertraglichen Bindung hat sich demgegenüber Eckstein ausgesprochen. Er vertritt die Ansicht, dass jedes langfristige Schuldverhältnis zu irgendeinem Zeitpunkt durch Zeitablauf untergehen muß. Zur Begründung beruft er sich auf die Rechtsnatur der schuldrechtlichen Verpflichtung, die von den Parteien nur gewollt werde, soweit sie die Umstände, von denen ihre Leistungsfähigkeit abhängt, überblicken können. Da die vertragswesentlichen Umstände nur für einen bestimmten Zeitraum kalkulierte werden können, erlischt nach seiner Konzeption die schuldrechtliche Bindung zu dem Zeitpunkt, von dem an die Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse nicht mehr übersehen werden kann. Die sich so ergebende Zeitgrenze der schuldrechtlichen Rechtsverhältnisse hält Eckstein auch ohne eine gesetzliche Normierung für geltendes Recht, ArchBürgR 37, S. 421 f.

<sup>199</sup>Oetker, S. 252, 254, 256, 272 f.; ebenso: Reuter, Schranken, S. 279 f.; Paschke, S. 136, 139 f., Berger, S. 116.

<sup>200</sup>Paschke, S. 136.

se für den in naher Zukunft stattfindenden Leistungsaustausch noch möglich ist, kann sie für einen Zeitraum von 10, 30 oder mehr Jahren aufgrund der Unvorhersehbarkeit und Unkalkulierbarkeit der Zukunft nicht mehr zuverlässig vorgenommen werden.<sup>201</sup> Die Entscheidung für den Vertragsabschluß beruht bei einem Dauerschuldverhältnis daher zum großen Teil auf Wertungsmomenten, die sich auf die zukünftige Entwicklung der Verhältnisse beziehen. Sofern die Parteien nicht Anlass zur Berücksichtigung ganz bestimmter, in der Zukunft eintretender Ereignisse haben, gehen sie bei langfristigen Vertragsverhältnissen regelmäßig davon aus, dass die bei Vertragsabschluß gegebenen Umstände konstant bleiben werden.<sup>202</sup> Dass ein einzelner oder mehrere der für den Vertragsabschluß wesentlichen Umstände sich ändern, ganz oder zum Teil wegfallen, oder dass neue unvorhergesehene Umstände eintreten, nehmen die Parteien in der Regel nur an, wenn bereits konkrete Anhaltspunkte auf eine dahingehende Entwicklung hindeuten.<sup>203</sup> Die Entwicklung der zukünftigen Verhältnisse schätzen sie dabei so ein, dass die Fortsetzung des Leistungsaustauschs zu den im Vertrag bestimmten Bedingungen auch nach Ablauf von mehreren Jahrzehnten ihrem Interesse entspricht, und dass für sie nicht vorhersehbare Umstände, die sie veranlassen würden, sich vorzeitig vom Vertragsverhältnis zu lösen, nicht eintreten. Diese Annahme steht jedoch im Widerspruch zu dem allgemeinen Erfahrungssatz, nach dem die Wahrscheinlichkeit des Eintritts unkalkulierbarer Umstände, die erhebliche Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis haben, mit zunehmender Vertragsdauer ansteigt.<sup>204</sup> Bei langfristigen Dauerschuldverhältnissen besteht daher ein erhöhtes Risiko dafür, dass die Entwicklung der vertragswesentlichen Umstände fehlerhaft prognostiziert wird, und dass die Entscheidung für den Vertragsabschluß deshalb auf einer Fehleinschätzung beruht.<sup>205</sup>

Im Folgenden soll untersucht werden, welche Auswirkungen der Umstand, dass sich die Wahrscheinlichkeit des Eintritts nicht vorhersehbarer Ereignisse proportional zum Zeitablauf erhöht, auf die Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung beim Dauerschuldverhältnis hat.

## (2) Das Vorhandensein einer zutreffenden Tatsachengrundlage als Voraussetzung für die Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung

Die Lehre von der Richtigkeitsgewähr geht auf einen Aufsatz von Schmidt – Rimpler zurück, in dem er dargelegt hat, dass das Mittel der Privatautonomie grundsätzlich geeignet ist, eine richtige im Sinn einer gerechten Ordnung der privaten Lebensverhältnisse herzustellen, die keiner inhaltlichen Überprüfung durch hoheitliche Instanzen bedarf und die ohne eine zusätzliche Korrektur von der Rechtsordnung anerkannt werden kann.<sup>206</sup> Den Begriff der Richtigkeit, dem die vertragliche Regelung infolge der zwischen den Parteien erzielten Einigung entspricht, definiert Schmidt – Rimpler einerseits als ethische, d. h. als nach objektiven Kriterien zu bestimmende materielle Gerechtigkeit, andererseits als eine

---

<sup>201</sup>Fenyves, S. 189; Großfeld/Gersch JZ 88, 945; MK - Gaier<sup>5</sup> § 314, 5.

<sup>202</sup>Vgl. Kubatsch, S. 43.

<sup>203</sup>Vgl. Brox, Irrtumsanfechtung, S. 179.

<sup>204</sup>Horn, S. 560, 568.

<sup>205</sup>Bydlinski, Schranken, S. 5 f.; Gschnitzer JhJb 76, 349; Hueck, Sukzessivlieferungsvertrag, S. 143; Spiro II, S. 1136; Wiedemann WM 92 Beil. 7, S. 51; Reuter, Schranken, S. 279; Steinwenter JBI 50, 225; Großfeld/Gersch JZ 88, 945; Paschke, S. 136; Nehm, S. 33; Haarmann, S. 122; vgl. auch RGZ 79, 156, 160 f.; BGHZ 22, 347, 352 ff.

<sup>206</sup>Schmidt - Rimpler AcP 147, 132, 149; ders., FS Raiser, S. 8 ff.

aus der Sicht der Gemeinschaft zu beurteilende Zweckmäßigkeit.<sup>207</sup> Schmidt – Rimpler nimmt an, dass die Richtigkeitsgewähr, die der von zwei Parteien vereinbarten Rechtsfolge zukommt, aus dem Umstand hergeleitet werden kann, dass der Vertragsmechanismus durch den darin enthaltenen Ausgleich der gegenläufigen Interessen das jeder Partei zustehende Selbstbestimmungsrecht kanalisiert. Hängt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts wie beim Vertrag davon ab, dass eine Übereinstimmung zwischen zwei Parteien erzielt wird, besteht nach der Ansicht Schmidt – Rimplers eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Parteien sich für eine gerechte Regelung ihrer Angelegenheiten entschieden haben. Denn jede Partei wird dem Abschluss des Vertrags nur zustimmen, nachdem sie die Vertragsbedingungen am Maßstab ihres eigenen Interesses daraufhin überprüft hat, ob sie ihr günstig oder ungünstig sind. Dabei wird jede Seite die aus ihrer Perspektive ungerechten Regelungen ablehnen, weil sie für sie selbst nachteilig sind. Der Prozess des gegenseitigen Aushandelns der Vertragsbedingungen führt so zu einer vertraglichen Regelung, die, gemessen an der subjektiven Bewertung jeder Partei, für sie selbst nicht ungerecht ist.<sup>208</sup> Diese Regelung kann gleichzeitig als ein objektives Gerechtigkeitsmaßstäben entsprechendes "richtiges" Ergebnis angesehen werden, weil sie auf einer umfassenden Abwägung der mit dem Vertrag verbundenen Vor- und Nachteile durch die Parteien beruht und durch die Zustimmung des jeweiligen Vertragsgegners zum Vertragsinhalt sichergestellt ist, dass keine Partei eine egoistische und damit ungerechte Position durchsetzen konnte.<sup>209</sup>

Zu einem objektiv gerechten Ergebnis kann der Vertragsmechanismus jedoch nur führen, wenn die Parteien die bei Vertragsabschluss bestehenden Verhältnisse zutreffend erkennen, d. h. wenn der Ausgleich der gegenseitigen Interessen auf der Grundlage der tatsächlich vorhandenen Gegebenheiten stattfindet.<sup>210</sup> Wenn eine Vertragspartei die Beurteilung ihres eigenen oder des gegnerischen Angebots auf der Basis von Tatsachen vornimmt, die nicht der Realität entsprechen, ist die von der Partei vorgenommene Bewertung der vertragswesentlichen Umstände insgesamt fehlerhaft.<sup>211</sup> Demzufolge ist die Entscheidung der Partei, den Vertrag zu den in der Vertragsurkunde festgelegten Bedingungen abschließen zu wollen, unrichtig. Ist die einer Willenserklärung zugrunde liegende Wertung fehlerhaft, ist der Vertragsmechanismus nicht geeignet, einen objektiv richtigen Interessenausgleich herbeizuführen, weil dazu erforderlich gewesen wäre, dass es beiden Parteien möglich war, zu beurteilen, ob der vertraglich vereinbarte Leistungsaustausch unter Berücksichtigung der tatsächlich vorhandenen Gegebenheiten vollständig ihren Interessen entspricht.<sup>212</sup> Ein auf der Grundlage der tatsächlichen Gegebenheiten objektiv richtiges Ergebnis kann mit Hilfe des vertraglichen Einigungsprozesses somit nur erzielt werden, wenn bereits dem Vertragsangebot eine, gemessen an den tatsächlichen Gegebenheiten, subjektiv richtige Wertentscheidung der Vertragspartei zugrunde liegt. Ist das nicht der Fall, weil sich nachträglich herausstellt, dass die Vertragspartei bei ihrem Angebot vom Vorhandensein eines tatsächlich nicht gegebenen Umstands ausgegangen ist, wird auch die dem Vertragsabschluss zugrunde liegende Wertentscheidung des Vertragsgegners unrichtig. Denn dieser hat die Beurteilung seiner eigenen Interessen nicht auf der Grundlage eines Angebots vorgenommen, das den tatsächlichen Interessen der anderen Vertrags-

<sup>207</sup>Schmidt - Rimpler AcP 147, 132 f.; ders., FS Nipperdey, S. 6 Anm. 1.

<sup>208</sup>Schmidt - Rimpler, FS Raiser, S. 5.

<sup>209</sup>Schmidt - Rimpler AcP 147, 152 f.; ders., FS Raiser, S. 5 f.; ders., FS Nipperdey, S. 6, 9; BGH WM 87, 1368; Bydlinski, Privatautonomie, S. 62; M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 69 ff.; Brox JZ 66, 762; Reinhardt, FS Schmidt - Rimpler, S. 116; Hönn, S. 12 f.; Larenz SR AT § 6 I.

<sup>210</sup>Schmidt - Rimpler AcP 147, 181; M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 101.

<sup>211</sup>Brox, Irrtumsanfechtung, S. 179.

<sup>212</sup>Brox, Irrtumsanfechtung, S. 179.

partei entspricht, sondern auf der Basis eines Angebots, das diese Interessen nicht richtig wiedergibt. Das entsprechend der tatsächlichen Verhältnisse subjektiv richtige Angebot der anderen Vertragspartei, dessen Beurteilung zu einem objektiv richtigen Interessenausgleich geführt hätte, konnte der Vertragsgegner bei seiner Entscheidung für den Vertragsabschluß nicht berücksichtigen, da ihm ein solches Angebot nicht unterbreitet worden ist.

### (3) Der Wegfall der Richtigkeitsgewähr bei Eintritt nicht vorhergesehener Umstände

Als nach objektiven Maßstäben gerecht und richtig kann der Vertragsinhalt auch dann nicht beurteilt werden, wenn die Parteien ihre Entscheidung über den Vertragsabschluß nicht von einer Bewertung der tatsächlich vorhandenen Umstände abhängig machen, sondern im Rahmen des vertraglichen Abwägungsmechanismus eine Einschätzung von in der Zukunft eintretenden Ereignissen vornehmen und sich die Einschätzung einer Partei nach Abschluss des Vertrags als falsch herausstellt, weil sich die tatsächlichen Verhältnisse anders als von ihr vorhergesehen entwickelt haben.<sup>213</sup> Denn auch in diesem Fall ist der Entschluss der Partei, die sich hinsichtlich des Verlaufs der zukünftigen Ereignisse geirrt hat, wenn man ihn nach objektiven Maßstäben beurteilt, unrichtig. Ihrem Willen, sich vertraglich zu binden, hat die Partei ein unrichtiges Wertungsmoment zugrunde gelegt. Dieses Wertungsmoment bestand in der für ihre Willensbildung ursächlichen Beurteilung der zukünftigen Verhältnisse, die sich so, wie sie von der Vertragspartei prognostiziert worden sind, nicht entwickelt haben. Als richtig kann die Entscheidung der Partei nur dann angesehen werden, wenn sie bei ihrem Entschluss für den Vertrag von der später tatsächlich eintretenden Entwicklung der Verhältnisse ausgeht, weil die Vertragspartei, wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass die von ihr vorausgesetzte zukünftige Entwicklung nicht eintritt, den Vertrag überhaupt nicht oder nicht zu den von ihr vorgeschlagenen Bedingungen abgeschlossen hätte.<sup>214</sup> Irrt sich eine Partei hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung der Verhältnisse, geht auch die andere Vertragspartei von einer fehlerhaften Entscheidungsgrundlage aus, weil sie ihrer Entscheidung für den Vertragsabschluß ein Vertragsangebot zugrunde legt, das die eigentlichen Interessen des Vertragsgegners nicht zum Ausdruck bringt. Auf diese Weise kann nur ein vorläufiges Gleichgewicht der gegensätzlichen Interessen zustande kommen. Das Ziel, die beiderseitigen Interessen durch die Vertragsverhandlungen endgültig ins Gleichgewicht zu bringen, ist in diesem Fall nicht erreicht worden. Denn das zunächst scheinbar bestehende Gleichgewicht wird zerstört, wenn der von einer oder beiden Vertragsparteien nicht vorhergesehene Umstand eintritt, da die Vertragsparteien, wenn sie von diesem Umstand bei Vertragsabschluß gewusst hätten, die Vertragsbedingungen in anderer Weise festgelegt hätten. Besteht kein Interessengleichgewicht mehr, weil sich herausstellt, dass die von einer Partei vorgenommene Wertung der vertragsrelevanten Umstände fehlerhaft war, entfällt die Richtigkeitsgewähr des vertraglichen Einigungsprozesses nachträglich.<sup>215</sup>

### (4) Ergebnis

Es ist daher unzutreffend, wenn Oetker beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis annimmt, dass die Richtigkeitsgewähr des vertraglichen Interessenausgleichs generell entfällt. Die Richtigkeitsgewähr kann dem vertraglichen Einigungsprozess nicht schon dann

<sup>213</sup>Schmidt - Rimpler AcP 147, 188 ff.

<sup>214</sup>Schmidt - Rimpler AcP 147, 189.

<sup>215</sup>Brox, Irrtumsanfechtung, S. 180.

abgesprochen werden, wenn die Parteien ihre Entscheidung für den Vertragsabschluß auf der Basis einer unsicheren Tatsachengrundlage getroffen haben,<sup>216</sup> sondern nur dann, wenn sich die Wertungsgrundlage, bei der sie von ihrer Entscheidung ausgegangen sind, nachträglich als unrichtig erweist.<sup>217</sup> Die bewusst oder unbewusst vorgenommene Bewertung der für die Vertragsdurchführung bedeutsamen zukünftigen Verhältnisse ist nur dann unrichtig, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt nach dem Vertragsabschluß ein Umstand eintritt, der zumindest eine Vertragspartei veranlasst hätte, sich das Recht zur ordentlichen Vertragskündigung vorzubehalten, wenn ihr bereits bei Vertragsabschluß bekannt gewesen wäre, dass dieser Umstand später eintreten wird. Bleibt der Eintritt eines solchen Umstands aus, stellt sich die von den Vertragsparteien vorgenommene Bewertung der für die Vertragsdurchführung wesentlichen Umstände und die Entscheidung für den Abschluss des unbefristeten Vertrags dagegen als zutreffend heraus. In diesem Fall sind die Parteien bei ihrer Entscheidung für den Vertragsabschluß von einer richtigen Tatsachengrundlage ausgegangen. Mit Hilfe des vertraglichen Abwägungsmechanismus konnte ein objektiv richtiger Interessenausgleich erreicht werden, was zur Folge hat, dass der vertraglichen Einigung die Richtigkeitsgewähr zukommt. Beim Abschluss eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses ist es daher sowohl möglich, dass der vertraglichen Einigung eine Richtigkeitsgewähr zukommt, als auch, dass die Richtigkeitsgewähr nachträglich entfällt.

Der Ansicht von Oetker, nach der beim Dauerschuldverhältnis das Vorhandensein der Richtigkeitsgewähr generell in Frage gestellt ist, ist allerdings zuzugeben, dass bei einem für unbefristete Zeit abgeschlossenen Dauerschuldverhältnis eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung nachträglich wegfällt. Denn aufgrund des allgemeinen Erfahrungsgrundsatzes, nach dem die Wahrscheinlichkeit des Eintritts unvorhergesehener Umstände mit der Dauer der vertraglichen Bindung zunimmt,<sup>218</sup> wird man davon ausgehen können, dass sich bei Abschluss eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses die auf der Grundlage konstant bleibender Gegebenheiten vorgenommene Vertragsbeurteilung später mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit als falsch herausstellt. Damit steht bei Abschluss eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses zwar nicht mit Sicherheit fest, dass die im Rahmen des vertraglichen Abwägungsprozesses von den Parteien getroffene Wertentscheidung in jedem Fall unrichtig ist, jedoch besteht eine im Vergleich zum einfachen Schuldverhältnis höhere Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung zu irgendeinem Zeitpunkt nach dem Vertragsabschluß entfallen wird.

#### *bb) Die Rechtsfolgen der fehlenden Richtigkeitsgewähr*

##### (1) Die Wirksamkeit der Willenserklärung

Wenn aufgrund des Eintritts eines unvorhergesehenen Umstands, den die Vertragsparteien bei ihrer Entscheidung für den Abschluss des Dauerschuldverhältnisses nicht berücksichtigt haben, die Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung nachträglich entfällt, hat das nicht zur Folge, dass die vertragliche Vereinbarung insgesamt oder teilweise,<sup>219</sup> unwirksam wird. Als Wirksamkeitsgrund der vertraglichen Vereinbarung ist die Richtigkeits-

<sup>216</sup>So aber Oetker, S. 32, 252; Reuter, Schranken, S. 279.

<sup>217</sup>Brox, Irrtumsanfechtung, S. 179 f.

<sup>218</sup>Horn, S. 560.

<sup>219</sup>A. A. Eckstein, ArchBürgR 37, S. 421 f., nach dessen Ansicht die Bindungswirkung des Vertrags mit dem Eintritt eines nicht vorhersehbaren Umstands erlischt.

gewähr nur von Schmidt – Rimpler angesehen worden.<sup>220</sup> Nach heutigem Verständnis bildet nicht die dem Vertragsmechanismus innewohnende Richtigkeitsgewähr die Grundlage für die Rechtswirksamkeit des Vertrags, sondern der selbst bestimmte Willen der Parteien.<sup>221</sup> Sind die für das Vorliegen einer Willenserklärung konstitutiven Merkmale, der Handlungs- und der Erklärungswillen, gegeben, ist das Fehlen der Richtigkeitsgewähr ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung. Da sich auch eine Willenserklärung, die den tatsächlichen Willen des Erklärenden unrichtig wiedergibt, auf den freien und unbeeinträchtigten Willen des Erklärenden zurückführen lässt, kann auch die fehlerhafte Willenserklärung als das Resultat einer wirksamen Selbstbestimmung angesehen werden.<sup>222</sup> Der wirksam zustande gekommene Vertrag ist für die Parteien bindend. Der Umstand, dass der eine oder beide Vertragsteile nicht in fehlerfreier Selbstbestimmung gehandelt haben, wird von der Rechtsordnung nicht bei der Entscheidung über die Wirksamkeit der abgegebenen Willenserklärung berücksichtigt, sondern bei der Frage, in welchem Umfang der Handelnde an das Rechtsgeschäft gebunden ist.

## (2) Der Irrtum über die zukünftige Entwicklung der vertragsrelevanten Umstände als Motivirrtum

Wenn eine Vertragspartei ihre Entscheidung für den Abschluss eines unbefristeten und unkündbaren Dauerschuldverhältnisses von einer Prognose über die zukünftige Entwicklung bestimmter Umstände abhängig macht, verbindet sie ihre Entscheidung für den Vertragsabschluss bewusst oder unbewusst mit der Bedingung, dass der Eintritt eines nicht vorhersehbaren Umstands, der sie veranlassen würde, von der weiteren Vertragsdurchführung Abstand zu nehmen, ausbleibt. Ihre Annahme, dass ein solcher Umstand mit Sicherheit ausbleiben wird, bringt sie bei ihrer auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung normalerweise nicht zum Ausdruck. Zum Inhalt der Willenserklärung gehört lediglich der auf die Herbeiführung des Vertragsabschlusses gerichtete Willen. Demzufolge besteht zwischen dem Willen der Vertragspartei und dem Erklärungsinhalt keine Differenz. Bei der Prognose über die zukünftige Entwicklung der vertragsrelevanten Verhältnisse handelt es sich vielmehr um einen Umstand, der die Willensbildung betrifft. Im Rahmen des Entscheidungsprozesses, der der Abgabe der Willenserklärung vorgelagert ist, geht die Vertragspartei davon aus, dass sich die bei Vertragsabschluss gegebenen Umstände später nicht in einer Weise ändern werden, die zur Folge hat, dass die weitere Vertragsdurchführung nicht mehr ihren Interessen entspricht. Gestalten sich die tatsächlichen Verhältnisse nicht wie erwartet, irrt sich die Partei nicht über den Inhalt ihrer Erklärung, sondern über einen Umstand, den sie ihrer Willensbildung zugrunde gelegt hat. Wenn eine Vertragspartei die zukünftige Entwicklung der vertragsrelevanten Verhältnisse falsch einschätzt, liegt daher ein Motivirrtum vor.<sup>223</sup>

---

<sup>220</sup> Nach der Ansicht Schmidt - Rimplers ist der auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtete Willen einer Partei allein nicht ausreichend, um eine Willenserklärung mit Rechtswirksamkeit auszustatten. Damit an eine Willensäußerung Rechtsfolgen angeknüpft werden können, ist seiner Meinung nach erforderlich, dass ein weiteres Moment der Rechtsgültigkeit, nämlich das der Richtigkeitsgewähr, hinzutritt, vgl. Schmidt - Rimpler AcP 147, 157, 159, 163 ff.; ders., FS Raiser, S. 23.

<sup>221</sup> Vgl. Flume RG II § 1, 2, S. 2.

<sup>222</sup> Flume RG II § 4, 8, S. 61; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 422.

<sup>223</sup> Der Motivirrtum ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erklärende bei der Abgabe der Willenserklärung bewusst oder unbewusst eine bestimmte Vorstellung von der Wirklichkeit zugrunde legt, die sich nach dem Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts als unrichtig erweist, vgl. Schmidt - Rimpler AcP 147, 188; Flume RG II § 25.



### (3) Die Unbeachtlichkeit des Motivirrtums

#### *(a) Die Unbeachtlichkeit eines Irrtums im Rahmen der Entscheidungsbildung*

Bei einem Motivirrtum ist die Vertragspartei grundsätzlich nicht berechtigt, sich nachträglich von der wirksam zustande gekommenen Vertragsvereinbarung zu lösen.<sup>224</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Vertragspartei ungeachtet dessen, ob ihr bei der Ausbildung des privatautonomen Willens Fehler unterlaufen sind oder nicht, ohne eine Lösungsmöglichkeit an das wirksam zustande gekommene Rechtsgeschäft gebunden bleiben. Für diese Entscheidung des Gesetzgebers waren in erster Linie Gründe der Rechtssicherheit maßgebend.<sup>225</sup> Bei der Willensbildung, die der Abgabe der Willenserklärung vorausgeht, handelt es sich um einen Prozess, den der Vertragsgegner normalerweise nicht überblicken kann. Von der Interessenabwägung, die der Erklärende vor seiner Entscheidung über die Abgabe der Willenserklärung vornimmt, hat der Vertragsgegner in der Regel keine Kenntnis. Ihm sind weder die Gründe und Umstände bekannt, die der Erklärende im Rahmen seiner Entscheidungsbildung berücksichtigt, noch kennt er die Maßstäbe, nach denen der Erklärende die einzelnen Umstände bewertet. Bei dem Prozess der rechtsgeschäftlichen Willensbildung handelt es sich daher um einen Vorgang, der ausschließlich dem Interessen- und Risikobereich des Erklärenden zugeordnet werden kann. Fehler, die bei der Entscheidungsbildung unterlaufen sind, muss sich der Erklärungsgegner daher nicht entgegenhalten lassen. Er wird von der Rechtsordnung vielmehr in seinem Vertrauen auf den Bestand der abgegebenen Willenserklärung geschützt.<sup>226</sup>

An dieser Risikoverteilung ändert sich auch dann nichts, wenn eine Vertragspartei ihrer Entscheidung für den Vertragsabschluss anstelle einer Bewertung und Beurteilung der vertragsrelevanten Tatsachen eine subjektive Einschätzung zugrunde legt. Die Rechtsordnung stützt die Willenserklärung einer Partei auch dann uneingeschränkt mit rechtlicher Wirksamkeit und Bindungskraft aus, wenn die Partei davon abgesehen hat, sich sämtliche Informationen, die für ihre rechtsgeschäftliche Entscheidung von Bedeutung waren, zu verschaffen und ihre Entscheidung für den Vertragsabschluss statt dessen auf subjektive Mutmaßungen stützt. Auf welcher Grundlage der Entschluss für die Vornahme eines Rechtsgeschäfts getroffen wird, ist den Vertragsparteien überlassen. Das Gesetz überträgt der Partei grundsätzlich die Verantwortung dafür, sich die Informationen zu verschaffen, deren Kenntnis ihr für die Beurteilung des in Aussicht genommenen Rechtsgeschäfts erforderlich erscheint. Wenn die Partei eine rationale, an Tatsachen orientierte Entscheidung über den Vertragsabschluss treffen will, setzt das voraus, dass sie sämtliche Informationen kennt, die für den geplanten Leistungsaustausch von Bedeutung sind.<sup>227</sup> Da jede Partei die Kosten, die bei der Ermittlung der für den Vertrag relevanten Informationen anfallen, selbst zu tragen hat, ohne dass die Möglichkeit einer Überwälzung auf den Geschäftspartner besteht, bleibt es ihr überlassen, ob sie ihren Informationsbedarf vollständig befriedigt oder aufgrund des mit der Informationsbeschaffung verbundenen Zeitaufwands und der Kosten auf die Feststellung der entscheidungsrelevanten Tatsachen verzichtet.<sup>228</sup> Jede

---

<sup>224</sup>Die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz bilden die §§ 119 II 1, 123, bei denen es sich nach allgemeiner Ansicht um Fälle des Motivirrtums handelt. Nach der h. M. können diese Bestimmungen jedoch gerade als Beleg dafür angesehen werden, dass der Motivirrtum die Bestandskraft des auf einer fehlerhaften Selbstbestimmung beruhenden Rechtsgeschäfts grundsätzlich nicht beeinträchtigt, vgl. Protokolle I, S. 114; v. Tuhr II/1, S. 578; Larenz/Wolf § 36, Rz 6; Flume RG II § 24, 1; Fikentscher SR, Rz 146, 202.

<sup>225</sup>Soergel - Hefermehl<sup>13</sup> § 119, 58; Flume RG II § 25; Larenz/Wolf § 36, Rz 2.

<sup>226</sup>Larenz/Wolf § 36, Rz 2.

<sup>227</sup>Vgl. Oetker, S. 38.

<sup>228</sup>Vgl. Oetker, S. 40 ff.

Vertragspartei ist daher selbst dafür verantwortlich, ob und in welchem Umfang sie das feststellbare Tatsachenmaterial bei ihrer Entscheidung über den beabsichtigten Vertragsabschluß nutzt, oder ob sie ihrer Willensbildung lediglich eine subjektive Einschätzung der als vorhanden angenommenen Verhältnisse zugrunde legt.<sup>229</sup>

*(b) Die Unbeachtlichkeit einer fehlerhaften Prognoseentscheidung, die nicht auf der Grundlage von Tatsachen erfolgen kann*

Die volle Verantwortung für den Prozess der Entscheidungsbildung überträgt das Gesetz dem Erklärenden aber nicht nur dann, wenn das für den Vertragsabschluß maßgebliche Tatsachenmaterial feststellbar ist, auf die Ermittlung dieser Tatsachen jedoch verzichtet wird, sondern auch dann, wenn dem Erklärenden bestimmte Informationen nicht zugänglich sind und er aus diesem Grund von vornherein auf eine nicht an Tatsachen orientierte, subjektive Einschätzung der vertragswesentlichen Umstände angewiesen ist. Dass das Gesetz den Vorgang der Willensbildung auch in diesem Fall ausschließlich dem Risikobereich des Erklärenden zuweist, lässt sich einigen Vorschriften entnehmen, die zum Zweck des Verbraucherschutzes erlassen worden sind. Nach der herrschenden Meinung ist die Rechtslage des Verbrauchers dadurch gekennzeichnet, dass diesem häufig von seinem Vertragspartner entscheidungserhebliche Informationen vorenthalten werden und dass er deshalb die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm über Waren und Dienstleistungen übermittelten Informationen nicht überprüfen kann.<sup>230</sup> Bei Abschluss derartiger Verträge kann festgestellt werden, dass eine Vertragspartei typischerweise ein erhebliches Informationsdefizit gegenüber dem Geschäftsgegner aufweist. Die Ursache dieses Informationsdefizits besteht darin, dass eine Vertragspartei die Mitteilung von Informationen, aus denen der Vertragsgegner Rückschlüsse auf den Nutzen, die Nachteile oder die Risiken des geplanten Geschäfts ziehen kann, bewusst unterlässt. Der benachteiligten Partei bleibt in diesem Fall nur die Möglichkeit, ihre Willensbildung zumindest teilweise auf eine unsichere subjektive Bewertung zu gründen, wenn sie nicht auf den Vertragsabschluß verzichten will. Damit auch die Partei, der der Zugang zu entscheidungserheblichen Informationen versperrt ist, zu einer rationalen Willensbildung in der Lage ist, hat der Gesetzgeber in einigen gesetzlichen Bestimmungen Aufklärungspflichten vorgeschrieben, durch die das zum Nachteil einer Partei bestehende Informationsdefizit beseitigt und die Vertragsparität wieder hergestellt werden soll. Zu diesen, inzwischen in das BGB eingegliederten Normen, gehören insbesondere die §§ 305 II,<sup>231</sup> 312 II, 355 II,<sup>232</sup> 492 I.<sup>233</sup>

<sup>229</sup>Vgl. Oetker, S. 39.

<sup>230</sup>Vgl. den 2. Verbraucherbericht der Bundesregierung, BT Drucks. 7/4181, S. 5; v. Hippel JZ 72, 417, 419; Dichtl, Verbraucherschutz, S. 23 ff., 30 ff.

<sup>231</sup>Nach § 305 II hängt die Wirksamkeit der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag davon ab, dass der Verwender bei Vertragsabschluß ausdrücklich auf die AGB hinweist und seinem Vertragspartner die Möglichkeit verschafft, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen. Diese Formvorschrift soll nach dem Willen des Gesetzgebers dazu dienen, dem Kunden ein Mindestmaß an Aufklärung über den Inhalt der AGB zu geben, vgl. Reg. Begründung zum Entwurf des ABGB, BT - Drucks. 7/3919, S. 17; Ulmer/Brandner/Hensen - Ulmer § 305, 102; Wolf/Horn/Lindacher - Wolf § 2, 1.

<sup>232</sup>Die §§ 312 I 1, 355 I räumen dem Kunden bei den gesetzlich kodifizierten Verbraucherverträgen das Recht ein, einen von diesen Vorschriften erfassten Vertrag innerhalb von zwei Wochen nach dem Vertragsabschluß zu widerrufen. Die Vorschriften in § 355 II und III sehen vor, dass die Widerrufsfrist nur zu laufen beginnt, wenn die andere Vertragspartei den Kunden in schriftlicher Form über das Widerrufsrecht belehrt hat. Mit der Regelung der § 355 II, III wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Kunde über das ihm zustehende Widerrufsrecht informiert wird, um zu verhindern, dass dieser sein Widerrufsrecht infolge von Unwissenheit nicht ausübt, vgl. BT Drucks. 8/130, S. 14; MK - Masuch<sup>5</sup> § 355, 46.

<sup>233</sup>§ 492 I 1 schreibt für den Abschluss eines Kreditvertrags zwischen einem Verbraucher und einem Kreditgeber i. S. v. § 491 Schriftform vor. Darüber hinaus verlangt § 492 I Satz 5 in den Nrn. 1 und 2, dass eine

Den §§ 305 II, 312 II, 355 II, 492 I, die eine Informationspflicht ausdrücklich anordnen, kann im Umkehrschluss die Aussage entnommen werden, dass das Gesetz grundsätzlich nicht voraussetzt, dass eine Vertragspartei, die über dem Vertragsgegner nicht ohne weiteres zugängliche Informationen verfügt, zur Aufklärung des Vertragsgegners über diese Umstände verpflichtet ist.<sup>234</sup> Sofern nicht eine ausdrückliche Aufklärungspflicht eingreift, wird von der unterlegenen Vertragspartei erwartet, dass sie ihren Entschluss für das Rechtsgeschäft dann, wenn ihr die Feststellung bestimmter Tatsachen nicht möglich ist, auf eine mit Unsicherheiten behaftete subjektive Einschätzung der Sachlage gründet. Dabei weist das Gesetz der Vertragspartei das Risiko zu, dass sich ihre auf einer subjektiven Einschätzung beruhende Entscheidung als unrichtig herausstellt, weil es der Vertragspartei grundsätzlich auch dann nicht das Recht einräumt, sich von der vertraglichen Bindung zu lösen, wenn ihr bei der nicht auf Tatsachen beruhenden Entscheidung ein Irrtum unterlaufen ist.

Wenn der Vertragspartei das mit einer subjektiven Wertentscheidung generell verbundene Risiko einer Fehleinschätzung nach der Vorstellung des Gesetzgebers dann übertragen werden kann, wenn entscheidungserhebliche Tatsachen feststellbar, der Partei jedoch nicht zugänglich sind, muss die Partei das Risiko einer fehlerhaften Willensbildung erst recht dann übernehmen, wenn – wie bei einer Prognose über die zukünftige Entwicklung der für den Vertrag relevanten Bedingungen – eine zuverlässige Tatsachengrundlage nicht besteht. Prognoseentscheidungen, die über die zukünftige Entwicklung bestimmter Umstände abgegeben werden, sind typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass sie sich nicht auf eine ausschließlich rationale Entscheidungsgrundlage zurückführen lassen.<sup>235</sup> Da die Zukunft ungewiss und in ihrer Entwicklung nicht vorhersehbar ist, fehlt einer Prognoseentscheidung, die in der Zukunft liegende Umstände, wie die eigene Leistungsfähigkeit oder das anhaltende Interesse am Leistungsaustausch zum Gegenstand hat, regelmäßig eine hinreichende tatsächliche Grundlage. Die Beurteilung der zukünftigen Verhältnisse schließt somit immer auch irrationale Erwartungen des Rechtssubjekts ein, die der Prognose notwendigerweise einen spekulativen Charakter geben.<sup>236</sup> Bei Abschluss eines langfristigen Vertrags, bei dem die Parteien auch eine Einschätzung der zukünftigen Entwicklung der vertragsrelevanten Umstände vornehmen, ist die Gefahr, dass sich die Beurteilung der zukünftigen Verhältnisse nach dem Vertragsabschluss als fehlerhaft erweist, für

---

Reihe von Angaben über den Inhalt des Kreditvertrags wie z. B. der Nettokreditbetrag und der effektive Jahreszins in die Vertragsurkunde aufgenommen werden müssen. Zur Mitteilung dieser Angaben wird der Kreditgeber verpflichtet, damit der Verbraucher die mit dem Kreditgeschäft verbundenen finanziellen Belastungen zutreffend beurteilen kann und nicht der Gefahr ausgesetzt ist, dass der Kreditgeber die Höhe der Gesamtbelastung sowie die Konditionen der Kreditvergabe ihm gegenüber verschleiert, vgl. Begr. RegE, BT - Drucks. 11/5462, S. 19 ff.

<sup>234</sup>Auch aus § 242 lässt sich keine umfassende Aufklärungspflicht desjenigen, der beabsichtigt, eine vertragliche Bindung einzugehen, ableiten. Zwar sieht die h. M. § 242 als Grundlage einer im Rahmen der vertraglichen Nebenpflichten bestehenden Verpflichtung an, den Vertragsgegner über die Umstände zu informieren, die für diesen erkennbar entscheidungserheblich sind. Diese Aufklärungspflicht steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass die unterlegene Partei nach Treu und Glauben und der Verkehrsauffassung eine Aufklärung durch den Vertragspartner erwarten durfte, allg. Ansicht, vgl. BGHZ 60, 221, 223; 47, 207, 211; Palandt - Heinrichs § 242, 37; MK - Roth<sup>5</sup> § 242, 173, § 241, 124. Darüber hinaus schützt § 242 die unterlegene Partei nicht im Prozess der Entscheidungsbildung. Denn § 242 räumt dem Betroffenen keinen einklagbaren Anspruch auf die Erteilung einer Auskunft ein, sondern verpflichtet den Vertragsgegner lediglich zum Schadenersatz, wenn sich nach Vertragsabschluss herausstellt, dass der unterlegenen Partei in pflichtwidriger Weise eine entscheidungserhebliche Information vorenthalten worden ist, vgl. Palandt - Heinrichs § 242, 37;

MK - Roth<sup>5</sup> § 241, 167; Larenz SR AT § 9 I, S. 111 f.

<sup>235</sup>Vgl. Oetker, S. 252, 32.

<sup>236</sup>Vgl. Oetker, S. 39; Horn, S. 560; MK - Kramer<sup>5</sup> § 119, 118; LG Berlin NJW 91, 1238, 1241; KG ZIP 92, 208, 211; KG EWiR § 119 BGB 1/92, 1053 mit Anm. Kramer.

beide Vertragsparteien gleich groß. Beide Vertragsparteien stehen gleichermaßen vor dem Problem, die zukünftige Entwicklung der Vertragsverhältnisse nicht genau bestimmen zu können. Da insoweit keine Seite dazu in der Lage ist, das mit dem Vertragsabschluß verbundene Risiko vollständig zu beherrschen, ist es sachgerecht, jeder Partei die volle Verantwortung für die von ihr im Rahmen der Entscheidungsbildung vorgenommene Prognoseentscheidung aufzuerlegen. Bei einer Fehleinschätzung der zukünftigen Verhältnisse kann sich die Vertragspartei daher nicht auf einen ihr unterlaufenen Irrtum berufen.<sup>237</sup> Trotz ihres Irrtums bleibt sie ohne die Möglichkeit, die schuldrechtliche Bindung nachträglich beseitigen zu können, uneingeschränkt an den Vertrag gebunden.

### c) Ergebnis

Da die Vertragspartei grundsätzlich die Verantwortung dafür übernehmen muss, dass sich ihre Einschätzung der zukünftigen Verhältnisse als richtig erweist, ist es mit dem Selbstbestimmungsrecht der Partei vereinbar, dass diese an das von ihr abgeschlossene Rechtsgeschäft auch dann gebunden bleibt, wenn sich nach dem Vertragsabschluß herausstellt, dass die von ihr vorgenommene Prognoseentscheidung fehlerhaft gewesen ist. Die Bindung an ein unbefristetes und unkündbares Dauerschuldverhältnis stellt selbst dann keinen Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht der gebundenen Partei dar, wenn dieser bei Vertragsabschluß bei der Beurteilung der in der Zukunft liegenden, vertragsrelevanten Gegebenheiten ein Irrtum unterlaufen ist. Dass bei der Begründung eines unbefristeten und unkündbaren Dauerschuldverhältnisses grundsätzlich die Möglichkeit oder sogar eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass eine Partei von einer Entwicklung der zukünftigen Verhältnisse ausgeht, die später nicht zutrifft, mit der Folge, dass die Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung nachträglich entfällt, bedeutet demnach nicht, dass die vertragliche Bindung als unzulässige Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts der Partei beurteilt werden muss. Aus dem Umstand, dass beim Dauerschuldverhältnis eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für den nachträglichen Wegfall der vertraglichen Richtigkeitsgewähr besteht, kann daher entgegen der Ansicht von Oetker nicht die Schlussfolgerung abgeleitet werden, dass der Abschluss eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses nur dann als zulässig angesehen werden kann, wenn den Parteien ein Recht zur ordentlichen Kündigung zusteht.

Mit dem Selbstbestimmungsrecht der Parteien ist es vielmehr vereinbar, dass diese so lange an das Vertragsverhältnis gebunden bleiben, bis die Fortsetzung des Leistungsaustauschs für eine Seite unzumutbar wird und diese sich nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 oder unter Berufung auf die Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 vom Vertrag lösen kann. Aus dem Grundsatz "pacta sunt servanda," der seinerseits eine Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts darstellt, folgt, dass das Recht, sich einseitig und willkürlich von einem Vertrag lösen zu können, nicht zu den unverzichtbaren Privatautonomiebefugnissen gehört. In gleicher Weise fehlt es an einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts, wenn eine Vertragspartei ihre Entscheidung über den Vertragsabschluß von einer Prognose über die Entwicklung bestimmter zukünftiger Umstände abhängig macht und sich später herausstellt, dass sie die Entwicklung der vertragsrelevanten Verhältnisse falsch eingeschätzt hat.

---

<sup>237</sup>Vgl. Titze, FS Heymann Bd. II, S. 86, 99 f.; Soergel - Hefermehl<sup>13</sup> § 119, 58; Enneccerus/Nipperdey § 168 I, S. 1043; Flume RG II § 25, S. 491; Larenz/Wolf § 36, Rz 2; Schmidt - Rimpler AcP 147, 191 f.; Adams AcP 186, 453, 459 f.

Die Einwände, die beim unbefristeten Dauerschuldverhältnis gegen den Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung vorgebracht worden sind, haben sich somit nicht als durchgreifend erwiesen.<sup>238</sup> Damit steht fest, dass der Treugeber sein Recht zur ordentlichen Kündigung bzw. zum Widerruf bei einem mit unbefristeter Dauer abgeschlossenen Treuhandverhältnis wirksam ausschließen kann.

---

<sup>238</sup>Dafür, dass das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis abbedungen werden kann, sprechen sich ohne nähere Begründung auch MK - Kramer<sup>5</sup> Einl § 241, 100 und Staud. - Olzen<sup>14</sup> § 241, 370 aus.

## Vierter Teil: Die Begrenzung des Treuhandvertrags in zeitlicher Hinsicht

### **A. Die Bindungswirkung des Treuhandvertrags**

Nachdem festgestellt worden ist, dass der Treugeber sowohl beim befristeten als auch beim unbefristeten Treuhandverhältnis auf sein Recht zur ordentlichen Kündigung verzichten kann, bleibt die Frage zu klären, ob die Laufzeit des Treuhandvertrags durch die Statuierung einer Zeitschranke zu begrenzen ist.

Sowohl bei einem sehr langen, etwa 500 – oder 1.000 – jährigen Treuhandverhältnis, als auch bei einem unbefristeten und unkündbaren Treuhandverhältnis wird nicht nur der Erblasser, sondern auch die ihm nachfolgenden Generationen an das Vertragsverhältnis gebunden. Wenn es sich bei dem Treugeber um eine natürliche Person handelt, entsteht durch den Treuhandvertrag eine persönliche Verpflichtung jeweils für die Lebenszeit des Treugebers sowie für die Lebensdauer seiner Erben. Durch die Universalsukzession wird die schuldrechtliche Bindung von einer Generation auf die nächste übertragen, § 1922. Unterbrochen werden kann diese Bindung nur bei Versterben des ursprünglichen Treugebers oder eines seiner Erben, da dem Erben nach den §§ 1942 ff. das Recht zusteht, die Erbschaft auszuschlagen. Nimmt der Erbe die Erbschaft, zu der die extrem langfristige oder unkündbare Dauerschuld gehört, an, entsteht zu Lasten des Erben erneut eine schuldrechtliche Verpflichtung für die Dauer seines eigenen Lebens. Dieser Prozess setzt sich beim unbefristeten Treuhandverhältnis zeitlich unbegrenzt, beim befristeten Treuhandverhältnis bis zum Ablauf der durch den ursprünglichen Treugeber festgesetzten Vertragslaufzeit fort. Wird die treuhänderische Vermögensverwaltung einer juristischen Person übertragen, kann eine unabsehbar lange Vertragsverpflichtung begründet werden, da die vertragliche Bindung in diesem Fall nur dann endet, wenn die juristische Person aufgelöst wird.<sup>1</sup>

### **B. Die §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II, 544, 1202 II, 1954 IV, 2082 III als Grundlage einer allgemeinen Zeitschranke**

#### I. Die im Schrifttum vertretenen Ansichten

Für Vertragsverhältnisse, die mit endloser Dauer begründet werden oder deren Ende für eine unabsehbar lange Zeit hinausgeschoben wird, ist in der Literatur wiederholt die Meinung vertreten worden, dass den Vertragsparteien in analoger Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, durch die eine vertragliche Bindung in zeitlicher Hinsicht begrenzt wird, nach Ablauf eines gewissen Zeitraums die Möglichkeit zur Vertragsauflösung eingeräumt werden muss. Sämtliche Vertreter der eine Zeitschranke befürwortenden Ansicht stimmen darin überein, dass den Regelungen der §§ 195, 121 II, 124 III a. F., 544, 1202 II, 1954 IV, 2082 III ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen wird, nach dem ein schuldrechtlicher Vertrag höchstens für eine Dauer von 30 Jahren als unkündbares Rechtsverhältnis begründet werden kann.<sup>2</sup> Nach dieser Ansicht enthält das BGB einen allgemeinen Grundsatz

<sup>1</sup>Bauer - Mengelberg, S. 82 f.

<sup>2</sup>Zander, S. 85; Herzog, S. 53, Anm. 1; S. 57, Anm. 1; ders., Tageszeitung für Brauerei 1929, 620, 621; Treppe, Brauwelt 1970, 1743, 1746; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 945 f. Die Anordnung einer Höchstgrenze von 30 Jahren befürworten Großfeld/Gersch in zwei Fällen, bei Verträgen, die die Verpflichtung, nicht über einen

des Inhalts, dass Verbindlichkeiten von extrem langfristiger oder unbefristeter Dauer verhindert werden sollen.<sup>3</sup> Dieser Gedanke wird zum einen auf die Vorschriften der §§ 567 a. F., 581 II, 624 I, 1202 II gestützt, denen die Zweckbestimmung zugeordnet wird, durch die Einräumung eines Kündigungsrechts zu gewährleisten, dass dem Schuldner die Bindung an eine vertragliche Verpflichtung höchstens für einen Zeitraum von 30 Jahren zugemutet werden kann.<sup>4</sup> Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass die Zulassung extrem langfristiger oder zeitlich unbegrenzter Dauerschuldverhältnisse nicht in Betracht kommt, weil das Schuldverhältnis in diesem Fall einen dinglichen Charakter annehmen und einem Rechtsverhältnis ähneln würde, wie es im Sachenrecht entsteht. Dem Gesetz, das zwischen Schuldrecht und Sachenrecht unterscheidet, entspreche es aber nicht, wenn im Schuldrecht ein dem Sachenrecht ähnliches dingliches Recht geschaffen werde.<sup>5</sup>

Dass die Rechtsordnung den Inhaber eines schuldrechtlichen Anspruchs nach Ablauf von 30 Jahren nicht mehr in seinem Interesse schütze, vom Vertragspartner die vereinbarte Erfüllungsleistung verlangen zu können, wird den §§ 195 ff. a. F. entnommen. Da die Rechtsordnung dem schuldrechtlichen Anspruch in diesen Bestimmungen nach Ablauf von 30 Jahren die Schutzwürdigkeit versage, müsse bis zu diesem Zeitpunkt, nicht aber länger sichergestellt sein, dass die Anspruchserfüllung verlangt werden könne.<sup>6</sup> Ergänzend wird die Vorschrift des § 225 I a. F. herangezogen, die den Parteien eines schuldrechtlichen Vertrags mit zwingender Wirkung untersagt hat, die nach § 195 a. F. für einen Anspruch geltende 30 – jährige Verjährungsfrist durch Rechtsgeschäft zu verlängern. In dem ausdrücklichen Verbot, die in den §§ 195, 225 a. F. im Gesetz festgelegte Verjährungsfrist von höchstens 30 Jahren zu erhöhen, komme der Gedanke zum Ausdruck, dass Schuldverhältnisse, die länger als 30 Jahre andauern, der Rechtsordnung zuwiderlaufen.<sup>7</sup> Schließlich wird den Vorschriften über das Verjährungsrecht die allgemeine Aussage entnommen, dass der Willen des Gesetzgebers darauf abziele, zu gewährleisten, dass die Gerichte nicht mehr mit Rechtsverhältnissen belangt werden könnten, deren Entstehung mehr als 30 Jahre zurück liegt.<sup>8</sup> Auch aus diesem Grund sei eine absolute Zeitgrenze bei einem Dauerschuldverhältnis notwendig.

Großfeld/Gersch nehmen bei der Festsetzung der 30 – Jahres – Frist für Dauerschuldverhältnisse auch auf die Vorschriften der §§ 121 II, 124 III a. F., 1954 IV, 2082 III Bezug, die die Anfechtung einer Willenserklärung nur während eines Zeitraums von 30 Jahren zulassen. Aus dem Umstand, dass das Anfechtungsrecht nach diesem Zeitraum entfällt, ziehen

---

Gegenstand zu verfügen, enthalten und bei gesellschaftsvertraglichen Bindungen. Bauer - Mengelberg macht die Notwendigkeit einer Zeitschranke vom Inhalt der schuldrechtlichen Verpflichtung abhängig. Bei unbefristeten und unkündbaren Dauerschuldverhältnissen, deren Hauptleistungspflicht auf ein positives Tun gerichtet ist, hält Bauer - Mengelberg eine 30 - Jahresgrenze für unerlässlich, S. 90. Hat die Hauptleistungspflicht eine Unterlassungsverpflichtung zum Inhalt, spricht sich Bauer - Mengelberg demgegenüber für eine unbefristete Verpflichtungsmöglichkeit aus, S. 92. Vgl. auch Klaas, BB 74, 1098, 1100, Anm. 18. Die Frage, ob den §§ 195 a. F., 544, 1202 II, 2044 II, 2082 III, 2109, 2162, 2110 ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts entnommen werden kann, dass einem schuldrechtlichen Vertragsverhältnis eine Grenze von höchstens 30 Jahren gesetzt ist, lässt Klaas offen. Für den Fall, dass die Ableitung eines solchen Grundsatzes möglich sein sollte, hält er nur eine Rechtsfolge für zulässig, nämlich die zeitliche Begrenzung sämtlicher Schuldverhältnisse auf eine Laufzeit von höchstens 30 Jahren.

<sup>3</sup>Vgl. Bauer - Mengelberg, S. 87.

<sup>4</sup>Bauer - Mengelberg, S. 87; Zander, S. 42; Großfeld/Gersch JZ 88, 937 f.

<sup>5</sup>Herzog, S. 44; Trepte, Brauwelt 1970, 1743, 1745.

<sup>6</sup>Herzog, S. 54; Bauer - Mengelberg, S. 90; Trepte, Brauwelt 1970, 1743, 1745; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 945 f.

<sup>7</sup>Vgl. Bauer - Mengelberg, S. 88; Großfeld/Gersch JZ 88, 937.

<sup>8</sup>Herzog, S. 49.

sie die Schlussfolgerung, dass sich ein individueller Willen mit dem Ablauf der Zeit abschwächt und nach 30 Jahren seine Geltungskraft verliert.<sup>9</sup>

Letztendlich wird die Statuierung einer absoluten Zeitgrenze bei Dauerschuldverhältnissen für notwendig gehalten, um Widersprüche zur Vorschrift des § 138 I zu vermeiden. Den Ausgangspunkt dieser Überlegung bildet die Feststellung, dass überlange Schuldverhältnisse nach der herrschenden Meinung immer dann der Nichtigkeitssanktion des § 138 I unterfallen, wenn die vertragliche Bindung für zumindest eine Partei eine sittenwidrige Freiheitsbeschränkung darstellt, weil sie die wirtschaftliche Freiheit der gebundenen Partei in übermäßiger Weise beschränkt.<sup>10</sup> Herzog spricht sich dafür aus, die Wirksamkeit des Dauerschuldverhältnisses auf einen Zeitraum von 30 Jahren unabhängig davon zu begrenzen, ob die Vertragsparteien durch das Dauerschuldverhältnis in ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt werden.<sup>11</sup> Durch die Höchstgrenze von 30 Jahren werde der Eintritt sachwidriger Ergebnisse verhindert, wie die zeitlich unbefristete Zulässigkeit eines Vertragsverhältnisses, das zwar aufgrund seiner überlangen Dauer objektiv sittenwidrig sei, bei dem aber die subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit fehlen. Da die herrschende Meinung im Rahmen des § 138 I neben dem objektiven Sittenverstoß fordere, dass zumindest eine Vertragspartei Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Tatumstände hatte, aus denen die Sittenwidrigkeit abgeleitet wird,<sup>12</sup> könne ein überlanges Vertragsverhältnis, bei dem das subjektive Element nicht gegeben ist, nicht gemäß § 138 I für unwirksam erklärt werden. Demgegenüber unterwerfe das Gesetz bestimmte Schuldverhältnisse wie zum Beispiel den Mietvertrag in § 544 auch dann einer zeitlichen Grenze, wenn sie keinerlei inhaltlich bedenkliche Bestimmungen enthalten. Damit diese Widersprüche vermieden werden können und sowohl Verträge, die in objektiver Hinsicht von der Rechtsordnung missbilligt werden, als auch Vertragstypen, die im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt worden sind, zeitlich begrenzt werden können, sei eine absolute Zeitschranke unerlässlich.<sup>13</sup>

Schuldverhältnisse, deren Laufzeit die Dauer von 30 Jahren überschreiten, werden nach der Ansicht der Verfasser, die eine Zeitschranke befürworten, entweder unmittelbar auf der Grundlage der gesetzlichen Zeitbestimmungen oder mittelbar mit Hilfe von § 242<sup>14</sup> nach Ablauf von 30 Jahren für kündbar<sup>15</sup> oder teilweise unwirksam<sup>16</sup> erklärt. Die zeitliche Begrenzung extrem langer oder unbefristeter Dauerschuldverhältnisse wird im Weg einer

<sup>9</sup>Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 945 f.

<sup>10</sup>Vgl. BGH WM 59, 626, 628; 76, 181; Soergel - Herfermehl<sup>13</sup> § 138, 116 ff.

<sup>11</sup>Herzog, S. 46 ff.

<sup>12</sup>BGH NJW 53, 297, 299; BGH BB 71, 1177 f.; BGHZ 80, 153, 160 f.; Palandt - Heinrichs § 138, 8; MK - Armbrüster<sup>5</sup> § 138, 131.

<sup>13</sup>Herzog, S. 48.

<sup>14</sup>Herzog sieht die dogmatische Grundlage für eine Begrenzung überlanger Schuldverhältnisse in § 242. Im Rahmen dieser Vorschrift stellt er auf den allgemeinen Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung ab, nach dem die Rechtsordnung dem Rechtsinhaber u. a. dann den rechtlichen Schutz versagt, wenn dieser an der Durchsetzung seiner Rechte kein schutzwürdiges Interesse hat, vgl. Soergel - Teichmann<sup>12</sup> § 242, 27; Palandt - Heinrichs § 242, 50. Dass die Rechtsordnung den Inhaber eines schuldrechtlichen Anspruchs nach Ablauf von 30 Jahren nicht mehr in seinem Interesse schützt, vom Vertragspartner die vereinbarte Erfüllungsleistung verlangen zu können, entnimmt Herzog den §§ 195 a. F., 544, 1002 II, 2044, 2082, 2109, 2162, 2332, 2340, 2082, Herzog, S. 53, Anm. 1; S. 57, Anm. 1; ders., Tageszeitung für Brauerei 1929, 620, 621. Ebenso: Trepte, Brauwelt 1970, 1743, 1745.

<sup>15</sup>Bauer - Mengelberg, S. 91; Zander, S. 42.

<sup>16</sup>Herzog hält ein Rechtsverhältnis, das mit einer längeren Laufzeit oder mit unbefristeter Dauer begründet wurde, gemäß § 242 insoweit für teilweise nichtig, als seine Dauer den Zeitraum von 30 Jahren übersteigt, S. 54, 56. Ebenso: Trepte, Brauwelt 1970, 1743, 1745; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 944.



Gesamtanalogie erreicht.<sup>17</sup> Danach ist die Ableitung einer für alle Schuldverhältnisse geltenden 30 – Jahres – Frist aus den §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II, 544, 1202 II, 1954 IV, 2082 III nur möglich, wenn sich feststellen lässt, dass diese Vorschriften die Laufzeit von Vertragsverhältnissen – neben anderen Gründen – gerade deshalb auf 30 Jahre begrenzen, weil nach dem Grundgedanken des Gesetzes die höchstzulässige Bindungsdauer eines Schuldverhältnisses 30 Jahre nicht überschreiten soll. Es ist somit zu klären, ob den Vorschriften der §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II, 544, 1202 II, 1954 IV, 2082 III entsprechend ihrem Sinn und Zweck ein dahingehender, allgemeiner Regelungsgehalt zugeordnet werden kann.

Wenn den Vorschriften, die eine 30 – Jahres – Frist enthalten, ein für das gesamte BGB Geltung beanspruchender Rechtssatz zugrunde liegt, nach dem ein Schuldverhältnis höchstens für einen Zeitraum von 30 Jahren wirksam begründet werden kann, wäre die in den gesetzlichen Vorschriften enthaltene Zeitschranke auch auf den vom Treugeber abgeschlossenen Treuhandvertrag zu übertragen. Entsprechend der in der Literatur vertretenen Ansicht wäre in diesem Fall davon auszugehen, dass der Treuhandvertrag entweder 30 Jahre nach seinem Abschluss unwirksam oder für die Erben des Treugebers kündbar wird.

## II. Der Normzweck der §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II

### 1. Der Regelungsgehalt der §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II

Nach der bis zum 1.1.2002 geltenden Fassung des BGB war die Frist, innerhalb der ein Anspruch verjährt, in § 195 a. F. unabhängig davon, ob der Anspruchsinhaber von der Entstehung des Anspruchs und der Person des Verpflichteten Kenntnis hatte oder nicht, auf einen Zeitraum von 30 Jahren seit der Entstehung des Anspruchs festgesetzt. Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ist die regelmäßige Verjährungsfrist auf einen Zeitraum von 3 Jahren verkürzt worden. Die Dauer der Verjährungsfrist wurde darüber hinaus von subjektiven Elementen abhängig gemacht, die in der Person des Gläubigers verwirklicht sein müssen. Waren dem Anspruchsinhaber die Umstände, die den Anspruch begründen und die Person des Schuldners bekannt oder hätte er von diesen Umständen ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis erlangen können, beträgt die für einen schuldrechtlichen Anspruch geltende Verjährungsfrist nach den §§ 195, 199 I drei Jahre. Ist das subjektive Merkmal der Kenntniserlangung nicht gegeben, verjährt der Anspruch nach Ablauf eines Zeitraums von 10 Jahren seit seiner Entstehung, § 199 IV. Unverändert gelassen wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts der Grundsatz, dass der Zeitraum, nach dessen Verstreichen ein Anspruch spätestens verjährt, maximal 30 Jahre betragen kann. Im bisher geltenden Recht war dieser Rechtssatz in den §§ 195, 225 1 a. F. verankert, durch die festgelegt wurde, dass die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren rechtsgeschäftlich nicht verlängert werden konnte. Die Bestimmungen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts haben die 30 – Jahres – Frist als maximale Verjährungsfrist in § 202 übernommen. Durch diese Vorschrift wird den Parteien erlaubt, die im Gesetz vorgesehenen Verjährungsfristen zu verlängern oder zu verkürzen. § 202 II setzt den die Verjährungsfrist ändernden Vereinbarungen dahingehend eine Grenze, dass privatautonome Vereinbarungen, die die Verjährung erschweren, dann für unzulässig erklärt werden, wenn sie dazu führen, dass die Verjährungsfrist länger als 30 Jahre ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn andauert. Die Länge der Verjährungsfrist wird damit zum

<sup>17</sup>Zur Gesamtanalogie s. Teil 3 C. III.

einen der Disposition der Parteien überlassen. Zum anderen wird die privatrechtliche Vereinbarung unter den Vorbehalt gestellt, dass eine 30 Jahre überdauernde Verjährungsfrist nicht festgesetzt werden kann. Ebenso wie das bisherige Recht gehen die aktuell geltenden Bestimmungen daher davon aus, dass die Verjährung eines schuldrechtlichen Anspruchs spätestens nach dem Verstreichen eines Zeitraums von 30 Jahren eintritt. Damit kommen die Verjährungsvorschriften auch nach dem In – Kraft – Treten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts als Grundlage einer allgemein geltenden 30 – Jahres – Frist in Betracht.

Kann festgestellt werden, dass die Vorschriften über die Verjährung die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs ausschließen, weil ein Anspruch nach dem Willen des Gesetzgebers längstens für einen Zeitraum von 30 Jahren begründet werden soll, kann aus diesen Bestimmungen der Rückschluss gezogen werden, dass die Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses generell auf eine Dauer von 30 Jahren zu begrenzen ist. Denn wenn der Rechtsgrund der Verjährung darin besteht, dass die Wirksamkeit eines Anspruchs einen Zeitraum von 30 Jahren nicht überdauern kann, muss eine vergleichbare Wirksamkeitsgrenze auch für das schuldrechtliche Rechtsverhältnis gelten. Ob das Gesetz die Verjährung eines Anspruchs nach dem Ablauf eines Zeitraums von längstens 30 Jahren anordnet, weil der Anspruch nach dem Verstreichen dieser Frist seine Geltungskraft ganz oder zum Teil eingebüßt hat, soll im Anschluss überprüft werden.

## 2. Der Verlust der dem Anspruch zukommenden Geltungskraft als Grund der Verjährung

Die Vorschriften des Verjährungsrechts gestehen dem Schuldner das Recht zu, die geforderte Leistung zu verweigern, wenn der Gläubiger den Anspruch ihm gegenüber nicht innerhalb der Verjährungsfrist geltend gemacht hat. In dem Umstand, dass der Anspruch nach Ablauf von 30 Jahren seine Geltungskraft verliert, kann der Rechtsgrund der Verjährung nicht gesehen werden, weil die §§ 195 ff. nicht die Schlussfolgerung zulassen, dass der Anspruch nach Ablauf der Verjährungsfrist untergeht. Nach § 214 I entsteht mit dem Ablauf der Verjährungsfrist zugunsten des Schuldners lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht. Dem Gläubiger wird die Möglichkeit einer zwangsweisen Durchsetzung seines Anspruchs versagt. Zum Erlöschen des Anspruchs führt der Verjährungseintritt nicht. Das ergibt sich daraus, dass der Schuldner den gegen ihn gerichteten Anspruch erfüllen kann, obwohl dieser bereits verjährt ist. Auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung erbracht wurde, kann das zur Erfüllung eines verjäherten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden, § 214 II 1. Nach § 214 II 2 kann der verjäherte Anspruch Gegenstand eines vertraglichen Anerkenntnisses sowie einer Sicherheitsleistung sein. § 216 gestattet dem Gläubiger ausdrücklich, trotz der Anspruchsverjährung die für den Anspruch bestellten Sicherungsrechte zu verwerten. Schließlich lässt § 215 es zu, dass mit einer verjäherten Forderung aufgerechnet wird. Dazu kommt, dass die Anspruchsverjährung ihre rechtsvernichtende Wirkung erst dann entfaltet, wenn die Verjährungseinrede gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemacht wird. Anhaltspunkte, die darauf hindeuten, dass dem Anspruch nach Ablauf eines Zeitraums von 30 Jahren die Durchsetzbarkeit allein deshalb genommen wird, weil er seine Wirksamkeit verloren hat, lassen sich aus den Vorschriften über die Verjährung demnach nicht ableiten.

### 3. Die Entkräftung des Anspruchs als Grund der Verjährung

#### a) Der Zeitablauf als Grundlage für die Entkräftung des Anspruchs

Allerdings lässt sich nicht bestreiten, dass der schuldrechtliche Anspruch mit Ablauf der Verjährungsfrist in gewisser Weise entwertet wird, weil der Gläubiger ihn gegen den Willen des Schuldners nicht mehr durchsetzen kann.<sup>18</sup> Maas nimmt an, dass die Verjährungsfolgen darauf abzielen, einen tatsächlichen Zustand zu schützen, nämlich die Entkräftung des Anspruchs.<sup>19</sup> Er geht davon aus, dass die Verjährung sich dem tatsächlichen Zustand des Anspruchs anpasst, der seit seiner Begründung und solange er fortbesteht, der Entkräftung unterliegt und lediglich durch die Verjährung unterbrechende Rechtshandlungen des Gläubigers neu belebt werden kann.<sup>20</sup> Durch die Verjährung wird nach der Ansicht von Maas der Zustand wiedergespiegelt, der gegeben ist, wenn der Anspruch durch langes Bestehen entkräftet ist.<sup>21</sup> Wird der Anspruch dagegen durch Unterbrechungshandlungen mit neuem Leben erfüllt, weicht die Verjährungswirkung, um nach dem Schwinden der belebenden Wirkung der von neuem eintretenden Entkräftung des Anspruchs Rechnung zu tragen.<sup>22</sup> Nach der Meinung von Maas ist der eigentliche Grund für die vom Gesetz in den §§ 194 I, 195, 199, 202, 214 I angeordnete Verjährungswirkung im Wesen und den Eigenschaften des Anspruchs begründet. Die Verjährungsvorschriften werden lediglich als logische Konsequenz des Umstands angesehen, dass der Anspruch mit zunehmendem Zeitablauf seine Bestandskraft verliert. Maas geht somit davon aus, dass ein schuldrechtlicher Anspruch 30 Jahre nach seiner Begründung seine Wirksamkeit weitgehend eingebüßt hat, weil er durch den bloßen Zeitablauf sukzessive entkräftet worden ist.

#### b) Die Vorschriften über die Verjährungshemmung und –unterbrechung

Zweifel daran, dass die Verjährungsfolgen ihre Ursache in der Entkräftung des Anspruchs haben, ergeben sich aus der vom BGB zugelassenen Hemmung und Unterbrechung der Verjährung. Die Verjährungshemmung wird in § 203 vom Gesetz angeordnet, wenn die Leistung Gegenstand von Verhandlungen ist oder der Schuldner zur Leistungsverweigerung berechtigt ist, § 205. Nach § 204 ist die Verjährung auch dann gehemmt, wenn der Anspruchsinhaber versucht, seinen Anspruch mit Hilfe der Rechtspflege durchzusetzen. Der Verjährungshemmung liegt der Gedanke zugrunde, dass die Zeit nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet werden soll, während der der Berechtigte zur Verfolgung seines Anspruchs aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage war.<sup>23</sup> Mit dem Eintritt der Verjährungshemmung soll sichergestellt werden, dass die Verjährungsfrist dann nicht läuft, wenn der Anspruchsinhaber zum Ausdruck bringt, dass er ein echtes Interesse an der Realisierung seines Rechts hat, insbesondere indem er Maßnahmen zur Rechtsverfolgung ergreift.<sup>24</sup> Unterbrochen wird die Verjährung durch ein Anerkenntnis des Verpflichteten, § 212 I Nr. 1, sowie durch die Vornahme einer behördlichen Vollstreckungshandlung, § 212 I Nr. 2. Bei der Verjährungsunterbrechung beginnt die Verjährung

<sup>18</sup>Vgl. Staud. - Peters<sup>15</sup> § 214, 1; Soergel - Walter<sup>12</sup> vor § 194, 1; Erman - Schmidt - Rantsch § 214, 1; Dörner, S. 11.

<sup>19</sup>Maas, S. 21, 23, 31; Moufang, S. 41.

<sup>20</sup>Maas, S. 23; Moufang, S. 53.

<sup>21</sup>Maas, S. 31.

<sup>22</sup>Maas, S. 23, 31; Moufang, S. 53.

<sup>23</sup>Staud. - Peters<sup>15</sup> § 209, 1; Dörner, S. 16; Moufang, S. 49.

<sup>24</sup>Moufang, S. 49.

rungsfrist erneut zu laufen, ohne dass der bisher abgelaufene Zeitraum mitgerechnet wird, § 212 I 1.

Aus den Vorschriften über die Verjährungshemmung und –unterbrechung wird deutlich, dass der eigentliche Grund für den Eintritt der Verjährungswirkung nicht der Zeitablauf ist. Durch Zeitablauf kann ein Recht erlöschen, wenn es vom Gesetzgeber oder den Vertragsparteien befristet worden ist. Das befristete Recht entsteht von vornherein nur für einen fest begrenzten Zeitraum. Mit dem Ablauf der Frist geht das Recht unter, ohne dass es dabei auf das Verhalten der Parteien ankommt. Den Eintritt der Erlöschensfolge können die Parteien weder durch ein Tun noch durch ein Unterlassen verhindern oder aufschieben.<sup>25</sup> Anders ist die Situation bei der Verjährung. Nach den §§ 203 ff., 212 sind der Gläubiger und Schuldner dazu in der Lage, den mit dem Ablauf der Verjährungsfrist drohenden Rechtsverlust durch die Vornahme einer Rechtshandlung abzuwenden, durch die die Verjährung gehemmt oder unterbrochen wird. Die Vorschriften über die Verjährungshemmung und –unterbrechung zeigen, dass für den Eintritt der Verjährungswirkung ausschließlich das Verhalten der Parteien maßgeblich ist. Denn mit dem Ablauf der Verjährungsfrist verliert der Gläubiger sein Recht nur dann, wenn er es während der im Gesetz vorgesehenen Frist weder ausgeübt noch sonst dem Schuldner gegenüber geltend gemacht hat und auch der Schuldner keine Rechtshandlung vorgenommen hat, mit der er das Bestehen der Verpflichtung anerkennt. Demnach ist es nicht der Ablauf der Verjährungsfrist, der den Verlust der Durchsetzbarkeit bewirkt, sondern die Untätigkeit der Parteien.<sup>26</sup> Es kann daher festgestellt werden, dass die durch die Verjährung eintretende Rechtsänderung zum einen auf der Untätigkeit des Gläubigers, d. h. dem Unterlassen der Schutzmaßnahmen, die das Gesetz als Unterbrechungs– oder Hemmungsgründe statuiert, und zum anderen auf dem Schweigen des Schuldners beruht.<sup>27</sup> Wenn das Gesetz die Rechtsfolgen der Verjährung nicht aufgrund des bloßen Zeitablaufs eintreten lässt, ist die 30 – Jahres – Frist der §§ 195 ff. ungeeignet, um daraus einen Rückschluss auf das Wesen oder die Bestandskraft des Anspruchs zu ziehen. Den Vorschriften über die Verjährung lässt sich lediglich die Aussage entnehmen, dass der Anspruch 30 Jahre nach seiner Begründung die Durchsetzbarkeit verliert, weil verjährungsunterbrechende oder –hemmende Handlungen nicht vorgenommen worden sind, nicht aber die, dass der bloße Zeitablauf dem Anspruch seine Wirksamkeit nimmt.

#### 4. Das Schweigen des Anspruchsberechtigten als Grundlage des Anspruchsverlusts

Bei der Verjährung liegt der rechtsaufhebende Tatbestand somit nicht im Fristablauf, sondern im Schweigen der Vertragsparteien.<sup>28</sup> Dass der Eintritt der Verjährungsfolgen nicht an den Zeitablauf, sondern das Verhalten der Parteien anknüpft, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Verjährung eines Anspruchs, der kontinuierlich erfüllt wird, auch dann nicht eintreten kann, wenn seit der Anspruchsbegründung ein die Verjährungsfrist überschreitender Zeitraum vergangen ist.<sup>29</sup> Als Rechtsaufhebungsgrund kann der Ablauf der Verjährungsfrist auch deshalb nicht in Betracht kommen, weil in diesem Fall nicht erklärt werden könnte, wie ein der Verjährung unterliegender Anspruch über die Dauer der

<sup>25</sup>Weiß, S. 8.

<sup>26</sup>Weiß, S. 9.

<sup>27</sup>Grawein, S. 51; Weiß, S. 11.

<sup>28</sup>Vgl. Palandt - Heinrichs vor § 194, 10; Soergel - Niefenführ<sup>13</sup> vor § 194, 16; Staud. - Peters<sup>15</sup> vor § 194, 1; Motive I, S. 291, 297; BGHZ 128, 74, 83.

<sup>29</sup>Grawein, S. 44. Zur Verjährung von Dauerschuldverhältnissen vgl. Staud. - Peters<sup>15</sup> § 217, 10 f.; RGRK - Johannsen<sup>12</sup> § 194, 4 ff.

Verjährungsfrist hinaus bestehen kann. Würde der Anspruch seine Durchsetzungskraft durch den Ablauf der Verjährungsfrist verlieren, wären nur zwei Möglichkeiten denkbar: entweder der Anspruch wird vor Ablauf der Verjährungsfrist erfüllt und geht dadurch unter oder er wird während der Verjährungszeit nicht erfüllt und geht durch die Verjährung unter.<sup>30</sup> Ähnlich wie beim befristeten Recht wäre mit der Verjährungsfrist gleichzeitig die maximale Bestandsdauer des Rechts festgelegt. Richtigerweise kann der rechtsaufhebende Tatbestand bei der Verjährung daher nur in der Untätigkeit der Parteien gesehen werden, verstanden als die Nichtausübung der gesetzlichen Mittel, die die Durchsetzbarkeit des Anspruchs über die Dauer der Verjährungsfrist hinaus aufrechterhalten.<sup>31</sup> Denn die Verjährungsfolge kann nur bei Nichtvornahme der Handlungen eintreten, an die der Gesetzgeber die weitere Durchsetzbarkeit des Rechts knüpft.<sup>32</sup> Dem Zeitpunkt kommt bei der Verjährung lediglich die Bedeutung zu, den das Recht aufhebenden Tatbestand, der in einem bestimmten Verhalten der Vertragsparteien besteht, zu charakterisieren.<sup>33</sup> Die gesetzliche Verjährungsfrist gibt an, wie lange das Schweigen der Vertragsparteien andauern muss, damit die Verjährungsfolge, der Verlust der Durchsetzbarkeit, eintritt. Fehlt es an einer Untätigkeit der Parteien, ist der Verjährungseintritt, unabhängig davon, wie viel Zeit seit der Rechtsbegründung verstrichen ist, ausgeschlossen.<sup>34</sup>

Das negative Verhalten der Parteien stellt eine dem Recht selbständig gegenübertretende Tatsache dar, die sich außerhalb des Rechts verwirklicht.<sup>35</sup> Anders als beim befristeten Recht, das mit Fristablauf von selbst erlischt und bei dem bereits bei der Begründung feststeht, dass es das Verstreichen eines bestimmten Zeitraums nicht überleben kann, ist der Eintritt der Rechtsfolge bei der Verjährung nur möglich, wenn zu dem Moment des Zeitablaufs das zweite Element der Untätigkeit hinzutritt.<sup>36</sup> Bei der Verjährung ist der rechtsaufhebende Tatbestand somit nicht im Recht selbst begründet, er stellt vielmehr ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal dar, das verwirklicht sein muss, damit die Rechtsänderung bewirkt werden kann.<sup>37</sup> Die Ursache der Verjährungsfolge ist nicht die zeitliche Begrenztheit als maßgebliche Eigenschaft, die das Recht ungeachtet des Parteiwillens untergehen lässt, sondern das neben dem Recht als eigenständiger Umstand gegebene Verhalten der Parteien. Der Rechtsuntergang durch Verjährung ist nicht bereits im Recht selbst als Unfähigkeit, einen bestimmten Zeitraum zu überdauern, angelegt, sondern tritt ein, weil das Recht nach dem Willen des Gesetzgebers seine Durchsetzungskraft verlieren soll, wenn bestimmte Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.<sup>38</sup> Die Vorschriften des Verjährungsrechts können daher nicht als Beleg dafür angesehen werden, dass ein schuldrechtlicher Anspruch seine Lebenskraft 30 Jahre nach seiner Begründung zumindest teilweise verloren hat. Der Umstand, dass das Recht bei der Verjährung nicht von selbst erlischt, sondern nur untergeht, wenn ein vom Gesetzgeber besonders umschriebener Tatbestand erfüllt ist, deutet vielmehr darauf hin, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, das Recht werde ohne die Anordnung der Verjährung nicht bereits durch das Verstreichen eines gewissen Zeitraums wirkungslos werden. Wenn es erforderlich war, dem schuldrechtlichen Anspruch durch die Festsetzung des Verjährungstatbestands seine Durchsetzbarkeit zu nehmen, lässt das die Schlussfolgerung zu, dass dieser grundsätzlich die Kraft in sich

---

<sup>30</sup>Grawein, S. 51.

<sup>31</sup>Grawein, S. 51; Weiß, S. 12 f.

<sup>32</sup>Weiß, S. 15.

<sup>33</sup>Grawein, S. 25, 44; Weiß, S. 9.

<sup>34</sup>Mugdan, Materialien I, S. 512.

<sup>35</sup>Vgl. Grawein, S. 25, 57; Weiß, S. 9, 14.

<sup>36</sup>Vgl. Grawein, S. 49; Weiß, S. 14.

<sup>37</sup>Vgl. Weiß, S. 9.

<sup>38</sup>Vgl. Weiß, S. 13.

trägt, mit zeitlich unbegrenzter Dauer wirksam zu sein.<sup>39</sup> Denn ohne die Anordnung der Verjährungsfolgen wären die Wirkungen, die durch die Verwirklichung einer rechtsbegründenden Tatsache hervorgerufen werden, in ihrem zeitlichen Umfang uneingeschränkt. Die Rechtsordnung würde es dann in zeitlicher Hinsicht ausschließlich dem Belieben des Berechtigten überlassen, zu entscheiden, wann das Recht ausgeübt werden soll, d. h. der Zustand verwirklicht wird, der dem Inhalt des Rechts entspricht.<sup>40</sup>

Den Vorschriften über die Verjährung kann daher nicht die Aussage entnommen werden, dass eine Leistungsverpflichtung grundsätzlich nicht länger als 30 Jahre bestehen kann.

### III. Der Normzweck des § 544

#### 1. § 544 als Mittel, um die Umgehung des numerus clausus der dinglichen Rechte zu verhindern

Die Vorschrift des § 544 begrenzt die Laufzeit eines unkündbaren Mietverhältnisses auf einen Zeitraum von 30 Jahren indem sie den Vertragsparteien nach Ablauf der 30 – Jahres – Frist unabdingbar ein Recht zur Vertragskündigung zugesteht. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass dann, wenn man die Begründung eines extrem langen oder unbefristeten Mietverhältnisses unter Ausschluss des Kündigungsrechts zulassen würde, ein Erbmietrecht oder ein diesem ähnliches Rechtsverhältnis zur Entstehung gebracht würde. Dementsprechend wird die Zweckbestimmung des § 544 darin gesehen, zu verhindern, dass der sachenrechtliche Grundsatz des numerus clausus der dinglichen Rechte mit Hilfe schuldrechtlicher Vorschriften umgangen wird.<sup>41</sup> Gegen die von der herrschenden Meinung befürwortete Rechtfertigung der in § 544 enthaltenen Zeitschranke lässt sich zwar einwenden, dass die Bezugnahme auf den Grundsatz des numerus clausus der Sachenrechte für sich genommen noch nicht ausreicht, um die Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung des Mietverhältnisses zu begründen. Denn der sachenrechtliche numerus clausus verbietet lediglich die Schaffung neuartiger dinglicher Rechte, nicht aber, dass ein Zweck, der mit Hilfe von sachenrechtlichen Bestimmungen verwirklicht werden kann, durch eine schuldrechtliche Vereinbarung realisiert wird.<sup>42</sup> Dennoch ist der herrschenden Meinung im Ergebnis darin zuzustimmen, dass es in erster Linie der zwischen den schuldrechtlichen und den sachenrechtlichen Vorschriften bestehende Regelungszusammenhang ist, der eine zeitliche Begrenzung des Mietverhältnisses notwendig macht.

#### 2. Die zeitliche Begrenztheit des dinglichen Gebrauchsrechts als sachenrechtlicher Grundsatz

Im Sachenrecht des BGB kommt in mehreren Bestimmungen der Grundsatz zum Ausdruck, dass das Gesetz die Schaffung eines dinglichen Gebrauchsrechts, das mit zeitlich unbegrenzter Dauer fortbesteht, missbilligt. Ein dingliches Recht zum Gebrauch kann nach den Bestimmungen des Sachenrechts als Grunddienstbarkeit, § 1018, Nießbrauch, § 1030, oder beschränkt persönliche Dienstbarkeit, § 1090, begründet werden. Für jedes dieser Nutzungsrechte sieht das Gesetz Regelungen vor, durch die verhindert werden soll,

<sup>39</sup>Vgl. Grawein, S. 25, 44; Weiß, S. 8.

<sup>40</sup>Vgl. Grawein, S. 44.

<sup>41</sup>RGZ 73, 341; 121, 11, 13; 130, 143, 146; BGH WM 68, 7; Mugdan, Materialien II, S. 230; Staud. - Emmerich<sup>15</sup> § 544, 1; Soergel - Heintzmann<sup>12</sup> § 567, 1; MK - Schilling<sup>4</sup> § 544, 1; RGRK - Gelhaar<sup>12</sup> § 567, 1.

<sup>42</sup>Bauer/Stürner § 1 II 2.

dass das dingliche Recht mit zeitlich unbegrenzter Dauer fortbesteht. Der Nießbrauch und die beschränkt persönliche Dienstbarkeit sind zeitlich insofern begrenzt, als sie vom Gesetz als unvererbliche Rechte ausgestaltet sind und daher nicht über den Tod des Berechtigten hinaus fortbestehen können, §§ 1061 1, 1090 II. Diese Regelung gilt auch dann, wenn das dingliche Nutzungsrecht einer juristischen Person zusteht. Nach § 1061 2, der über § 1090 II auch bei der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zur Anwendung kommt, erlischt der Nießbrauch in diesem Fall mit der juristischen Person. Die herrschende Meinung versteht auch § 1061 2 als Beleg dafür, dass das Gesetz ein dingliches Nutzungsrecht mit "ewiger" Dauer nicht zulässt. Denn die juristische Person sei zwar darauf angelegt, zeitlich unbefristet, nicht aber mit "ewiger" Dauer zu bestehen. Im Gegensatz zum Eigentum, das infolge höherer Gewalt nur in Ausnahmefällen untergeht, könne bei der juristischen Person davon ausgegangen werden, dass sie nur für einen bestimmten Zeitraum besteht, weil abzusehen sei, dass sie zu irgendeinem Zeitpunkt durch Selbstauflösung, Konkurs oder Hoheitsakt beendet werden wird.<sup>43</sup> Bei der Grunddienstbarkeit, die im Gegensatz zum Nießbrauch kein umfassendes, sondern nur ein teilweises Nutzungsrecht gewährt, sieht das Gesetz eine vom Willen der Parteien unabhängige Zeitschranke in § 1019 vor.<sup>44</sup> Nach dieser Vorschrift gehört es zum wesentlichen Inhalt der Grunddienstbarkeit, dass das Nutzungsrecht für das herrschende Grundstück vorteilhaft ist. Der dauernde Wegfall des für das herrschende Grundstück bestehenden Vorteils führt daher zum Erlöschen der Grunddienstbarkeit.<sup>45</sup>

### 3. Die Unzulässigkeit eines dinglichen Gebrauchsrechts mit unbegrenzter Dauer

Der Grund für die zeitliche Begrenzung der dinglichen Nutzungsrechte besteht in dem Bestreben des Gesetzes,<sup>46</sup> auf diese Weise eine wirtschaftliche Aushöhlung des durch das dingliche Recht belasteten Eigentums zu verhindern.<sup>47</sup> Zu einer solchen Aushöhlung des Eigentums würde es kommen, wenn dem Eigentümer zwar das Eigentum an einer Sache zustünde, er aber die Möglichkeit zu deren Nutzung dauerhaft auf eine andere Person übertragen könnte.<sup>48</sup> Durch die Bestellung eines dinglichen Rechts an der Sache kann der Eigentümer die Befugnis zur Nutzung des Eigentums einem Dritten übertragen. Dem Eigentümer verbleibt zwar das Vollrecht, dies stellt dann aber eine durch die Abzweigung des dinglichen Rechts geminderte Nutzungsbefugnis dar. Die Schaffung des dinglichen Rechts hat zur Folge, dass der Eigentümer zur Ausübung der Befugnisse, die dem dinglich Berechtigten zustehen, nicht mehr in der Lage ist. Denn das dingliche Recht geht dem Eigentum im Rang vor und stellt damit ein Recht im Sinn von § 903 1 dar, das der Ausübung des Eigentums entgegensteht.<sup>49</sup> Die Entstehung eines dinglichen Rechts führt

---

<sup>43</sup>Vgl. BGHZ 41, 209, 215.

<sup>44</sup>BGHZ 41, 209, 215.

<sup>45</sup>Staud. - Mayer<sup>14</sup> § 1019, 11.

<sup>46</sup>Auch die Reallast, die ihrem Schwerpunkt nach ein Verwertungsrecht ist, § 1105, kann ein dingliches Recht zur Nutzung beinhalten, BGHZ 58, 57. Der Umstand, dass das Gesetz die Reallast nicht zeitlich begrenzt, stellt den o. g. Grundsatz nicht in Frage, weil die Reallast dem Berechtigten keine der Grunddienstbarkeit und dem Nießbrauch vergleichbaren Nutzungsbefugnisse zur Verfügung stellt. Anders als bei diesen Rechten ist der Inhaber einer Reallast nicht zu einer unmittelbaren Nutzungseinwirkung auf das belastete Grundstück berechtigt, sondern kann lediglich vom Grundstückseigentümer verlangen, dass dieser die ihm obliegende Verpflichtung, bestimmte Leistungen aus den Nutzungen des Grundstücks zu erbringen, erfüllt, Staud. - Amann<sup>14</sup> § 1105, 8.

<sup>47</sup>Staud. - Frank<sup>14</sup> § 1059, 1; MK - Falckenberg<sup>4</sup> vor § 1018, 7; Soergel - Stürner<sup>13</sup> § 1059, 1;

Westermann § 121 V 1; Baur/Stürner § 32 II 4.

<sup>48</sup>Baur/Stürner § 32 II 4.

<sup>49</sup>Hirsch, S. 212.

somit dazu, dass der Eigentümer in der Ausübung der ihm zustehenden Nutzungsbefugnisse zumindest teilweise durch eine Ausübungsschranke gehindert ist.<sup>50</sup>

Das Bestehen einer solchen Ausübungsschranke ist mit dem Inhalt des Eigentums als umfassendem Nutzungsrecht nur dann vereinbar, wenn sie nicht mit zeitlich unbegrenzter Dauer entstanden ist. Denn das Eigentum als die einer Person zustehende umfassende Herrschaftsmacht, mit einer Sache nach Belieben zu verfahren, verleiht dem Rechtsinhaber eine Rechtsstellung, die es ihm ermöglichen soll, das Eigentum in beliebiger Weise wirtschaftlich zu nutzen.<sup>51</sup> Auch wenn das Sachenrecht es zulässt, dass der Eigentümer einzelne Nutzungsbefugnisse für einen bestimmten Zeitraum einer anderen Person überlässt, ist es mit der Rechtsnatur des Eigentums unvereinbar, dass der Eigentümer die Befugnis zur wirtschaftlichen Nutzung der Sache unwiderruflich an eine andere Person abtritt.<sup>52</sup> Wenn es möglich wäre, dem Eigentümer in bestimmtem Umfang die Nutzung des Eigentums endgültig zu untersagen, entstünde ein Recht, das inhaltlich nicht mehr dem Eigentumsrecht entspricht. Das Eigentumsrecht müsste als untergegangen angesehen werden, weil es getrennt von der Befugnis, es auszuüben, d. h. die im Eigentum stehende Sache wirtschaftlich zu nutzen, nicht fortbestehen könnte.<sup>53</sup> Dem Sachenrecht liegt daher der allgemeine Grundsatz zugrunde, dass das Recht zur Nutzung des Eigentums nicht dauerhaft vom Eigentum getrennt werden kann.<sup>54</sup>

#### 4. Die Unzulässigkeit eines schuldrechtlichen Gebrauchsrechts mit unbegrenzter Dauer

Auf diesen sachenrechtlichen Rechtssatz lässt sich auch die Notwendigkeit, das Mietverhältnis zeitlich zu begrenzen, zurückführen. Ebenso wie durch die Begründung eines dinglichen Nutzungsrechts erlangt der durch das Mietrecht Begünstigte die Befugnis, das Eigentum in bestimmten Beziehungen nutzen zu können, § 535 I 1. Nicht anders als der dinglich Berechtigte erhält auch der Mieter eine Rechtsstellung, die den Eigentümer daran hindert, die auf den Mieter übergegangenen Nutzungsbefugnisse selbst auszuüben. Die Ausübungsschranke, die zu Lasten des Rechtsinhabers bei einer schuldrechtlichen Berechtigung am Eigentum besteht, folgt zwar nicht aus § 903 1. Das Verbot, die dem Dritten eingeräumten Nutzungsbefugnisse selbst auszuüben, wird in diesem Fall aus der persönlichen Verpflichtung des Eigentümers abgeleitet.<sup>55</sup> Auch bei der Begründung eines unwiderruflichen Mietrechts besteht daher die Gefahr, dass die Befugnis, das Eigentum zu nutzen, dauerhaft vom Recht selbst getrennt wird.<sup>56</sup> Um dieses, vom Gesetz grundsätzlich missbilligte Ergebnis zu verhindern, wird durch § 544 sichergestellt, dass Nutzungsbefugnisse nicht in einer nicht mehr rückgängig zu machenden Weise vom Eigentum abgespalten werden können. Die Zweckbestimmung des § 544 besteht somit darin, zu gewährleisten, dass die mietrechtlichen Nutzungsbefugnisse nicht endgültig auf eine andere Person übertragen werden.

Damit steht fest, dass die in § 544 enthaltene Zeitgrenze ins Gesetz aufgenommen worden ist, weil ohne die zeitliche Begrenzung des Mietrechts Wertungswidersprüche zwischen dem Sachenrecht und dem Schuldrecht entstanden wären, nicht aber, weil grund-

---

<sup>50</sup>Hirsch, S. 32 f., 43 ff.

<sup>51</sup>v. Tuhr I § 1 III, S. 58; Hirsch, S. 4.

<sup>52</sup>Delbrück, S. 9; Blomeyer, Bedingungslehre II, S. 129, 133 f.; Hirsch, S. 30.

<sup>53</sup>Delbrück, S. 9; Blomeyer, Bedingungslehre II, S. 133 f.

<sup>54</sup>RG LZ 1917, S. 801 Nr. 5.

<sup>55</sup>Staud. - Seiler<sup>14</sup> § 903, 25.

<sup>56</sup>RG LZ 1917, S. 801 Nr. 5; Gutzler, S. 29.



sätzlich verhindert werden sollte, dass ein Vertragsverhältnis für eine Dauer von mehr als 30 Jahren als unkündbares Rechtsverhältnis fortbesteht. Auch der Regelung des § 544 lässt sich daher keine Aussage entnehmen, die darauf hindeutet, dass der Gesetzgeber die Bindungswirkung eines Schuldverhältnisses, das länger als 30 Jahre besteht, einschränken wollte.

#### IV. Der Normzweck des § 1202 II

§ 1202 regelt das dem Eigentümer bei der Rentenschuld zustehende Kündigungsrecht. Absatz 2 dieser Bestimmung geht davon aus, dass das Kündigungsrecht auf Seiten des Eigentümers ausgeschlossen werden kann, lässt einen solchen Ausschluss aber nur für eine Dauer von 30 Jahren zu. Nimmt man an, dass es sich bei der Rentenschuld um ein obligationsähnliches Rechtsverhältnis handelt,<sup>57</sup> kommt auch § 1202 II als Ansatzpunkt für die Ableitung einer für sämtliche Schuldverhältnisse geltenden Zeitschranke aus dem Gesetz in Betracht.<sup>58</sup>

##### 1. Die Rentenschuld als ein für den Gläubiger unkündbares Rechtsverhältnis

Der Normzweck des § 1202 II steht in engem Zusammenhang mit der Rechtsnatur der Rentenschuld als dinglichem Verwertungsrecht. Die Rentenschuld gehört als besondere Rechtsform der Grundschuld zur Gruppe der Grundpfandrechte.<sup>59</sup> Die Grundpfandrechte sind dadurch gekennzeichnet, dass zugunsten einer Person eine Belastung des Grundstücks in der Weise erfolgt, dass aus dem Grundstück eine bestimmte Geldsumme zu zahlen ist. Für die Grundpfandrechte enthält das BGB keine zeitliche Befristung, diese Rechte können mit zeitlich unbestimmter Dauer bestellt werden. Der Grund für das Fehlen einer zeitlichen Begrenzung liegt in der Zweckbestimmung der Grundpfandrechte. Deren Aufgabe besteht in erster Linie in der Kreditsicherung.<sup>60</sup> Das Gesetz geht davon aus, dass das Grundpfandrecht in der Regel zur Sicherung einer schuldrechtlichen Darlehensforderung bestellt wird.<sup>61</sup> Der Zweck, die Erfüllung der schuldrechtlichen Forderung zu gewährleisten, kann mit Hilfe des Grundpfandrechts nur erreicht werden, wenn sein Fortbestand durch die Parteien der Dauer der zugrunde liegenden Forderung angepasst werden kann. Damit das Grundpfandrecht seiner Funktion als Verwertungsrecht gerecht werden kann, verbindet das Gesetz mit der zeitlich unbegrenzten Dauer des dinglichen Verwertungsrechts die Befugnis der Parteien, jederzeit durch eine Kündigung die Fälligkeit des Grund-

---

<sup>57</sup>Die h. M. geht davon aus, dass die Grundschuld ausschließlich ein dingliches Verwertungsrecht ist, das dem Forderungsrecht deshalb ähnlich ist, weil der Eigentümer des mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks, ebenso wie der Schuldner einer Dauerleistungsverpflichtung, ständig wiederkehrende Leistungen zu erbringen hat, § 1199 I, vgl. Palandt - Bassenge vor § 1113, 1; Erman - Wenzel vor § 1113, 4; Staud. - Scherübl<sup>12</sup> Einl § 1113, 25; Wolff/Raiser § 13 A III; Westermann § 114 I 1; v. Tuhr I, S. 135 f.; Heck, Sachenrecht, S. 439 ff. Demgegenüber vertritt ein anderer Teil der Literatur die Ansicht, dass die Grundschuld ein dingliches Recht darstellt, das neben seinem dinglichen Bestandteil eine gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer gerichtete schuldrechtliche Forderung beinhaltet, vgl. Cosack, Lehrbuch II, § 221; Siber JhJb 50, 132 ff.; Crome III § 460; Fuchs, Grundbegriffe, S. 87 ff.; Liver, FS Weitnauer, S. 183 ff.; Staud. - Wolfsteiner<sup>14</sup> Einl § 1113, 24.

<sup>58</sup>Vgl. Bauer/Mengelberg, S. 87 f.; Trepte, Brauwelt 1970, 1745; Klaas BB 74, 1098, 1100, Anm. 18; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 939.

<sup>59</sup>Westermann § 120 I 4.

<sup>60</sup>Vgl. Westermann § 114 II 1 a.

<sup>61</sup>Wolff/Raiser § 132 I 2; Nussbaum, S. 185; Westermann § 91 II.

pfandrechts herbeiführen zu können. Für die Grundschuld ist dieser Grundsatz in § 1193 enthalten.

Von dem Grundsatz, dass ein Grundpfandrecht jederzeit kündbar sein muss, stellt die Rentenschuld eine Ausnahme dar, weil es sich dabei um ein Rechtsverhältnis handelt, bei dem auf Seiten des Gläubigers ein Kündigungsrecht nicht vorgesehen ist. Das Rechtsinstitut der Rentenschuld ist von der zweiten Kommission in den Entwurf des BGB aufgenommen worden, um den Kreditbedürfnissen der Landwirtschaft gerecht zu werden.<sup>62</sup> Die dingliche Rente wurde als für die landwirtschaftliche Bodenverschuldung besonders geeignete Form angesehen, weil der landwirtschaftlich genutzte Grundbesitz mit einem immerwährenden Rentenfonds gleichgesetzt wurde, der außer Stande ist, einmalig ein bestimmtes Kapital hervorzubringen.<sup>63</sup> Der zwingende Ausschluss des dem Gläubiger zustehenden Kündigungsrechts berücksichtigt in besonderer Weise die Interessen des Grundeigentümers, dem zur Tilgung des Kapitals und der Zinsen nur die Nutzungen des Grundstücks zur Verfügung stehen.<sup>64</sup> Indem das dem Gläubiger eines Grundpfandrechts generell zustehende Kündigungsrecht bei der Rentenschuld ausgeschlossen wurde, sollte dem Gläubiger die Möglichkeit genommen werden, die Rentenschuld durch Kündigung fällig zu stellen und die Zwangsvollstreckung in das Grundstück nur deshalb zu betreiben, um auf diese Weise das verliehene Kapital zurückzuerhalten. Die Rentenschuld sollte so dazu beitragen, den landwirtschaftlichen Grundbesitz zu erhalten. Ihrer Grundidee nach stellt die Rentenschuld demzufolge einen für den Gläubiger unkündbaren, für den Grundstückseigentümer dagegen jederzeit ablösbaren Rentenkredit dar.

## 2. Die zeitliche Begrenzung des Kündigungsausschlusses aus Gründen des Schuldnerschutzes

Bei der Beratung der Bestimmungen über die Rentenschuld war man sich bewusst, dass durch den Ausschluss des dem Gläubiger zustehenden Kündigungsrechts die Interessen des Grundeigentümers einseitig bevorzugt und gleichzeitig die Belange des Kapitalgebers übermäßig benachteiligt werden.<sup>65</sup> Von ihrem Grundgedanken her ist die Rentenschuld eine Kreditform, bei der der Gläubiger ein Kapital langfristig investiert, ohne den Zeitpunkt der Rückzahlung einseitig bestimmen zu können. Auch wenn das belastete Grundstück an Wert verliert, besteht für den Gläubiger keine Möglichkeit, sein Kapital vorzeitig zurückzuerhalten. Demgegenüber ermöglicht das Kündigungsrecht dem Eigentümer, den Zeitraum, während dessen er das aufgenommene Kapital nutzen will, seinen Bedürfnissen anzupassen und konjunkturelle Veränderungen auszunutzen. Durch das Recht zur jederzeitigen Kündigung ist er dazu in der Lage, bei sinkenden Zinsen die Rentenschuld abzulösen und sich zu günstigeren Bedingungen neu zu verschulden. Um die durch diese gesetzliche Ausgestaltung bedingten wirtschaftlichen Nachteile des Gläubigers zumindest teilweise auszugleichen und die Rentenschuld den Bedürfnissen der Praxis anzupassen, ermöglicht § 1202 II es dem Gläubiger, durch die Beschränkung des dem Eigentümer zustehenden Kündigungsrechts die Bedingungen, zu denen er sein Geld investiert, für einen bestimmten Zeitraum festzuschreiben und auf diese Weise während dieses Zeitraums von einem über dem Marktzins liegenden Zinssatz zu profitieren.<sup>66</sup> Durch die Zeitbestimmung des

---

<sup>62</sup>Mugdán, Materialien III, S. 907.

<sup>63</sup>Vgl. Nussbaum § 33 I.

<sup>64</sup>Nussbaum § 33 I.

<sup>65</sup>Vgl. Staud. - Wolfsteiner<sup>14</sup> vor § 1199, 3.

<sup>66</sup>Nussbaum § 33 III b.

§ 1202 II wird gleichzeitig sichergestellt, dass die Belange des Gläubigers höchstens für eine Dauer von 30 Jahren berücksichtigt werden können, und dass nach Ablauf dieser Frist wieder die für den Grundstückseigentümer wirtschaftlich vorteilhafte Situation der jederzeitigen Kündbarkeit der Rentenschuld eintritt.

Die Befristung des zum Nachteil des Grundstückseigentümers vereinbarten Kündigungsausschlusses in § 1202 II hat ihre Grundlage somit in der bei der Rentenschuld gegebenen besonderen Interessenlage der Parteien. In ihrer inhaltlichen Reichweite ist die Regelung des § 1202 II daher auf das Rentenschuldverhältnis beschränkt, eine verallgemeinerungsfähige Aussage kann auch dieser Bestimmung nicht entnommen werden.

## V. Der Normzweck der §§ 1954 IV, 2082 III

### 1. Der Regelungsgehalt der §§ 1954 IV, 2082 III

Die §§ 121 II, 124 III a. F. haben die Anfechtung einer Willenserklärung in den Fällen des Irrtums, § 119 I, II, der falschen Übermittlung, § 120, sowie der Täuschung oder Drohung, § 123 I, ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung 30 Jahre vergangen sind. Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ist die Anfechtungsfrist der §§ 121 II, 124 III a. F. auf 10 Jahre verkürzt worden.<sup>67</sup> In den §§ 1954 IV, 2082 III gilt die 30 – jährige Anfechtungsfrist dagegen unverändert fort. Nach diesen Vorschriften wird die Möglichkeit zur Anfechtung der Erklärung, dass eine Erbschaft angenommen oder ausgeschlagen wird sowie die zur Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen auf einen Zeitraum von 30 Jahren seit Abgabe der Erklärung bzw. dem Eintritt des Erbfalls begrenzt. Als Grundlage einer verallgemeinerungsfähigen Zeitschranke kommen die Vorschriften über die Anfechtungsfrist in Betracht, wenn festgestellt werden kann, dass das BGB den Fortbestand des Anfechtungsrechts in zeitlicher Hinsicht begrenzt, weil anzunehmen ist, dass sich der Willen eines Rechtssubjekts nach Ablauf von 30 Jahren abschwächt.<sup>68</sup> Es ist daher zu überprüfen, ob aus den Bestimmungen über die Anfechtungsfrist, ähnlich wie das in der Literatur im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Verjährung angenommen wird, die Aussage abgeleitet werden kann, dass ein rechtsgeschäftlicher Willen nach einem Zeitraum von 30 Jahren seine Wirksamkeit verliert.

### 2. Die Zeitgrenze als Mittel zur Beendigung eines Schwebezustands

Ebenso wie eine Anfechtung nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB setzt eine Anfechtung nach den §§ 1954 IV, 2082 III voraus, dass ein Anfechtungsgrund im Sinn der §§ 119 ff. gegeben ist, § 2078.<sup>69</sup> Nach den §§ 119 ff., 2078 lässt die Rechtsordnung die Anfechtung einer Willenserklärung zu, wenn entweder bei der Ingeltungsetzung durch Erklärung oder bei der Willensbildung ein Fehler unterlaufen ist. Im Normalfall der Vornahme einer rechtsgeschäftlichen Handlung sind der subjektive innere und der objektive Willen, der mit dem Wirksamwerden der Willenserklärung nach außen in Geltung gesetzt wird, identisch. In diesem Fall ist die durch Auslegung festgestellte Bedeutung der Willenserklärung genau die, die die Partei der Erklärung beilegen wollte und die ihrem inneren, psychologischen Willen entspricht. Die Anfechtungstatbestände der §§ 119 ff.,

<sup>67</sup>BGBI I 2001, S. 3138 ff.

<sup>68</sup>So Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 945.

<sup>69</sup>Palandt - Edenhofer § 1954, 1.

2078 betreffen demgegenüber eine Situation, in der der objektive Geltungsgehalt der Willenserklärung vom subjektiven Willen der Partei bzw. vom inneren Willen, den die Partei ohne das Vorliegen sachwidriger Einflüsse gehabt hätte, abweicht. Mit den in den §§ 119 ff., 2078 normierten Anfechtungstatbeständen trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass die vom Rechtssubjekt abgegebene Willenserklärung nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre mit dem Bedeutungsgehalt wirksam geworden ist, der sich nach objektiven Kriterien feststellen lässt. Durch das Anfechtungsrecht wird dem Erklärenden die Möglichkeit eröffnet, der ihn bindenden Willenserklärung, die seinem tatsächlichen oder fehlerfrei gebildeten inneren Willen nicht entspricht, nachträglich die Wirksamkeit zu nehmen, §§ 142 I, 1957 I. Der Zweck des Anfechtungsrechts besteht somit nicht darin, dem nicht wirksam gewordenen inneren Willen nachträglich Geltung zu verschaffen, sondern darin, ein von diesem Willen abweichendes Rechtsgeschäft aufzuheben. Aus Gründen der Rechtssicherheit gesteht die Rechtsordnung der an die Willenserklärung gebundenen Partei dieses Gestaltungsrecht nur für einen Zeitraum von 10 bzw. 30 Jahren seit dem Wirksamwerden der anfechtbaren Willenserklärung zu. Solange dem Anfechtungsberechtigten das Anfechtungsrecht zusteht, ist ein Schwebezustand gegeben, während dessen der Anfechtungsgegner sich nicht in vollem Umfang auf die Wirksamkeit der Willenserklärung verlassen kann. Denn durch die Ausübung des Anfechtungsrechts kann der Anfechtungsberechtigte jederzeit die Unwirksamkeit der fehlerhaften Erklärung herbeiführen. Diesem Zustand der Ungewissheit soll der Anfechtungsgegner nach dem Willen des Gesetzgebers längstens für die Dauer von 10 bzw. 30 Jahren ausgesetzt sein.<sup>70</sup>

Der Ablauf der in den §§ 121 II, 124 III, 1954 IV, 2082 III festgesetzten 10 – bzw. 30 – Jahres – Frist hat somit lediglich zur Folge, dass zum Nachteil des Anfechtungsberechtigten die Befugnis entfällt, eine einmal wirksam gewordene Willenserklärung nachträglich unwirksam werden zu lassen. Die Wirksamkeit der anfechtbaren Willenserklärung wird durch die §§ 121 II, 124 III, 1954 IV, 2082 III nicht beeinträchtigt. Vielmehr lässt sich diesen Bestimmungen im Umkehrschluss entnehmen, dass die einmal abgegebene Willenserklärung mit dem darin objektivierten Geschäftswillen auch nach Ablauf von 10 bzw. 30 Jahren als wirksames und bindendes Rechtsgeschäft fortbesteht, wenn das Anfechtungsrecht innerhalb dieses Zeitraums nicht ausgeübt worden ist. Eine Aussage des Inhalts, dass ein Rechtsgeschäft höchstens 30 Jahre lang wirksam sein kann, oder dass der rechtsgeschäftliche (objektive) Willen nach 10 bzw. 30 Jahren seine Geltungskraft verliert,<sup>71</sup> kann den §§ 121 II, 124 III, 1954 IV, 2082 III daher nicht entnommen werden. Ebenso wenig lassen diese Vorschriften die Schlussfolgerung zu, dass nach Ablauf einer bestimmten Frist der subjektive innere Willen, der nicht zum Gegenstand der – anfechtbaren – Willenserklärung geworden ist, seine Bedeutung verliert. Denn die §§ 121 II, 124 III, 1954 IV, 2082 III untersagen dem Anfechtungsberechtigten nur, eine rechtswirksame Erklärung nach Ablauf von 10 bzw. 30 Jahren aufzuheben, nicht aber, dass er seinem inneren Willen durch die Abgabe einer neuen, diesem Willen entsprechenden Erklärung rechtliche Geltung verschafft.

---

<sup>70</sup>Vgl. Mugdan, Materialien I, S. 833.

<sup>71</sup>Vgl. Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 945.

## VI. Ergebnis

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass es entgegen der in der Literatur vertretenen Ansicht nicht möglich ist, aus dem Normzweck der §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II, 544, 1202 II, 1954 IV, 2082 III einen allgemeinen Rechtssatz abzuleiten, nach dem eine unkündbare Bindung an ein Schuldverhältnis nach Ablauf von 30 Jahren allein aufgrund des bereits verstrichenen Zeitraums zu beenden ist. Während den §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II, 1954 IV, 2082 III bereits nicht die Aussage entnommen werden konnte, dass ein einmal begründetes Rechtsverhältnis überhaupt zeitlich begrenzt werden muss, stellen die §§ 544, 1202 II das Resultat einer auf den Einzelfall bezogenen Abwägung und Bewertung der jeweils gegebenen Parteiinteressen dar, nicht aber den Ausdruck eines allgemeinen, dem Schuldrecht immanenten Grundsatzes. Es ist daher grundsätzlich möglich, die in den §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II, 544, 1202 II, 1954 IV, 2082 III enthaltene Zeitschranke im Weg der Einzelanalogie auf vergleichbare Rechtsverhältnisse zu übertragen, nicht aber, diese Vorschriften als Grundlage eines generell geltenden Rechtssatzes anzusehen, nach dem die Begründung eines unkündbaren Schuldverhältnisses nur für längstens 30 Jahre zulässig ist.<sup>72</sup> Für den vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenen unkündbaren Treuhandvertrag hat dieses Ergebnis zur Konsequenz, dass die Laufzeit des Vertragsverhältnisses nicht durch eine allgemein im Schuldrecht geltende Zeitschranke auf einen Zeitraum von 30 Jahren, beginnend mit dem Wirksamwerden des Vertrags, begrenzt wird.

### **C. Die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 als Grundlage einer allgemeinen Zeitschranke**

#### I. Die im Schrifttum vertretenen Ansichten

Die Frage, ob ein Treuhandverhältnis in Anlehnung an die Vorschriften des Erbrechts zeitlich begrenzt werden muss, wenn es vom Erblasser zu dem Zweck abgeschlossen wurde, eine sich über mehrere Generationen erstreckende rechtsgeschäftliche Bindung der Erben zu begründen, ist in der Literatur von Friedmann und Coing angesprochen worden. In seinem Gutachten zum 36. Juristentag hat Friedmann einen Entwurf für eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses erarbeitet. Nach der Ansicht von Friedmann entspricht es dem Wesen der Treuhandschaft, dass ein Vermögen für längere Zeit rechtsgeschäftlich gebunden wird.<sup>73</sup> Aus diesem Grund hat er in Leitsatz 5 des Entwurfs bestimmt, dass das Treuhandverhältnis als unkündbares Rechtsverhältnis zustande kommt, wenn die Parteien eine anders lautende Regelung nicht ausdrücklich vereinbart haben. Um zu verhindern, dass Treuhandschaften mit "ewiger" Vertragsdauer errichtet werden können, war nach der Konzeption Friedmanns die Anordnung einer absoluten Zeitschranke erforderlich.<sup>74</sup> Leitsatz 55 I des Entwurfs sieht daher vor, dass ein Treuhandverhältnis 30 Jahre nach seiner Errichtung unwirksam wird. Dass langfristige Treuhandverhältnisse, die nicht ordentlich kündbar sind, vom Gesetz nicht zugelassen werden können, entnimmt Friedmann der Vorschrift des § 2109 I 1. In dieser Bestimmung kommt seiner Ansicht nach der für das

<sup>72</sup>Im Ergebnis ebenso: Gernhuber, Schuldverhältnis, § 16 I 5; Zimmermann, S. 54; Oetker, S. 253; Horn, Gutachten, S. 560; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 943; Bydlinski, Schranken, S. 31; Paschke, S. 138.

<sup>73</sup>Friedmann, Gutachten zum 36. DJT, Bd. I, S. 824.

<sup>74</sup>Friedmann, Gutachten zum 36. DJT, Bd. I, S. 1091.

gesamte BGB geltende Grundgedanke zum Ausdruck, dass die Schaffung endloser Rechtsverhältnisse verhindert werden soll.<sup>75</sup>

Auch Coing geht davon aus, dass den erbrechtlichen Vorschriften, die die 30 – Jahres – Grenze enthalten, ein verallgemeinerungsfähiger Rechtssatz zugrunde liegt. Er nimmt an, dass die Bestimmungen der §§ 2109 I und 2210 1, die die Einsetzung eines Nacherben und die Dauer der Testamentsvollstreckung nur während eines Zeitraums von 30 Jahren seit dem Erbfall für wirksam erklären, Ausdruck des allgemeingültigen Prinzips sind, dass ein Vermögen nicht länger als 30 Jahre gebunden werden kann. Eine analoge Anwendung der in diesen Vorschriften enthaltenen Zeitschranke auf das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis lehnt Coing jedoch ab, weil das Treuhandverhältnis, anders als die Anordnung einer Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung, nicht zu einer dinglichen, sondern nur zu einer obligatorischen Bindung der Erben führt. Die Treuhandenschaft könne deshalb eher mit dem Recht der Auflage verglichen werden, durch deren Anordnung ebenfalls nur eine obligatorische Verpflichtung der Erben entsteht und die das Gesetz in ihrer Wirksamkeit nicht zeitlich begrenzt.<sup>76</sup>

Mathews lässt die Frage, ob ein langfristiges oder mit unbefristeter Dauer abgeschlossenes Treuhandverhältnis zeitlich begrenzt werden muss, offen. Bei einem unbefristeten Treuhandverhältnis, bei dem dem Treugeber das Recht zur einseitigen Vertragsbeendigung nicht zusteht, sieht er die Gefahr einer Enteignung oder Entmündigung des Treugebers als gegeben. Auf das Problem, ob diese Verträge einer generellen Zeitschranke unterworfen werden sollen, geht Mathews nicht näher ein, da er annimmt, dass dem Treugeber bei der unbefristeten rechtsgeschäftlichen Treuhand stets ein Recht zur ordentlichen Kündigung des Treuhandvertrags zusteht.<sup>77</sup>

Nach Großfeld/Gersch sind die §§ 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, nach dem der Erblasser seine Erben höchstens für eine Dauer von 30 Jahren an seinen Willen binden kann. Den §§ 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 sei zu entnehmen, dass der Willen des Erblassers 30 Jahre nach seinem Wirksamwerden aufgrund der gesetzlichen Anordnung die Geltungskraft verliere. Da ein Rechtsgeschäft, durch das der Erblasser sich selbst und die nachfolgende Generation belaste, für die Erben in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht die gleichen Auswirkungen habe wie eine Verfügung von Todes wegen, vertreten Großfeld/Gersch die Ansicht, dass die 30 – Jahres – Grenze auch für die vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gelten müsse, die wie der Treuhandvertrag dazu bestimmt sind, den Tod des Erblassers zu überdauern.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup>Vgl. den Verweis Friedmanns, S. 1091, auf Maitland, Grünhuts Zeitschrift Bd. 32, S. 20 Anm. 20: "Ein Engländer würde sagen, dass § 2109 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches die deutsche Norm gegen endlose Rechtszustände enthält...."

<sup>76</sup>Coing, Treuhand, S. 194.

<sup>77</sup>Liebich/Mathews, S. 61.

<sup>78</sup>Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 945 f. Herzog, S. 54 und Trepte, Brauwelt 1970, 1743, 1745, ziehen die §§ 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 als Beleg für ihre Annahme heran, dass eine schuldrechtliche Bindung generell nach 30 Jahren zu beenden ist, weil die Rechtsordnung dem Anspruchsinhaber nach Ablauf dieser Frist wegen Fehlens eines rechtlich anerkannten Interesses den Rechtsschutz versage.

## II. Der Inhalt des den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 zugrunde liegenden Rechtssatzes

### 1. Die 30 – Jahres – Frist als für das gesamte BGB geltendes Prinzip

Als Grundlage eines allgemeinen Grundsatzes des Inhalts, dass Rechtsgeschäfte von "ewiger" Dauer nicht zugelassen werden können, oder dass ein Vermögen nicht länger als 30 Jahre rechtsgeschäftlich gebunden werden kann, kommen die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 nicht in Betracht. Ein dahingehender, für das gesamte BGB geltender Grundsatz ließe sich den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 nur dann entnehmen, wenn auch den anderen, eine 30 – Jahres – Schranke enthaltenden Vorschriften des BGB, ein vergleichbarer Rechtsgedanke zugrunde liegen würde. Für die Bestimmungen der §§ 194 I, 199 I, IV, 202 II, 544 I, 1202 II, 1954 IV, 2082 III ist jedoch oben festgestellt worden, dass die zeitliche Begrenzung von 30 Jahren nicht aufgrund von verallgemeinerungsfähigen Erwägungen angeordnet worden ist, sondern dass der Gesetzgeber mit diesen Vorschriften lediglich den besonderen Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalls Rechnung getragen hat.<sup>79</sup> Eine analoge Anwendung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist auf den vom Treugeber zu Lebzeiten abgeschlossenen Treuhandvertrag mit der Folge, dass dieser Vertrag 30 Jahre nach seinem Abschluss unwirksam wird, ist daher nicht möglich.

### 2. Die herrschende Meinung im Schrifttum

Die herrschende Meinung im Schrifttum geht davon aus, dass die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens darstellen, nach dem die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung grundsätzlich auf einen Zeitraum von 30 Jahren seit dem Erbfall begrenzt ist.<sup>80</sup> Es stellt sich die Frage, ob der Rechtssatz, den die herrschende Meinung aus den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 ableitet, in seiner Geltung auf die Anordnung einer Verfügung von Todes wegen beschränkt ist oder ob er auf ein Rechtsgeschäft übertragen werden kann, das der Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossen hat und das, ähnlich wie eine Verfügung von Todes wegen, darauf gerichtet ist, seine Erben für einen bestimmten Zeitraum nach seinem Tod an seinen Willen zu binden. Die analoge Anwendung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist auf den vom Treugeber abgeschlossenen Treuhandvertrag ist möglich, wenn festgestellt werden kann, dass den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 ein verallgemeinerungsfähiger Regelungsgehalt zugrunde liegt und dieser Regelungsgehalt entsprechend der "ratio legis" der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 auch bei einem Rechtsgeschäft Geltung beansprucht, das der Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossen hat und das darauf abzielt, seinen Tod zu überdauern.<sup>81</sup> Soweit eine analoge Anwendung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 auf den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag bejaht werden kann, hat diese zur Folge, dass der Treuhandvertrag in seiner Laufzeit auf einen Zeitraum von 30 Jahren seit dem Erbfall beschränkt wird. Im Folgenden soll zunächst überprüft werden, ob in den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 tatsächlich ein allgemeines Rechtsprinzip zum

---

<sup>79</sup>Vgl. oben Vierter Teil.

<sup>80</sup>Palandt - Edenhofer § 2109, 1; MK - Grunsky<sup>4</sup> § 2109, 1; RGRK - Johannsen<sup>12</sup> § 2109, 1; Soergel - Har-der/Wegmann<sup>13</sup> § 2109, 1; Staud. - Reimann<sup>14</sup> § 2210, 5; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 939; Kegel, Zur Schenkung von Todes wegen, S. 35; ders., FS Lange, S. 928; Brox, Erbrecht, Rz 354; Stohal I, S. 212; Dietz, S. 205, 255; Kipp/Coing § 48 I, § 116 IV 2; Weckbach, S. 44;

<sup>81</sup>Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 204 f.

Ausdruck kommt und falls ja, welcher Aussagegehalt diesem Rechtsgrundsatz zukommt. Im Anschluss wird auf die Frage eingegangen, ob der Regelungsgehalt des gesetzlichen Prinzips dessen Ausdehnung auf den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag erforderlich macht.

3. Die Begrenzung der Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung auf einen Zeitraum von 30 Jahren seit dem Erbfall

a) Der Regelungsgehalt der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1

Sämtlichen erbrechtlichen Vorschriften, die eine 30 – Jahres – Frist enthalten, ist gemeinsam, dass sie einem Rechtsgeschäft von Todes wegen 30 Jahre nach dem Erbfall die Wirksamkeit nehmen. § 2044 II 1 schränkt die Wirksamkeit eines vom Erblasser angeordneten Verbots der Nachlassteilung auf einen Zeitraum von 30 Jahren seit dem Erbfall ein. § 2109 I 1 ordnet an, dass die Einsetzung eines Nacherben grundsätzlich 30 Jahre nach dem Erbfall unwirksam wird, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Ein Vermächtnis, das vom Erblasser aufschiebend bedingt oder aufschiebend befristet angeordnet worden ist, verliert nach § 2162 I mit dem Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall seine Wirksamkeit, wenn die vom Erblasser bestimmte Bedingung oder der von ihm festgesetzte Termin nicht vorher eingetreten ist. Schließlich begrenzt § 2210 1 die Höchstdauer einer vom Erblasser verfügten Testamentsvollstreckung auf den Zeitraum von 30 Jahren seit dem Erbfall.

Ein für alle letztwilligen Verfügungen geltendes, allgemeines Rechtsprinzip stellt der Grundsatz der herrschenden Meinung, nach dem eine Verfügung von Todes wegen längstens für einen Zeitraum von 30 Jahren angeordnet werden kann, dann dar, wenn in diesem Grundsatz eine Wertentscheidung zum Ausdruck kommt, die für das gesamte Erbrecht Wirksamkeit beansprucht. Die Ableitung eines allgemeinen Grundsatzes aus den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 setzt voraus, dass die gemeinsame "ratio legis" dieser Bestimmungen nicht nur in den geregelten Einzelfällen, sondern immer dann zutrifft, wenn bestimmte, in allgemeiner Weise zu benennende Voraussetzungen vorliegen, wie zum Beispiel die, dass durch den Erblasser eine Verfügung von Todes wegen angeordnet worden ist.<sup>82</sup> Das ist dann der Fall, wenn festgestellt werden kann, dass das Gesetz an das Vorliegen eines bestimmten Tatbestands, wie der Anordnung einer Verfügung von Todes wegen, stets den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge, wie die zeitliche Befristung von 30 Jahren, knüpft und weiterhin davon auszugehen ist, dass die im Gesetz genannte Rechtsfolge entsprechend dem Sinn und Zweck sämtlicher Einzelvorschriften immer dann zur Anwendung kommen soll, wenn das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. Als allgemeines Rechtsprinzip kann der so formulierte Grundsatz nur bezeichnet werden, wenn er sich widerspruchlos in den Teil der Rechtsordnung einfügt, für den er Geltung beansprucht. Dass mehreren Einzelvorschriften ein vergleichbarer Regelungsgehalt zugrunde liegt, genügt daher nicht, um aus diesen Vorschriften eine allgemeine Rechtsidee abzuleiten. Hinzukommen muss weiterhin der positive Nachweis, dass die Geltung des Prinzips, das in mehreren Einzelvorschriften zum Ausdruck kommt, nicht durch entgegenstehende Wertungen des positiven Rechts ausgeschlossen wird, mit der Folge, dass eine Verallgemeinerung des Rechtsgrundsatzes nicht möglich ist und dieser Geltung nur bei den im Gesetz enthaltenen Einzelvorschriften beansprucht.<sup>83</sup> Im Erbrecht könnten die Vorschriften, die es

---

<sup>82</sup>Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 204 f.

<sup>83</sup>Canaris, Feststellung, S. 95 f.



dem Erblasser erlauben, eine Verfügung von Todes wegen mit einer längeren Wirksamkeitsdauer als 30 Jahren anzuordnen, ein solches gegenläufiges Rechtsprinzip darstellen, das die Verallgemeinerung der in den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 enthaltenen 30 – Jahres – Frist auf sämtliche Verfügungen von Todes wegen verbietet. Eine die 30 – Jahres – Frist überdauernde Bindung der Erben kann der Erblasser zum einen begründen, wenn er von den im Gesetz enthaltenen Ausnahmenvorschriften Gebrauch macht, die es ihm erlauben, den Zeitpunkt des Wirksamwerdens oder die Wirksamkeitsdauer der letztwilligen Verfügung an ein Ereignis zu knüpfen, das nach dem Ablauf der 30 – Jahres – Frist eintritt. Zum anderen ermöglicht das Rechtsinstitut der Auflage es dem Erblasser, eine letztwillige Verfügung mit zeitlich unbegrenzter Dauer anzuordnen. Im Anschluss sind daher die Vorschriften, die die Anordnung einer Verfügung von Todes wegen für einen längeren Zeitraum als 30 Jahre zulassen sowie das Rechtsinstitut der Auflage daraufhin zu überprüfen, ob diese Vorschriften von ihrem Sinn und Zweck her einer allgemeinen Geltung der 30 – Jahres – Frist für das gesamte Erbrecht entgegenstehen.

b) Die eine Überschreitung der 30 – Jahres – Frist zulassenden Bestimmungen

*aa) Die im Erbrecht zugelassenen Ausnahmen von der 30 – Jahres – Frist*

In den Bestimmungen, die eine Überschreitung der 30 – Jahres – Frist zulassen, kommt die Tendenz des Gesetzes zum Ausdruck, die Wirksamkeitsdauer einer letztwilligen Verfügung auf die Lebenszeit einer Person zu beschränken, die zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt hat. Bei einer letztwilligen Verfügung, die, wie die Anordnung der Nacherbfolge oder die eines Vermächnisses, die Zuwendung eines Vermögenswerts zum Gegenstand hat, die nicht zeitgleich mit dem Erbfall erfolgen muss, macht das Gesetz den Zeitpunkt, bis zu dem diese Verfügung wirksam geworden sein muss, abgesehen von der 30 – Jahres – Frist, vom Eintritt eines Ereignisses in einer Person abhängig, die zur Zeit des Erbfalls lebt. Als Zeitpunkt für den Eintritt der Nacherbfolge ist nach § 2109 I 2 Nr. 1 die Bezugnahme auf ein Ereignis möglich, das in der Person des Vor- oder Nacherben eintritt, sofern diese zur Zeit des Erbfalls bereits leben. Wenn für die Bestimmung des Nacherbfalles die Voraussetzungen des § 2109 I 2 Nr. 1 gewahrt sind,<sup>84</sup> kann die Anordnung einer weiteren Nacherbfolge außerdem davon abhängig gemacht werden, dass dem Vor- oder Nacherben ein Geschwisterkind geboren wird, § 2109 I 2 Nr. 2. Eine natürliche Zeitgrenze für die Wirksamkeit der Nacherbeneinsetzung bildet in diesen Fällen die Lebensdauer des Vor- oder Nacherben sowie die seiner Eltern.<sup>85</sup> In Anlehnung an die Bestimmung des § 2109 hebt § 2163 I Nr. 1 die 30 – Jahres – Grenze des § 2162 I in dem Fall auf, dass der Eintritt eines Vermächnisses davon abhängig gemacht wird, dass in der Person des Beschwerten oder Bedachten ein bestimmtes Ereignis eintritt und diese Person zur Zeit des Erbfalls lebt. Eine weitere Durchbrechung der 30 – Jahres – Frist lässt das Gesetz dann zu, wenn ein wirksam eingesetzter Erbe, Nacherbe oder Vermächtnisnehmer mit einem Vermächtnis zugunsten eines Geschwisterkinds belastet wird, § 2163 I Nr. 2. Da als Ereignis, das in einer Person eintritt, auch das Versterben dieser Person gilt,<sup>86</sup> kann für das Wirksamwerden der letztwilligen Verfügung unmittelbar auf die Lebenserwartung einer zur Zeit des Erbfalls lebenden Person abgestellt werden. In den Fällen der §§ 2109 I 2 Nr. 2 und § 2163 I Nr. 2 stellt die Lebensdauer einer Person, die zur Zeit des Erbfalls gelebt hat, eine mittelbare Grenze für die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung dar, da der

<sup>84</sup>Staud. - Avenarius<sup>14</sup> § 2109, 9.

<sup>85</sup>MK - Grunsky<sup>4</sup> § 2109, 5.

<sup>86</sup>Staud. - Avenarius<sup>14</sup> § 2109, 8.

Erblasser die Zuwendung eines Vermögensvorteils nach diesen Bestimmungen davon abhängig machen kann, dass dieser Person ein Nachkömmling geboren wird.

Auch bei einer Verfügung, deren Rechtsfolgen, wie bei der Anordnung eines Erteilungsverbots oder einer Testamentsvollstreckung, mit dem Zeitpunkt des Erbfalls eintreten, lässt das Gesetz die Fortdauer der Wirksamkeit grundsätzlich längstens bis zum Tod einer Person zu, die zur Zeit des Erbfalls gelebt hat, §§ 2044 II 2, 2210 2. Eine Überschreitung der 30 – Jahres – Frist erlaubt das Gesetz bei der Anordnung eines Erteilungsverbots insoweit, als die Nachlassteilung bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person eines Miterben oder bei der Verfügung eines Vermächnisses oder einer Nacherbfolge bis zum Anfall des Vermächnisses oder dem Eintritt der Nacherbfolge untersagt werden kann, § 2044 II 2. Bei der Testamentsvollstreckung wird die Durchbrechung der 30 – Jahres – Frist zugelassen, wenn die Testamentsvollstreckung mit dem Tod des Erben oder des Testamentsvollstreckers oder mit dem Eintritt eines anderen Ereignisses in einer dieser Personen endet, § 2210 2.<sup>87</sup> Hat der Erblasser angeordnet, dass der Testamentsvollstrecker berechtigt sein soll, einen Nachfolger zu ernennen, § 2199 II, lässt die herrschende Meinung die Verwaltungsvollstreckung längstens bis zum Tod eines zur Zeit des Erbfalls bereits lebenden Testamentsvollstreckers zu.<sup>88</sup>

In den Ausnahmebestimmungen, die das Erbrecht neben der 30 – Jahres – Grenze enthält, erlaubt es das Gesetz somit, dass eine vom Erblasser angeordnete letztwillige Verfügung während der Lebenszeit der ersten, dem Erblasser nachfolgenden Generation ihre Wirksamkeit behält oder erhält. Der Gedanke, dass durch die Anordnung einer letztwilligen Verfügung nur eine Erbengeneration gebunden werden soll, liegt auch der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist zugrunde. Denn bei Erlass des BGB ging man allgemein davon aus, dass die Dauer eines Menschenlebens mit einem Zeitraum von 30 Jahren gleichgesetzt werden kann.<sup>89</sup> Die Ausnahmebestimmungen, in denen das Erbrecht eine Durchbrechung der 30 – Jahres – Frist zulässt, stellen somit lediglich eine Modifizierung der erbrechtlichen Zeitgrenze dar. Das allgemeine Prinzip, das die herrschende Meinung aus den §§ 2044 II 3, 2109 II, 2163 II, 2210 3 ableitet, wird durch diese Bestimmungen nicht in Frage gestellt.

#### *bb) Die Vorschriften über die Auflage*

##### (1) Die zeitliche Unbegrenztheit der Auflage

Die Vorschriften über die Auflage, §§ 2192 ff., enthalten keine zeitliche Begrenzung des Erblasserwillens. Mit der Auflage wollte der Gesetzgeber dem Erblasser ein Rechtsinstitut zur Verfügung stellen, das es dem Erblasser ermöglichen sollte, eine für die Erben "ewige" Bindung an seinen Willen zu begründen.<sup>90</sup> Der Erblasser kann mit Hilfe einer Auflage zum Beispiel anordnen, dass aus einem bestimmten Vermögenswert regelmäßig wiederkeh-

<sup>87</sup> Ausnahmsweise kann der Erblasser bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung die Höchstdauer von 30 Jahren überschreiten, wenn er den Testamentsvollstrecker zur Ausführung bestimmter letztwilliger Verfügungen einsetzt. Das Amt des Testamentsvollstreckers endet in diesem Fall ohne das Eingreifen einer Zeitgrenze mit der Erfüllung der dem Testamentsvollstrecker übertragenen Aufgaben, MK - Zimmermann<sup>4</sup> § 2210, 3.

<sup>88</sup> Staud. - Reimann<sup>14</sup> § 2210, 11; MK - Zimmermann<sup>4</sup> § 2210, 6; Soergel - Damrau<sup>13</sup> § 2210, 2; Palandt - Edenhofer § 2210, 3; Kipp/Coing § 69 III 2.

<sup>89</sup> Mugdan, Materialien I, S. 515; Planck - Flad § 2109 Anm. 2; RGRK - Johannsen<sup>12</sup> § 2109, 1; Staud. - Avenarius<sup>14</sup> § 2109, 5; Soergel - Harder<sup>12</sup> § 2109, 1; Kretzschmar, S. 119.

<sup>90</sup> Mugdan, Materialien V, S. 638 f.

rende Leistungen zu erbringen sind. Wenn der Erblasser die Dauer der Verpflichtung, die mit dem Wirksamwerden der Auflage entsteht, nicht befristet hat, besteht diese in zeitlicher Hinsicht unbegrenzt fort. Hat der Erblasser eine natürliche Person mit einer Auflage beschwert, deren Erfüllung die Lebenszeit des Beschwerten überdauern soll, geht die Auflageverpflichtung nach § 1922 wie jede andere Verbindlichkeit auf die Erben des Beschwerten über.<sup>91</sup> Ist einer juristischen Person anlässlich einer Zuwendung eine unbefristete Auflageverpflichtung auferlegt worden, bleibt diese wirksam, solange die juristische Person existiert. Einer zeitlichen Beschränkung ist die Auflage nur mittelbar durch den Umstand unterworfen, dass der Auflagebeschwerte nur so lange an die Auflage gebunden ist, als er noch Vorteile aus der erblasserischen Verfügung zieht. Wenn die Erfüllungskosten den Wert der Zuwendung übersteigen, kann der Beschwerte dem Anspruch auf Vollziehung der Auflage die Überschwerungseinrede der §§ 1992, 2187 I entgegenhalten. Nach § 1992 ist der Erbe berechtigt, zuerst seine und die Forderungen der übrigen Nachlassgläubiger zu befriedigen. Nur den verbleibenden Rest muss er nach § 1991 IV an den Auflagebegünstigten herausgeben. Da der Beschwerte sich dem Vollziehungsanspruch widersetzen kann, sobald das von ihm in Erfüllung der Auflage Geleistete die Höhe der Zuwendung erreicht hat, bildet lediglich die Höhe der Zuwendung eine faktische Grenze für die dem erbrechtlich Begünstigten auferlegte Beschwerung.<sup>92</sup>

## (2) Der Ausnahmecharakter der Auflage

Als Grundlage eines gegenläufigen Prinzips, das es verbietet, der erbrechtlichen 30 – Jahres – Schranke eine allgemeine Geltung zuzusprechen, kommen die Vorschriften über die Auflage dann nicht in Betracht, wenn sich feststellen lässt, dass dem Rechtsinstitut der Auflage, verglichen mit den anderen Verfügungen von Todes wegen, die das BGB dem Erblasser zur Verfügung stellt, um ihm die Einflussnahme auf seinen Nachlass zu ermöglichen, ein gewisser Ausnahmecharakter zukommt. Ein solcher Unterschied der Auflage im Verhältnis zu den anderen letztwilligen Verfügungen könnte in der Art und Weise bestehen, in der der Gesetzgeber bei der Auflage sichergestellt hat, dass der letzte Wille des Erblassers nach seinem Tod von den Erben verwirklicht wird.

### *(a) Die Bindungswirkung der Verfügung von Todes wegen*

Wie der in einer Verfügung von Todes wegen zum Ausdruck gekommene Erblasserwille durchgesetzt werden soll, bestimmt das Gesetz nicht einheitlich, sondern für jede letztwillige Verfügung unterschiedlich. Betrachtet man die gesetzlich zugelassenen Verfügungen von Todes wegen, lässt sich feststellen, dass sich das Gesetz zweier Wirkungsweisen bedient, mit deren Hilfe es dem Erblasser eine Einwirkung auf sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tod erlaubt. Entweder ordnet das Gesetz eine im Augenblick des Erbfalls eintretende Rechtsänderung mit dinglicher Wirkung an, die darin besteht, dass den Erben

---

<sup>91</sup>Die Verpflichtung aus der Auflage ist passiv vererblich, vgl. Staud. - Rawert<sup>13</sup> vor § 80, 166; Staud. - Otte<sup>14</sup> § 2192, 21; Westebbe, S. 80; Ebersbach, S. 181 f.; Uffer - Tobler, S. 101 f. Mit dem Tod des Beschwerten erlischt die Auflage nur dann, wenn diese inhaltlich an dessen Person gebunden ist, d. h. nur vom Beschwerten selbst erfüllt werden kann, vgl. Uffer - Tobler, S. 101 f. Eine höchstpersönliche Verpflichtung liegt aber dann, wenn eine Person dauerhaft ein Vermögen zugunsten eines bestimmten Zwecks einsetzen soll, nicht vor, A. A. MK - Reuter<sup>4</sup> vor § 80, 93, der für den Fall der fiduziarischen Stiftung, die er als eine unter einer Auflage vorgenommene Schenkung beurteilt, annimmt, dass es sich bei der Auflage, das Vermögen in einer bestimmten Weise zu verwalten, stets um eine dem Treuhänder obliegende höchstpersönliche und damit unvererbliche Verpflichtung handelt.

<sup>92</sup>Vgl. Uffer - Tobler, S. 102 f.

die Befugnis, über Nachlassrechte zu verfügen oder den Nachlass zu verpflichten, vollständig oder zum Teil entzogen wird, oder es erlegt den Erben eine schuldrechtliche Pflicht auf, deren Nichteinhaltung mit Sanktionen bewehrt ist. An der Vornahme eines dem Erblasserwillen widersprechenden Rechtsgeschäfts sind die Erben im ersten Fall gehindert, weil ihnen die dazu notwendige Rechtsmacht mit dinglicher Wirkung kraft Gesetzes entzogen worden ist. Im zweiten Fall entsteht ein Verfügungshindernis tatsächlicher Art, weil die Erben sich dann, wenn sie sich die Erfüllung einer gegen sie gerichteten Verpflichtung unmöglich machen, einem Schadenersatzanspruch aussetzen. Zwar ist es den Erben möglich, die ihnen durch die Anordnung des Erblassers auferlegten Verfügungsbeschränkungen rechtlicher oder tatsächlicher Art zu umgehen. Da eine solches Rechtsgeschäft jedoch voraussetzt, dass sämtliche der am Nachlass beteiligten Personen dem dem Erblasserwillen entgegenstehenden Vorgehen zugestimmt haben, räumt das Gesetz grundsätzlich jedem Erben die Befugnis ein, den Abschluss eines solchen Rechtsgeschäfts durch die Versagung seiner Zustimmung zu verhindern.

Des Mittels der dinglichen Rechtsbeschränkung bedient sich das Gesetz bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung und der Nacherbschaft. Der Erbe, der mit einer Testamentsvollstreckung beschwert ist, kann über die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gegenstände nicht wirksam verfügen, § 2211. Die trotz dieses Verfügungsverbots vorgenommenen Verfügungen des Erben sind gegenüber jedermann absolut unwirksam.<sup>93</sup> Unzulässig sind ebenso Verfügungen, die von Eigengläubigern des Erben im Weg der Zwangsvollstreckung gegen Nachlassgegenstände bewirkt werden, die der Testamentsvollstreckung unterliegen, § 2214. Darüber hinaus ist dem Erben auch die Befugnis, den Nachlass zu verpflichten, mit dinglicher Wirkung entzogen. Durch Verpflichtungsgeschäfte des Erben hinsichtlich der vom Testamentsvollstrecker verwalteten Gegenstände entstehen keine Nachlassverbindlichkeiten, der Erbe haftet dafür vielmehr mit seinem Eigenvermögen.<sup>94</sup>

Im Unterschied zur Testamentsvollstreckung werden die Handlungsbefugnisse des Erben bei der Nacherbschaft nicht in umfassender Weise, sondern nur teilweise eingeschränkt. Um dem Nacherben den Nachlass seinem Wert nach zu erhalten, erlegt das Gesetz dem Vorerben einzelne Verfügungsbeschränkungen auf. Eine Verfügung über Grundstücke, Grundstücksrechte oder eine unentgeltlich getroffene Verfügung des Vorerben ist bei Eintritt des Nacherbfalls absolut unwirksam, § 2113 I, II. Zur Entgegennahme von Zahlungen, die auf die in § 2114 1 genannten Grundstücksrechte geleistet werden, ist der Vorerbe nicht empfangszuständig.<sup>95</sup> Den dem Erben in § 2113 untersagten Verfügungen stehen Zwangsvollstreckungen gleich, die zugunsten der Gläubiger des Vorerben in den Nachlass vorgenommen werden, § 2115. Die rechtliche Wirksamkeit dieser Maßnahmen ist wie bei § 2113 durch den Eintritt des Nacherbfalls auflösend bedingt, soweit durch die Zwangsvollstreckung in Nachlassgegenstände Rechte des Nacherben beeinträchtigt werden.<sup>96</sup> Eine weitere Rechtsbeschränkung des Vorerben besteht darin, dass er den Nachlass nur verpflichten kann, wenn es sich dabei um Verbindlichkeiten handelt, die im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung eingegangen werden.<sup>97</sup> Nimmt der Vorerbe ein Rechtsgeschäft, zu dem er rechtlich nicht befugt ist, ohne die Zustimmung des Nacherben vor,

---

<sup>93</sup>RGZ 87, 432, 433; Staud. - Reimann<sup>14</sup> § 2211, 2; Kipp/Coing § 70, I. Auch Verfügungsgeschäfte, die sich gegen den Nachlass richten, können gegenüber dem Erben nicht wirksam vorgenommen werden.

<sup>94</sup>Staud. - Reimann<sup>14</sup> § 2211, 17; Kipp/Coing § 70 III.

<sup>95</sup>Der Vorerbe ist insoweit als Nichtberechtigter gemäß § 362 II anzusehen, BGH FamRZ 70, 192, 194.

<sup>96</sup>Soergel - Harder/Wegmann<sup>13</sup> § 2115, 9.

<sup>97</sup>BGHZ 32, 60, 64; Staud. - Avenarius<sup>14</sup> § 2112, 20.

haftet er dem Nacherben gegenüber gemäß § 2130 I auf Schadenersatz, soweit der Wert der Erbschaft durch dieses Rechtsgeschäft hinter dem Wert zurückbleibt, den die Erbschaft bei ordnungsgemäßer Verwaltung haben würde.<sup>98</sup>

Beim Vermächtnis erfolgt die Durchsetzung des letzten Willens des Erblassers dadurch, dass der Bedachte mit dem Erbfall einen gegen den Beschwerben gerichteten Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstands erhält, § 2174. Der Vermächtnisnehmer kann seinen Anspruch im Klageweg durchsetzen, wenn der Beschwerde das Vermächtnis nicht erfüllt. Wenn sich der Beschwerde die Erfüllung des Vermächtnisses schuldhaft unmöglich macht, haftet er dem Begünstigten gemäß den §§ 280, 283 auf Schadenersatz.<sup>99</sup> Vereitelt der Beschwerde den Vermächtnisanspruch in Kenntnis seiner Verpflichtung, kann auch ein Anspruch aus § 826 in Betracht kommen.

Ähnlich wie das Vermächtnis begründet auch das Erteilungsverbot nur eine schuldrechtliche Verpflichtung der Erben.<sup>100</sup> Sofern ein Miterbe mit der von den anderen Erben angestrebten Nachlassauseinandersetzung nicht einverstanden ist, kann er das Teilungsverbot durchsetzen, indem er gegen seine Miterben Klage auf Unterlassung der Auseinandersetzung erhebt oder eine einstweilige Verfügung erwirkt. In der gerichtlichen Entscheidung können die Miterben durch Festsetzung von Ordnungsgeld oder Ordnungshaft gemäß § 890 ZPO zur Unterlassung der Auseinandersetzung verurteilt werden. Umgekehrt muss eine Klage der Miterben, die den Nachlass teilen wollen, als unbegründet abgewiesen werden, wenn ein Erbe der Nachlassenteilung widerspricht. Von diesen Rechten wird der Miterbe immer dann Gebrauch machen, wenn er mit der von den anderen Erben betriebenen Nachlassauseinandersetzung nicht einverstanden ist, weil der Zusammenhalt des Nachlasses für ihn selbst vorteilhafter ist.

Bei sämtlichen Verfügungen von Todes wegen wird somit durch das im eigenen Interesse erfolgende Handeln einer durch die letztwillige Verfügung begünstigten Person sichergestellt, dass der Erblasserwillen gegebenenfalls auch gegen den Willen der Mehrheit der Erben vollzogen werden kann. Das Gesetz geht davon aus, dass der durch eine letztwillige Verfügung Begünstigte ein eigenes Interesse am Erhalt des ihm versprochenen Vermögensvorteils hat. Dieses Interesse macht es sich zunutze, um den Willen des Erblassers zu verwirklichen. Indem es dem vom Erblasser Begünstigten die Möglichkeit einräumt, einer über einen Nachlassgegenstand vorgenommenen Verfügung durch die Versagung seiner Zustimmung die Wirksamkeit zu nehmen oder diesem einen auf eine bestimmte Leistung gerichteten Anspruch zugesteht, erreicht es, dass der Begünstigte mit der Durchsetzung seines eigenen, auf Erhalt des Vermögensvorteils gerichteten Willens, zugleich den inhaltsgleichen Willen des Erblassers realisiert. Ein für die materielle Verfügung von Todes wegen charakteristisches Merkmal kann daher darin gesehen werden, dass die Rechtsordnung dem durch die letztwillige Anordnung in wirtschaftlicher Hinsicht Begünstigten Sanktionsmittel zur Verfügung stellt, die es diesem ermöglichen, den letzten Willen des Erblassers im eigenen Interesse durchzusetzen.

---

<sup>98</sup>Soergel - Harder/Wegmann<sup>13</sup> § 2130, 4; Kipp/Coing § 50 III 2 b.

<sup>99</sup>BGH NJW 84, 2570, 2571; Soergel - Wolf<sup>13</sup> § 2174, 11.

<sup>100</sup>Lange/Kuchinke § 44 II 3; Kipp/Coing § 116 IV 3 c; Strohal Bd. II § 65 Anm. 7 b.

## *(b) Die Bindungswirkung der Auflage*

Während das Gesetz als Folge einer letztwilligen Verfügung grundsätzlich zum Nachteil der Erben eine Verfügungsbeschränkung rechtlicher oder tatsächlicher Art eintreten lässt, durch die der Vollzug des Erblasserwillens gewährleistet wird, bietet das Rechtsinstitut der Auflage keine vergleichbare Garantie für die Verwirklichung des vom Erblasser geäußerten Willens. Durch die Anordnung einer Auflage entsteht lediglich eine schuldrechtliche Bindung, bei der die Entscheidung darüber, ob der Willen des Erblassers vollzogen werden soll oder nicht, weitgehend dem Belieben des mit der Auflage Beschwerten und dem Vollziehungsberechtigten im Sinn von § 2194 überlassen wird.

Dass mit Hilfe der Auflage nur eine verhältnismäßig schwache Bindung an den Erblasserwillen begründet werden kann, hat seinen Grund vor allem in dem Umstand, dass die Auflage zwar zu einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Beschwerten führt, dem durch die Auflage Begünstigten jedoch kein Anspruch auf eine bestimmte Leistung eingeräumt wird. Das Fehlen eines Leistungsanspruchs erklärt sich aus der Rechtsnatur der Auflage. Mit dem Rechtsinstitut der Auflage wollte der Gesetzgeber dem Erblasser die Möglichkeit eröffnen, Anordnungen zu treffen, die niemanden begünstigen, sondern lediglich dem Beschwerten bestimmte Verpflichtungen auferlegen. Von ihrer Struktur her ist die Auflage daher in erster Linie zur Verwirklichung überpersönlicher Zwecke geeignet, die niemandem zugute kommen, indem sie es dem Erblasser erlaubt, in rechtlich wirksamer Weise das Verhalten der von ihm beschwerten Personen während eines längeren Zeitraums zu beeinflussen.<sup>101</sup> Auf diese Weise gestattet es die Auflage dem Erblasser, dem Beschwerten Leistungen aufzuerlegen, die er sonst nicht anordnen könnte. Da die Anordnung der Auflage nicht voraussetzt, dass ein Begünstigter überhaupt vorhanden ist,<sup>102</sup> wird durch die Auflage lediglich eine Verpflichtung geschaffen, ohne dass gleichzeitig eine Berechtigung des wirtschaftlich an der Auflage Interessierten entsteht. Dem inhaltlich weiten Anwendungsbereich der Auflage steht somit der Nachteil gegenüber, dass der durch die Auflage wirtschaftlich Begünstigte nicht selbst die Vollziehung der Auflage verlangen kann. Der Begünstigte kann den mit der Auflage Beschwerten weder unmittelbar auf die Erfüllung der vom Erblasser bestimmten Leistung in Anspruch nehmen, noch kann er die Zahlung von Schadenersatz verlangen, wenn die Auflageverpflichtung nicht erfüllt wird.<sup>103</sup>

Dieses Defizit wird durch die Regelung des § 2194 nicht ausgeglichen. Nach § 2194 kann der Erbe sowie derjenige, dem der Wegfall des mit der Auflage Beschwerten zugute kommt, die Vollziehung der Auflage verlangen. Eine rechtliche Pflicht zum Tätigwerden besteht für den Vollziehungsberechtigten nicht. Das Gesetz überlässt es in § 2194 somit grundsätzlich der Verantwortung des Vollziehungsberechtigten, zu entscheiden, ob er für die Ausführung der letztwilligen Verfügung des Erblassers sorgt oder nicht.<sup>104</sup> Da der Vollziehungsberechtigte zum Tätigwerden im Interesse des Erblassers nicht verpflichtet ist, lässt es das Gesetz sanktionslos zu, wenn der Vollziehungsberechtigte die Ausübung

---

<sup>101</sup>Lange/Kuchinke § 28 I 3; Kössinger, S. 3 f. Das Wesen der Auflage ist insoweit durch ihre rechtliche Herkunft geprägt. Bereits im römischen Recht gab es das Rechtsinstitut der Auflage, wodurch dem Empfänger einer Zuwendung von Todes wegen ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben werden konnte. Der Hauptanwendungsfall der Auflage bestand zunächst in der Erreichung religiöser und gemeinnütziger Zwecke. Eine Klage des Begünstigten auf Vollziehung der Auflage war nicht vorgesehen, sondern lediglich das Eingreifen der zuständigen Behörde bei Nichterfüllung, vgl. Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, § 61 III.

<sup>102</sup>Mugdan, Materialien V, S. 638; Staud. - Otte<sup>14</sup> § 2192, 12; MK - Schlichting<sup>4</sup> § 2192, 1.

<sup>103</sup>Lange/Kuchinke § 30 III 5 b; Planck - Flad § 2196 Anm 1.

<sup>104</sup>Staud. - Otte<sup>14</sup> § 2194, 13; Hass SchlHA 78, 61.

seines Vollziehungsrechts unterlässt. Eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem durch die Auflage Begünstigten entsteht in diesem Fall nicht.<sup>105</sup> Ein eigenes Interesse daran, dass der Erblasserwillen durchgesetzt wird, hat der Vollziehungsberechtigte im Sinn von § 2194 regelmäßig nicht. Ein solches Interesse ist nur beim Auflagebegünstigten gegeben, dem daran gelegen ist, den ihm vom Erblasser zugedachten Vermögensvorteil zu erhalten.<sup>106</sup> Demgegenüber stellt das Recht, die Vollziehung der Auflage verlangen zu können, für den Vollziehungsberechtigten keinen wirtschaftlichen Vorteil dar. Da der Vollziehungsberechtigte nicht im eigenen, sondern im fremden Interesse handelt, weil er zur Wahrung des auf die Vollziehung der Auflage gerichteten Erblasserwillens tätig wird,<sup>107</sup> ist sein Interesse an der Durchsetzung der Auflage in der Regel gering.

Die Wahrscheinlichkeit, dass der Vollziehungsberechtigte sich für die Durchsetzung der Auflage einsetzt, wird zusätzlich durch den Umstand verringert, dass der Vollziehungsrechte dann, wenn er gegen den mit der Auflage Beschwerten gerichtlich vorgeht, die gegebenenfalls anfallenden Prozesskosten nicht ohne weiteres auf den Nachlass abwälzen kann. Wenn zwischen dem Vollziehungsberechtigten und dem Begünstigten kein Auftragsverhältnis über die Durchsetzung der Auflage zustande gekommen ist, kann der Vollziehungsberechtigte die Kosten der Rechtsverfolgung nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677, 683, vom Begünstigten ersetzt verlangen.<sup>108</sup> Voraussetzung für einen solchen Anspruch des Vollziehungsberechtigten ist aber, dass die gerichtliche Durchsetzung der Auflage dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Begünstigten entspricht, § 683. Ein zur Durchsetzung der Auflage geführter Rechtsstreit entspricht zum Beispiel dann nicht dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Begünstigten, wenn es bereits vor der Klageerhebung wahrscheinlich erscheint, dass der Beschwerte sich nach dem Prozess die Auflagevollziehung unmöglich machen und auf diese Weise die Durchsetzung der Auflage vereiteln wird. Da für den Begünstigten dann kein Vorteil entstehen kann, ist er in diesem Fall nicht zum Ersatz der Prozesskosten verpflichtet. Die Gefahr, die eventuell anfallenden Prozesskosten selber tragen zu müssen, stellt für den Vollziehungsberechtigten ein Risiko dar, das ihn von einem Tätigwerden abhalten wird.

Abgesehen von dem eher seltenen Fall, dass ein öffentliches Interesse an der Auflagevollziehung besteht,<sup>109</sup> mit der Folge, dass die zuständige Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zur Durchsetzung der Auflage verpflichtet ist,<sup>110</sup> verlässt sich das Gesetz bei der Auflage lediglich auf die Pietät<sup>111</sup> und den Respekt des Erben vor dem Willen des

---

<sup>105</sup>RGRK - Johannsen<sup>12</sup> § 2194, 7. Das gilt auch dann, wenn der Erblasser einen Testamentsvollstrecker eingesetzt hat, um die Durchsetzung der Auflage sicherzustellen. Zwar begeht der Testamentsvollstrecker eine Verletzung seiner Pflichten, wenn er den Willen des Erblassers entgegen § 2203 oder 2208 II nicht durchsetzt. Für diese Pflichtverletzung ist der Testamentsvollstrecker den Erben gemäß § 2219 I verantwortlich. Ein Schadenersatzanspruch der Erben gegen den Testamentsvollstrecker ist jedoch regelmäßig ausgeschlossen, weil den Erben durch die Untätigkeit des Testamentsvollstreckers kein Schaden entstanden ist.

<sup>106</sup>Der durch die Auflage Begünstigte kann auch dann nicht die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er zu den Vollziehungsberechtigten des § 2194 gehört, Soergel - Dieckmann<sup>13</sup> § 2194, 7; RGRK - Johannsen<sup>12</sup> § 2194, 4.

<sup>107</sup>Lange/Kuchinke § 28 III 4.

<sup>108</sup>Lange/Kuchinke § 28 III 4; MK - Schlichting<sup>4</sup> § 2194, 10; Staud. - Otte<sup>14</sup> § 2194, 14.

<sup>109</sup>Vgl. Bartholomeyczik, 5. Denkschrift des Erbrechtausschusses, S. 165.

<sup>110</sup>Staud. - Otte<sup>14</sup> § 2194, 10.

<sup>111</sup>Vgl. v. Gierke, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, S. 519, der den Vollziehungsberechtigten als Wächter von Pietät und Sitte bezeichnet.

Erblassers, um die Durchsetzbarkeit der Auflage zu sichern.<sup>112</sup> Kuchinke bezeichnet die Auflage deshalb als Zuwendung dritter Klasse, die hinter der Zuwendung erster Klasse, der Erbeinsetzung und der Zuwendung zweiter Klasse, dem Vermächtnis, zurücktritt.<sup>113</sup> Da durch das Recht der Auflage nicht mit einer für die Erben vergleichbaren Verbindlichkeit wie bei den übrigen Verfügungen von Todes wegen sichergestellt wird, dass der Erblasserwillen nach seinem Tod durchgesetzt werden kann, war die Anordnung einer absoluten Zeitgrenze bei der Auflage entbehrlich.<sup>114</sup> Die Bestimmungen über die Auflage haben daher, verglichen mit den sonstigen Regelungen über die Verfügung von Todes wegen, Ausnahmecharakter und verbieten es nicht, die 30 – Jahres – Frist der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 als Ausdruck eines verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedankens anzusehen.<sup>115</sup>

#### 4. Ergebnis

Danach ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass dem Erbrecht ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Inhalts zugrunde liegt, dass eine Verfügung von Todes wegen vom Erblasser, abgesehen von den im Erbrecht vorgesehenen Ausnahmen, grundsätzlich nur für einen Zeitraum von 30 Jahren beginnend mit dem Erbfall wirksam angeordnet werden kann.<sup>116</sup>

### III. Die Übertragung der erbrechtlichen Zeitschranke auf den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag

#### 1. Die Voraussetzungen der Gesamtanalogie

Der allgemeine Rechtsgrundsatz, der den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 entnommen wird, kann auf einen im Gesetz nicht geregelten Tatbestand angewandt werden,

---

<sup>112</sup>Auch die Vorschrift des § 2196 ist nicht geeignet sicherzustellen, dass die Auflage entsprechend dem Erblasserwillen vollzogen wird. Denn § 2196 kommt erst dann zur Anwendung, wenn die Erfüllung der Auflage bereits unmöglich geworden ist. Wenn der Beschwerte sich die Einhaltung der Auflage unmöglich gemacht hat, ordnet § 2196 an, dass die für die Auftragsvollziehung vorgesehenen Mittel dem Vollziehungsberechtigten des § 2196 verbleiben. Dass dieser die Vermögenswerte so, wie das vom Erblasser bestimmt war, an den Auftragsbegünstigten herauszugeben hat, sieht § 2196 nicht vor, Staud. - Otte<sup>14</sup> § 2196, 6; Soergel - Dieckmann<sup>13</sup> § 2196, 8.

<sup>113</sup>Lange/Kuchinke § 28 II 3.

<sup>114</sup>Wegen der bloß mittelbaren Durchsetzbarkeit geht Kuchinke davon aus, dass die Auflage vom Gesetz mit leichter Hand behandelt werden kann, Lange/Kuchinke § 30 II 3 b.

<sup>115</sup>Im Gegensatz zum BGB kannte das römische Recht mit dem Fideikommiss eine Verfügung von Todes wegen, die es dem Erblasser erlaubt hat, mit zeitlich unbegrenzter Dauer festzulegen, in welcher Weise die Rechtsnachfolge in einen Nachlassgegenstand stattfinden soll. Das römisch - rechtliche Fideikommiss begründete für den Erben die Verpflichtung, den gesamten Nachlass oder einen Teil davon zu erhalten und durch eine Verfügung von Todes wegen auf eine vom Erblasser bestimmte Person zu übertragen. Die Nachfolgeanordnungen konnte der Erblasser über beliebig viele Generationen erstrecken. Der erste Nachfolger des Erblassers erhielt den Nachlassgegenstand als Erbe, an alle weiteren wurde er als Vermächtnis weitergegeben. Von Justinian wurde die Dauer der Fideikommiss in der Novelle 159 nur für den Fall auf einen Zeitraum von 4 Generationen begrenzt, dass der Erblasser keine anders lautende Anordnung vorgenommen hat, vgl. Eckert, S. 27 ff.; Coing, Europäisches Privatrecht Bd. I, S. 579.

<sup>116</sup>Vgl. Palandt - Edenhofer § 2109, 1; MK - Grunsky<sup>4</sup> § 2109, 1; RGRK - Johannsen<sup>12</sup> § 2109, 1; Soergel - Harder/Wegmann<sup>13</sup> § 2109, 1; Staud. - Reimann<sup>14</sup> § 2210, 5; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 939; Kegel, Zur Schenkung von Todes wegen, S. 35; ders., FS Lange, S. 928; Brox, Erbrecht, Rz 354; Strohal I, S. 212; Dietz, S. 205, 255; Kipp/Coing § 48 I, § 116 IV 2; Weckbach, S. 44;



wenn den im Gesetz enthaltenen Einzelbestimmungen eine bestimmte Wertentscheidung oder ein gewisser Gerechtigkeitsgehalt zugrunde liegt, der die Anwendung des Rechtsgrundsatzes auf den positiv – rechtlich nicht geregelten Fall erforderlich macht.<sup>117</sup> Danach ist die erbrechtliche 30 – Jahres – Frist analog auf den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag zu übertragen, wenn die Rechtsfolge, die die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 anordnen, bei dem gesetzlich nicht geregelten Treuhandvertrag genauso sachgerecht erscheint, wie bei den im Gesetz normierten Tatbeständen.<sup>118</sup> Ob der Regelungsgehalt, der in den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 zum Ausdruck kommt, eine Ausdehnung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist auf den Treuhandvertrag notwendig macht, ergibt sich aus der "ratio legis" der gesetzlichen Vorschriften. Dazu ist zunächst festzustellen, welche "ratio legis" den gesetzlichen Bestimmungen zugrunde liegt. Danach ist zu überprüfen, ob diese "ratio legis" nicht nur auf die im Gesetz enthaltenen Tatbestände zutrifft, sondern an bestimmte, in allgemeiner Weise anzugebende Voraussetzungen anknüpft und man daher sagen kann, dass die gesetzliche Regelung ihrem Sinn und Zweck nach in all den Fällen Geltung beansprucht, in denen diese allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>119</sup> Ist das zu bejahen, ermöglicht der Rückgriff auf die "ratio legis" der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 deren analoge Anwendung auf den gesetzlich nicht geregelten Treuhandvertrag, wenn dieser einen Tatbestand darstellt, der die Voraussetzungen, an die der allgemeine Rechtssatz anknüpft, erfüllt.

Als Mittel der Rechtsfortbildung genutzt werden kann ein Rechtsgrundsatz allerdings immer nur dann, wenn das Gesetz hinsichtlich der Rechtsfolge, die durch die analoge Anwendung herbeigeführt werden soll, lückenhaft ist.<sup>120</sup> Demzufolge ist eine Ergänzung des positiven Rechts mit Hilfe eines allgemeinen Rechtsprinzips nur möglich, wenn festgestellt werden kann, dass die Gesamtrechtsordnung, deren Bestandteil der Rechtsgrundsatz ist, keine Gesetzesbestimmungen oder ungeschriebene Grundsätze enthält, die einer ausdehnenden Anwendung des Rechtsgrundsatzes entgegenstehen. Denn eine Gesetzeslücke, die die analoge Anwendung bestimmter Vorschriften erfordert, liegt nur vor, wenn das positive Recht keine Wertungen beinhaltet, durch die die mit der Analogie beabsichtigten Rechtsfolgen ausgeschlossen werden.<sup>121</sup> Es ist daher in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob die analoge Anwendung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 zu einer Rechtsfolge führt, die mit einem gleich– oder höherrangigen Prinzip der Rechtsordnung im Widerspruch steht.<sup>122</sup> Im Rahmen dieser Prüfung sind sämtliche Gesetzesbestimmungen und nicht normierte Rechtsprinzipien der Gesamtrechtsordnung zu berücksichtigen.<sup>123</sup> Das Vorliegen einer Gesetzeslücke ist nur dann zu bejahen, wenn das gesamte geltende Recht, einschließlich der ranghöheren Vorschriften, eine ausdehnende Anwendung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 auf den Treuhandvertrag erfordert. Nur in diesem Fall ist davon auszugehen, dass der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zugrunde liegt, der im positiven Recht nur eine unvollkommene Ausgestaltung gefunden hat und zu seiner vollen Verwirklichung der ergänzenden Anwendung durch eine Analogie bedarf. Enthält die Gesamtrechtsordnung demgegenüber bestimmte

---

<sup>117</sup>Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 204 f.

<sup>118</sup>Teilweise werden die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 als Ausdruck eines Grundsatzes angesehen, dessen Aussage nicht auf das Erbrecht begrenzt ist, vgl. Kegel, FS Lange, S. 927, 928; Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts, S. 47; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 945 f.; Coing, Treuhand, S. 194.

<sup>119</sup>Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 205.

<sup>120</sup>Vgl. Canaris, Feststellung, S. 93 ff.

<sup>121</sup>Ein allgemeines Rechtsprinzip ist nicht nur Mittel der Lückenausfüllung, sondern auch zugleich Maßstab der Lückenfeststellung, vgl. Canaris, Feststellung, S. 95.

<sup>122</sup>Vgl. Canaris, Feststellung, S. 95 f.

<sup>123</sup>Vgl. Canaris, Feststellung, S. 93.

Wertentscheidungen, die einer entsprechenden Anwendung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 auf den Treuhandvertrag entgegenstehen, scheidet die Annahme einer Gesetzeslücke aus, weil eine Unvollständigkeit im Sinn des Lückenbegriffs nicht vorhanden ist.<sup>124</sup> In diesem Fall ist anzunehmen, dass der allgemeine Rechtsgrundsatz, den die herrschende Meinung aus den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 ableitet, in seiner Geltung auf das Erbrecht beschränkt ist, mit der Folge, dass die Übertragung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist auf den zu Lebzeiten des Erblassers abgeschlossenen Treuhandvertrag nicht in Betracht kommt. Im Anschluss soll daher erörtert werden, welcher Sinn und Zweck der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist zugrunde liegt und ob diese Zweckbestimmung es erlaubt, den vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenen Treuhandvertrag in analoger Anwendung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 in seiner Laufzeit auf einen Zeitraum von 30 Jahren, beginnend mit dem Erbfall, zu begrenzen oder ob die Rechtsordnung Wertentscheidungen enthält, die eine analoge Anwendung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist auf den Treuhandvertrag verbieten.

## 2. Der Schutz des Wettbewerbs als ratio legis der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1

### a) Die Bezugnahme auf volkswirtschaftliche Gründe

#### aa) *Die Gesetzesmaterialien*

Die im Erbrecht geltende Zeitschranke, durch die letztwillige Verfügungen des Erblassers in ihrer Wirksamkeit auf einen Zeitraum von 30 Jahren begrenzt werden, geht im Wesentlichen auf eine einheitliche Grundlage zurück. Von der ersten Kommission ist die Befristung des Erblasserwillens zuerst bei der Nacherbschaft erörtert worden. Die Möglichkeit, einen Nacherben einzusetzen, wurde auf den Zeitraum von 30 Jahren nach dem Erbfall eingeschränkt, weil es aus "nationalökonomischen Gründen" sinnvoll erschien, eine "übermäßig lange Vinkulierung des nachgelassenen Vermögens" zu verhindern.<sup>125</sup> Dem Vorerben und dessen Rechtsnachfolgern sollte die freie Verfügung über den Nachlass nicht mit unübersehbar langer Dauer unmöglich gemacht werden. Zu einer solchen Anordnung wäre der Erblasser ohne eine absolute Zeitschranke in der Lage gewesen, weil er in diesem Fall hätte bestimmen können, dass die Nacherbfolge erst nach sehr langer Zeit, möglicherweise nach dem Ablauf mehrerer Jahrhunderte, eintritt. Darüber hinaus wurde angenommen, dass ein berechtigtes Interesse der Beteiligten, den Nachlass länger als 30 Jahre an den Willen des Erblassers binden zu können, nicht gegeben sei.<sup>126</sup> Auf diese Ausführungen verweist die erste Kommission zur Begründung der 30 – Jahres – Schranke beim Vermächtnis.<sup>127</sup> Die zweite Kommission geht auf die Gründe, die zur zeitlichen Begrenzung der erbrechtlichen Gestaltungsinstrumente geführt haben, nicht näher ein. In den Protokollen der zweiten Kommission wird lediglich auf die Regelung des § 1813 I, der dem heutigen § 2109 I 1 entspricht, und auf die Begründung dieser Vorschrift in den Motiven Bezug genommen, wenn die 30 – Jahres – Frist bei der Nacherbfolge<sup>128</sup> sowie bei der Anordnung der zeitlichen Befristung des Vermächtnisses,<sup>129</sup> der Testamentsvollstreckung<sup>130</sup> und des Teilungsverbots bestätigt wird.<sup>131</sup>

<sup>124</sup>Vgl. Canaris, Feststellung, S. 94.

<sup>125</sup>Mugdan, Materialien V, S. 48.

<sup>126</sup>Mugdan, Materialien V, S. 48.

<sup>127</sup>Mugdan, Materialien V, S. 95.

<sup>128</sup>Mugdan, Materialien V, S. 560 ff.

<sup>129</sup>Mugdan, Materialien V, S. 564 f.

<sup>130</sup>Mugdan, Materialien V, S. 668.

<sup>131</sup>Protokolle V, S. 882 f.

*bb) Der Verweis auf die Gründe, die gegen die Zulassung des Familienfideikommisses gesprochen haben*

Welcher Art die volkswirtschaftlichen Gründe sind, die einer zeitlich unbegrenzten Wirksamkeit des Erblasserwillens entgegenstehen, wird in den Motiven nicht ausgeführt. Nähere Angaben zu diesem Argument macht Schmitt in der Begründung des von ihm im Jahre 1879 verfassten Teilentwurfs zum Erbrecht. Schmitt sah in dem Rechtsinstitut der Nacherbschaft ein römisch – rechtliches Fideikommiss, das, anders als das deutschrechtliche Familienfideikommiss,<sup>132</sup> ein Rechtsgeschäft von Todes wegen war.<sup>133</sup> Gegen eine zeitlich unbegrenzte Nacherbschaft sprachen seiner Ansicht nach daher die gleichen Bedenken, die gegen die Institution des Fideikommisses erhoben werden mussten.<sup>134</sup> Einwände wirtschaftlicher Art sind gegen das Familienfideikommiss vorgebracht worden, seit dieses Rechtsinstitut in den Partikulargesetzen der deutschen Staaten ausdrücklich anerkannt wurde.<sup>135</sup> Bereits die Redaktoren des Preußischen Allgemeinen Landrechts haben die Ansicht vertreten, dass das Fideikommiss der Volkswirtschaft nachteilig sei und den Aufschwung der Nation hemme, weil es "den Güterverkehr in gleicher Weise fesselt wie die Verwendung der Güter zur toten Hand."<sup>136</sup>

Die Kritik der Fideikommissgegner gründete sich vor allem auf den Umstand, dass es dem Erblasser mit der Anordnung eines Fideikommisses gestattet war, eine *res extra commercium* zu schaffen, d. h. einen bestimmten Gegenstand dem Rechts- und damit auch dem Wirtschaftsverkehr nahezu vollständig zu entziehen. Seiner Zweckbestimmung nach war das Fideikommiss ein Rechtsinstitut, das dazu diente, ein Vermögen als Ganzes zugunsten einer Familie zu erhalten und mit dessen Hilfe gewährleistet wurde, dass das Vermögen bis zum Aussterben der Familie oder des Namens ungeschmälert auf die Nachkommen des Stifters überging.<sup>137</sup> Diese Zweckbestimmung des Fideikommisses wurde zum einen dadurch erreicht, dass der Erblasser dann, wenn er einen bestimmten Gegenstand zum Fideikommiss gewidmet hat, die Erbfolge in diesen Gegenstand für alle Zeit festschreiben konnte.<sup>138</sup> Die Nachfolge in das Fideikommiss war eine Sondernachfolge, die sich außerhalb der erbrechtlichen Nachfolge vollzogen hat und die kraft des vom Stifter verliehenen Rechts unmittelbar aufgrund des vom Stifter geäußerten Willens erfolgt ist.<sup>139</sup> In welcher Weise die Nachfolge in das Fideikommiss erfolgen sollte, wurde vom Stifter in der Stiftungsurkunde festgelegt.<sup>140</sup> Durch diese Regelung ist das Fideikommiss im Augenblick des Todes des letzten Besitzers automatisch auf die Person übergegangen, die nach der Erbfolgeanordnung des Stifters den Besitz des gebundenen Vermögens erhalten sollte. Neben der Möglichkeit, die Nachfolge in das Fideikommiss festlegen zu können, wurde durch den Umstand, dass das Fideikommiss unveräußerlich war, sicherge-

<sup>132</sup>Das deutsch - rechtliche Familienfideikommiss konnte sowohl durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden als auch durch ein Rechtsgeschäft von Todes wegen begründet werden, vgl. Eccius, Preußisches Privatrecht IV, S. 270.

<sup>133</sup>Vgl. Eckert, S. 27 f.; Coing, Treuhand, S. 13; Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, §§ 189, 190.

<sup>134</sup>Schmitt, Motive TE, S. 178, Schubert, Erbrecht I, S. 294.

<sup>135</sup>Vgl. Eccius, Preußisches Privatrecht IV, S. 266; Eckert, S. 235.

<sup>136</sup>Miaskowski, Erbrecht 2. Abt., S. 13; Eckert, S. 235; Eccius, Preußisches Privatrecht IV, S. 266 f.

<sup>137</sup>Vgl. Eckert, S. 100.

<sup>138</sup>Vgl. Miaskowski, Erbrecht 2. Abt., S. 44.

<sup>139</sup>Bei der vom Erblasser vorgenommenen Folgeordnung war die Primogenitur, d. h. das Recht der Erstgeburt, die Regel. Danach gelangte nach den Grundsätzen der Parentelordnung der nähere Stamm vor dem entfernteren zur Nachfolge und innerhalb desselben Stammes die ältere Linie vor der jüngeren, vgl. Eckert, S. 104 ff.

<sup>140</sup>Eccius, Preußisches Privatrecht IV, S. 278 f.

stellt, dass das Fideikommissvermögen der Familie des Erblassers vorbehalten blieb. Die gesetzlichen Regelungen über das Fideikommiss waren so ausgestaltet, dass das Fideikommissvermögen zugleich mit der Errichtung des Fideikommisses einem strikten Veräußerungsverbot unterfiel, nach dem jede Veräußerung von Fideikommissvermögen durch den Fideikommissinhaber nichtig war. Danach war dem Fideikommissinhaber nicht nur die vollständige oder teilweise Veräußerung des Fideikommisses untersagt, sondern auch die Weggabe einzelner Vermögensteile oder deren Belastung durch Grundpfandrechte.<sup>141</sup> Der Gebundenheit des Fideikommissvermögens entsprach es, dass dessen Veräußerung sogar im Weg der Zwangsvollstreckung nicht möglich war. Soweit der Fideikommissinhaber Darlehen aufgenommen hat, die das Fideikommiss belasteten, stellten diese Verbindlichkeiten persönliche Schulden des Fideikommissinhabers dar, für die lediglich die Fideikommissserträge hafteten, die dieser während seiner Besitzzeit erwirtschaftete.<sup>142</sup>

### *cc) Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs*

Die Fideikommissgegner gingen aus unterschiedlichen Gründen<sup>143</sup> davon aus, dass mit den im Fideikommiss vinkulierten Vermögenswerten nicht der Zuwachs an Vermögen erzielt werden konnte, der nach Lage der gesamten Volkswirtschaft möglich und wünschenswert gewesen wäre.<sup>144</sup> Die Ursache dafür, dass das Fideikommissvermögen eine geringere Rentabilität als freies Eigentum aufwies, wurde darin gesehen, dass die zeitlich unbegrenzte Bindung des zum Fideikommiss gehörenden Vermögens durch den Erblasser einen freien Gütertausch unmöglich gemacht hat.<sup>145</sup> Dadurch, dass Wirtschaftsgüter dem Markt entzogen wurden, ist gleichzeitig der freie Wettbewerb beeinträchtigt worden. Denn ein ganz oder teilweise unveräußerlicher Gegenstand unterliegt nicht mehr dem Marktmechanismus und kann, weil er am Wettbewerb nicht mehr teilnimmt, nicht seiner effizientesten Nutzung zugeführt werden. Bei den Fideikommissen hatte die Einschränkung des freien Wettbewerbs zur Folge, dass für große Vermögensteile, vor allem des Grundeigentums, eine vorteilhafte und rentable Nutzung unmöglich gemacht wurde.<sup>146</sup> Als Konsequenz entstanden nicht nur wirtschaftliche Nachteile für den einzelnen, sondern

---

<sup>141</sup>Vgl. Eckert, S. 100.

<sup>142</sup>Vgl. Eckert, S. 102.

<sup>143</sup>Ein Aspekt war die durch das Fideikommiss bedingte starre Erbfolgeanordnung, die vor allem bei einem landwirtschaftlichen Betrieb keinerlei Gewähr dafür geboten hat, dass die landwirtschaftlichen Güter in den Besitz desjenigen gelangt sind, der von seiner Befähigung und Ausbildung her zur Bewirtschaftung des Bodens am besten in der Lage war, vgl. Miaskowski, Erbrecht 2. Abt., S. 53; Bericht des Ausschusses für Volkswirtschaft, Wigard Bd. I, S. 691 f. Auch durch das Veräußerungsverbot wurde der Übergang des Besitzes auf einen wirtschaftlich tüchtigeren Eigentümer verhindert, der das Vermögen effizienter einsetzen konnte, vgl. Lette, Wigard Bd. 3, S. 2331; Miaskowski, Erbrecht 2. Abt., S. 54. Weiterhin hatte das Veräußerungsverbot zur Folge, dass der Fortbestand des Fideikommisses auch bei Misswirtschaft gesichert wurde, da eine Zwangsvollstreckung in die Substanz des Fideikommisses nicht möglich war, vgl. Miaskowski, Erbrecht 2. Abt., S. 61. Darüber hinaus war der jeweilige Inhaber aufgrund der Größe des Fideikommisses, das auch bei einer extensiven Nutzung einen Ertrag abgeworfen hat, der für den Lebensunterhalt des Besitzers und den seiner Familienangehörigen ausgereicht hat, zu einer rentablen und effektiven Verwaltung des Vermögens nicht gezwungen, vgl. Miaskowski, Erbrecht 2. Abt., S. 57.

<sup>144</sup>Bericht, Wigard Bd. 1, S. 691; Miaskowski, Erbrecht 2. Abt., S. 54.

<sup>145</sup>Vgl. Sasse, S. 75.

<sup>146</sup>Obwohl rechtlich nicht nur Grundstücke zum Fideikommiss gewidmet werden konnten, wurde das Familienfideikommiss ganz überwiegend dazu verwandt, um die Erbfolge in den Grundbesitz festzuschreiben, vgl. Miaskowski, Erbrecht 2. Abt., S. 44.

Verluste für die gesamte Volkswirtschaft, die den Wohlstand der Nation insgesamt verringert haben.<sup>147</sup>

Auch die im BGB enthaltenen letztwilligen Verfügungen erlauben es dem Erblasser, Bestimmungen über die Verwendung des Nachlassvermögens für die Zeit nach seinem Tod festzulegen. Dabei kann der Erblasser mit Hilfe der Verfügung von Todes wegen den Erben unmittelbar eine bestimmte Verfügung über einen Nachlassgegenstand vorschreiben oder untersagen sowie eine Anordnung treffen, die zur Folge hat, dass eine von den Erben vorgenommene Verfügung über einen Nachlassgegenstand aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift unwirksam ist. In dem Umfang, in dem den Erben eine Verfügung über Nachlassgegenstände untersagt ist, wird der Nachlassgegenstand dem allgemeinen Gütermarkt entzogen. Die Anordnung einer letztwilligen Verfügung hat somit zur Folge, dass die zum Nachlass gehörenden Wirtschaftsgüter entweder nur in eingeschränkter Weise oder überhaupt nicht am wettbewerblichen Gütertausch teilnehmen können. Soweit die erste Kommission im Zusammenhang mit der im Erbrecht angeordneten 30 – Jahres – Schranke auf "nationalökonomische Gründe" verwiesen hat, kann dieser Verweis daher dahingehend verstanden werden, dass mit Hilfe der Zeitschranke der freie Wettbewerb vor Beeinträchtigungen geschützt werden sollte.<sup>148</sup>

#### b) Die Auswirkungen langfristiger Vertragsbindungen auf den Wettbewerbsmechanismus

Nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb lassen sich nicht nur dann feststellen, wenn ein Wirtschaftsgut durch ein Rechtsgeschäft von Todes wegen langfristig schuldrechtlich oder dinglich gebunden wird, sondern auch dann, wenn eine solche Bindung durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden begründet wird.<sup>149</sup> Durch den vom Treugeber abgeschlossenen Treuhandvertrag wird das Treugut, ähnlich wie die durch eine Verfügung von Todes wegen gebundenen Vermögenswerte, langfristig dem Gütertausch entzogen, da der Treuhänder in der Regel lediglich dazu verpflichtet ist, das Treugut zu verwalten, ohne dass ihm dessen Veräußerung erlaubt ist. In wirtschaftlicher Hinsicht nachteilig ist der Treuhandvertrag nicht nur, weil durch die langfristige Bindung eine Veräußerung und damit eine effizientere Nutzung des Treuguts unmöglich gemacht wird, sondern auch, weil die Bedingungen des Leistungsaustauschs für einen längeren Zeitraum festgeschrieben werden. Der Abschluss eines langfristigen oder unbefristeten Vertrags, von dem die Vertragsparteien sich nicht lösen können, hat grundsätzlich zur Folge, dass der für die Wirtschaftsabläufe in einer Marktwirtschaft wesentliche Wettbewerbsmechanismus beeinträchtigt wird.

---

<sup>147</sup>Bericht, Wigard Bd. 1, S. 691; Lowe, Wigard Bd. 4, S. 549; v. Saltzwedell, Wigard Bd. 3, S. 2329; Lette, Wigard Bd. 3, S. 2331. Obwohl die Frage nach dem Umfang des volkswirtschaftlichen Nutzens der Fideikommission heftig umstritten war, wird man davon ausgehen müssen, dass der Ertrag der Fideikommission insgesamt hinter dem Ertrag des ungebundenen Bodens zurückgeblieben ist, vgl. Hess, S. 168 ff.; v. Saltzwedell, Wigard, Bd. 3, S. 2329; Miaskowski, Erbrecht 2. Abt., S. 54 ff.

<sup>148</sup>Vgl. Sasse, S. 87 f.

<sup>149</sup>Vgl. Oetker, S. 30 f.; Sasse, S. 87; Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 20 f.; Zander, S. 8; Herzog, S. 50 f; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 946.

### aa) Die Allokationsfunktion des Wettbewerbs

In einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung, in der die Steuerung der Wirtschaftsabläufe entsprechend den Wünschen und Plänen der privaten Rechtssubjekte erfolgt, stellt der freie Wettbewerb das Regulativ dar, mit dessen Hilfe eine Entscheidung darüber getroffen wird, in welcher Weise die knappen Güter unter den Wirtschaftssubjekten verteilt werden sollen.<sup>150</sup> Dabei sorgt der sich unter den Voraussetzungen des freien Wettbewerbs am Markt bildende Marktpreis dafür, dass die vorhandenen Wirtschaftsgüter an die Stelle des dringlichsten Bedarfs gelenkt werden (Allokationsfunktion). Denn der Wert, den ein Nachfrager dem von ihm benötigten Wirtschaftsgut beimisst, kommt in dem Preis zum Ausdruck, den er bereit ist, für das Wirtschaftsgut zu zahlen. Der Preis, der auf Seiten der Nachfrager geboten wird, spiegelt die Dringlichkeit des Bedarfs wieder.<sup>151</sup> Dabei ist davon auszugehen, dass dem höchsten der gebotenen Preise die größte Wertschätzung für das Gut und damit die größte Dringlichkeit des Bedarfs entspricht. Da in einer am Leistungsprinzip orientierten Wettbewerbsordnung auf Seiten der Anbieter das Bestreben vorherrscht, den größtmöglichen Gewinn zu erzielen,<sup>152</sup> gelingt es jeweils nur demjenigen der Nachfrager, mit einem der Anbieter ein entgeltliches Austauschgeschäft abzuschließen, der, verglichen mit den Konkurrenten, die höchste Gegenleistung anbietet. Der Wettbewerbsmechanismus gewährleistet auf diese Weise nicht nur, dass die Knappheit der Güter zuverlässig ermittelt werden kann, sondern auch, dass die vorhandenen Güter entsprechend dem Preis, den die Nachfrager bereit sind, für das Gut zu zahlen, nach dem Grad der Dringlichkeit verteilt werden.<sup>153</sup>

Durch den Abschluss eines langfristigen oder unbefristeten Vertrags, von dem die Vertragsparteien sich nicht lösen können, wird die Allokationsfunktion des Wettbewerbs beeinträchtigt, da es den Vertragsparteien während der gesamten Laufzeit des Vertragsverhältnisses nicht möglich ist, als Anbieter oder Nachfrager auf dem für sie relevanten Markt am Wettbewerb teilzunehmen.<sup>154</sup> Auch wenn sich die Marktverhältnisse ändern, sind die Parteien zum Festhalten an dem einmal vereinbarten Leistungsaustausch gezwungen. Das Vertragsverhältnis muss von ihnen selbst dann weiter erfüllt werden, wenn sich für sie aufgrund der geänderten Marktbedingungen günstigere Kontrahierungsmöglichkeiten ergeben. Durch die Bindung an den Vertrag ist es dem Nachfrager untersagt, den einmal abgeschlossenen Vertrag zu beenden und einen inhaltsgleichen Vertrag zu für ihn vorteilhafteren Konditionen abzuschließen. Auch ist es ihm nicht möglich, den vertraglich gebundenen Vermögenswert während der vereinbarten Vertragslaufzeit zu einem anderen wirtschaftlichen Zweck einzusetzen, der ihm selbst die Erzielung eines größeren Gewinns verspricht. Der Anbieter der Leistung ist demgegenüber auch dann dazu gezwungen, seinem Vertragspartner gegenüber die Leistung zu den einmal vereinbarten Konditionen zu erbringen, wenn er infolge der geänderten Marktverhältnisse für diese Leistung zwischenzeitlich von anderen Nachfragern einen höheren Preis erhalten könnte. Da die wirtschaftlichen Ressourcen von den Parteien durch den Abschluss des langfristigen Vertrags dauerhaft gebunden worden sind, ist es nicht möglich, sie über den Preiswettbewerb in eine andere, volkswirtschaftlich effektivere Verwendungsmöglichkeit zu lenken und sie damit sinnvoller einzusetzen. Der Wettbewerb kann somit die zentrale Aufgabe, die ihm in einer Marktwirtschaft zukommt, die vorhandenen Ressourcen über den Markt an den Ort des

<sup>150</sup>Vgl. Böhm, Wirtschaftsordnung, S. 11; Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 21.

<sup>151</sup>Müller-Armack, Wirtschaftsordnung, S. 90 f.; Altmann 7.1.4., S. 277 f.

<sup>152</sup>Baßeler/Heinrich/Utecht, S. 176.

<sup>153</sup>Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 21.

<sup>154</sup>Oetker, S. 31; Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 24.

dringlichsten Bedarfs zu steuern und auf diese Weise sicherzustellen, dass eine bestmögliche und aus wirtschaftlicher Sicht sinnvolle Verteilung der Güter erfolgt,<sup>155</sup> nicht mehr erfüllen.

#### *bb) Die Innovationsfunktion des Wettbewerbs*

In einer Marktwirtschaft wird nur das Erbringen einer marktgerechten Leistung, d. h. einer solchen, die den Konsumentenwünschen am besten entspricht, durch die Realisierung von Gewinnen belohnt.<sup>156</sup> Da die Nachfrager grundsätzlich bestrebt sind, unter den vorhandenen Angeboten das für sie Günstigste herauszufinden, sind die Anbieter gezwungen, sich kostengünstig zu verhalten, damit die von den Kunden gewünschte Leistung unter Einsatz von weniger Ressourcen erbracht und zu einem niedrigeren Preis angeboten werden kann. Die ständig gegebene Gefahr, Nachfrager an einen Konkurrenten zu verlieren und die Notwendigkeit, die eigenen Gewinne zu steigern, hat somit zur Folge, dass der Wettbewerber die eigene Leistung kontinuierlich verbessern muss.<sup>157</sup> Durch den Zwang zur Prozess- und Produktinnovation bewirkt der Wettbewerbsmechanismus, dass die Anbieter ihre Leistungsfähigkeit permanent steigern und hat damit gleichzeitig zur Folge, dass die Leistungsfähigkeit der gesamten Volkswirtschaft verbessert wird.<sup>158</sup>

Mit der Begründung eines langfristigen Vertrags haben die Parteien das einmal vereinbarte Austauschverhältnis auch für die Zukunft festgeschrieben. Auf der Grundlage des Vertrags entsteht gegen die andere Vertragspartei ein Anspruch auf die Gegenleistung, der sich über die gesamte Vertragslaufzeit erstreckt. Damit hat der Anbieter einer Leistung für sich die Gefahr, dass die Nachfrager das eigene Angebot meiden und sich einem anderen Anbieter zuwenden, ausgeschlossen. Die Bindung der Gegenseite an das eigene Angebot hat zur Folge, dass das Risiko, für das Angebot keine ausreichende Nachfrage zu finden, wegfällt. Damit entfällt für den Anbieter gleichzeitig der Anreiz, die eigene Leistung durch eine Verbesserung seines Angebots zu steigern.<sup>159</sup> Durch die langfristige Vertragsbindung sind dem Anbieter die einmal vereinbarten Gewinne auch dann sicher, wenn es auf dem Markt günstigere Angebote gibt. Da dem Vertragspartner ein Ausweichen auf diese Angebote nicht möglich ist, besteht für den Anbieter nicht die wirtschaftliche Notwendigkeit, einen Teil seines Gewinns dazu zu verwenden, die eigene Leistung zu verbessern. Die langfristige Vertragsbindung beeinträchtigt somit auch die Innovationsfunktion des Wettbewerbs.

#### *cc) Die Auslesefunktion des Wettbewerbs*

Gelingt es einem Anbieter, durch die Steigerung seiner unternehmerischen Leistung seine Wettbewerbsposition zu verbessern, ist dieser Vorgang notwendigerweise mit der Verdrängung der weniger wirtschaftlich arbeitenden Anbieter vom Markt verbunden. Denn der Nachfrager wird das Angebot, das durch ein schlechteres Preis – Leistungs – Verhältnis gekennzeichnet ist, in der Regel meiden und sich stattdessen dem Anbieter der günstigs-

<sup>155</sup>Vgl. Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 23 f.; Baßeler/Heinrich/Utecht, S. 190 f.

<sup>156</sup>Altmann 7.2.6.1., S. 333 f; Baßeler/Heinrich/Utecht, S. 176.; Berg, Vahlens großes Wirtschaftslexikon Bd. 2, S. 2355.

<sup>157</sup>Baßeler/Heinrich/Utecht, S. 191; Bartling/Luzius, S. 94 f.

<sup>158</sup>Eucken, Grundsätze,<sup>2</sup> S. 249; Hensel, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd. 7, S. 164; Altmann 6.1.2.2., S. 208; Bartling/Luzius, S. 96.

<sup>159</sup>Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 23.

ten Leistung zuwenden.<sup>160</sup> Während der Wettbewerb einerseits über die Gewinnchancen, die er eröffnet, die Produktion einer marktgerechten Leistung positiv sanktioniert, wird durch den Wettbewerbsmechanismus andererseits die Herstellung einer Leistung, die den Konsumentenwünschen nicht entspricht oder der ein kostengünstiges Verfahren zugrunde liegt, mit Verlusten und bei dauerhafter Leistungsschwäche letztendlich mit dem Zwang zum Marktaustritt bestraft.<sup>161</sup>

Für die Parteien, die durch ein unkündbares Vertragsverhältnis gebunden sind, stellt die langfristige vertragliche Bindung eine Marktzutrittsschranke dar. In engen Märkten, in denen wenige Marktteilnehmer vorhanden sind, besteht grundsätzlich die Gefahr, dass die vorhandene Konkurrenz unter den Anbietern weiter verringert oder vollständig ausgeschlossen wird. Mit dem Ausschalten der Konkurrenz fehlt es an der Grundbedingung, die unerlässlich ist, damit der Wettbewerbsmechanismus funktionieren kann. Ist ein großer Teil der Nachfrager bereits vertraglich an einen Anbieter gebunden, steht dieser Teil der Marktteilnehmer einem neu auf den Markt tretenden Unternehmen als potentielle Abnehmer nicht zur Verfügung. Der neue Anbieter ist jedoch, ebenso wie die bereits vorhandenen Unternehmen, auf die Nachfrage nach der von ihm angebotenen Leistung angewiesen. Kann der neue Anbieter, der dazu in der Lage ist, die vertraglich vereinbarte Leistung günstiger zu erbringen, nur wenige Nachfrager erreichen und reicht die Anzahl der potentiellen Vertragsabschlüsse für ihn nicht aus, um kostendeckend zu wirtschaften, ist er vom Markt praktisch ausgeschlossen. Denn dieser Anbieter kann nicht genügend Gewinne erwirtschaften, um sich im Wettbewerb behaupten zu können, obwohl er eine verbesserte Leistung erbringt. Je größer die Zahl der vertraglich gebundenen Nachfrager auf einem Markt ist, um so mehr wird für neue Anbieter der Zugang zum Markt erschwert oder unmöglich gemacht, mit der Folge, dass der Markt für potentielle neue Anbieter geschlossen ist. Durch den Abschluss eines langfristigen Vertrags bleibt somit zum einen die Marktposition der Anbieter unbeeinträchtigt, deren Leistung unter den zwischenzeitlich geänderten Marktverhältnissen weniger wirtschaftlich ist. Denn der Anbieter, der Nachfrager durch einen langfristigen Vertrag an sich gebunden hat, ist während der Vertragslaufzeit vor einer Verdrängung durch Konkurrenten geschützt. Zum anderen hat die langfristige Bindung des Kunden zur Folge, dass es neuen Anbietern, die dazu in der Lage sind, die vertraglich vereinbarte Leistung günstiger zu erbringen, erschwert wird, sich am Markt durchzusetzen. Auf einem Markt, auf dem ein Teil von Angebot und Nachfrage langfristig gebunden ist, führt die punktuelle Ausschaltung des Wettbewerbs daher auch dazu, dass die zur Verbesserung der Marktleistung im Wirtschaftsprozess unerlässliche Verdrängung der unrentablen Anbieter unterbleibt.

In einem Markt, der durch Marktzutrittsschranken und einen hohen Grad an Konzentration gekennzeichnet ist, besteht darüber hinaus die Gefahr, dass sich die verbleibenden Anbieter soweit wie möglich dem wirtschaftlichen Risiko zu entziehen versuchen und den von ihnen erzielten Gewinn nicht ausschließlich von der Qualität der angebotenen Leistung abhängig machen. Dieses Ziel kann bei einer geringen Anzahl von Konkurrenten zum einen dadurch erreicht werden, dass die von einem Anbieter vorgenommenen Veränderungen in der Höhe des geforderten Entgelts innerhalb von kurzer Zeit von den anderen Anbietern stillschweigend übernommen werden.<sup>162</sup> Zusätzlich kann der Gewinn für alle Anbieter erhöht werden, indem das Entgelt durch Absprachen auf einem Niveau festge-

<sup>160</sup>Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 25.

<sup>161</sup>Berg, Vahlens großes Wirtschaftslexikon Bd. 2, S. 2355; Link, Vahlens großes Wirtschaftslexikon Bd. 2, S. 1690; Hefermehl/Köhler/Bornkamm - Köhler Einl, 1.22.

<sup>162</sup>Altmann 6.2.3., S. 213 f.



setzt wird, das höher liegt als das, auf dem sich der normale Marktpreis gebildet hätte. In beiden Fällen ist das freie Spiel zwischen Angebot und Nachfrage eingeschränkt, mit der Folge, dass ein Wettbewerb unter den Marktteilnehmern nicht mehr stattfindet. Die von den Unternehmen erzielten Gewinne sind unter solchen Gegebenheiten nicht das Ergebnis ihrer ökonomischen Leistungskraft, sondern resultieren aus einem wirtschaftlichen Verhalten, das sich der Mittel des Nichtleistungskampfs bedient.<sup>163</sup> Mit einer am Leistungswettbewerb orientierten Wirtschaftsordnung ist die auf diese Weise bewirkte Einkommensverteilung unvereinbar.

Es kann somit festgestellt werden, dass langfristige und unkündbare rechtsgeschäftliche Bindungen nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerbsmechanismus unabhängig davon haben, ob diese Bindungen ihre Ursache in einem unter Lebenden abgeschlossenen Vertrag oder in einer vom Erblasser angeordneten Verfügung von Todes wegen haben.<sup>164</sup> Soweit die "ratio legis" der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 darin gesehen werden kann, die Beeinträchtigung des Wettbewerbsmechanismus zu verhindern, erfordert diese Zweckbestimmung daher die entsprechende Anwendung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist auf die vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, die dazu bestimmt sind, die Erben langfristig an seinen Willen zu binden.

c) Die Rechtsgüter, die durch die erbrechtliche 30 – Jahres – Frist eingeschränkt werden

Die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 können somit analog auf den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag angewandt werden, wenn festgestellt werden kann, dass die damit hervorgerufene Rechtsfolge weder einer gesetzlichen Bestimmung noch einem allgemeinen Rechtsprinzip zuwiderläuft. Als Rechtsgüter, die einer ausdehnenden Anwendung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist entgegenstehen könnten, kommen die grundrechtlich geschützte Vertrags– und Eigentumsfreiheit in Betracht.

Bei den Rechtsgeschäften, die zu Lebzeiten des Erblassers abgeschlossen werden, stehen sich als von der Zeitschranke betroffene Belange die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmechanismus und die Vertrags– bzw. Eigentumsfreiheit gegenüber. Überträgt man die erbrechtliche 30 – Jahres – Schranke auf die vom Erblasser unter Lebenden abgeschlossenen Treuhandgeschäfte, kommt es durch die Zeitgrenze zu einem Eingriff in die von Art. 2 I GG geschützte Vertragsfreiheit der Beteiligten. Denn durch das Grundrecht der Vertragsfreiheit wird dem einzelnen das Recht gewährleistet, nach freiem Belieben Rechtsverhältnisse ins Leben zu rufen und deren Inhalt ungehindert gestalten zu können.<sup>165</sup> Spricht man sich für eine analoge Anwendung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Grenze auf die vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandverträge aus, ist es den Parteien nicht mehr möglich, unkündbare Treuhandverhältnisse mit einer 30 Jahre überschreitenden Dauer oder mit unbegrenzter Laufzeit abzuschließen. Wenn die in den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 enthaltene Zeitgrenze auf ein bereits bestehendes Treuhandverhältnis angewandt wird, liegt in der mit dem Ablauf von 30 Jahren eintretenden Kündbarkeit oder Beendigung des Vertragsverhältnisses neben der Einschränkung der Vertragsfreiheit auch eine Beeinträchtigung der aufgrund des Rechtsverhältnisses begründeten Forderungsrechte. Durch das Eingreifen der Zeitschranke verlieren der dem

<sup>163</sup>Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 73 ff.

<sup>164</sup>Vgl. auch Oetker, S. 31; Däubler JZ 69, 499, 501; Kipp/Coing § 48 I.

<sup>165</sup>Vgl. BVerwGE 1, 321, 323; Maunz/Dürig - Di Fabio Art. 2 I, 101; Papier, HdVerfR § 18 Rz 76; Raiser JZ 58, 1 ff.; v. Tuhr I, S. 25; Hönn, S. 298.

Treugeber zustehende Anspruch auf die Verwaltung des Treuguts und die dem Treuhänder zustehende Forderung auf Zahlung des vereinbarten Entgelts ihre 30 Jahre überschreitende bzw. zeitlich unbefristete Wirksamkeit. Als eigentumsähnliche Rechte werden die Forderungsrechte vom Schutzbereich des Art. 14 I 1 GG erfasst.<sup>166</sup>

Eine analoge Anwendung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Grenze auf unkündbare Treuhandverträge, die der Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossen hat, setzt somit weiterhin voraus, dass die rechtlichen Interessen, die bei einer zeitlichen Begrenzung der vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte betroffen sind, im Verhältnis zum Rechtsinstitut des funktionsfähigen Wettbewerbs als nachrangig zu bewerten sind, mit der Folge, dass ein Eingriff in die Vertrags– und Eigentumsfreiheit gerechtfertigt ist. Dem Grundsatz der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 kann ein allgemeiner, auch außerhalb des Erbrechts geltender Aussagegehalt nur entnommen werden, wenn die Rechtsordnung dem Rechtsinstitut des freien Wettbewerbs dann, wenn eine 30 Jahre überdauernde Vertragsbindung in Frage steht, einen größeren Schutz beimisst, als dem durch die Art. 2 I und 14 I 1 GG geschützten Interesse des Erblassers und seines Vertragspartners an einem unbefristeten Fortbestand des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts.

Hinsichtlich der Vertrags– und Eigentumsfreiheit ist bereits festgestellt worden, dass es sich um Rechtsgüter handelt, die durch die Verfassung geschützt werden. Eine Einschränkung dieser Grundrechte ist durch jedes Gesetz im materiellen Sinn sowie durch kollidierendes Verfassungsrecht möglich. Im Folgenden ist daher die Frage zu klären, welche Bedeutung die Rechtsordnung dem Rechtsinstitut des funktionsfähigen Wettbewerbs zuweist und ob diese Bedeutung es rechtfertigt, dem Wettbewerbsmechanismus dann, wenn ein 30 Jahre überdauerndes Vertragsverhältnis abgeschlossen wurde, einen im Verhältnis zur Eigentums– und Vertragsfreiheit vorrangigen Schutz einzuräumen.

#### d) Der Schutz des Wettbewerbs durch die Rechtsordnung

##### aa) *Der einfach gesetzliche Schutz*

Dem Rechtsinstitut des funktionsfähigen Wettbewerbs kommt kein verfassungsrechtlicher Schutz zu. Ein durch die Verfassung gewährleisteter Schutz kann zugunsten der Wettbewerbsordnung auch nicht aus den Grundrechten der Art. 2 I und 14 I GG abgeleitet werden. Denn wenn man wie ein Teil der Literatur davon ausgeht, dass die Verfassung mit dem Recht auf privates Eigentum und der Vertragsfreiheit zugleich das Vorhandensein eines funktionsfähigen, staatsunabhängigen Marktes voraussetzt und damit mittelbar gewährleistet,<sup>167</sup> stünde dieses Ergebnis im Widerspruch zum Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität der Verfassung, nach dem dem Grundgesetz eine Aussage zugunsten eines bestimmten Wirtschaftssystems nicht entnommen werden kann.<sup>168</sup> Als Institution rechtlich geschützt wird der Mechanismus des funktionsfähigen Wettbewerbs lediglich in

<sup>166</sup>BVerfGE 45, 142, 179; 68, 193, 222; 83, 201, 208 f.; Maunz/Dürig – Papier Art. 14, 201; Sachs - Wendt Art. 14, 24.

<sup>167</sup>Dafür: v. Mangoldt/Klein/Starck - Depenheuer Art. 14, 9; Sachs – Wendt Art. 14, 8; Scholz in: Duwendag, Staatssektor, S. 113, 124; ders., Entflechtung, S. 91; Friauf/Wendt, Eigentum am Unternehmen, S. 66 ff.; Rübner DVBl 76, 690, 691; Lege, Zwangskontrakt, S. 64; Leisner BB 75, 1, 4; Nipperdey, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte Bd. IV/2, S. 881 ff., 908.

<sup>168</sup>Vgl. BVerfGE 4, 7, 17; Maunz/Dürig - Papier Art. 14, 30.

der Bestimmung des § 1 Satz 2 Stabilitätsg, der die Grundentscheidung des einfachen Gesetzgebers für eine marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaftsordnung enthält.<sup>169</sup>

*bb) Der Schutz des Wettbewerbsmechanismus entsprechend dem gesetzgeberischen Ermessen*

In einer Wettbewerbsordnung ist das Bestreben der Marktteilnehmer, durch ihr Verhalten die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmechanismus zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, untrennbar mit dem Vorhandensein des Leistungswettbewerbs verbunden.<sup>170</sup> Im Leistungswettbewerb ist der Anbieter zu einem ständigen Arbeitseinsatz und zu einer permanenten Verbesserung der eigenen Leistung gezwungen, da der Nachfrager nur das aus seiner Sicht jeweils günstigste Angebot durch einen Vertragsabschluß honoriert. Die durch die Leistungssteigerung erzielten Gewinne verbleiben dem Anbieter nur für einen kurzen Zeitraum. Ein Nachlassen in der Teilnahme am Innovationsprozess führt für den Anbieter zu einer Verdrängung aus dem Markt und damit zu einer Bedrohung der eigenen Existenz.<sup>171</sup> Gleichzeitig kann der Wettbewerbsmechanismus nicht verhindern, dass die Freiheitsrechte, die für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs unerlässlich sind, von den Marktteilnehmern dazu benutzt werden, um sich durch die Errichtung von Wettbewerbshindernissen dem wettbewerblichen Ausleseprozess zu entziehen. Denn eine privatrechtliche Vereinbarung, die darauf abzielt, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmechanismus zu beeinträchtigen und die es ermöglicht, Gewinne mit anderen Mitteln als denen der eigenen Leistung zu erzielen, ist unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten eine wirksame Ausübung der Vertragsfreiheit.<sup>172</sup> Es ist daher anerkannt, dass der Wettbewerb, bzw. die Voraussetzungen, die verwirklicht sein müssen, damit der Wettbewerbsmechanismus funktionsfähig ist, des Schutzes durch den Staat bedürfen.<sup>173</sup> Um sicherzustellen, dass der Wettbewerb nur in der Form des Leistungswettbewerbs stattfindet, hat der Gesetzgeber eine Vielzahl von Vorschriften erlassen, durch die Verhaltensweisen untersagt werden, die es den Marktteilnehmern erlauben, wirtschaftliche Abläufe durch den Einsatz von Wettbewerbseinschränkungen zu beherrschen. Das Ziel dieser Bestimmungen, zu denen auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gehören, besteht darin, die Freiheit der Marktteilnehmer zur Vornahme von selbst bestimmten Entscheidungen und damit die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsordnung aufrechtzuerhalten.<sup>174</sup> Wo der Gesetzgeber die Grenze zwischen dem Leistungswettbewerb und dem Nichtleistungskampf gezogen hat, verläuft zugleich auch die Grenze zwischen den erlaubten und den nicht erlaubten wirtschaftlichen Verhaltensweisen. Allerdings stellen die gesetzgeberischen Maßnahmen, die einen Eingriff in den wettbewerblichen Steuerungsmechanismus zur Folge haben, in einer Wettbewerbsordnung stets eine Ausnahme dar.<sup>175</sup> Denn wenn Wettbewerbshindernisse fehlen und die Voraussetzungen freier, unbeschränkter Konkurrenz vorhanden sind, ist der Wettbewerbsmechanismus ein Koordinierungssystem, das die wirtschaftlichen Abläufe ohne die Zuhilfenahme externer

---

<sup>169</sup>Nach dem Modell des funktionsfähigen Wettbewerbs können Unvollkommenheiten der Märkte, wie z. B. eine Beeinträchtigung des Wettbewerbsmechanismus in Kauf genommen werden, solange festgestellt werden kann, dass der Wettbewerbsprozess die ihm zugewiesenen Funktionen möglichst gut erfüllt, vgl. Baßeler/Heinrich/Utecht, S. 192 f.; Hefermehl/Köhler/Bornkamm - Köhler Einl, 1.14.

<sup>170</sup>Hefermehl/Köhler/Bornkamm - Köhler Einl, 6.12.

<sup>171</sup>Hefermehl/Köhler/Bornkamm - Köhler Einl, 1.25.

<sup>172</sup>Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 35 f.

<sup>173</sup>Baßeler/Heinrich/Utecht, S. 203 f.; Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 105; Scholz in: Duwendag, Staatssektor, S. 113, 126.

<sup>174</sup>Hefermehl/Köhler/Bornkamm - Köhler Einl, 1.7.

<sup>175</sup>Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 112.

Lenkungsmaßnahmen steuert.<sup>176</sup> Eine ökonomisch sinnvolle Verteilung der Produktionsfaktoren und Einkommen kann in einer Wirtschaftsordnung, die auf dem Wettbewerb basiert, nur erreicht werden, wenn Eingriffe in den Wettbewerbsprozess weitgehend unterbleiben und die Ordnungsfunktion des Wettbewerbsmechanismus unverfälscht bleibt. Das bedeutet, dass die Teilnahme eines Wirtschaftssubjekts am Marktgeschehen immer dann als zulässig anzusehen ist, wenn sie nicht von einem der ausdrücklich normierten Verbotstatbestände erfasst wird.

e) Konsequenzen für den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag

Da der Abschluss langfristiger oder zeitlich unbegrenzter Treuhandverträge durch den Erblasser keinem der Tatbestände unterfällt, die der Gesetzgeber zum Schutz der Voraussetzungen des Wettbewerbsmechanismus aufgestellt hat, ist die Begründung solcher Vertragsverhältnisse mit den Grundsätzen der bestehenden Wirtschaftsordnung vereinbar. Solange ein Verhalten durch den Gesetzgeber nicht ausdrücklich untersagt worden ist, kann der einzelne die ihm zustehenden Freiheitsrechte auch dazu nutzen, marktunadäquate oder wettbewerbsschädigende Maßnahmen vorzunehmen. Denn die grundrechtlichen Freiheitsrechte sind dem Wirtschaftssubjekt nicht zugunsten einer optimalen Wettbewerbsordnung in dem Sinn zugeordnet, dass es in seinem Handeln darauf festgelegt wäre, privatautonome Entscheidungen nur so zu treffen, wie sie nach ökonomischen Gesichtspunkten am sinnvollsten erscheinen.<sup>177</sup> Eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung, der die Gültigkeit nicht durch eine die Vertragsfreiheit insoweit beschränkende gesetzliche Norm genommen wird, ist daher auch dann wirksam, wenn sie zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Das heißt allerdings nicht, dass es dem Gesetzgeber in einem marktwirtschaftlichen System untersagt wäre, die Ergebnisse, die durch den freien Ablauf des Wettbewerbsprozesses entstehen, durch wirtschaftslenkende Maßnahmen zu korrigieren oder zu verändern. In einer Wettbewerbsordnung ist der Marktmechanismus zwar das wirksamste, aber nicht das einzige Steuerungselement. Dem Gesetzgeber steht es frei, im Interesse wirtschaftspolitischer Zielsetzungen unter Wahrung der grundrechtlichen Freiheiten der Marktteilnehmer regulierend in das Marktgeschehen einzugreifen.<sup>178</sup> Eine gesetzliche Regelung, durch die langfristige oder zeitlich unbegrenzte Treuhandverträge aus Gründen des Wettbewerbsschutzes oder zur Förderung der Konkurrenz einer Zeitschranke unterstellt werden, würde daher eine wirksame Schrankenbestimmung der Vertrags- und Eigentumsfreiheit darstellen. Staatliche Maßnahmen, die dazu dienen, den Wettbewerb zu verbessern oder dort zu korrigieren, wo der Wettbewerbsmechanismus aufgrund von Unvollkommenheiten des Marktes nicht funktioniert, stehen jedoch unter dem Vorbehalt der Ausübung hoheitlichen Ermessens.<sup>179</sup> Danach obliegt es dem Gesetzgeber, darüber zu entscheiden, ob ein wirtschaftliches Geschehen als in einem Ausmaß wettbewerbsschädigend angesehen werden muss, das ein Einschreiten zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsmechanismus notwendig macht.

Eine solche Entscheidung hat der Gesetzgeber durch die Anordnung der 30 – Jahres – Frist in den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 hinsichtlich der Wettbewerbsbeschränkungen, die die erbrechtlichen Gestaltungsinstrumente zur Folge haben, getroffen. Mit der Anordnung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Grenze hat der Gesetzgeber ausdrücklich die

<sup>176</sup>Böhm, Wirtschaftsordnung, S. 26.

<sup>177</sup>Vgl. Friauf/Wendt, Eigentum am Unternehmen, S. 70 f.

<sup>178</sup>Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 112; Altmann 6.5., S. 225 ff., 7.5., S. 365 ff.

<sup>179</sup>Hefermehl/Köhler/Bornkamm - Köhler Einl, 1.32.

durch Art. 14 I 1 GG geschützte Testierfreiheit des Erblassers eingeschränkt. Die gesetzlichen Regelungen der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 stellen eine Inhalts- und Schrankenbestimmung der Testierfreiheit dar,<sup>180</sup> zu deren Vornahme der Gesetzgeber nach Art. 14 I 2 GG befugt ist. Der Entscheidung des Gesetzgebers für die Statuierung der 30 – Jahres – Grenze im Erbrecht ist eine Abwägung der durch die Zeitgrenze betroffenen Belange vorausgegangen. In der über die Abschaffung der Familienfideikommiss geführten Debatte sind die volkswirtschaftlichen Nachteile, die durch die langfristige Bindung größerer Vermögen entstehen, dem Interesse des Erblassers an einem möglichst unbegrenzten Zusammenhalt der von ihm zu Lebzeiten erwirtschafteten Vermögenswerte gegenübergestellt worden. Auf diese Diskussion hat die erste Kommission mit der Bemerkung Bezug genommen, dass gegen die zeitlich unbegrenzte Wirksamkeit erbrechtlicher Anordnungen die gleichen Bedenken sprächen, wie gegen die Zulassung der Familienfideikommiss.<sup>181</sup> Mit der Anordnung der 30 – Jahres – Grenze für die letztwilligen Verfügungen hat der Gesetzgeber ausdrücklich dem Schutz eines möglichst uneingeschränkt funktionsfähigen Wettbewerbs den Vorrang gegenüber dem Interesse des Erblassers eingeräumt, über sein Vermögen auch für die Zeit nach seinem Tod mit zeitlich unbefristeter Dauer verfügen zu können.

An einer vergleichbaren Entscheidung des Gesetzgebers, in der dieser das Rechtsinstitut des funktionsfähigen Wettbewerbs im Verhältnis zu den Belangen der Parteien, die einen langfristigen Treuhandvertrag abgeschlossen haben, für schutzwürdiger erklärt, fehlt es. Die volkswirtschaftlichen Erwägungen zugunsten der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sind daher, so lange der Gesetzgeber nicht eine einfach – gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses einschließlich einer zeitlichen Begrenzung der Dauer des Treuhandvertrags vornimmt, nicht geeignet, die grundrechtlich geschützte Vertrags- und Eigentumsfreiheit einzuschränken. Somit ist es nicht möglich, die in den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 enthaltene Zeitschranke auf der Grundlage volkswirtschaftlicher Überlegungen auf Treuhandverträge, die vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossen worden sind, zu übertragen.

### 3. Der Schutz der Interessen der Erben als ratio legis der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1

#### a) Die 30 – Jahres – Frist als Grenze für die Bindung der Erben an den Willen des Erblassers

##### *aa) Der Schutz der Erben bei einer Verfügung von Todes wegen*

Den Gesetzesmaterialien lässt sich entnehmen, dass der erbrechtlichen 30 – Jahres – Grenze neben den Gründen volkswirtschaftlicher Art, mit denen vor allem der historische Gesetzgeber die Einführung der erbrechtlichen Zeitgrenze gerechtfertigt hat, eine weitere Zweckbestimmung zugrunde liegt, die nicht nur eng mit den nationalökonomischen Gründen verbunden ist, sondern als notwendige Konsequenz aus den volkswirtschaftlichen Argumenten folgt. Mit Hilfe der im BGB vorgesehenen Verfügungen von Todes wegen kann der Erblasser nicht nur bestimmen, wer sein Vermögen bekommen soll, sondern auch, in welcher Weise Vermögensgegenstände genutzt werden sollen oder in welcher Weise nicht über Vermögensgegenstände verfügt werden darf. Durch die Anordnungen, mit denen der Erblasser unmittelbar oder mittelbar dadurch, dass als Folge einer letztwilli-

<sup>180</sup>Sasse, S. 82.

<sup>181</sup>Vgl. Schmitt, Motive TE S. 178, Schubert, Erbrecht I, S. 294.

gen Verfügung bestimmte gesetzliche Verfügungsbeschränkungen zur Anwendung kommen, die Verwendung seines Vermögens für die Zeit nach seinem Tod festlegt, wird es den Erben unmöglich gemacht, entsprechend ihrem eigenen Willen über die Nachlassgüter zu verfügen. Indem die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung zeitlich begrenzen, wird daher zugleich bewirkt, dass den Erben die freie und uneingeschränkte Verfügungsmacht über die Nachlassgegenstände eingeräumt wird. Von der ersten Kommission ist die Anordnung der 30 – Jahres – Grenze bei der Einsetzung eines Nacherben ausdrücklich damit begründet worden, dass mit Hilfe der Zeitschranke eine Bestimmung des Erblassers verhindert werden sollte, durch die der Nachlass für unbegrenzte Dauer der freien Verfügung des Vorerben und dessen Rechtsnachfolgern entzogen werden kann.<sup>182</sup> Beim Vermächtnis<sup>183</sup> und bei der Testamentsvollstreckung<sup>184</sup> ist auf die bei der Nacherbschaft genannte Begründung Bezug genommen worden. Lediglich beim Erbteilungsverbot ist ein ausdrücklicher Verweis auf die zur Vorerbschaft gemachten Ausführungen unterblieben.<sup>185</sup> Dennoch wird in der Literatur einhellig angenommen, dass auch § 2044 II 1 Ausdruck eines allgemeinen erbrechtlichen Prinzips ist, nach dem die Erben den vom Erblasser vorgenommenen Rechtsbeschränkungen hinsichtlich der Nachlassgegenstände längstens für eine Dauer von 30 Jahren unterliegen sollen.<sup>186</sup> Auch wenn für die Einführung der 30 – Jahres – Grenze bei den einzelnen erbrechtlichen Verfügungen noch andere, zusätzliche Gründe ausschlaggebend waren,<sup>187</sup> lässt sich als einheitlicher Grundgedanke der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 feststellen, dass durch die erbrechtliche Zeitgrenze die Interessen der Erben geschützt werden sollten.<sup>188</sup> Eine weitere Zweckbestimmung der erbrechtlichen Zeitgrenze kann daher darin gesehen werden, zu gewährleisten, dass die Erben nach Ablauf eines Zeitraums von 30 Jahren, beginnend mit dem Erbfall, frei über die Nachlassgegenstände verfügen können.<sup>189</sup>

*bb) Die Interessenlage der Erben bei dem den Tod des Treugebers überdauernden Treuhandvertrag*

Auch durch ein vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenes, unkündbares Treuhandverhältnis sind die Erben in einer für sie unwiderruflichen Weise an den Willen des Erblassers gebunden. Anders als bei einer vom Erblasser ausgesprochenen Verfügung von Todes wegen haben die Erben im Rahmen des Treuhandverhältnisses nicht die Möglichkeit, den Erblasserwillen durch eine einstimmige Entscheidung zu umgehen oder außer Kraft zu setzen. Dem Interesse der Erben an einer uneingeschränkten Verfügung über die aus

<sup>182</sup>Mugdan, Materialien V, S. 48.

<sup>183</sup>Mugdan, Materialien V, S. 95.

<sup>184</sup>Mugdan, Materialien V, S. 668.

<sup>185</sup>Mugdan, Materialien V, S. 370.

<sup>186</sup>MK - Heldrich<sup>4</sup> § 2044, 21; RGRK - Kregel<sup>12</sup> § 2044, 8; Staud. - Werner<sup>14</sup> § 2044, 17; Kipp/Coing § 116 IV 2; Dietz, S. 242; v. Lübtow II, S. 830; Kegel, FS Lange, S. 928; Weckbach, S. 44.

<sup>187</sup>Für das Vermächtnis wird angenommen, dass die 30 - Jahresfrist auch der Rechtssicherheit dient. Durch § 2162 I 1 soll gewährleistet werden, dass die Entstehung des Vermächtnisses nicht auf ewig im Ungewissen, bleibt, vgl. MK - Schlichting<sup>4</sup> § 2162, 1; Soergel - Wolf<sup>13</sup> § 2162, 1; Brox, Erbrecht, Rz 450; Westebbe, S. 76. Das Erbteilungsverbot wurde u. a. wegen der Nachteile, die mit dem Verbleiben in einer Zwangsgemeinschaft verbunden sind, auf 30 Jahre begrenzt, vgl. Mugdan, Materialien V, S. 370.

<sup>188</sup>Vgl. Staud. - Reimann<sup>14</sup> § 2210, 5; Staud. - Werner<sup>14</sup> § 2044, 17; Soergel - Harder/Wegmann<sup>13</sup> § 2109, 1; RGRK - Johannsen<sup>12</sup> § 2109, 1; MK - Grunsky<sup>4</sup> § 2109, 1; Palandt - Edenhofer § 2109, 1; Weckbach, S. 44; Brox, Erbrecht, Rz 354; Strohal Bd. I, S. 212; Dietz, S. 205; Leonhard, Erbrecht, § 2044 IV; Däubler JZ 69, 499, 501; Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts, S. 47.

<sup>189</sup>Erman - Schmidt § 2162, 1; Staud. - Otte<sup>14</sup> § 2162, 1; Lange/Kuchinke § 44 II 3 b; v. Lübtow II, S. 830; Großfeld JZ 68, 113, 120; Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 945; Kegel, FS Lange, S. 927, 928.

dem Treuhandverhältnis resultierende Forderung auf Herausgabe des Treuguts und damit zugleich über das Treugut selbst entspricht es daher, auch die vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenen Treuhandverträge in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen. Die unabdingbare Bindung an seinen Willen, die der Erblasser durch den Abschluss eines unkündbaren Treuhandvertrags für die Erben begründet, legt es somit nahe, die erbrechtliche Zeitgrenze im Weg eines erst – recht – Schlusses auf die vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenen langfristigen bzw. unbefristeten Treuhandverhältnisse zu übertragen.

#### b) Der Grundsatz der Universalsukzession als ein einer Analogie entgegenstehendes Prinzip

Die Übertragung des Grundsatzes, der der erbrechtlichen Zeitgrenze zugrunde liegt, auf die zu Lebzeiten des Erblassers abgeschlossenen Treuhandverträge ist nur dann möglich, wenn diese Analogie nicht durch eine andere, im Gesetz zum Ausdruck gekommene Wertung ausgeschlossen wird.<sup>190</sup> Enthält die Rechtsordnung einen der analogen Anwendung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 entgegenstehenden Grundsatz, ist davon auszugehen, dass die Rechtsordnung der 30 – Jahres – Grenze eine allgemeine, über das Erbrecht hinausgehende Geltung nicht zuordnet. Als ein solches Rechtsprinzip, das der Geltung der erbrechtlichen Zeitschranke im Schuldrecht möglicherweise entgegensteht, kommt der in § 1922 I ausgesprochene Grundsatz der Universalsukzession in Betracht.

Das Prinzip der Universalsukzession stellt einen grundlegenden Gedanken des Erbrechts dar, der im Interesse der Allgemeinheit zum Schutz der Rechtssicherheit, der Kontinuität des Rechts, des Rechtsfriedens sowie einer geordneten Kreditwirtschaft in das Erbrecht aufgenommen worden ist.<sup>191</sup> Nach dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge treten die Erben in dem Augenblick, in dem die Rechtspersönlichkeit des Erblassers erlischt, in die Rechte und Pflichten des Erblassers ein.<sup>192</sup> Sie erwerben das Aktivvermögen sowie alle vererblichen Rechtsverhältnisse ohne weiteres Zutun unmittelbar kraft Gesetzes. Da die gesamte Vermögenslage des Erblassers auf die Erben übergeht, kann man sagen, dass die Erben nach dem Prinzip der Universalsukzession das rechtliche Leben des Erblassers fortsetzen.<sup>193</sup> Durch § 1922 werden alle dem Erblasser zustehenden vermögensbezogenen Rechte und Pflichten unverändert, d. h. in dem Zustand, in dem sie sich beim Erblasser befunden haben, auf die Erben übertragen, die sie als eigene Rechts- und Pflichtenstellung übernehmen.<sup>194</sup> Da die Rechtsnachfolge der Erben eine rein derivative ist, gehen die vom Erblasser begründeten Schuldverhältnisse mit dem gleichen Inhalt auf die Erben über, den sie in der Person des Erblassers hatten.<sup>195</sup> Weil der Tod des Erblassers weder einen Grund zur Aufhebung noch zur Abänderung seiner Rechte darstellt, übernehmen die Erben das vom Erblasser begründete Treuhandverhältnis gemäß § 1922 so, wie es nach den Bestimmungen des Schuldrechts zustande gekommen ist, d. h. das Treuhandverhältnis wird als langfristiges oder unbefristetes und unkündbares Dauerschuldverhältnis fortgesetzt. Nach dem Grundsatz der Universalsukzession haben die Erben daher den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag entsprechend seinem ursprünglichen Inhalt fortzuführen, wobei das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge einer inhaltlichen Veränderung

<sup>190</sup>Canaris, Feststellung, S. 95 f.

<sup>191</sup>Kipp/Coing § 92 I 2; Endemann, Lehrbuch Bd. III/1, § 2 II b; Leonhard, Erbrecht, § 1922 II.

<sup>192</sup>BGHZ 32, 367, 369; Soergel - Stein<sup>13</sup> § 1922, 10; MK - Leipold<sup>4</sup> § 1922, 16; RGRK - Kregel<sup>12</sup> § 1922, 10.

<sup>193</sup>Kipp/Coing § 1 II 1; Staud. - Marotzke<sup>14</sup> vor § 1967, 7; Böhmer FS RG Bd. III, S. 216; ders., Erbfolge u. Erbenhaftung, S. 25.

<sup>194</sup>OLG Hamm OLGZ 79, 44, 48; Lange/Kuchinke § 5 II 2; Böhmer, Erbfolge u. Erbenhaftung, S. 27.

<sup>195</sup>Böhmer, Erbfolge u. Erbenhaftung, S. 30, 111 f.

der vertraglichen Verpflichtungen, wie sie durch eine analoge Anwendung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 eintritt, grundsätzlich entgegensteht.

Es kann daher festgestellt werden, dass sich bei der Beurteilung der Frage, ob die langfristigen oder unbefristeten, zu Lebzeiten des Erblassers abgeschlossenen Treuhandverträge durch eine analoge Anwendung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen sind, zwei Grundprinzipien des Erbrechts gegenüberstehen. Nach dem Grundsatz der Universalsukzession ist das Treuhandverhältnis von den Erben mit unverändertem Inhalt fortzusetzen, während durch die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 erreicht werden soll, dass die Erben nach einem Zeitraum von 30 Jahren, beginnend mit dem Erbfall, über sämtliche Nachlassbestandteile ohne eine Bindung an den Erblasserwillen frei verfügen können. Eine analoge Anwendung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 auf die zu Lebzeiten des Erblassers abgeschlossenen Treuhandverträge ist daher nur dann möglich, wenn der Schutz, den die Rechtsordnung den Interessen der Erben mit der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist zukommen lässt, im Verhältnis zum Grundsatz der Universalsukzession als höherrangig anzusehen ist und aus diesem Grund eine Einschränkung des Grundsatzes der Universalsukzession erforderlich macht.

c) Der Schutz, den die Rechtsordnung den Interessen der Erben zuweist

Aus welchem Grund der Gesetzgeber dem Interesse der Erben an einer uneingeschränkten Verfügung über die Nachlassgegenstände gegenüber dem Interesse des Erblassers an einer Bindung der Erben einen vorrangigen Schutz eingeräumt hat, lässt sich weder den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 noch den Materialien zu diesen Bestimmungen entnehmen. Ein Anhaltspunkt, der einen Rückschluss auf den Normzweck der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist zulässt, kann jedoch aus dem der Verfügung von Todes wegen zugrunde liegenden Geltungsgrund abgeleitet werden. Denn mit Hilfe des Beweggrundes, der eine Rechtfertigung für die dem Erblasser zustehende Befugnis darstellt, ein für die Zeit nach seinem Tod wirksames Rechtsgeschäft vorzunehmen, kann zugleich erklärt werden, aus welchem Grund diese Rechtsmacht des Erblassers nur als eine zeitlich begrenzte ausgestaltet worden ist.

*aa) Der Eigentumsbegriff als Geltungsgrund der Verfügung von Todes wegen*

Die herrschende Meinung leitet das Recht der Testierfreiheit aus dem dem BGB und der Verfassung zugrunde liegenden Eigentumsbegriff ab.<sup>196</sup> Die Freiheit, testieren zu können, ergibt sich danach als logische Folge aus der Garantie des Eigentums. Denn das in Art. 14 GG gewährleistete Eigentumsrecht schließt neben der Befugnis zur Nutzung des Eigentums auch das Recht zu seiner Übertragung mit dauernder Wirkung ein.<sup>197</sup> Die Testierfreiheit stellt somit einen Teil der umfassenden Dispositionsfreiheit über das Eigentum dar und ist ein wesentlicher Bestandteil der Bestands– und Nutzungsgarantie des grund-

<sup>196</sup> Staud. - Otte<sup>14</sup> Einl § 1922, 63; Soergel - Stein<sup>13</sup> Einl § 1922, 4; RGRK - Johannsen<sup>12</sup> vor § 2064, 1; Larenz BGB AT (1967) § 9 III, S. 119 f.; Leisner, HdStR VI § 150, 1; Dreier - Wieland Art. 14, 67; Stöcker, WM 79, 214, 220; v. Lübtow I, S. 18 f.; Schlüter, Erbrecht, Rz 5, 6; ders., Festgabe Zivilrechtslehrer, S. 575, 581; Böhmer, Die Grundrechte Bd. II, S. 407, 401; Maunz/Dürig - Papier Art. 14, 295, 297 f.; Papier, Der Staat 11, S. 483, 511; BK - Kimminich Art. 14, 127; v. Mangoldt/Klein/Starck - Depenheuer Art. 14, 515 f.; Leisner, Grenzen, S. 53, 73 f.; Friauf, Eigentumsgarantie, S. 438, 448; Barnstedt, DNotZ 69, 14, 16.

<sup>197</sup> Staud. - Otte<sup>14</sup> Einl § 1922, 63.



rechtlichen Eigentumsbegriffs.<sup>198</sup> Würde man dem Erblasser das Recht nehmen, von Todes wegen über Eigentumsrechte zu verfügen, würde das dem Erblasser zustehende Eigentumsrecht auf einen lebenslangen Nießbrauch an der Sache reduziert. Die Aufhebung der Befugnis, durch eine letztwillige Verfügung über Vermögensrechte zu bestimmen, wäre daher als Eingriff in den Wesensgehalt des Eigentums unzulässig.<sup>199</sup>

Vom BGB ist das Eigentum als umfassendes Herrschaftsrecht ausgestaltet worden, das sämtliche Befugnisse, die die Rechtsordnung mit einer Sache verbindet, dem Inhaber des Eigentumsrechts zuweist.<sup>200</sup> Den Kern der Freiheitsgewährleistung bildet die dem Eigentümer mit ausschließlicher Wirkung zustehende Verfügungsmacht, die ihn dazu in die Lage versetzt, nach Belieben mit der Sache zu verfahren und es ihm gleichzeitig ermöglicht, anderen Personen eine Einwirkung auf die Sache zu untersagen.<sup>201</sup> Als absolutes Recht räumt das Eigentum dem Rechtsinhaber eine Berechtigung ein, über deren Ausübung nur er selbst entscheidet. Durch die Bestimmungen des Sachenrechts wird das Eigentum an einem Gegenstand unter Ausschluss jedes Dritten dem Willen des Rechtssubjekts unterstellt. Der Eigentümer wird von der Rechtsordnung in jeder Betätigung seines auf die Sache gerichteten Willens geschützt. Er kann mit der Sache machen was er will, die Entscheidung, das Eigentum zu nutzen oder darüber durch eine Übertragung zu verfügen, ist allein dem Berechtigten vorbehalten.<sup>202</sup> Eingriffe Dritter kann der Eigentümer durch gegen jedermann gerichtete Abwehransprüche untersagen.<sup>203</sup> Die auf die Sache bezogene Willensherrschaft kann der Eigentümer ohne jeden Vorbehalt und ohne Einschränkung ausüben. In seiner Entscheidung, einen Gegenstand zu gebrauchen, in einer bestimmten Weise zu gebrauchen oder nicht zu gebrauchen, ist er vollständig frei und keiner Bewertung durch die Rechtsordnung unterworfen. Gegen Eingriffe durch Dritte ist der Eigentümer auch dann in umfassender Weise gesichert, wenn er seine auf die Sache gerichtete Willensherrschaft nicht ausübt. Die zum Wesen des absoluten Rechts gehörende Willensmacht wird von der Rechtsordnung unabhängig davon geschützt, ob sie genutzt wird oder nicht. Ausgeübt werden kann das Eigentumsrecht nur durch die Person des Rechtsinhabers. Sämtliche der mit dem Eigentum verbundenen Herrschaftsbefugnisse werden in der Person des Berechtigten zusammengefasst. Der im Eigentum stehende Gegenstand ist daher nur den Rechtsänderungen ausgesetzt, die der Berechtigte durch seinen Willen herbeiführt.

Die Rechtsordnung hat das Eigentumsrecht als "ewiges" Recht ausgestaltet, das so lange fortbesteht, wie die Sachgüter, auf die es sich bezieht, existieren.<sup>204</sup> Bestand und Inhalt des Eigentums bleiben vom Wechsel des berechtigten Subjekts unberührt. Für das Eigentumsrecht charakteristisch ist seine Unsterblichkeit, die Sohm mit der Formulierung, "der Eigentümer vergeht, das Eigentumsrecht wird ihn überleben," umschrieben hat.<sup>205</sup> Die

---

<sup>198</sup>Maunz/Dürig - Papier Art. 14, 298; v. Mangoldt/Klein/Starck – Depenheuer Art. 14, 515.

<sup>199</sup>Staud. - Otte<sup>14</sup> Einl § 1922, 63; Bartholomeyczik, Erbrecht, § 3 VI 1; Leisner, Grenzen, S. 73; Böhmer, Die Grundrechte Bd. II, S. 407.

<sup>200</sup>Staud. - Seiler<sup>14</sup> Vorbem § 903, 2; Woff/Raiser § 51 II.

<sup>201</sup>Staud. - Seiler<sup>14</sup> § 903, 10 f.; Woff/Raiser § 51 I.

<sup>202</sup>v. Tuhr I § 1 II.

<sup>203</sup>Larenz/Wolf § 15, 2.

<sup>204</sup>Die zeitliche Unbegrenztheit des Eigentums wird mit Aspekten der Rechtssicherheit und des Gläubigerschutzes begründet. Würde das Eigentum mit dem Tod des Berechtigten erlöschen, würden die Gläubiger nicht nur ihren Schuldner verlieren, sondern mit dessen Vermögen würde ihnen gleichzeitig auch die Haftungsmasse entzogen. Eine auf Personalkredit gegründete Wirtschaftsordnung wäre nicht mehr möglich, vgl. Schlüter, Festgabe Zivilrechtslehrer, S. 575, 581; Papantoniou, AcP 173, 385, 391.

<sup>205</sup>Sohm, S. 393.

zeitliche Unbegrenztheit des Eigentums hat zur Folge, dass an die Stelle des Rechtssubjekts, dem die durch das Eigentum vermittelte Macht bisher zugeordnet war, dann, wenn dieses Rechtssubjekt durch Tod fortfällt, eine andere Person treten muss. Die Frage, wem die an das Eigentum gebundene Herrschaftsmacht nach dem Tod des Berechtigten zustehen soll, wird nicht durch das Sachenrecht, sondern durch das Erbrecht beantwortet.<sup>206</sup> Die Aufgabe, das Eigentumsrecht in der Hand der privaten Rechtssubjekte zu perpetuieren,<sup>207</sup> kann das Erbrecht nicht dadurch lösen, dass es eine beliebige Person an die leer gewordene Stelle setzt. Der Fortbestand des Eigentumsrechts kann vielmehr nur in Übereinstimmung mit dem Eigentumsbegriff ausgestaltet werden.

Aus dem Eigentumsrecht, das sämtliche Regelungsbefugnisse dem Eigentümer vorbehält und eine Verfügung Dritter über das Eigentumsrecht grundsätzlich ausschließt, ergibt sich mit logischer Konsequenz, dass die Bestimmung derjenigen Person, auf die das Eigentum mit dem Tod des Erblassers übergeht, nur durch den bisherigen Eigentümer erfolgen kann.<sup>208</sup> Jede andere Gestaltung der Rechtsnachfolge in das Eigentum, zum Beispiel die Übertragung des Eigentums auf den Staat, eine beliebige dritte Person oder die Übertragung der die Rechtsnachfolge betreffenden Regelungsbefugnis auf eine dritte Person, wäre mit dem Eigentumsbegriff unvereinbar.<sup>209</sup> So wie dem Erblasser nach § 903 das Recht zusteht, zu Lebzeiten nach Belieben mit der Sache zu verfahren, muss er auch für den Fall seines Todes über sein Eigentum verfügen können.<sup>210</sup> Weil der Erblasser bis zu diesem Zeitpunkt allein verfügungsberechtigt gewesen ist, ist es folgerichtig, wenn ihm von der Rechtsordnung zugebilligt wird, von der Verfügungsmacht über sein Eigentum ein letztes Mal Gebrauch zu machen, um zu entscheiden, was mit den ihm gehörenden Vermögenswerten, deren Eigentümer er nicht mehr sein kann, nach seinem Tod geschehen soll.<sup>211</sup> Die Testierfreiheit kann daher als letzte Konsequenz der das Eigentum konstituierenden Verfügungsmacht angesehen werden,<sup>212</sup> durch die die Übertragbarkeit des Eigentums von Todes wegen zwischen den Privatrechtssubjekten gewährleistet wird.<sup>213</sup> Ihr Zweck besteht darin, die Regelung der vermögensrechtlichen Nachfolge im Todesfall der Verfügungsfreiheit des Eigentümers zu unterstellen.<sup>214</sup> Ebenso wie ein zu Lebzeiten vorgenommenes und vollzogenes Verfügungsgeschäft stellt die durch Testament erfolgende Bestimmung des zukünftigen Vermögensinhabers einen Gebrauch des Eigentumsrechts dar.<sup>215</sup> Vom Eigentümer wird zu Lebzeiten eine Verfügung über das ihm zustehende Eigentumsrecht vorgenommen, deren Ergebnisse von der Rechtsordnung nach seinem Tod ungeachtet dessen zu respektieren sind, dass er zu dem Zeitpunkt, in dem die Verfügung wirksam wird, nicht mehr lebt. Dem Eigentümer einerseits zu Lebzeiten ein umfassendes Verfügungsrecht über die Sache zuzusprechen und ihm andererseits dieses Recht zur Bestimmung der für den Todesfall zu regelnden Rechtsnachfolge zu entziehen, würde

<sup>206</sup>Leisner, HdStR VI § 150, 2.

<sup>207</sup>Maunz/Dürig - Papier Art. 14, 295; v. Mangoldt/Klein/Starck – Depenheuer Art. 14, 509.

<sup>208</sup>Larenz BGB AT (1967) § 9 III, S. 119; Leisner, HdStR VI § 150, 1.

<sup>209</sup>Larenz BGB AT (1967) § 9 III, S. 120.

<sup>210</sup>Lange/Kuchinke § 1 III; Barnstedt DNotZ 69, 14, 16.

<sup>211</sup>Der enge Zusammenhang zwischen der dem Eigentümer zu Lebzeiten zustehenden Verfügungsmacht und der Testierfreiheit kommt bereits bei Hugo Grotius zum Ausdruck, der die testamentarische Verfügung als eine Form des abgeleiteten Eigentumserwerbs ansieht, durch den Vermögenswerte für den Fall des Todes zunächst widerruflich übertragen werden, Über das Recht des Krieges und des Friedens Bd. I, S. 325 ff.

<sup>212</sup>Lange/Kuchinke § 1 III; Leipold, Erbrecht, Rz 62; Barnstedt DNotZ 69, 14, 16; Leisner, Grenzen, S. 73; Quebe, S. 50; Maunz/Dürig - Papier Art. 14, 297 f.; Larenz BGB AT (1967) § 9 III, S. 119; MK - Leipold<sup>4</sup> Einl § 1922, 16; Sohm, S. 394.

<sup>213</sup>Leisner, HdStR VI § 150, 1.

<sup>214</sup>MK - Leipold<sup>4</sup> Einl § 1922, 16; Schlüter, Festgabe Zivilrechtslehrer, S. 575, 580.

<sup>215</sup>Quebe, S. 46, 48.

dem Eigentumsbegriff des BGB widersprechen.<sup>216</sup> Denn der Charakter des Eigentums als absolutem Recht bedingt, dass das Schicksal des Nachlasses nur durch den vom Erblasser selbst geäußerten Willen bestimmt werden kann.

*bb) Die Rechtfertigung der Befugnis, über die Verwendung des Vermögens nach dem Tod zu bestimmen*

Aus der Natur des absoluten Rechts folgt dabei allerdings lediglich, dass es dem Rechtsinhaber vorbehalten bleiben muss, für den Todesfall die Person seines Rechtsnachfolgers zu bestimmen. Der Ausschließlichkeitsgehalt des Eigentums erfordert nicht zwingend, dass dem Eigentümer auch in der Zeit nach seinem Tod eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Verwendung der ihm gehörenden Vermögenswerte gewährleistet sein muss.<sup>217</sup> Anders als bei der Bestimmung der nach dem Tod erfolgenden Vermögenszuordnung handelt es sich bei den dem Erblasser zugestandenen verhaltensbezogenen Einwirkungsmöglichkeiten nicht um eine notwendige Konsequenz des Eigentumsrechts.<sup>218</sup> Dennoch kann neben dem Recht, einen Nachfolger in das Vermögen für den Todesfall festzusetzen, auch die dem Erblasser vom Gesetz darüber hinaus eingeräumte Befugnis, Bestimmungen über die Verwendung seines Nachlasses für die Zeit nach seinem Tod vorzunehmen, auf das Eigentumsrecht zurückgeführt werden.

Die Zivilrechtsordnung geht grundsätzlich von dem Normalfall aus, dass der Rechtsinhaber das ihm zustehende Eigentum durch den Einsatz einer eigenen Leistung erworben hat.<sup>219</sup> Diese Leistung kann zum einen darin bestehen, dass ein Sachwert unmittelbar durch Arbeit geschaffen oder durch wiederum erarbeitete Zahlungsmittel erlangt wird. Die persönliche Leistung des Eigentümers kann zum anderen auch darin gesehen werden, dass er einen Sachwert in seinem Bestand erhält, indem er ihn gegen Zerstörung und Beschädigungen schützt.<sup>220</sup> Dass ein Vermögenswert "erarbeitet" worden ist, ist die eigentliche Legitimation dafür, dass seinem Inhaber das ausschließliche Verfügungs- und Nutzungsrecht an der Sache zugewiesen wird.<sup>221</sup> Als Inhaber eines absoluten Rechts ist der Eigentümer nicht nur dazu berechtigt, in jeder rechtlich möglichen Weise über den Gegenstand zu verfügen. Da die Rechtsordnung ihm darüber hinaus sämtliche Nutzungen der Sache zuweist, ist er ebenso befugt, den Sachwert vollständig im eigenen Interesse auszunutzen. Die vollständige Nutzung einer Sache erfolgt bei Gegenständen, die nur einen einmaligen oder der Zahl nach begrenzten Gebrauch zulassen, durch deren Verbrauch, und bei Sachen, die der Anzahl nach unbegrenzt nutzbar sind, durch deren Veräußerung.<sup>222</sup> Überträgt der Erblasser durch eine Verfügung von Todes wegen Sachwerte auf einen Dritten, ist Voraussetzung einer solchen Rechtshandlung, dass der Erblasser zu Lebzeiten auf die vollständige Ausnutzung der ihm gehörenden Gegenstände verzichtet hat. Denn wenn der Erblasser das ihm zustehende Vermögen vor seinem Tod verbraucht hätte, wären Nachlassbestandteile, die nach seinem Tod auf seine Rechtsnachfolger übergehen könnten, nicht mehr vorhanden. Dem auf Seiten des Erblassers gegebenen Verzicht auf die vollständige Nutzung der Eigentumsrechte, der mit dem

---

<sup>216</sup>Lange/Kuchinke § 1 III.

<sup>217</sup>Schlüter, Festgabe Zivilrechtslehrer, S. 575, 579.

<sup>218</sup>A. A. Quebe, S. 53 f.

<sup>219</sup>Leisner, HdStR VI § 150, 12. Zur Bedeutung des Kriteriums der Leistung für den verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums vgl. Friauf, Eigentumsgarantie, S. 445 ff.

<sup>220</sup>Jung, Rechtsphilosophie, S. 40.

<sup>221</sup>Jung, Rechtsphilosophie, S. 39; Bartholomeyczik, Erbrecht, § 3 VI 4.

<sup>222</sup>Jung, Rechtsphilosophie, S. 39.

Bestreben verbunden ist, diese Rechte unter Zurückstellung der eigenen Interessen für die Erben zu erhalten, steht auf Seiten der Erben der unentgeltliche Erwerb des Eigentums zum eigenen Gebrauch gegenüber. Der Erwerb des Eigentums durch eine Verfügung von Todes wegen ist somit dadurch gekennzeichnet, dass ein Eigentumsrecht von einer Person, die das Eigentum durch Leistung erworben hat, jedoch auf die Ausübung der durch den Einsatz der Leistung vermittelten Nutzungsbefugnisse verzichtet hat, auf eine Person übergeht, die dazu in die Lage versetzt wird, das Eigentum vollumfänglich zu nutzen, ohne dass zu diesem Rechtserwerb eine eigene Leistung erforderlich geworden ist.<sup>223</sup> Damit auch bei einer solchen Form der Rechtsübertragung der Charakter des Eigentums als "Leistungseigentum" gewahrt bleibt, durch den die aus dem Eigentum resultierenden Nutzungsbefugnisse grundsätzlich der Person zugeordnet werden, die sich das Eigentum durch den Einsatz eigener Kräfte "erarbeitet" hat, erscheint es bei einem durch Erbfall erfolgenden Eigentumserwerb sachgerecht, dem bisherigen Rechtsinhaber das Recht einzuräumen, seinen Rechtsnachfolger hinsichtlich der Verwendung des Eigentumsrechts an seinen Willen zu binden.<sup>224</sup> Auch die Befugnis des Erblassers, durch eine Verfügung von Todes wegen für die Zeit nach dem Erbfall festzuschreiben, in welcher Weise der Nachlass genutzt werden soll, kann somit aus dem Eigentumsbegriff abgeleitet werden.<sup>225</sup>

### *cc) Die Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung der letztwilligen Verfügung*

Für das dem Erblasser zustehende Recht, in der Zeit nach seinem Tod Bestimmungen über die Verwendung seines Vermögens vorzunehmen, stellt der Eigentumsbegriff nicht nur die Rechtfertigung dar, er bedingt zugleich die Notwendigkeit, die über den Tod hinaus mögliche Verfügungsmacht in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen. Denn mit Rücksicht auf den Charakter des Eigentums als absolutem Recht kann die Rechtsordnung es nicht zulassen, dass die Befugnis zur Verfügung über das Eigentum dauerhaft eingeschränkt wird, wenn das Eigentum an den Nachlassgegenständen vom Erblasser auf die Erben übergeht. Eine solche dauerhafte Beschränkung der Verfügungsmacht über Nachlassgegenstände mit dinglicher Wirkung oder durch ein Verfügungshindernis tatsächlicher Art<sup>226</sup> würde zum Nachteil der Erben eintreten, wenn der Erblasser von den im Gesetz vorgesehe-

<sup>223</sup>Vgl. Leisner, HdStR VI § 150, 11; Stöcker WM 79, 214, 221; Leipold, Erbrecht, Rz 62.

<sup>224</sup>Bartholomeyczik, Erbrecht, § 3 VI 4.

<sup>225</sup>Für den Gesetzgeber war bei der Entscheidung, auch verhaltensbezogene letztwillige Bestimmungen des Erblassers zuzulassen, allerdings weniger deren Rechtfertigung durch den Eigentumsbegriff ausschlaggebend, als die Anerkennung des dem Menschen eigenen, natürlichen Bestrebens, sich ein den persönlichen Bedarf übersteigendes Vermögen zu schaffen. In einer privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung stellt der Trieb zum Arbeiten, Erhalten und Weitergeben von Vermögenswerten eine unerlässliche Voraussetzung zur Schaffung eines Kapitalstocks dar, auf dessen Grundlage die Produktion der wirtschaftlichen Güter erfolgen kann. Ein gewisser wirtschaftlicher Wohlstand kann ohne die Schaffung großer Vermögen, ohne die weder bedeutende wirtschaftliche Leistungen erbracht werden können, noch die Erfüllung von Aufgaben möglich ist, deren Verwirklichung die Lebenszeit einer Generation überdauert, nicht erreicht werden. Der Gesetzgeber wollte daher ein Verhalten, durch das unter Einsatz eigener Leistung bedeutende Vermögenswerte geschaffen und an die nachfolgende Generation weitergegeben werden, wegen seines hohen wirtschaftlichen Nutzens nicht nur anerkennen, sondern ausdrücklich fördern. Mehr Vermögenswerte zu schaffen, als der einzelne und seine Familie zu Lebzeiten verbrauchen können, ist für den Erblasser jedoch nur sinnvoll, wenn dieser die Gewissheit haben kann, dass das Vermögen seinen selbstgewählten Nachfolgern erhalten bleibt und von diesen in seinem Sinn verwandt wird, Staud. - Böhmer<sup>11</sup> Einl § 1922, § 5, 10 ff.; Leisner, HdStR VI § 150, 1; Bartholomeyczik, Erbrecht, § 3 VI 2.

<sup>226</sup>Ein Verfügungshindernis tatsächlicher Art entsteht z. B. durch die Anordnung eines Vermächtnisses, das für die Erben zur Folge hat, dass sie sich dem Begünstigten gegenüber schadenersatzpflichtig machen, wenn sie über den diesem vermachten Gegenstand anderweitig verfügen, vgl. Lange/Kuchinke § 29 II 2 d).

nen Verfügungen von Todes wegen mit zeitlich unbegrenzter Wirksamkeit Gebrauch machen könnte.

Mit dem Inhalt des Eigentums als einem Recht zur totalen Herrschaft über eine Sache, das diese Sache dem Vermögen des Berechtigten in der Weise zuordnet, dass diesem jede in der Rechtsordnung vorgesehene Verfügungsmöglichkeit über die Sache zusteht, ist eine dauerhafte Beschränkung der Rechtsausübung unvereinbar. Dass beim Eigentum sämtliche Rechte, über die Sache zu verfügen, mit ausschließlicher Wirkung dem Rechtsinhaber zugewiesen werden, ist eine Regelung, die der Gesetzgeber im Rahmen der zivilrechtlichen Zuständigkeitsordnung getroffen hat. Die zivilrechtliche Zuständigkeitsordnung ist zwingenden Rechts. Das folgt aus dem im Sachenrecht geltenden *numerus clausus*, wonach die dinglichen Rechte sowohl der Anzahl nach als auch nach ihrer inhaltlichen Ausgestaltung gesetzlich fixiert sind.<sup>227</sup> Danach steht dem Inhaber eines dinglichen Rechts über dessen Inhalt keine rechtsgeschäftliche Dispositionsbefugnis derart zu, dass er die Befugnisse, die vom Gesetz mit dem Recht verbunden worden sind, vom Recht trennen oder dem Recht neue Befugnisse zuweisen könnte.

Würde man eine Anordnung der im Gesetz vorgesehenen letztwilligen Verfügungen ohne zeitliche Begrenzung zulassen, wäre der Erblasser dazu in der Lage, den Inhalt des ihm zustehenden Eigentumsrechts zu verändern, wenn er von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch macht. Durch die Anordnung einer zeitlich unbegrenzt wirksamen Verfügung von Todes wegen entsteht für die Erben eine nicht mehr wegfallende Beschränkung in der Ausübung ihres Eigentumsrechts, weil im Zeitpunkt des Erbfalls feststeht, dass die Erben von einer bestimmten Befugnis, über das Eigentum zu verfügen, überhaupt nicht mehr oder in absehbarer Zeit nicht mehr Gebrauch machen können. Die mit dauerhafter Wirkung eintretende Beschränkung in der Verfügungsbefugnis hat zur Folge, dass die Ausübung des Rechts vom Recht selbst getrennt wird, da die Verfügungsbefugnis, die den Erben genommen worden ist, zu keinem Zeitpunkt in ihre Zuständigkeit zurückfallen kann.<sup>228</sup> Die Abspaltung der Ausübungsbefugnis vom Recht stellt eine Inhaltsänderung des Eigentumsrechts dar, weil dem von der Ausübungsschranke betroffenen Rechtsinhaber das Eigentumsrecht nicht mehr mit den Befugnissen zusteht, die diesem Recht von der Rechtsordnung zugeordnet worden sind.<sup>229</sup>

Eine Änderung des Rechtsinhalts tritt nur dann nicht ein, wenn die Ausübung des Eigentums in zeitlich befristeter und übersehbarer Weise eingeschränkt wird.<sup>230</sup> Zwar ist es dem Eigentümer in dem Zeitraum, während dessen die Ausübungsschranke wirksam ist, nicht möglich, das Eigentumsrecht entsprechend der ihm von der Rechtsordnung erteilten Erlaubnis auszuüben. Auf den Rechtsinhalt hat ein solches Ausübungshindernis jedoch keinen Einfluss, weil bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem es wirksam wird, feststeht, dass die weggenommene Befugnis nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums wieder unbeschränkt ausübbar wird und dem Berechtigten das Eigentumsrecht später wieder in vollem Umfang zusteht. Die zu Lasten des Rechtsinhabers erfolgende Beschränkung berührt in diesem Fall nicht den Inhalt des Eigentums, sondern nur seine Ausübbarkeit. Da die Beschränkung der Rechtsausübung nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt ist, steht dem Berechtigten das abstrakte Recht nach wie vor mit dem gleichen Inhalt zu. Findet demgegenüber ein Wegfall der Ausübungsschranke nicht statt, wie das bei einer zeitlich unbe-

---

<sup>227</sup>Baur/Stürner § 1, 7.

<sup>228</sup>Vgl. Hirsch, S. 30 ff.

<sup>229</sup>Vgl. Hirsch, S. 219 f.

<sup>230</sup>Vgl. Hirsch, S. 43 ff.

grenzt oder für einen unübersehbar langen Zeitraum angeordneten Verfügung von Todes wegen der Fall wäre, wird der Inhalt des Eigentums verändert, weil die Beschränkung der Ausübung aufgrund ihres dauerhaften Charakters zukünftig zum Rechtsinhalt gehört. Durch die letztwillige Verfügung des Erblassers würde ein neues dingliches Recht geschaffen, das nicht mehr als Eigentum gelten kann. Da das BGB ein dingliches Recht des Inhalts, dass der Inhaber eines Rechts, das ansonsten alle Merkmale des Eigentums aufweist, über das Recht aber nur in eingeschränkter Weise verfügen kann, nicht kennt, wäre ein solches Rechtsgeschäft als Verstoß gegen den im Sachenrecht geltenden Typenzwang unzulässig.

Eine zu Lasten der Erben vom Erblasser angeordnete Verfügungsbeschränkung mit dauerhafter oder extrem langfristiger Wirkung würde darüber hinaus auch dem Zweck des Eigentumsrechts widersprechen, durch das dem einzelnen ein bestimmter Bereich persönlicher Freiheit gerade dadurch gewährleistet werden soll, dass diesem sämtliche der aus dem Recht fließenden Befugnisse zugeordnet werden. An die inhaltliche Ausgestaltung des Eigentumsrechts als absolutes Herrschaftsrecht ist auch der Gesetzgeber gebunden. Diese, von ihm selbst vorgenommene Zwecksetzung könnte er nicht dadurch ändern, dass er dem Erblasser die Befugnis einräumt, das Eigentumsrecht durch eine Verfügung von Todes wegen in ein Recht umzuformen, das die Rechtsordnung nicht mehr als Eigentum gelten lassen kann.

#### d) Konsequenzen für den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag

Die Vorschriften der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1, durch die der in einer Verfügung von Todes wegen geäußerte letzte Willen des Erblassers in zeitlicher Hinsicht begrenzt wird, stellen eine Reaktion des Gesetzgebers auf die Besonderheiten der Rechtslage dar, die eintritt, wenn dem Erblasser zustehende Eigentums- oder andere absolute Rechte als Folge des Erbfalls auf die durch Gesetz oder Testament bestimmten Rechtsnachfolger des Erblassers übergehen. Kommt es durch den Erbfall zu einem Wechsel in der Inhaberschaft des absoluten Rechts, gesteht die Rechtsordnung für eine bestimmte Zeit zwei Personen die Verfügungsmacht über das Recht zu, das bis zu diesem Zeitpunkt in der alleinigen Verfügungsgewalt des Erblassers gestanden hat. In einem Zeitraum von 30 Jahren nach dem Erbfall sind sowohl der Erblasser als auch der Erbe berechtigt, über das Schicksal des absoluten Rechts zu bestimmen. In beiden Fällen ergibt sich die Verfügungsbefugnis aus dem Inhalt des Rechts. Aus dem Begriff des absoluten Rechts folgt weiterhin, dass dem Erblasser eine Verfügungsmacht über das ihm ehemals zustehende Recht nur mit zeitlich begrenzter Wirkung eingeräumt werden kann, und dass dem Erben zu irgendeinem Zeitpunkt nach dem Erbfall die vollständige Zuständigkeit in der Ausübung der zu dem absoluten Recht gehörenden Befugnisse zustehen muss. Einen Ausgleich zwischen den sich nach dem Erbfall gegenüberstehenden Rechten des Erblassers und denen des Erben nimmt der Gesetzgeber in den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 insoweit vor, als der Zeitraum, in dem der Erblasser nach dem Tod zu einer Einwirkung auf das ihm zustehende Recht befugt ist, auf 30 Jahre begrenzt wird.<sup>231</sup>

Den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 liegt somit eine Situation zugrunde, in der ein Recht, über das dem Erblasser bis zum Tod die ausschließliche Verfügungsmacht zugestanden hat, durch den Erbfall auf die Erben als neue Rechtsinhaber übergeht. Da der Erblasser auch nach seinem Tod noch in eingeschränkter Weise auf das Recht einwirken

<sup>231</sup>Vgl. Böhmer, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung Bd. III, S. 271 f.; Sasse, S. 82, f.

darf, kommt es in der Person der Erben vorübergehend zu einem Auseinanderfallen zwischen der Rechtsinhaberschaft und der durch das Recht vermittelten Ausübungsbefugnis. Denn soweit der Erblasser berechtigt ist, in einer für die Erben bindenden Weise über das Recht zu verfügen, ist es den Erben nicht möglich, das absolute Recht auszuüben. Weil den Erben aufgrund der Natur des Rechts als absolutem Herrschaftsrecht aber sämtliche der Ausübungsbefugnisse zukommen müssen, über die zuvor der Erblasser verfügt hat, wird die dem Erblasser über seinen Tod hinaus zugestandene Einwirkungsbefugnis in zeitlicher Hinsicht begrenzt, mit der Folge, dass den Erben zu einem späteren Zeitpunkt die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über das Recht zufällt.

Die Rechtslage, die durch den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag entsteht, ist mit der rechtlichen Situation, die den §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 zugrunde liegt, nicht vergleichbar. Bei einem vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenen Treuhandvertrag erhalten die Erben im Zeitpunkt des Erbfalls kein vom Erblasser abgeleitetes absolutes Recht an den treuhänderisch verwalteten Vermögensgegenständen. Durch den Treuhandvertrag ist das Eigentum an diesen Gegenständen bereits zu Lebzeiten des Erblassers von diesem auf den Treuhänder übertragen worden. Im Zeitpunkt seines Todes gehört ein absolutes Recht an diesen Gegenständen, das durch den Erbfall auf die Erben hätte übergeleitet werden können, nicht mehr zu seinem Vermögen. Da dem Treuhänder sämtliche der mit dem Eigentum an den verwalteten Vermögensgegenständen verbundenen Verfügungsbefugnisse zustehen, kommt es durch den Erbfall auch nicht zu einer Inkongruenz zwischen dem Eigentumsrecht und der Ausübung dieses Rechts. Der Treuhänder ist lediglich schuldrechtlich verpflichtet, über das Treugut nicht in uneingeschränkter Weise zu verfügen. Eine dauerhafte Abspaltung der Verfügungsbefugnis von der Rechtsinhaberschaft tritt durch die Treuhandabrede nicht ein. Die erbrechtliche Zeitgrenze ist vom Gesetzgeber gerade für den Fall statuiert worden, dass die Erben mit dem Erbfall Inhaber eines Rechts werden, bei dem die Rechtsordnung einerseits sämtliche Ausübungsbefugnisse dem gegenwärtigen Rechtsinhaber zuweist und gleichzeitig andererseits auch dem ehemaligen Rechtsinhaber noch gewisse Verfügungsbefugnisse einräumt. Der eigentliche Zweck der erbrechtlichen 30 – Jahres – Frist besteht darin, dem ausnahmsweise zugelassenen, systemwidrigen Auseinanderfallen zwischen Rechtsinhaberschaft und Verfügungsbefugnis über das Recht ein Ende zu setzen. Eine solche, dem Inhalt des Eigentumsrechts widersprechende, regelwidrige Abspaltung der aus dem Eigentum folgenden Ausübungsbefugnisse vom Eigentumsrecht ist bei dem den Tod des Erblassers überdauernden Treuhandvertrag nicht gegeben. Damit fehlt es an der rechtlichen Grundlage für eine analoge Anwendung der erbrechtlichen Zeitschranke zugunsten der Erben.<sup>232</sup>

Die Regelung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 erlaubt es lediglich, demjenigen, der ein Recht vom Erblasser erhalten hat, nach Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über dieses Recht einzuräumen, wenn der Erblasser die aus dem Recht folgenden Ausübungsbefugnisse eingeschränkt hat. Durch die Anwendung der erbrechtlichen Zeitschranke kann nicht erreicht werden, dass einer Person, die durch den Erbfall nicht Inhaber eines dem Erblasser gehörenden Rechts geworden ist, die Inhaberschaft am Recht sowie die Verfügungsbefugnis darüber zugewiesen werden.

---

<sup>232</sup>Im Ergebnis ebenso: Endemann, der die Ansicht vertritt, dass es durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden zulässig sei, "Vermögenswerte auf unbegrenzte Zeit und ohne Rücksicht auf die für die Erbfolge gezogenen Schranken festzulegen." Als Beispiel erwähnt Endemann einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, bei dem die Leistung des Versprechenden an den begünstigten Dritten erst 99 Jahre nach dem Tod des Versprechensempfängers erfolgen soll, vgl. Lehrbuch Bd. III/1, § 30 IV b.

Ihrem Regelungsgehalt nach dienen die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 nicht dazu, eine Antwort auf die Frage zu geben, wem ein dem Erblasser gehörendes Recht nach dessen Tod zustehen soll. Die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 setzen vielmehr voraus, dass diese Entscheidung vom Erblasser bereits dadurch, dass er sein Vermögen im Weg der testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge überleitet, getroffen worden ist. In der Rechtsfolge ordnen die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 nur an, dass eine vom Erblasser festgesetzte Verfügungsbeschränkung 30 Jahre nach dem Erbfall zugunsten der vom Erblasser begünstigten Erben entfällt. Mit Hilfe der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 kann nicht in die vom Erblasser vorgenommene Verteilung des Vermögens eingegriffen werden. Wenn aber eine Vermögensverteilung, die durch ein Rechtsgeschäft von Todes wegen vorgenommen worden ist, durch die §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 nicht in Frage gestellt werden kann, können diese Vorschriften erst recht nicht die Rechtsfolgen eines vom Erblasser unter Lebenden getätigten Verfügungsgeschäfts revidieren.<sup>233</sup> Die Zuweisung von Rechten, die der Erblasser vorgenommen hat, indem er die Inhaberschaft an einem Recht durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, dem die Rechtsordnung die volle Wirksamkeit zuerkennt, einem Dritten überträgt, kann daher durch die erbrechtliche Zeitschranke nicht verändert werden, sie muss vielmehr als gegeben hingenommen werden.

Es ist somit festzustellen, dass der Schutz der Erben eine Ausdehnung der erbrechtlichen 30 – Jahres – Schranke auf ein Rechtsgeschäft, das der Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossen hat, nicht notwendig macht, soweit es bei diesem Rechtsgeschäft nicht zum Nachteil der Erben zu einem dauerhaften Auseinanderfallen zwischen der Rechtsinhaberschaft und der Befugnis, über das Recht zu verfügen, kommt. Entsprechend dem Sinn und Zweck der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 kann dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der aus diesen Vorschriften abgeleitet wird, nicht die Aussage entnommen werden, dass die 30 – Jahres – Grenze auch für vom Erblasser zu Lebzeiten vorgenommene Rechtsgeschäfte gilt, durch die lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung zu Lasten der Erben entsteht. Eine analoge Anwendung der §§ 2044 II 1, 2109 I 1, 2162 I, 2210 1 auf den vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossenen Treuhandvertrag ist daher nicht möglich. Demzufolge werden die Erben an einen langfristigen oder zeitlich unbefristeten Treuhandvertrag, der vom Erblasser unter Ausschluss des Rechts zur Vertragsbeendigung als Rechtsgeschäft unter Lebenden abgeschlossen worden ist, gebunden, ohne dass diese Bindung einer zeitlichen Begrenzung unterworfen ist.

---

<sup>233</sup>Auf Vermögenswerte, die der Erblasser vor dem Erbfall aus seinem Vermögen entfernt hat, können die Erben grundsätzlich nicht zugreifen. Eine Ausnahmerebestimmung insoweit bilden die §§ 2325, 2329.



## **Fünfter Teil: Die Exklusivität der Stiftung im Sinn von § 80 als Rechtsinstitut zur langfristigen Bindung von Vermögenswerten**

### ***A. Die Ansicht von Großfeld und Reuter***

Der Abschluss eines langfristigen oder unbefristeten Treuhandvertrags, bei dem auf das Recht zur Vertragskündigung verzichtet wird, ermöglicht es dem Treugeber, einen Teil seiner Vermögenswerte aus seinem Privatvermögen auszugliedern und dauernd dem Einsatz zugunsten eines bestimmten Zwecks zu widmen. In seinem Inhalt und seinen rechtlichen Wirkungen ist der Treuhandvertrag damit einem anderen Rechtsgeschäft des BGB vergleichbar, durch das ebenfalls Vermögenswerte dauerhaft an einen vom Übertragenden gewählten Zweck gebunden werden, der Stiftung. Vereinzelt wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass das Institut der rechtsfähigen Stiftung die einzige Rechtsform sei, die das BGB Privatrechtssubjekten zur Verfügung stellt, die beabsichtigen, Vermögenswerte mit zeitlich unbestimmter Dauer zu erhalten und einem bestimmten Zweck dienstbar zu machen. Nach dieser Ansicht muss dann, wenn eine Vermögenswidmung mit dauerhafter Zweckvorgabe erfolgen soll, zwingend die Rechtsform der rechtsfähigen Stiftung gewählt werden. Ein Rechtsgeschäft wie der langfristige bzw. unbefristete und unkündbare Treuhandvertrag, durch das dem Treuhänder mit "ewiger" Dauer vorgeschrieben wird, in welcher Weise das ihm übertragene Treugut zu verwenden ist, kann vom Ausgangspunkt dieser Ansicht neben dem Rechtsinstitut der rechtsfähigen Stiftung keinen Bestand haben. Dagegen, die dauerhafte Bindung eines Vermögens in einer anderen Form als der der rechtsfähigen Stiftung zuzulassen, sprechen sich insbesondere Großfeld und Reuter aus.

#### **I. Die Stiftungsaufsicht als Ersatz für den sonst bei einem personenrechtlichen Zusammenschluss vorhandenen Kontrollmechanismus**

Großfeld und Reuter gehen davon aus, dass sich die Aufsichtsbefugnisse, die sich der Staat bei der Stiftung in Form der Genehmigung des Stiftungsgeschäfts und der landesrechtlichen Stiftungsaufsicht vorbehalten hat, auf einen allgemeinen Grundsatz zurückführen lassen, nach dem jede Vermögenskonzentration von "ewiger" Dauer grundsätzlich der Kontrolle bedarf. Betrachte man die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, mit deren Hilfe das Zivilrecht den dauerhaften Fortbestand einer Vermögensmasse erlaubt, wie zum Beispiel die Aktiengesellschaft, die GmbH, die Genossenschaft oder den Verein, könne festgestellt werden, dass bei jedem dieser Zusammenschlüsse ein interner Kontrollmechanismus vorhanden sei, durch den gewährleistet wird, dass die Organe des Verbands bei ihrer Tätigkeit für den Zusammenschluss überwacht werden.<sup>1</sup> Da es bei der Stiftung, die keine Mitglieder hat, an einem solchen internen Kontrollmechanismus fehle, nehmen Großfeld und Reuter an, dass bei der Stiftung an die Stelle der sonst den Privatrechtssubjekten überlassenen Kontrolle die staatliche Überwachung tritt. Nach der Meinung von Großfeld und Reuter soll durch die staatliche Stiftungsaufsicht auf diese Weise sichergestellt werden, dass es keine Vermögenskonzentration von "ewiger" Dauer gibt, die nicht einer Kontrolle unterstellt ist.

---

<sup>1</sup>Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 939.

## II. Die Stiftungsaufsicht als Mittel, um die Entstehung eines zu großen Vermögens oder Vermögensmissbräuche zu verhindern

Großfeld geht davon aus, dass der eigentliche Grund der staatlichen Stiftungsaufsicht darin besteht, dem Staat eine Handhabe zu geben, mit deren Hilfe er der bei einer Vermögenskonzentration in der Hand eines "unsterblichen" Eigentümers immer gegebenen Gefahr für die Machtbalance der Gesellschaft, die zugleich eine Bedrohung des Staates selbst darstelle, entgegentreten könne. Wird ein Vermögen in der Hand eines "unsterblichen" Eigentümers dauerhaft an einen bestimmten Zweck gebunden, ist seiner Ansicht nach die Gefahr, dass es zu einer Ansammlung bedeutender wirtschaftlicher und damit auch gesellschaftlicher Macht kommt, besonders groß, da die Zerschlagung der Vermögensmasse im Weg des Erbgangs, anders als bei natürlichen Personen, unterbleibt.<sup>2</sup> Weil die Zusammenballung erheblicher wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Macht zugunsten eines einzigen Inhabers weder mit dem System der Marktwirtschaft noch mit dem politischen System der Demokratie vereinbar sei, obliege dem Staat die Verpflichtung, die Entstehung von wirtschaftlicher Übermacht zu verhindern.<sup>3</sup> Der tatsächlichen Praxis entspreche es, dass bei den sonstigen, im BGB vorgesehenen Zusammenschlüssen, die die Konzentration einer Vermögensmasse erlauben, das Ausmaß des Vermögenszuwachses oder das Vermögen selbst immer wieder durch wirtschaftliche Fehlentscheidungen der mit der Leitung betrauten Personen oder durch die Ausübung der den Mitgliedern zustehenden Mitgliedschaftsrechte gemindert werde. Jeder Zusammenschluss natürlicher Personen sei durch die einander widerstrebenden Interessen der Beteiligten gekennzeichnet. Die Rechtsordnung räume den an einem solchen Zusammenschluss beteiligten Personen die Befugnis ein, ihre egoistischen Interessen in letzter Konsequenz auch durch Austritt oder Auflösung des Zusammenschlusses gegen den Willen der anderen durchsetzen zu können.<sup>4</sup> Durch die Ausübung dieser Mitgliedschaftsrechte werde bei privatrechtlichen Zusammenschlüssen nicht nur eine Rechtmäßigkeitskontrolle gewährleistet, sondern zugleich sichergestellt, dass durch Vermögensminderung oder -teilung die Entstehung einer unerwünschten Vermögenskonzentration verhindert werde. Da es bei der Stiftung Vorgänge dieser Art, die eine Verminderung der Vermögensmasse zur Folge haben, nicht gebe, diene die Stiftungsaufsicht dazu, zu verhindern, dass zugunsten der Stiftung durch das Ansammeln der Erträge ein großes Vermögen entsteht, das der Stiftung eine wirtschaftliche und gesellschaftliche Machtstellung vermittelt.<sup>5</sup>

Die sachliche Rechtfertigung der Stiftungsaufsicht sieht Reuter anders als Großfeld nicht in der Gefahr der Machtkonzentration, die die Ansammlung großer Vermögen zur Folge hat, sondern in der Gefahr der Misswirtschaft und des Vermögensverfalls, die nahe liege, wenn größere Vermögenswerte von Privatrechtssubjekten verwaltet werden, ohne dass diese einer staatlichen Aufsicht unterstehen.<sup>6</sup> Denn die rechtliche Verselbständigung einer Vermögensmasse ist seiner Meinung nach nur dann möglich, wenn sichergestellt ist, dass das Vermögen entsprechend dem Zweck, zu dem es gewidmet wurde, verwaltet und verhindert wird, dass das Vermögen zum Objekt fremder Interessen gemacht wird.<sup>7</sup> Wird zur dauerhaften Zweckwidmung eines Vermögenswerts eine andere Rechtsform als die der rechtsfähigen Stiftung gewählt, wie zum Beispiel die der fiduziarischen Stiftung, bei der es

<sup>2</sup>Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 86; ebenso: Liermann, Blätter, S. 36, 37.

<sup>3</sup>Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 87 ff, 97.

<sup>4</sup>Großfeld/Gersch JZ 88, 937, 939.

<sup>5</sup>Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 87 ff.; ebenso: Liermann, Blätter, S. 36, 37.

<sup>6</sup>Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 229; ebenso: Stengel § 10, 12.

<sup>7</sup>MK - Reuter<sup>5</sup> vor § 80, 40, 81, 105.

sich nach der Ansicht Reuters um eine unter der Anordnung einer Auflage vorgenommene Schenkung handelt,<sup>8</sup> kann diese daher nur zugelassen werden, wenn sie zeitlich befristet erfolgt. Da eine Überwachung bei der fiduziarischen Stiftung, anders als bei der rechtsfähigen Stiftung, bei der die staatlichen Aufsichtsbehörden Vermögensmissbräuchen entgegengetreten, nicht erfolgt, spricht sich Reuter dafür aus, die fiduziarische Stiftung dann, wenn sie langfristig oder mit einer zeitlich unbefristeten Dauer errichtet worden ist, in Analogie zur Vorschrift des § 2210 auf eine Dauer von 30 Jahren zu begrenzen.<sup>9</sup>

Ist der Ansicht von Großfeld und Reuter zu folgen, kann die dauerhafte Bindung eines Vermögens an einen bestimmten Zweck von der Rechtsordnung nur zugelassen werden, wenn eine Machtschranke vorhanden ist, die entweder in einer den Mitgliedern des Zusammenschlusses zustehenden Austrittsmöglichkeit, einer zeitlichen Befristung oder in einer staatlichen Überwachung besteht. Der langfristige bzw. unbefristete und unkündbare Treuhandvertrag, der über keinen dieser Kontrollmechanismen verfügt und der auch nicht durch eine analoge Anwendung der Vorschriften des BGB, die eine 30 – Jahres – Grenze enthalten, begrenzt werden kann,<sup>10</sup> stellt er nach der Konzeption von Großfeld und Reuter daher immer dann ein Rechtsgeschäft dar, durch das das Stiftungsrecht des BGB umgangen wird, wenn er für einen 30 Jahre überdauernden Zeitraum oder mit unbestimmter Dauer abgeschlossen worden ist.

## **B. Die Gesetzesumgehung**

Ein Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn ein Rechtsgeschäft zwar nicht gegen ein ausdrücklich im Gesetz geäußertes Verbot verstößt, es aber so konzipiert ist, dass im Ergebnis ein vom Gesetz missbilligter Erfolg eintritt.<sup>11</sup> Ob eine Rechtsnorm ein Verbotsgesetz darstellt und ob das Rechtsgeschäft gegen dieses Verbotsgesetz verstößt, ist durch Auslegung der Norm zu ermitteln.<sup>12</sup> Dabei ist von einer Gesetzesumgehung immer dann auszugehen, wenn durch eine an der gesetzgeberischen Regelungsabsicht sowie am Sinn und Zweck orientierte Auslegung der Norm festgestellt werden kann, dass die gesetzliche Vorschrift den mit dem Rechtsgeschäft angestrebten Erfolg verhindern oder untersagen will.<sup>13</sup>

Die Beantwortung der Frage, ob der vom Erblasser abgeschlossene Treuhandvertrag eine Umgehung des Stiftungsrechts darstellt, hängt somit davon ab, welche Zweckbestimmung den landesgesetzlichen Vorschriften über die Stiftungsaufsicht zugrunde liegt. Ergibt die Auslegung dieser Vorschriften, dass die staatliche Stiftungsaufsicht angeordnet wurde, weil die Rechtsordnung eine mit unbestimmter Dauer vorgenommene Zweckwidmung eines Vermögens nur dann zulassen kann, wenn die Verwaltung des Vermögens einer irgendwie gearteten Kontrolle unterworfen ist, ist der Ansicht von Großfeld und Reuter im Ergebnis zu folgen. In diesem Fall muss dem langfristigen oder mit unbefristeter Dauer abgeschlossenen Treuhandvertrag die Wirksamkeit versagt werden. Denn eine solche Vertragsgestaltung stünde zu dem Erfolg, den der Gesetzgeber mit der Anordnung der staatlichen Stiftungsaufsicht erreichen wollte, nämlich, zu gewährleisten, dass die dauer-

---

<sup>8</sup>Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 227; MK - Reuter<sup>5</sup> vor § 80, 93 ff.

<sup>9</sup>Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 227 ff.

<sup>10</sup>Vgl. oben Teil 4.

<sup>11</sup>Vgl. MK - Armbrüster<sup>5</sup> § 134, 11; Soergel - Hefermehl<sup>13</sup> § 134, 37.

<sup>12</sup>Vgl. Flume RG II § 17, 5.

<sup>13</sup>BGH LM Nr. 19 zu § 134; Soergel - Hefermehl<sup>13</sup> § 134, 37.

hafte Zweckbindung eines Vermögens dann, wenn ein interner Kontrollmechanismus fehlt, nur möglich ist, wenn eine hoheitliche Überwachung erfolgt, im Widerspruch und müsste demzufolge für unzulässig erklärt werden. Im Folgenden soll überprüft werden, welche Zweckbestimmung den landesgesetzlichen Vorschriften über die Stiftungsaufsicht zugrunde liegt und ob diese Zweckbestimmung den Rückschluss zulässt, dass die dauerhafte Zweckbindung eines Vermögens abgesehen von der im Gesetz vorgesehenen Rechtsform des Vereins und der Gesellschaft nur in Form der rechtsfähigen Stiftung im Sinn von § 80 und der damit verbundenen hoheitliche Kontrolle vorgenommen werden kann. Dazu ist zunächst auf die Frage einzugehen, ob die Gesetzesmaterialien als Beleg für die von Großfeld und Reuter vertretene Meinung herangezogen werden können.

### **C. Der Zweck der staatlichen Stiftungsaufsicht**

#### I. Die Gesetzesmaterialien

##### 1. Die Materialien zum Erbrecht

Zur Begründung seiner Ansicht beruft sich Reuter auf die Gesetzesmaterialien zu § 2210. Bei der Beratung des § 2210 ist die Notwendigkeit einer zeitlichen Beschränkung bei der Testamentsvollstreckung von der zweiten Kommission unter anderem mit dem Hinweis begründet worden, dass es dem Erblasser ohne eine solche zeitliche Grenze möglich sei, "ohne landesgesetzliche Genehmigung eine Stiftung oder ohne den landesgesetzlichen Erfordernissen zu genügen, ein deutschrechtliches Familienfideikommiss ins Leben zu rufen."<sup>14</sup> Diese Ausführungen der zweiten Kommission sieht Reuter als Beleg dafür an, dass der Gesetzgeber es grundsätzlich habe verhindern wollen, dass stiftungsähnliche Zwecke mit anderen Mitteln als dem des Rechtsinstituts der rechtsfähigen Stiftung verfolgt werden.<sup>15</sup>

Auch die weitere Diskussion der zweiten Kommission im Zusammenhang mit der Erörterung der Zeitschranke des § 2210 gibt nach der Ansicht von Reuter keinen Anlass dazu, diese Schlussfolgerung in Frage zu stellen. Von einer Minderheit war der Antrag gestellt worden, die Wirksamkeit der Auflage wie die der Testamentsvollstreckung auf einen Zeitraum von 30 Jahren zu begrenzen, um zu verhindern, dass die zeitliche Beschränkung der Testamentsvollstreckung durch die Anordnung einer zeitlich unbegrenzten Auflage umgangen wird.<sup>16</sup> Dieser Antrag ist von der Kommissionsmehrheit zum einen mit der Begründung abgelehnt worden, dass die Gefahr einer Umgehung der Testamentsvollstreckung durch die Anordnung einer Auflage als gering angesehen werden könne, weil die Auflage wegen ihrer bloß schuldrechtlichen Wirkung als Ersatzform der Testamentsvollstreckung nicht geeignet sei. Zum anderen hat die Kommissionsmehrheit die Übertragung der Zeitgrenze auf die Auflage abgelehnt, weil bestimmte letztwillige Anordnungen, wie zum Beispiel die Belastung des Erben mit dem Verbot, Briefe zu öffnen, auch ohne eine zeitliche Begrenzung ermöglicht werden sollten.<sup>17</sup> Die Argumentation, mit der die Mehrheit der zweiten Kommission der zeitlichen Begrenzung der Auflage widersprochen hat, erlaubt nach der Ansicht Reuters nicht den Rückschluss, dass die Verfolgung stiftungsähnlicher Zwecke mit dem Mittel der Auflage zugelassen werden sollte. Vielmehr habe der Gesetz-

---

<sup>14</sup>Protokolle V, S. 308.

<sup>15</sup>Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 208.

<sup>16</sup>Protokolle V, S. 305.

<sup>17</sup>Protokolle V, S. 308.

geber an seiner Auffassung, dass eine Umgehung des Stiftungsrechts durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte grundsätzlich zu verhindern sei, festgehalten, weil das von der zweiten Kommission erwähnte Beispiel des Verbots, Briefe zu öffnen, zeige, dass die Auflage nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht zur Verfolgung stiftungsähnlicher Zwecke zur Verfügung stehen sollte, sondern zur Verwirklichung von Zwecken, die gerade nicht zum Gegenstand eines Stiftungsgeschäfts gemacht werden können. Aus den Gesetzesmaterialien könne daher abgeleitet werden, dass die dauerhafte Bindung eines Vermögens an einen Zweck, der dazu geeignet ist, die Zwecksetzung einer Stiftung zu bilden, nur in der Form der rechtsfähigen Stiftung möglich sei.<sup>18</sup>

Die Gesetzesmaterialien zum Erbrecht lassen entgegen der von Reuter vertretenen Ansicht nicht die Schlussfolgerung zu, der Gesetzgeber habe die Verfolgung stiftungsähnlicher Zwecke in einer anderen Form als der der rechtsfähigen Stiftung grundsätzlich untersagen wollen. Der Antrag, die Wirksamkeit der Auflage entsprechend der erbrechtlichen Zeitgrenze auf einen Zeitraum von 30 Jahren zu begrenzen, ist bei der Beratung des Erbrechts erstmalig nicht im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 2210, sondern im Rahmen der Erörterung des § 2162 gestellt worden. Ebenso wie bei der Testamentsvollstreckung wurde der Antrag, die Zeitgrenze des § 2162 entsprechend auf die Anordnung einer Auflage zu übertragen, damit begründet, dass ohne eine solche Regelung eine Umgehung des § 2162 sowie "die Schaffung von Stiftungen ohne staatliche Genehmigung" möglich sein würde.<sup>19</sup> Bei der Beratung des § 2162 hat sich die zweite Kommission gegen eine zeitliche Begrenzung der Auflage ausgesprochen, weil ein Bedürfnis für eine solche Begrenzung nicht bejaht werden konnte. Für den Fall, dass der Erblasser angeordnet habe, eine Auflage solle erst 30 Jahre nach dem Erbfall oder später wirksam werden, hat die zweite Kommission angenommen, dass eine solche Gestaltung in der Praxis kaum vorkomme. Normalerweise würde eine Zuwendung unter einer Auflage in der Weise gemacht, dass diese sofort wirksam sei und zum Beispiel vorsehe, dass ein bestimmter Geldbetrag bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu verwalten und dann zugunsten eines zuvor benannten Zwecks zu verwenden sei. Oder es werde angeordnet, dass aus einem zugewandten Geldbetrag ständig wiederkehrende Leistungen zu erbringen seien, etwa zur Erhaltung einer Grabstätte, zugunsten von Stipendien oder der Armenunterstützung.<sup>20</sup> Dass Vermögenswerte in dieser Art und Weise langfristig eingesetzt werden, wurde von der zweiten Kommission als sinnvoll angesehen. Derartige Anordnungen sollten dem Erblasser nicht nur dann ermöglicht werden, wenn sie zum Gegenstand eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden gemacht werden, sondern auch dann, wenn eine Verfügung von Todes wegen vorgenommen wird. Darüber hinaus ging die zweite Kommission davon aus, dass Interessen der Allgemeinheit beeinträchtigt werden würden, wenn dem Erblasser die Anordnung einer zeitlich unbefristeten Bindung seines Vermögens zugunsten gemeinnütziger Zwecke oder bestimmter dritter Begünstigter untersagt würde.<sup>21</sup> Bei der Ablehnung der analogen Anwendung des § 2210 auf die Auflage hat die zweite Kommission neben den von Reuter erwähnten Gründen unter anderem auch auf die Erwägungen verwiesen, die bei der Diskussion des § 2162 gegen eine zeitliche Begrenzung der Auflage gesprochen haben.<sup>22</sup> Aus den Gesetzesmaterialien zum Erbrecht wird somit deutlich, dass der historische Gesetzgeber Rechtsgeschäften, mit deren Hilfe stiftungsähnliche Zwecke in anderer Form als

---

<sup>18</sup>Reuter, Stiftungen in Deutschland und Europa, S. 203, 228.

<sup>19</sup>Protokolle V, S. 241 f.

<sup>20</sup>Protokolle V, S. 242.

<sup>21</sup>Protokolle V, S. 243.

<sup>22</sup>Protokolle V, S. 308.

der der rechtsfähigen Stiftung verwirklicht werden können, nicht nur nicht entgegengetreten ist, sondern ihre Vornahme vielmehr unter bewusster Billigung geduldet hat.

## 2. Die Gesetzesmaterialien zum Stiftungsrecht

Anders als die Gesetzesmaterialien zum Erbrecht scheinen die Materialien zum Stiftungsrecht demgegenüber dazu geeignet zu sein, die Richtigkeit der von Großfeld vertretenen Ansicht zu belegen. Von der zweiten Kommission wurde für die Errichtung einer Stiftung eine staatliche Genehmigung vorgeschrieben, um eine Überprüfung des Stiftungszwecks unter anderem auch auf seine Vereinbarkeit mit Aspekten des Gemeinwohls zu ermöglichen. Weiterhin wurde ausgeführt, dass aus der Freiheit und Rechtsfähigkeit des einzelnen Menschen keineswegs folge, "dass er auch ohne weiteres berechtigt sein müsse, sein Vermögen über den Tod hinaus für alle Zeiten beliebigen Zwecken dienstbar zu machen."<sup>23</sup> Aus welchem Grund die zweite Kommission die langfristige Zweckbindung eines Vermögens in Form der Stiftung ohne weitere Diskussion nur zugelassen hat, wenn sie einer staatlichen Kontrolle unterworfen ist, wird aus den Protokollen nicht deutlich. Auch der Verfasser des Teilentwurfs des Allgemeinen Teils Gebhardt geht auf diese Frage nicht ein und verweist lediglich auf die "politischen und volkswirtschaftlichen Gründe", die von Savigny (II, S. 278) genannt werden und die seiner Ansicht nach als legislative Gesichtspunkte vollste Beachtung verdienen.<sup>24</sup> Die Notwendigkeit einer staatlichen Mitwirkung bei der Stiftung wird von Savigny wie folgt begründet:

"Die mögliche Gefährlichkeit der Corporationen giebt man zu; allein die Stiftungen, in der eben erwähnten Ausdehnung sind keineswegs unbedingt heilsam und unbedenklich. Wenn eine reiche Stiftung zur Verbreitung staatsgefährlicher, irreligiöser, sittenloser Lehren oder Bücher gemacht würde, sollte der Staat diese dulden? Ja selbst die Errichtung von Armenanstalten dürfte nicht unter allen Umständen der bloßen Willkür überlassen sein. Wenn z. B. in einer Stadt, deren Armenwesen wohl geordnet und hinreichend dotiert ist, ein reicher Testator, aus misverstandener Wohlthätigkeit, eine Stiftung von Almosenspenden machte, wodurch die heilsamen Folgen der öffentlichen Armenanstalt gestört und geschwächt würden, so hätte wenigstens der Staat keinen Grund, dieser Stiftung, durch Ertheilung der Rechte einer juristischen Person, größere Consistenz zu geben. Hierzu kommt nun, selbst bey unschädlichen Stiftungen, die Rücksicht auf die vielleicht übertriebene Vermehrung des Vermögens in todter Hand. Allerdings kann eine solche Vermehrung auch in Beziehung auf schon bestehende und genehmigte Stiftungen Statt finden; allein eine Aufsicht darauf wird ganz unmöglich, wenn es unbedingt der Privatwillkür überlassen bleibt, stets neue zu errichten."<sup>25</sup>

Aus dem obigen Zitat wird deutlich, dass Savigny die staatliche Überwachung bei der Stiftung unter anderem auch mit Rücksicht auf das in der Stiftung gebundene Vermögen für notwendig gehalten hat. Seiner Ansicht nach sollte der Genehmigungsbehörde das Recht zustehen, die Genehmigung der Stiftung aufgrund eigener Zweckmäßigkeitserwägungen versagen zu können, um zu verhindern, dass eine mit einem großen Vermögen ausgestattete Stiftung diese Mittel zu staatsfeindlichen Zwecken einsetzt. Soweit die Stiftung ihr Vermögen nicht zu staatsgefährdenden, sondern dem Gemeinwohl dienlichen Zwecken nutzt, sollte die Genehmigungsbehörde sowohl die Errichtung als auch die Verwaltung der Stiftung eigenen Vorstellungen entsprechend beeinflussen können, um zu gewährleisten,

<sup>23</sup>Protokolle I, S. 588.

<sup>24</sup>Gebhardt, Motive TE, S. 186 ff., Schubert, Allgemeiner Teil, S. 700.

<sup>25</sup>Savigny, S. 278 f.

dass sich die Stiftung störungsfrei in die sozialpolitische, kulturpolitische und sonstige Tätigkeit des Staates einfügt.<sup>26</sup>

Der Aspekt der Machtkontrolle, die dem Staat in gesellschaftspolitischer Hinsicht zustehen sollte, war auch der ausschlaggebende Grund für die Aufnahme des Genehmigungserfordernisses in das Stiftungsrecht des BGB. Zur Entstehungszeit des BGB entsprach das Misstrauen, das der Stiftung entgegen gebracht wurde, dem, das sich gegen eine andere Form des Zusammenschlusses richtete, der des rechtsfähigen Vereins. Bei der Beratung des BGB ist die Frage nach dem Umfang der staatlichen Mitwirkung aus diesem Grund für beide Rechtsinstitute parallel behandelt worden.<sup>27</sup> Für staatsgefährdend wurden sowohl der Verein als auch die Stiftung von der ersten Kommission gehalten, weil beiden Institutionen eine dem Gemeinwohl zuwiderlaufende Zweckbestimmung zugewiesen werden konnte. Darüber hinaus wurde es als bedenklich angesehen, dass in beiden Fällen große Vermögen angesammelt werden konnten, durch die die Gefährlichkeit des Zwecks potenziert werden würde.<sup>28</sup> Dementsprechend wurde eine staatliche Konzession beim Verein von der ersten Kommission generell für unerlässlich gehalten.<sup>29</sup> Auch die zweite Kommission hat grundsätzlich am Konzessionssystem festgehalten und eine Ausnahme nur für die Gruppe der ausschließlich gemeinnützigen Vereine zugelassen.<sup>30</sup> Beim Verein wurde die Notwendigkeit einer staatlichen Mitwirkung in Form der Genehmigung ausdrücklich damit begründet, dass diese juristische Person dazu bestimmt sei, "der bürgerlichen Gesellschaft die freie Betätigung der Lösung öffentlicher Aufgaben zu ermöglichen" und sich deshalb "in einer das Gemeinwohl unmittelbar berührenden Sphäre" bewege. Je nachdem, welche Grundhaltung der Verein gegenüber den öffentlichen Verhältnissen einnehme, könne er dem Gemeinwohl sowohl schädlich als auch förderlich sein. Gerade die Fähigkeit, Inhaber eines größeren Vermögens zu sein, vermittelten dem Verein "einen festen Halt, Stetigkeit der Organisation" und damit die Gewähr seines dauernden Bestandes. So ausgerüstet, trete der Verein nicht mehr als loser Zusammenschluss, sondern als fest gegliederte Körperschaft auf und sei einer Machtentfaltung fähig, "die sich im voraus nicht ermessen lässt."<sup>31</sup> Während diese Bedenken die erste Kommission lediglich dazu bewegen haben, die Frage, ob die Errichtung einer Stiftung eine staatliche Genehmigung erfordert, den einzelnen Staaten zu überlassen,<sup>32</sup> wurden sie von der zweiten Kommission zum Anlass genommen, das Erfordernis der Genehmigung reichsrechtlich im BGB zu verankern.<sup>33</sup>

Auch der zweite Grund, der nach der Ansicht Savignys für eine staatliche Überwachung der Stiftung gesprochen hat, nämlich die Ansammlung eines zu großen Vermögens zu verhindern, hatte noch zu der Zeit, als das BGB erlassen wurde, Relevanz. Einem Privatrechtssubjekt die Rechtsmacht zuzugestehen, "eine Vermögensmasse auf unbeschränkte Zeit einem bestimmten Zweck zu widmen," hielt der BGB – Gesetzgeber nur für gerechtfertigt, wenn die Zweckwidmung erfolgte, um das Gemeinwohl zu fördern.<sup>34</sup> Gleichzeitig wurde angenommen, dass die Stiftungen dem Gemeinwohl schädlich seien, weil sie die Tendenz aufwiesen, immer größere Vermögen in den Händen weniger Personen zu

<sup>26</sup>Vgl. auch Ebersbach, S. 62; Andrick/Suerbaum, S. 6.

<sup>27</sup>Vgl. Kom. - Bericht, Mugdan, Materialien V, S. 961, Protokolle I, S. 482 ff.

<sup>28</sup>Vgl. Schiller, S. 33 ff.

<sup>29</sup>Motive I, S. 89f.

<sup>30</sup>Protokolle I, S. 482, 496.

<sup>31</sup>Motive I, S. 89 f.; Protokolle I, S. 491.

<sup>32</sup>Motive I, S. 123.

<sup>33</sup>Protokolle I, S. 588.

<sup>34</sup>Denkschrift, Mugdan, Materialien V, S. 831.

konzentrieren.<sup>35</sup> Da das Stiftungsvermögen dauerhaft auf einen bestimmten Zweck festgelegt sei und die dazu gehörenden Güter dem Warenverkehr entzogen würden, sollte es der Genehmigungsbehörde nach der Ansicht der Reichstagskommission vorbehalten bleiben, zu überprüfen, ob der Zweck, der der Stiftung zugewiesen wurde, in wirtschaftlicher Hinsicht billigenwert war.<sup>36</sup> In diesem Argument klingen die negativen Erfahrungen an, die in der Vergangenheit mit der Vermögensbindung zugunsten der "toten Hand" und der Fideikommiss gemacht worden sind. Beiden Formen der dauerhaften Zweckbindung stand der BGB – Gesetzgeber ablehnend gegenüber, weil das gebundene Vermögen überwiegend in einer volkswirtschaftlich nicht effektiven Weise genutzt wurde und darüber hinaus eine Eigendynamik in der Weise entwickelte, dass es ständig an Größe zunahm.

Unter der "toten Hand" verstand man das Vermögen der Kirche. Als Vermögensträger war die Kirche durch drei Besonderheiten gekennzeichnet. Der Vermögenserwerb war insoweit erleichtert, als die Übertragung von Vermögen im Weg der letztwilligen Verfügung keinerlei Formerfordernissen unterlag, sondern dafür der erkennbare Willen des Erblassers ausreichte, der zum Beispiel durch Zeigen auf das Kreuz geäußert werden konnte. Da die Kirche unsterblich war, unterlag ihr Vermögen nicht der Teilung durch das Erbrecht. Durch das Verbot, Kirchenvermögen zu veräußern, war ein Vermögensverlust nicht möglich.<sup>37</sup> Der ständige Vermögenszuwachs führte letztendlich zu einer wirtschaftlichen Übermacht der Kirche, die das wirtschafts- und gesellschaftliche Gleichgewicht bedrohte und der der Staat schließlich mit den "Amortisationsgesetzen" entgegenzutreten musste.<sup>38</sup>

Ebenso wie das zugunsten der Kirche gebundene Vermögen war das Fideikommiss durch die Tendenz gekennzeichnet, dem bereits gebundenen Vermögen neues hinzuzufügen. Bekämpft wurden die Fideikommiss allerdings weniger wegen der gesellschaftlichen Macht, die dem Fideikommissinhaber zustand, als aufgrund der Entwicklung, dass immer mehr Vermögen in eine volkswirtschaftlich ineffektive Nutzung gelenkt wurde.<sup>39</sup> Da der Fideikommissinhaber in der Regel über beträchtliche Vermögensmittel verfügte, war dieser dazu in der Lage, die Grundstücke der Bauern dann, wenn diesen zur Bewirtschaftung das Kapital fehlte, aufzukaufen oder durch die Gewährung von Krediten, die über Grundpfandrechte abgesichert waren, seinem Besitz einzugliedern. Weil die zum Fideikommiss gehörenden Güter nicht veräußerlich waren, konnten sie den Bauern auch dann nicht zurück übertragen werden, als diese wieder über Kapital verfügten.<sup>40</sup> In der Folge kam es zu einer Konzentration von Grundbesitz in den Händen von wenigen Fideikommissinhabern, die die Ländereien wenig produktiv bewirtschafteten, während der zur Landwirtschaft besser geeignete Bauernstand verarmte und letztendlich gezwungen war, in andere Gegenden oder die Städte abzuwandern.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup>Schmitt, Motive TE, S. 179, Schubert, Erbrecht I, S. 295.

<sup>36</sup>Kom. - Bericht, Mugdan, Materialien V, S. 961 f.

<sup>37</sup>Vgl. Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 89 ff.

<sup>38</sup>Vgl. Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 90 f.

<sup>39</sup>Der Einwand, dass das gebundene Vermögen nur "schlecht und nachlässig" bewirtschaftet wurde, ist in gleicher Weise gegen den Vermögenserwerb der "toten Hand" vorgebracht worden, vgl. den Bericht des volkswirtschaftlichen Ausschusses in der Paulskirche in Wigard Bd. 1, S. 691.

<sup>40</sup>Vgl. Saltzwedell, Wigard Bd. 3, S. 2329.

<sup>41</sup>Miaskowski, S. 59; Mohl, Wigard Bd. 4, S. 2542; v. Saltzwedell, Wigard Bd. 3, S. 2329; Mölling, Wigard Bd. 4, S. 2543 f.; Bericht des volkswirtschaftlichen Ausschusses, Wigard Bd. 1, S. 691 f. In der Diskussion, die in der Paulskirche über die Abschaffung der Fideikommiss geführt wurde, wurde diese Entwicklung nicht nur aufgrund der geringen Ertragsstärke der Fideikommissgüter und der dadurch bedingten volkswirtschaftlichen Nachteile für bedenklich gehalten. Von den Fideikommissgegnern wurde darüber hinaus die Befürchtung geäußert, dass die Vergrößerung des landwirtschaftlichen Proletariats zu Aufständen und Revolten führen



In der Zeit, als die Entwürfe zum BGB beraten wurden, ging man davon aus, dass die Gefahr des Vermögenszuwachses zugunsten wirtschaftlich ineffektiver Zwecksetzungen bei der Stiftung genauso gegeben war wie bei dem zugunsten der Kirche gebundenen Vermögen und den Fideikommissen. Dieser Gefahr wollte man mit der Anordnung des Genehmigungserfordernisses entgegen treten. Indem der BGB – Gesetzgeber eine hoheitliche Kontrolle der Stiftungen angeordnet hat, sollte auch verhindert werden, dass größere Vermögen bedingt durch die dauernde Zweckwidmung dem privaten Rechtsverkehr entzogen und einer volkswirtschaftlich nachteiligen Nutzung zugeführt werden. Das Genehmigungserfordernis, für das die zweite Kommission und die Reichstagskommission sich ausgesprochen haben, sollte die Aufsichtsbehörde demzufolge nicht nur dazu in die Lage versetzen, den Stiftungszweck daraufhin zu überprüfen, ob er eine wirtschaftlich sinnvolle Verwendung des Stiftungsvermögens vorsah, sondern darüber hinaus dazu eingesetzt werden, der dauerhaften Zweckbindung von Vermögenswerten in der Form von Stiftungen generell entgegen zu treten.<sup>42</sup>

Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, dass der BGB – Gesetzgeber die staatliche Aufsicht über die Stiftungen sowohl angeordnet hat, um zu verhindern, dass die Stiftungen Inhaber eines zu großen Vermögens werden, das aufgrund seiner Zweckbindung dem Wirtschaftsverkehr entzogen ist, als auch, um zu gewährleisten, dass die Verwaltung des der Stiftung gewidmeten Vermögens einer unter gesellschaftspolitischen Aspekten ausgeübten hoheitlichen Zweckmäßigkeitkontrolle unterworfen ist. Zur Entstehungszeit des BGB ist man ganz allgemein davon ausgegangen, dass die dauernde Zweckbindung eines größeren Vermögens ohne eine staatliche Überwachung nicht möglich ist. Diesem Ziel diene auch das Genehmigungserfordernis, durch das sichergestellt werden sollte, dass die Schaffung einer rechtlich selbständigen Vermögensmasse nur mit einer vorherigen Zustimmung durch den Staat erfolgen kann. Mit dieser Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers wäre es zur damaligen Zeit nicht vereinbar gewesen, die dauerhafte Festlegung von Vermögenswerten in einer anderen Form als der der rechtsfähigen Stiftung und ohne eine staatliche Kontrolle zuzulassen. Es stellt sich somit die Frage, ob die Zweckbestimmung, die der historische Gesetzgeber der Stiftungsaufsicht beigelegt hat, auch noch bei den heute als maßgeblich zu erachtenden Vorschriften über die Stiftungsaufsicht Geltung beansprucht.

Der Zweck, der den staatlichen Kontrollinstrumenten nach der Ansicht Savignys zukam, entsprach der Rechtfertigung der Stiftungsaufsicht zur Zeit des absoluten Polizeistaats des 18. Jahrhunderts, die bis ins 19. Jahrhundert hinein die Grundlage der Stiftungsaufsicht gebildet hat.<sup>43</sup> Der absolute und aufgeklärte Fürstenstaat des 18. Jahrhunderts war durch eine zunehmende Verstaatlichung gekennzeichnet. Im Zuge dieser Entwicklung begann der Staat die allgemeine Wohlfahrt seiner Bürger als eigene, hoheitliche Aufgabe zu betrachten und die bis dahin selbständigen Stiftungen in das Staatswesen einzugliedern.<sup>44</sup> Die Stiftungsaufsicht wurde ebenso wie alle sonstigen Befugnisse, die der damalige Staat für sich in Anspruch nahm, mit einer einzigen Rechtsquelle legitimiert, nämlich einem dem Staat allgemein und naturnotwendig zustehenden Grundregierungsrecht, einem höchsten "Oberaufsichtsrecht" über alle Bürger seines Gebiets. Die Verwirklichung dieses "Oberauf-

---

könnte und damit den Fortbestand der bürgerlichen Gesellschaft bedrohen würde, Lowe, Wigard Bd. 4, S. 2549; v. Saltzwedell, Wigard Bd. 3, S. 2329 f.; Eckert, S. 462 ff.

<sup>42</sup>Kom. - Bericht, Mugdan, Materialien V, S. 961; Loening, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, S. 1131, 1134.

<sup>43</sup>Vgl. Toepke, S. 67; Liermann, Blätter, S. 36.

<sup>44</sup>Liermann, Handbuch, S. 185 ff.; Andrick/Suerbaum, S. 2 f.

sichtsrechts," das juristisch im Naturrecht und damit im Polizeistaat selbst wurzelte, wurde als natürliche Befugnis des Staates im Verhältnis zu seinen Bürgern verstanden, nach der dem Staat das Recht zustand, die Tätigkeit seiner Bürger nach jeder Richtung hin zu überwachen.<sup>45</sup> In das damals vorherrschende, obrigkeitliche Staatsverständnis fügte sich auch die Stiftungsaufsicht ein, die im 18. und noch im liberalen 19. Jahrhundert als polizeistaatliches Instrument gehandhabt wurde.<sup>46</sup> Ein allgemeines "Oberaufsichtsrecht" des Staates, so wie es das Staatswesen des 19. Jahrhunderts für sich in Anspruch genommen hat, ist mit dem Begriff des modernen Rechts- und Verfassungsstaats nicht mehr vereinbar. Aus diesem Grund kann den Gesetzesmaterialien bei der Feststellung des normativen Sinns, der der staatlichen Aufsicht über die Stiftungen heute zugrunde liegt, keine Bedeutung mehr zukommen.<sup>47</sup> Es soll daher im Anschluss anhand der teleologisch – systematischen Auslegung überprüft werden, welche Zweckbestimmung der Stiftungsaufsicht auf der Grundlage des aktuell geltenden Stiftungsrechts zuzuordnen ist.

## II. Die Stiftungsaufsicht als Mittel, um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu gewährleisten

### 1. Die staatliche Aufsicht bei einer gemeinnützigen Stiftung

Die herrschende Meinung sieht die staatliche Aufsicht über die Stiftungen als unentbehrlich an, um die Stiftung vor einem nicht mehr durch den Stiftungszweck gedeckten Verbrauch ihres Vermögens zu schützen.<sup>48</sup> Die Notwendigkeit einer hoheitlichen Überwachung wird aus der besonderen Struktur der Stiftung sowie aus dem Fehlen eines stiftungsinternen, funktionsfähigen Kontrollmechanismus abgeleitet. Mit dem Zeitpunkt, zu dem die Stiftung durch die hoheitliche Genehmigung entsteht, sind die Stiftungsorgane gemäß den landesgesetzlichen Vorschriften verpflichtet, das Stiftungsvermögen entsprechend dem in der Stiftungsurkunde niedergelegten Willen des Stifters zu verwalten. Maßstab für die Tätigkeit der Stiftungsorgane ist dabei der Stiftungszweck, der die Verwaltung der Stiftung prägt und deren Geschäftstätigkeit bis ins Detail bestimmt, solange die Stiftung als juristische Person besteht.<sup>49</sup> Der in der Satzung festgelegte Zweck wirkt in der Stiftung in absoluter Weise fort und stellt für die Tätigkeit der Stiftungsorgane eine eigenständige und gleichzeitig ausschließliche Vorgabe dar. Von diesen sind sowohl die Auszahlung der von der Stiftung erzielten Erträge an die Destinatäre als auch die sonstigen, die Stiftungsverwaltung betreffenden Rechtsgeschäfte so vorzunehmen, dass sie vom Stiftungszweck gedeckt und damit satzungsgemäß sind. Die Tätigkeit der Stiftungsorgane hat damit einen fremdnützigen, ausschließlich auf die Erfüllung des Stiftungszwecks gerichteten Charakter. Die Verfolgung eigennütziger Ziele ist ihnen bei der Verwaltung der Stiftung nicht gestattet, da ein solches Verhalten dem Stiftungszweck zuwiderlaufen würde.

Anders als die anderen juristischen Personen des Privatrechts, sieht die Organisation der Stiftung keinen internen Kontrollmechanismus vor, durch den sichergestellt wird, dass die

---

<sup>45</sup>Vgl. Fux, S. 42.

<sup>46</sup>Liermann, Blätter, S. 36; Andrick/Suerbaum, S.6 f.

<sup>47</sup>Vgl. Goerdeler/Ulmer, S. 297; Toepke, S. 67 f.; Seifart/v. Campenhausen - Hof § 11, 3; A. A. noch Liermann, Blätter, S. 36, 37.

<sup>48</sup>BGH NJW 87, 2364, 2365; Staud. - Rawert<sup>13</sup> Vorbem § 80, 61; Seifart/v. Campenhausen - Hof § 11, 29; Liermann, Handbuch, S. 281; Toepke, S. 59 f.; Mestmäcker, Referat, S. G 24 f.; Andrick/Suerbaum, S. 53 f.; Stengel § 10, 1.2; Voll/Störle Art. 18, 1.

<sup>49</sup>BGH NJW 87, 2364, 2365; Seifart/v. Campenhausen - Hof § 8, 1 ff.

Stiftungsorgane die Verwaltung der Stiftung am Stiftungszweck ausrichten.<sup>50</sup> Mitglieder, denen wie beim Verein oder der Gesellschaft kraft Gesetzes oder in der Satzung die Befugnis eingeräumt wird, für die Tätigkeit der Verwaltungsorgane zum Beispiel in einer Mitgliederversammlung Rechenschaft zu verlangen, sind bei der Stiftung nicht vorhanden. Ebenso fehlt es an einem verbandsinternen, statuarisch festgelegten Kontrollgremium, wie zum Beispiel einem Aufsichtsrat, das die Stiftungsorgane überwachen könnte. Den Destinatären stehen Rechtsansprüche gegenüber der Stiftung, die sie dazu einsetzen könnten, um eine gerichtliche Überprüfung der Stiftungsverwaltung zu veranlassen, nicht zu. Schließlich stellt auch das Eigeninteresse der die Stiftung verwaltenden Personen keine Gewähr für die Wahrung des Stiftungszwecks dar. Zwar hat die Stiftung ebenso wie die Gesellschaft die Erzielung wirtschaftlicher Erträge zur Aufgabe, da die Stiftungsgesetze als Grundsatz vorsehen, dass das Stiftungsvermögen in seinem Bestand zu erhalten ist.<sup>51</sup> Im Gegensatz zur Gesellschaft dient die Erwirtschaftung von Gewinnen bei der Stiftung jedoch nur der Finanzierung des Stiftungszwecks, eine Selbstbegünstigung der in der Regel ehrenamtlich arbeitenden Stiftungsorgane erfolgt nicht. Die Struktur der Stiftung, die die für sie handelnden Organe keiner internen Kontrolle unterstellt, macht die Stiftung anfällig für eine zweckwidrige und missbräuchliche Verwendung ihres Vermögens.<sup>52</sup> Die staatliche Aufsicht über die Stiftungen kann somit mit der besonderen Schutzbedürftigkeit der Stiftungen vor einem unrechtmäßigen Handeln ihrer Organe gerechtfertigt werden.<sup>53</sup>

Der Umstand, dass die Stiftungsaufsicht einen unerlässlichen Bestandteil des Stiftungsrechts darstellt, erklärt allerdings noch nicht, aus welchem Grund gerade der Staat zur Beaufsichtigung der Stiftungen berechtigt ist. Denn eine wirksame Überwachung der Stiftung muss nicht notwendigerweise von den mit der Stiftungsaufsicht betrauten Behörden vorgenommen werden. Denkbar ist zum Beispiel auch, dass andere, der Staatsaufsicht gleichwertige Kontrollmechanismen geschaffen werden, indem in der Stiftungssatzung ein stiftungseigenes Aufsichtsorgan vorgesehen oder die Überprüfung der Rechnungslegung durch einen Wirtschaftsprüfer angeordnet wird.<sup>54</sup>

Die besondere Obhutspflicht des Staates gegenüber den Stiftungen legitimiert die herrschende Meinung mit dem gemeinnützigen Charakter der Stiftung, der diese zu einer dem Wohl der Allgemeinheit dienenden Tätigkeit verpflichtet.<sup>55</sup> Um das Stiftungsvermögen ungeschmälert zu erhalten, wird die Stiftung des BGB in der Regel zu einem steuerbegünstigten Zweck gegründet.<sup>56</sup> Das Privileg der Steuerentlastung behält die Abgabenordnung in den §§ 51 ff. solchen Körperschaften vor, die ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen Zwecken dienen. Der Begriff der "Gemeinnützigkeit," der enger ist, als der der

---

<sup>50</sup>Vgl. MK - Reuter<sup>5</sup> vor § 80, 81; Stengel § 10, 1.2; Voll/Störle Vorb Art. 18; Siegmund - Schultze, § 10, 1 a; Andrick/Suerbaum, S. 54 f.

<sup>51</sup>Vgl. Seifart/v. Campenhausen - Hof § 10, 34 FN 49 mit Hinweis auf die entsprechenden Vorschriften der Stiftungsgesetze.

<sup>52</sup>Staud. - Rawert<sup>13</sup> Vorbem § 80, 61; Mestmäcker, Referat, S. G 25.

<sup>53</sup>BGH NJW 87, 2364, 2365; Liermann, Blätter, S. 36, 38; Voll/Störle Art. 18,1.

<sup>54</sup>Soergel - Neuhoff<sup>13</sup> vor § 80, 78, 88; Seifart/v. Campenhausen - Hof § 11, 30, 67; Siegmund - Schultze, § 10, 1 a;

<sup>55</sup>BVerwGE 40, 347, 351; BGH NJW 87, 2364, 2365; Soergel - Neuhoff<sup>13</sup> vor § 80, 83; Staud. - Rawert<sup>13</sup> Vorbem

§ 80, 61; Seifart/v. Campenhausen - Hof § 4, 115; Siegmund - Schultze, § 10, 1 b; Voll/Störle Vorb Art. 18, Art. 18, 1; Toepke, S. 68 ff.; Seifart, Wissenschaftsrecht 1974, S. 34, 36; ders., DVBl 73, 797 f.; Leisner DÖV 73, 273, 274; Scheyhing JZ 73, 697 f; Andrick/Suerbaum, S. 56.

<sup>56</sup>Vgl. Hof, Münchener Vertragshandbuch Bd. I, VII 1, 6; Stengel Einführung 1.2.

Gemeinwohlkonformität,<sup>57</sup> geht von einem privaten Handeln aus, dem ein Nutzen für die Gesellschaft beigemessen wird und dessen vorrangiges Motiv nicht die Verfolgung eines Privatinteresses sein darf.<sup>58</sup> Wann eine solche selbstlose und fremdnützige Förderung der Allgemeinheit vorliegt, wird von der Rechtsprechung nicht anhand feststehender Kriterien angegeben, sondern unter Bezugnahme auf den Wertekatalog der Staatsverfassung sowie das Wertesystem der geistigen, sozialen und kulturellen Ordnung des bestehenden Staatswesens festgestellt.<sup>59</sup> Dabei kommt es entscheidend auf die Art des hauptsächlichen Engagements an, das unter Verzicht auf jeden Eigennutz für den Stifter oder die Stiftung zu objektiv nützlichen Leistungen für das Gemeinwesen führen muss.<sup>60</sup>

Für den Staat, dessen Zweckbestimmung darin besteht, das Gemeinwohl zu fördern, ist die der Sache des Gemeinwesens dienende, selbständige Tätigkeit der Stiftungen von Vorteil. Bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, die im demokratischen, auf der Selbstbestimmung des einzelnen aufbauenden Gemeinwesen, kein Monopol des Staates, sondern allen Gliedern des Gemeinwesens gleichberechtigt überlassen ist, kann der Stiftung sowohl eine staatsergänzende als auch eine staatsentlastende Funktion zukommen.

Nimmt die Stiftung eine Aufgabe wahr, die vom Staat nicht durchgeführt werden kann, hat sie eine staatsergänzende Funktion.<sup>61</sup> In einem pluralistischen und demokratischen Staat ist die Förderung des Gemeinwohls zwar die ausschließliche, aber nicht nur die Aufgabe des Staates. Durch die Grundrechte der liberalen Staatsverfassung werden bestimmte Lebensbereiche von einer hoheitlichen Regelung abgeschirmt und dem ausschließlichen Wirkungsbereich der Bürger überlassen. Der tatsächlichen Praxis entspricht es, dass dieser grundrechtliche Freiraum im eigenen, egoistischen Interesse des Grundrechtsträgers genutzt wird. Da der durch die Grundrechte gewährleistete Bereich privater Freiheit der staatlichen Regelungsmacht entzogen ist, kann der Staat in diesem Bereich ein fremdnütziges Verhalten des Bürgers nicht erzwingen.<sup>62</sup> Das Institut der Stiftung ermöglicht es dem Staat, in dem Bereich, in dem ihm ein eigenes Handeln versagt ist, im Interesse der Allgemeinheit die private Gemeinwohltätigkeit der Bürger zu fördern.

Soweit eine Stiftung eine Aufgabe erfüllt, die anderenfalls vom Staat übernommen worden wäre, kommt ihr eine den Staat entlastende Funktion zu.<sup>63</sup> Neben seiner Eigenschaft als Garant einer dem Bürger zustehenden Sphäre persönlicher Freiheit versteht sich der neuzeitliche Verwaltungs- und Sozialstaat als ein Versorgungsstaat, der vorrangig die Gewährleistung einer kollektiven Daseinsvorsorge und eines krisenfreien Wirtschaftswachstums zur Aufgabe hat.<sup>64</sup> Um diese Aufgabe erfüllen zu können, ist der Staat darauf angewiesen, planend und organisierend in den gesellschaftlichen Entwicklungsprozess einzugreifen. Die lenkende Tätigkeit des Staates erstreckt sich demzufolge über die Aufga-

---

<sup>57</sup>Zum Begriff der gemeinwohlkonformen Allzweckstiftung, der das Leitbild der Stiftung des BGB darstellt, vgl. Staud. - Rawert<sup>13</sup> Vorbem § 80, 13.

<sup>58</sup>Seifart/v. Campenhausen - Pöllath § 43, 17.

<sup>59</sup>BFH Urt. v. 20.1.1972, BStBl 1972 II, S. 440; BFH Urt. v. 13.12.1978, BStBl 1979 II, S. 482; BFH Urt. v. 29.8.1984, BStBl 1984 II, S. 844.

<sup>60</sup>Isensee, FS Dürig, S. 33, 54.

<sup>61</sup>Eine staatsergänzende Tätigkeit liegt z. B. vor, wenn Leistungen auf kulturellem Gebiet erbracht werden oder dem der sozialen Fürsorge, die über den im Bundessozialhilfegesetz gesetzten Rahmen hinausgehen, v. Rotberg Einleitung 4 a; Siegmund - Schultze Einleitung 4.

<sup>62</sup>Isensee, FS Dürig, S. 33, 52 ff.

<sup>63</sup>Ein Beispiel einer solchen Tätigkeit stellt die in einer modernen Industriegesellschaft unverzichtbare Förderung der Wissenschaft in einem Bereich dar, der in wirtschaftlicher Hinsicht nicht lukrativ ist, weil er keine zeitnahen Anwendungsmöglichkeiten eröffnet, vgl. Isensee, FS Dürig, S. 33, 59.

<sup>64</sup>Vgl. Ebersbach, Handbuch, S. 4.

ben, die seiner ausschließlichen Wahrnehmung vorbehalten sind, hinaus auf einen Bereich, der auch zum gesellschaftlichen Wirkungskreis der privaten Rechtssubjekte gehört. In diesen Funktionsräumen des sozialen Lebens, zu denen die Wohlfahrtspflege, das Bildungswesen und die Wissenschaftsförderung zählen, findet staatliches und privates Handeln nebeneinander statt. Im Bereich der konkurrierenden Staatsaufgaben, der einem Handeln des Staates und dem privater Rechtssubjekte in gleicher Weise offen ist, kann durch die Tätigkeit einer Stiftung somit ein staatliches Handeln ersetzt werden.

Wenn durch die Stiftung eine Aufgabe wahrgenommen wird, die zum Wirkungskreis des Staates gehört, ist das Interesse des Staates an der Tätigkeit der Stiftung einerseits offensichtlich, weil die Initiative der privaten Rechtssubjekte es der öffentlichen Hand ermöglicht, die ständig steigenden finanziellen Aufwendungen zu begrenzen. Andererseits entspricht das Tätigwerden der privaten Rechtssubjekte der Staatsform der Demokratie, in der der Staat Bereiche privater Freiheit zu schaffen und zu schützen und eigene Aktivitäten gleichzeitig dort zurückzunehmen hat, wo eine öffentliche Aufgabe durch die eigenverantwortliche Tätigkeit privater Rechtssubjekte in ausreichender Weise erfüllt werden kann.<sup>65</sup>

Die Stiftung kann ihre im Dienst der Allgemeinheit stehende Aufgabe nur erfüllen, wenn sie entsprechend dem in der Satzung festgelegten, gemeinnützigen Zweck verwaltet wird. Die staatliche Stiftungsaufsicht dient daher dazu, sicherzustellen, dass der Willen des Stifters respektiert wird und im Interesse der Stiftung und damit auch dem der Allgemeinheit gewährleistet ist, dass das Stiftungsvermögen ungeschmälert erhalten bleibt und der Stifterwille dauerhaft entsprechend der vom Stifter festgelegten öffentlichen Zweckbestimmung der Stiftung verwirklicht wird.<sup>66</sup> In dem Umfang, in dem die Stiftung eine öffentliche, dem allgemeinen Wohl dienende Aufgabe wahrnimmt, besteht ein unmittelbares Interesse des Staates an der Tätigkeit der Stiftung. Der aus der gemeinnützigen Zweckbestimmung der Stiftung fließende öffentliche Nutzen rechtfertigt das besondere Interesse des Staates an ihrer Tätigkeit sowie ihren Sonderstatus als eine private Einrichtung, die einer öffentlichen Kontrolle unterworfen ist.<sup>67</sup>

## 2. Die staatliche Aufsicht bei der Verfolgung privater Zwecke

Dass die Stiftungsaufsicht durch das öffentliche Interesse an der Verwirklichung des am Gemeinwohl orientierten Zwecks der Stiftung legitimiert wird, wird durch die gesetzliche Regelung der Familienstiftung bestätigt. Eine Familienstiftung ist eine Anwendungsform des Rechtsinstituts der Stiftung, deren Zweckbestimmung darin besteht, dass sie den Belangen einer oder mehrerer bestimmter Familien dient.<sup>68</sup> Der Wirkungsbereich der Familienstiftung ist auf die Privatsphäre ihrer Destinatäre beschränkt, ihr fehlt das Merkmal der Fremdnützigkeit und somit der Bezug zum Gemeinwohl.<sup>69</sup> In dem Maße, in dem die Familienstiftung nicht geeignet ist, der Allgemeinheit dienlich zu sein, entfällt das Interesse des Staates an der Tätigkeit der Stiftung. Da die Familienstiftung keine öffentliche Aufgabe

<sup>65</sup>Isensee, FS Dürig, S. 33, 59.

<sup>66</sup>Staud. - Rawert<sup>13</sup> Vorbem § 80, 61; Soergel - Neuhoff<sup>13</sup> vor § 80, 83.

<sup>67</sup>BVerwGE 40, 347, 351; OVG Bremen StifftRspr Bd. IV, S. 127, 129; Staud. - Rawert<sup>13</sup> Vorbem § 80, 61; Soergel - Neuhoff<sup>13</sup> vor § 80, 83; Seifart/v. Campenhausen - Hof § 11, 29; Siegmund - Schultze § 10, 1 b; Toepke, S. 68 f; Voll/Störle Vorb Art. 18, Art. 18, 1; Seifart, Wissenschaftsrecht 1974, S. 34, 36; ders., DVBl 73, 797 f.; Leisner DÖV 73, 273, 274; Scheyhing JZ 73, 697 f.

<sup>68</sup>Staud. - Rawert<sup>13</sup> Vorbem § 80, 123; Seifart/v. Campenhausen - Pöllath § 14, 2; Andrick/Suerbaum, S. 30.

<sup>69</sup>Toepke, S. 68.

erfüllt,<sup>70</sup> sehen die Stiftungsgesetze der Länder überwiegend vor, dass die staatliche Stiftungsaufsicht bei der Familienstiftung weitgehend oder vollständig wegfällt.<sup>71</sup> Soweit es um den Bereich geht, der ausschließlich der privaten Sphäre der Bürger zugeordnet ist, ist es dem Staat gleichgültig, ob die Stiftung ihre satzungsgemäße Aufgabe gut oder schlecht erfüllt. Außerhalb des Gebiets der öffentlichen Aufgaben ist der Staat nicht nur an der Tätigkeit der Stiftung desinteressiert, sondern hält auch eine permanente Rechtmäßigkeitskontrolle für entbehrlich,<sup>72</sup> mit der Folge, dass ein Eingriff in die Verwaltung der Stiftung bei Gesetzesverstößen erst erfolgt, nachdem den Behörden bekannt geworden ist, dass die Stiftungsverwaltung Gesetze missachtet. Die Familienstiftung, die unmittelbar und ausschließlich einen privaten Zweck verfolgt, sieht der Staat als eine der privaten Sphäre zugeordnete Institution an, bei der er grundsätzlich auf eine hoheitliche Kontrolle verzichtet und die Angelegenheiten der Stiftung weitgehend der Autonomie der privaten Rechtssubjekte überlässt.

### 3. Ergebnis

Da der Grund für die Mitverantwortung, die der Staat für die Tätigkeit der Stiftung übernimmt, darin besteht, dass die Stiftung eine öffentliche Funktion wahrnimmt, kommen die gesetzlichen Vorschriften über die Stiftungsaufsicht als Grundlage eines verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedankens lediglich insoweit in Betracht, als ein Vermögen zur Verfolgung öffentlicher Zwecke langfristig gebunden wird. Denn aus den Vorschriften über die Familienstiftung konnte abgeleitet werden, dass die Rechtsordnung eine Gestaltung, mit deren Hilfe ein Vermögen in der Hand eines "unsterblichen" Eigentümers verewigt werden kann, ohne dass die Vermögensverwaltung einer unmittelbaren Überwachung durch den Staat oder private Rechtssubjekte unterworfen ist, grundsätzlich zulässt. Abgesehen von der Befreiung von der Staatsaufsicht weist die Familienstiftung im Vergleich zu der einem öffentlichen Zweck gewidmeten Stiftung keine Besonderheiten auf. Die gesetzliche Ausgestaltung der Familienstiftung lässt daher den Rückschluss zu, dass die dauerhafte Bindung einer Vermögensmasse an einen bestimmten Zweck, bei der weder ein Kontrollmechanismus in Form einer staatlichen Überwachung oder eines Austrittsrechts noch eine zeitliche Wirksamkeitsgrenze vorgesehen ist, zumindest dann mit der Rechtsordnung vereinbar ist, wenn das Vermögen zur Verfolgung eines privaten Zwecks eingesetzt wird. Es stellt sich somit die Frage, ob der von Großfeld und Reuter vertretenen Ansicht, nach der die langfristige Zweckwidmung eines Vermögens ohne eine staatliche Aufsicht nicht möglich ist, mit der Einschränkung zu folgen ist, dass eine hoheitliche Überwachung zumindest dann unentbehrlich ist, wenn ein Vermögen langfristig einem öffentlichen Zweck dienstbar gemacht worden ist.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup>KG Stftrspr Bd. I, S. 131, 133 ff.; Seifart/v. Campenhausen - Hof § 11, 33, 44; Siegmund - Schultze Einleitung 9, § 10, 1 b; Pohley/Backert Art. 1, 5.1; Ebersbach, Handbuch, S. 128 f.; Toepke, S. 69; vgl. auch KG JFG 46, 101, 105 f.

<sup>71</sup>Art. 34 BayStiftG; § 10 I BerlStiftG; § 17 BremStiftG; § 14 II HambAGBGB; § 21 II HessStiftG; §§ 14 II, 27 II MeckIVorPStiftG; § 10 II NdsStiftG; § 27 RhPfStiftG; § 19 SchlHolStiftG; § 13 II BaWürttStiftG.

<sup>72</sup>Vgl. Art. 34 BayStiftG.

<sup>73</sup>Dass dem Staat ein Aufsichtsrecht immer dann zukommen muss, wenn die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe in Frage steht, wird von Neuhoff angenommen. Er spricht sich für eine analoge Anwendung der §§ 80 ff. und damit auch der Stiftungsaufsicht auf die nicht rechtsfähige Stiftung immer dann aus, wenn diese im öffentlichen Interesse tätig wird, vgl. Soergel - Neuhoff<sup>13</sup> vor § 80, 23 d.

### III. Die staatliche Aufsicht als Rechtskontrolle

Ob aus den Vorschriften über die Stiftungsaufsicht die Aussage abgeleitet werden kann, dass für den Staat die Kontrolle einer langfristigen Vermögensbindung unverzichtbar ist, wenn diese im öffentlichen Interesse erfolgt, hängt vom Umfang der Machtbefugnisse ab, die der Aufsichtsbehörde zukommen.

Das BGB setzt die Staatsaufsicht über die Stiftungen in den §§ 80, 87 als gegeben voraus. Ihre inhaltliche Ausgestaltung überlässt es dem Landesgesetzgeber, der der Aufsichtsbehörde in den Stiftungsgesetzen Kompetenzen mit unterschiedlicher Reichweite zugesprochen hat. Die landesgesetzlich kodifizierten Befugnisse der Stiftungsaufsicht reichen dabei von einer reinen Rechtsaufsicht<sup>74</sup> bis zu einer Ermächtigung der Behörden zu Ermessensentscheidungen.<sup>75</sup>

In einem Urteil vom 22.09.1972<sup>76</sup> hat das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtsvereinheitlichung insoweit vorgenommen, als es allgemeingültige Schranken für die staatliche Aufsicht über privatrechtliche Stiftungen formuliert hat. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem eine private Stiftung, die Trägerin einer Privatschule ist, einen Oberstudienrat zum Vorsitzenden des Schulvorstandes und damit als Organ der Stiftung bestellt hat. Die bayerische Aufsichtsbehörde hat die Genehmigung des von der Stiftung abgeschlossenen Dienstvertrags unter Berufung auf eine Verletzung des Sparsamkeitsprinzips versagt, soweit das dem Oberstudienrat zugebilligte Gesamtgehalt höher war als die Bezüge eines gleichgestellten Beamten des öffentlichen Schuldienstes. Vom Verwaltungsgericht München ist der Bescheid der Aufsichtsbehörde auf die Klage der Stiftung hin aufgehoben worden. Nachdem der Bayerische Verwaltungsgerichtshof das erstinstanzliche Urteil im Berufungsverfahren aufgehoben hatte, wurde es auf die anschließende Revision der Stiftung durch das Bundesverwaltungsgericht wieder hergestellt.

In den Urteilsgründen hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass die Stiftungsaufsicht die Tätigkeit der Stiftung nur insoweit einschränken dürfe, als das erforderlich sei, um sicherzustellen, "dass die Angelegenheiten der Stiftung in Übereinstimmung mit dem Gesetz und der Stiftungssatzung besorgt werden."<sup>77</sup> Die Stiftungsaufsicht ist mit dieser Formulierung auf eine reine Rechtsaufsicht beschränkt worden. Dass der Aufsichtsbehörde keine weitergehenden Befugnisse zukommen können, folgt nach der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts aus einer immanenten Schranke, die aus dem Zweck der Stiftungsaufsicht abgeleitet werden kann. Da die Stiftung den Schutz der Grundrechte für sich in Anspruch nehmen kann, stelle jede Maßnahme der Aufsichtsbehörde ihr gegenüber einen Eingriff in Art. 2 I GG dar, der der Rechtfertigung bedürfe. Als Rechtfertigung komme lediglich ein öffentliches Interesse in Betracht, das bei der Stiftung darin bestehe, dass die Organe einer Stiftung, die der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gewidmet ist, auch dem Stiftungszweck entsprechend tätig werden. Da nur das öffentliche Interesse an der Verwirklichung des Stiftungszwecks den Eingriff in die Handlungsfreiheit der Stiftung legitimiere, könne auch nur die Verletzung oder Gefährdung des Stiftungszwecks den Prüfungsmaßstab für eine Maßnahme der Stiftungsaufsicht bilden.<sup>78</sup> Die Befugnisse der Aufsichts-

<sup>74</sup> § 20 BaWüStiftG; § 17 I NRWStiftG; § 18 BdbStiftG; § 14 I MeckIVorpStiftG; Art 18 BayStiftG; § 7 II, § 18 Sa, S-A, ThStiftG.

<sup>75</sup> § 8 I 2 HambAGBGB.

<sup>76</sup> BVerwGE 40, 347 ff.

<sup>77</sup> BVerwGE 40, 347, 350.

<sup>78</sup> BVerwGE 40, 347, 351.

behörde sind danach darauf begrenzt, zu überprüfen, ob die Tätigkeit der Stiftung den Gesetzen und der Stiftungssatzung entspricht.<sup>79</sup> Für den vom Bundesverwaltungsgericht zu entscheidenden Fall hatte das zu Folge, dass die Aufsichtsbehörde die Genehmigung des Dienstvertrags nur dann hätte versagen dürfen, wenn die daraus für die Stiftung resultierenden Nachteile so gravierend gewesen wären, dass der Stiftungszweck beeinträchtigt oder die Existenz der Stiftung gefährdet worden wäre.<sup>80</sup>

Weiterhin hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass bei einer privaten, dem Gemeinwohl verpflichteten Stiftung öffentliche Interessen im Rahmen der Stiftungsaufsicht nur insoweit berücksichtigt werden können, als sie in der Stiftungssatzung selbst begründet sind oder sich unmittelbar oder mittelbar aus dem Stiftungszweck ergeben.<sup>81</sup> Insbesondere seien die Aufsichtsbehörden nicht dazu befugt, bei der Prüfung, ob ein Rechtsgeschäft der Stiftungsorgane vom Stiftungszweck gedeckt ist, ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der Stiftungsorgane zu setzen.<sup>82</sup> Die Kompetenzen der Stiftungsaufsicht seien darauf beschränkt, öffentlichen Belangen insoweit zur Durchsetzung zu verhelfen, als sie sich aus dem Stifterwillen ergeben. Öffentliche Interessen, die dem Stiftungszweck nicht zu entnehmen seien, könnten nicht zum Maßstab für Entscheidungen der Aufsichtsbehörde gemacht werden.<sup>83</sup>

Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bildet der Stiftungszweck den einzigen Maßstab für eine Maßnahme der Stiftungsaufsicht.<sup>84</sup> Soweit die Stiftungsaufsicht zur Folge hat, dass neben den rechtlich geschützten Interessen der Stiftung auch das Wohl der Allgemeinheit gewahrt wird, erfolgt die Berücksichtigung der öffentlichen Interessen nur mittelbar. Denn durch die staatliche Aufsicht soll die Existenz der Stiftung um ihrer selbst Willen garantiert werden. Aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wird deutlich, dass der Aufsichtsbehörde nicht die Wahl überlassen sein soll, neben dem Stiftungszweck noch andere Gesichtspunkte, an denen ein allgemeines Interesse besteht, zu berücksichtigen. Das öffentliche Interesse, das die Aufsichtsbehörde mit ihrer Tätigkeit wahrnimmt, muss sich unmittelbar aus dem Stiftungszweck ergeben. Belange der Allgemeinheit, die ihre Grundlage nicht im Stifterwillen haben, dürfen daher nicht zum Gegenstand einer Maßnahme der Stiftungsaufsicht gemacht werden.<sup>85</sup>

Die Stiftungsaufsicht kann vom Staat somit nicht zur Durchsetzung eigener, vom Stiftungszweck unabhängiger Ziele eingesetzt werden. Aus diesem Grund wäre es der Aufsichtsbehörde verwehrt, die Tätigkeit der Stiftung daraufhin zu überprüfen, ob sie unter gesellschaftspolitischen Aspekten zweckmäßig ist und durch sie zum Beispiel die öffentliche Fürsorgetätigkeit des Staates in sinnvoller Weise ergänzt wird.<sup>86</sup> Weiterhin ist es der Aufsichtsbehörde nicht möglich, im Rahmen der Staatsaufsicht zu veranlassen, dass ein

---

<sup>79</sup>v. Rotberg § 8, 4; Siegmund - Schultze § 10, 2 a; Voll/Störle Vorb Art. 18; Stengel § 10, 1.3;

Andrick/Suerbaum, S. 51 f.

<sup>80</sup>BVerwGE 40, 347, 352.

<sup>81</sup>BVerwGE 40, 347, 351.

<sup>82</sup>BVerwGE 40, 347, 352.

<sup>83</sup>BVerwGE 40, 347, 351.

<sup>84</sup>Vgl. Seifart/v. Campenhausen - Hof § 4, 115; Voll/Störle Art. 18, 1; Stengel § 10, 1.2;

MK - Reuter<sup>5</sup> vor § 80, 68.

<sup>85</sup>Vgl. Seifart/v. Campenhausen - Hof § 11, 32; Mestmäcker/Reuter, S. 128; Leisner DÖV 73, 673, 674;

Voll/Störle Art. 18, 1; Stengel § 10, 1.3; MK - Reuter<sup>5</sup> vor § 80, 68.

<sup>86</sup>Zu einem dahingehenden Verständnis der Stiftungsaufsicht vgl. Liermann, Blätter, S. 36;

Toepke, S. 70, 97; Scheyhing JZ 73, 697 f.



besonders großes Stiftungsvermögen verringert wird.<sup>87</sup> Repressive Aufsichtsmaßnahmen wie die Beanstandung oder die Aufhebung eines Beschlusses der Stiftungsorgane stehen der Aufsichtsbehörde nur zur Verfügung, wenn die Stiftungsorgane gegen Gesetze oder die Stiftungssatzung verstoßen haben,<sup>88</sup> nicht aber kann die Aufsichtsbehörde einer Entscheidung der Stiftungsorgane die Wirksamkeit allein deshalb nehmen, um zu verhindern, dass das Stiftungsvermögen weiter anwächst.<sup>89</sup>

Auch kann der Zweck der staatlichen Stiftungsaufsicht nicht darin gesehen werden, sicherzustellen, dass ein Vermögen, das dauerhaft an einen bestimmten Zweck gebunden ist, im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit generell einer Rechtsaufsicht unterworfen ist, damit gewährleistet wird, dass es nicht zu Vermögensmissbräuchen kommt. Die Rechtsaufsicht, der die Stiftungen unterstehen, dient neben der Wahrung des Stifterwillens dazu, zu verhindern, dass eine Institution, die der Staat mit der Eigenschaft einer juristischen Person ausgestattet hat, in einer missbräuchlichen und gesetzeswidrigen Weise genutzt wird.<sup>90</sup> Dadurch soll das Vertrauen des Privatrechtssubjekts in die Rechtsform der Stiftung als eines Mittels, das es ihm ermöglicht, die Verwendung des ihm gehörenden Vermögens dauerhaft auch für die Zeit nach seinem Tod festzulegen, geschützt und der Einsatz von Vermögen zu dem Gemeinwohl dienlichen Zwecken gefördert werden.<sup>91</sup> Nicht aber hat die von den Behörden ausgeübte Rechtsaufsicht ihre Grundlage in einem allgemeinen Interesse daran, dass die Verwaltung eines Vermögens, dessen Verwendung dauerhaft zugunsten eines bestimmten Zwecks vorgeschrieben ist, generell im Einklang mit der Rechtsordnung erfolgt.

Demnach ist die Stiftungsaufsicht darauf beschränkt, die Verwirklichung des Stiftungszwecks um seiner selbst willen zu gewährleisten. Eine weitergehende Zweckbestimmung kommt der Stiftungsaufsicht nicht zu. Die Vorschriften über die Stiftungsaufsicht lassen somit auch nicht den Rückschluss zu, dass ein Vermögen zumindest dann, wenn es zu gemeinnützigen Zwecken eingesetzt wird, generell einer bestimmten Form von Überwachung bedarf. Eine solche Kontrolle ist im öffentlichen Interesse nur dann erforderlich, wenn die dauerhafte Vermögenswidmung in der Rechtsform der rechtsfähigen Stiftung erfolgt.

---

<sup>87</sup> Rechtsprechung und Schrifttum gehen davon aus, dass die Stiftung angesichts ihrer rechtlichen und tatsächlichen Ausgestaltung nicht dazu geeignet ist, eine Störung der gesellschaftlichen Gleichgewichtslage hervorzurufen, da der Anteil des Stiftungsvermögens an der Gesamtheit der öffentlichen und privaten Mittel gering ist und eine Stiftung sich immer nur Ausschnitte einer öffentlichen Aufgabe zum Zweck setzen, ihre Tätigkeit aber niemals auf die Gesamtheit eines öffentlichen Gebiets erstrecken kann, vgl. BVerfGE 8, 51, 67 f.; Siegmund - Schultze § 10, 1 c; Isensee, FS Dürig, S. 33, 63; Scheyhing JZ 73, 697, 698.

<sup>88</sup> Andrick/Suerbaum § 8 I, II.

<sup>89</sup> Derartige Überlegungen können die Aufsichtsbehörde lediglich zur Auflösung der Stiftung gemäß § 87 und den entsprechenden Landesgesetzen berechtigen, wenn anzunehmen ist, dass die Verwendung des Stiftungsvermögens durch die Stiftungsorgane in einer das Gemeinwohl gefährdenden Weise erfolgt, vgl. dazu das von Liermann genannte Beispiel, Blätter, S. 36, 37.

<sup>90</sup> Vgl. KG StRspr Bd. I, S. 131, 133 ff.; Siegmund - Schultze Einleitung 9, § 10, 1 b; Stengel § 21, 3; Voll/Störle Vorb Art. 18; Andrick/Suerbaum, S. 55.

<sup>91</sup> Soergel - Neuhoff<sup>13</sup> vor § 80, 83; Andrick/Suerbaum, S. 55 f., 100.

## **D. Ergebnis**

Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, dass die Stiftungsaufsicht lediglich dazu dient, den in der Satzung niedergelegten Willen des Stifters zu verwirklichen. Eine darüber hinausgehende Zweckbestimmung, die von Großfeld darin gesehen wird, dass der Entstehung einer zu großen Vermögensmasse entgegengetreten werden soll und die Reuter so umschrieben hat, dass langfristig gebundene Vermögen grundsätzlich vor Rechtsmissbräuchen zu schützen sind, kann der Stiftungsaufsicht nicht zugeordnet werden. Ein allgemein gültiger Aussagegehalt, nach dem derartige Vermögen stets einer Kontrolle unterstehen müssen, kann aus den Vorschriften über die Stiftungsaufsicht daher nicht abgeleitet werden. Als Grundlage eines allgemeinen Rechtsprinzips können diese Vorschriften auch dann nicht angesehen werden, wenn ein Vermögen langfristig zugunsten eines öffentlichen, dem Gemeinwohl dienenden Zwecks gebunden wird. Es gehört somit nicht zum Regelungsgehalt der Vorschriften über die Stiftungsaufsicht, zu gewährleisten, dass die langfristige Zweckbindung eines Vermögens nur in der Form der rechtsfähigen Stiftung wirksam erfolgen kann. Aus diesem Grund stellt der Abschluss eines langfristigen oder unbefristeten und unkündbaren Treuhandvertrags, in dem der Erblasser die Verwendung eines Vermögenswerts auch für die Zeit nach seinem Tod festlegt, keine Umgehung des Stiftungsrechts dar.<sup>92</sup> Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Privatrechtssubjekten zur Verfolgung stiftungsähnlicher Zwecke nicht nur das Rechtsinstitut der rechtsfähigen Stiftung zur Verfügung stellen, sondern die dauerhafte Zweckbindung eines Vermögens auch dann ermöglichen wollte, wenn sie in Form eines Rechtsgeschäfts erfolgt, für das staatliche Kontrollinstrumente nicht vorgesehen sind.

---

<sup>92</sup>Im Ergebnis ebenso: Karsten Schmidt, Ersatzformen der Stiftung, S. 175, 187 ff., der die durch eine unselbständige Stiftung begründete Zweckbindung eines Vermögens mit "ewiger" Dauer neben dem Rechtsinstitut der rechtsfähigen Stiftung für zulässig hält. Allerdings sieht Karsten Schmidt anders als die h. M. das Stiftungsgeschäft nicht als Treuhandvertrag an, sondern als eine unter einer Auflage vorgenommene Schenkung, S. 180 f.

## Zusammenfassung

Das Bestreben, die Verwendung des zu Lebzeiten geschaffenen Vermögens auch für die Zeit nach dem Tod bestimmen zu können, gibt es seit altersher. Dabei ist unter anderem auch der Wunsch des Vermögensinhabers festzustellen, das Schicksal bestimmter Vermögenswerte nicht nur für die nächste oder die übernächste nachfolgende Generation zu beeinflussen, sondern für unbestimmt viele Generationen so lange festzulegen, wie die von ihm getroffene Regelung durchführbar und sinnvoll ist. Für solche Vorhaben reichen die im BGB vorgesehenen Rechtsgeschäfte von Todes wegen nicht aus, da der Erblasser den Erben mit ihrer Hilfe nicht das Recht entziehen kann, über Nachlassgegenstände zu verfügen. Können die Personen, denen ein Recht zur Verfügung über den Nachlass zusteht, sich untereinander einigen, versagt das Erbrecht einem Rechtsgeschäft, das zum ausdrücklich geäußerten Willen des Erblassers im Widerspruch steht, nicht die Wirksamkeit.

Eine rechtsgeschäftliche Bindung, die langfristig oder unbefristet und für die Erben unwiderruflich ist, kann der Erblasser durch einen Treuhandvertrag begründen. Um sicherzustellen, dass das von ihm zu Lebzeiten abgeschlossene Rechtsgeschäft nach seinem Tod entsprechend seinem Willen fortgeführt wird, muss der Erblasser auf sein Recht zum Widerruf bzw. zur Kündigung des Treuhandvertrags verzichten. Die Vorschriften des Schuldrechts stehen einem solchen Verzicht nicht entgegen. Insbesondere ist der Ausschluss des Widerrufsrechts beim Auftrag dann als zulässig anzusehen, wenn der Rechtsverzicht den Interessen des Erblassers dient.

Der Umstand, dass es sich bei dem vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt, rechtfertigt kein anders lautendes Ergebnis. Die besonderen Strukturen des Dauerschuldverhältnisses lassen nicht den Rückschluss zu, dass der Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem Dauerschuldverhältnis unzulässig ist. Für das unbefristete Dauerschuldverhältnis wird die Richtigkeit dieser Aussage durch die §§ 542 II, 620 I bestätigt, die davon ausgehen, dass ein zeitlich befristetes Dauerschuldverhältnis unter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts zustande kommt.

Obwohl das Recht zur ordentlichen Kündigung im Schrifttum als ein für das unbefristete Dauerschuldverhältnis charakteristischer Bestandteil angesehen wird, ist ein Kündigungsverzicht auch bei einem Dauerschuldverhältnis mit unbestimmter Dauer zulässig. Mit dem Rechtscharakter des Schuldverhältnisses ist der Ausschluss des Kündigungsrechts vereinbar, weil dem unbefristeten Dauerschuldverhältnis das dem einfachen Schuldverhältnis eigene, auf seine Erfüllung gerichtete finale Element fehlt. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, nach dem ein Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis nicht möglich ist, lässt sich aus den Vorschriften des BGB nicht ableiten. Die Bestimmungen, in denen das BGB das Recht zur ordentlichen Kündigung regelt, sind zum Teil dispositiv. Soweit sie unabdingbar sind, kommt ihnen ein allgemein gültiger Aussagegehalt nicht zu, weil die Gründe, die die Anordnung eines unabdingbaren einfachen Kündigungsrechts notwendig gemacht haben, ihre Ursache jeweils in den Besonderheiten des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses haben. Auch kann der Verzicht auf das Recht zur ordentlichen Kündigung bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis nicht als unzulässige Aufgabe einer privatautonomen Befugnis beurteilt werden. Aus dem der Rechtsordnung zugrunde liegenden Grundsatz der Vertragstreue ergibt sich, dass die Parteien an eine einmal begründete schuldrechtliche Bindung bis zur Grenze der

Unzumutbarkeit gebunden sind. Ist das Festhalten am Vertrag für eine Partei nicht mehr zumutbar, kann sich diese Partei durch das für die Vertragsparteien unabdingbare Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund vom Vertragsverhältnis lösen. Da die privatautonomen Befugnisse des einzelnen durch den Grundsatz "pacta sunt servanda" begrenzt werden, erfordert es das Selbstbestimmungsrecht lediglich, dass der Vertragspartei ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zusteht, nicht aber, dass diese sich bereits beim Vorliegen von Umständen vom Vertrag lösen kann, durch die die Voraussetzungen der Kündigung aus wichtigem Grund nicht erfüllt werden. Zwar konnte festgestellt werden, dass bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis eine im Vergleich zum einfachen Schuldverhältnis erhöhte Gefahr besteht, dass die Richtigkeitsgewähr des vertraglichen Einigungsprozesses nachträglich entfällt. Da der Wegfall der Richtigkeitsgewähr jedoch nicht die Bindungswirkung des Vertrags beeinträchtigt, kann die Zulässigkeit einer unbefristeten und unkündbaren Bindung nicht unter Berufung auf die fehlende Richtigkeitsgewähr der vertraglichen Einigung in Frage gestellt werden.

Die für die Erben nicht lösbare Bindung an den Willen des Erblassers, die durch den Abschluss des Treuhandvertrags entstanden ist, ist in zeitlicher Hinsicht keiner Begrenzung unterworfen. Die Bestimmungen über das Auftrags- und das Dienstverhältnis sehen eine bestimmte Höchstdauer für diese Rechtsgeschäfte nicht vor. Eine Zeitschranke, die den vom Erblasser abgeschlossenen Treuhandvertrag erfasst, lässt sich entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht auch nicht im Weg einer Analogie begründen. Voraussetzung dazu ist, dass den gesetzlichen Vorschriften ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen werden kann, nach dem ein Schuldverhältnis höchstens für einen Zeitraum von 30 Jahren wirksam begründet werden kann. Eine dahingehende, verallgemeinerungsfähige Aussage liegt den Normen des BGB, die die Bindungswirkung eines Rechtsgeschäfts auf eine Dauer von 30 Jahren begrenzen, jedoch nicht zugrunde. Diese Bestimmungen stellen eine ausschließlich auf den jeweiligen Einzelfall bezogene Regelung dar, sind aber nicht Ausdruck eines für alle schuldrechtlichen Rechtsverhältnisse geltenden Prinzips.

Die zeitliche Schranke, mit der die Vorschriften des Erbrechts die Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen auf eine Dauer von grundsätzlich 30 Jahren begrenzen, kann nicht auf den vom Erblasser unter Lebenden abgeschlossenen Treuhandvertrag übertragen werden. Dass die Wirksamkeit einer vom Erblasser vorgenommenen letztwilligen Verfügung zeitlich begrenzt werden muss, stellt eine Konsequenz der dem Erblasser zustehenden Befugnis dar, mit Hilfe eines Rechtsgeschäfts von Todes wegen Verfügungsgeschäfte vornehmen zu können, die die Erben in ihrer Verfügungsbefugnis über Nachlassgegenstände einschränken. Ein solches Verfügungsgeschäft kann der Gesetzgeber nur mit zeitlich begrenzter Dauer zulassen, da es zur Folge hat, dass die Ausübungsbefugnisse, die ein absolutes Recht vermittelt, vom Recht selbst abgespalten werden. Mit dem Regelungsgehalt des absoluten Rechts als einem umfassenden Herrschaftsrecht ist ein dauerhaftes Auseinanderfallen zwischen der Befugnis, das Recht ausüben zu können, und der Inhaberschaft am Recht unvereinbar. Wenn der Erblasser die Erben durch einen zu Lebzeiten abgeschlossenen Treuhandvertrag an seinen Willen bindet, ist ein Sachverhalt, wie er beim Erlass einer Verfügung von Todes wegen besteht, nicht gegeben. Denn dem Treuhänder wird nicht nur die Befugnis, ein Vermögensrecht auszuüben, übertragen, sondern das Vollrecht einschließlich sämtlicher der aus dem Vollrecht folgenden Befugnisse. Damit stellt der vom Erblasser zu Lebzeiten abgeschlossene unkündbare Treuhandvertrag ein Rechtsgeschäft dar, das es diesem ermöglicht, seine Erben für eine unbestimmt lange Dauer und auch über den Zeitraum hinaus, für den er wirksam eine Verfügung von Todes wegen anordnen könnte, in für diese unwiderruflicher Weise an seinen Willen zu binden.

Die Begründung eines Treuhandverhältnisses erlaubt es dem Erblasser, sowohl sicherzustellen, dass ein Vermögenswert mit unbestimmter Dauer erhalten bleibt, als auch die Zwecke festzulegen, zu denen das Vermögen eingesetzt werden soll. Anhaltspunkte, die darauf hindeuten, dass ein solches schuldrechtliches Rechtsgeschäft generell unzulässig ist, lassen sich dem BGB nicht entnehmen. Die Vorschriften des Stiftungsrechts, die die Stiftung einer staatlichen Aufsicht unterstellen, können zur Begründung einer dahingehenden Meinung nicht herangezogen werden. Sie beruhen auf dem besonderen Interesse des Staates, das dieser an der Wahrnehmung einer gemeinnützigen Aufgabe hat, nicht aber auf dem Bestreben, die Bindung eines Vermögens unter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts nur dann zuzulassen, wenn die Verwaltung des Vermögens einer hoheitlichen Aufsicht unterliegt.



Anhang: Dauergrabpflegevertrag

vorheriger Vertrag
Nr:

DAUERGRABPFLEGE - VERTRAG
für die Grabstätte

Nr:

Zwischen Herrn/Frau (im folgenden "Auftraggeber/Auftraggeberin" genannt)
wohnhaft am Tage der Vertragsschließung:
dem Vertragsnehmer

und der Treuhandstelle für Dauergrabpflege Niedersachsen/Sachsen - Anhalt GmbH, Böttcherstr. 7, 30419 Hannover,
wird folgender Vertrag geschlossen:

§ 1

1. Das Grab/die Grabstätte des/der
in
auf dem Friedhof,
Feld/Abt. Reihe
Grab-Nr.
wird vom bis:
vom Tode des Auftraggebers/der Auftraggeberin oder auf Abruf,
für Jahre in Dauergrabpflege gegeben.

2. Das Grab wird mit dem Inhalt der zu erbringenden Leistungen und
Lieferungen gegenüber dem Vertragsnehmer in Dauergrabpflege gege-
ben, wie er sich aus der anliegenden Kostenaufstellung im Einzelnen
ergibt. Dabei ist unter gärtnerischer Pflege insbesondere das Säubern der
Pflanzfläche sowie das Beschneiden vorhandener Gehölze zu verstehen.
3. Beginnt die Laufzeit des Vertrages nach dem Ableben des Auftrage-
bers/der Auftraggeberin, ist vom Auftraggeber/der Auftraggeberin sicher-
zustellen, dass der Beginn der Laufzeit der Treuhandstelle angezeigt
wird.

§ 2

1. Der Auftraggeber/die Auftraggeberin zahlt für die Abgeltung der
vereinbarten Dauergrabpflegeleistungen innerhalb der vereinbarten
Pflegezeit einen Betrag in Höhe von
€ (in Worten: ).
Der Betrag dient ausschließlich der Erfüllung dieses Grabpflegevertrages.
Eine anderweitige Verfügung über die Summe und die auflaufenden
Erträge durch Erben oder den Auftraggeber/die Auftraggeberin ist ausge-
schlossen.
Darüber hinaus bezahlt der Auftraggeber/die Auftraggeberin an die
Treuhandstelle eine einmalige Abschluss- und Prüfungsgebühr in Höhe
von 5 von Hundert der vorgenannten Vertragssumme
€ (in Worten: ).
Somit belaufen sich diese vom Auftraggeber/der Auftraggeberin zu
erbringenden Zahlungen (Gesamtsumme) auf
€ (in Worten: ).
2. Sämtliche Zahlungen sind auf das Konto der Treuhandstelle unter
Bezugnahme auf diesen Vertrag zahlbar und mit Unterzeichnung des
Dauergrabpflege - Vertrages durch sämtliche Parteien fällig.

§ 3

1. Vertragliche Beziehungen über die Ausführung und die Erbringung der
Grabpflegeleistungen und -lieferungen bestehen ausschließlich zwischen
dem Auftraggeber/der Auftraggeberin und dem Vertragsnehmer.
2. Zwischen dem Auftraggeber/der Auftraggeberin und der Treuhandstel-
le besteht ein Treuhandverhältnis. In diesem Rahmen bestimmen sich die
Verpflichtungen der Treuhandstelle wie folgt:
a) Die Treuhandstelle wird für die Vertragssumme gem. vorstehendem
§ 2 ein separates Konto führen. Die Vertrags - Nr. wird mit Rechnungsle-
gung mitgeteilt.
b) Die Treuhandstelle verpflichtet sich, die eingezahlte Vertragssumme
gem. § 2 mit der Gewissenhaftigkeit eines Treuhänders anzulegen und zu
verwalten und die hierbei erzielten Erträge dem Auftraggeberkonto
anteilig jährlich gutzuschreiben.
c) Die Treuhandstelle wird die vertraglich vereinbarten Beträge für die
Dauergrabpflegeleistungen an den Vertragsnehmer gem. der anliegenden
Kostenaufstellung auszahlen.
d) Die Treuhandstelle wird nach schriftlicher Anforderung des Auftrage-
ber/der Auftraggeberin/Auftragnehmers jeweils über den Stand des
Treuhandkontos Auskunft erteilen.

e) Die Treuhandstelle wird den Vertragsnehmer zu einer gewissenhaften
Erbringung der Dauergrabpflegeleistungen anhalten, diese in geeigneter
Form insbesondere dahingehend überwachen, dass die in der anliegenden
Kostenaufstellung im Einzelnen aufgeführten Leistungen ordnungsgemäß
erbracht und ausgeführt werden.
f) Die Treuhandstelle ist berechtigt und verpflichtet, wegen Kostensteige-
rung der Vertragsnehmer mit diesen Preissteigerungen zu vereinbaren,
soweit diese angemessen sind.
g) Die Treuhandstelle ist berechtigt und verpflichtet, die Dauergrabpflege
auf einen anderen (bitte Name und Anschrift angeben)

als den in diesem Vertrag genannten Vertragsnehmer im Namen und für
Rechnung des Auftraggebers/der Auftraggeberin zu übertragen, wenn die
Durchführung dieses Vertrages dem Vertragsnehmer unmöglich wird
oder die ihm übertragenen Dauergrabpflegeleistungen trotz wiederholter
Aufforderungen nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden.

h) Soweit es die Ertragslage der vom Treuhänder verwalteten Geldbeträge
gestattet, (Zutreffendes bitte ankreuzen)

- ist die Treuhandstelle berechtigt, für die Grabstätte eine Zusatzleistung
bzw. Zusatzleistungen entsprechend der Allgemeinen Geschäftsbedin-
gungen zur Dauergrabpflege zu erbringen.
ist die Treuhandstelle berechtigt, den Vertrag entsprechend den vor-
handenen Erträgen zu verlängern und die bei Ablauf des Vertrages vor-
handenen Erträge zu nutzen, im eigenen Namen den Nutzungszeitraum
der vom Auftraggeber/der Auftraggeberin genutzten Grabfläche zu
verlängern.
ist die Treuhandstelle berechtigt und verpflichtet, den überschüssigen
Betrag der Vertragssumme bei Vertragsende an folgende karitative
Organisation aus auszahlen:
Arbeitsgemeinschaft Friedhof und Denkmal e. V. Dt. Krebshilfe e. V.
Volksbund Dt. Kriegsgräberfürsorge e. V. Dt. Rotes Kreuz e. V.
SOS Kinderdorf e. V.

§ 4

Die Treuhandstelle ist in ihrer Eigenschaft als Treuhänder unbedacht der
Regelungen in § 3 dieses Dauergrabpflege - Vertrages berechtigt
a) aus den Zinsen und sonstigen Erträgen aus der Vertragssumme die
ihr entstehenden Aufwendungen zu ersetzen. Zu den Aufwendungen der
Treuhandstelle zählen insbesondere Kosten der Verwaltung des Treu-
handkontos, An- und Verkaufskosten, Depotgebühren, Aufwendungen für
Grabkontrollen, Personalkosten, Kosten für Raummiete, Kosten für
Büroeinrichtungen und EDV - Anlagen, Telefon-, Kopier-, Telefax-,
Strom- und Büromaterialkosten.
b) aus den Zinsen und sonstigen Erträgen der Vertragssumme als
Gegenleistung für ihre Tätigkeiten als Treuhänder und insbesondere
diejenigen gem. § 3 Nr. 2 dieses Vertrages einen Betrag von höchstens
0,5 % pro Jahr der Vertragssumme zu entnehmen.

§ 5

Dieser Dauergrabpflege - Vertrag wird wirksam, wenn der Auftrage-
ber/die Auftraggeberin die für die Pflege zu leistenden und die in § 2
dieses Vertrages vereinbarten Zahlungen auf das dort angegebene Konto
erbringt.

Im Übrigen gelten für die Erbringung von Dauergrabpflegeleistun-
gen durch die Vertragsnehmer die unseitig abgedruckten Allgemei-
nen Geschäftsbedingungen des Vertragsnehmers.

(Ort und Datum) (Ort und Datum) (Ort und Datum)
(Unterschrift des Auftraggebers/der Auftraggeberin) (Stempel und Unterschrift der Treuhandstelle) (Stempel und Unterschrift des Vertragsnehmers)







Berger, Christian	Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Tübingen 1998
Berger – Delhey, Ulf	Die Kündigung vor Dienstantritt, DB 1989, S. 380 f.
Berkel/Krüger/Mecking Schindler/Steinsdörfer	Treuhänderische Stiftungen, 4. Aufl., Baden – Baden 1994
Beuthien, Volker	Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969
Biedenkopf, Kurt H.	Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, Festschrift Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 113 ff.
ders.	Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958
Blomeyer, Arwed	Studien zur Bedingungslehre Bd. 2, Berlin, Leipzig 1939
Böhm, Franz	Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, Neudruck Berlin 1964
ders.	Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950
Böhmer, Gustav	Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927
ders.	Erbrecht, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte Bd. 2, Berlin 1954, S. 401 ff.
ders.	Erbrecht, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung Bd. 3, Berlin 1930, S. 250 ff.
ders.	Der Erfüllungswille, München 1910
ders.	Der Übergang des Pflichtenlebens des Erblassers auf den Erben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 – jährigen Bestehen des Reichsgerichts Bd. III, Berlin, Leipzig 1929, S. 216 ff.
Bonner Kommentar	Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Hrsg. Rudolf Dolzer, Klaus Vogel, München 1950 ff.
Brox, Hans	Erbrecht, 21. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2004
ders.	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960
ders.	Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 1966, S. 761 ff.

Bydlinski, Franz	Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967
ders.	Zulässigkeit und Schranken "ewiger" und extrem langdauernder Vertragsbindung, Wien 1991
Canaris, Claus Wilhelm	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983
ders.	Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
Christodoulou, Phoebus	Vom Zeitelement im Schuldrecht, Diss. Hamburg 1968
Cohn, L.	Erlaß und Verzicht nach dem BGB, Gruchot Bd. 47 (1903), S. 221 ff.
Coing, Helmut	Europäisches Privatrecht Bd. 1, München 1985
ders.	Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973
Cosack, Konrad	Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2, 6. Aufl., Jena 1913
Crome, Karl	System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 3, Tübingen 1905
Däubler, Wolfgang	Zur aktuellen Bedeutung des Fideikommißverbots, JZ 1969, S. 499 ff.
Delbrück, Berthold	Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und Preußischen Rechte, Berlin 1853
Dernburg, Heinrich	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 1, 5. Aufl., Halle 1894, Bd. 2, 5. Aufl., Halle 1897
ders.	Pandekten Bd. 1, 7. Aufl., Berlin 1902
Dichtl, Erwin (Hrsg.)	Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Berlin 1975
Dietz, Rolf	Erbrecht, Bonn 1949
Dittney, Bernhard	Die Anfechtung vollzogener Dauerschuldverhältnisse, Diss. Heidelberg 1968
Dörner, Oswald	Die Verjährung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1962
Dreier, Horst	Grundgesetz Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 2004

Ebersbach, Harry	Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1972
Ebhardt, Hermann	Die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses, Diss. Leipzig 1934
Eccius	Rechtsgeschäftlicher Verzicht auf Einreden, Gruchot Bd. 50 (1905), S. 1 ff.
Eckert, Jörn	Der Kampf um die Familienfideikomisse in Deutschland, Frankfurt a. M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1997
Eckstein, Ernst	Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungerschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung, ArchBürgR 37 (1912), S. 390 ff.
Ehrenzweig, Armin	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. II, 6. Aufl., Wien 1920
Eichler, Hermann	Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950
Endemann, Friedrich	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I, 9. Aufl., Berlin 1903, Bd. III/1, 8./9. Aufl., Berlin 1919
Enneccerus, Ludwig/ Lehmann, Heinrich	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Hbbd., 15. Aufl., Tübingen 1959, 2. Hbbd., 15. Aufl., Tübingen 1960
Erman, Walter	Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 1, Bd. 2, 11. Aufl., Münster 2004
Esser, Josef	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
Esser, Josef/Schmidt, Eike	Schuldrecht Bd. I/1, 8. Aufl., Heidelberg 1995
Eucken, Walter	Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Aufl., Tübingen 1955
Fenyves, Attila	Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis, Wien 1982
Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas	Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin, 2006
Finke, Betina	Ist ein vertraglicher Ausschluß des Rechts zur ordentlichen Kündigung bei Mietverträgen auf unbestimmte Zeit wirksam? ZMR 1994, S. 353 ff.

Fischer, Robert	Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH – Gesetz, GmbH Rdsch 1953, S. 131 ff.
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979
Friauf, Karl Heinrich	Eigentumsgarantie, Leistung und Freiheit im demokratischen Rechtsstaat, in: Marktwirtschaft und soziale Verantwortung, Hrsg. Bodo B. Gemper, Köln 1973, S. 438 ff.
Friauf, Karl Heinrich/ Wendt, Rudolf	Eigentum am Unternehmen, Köln 1977
Fröhlich, Ernst	Vom zwingenden und nicht zwingenden Privatrecht, Diss. Aarau 1922
Fuchs, Andreas	Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht, AcP 196 (1996), S. 313 ff.
Fuchs, Eugen	Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917
Fux, Franz	Das Recht der Staatsaufsicht über die öffentlichen Stiftungen, Diss. Würzburg 1911
Gaedke, Jürgen/ Diefenbach, Joachim	Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, 9. Aufl., Köln, Berlin, München 2004
Gauch, Peter	System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968
Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften	Hrsg. Friedrich Becker u. a., 3. Aufl., Neuwied 1989, (zit.: GK – Bearbeiter)
Gernhuber, Joachim	Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., Tübingen 1994
ders.	Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989
Gersch, Hartmut	Die Grenzen zeitlicher Beschränkungen des ordentlichen Kündigungsrechts bei Personengesellschaften, BB 1977, S. 871 ff.
Gierke, Otto von	Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889
ders.	Dauernde Schuldverhältnisse, JhJb 64 (1914), S. 355 ff.
Grawein, Alexander	Verjährung und gesetzliche Befristung, Leipzig 1880

Grossfeld, Bernhard	Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968
ders.	Höchstpersönlichkeit der Erbenbestimmung und Auswahlbefugnis Dritter, JZ 1968, S. 113 ff.
Goerdeler, Reinhard/ Ulmer, Peter	Der Stiftungszweck in der Reform des Stiftungsrechts, Die Aktiengesellschaft 1963, S. 292 ff.
Grossfeld, Bernhard/ Gersch, Hans Georg	Zeitliche Grenzen von privaten Schuldverträgen, JZ 1988, S. 937 ff.
Grotius, Hugo	Über das Recht des Krieges und des Friedens Bd. I, Berlin 1869
Gschnitzer, Franz	Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht Teil. 1, JhJb 76 (1926), S. 317 ff.
Gutzler, Helmut	Lösung von Dauerlieferungsverträgen durch Rücktritt und Kündigung, Diss. Heidelberg 1938
Haarmann, Wilhelm	Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen, Berlin 1979
Hartmann, Gustav	Die Obligation, Erlangen 1875
Hass, Gerhard	Zur "schwierigen" Auflage im Erbrecht, SchIHA 1978, S. 61 ff.
Hattenhauer, Hans	Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, München 1982
Haupt, Günter	Vertragsfreiheit und Gesetz, ZADR 1943, S. 84 ff.
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Aalen 1929
ders.	Grundriß des Sachenrechts, Aalen 1960
Heckelmann, Dieter	Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, München 1973
Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim	Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., München 2007
Hemprich, Herbert	Die Kündigung des Mietvertrages aus wichtigem Grund, zugleich ein Beitrag zum Dauerschuldverhältnis, Diss. Göttingen 1936
Henke, Horst – Eberhard	Die Leistung, Grundvorgang des sozialen Lebens und Grundbegriff des Schuldrechts, Berlin 1991



ders.	Zur Schenkung von Todes wegen, Opladen 1972
Kiehl	Bedarf der Verzicht auf die Widerrufbarkeit einer Vollmacht zu seiner Verbindlichkeit einer Vereinbarung? LZ 1925, S. 1020 ff.
Kipp, Theodor/Coing, Helmut	Erbrecht, 14. Aufl., Tübingen 1990
Klaas, Christoph	Zur Dauer von Bierlieferungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, BB 1974, S. 1098 ff.
Köbler, Ralf	Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz, Tübingen 1991
Köhler, Helmut	Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 30. Aufl., München 2006
Kössinger, Reinhard	Das Testament Alleinstehender, München 1994
Kretzschmar, Ferdinand	Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1910
Krückmann Paul	Einige Bemerkungen zu den "dauernden Schuldverhältnissen," JhJb 66 (1916), S. 1 ff.
Kubatsch, Eberhard	Gestaltung und Rechtfertigung der Auflösung gegenseitiger Schuldverträge durch Anfechtung, Rücktritt, Wandlung, Kündigung und Resolutivbedingung, Diss. Breslau 1937
Kühne, Werner	Das Verhältnis von Unmöglichkeit und Kündigung aus wichtigem Grunde bei Dauerschuldverhältnissen, Diss. Göttingen 1950
Kümpel, Siegfried	Konto/Depot zugunsten Dritter auf den Todesfall, WM 1977, S. 1186 ff.
ders.	Konto/Depot zugunsten Dritter auf den Todesfall und das Widerrufsrecht der Erben, WM 1993, S. 825 ff.
Lang, Johann/ Weidmüller, Ludwig	Genossenschaftsgesetz, 35. Aufl., Berlin 2006
Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt	Lehrbuch des Erbrechts, 5. Aufl., München 2001
Langheineken, Paul	Anspruch und Einrede nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903
Larenz, Karl	Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., München, Berlin 1963



- ders. Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987
- ders. Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979
- ders. Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Aufl., München 1967, 7. Aufl., München 1989
- Larenz, Karl/Canaris  
Claus – Wilhelm Methodenlehre der Rechtswissenschaft, verkürzte Ausgabe der 6. Aufl., 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, Tokio u. a. 1995
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004
- Lege, Joachim Zwangskontrakt und Güterdefinition: Zur Klärung der Begriffe "Enteignung" und "Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums," Diss. Erlangen 1995
- Lehmann, Heinrich Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, München 1906
- Lehmann, Heinrich/  
Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl., Berlin 1966
- Leipold, Dieter Erbrecht, 16. Aufl., Tübingen 2006
- Leisner, Walter Anmerkung zu BVerwG Ur. v. 22.9.1972 – VII C 27.71, DÖV 1973, S. 273 f.
- ders. Erbrecht, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, Heidelberg 1989, S. 1099 ff.
- ders. Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, Berlin 1970
- ders. Privateigentum ohne privaten Markt? BB 1975, S. 1 ff.
- Leonhard, Franz Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1912
- Lesser, Martin Der Inhalt der Leistungspflicht, Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Heft 29 (1907), S. 81 ff.
- Liebich, Dieter/Mathews, Kurt Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft, 2. Aufl., Herne, Berlin 1983
- Liermann, Hans Handbuch des Stiftungsrechts Bd. 1, Tübingen 1963

- ders. Die Staatsaufsicht über Stiftungen, ihre Aufgaben und ihre Grenzen, Blätter der Wohlfahrtspflege in Württemberg – Baden 1952, S. 36 ff.
- ders. Die unselbständigen Stiftungen, in: Deutsches Stiftungswesen 1948 – 1966, Hrsg. K. Franz Alber u. a., Tübingen 1968, S. 229 ff.
- Link, Franz Josef Stichwort Preismechanismus, in Vahlens großes Wirtschaftslexikon, Hrsg. Erwin Dichtl, Bd. 2, 2. Aufl., München 1993, S. 1690
- Liver, Peter Die Ablösung von Grundlasten und die Aufhebung entsprechender schuldrechtlicher Verpflichtungen nach schweizerischem Recht, Festgabe für Hermann Weitnauer, Berlin 1980, S. 181 ff.
- Löning, Georg A. Die Grundstücksrente als dingliches Recht, Jena 1930
- ders. Art. Stiftungen, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 7, 4. Aufl., Jena 1926, S. 1131 ff.
- Lübtow, Ulrich von Erbrecht Bd. 1, Berlin 1971, Bd. 2, Berlin 1971
- Maas, Wolfgang Stammrecht und Einzelansprüche bei wiederkehrenden Leistungen, insbesondere bei Leibrenten und Unterhaltsansprüchen, Diss. Bonn 1968
- Maitland, F. W. Trust und Korporation, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Hrsg. S. Grünhut, Bd. 32 (1905), S. 1 ff.
- Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian Das Bonner Grundgesetz Bd. 1, 5. Aufl., München 2005
- Manteuffel, Evelin/Schindler, Ambros/Steinsdörfer, Erich Treuhänderische Stiftungen, Baden – Baden 1988
- Maunz Theodor/Dürig, Günter Grundgesetzkommentar, München, Stand November 2006
- Martinek, Michael Franchising, Heidelberg 1987
- Medicus, Dieter Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl., München 2006
- Mestmäcker, Ernst Joachim Referat, in: Sitzungsbericht der Verhandlungen der Arbeitsgemeinschaft des 44. DJT (1962) Bd. II, Tübingen 1964, S. G 3 ff.
- Mestmäcker, Ernst Joachim/ Reuter, Dieter Deutschland, in: Stiftungen in Europa, Hrsg. Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft e. V., Baden – Baden 1971, S. 109 ff.

Miaskowski, August von	Das Erbrecht und die Grundeigentumsverteilung im deutschen Reiche, Schriften des Vereins für Sozialpolitik Bd. 25, 2. Abteilung, 1884
Molitor, Erich	Die Kündigung, 2. Aufl., Mannheim 1951
Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. 1, Berlin, Leipzig 1888, Bd. 2, Berlin, Leipzig 1888
Moufang, Oliver	Das Verhältnis der Ausschlußfristen zur Verjährung, Diss. Frankfurt 1996
Münchener Kommentar	Bürgerliches Gesetzbuch, Hrsg. Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, 3. Aufl., München 1993 ff., 4. Aufl., München 2001 ff., 5. Aufl., München 2006 ff.
Münchener Vertragshandbuch	Bd. 1, Hrsg. Martin Heidenhain, Burkhardt W. Meister, 6. Aufl., München 2005, Bd. 6, Hrsg. Gerrit Langenfeld, Bürgerliches Recht II, 5. Aufl., München 2003
Mugdan, Benno	Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. 1, Bd. 2, Bd. 5, Neudruck Aalen 1979
Muscheler, Karlheinz	Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall und Erbenwiderruf, WM 1994, S. 921 ff.
Nehm, Eduard	Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht, Diss. Kiel 1933
Neumann, Dirk	Lebens- und Dauerstellung, DB 1956, S. 571 ff.
Nikisch, Arthur	Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, Berlin 1926
Nipperdey, Hans Carl	Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte Bd. IV/2, Berlin 1962, S. 741 ff.
ders.	Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, Bielefeld 1921
Nitschke, Manfred	Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970
Nussbaum, Arthur	Deutsches Hypothekenwesen, 2. Aufl., Tübingen 1921
Oertmann, Paul	Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Berlin, Leipzig 1929

- Oetker, Hartmut  
Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung,  
Tübingen 1994
- Otto, Hans Peter  
Historischer Abriß der verbandspolitischen Aktivitäten für  
den Bereich der Friedhofsgärtner, in: Der Friedhofsgärt-  
ner, Leistungen, Rechte, Pflichten, Hrsg. Bund deutscher  
Friedhofsgärtner, Braunschweig 1993, S. 111 ff.
- ders.  
Die Arbeitsgemeinschaft Friedhofsgärtner – Genossen-  
schaften und Treuhandstellen, in: Der Friedhofsgärtner,  
Leistungen, Rechte, Pflichten, Hrsg. Bund deutscher  
Friedhofsgärtner, Braunschweig 1993, S. 132 ff.
- Palandt, Otto  
Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl., München 2007
- Papantoniou, Nik.  
Die soziale Funktion des Erbrechts, AcP 173 (1973),  
S. 385 ff.
- Papier, Hans – Jürgen  
Die Beeinträchtigungen der Eigentums– und Berufsfrei-  
heit durch Steuern vom Einkommen und Vermögen,  
Der Staat Bd. 11 (1972), S. 483 ff.
- ders.  
Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: Handbuch des  
Verfassungsrechts, 2. Aufl., Berlin 1994, S. 799 ff.
- Paschke, Marian  
Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete, Berlin  
1991
- Planck Gottlieb  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Emil  
Strohal, Bd. 1, 4. Aufl., Berlin 1913, Bd. 2, 2. Hälfte,  
4. Aufl., Berlin 1928, Bd. 5, 4. Aufl., Berlin, Leipzig 1930
- Pohley, Hanns G./  
Backert, Wolfram  
Kommentar zum Bayerischen Stiftungsgesetz,  
4. Aufl., Essen 2002
- Preis, Ulrich  
Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht,  
Neuwied, Kriftel, Berlin 1993
- ders.  
Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnis-  
sen, München 1987
- Protokolle  
der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des  
Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 1, Berlin 1897, Bd. 2,  
Berlin 1898, Bd. 5, Berlin 1899
- Quebe, Jutta  
Die Erbrechtsgarantie, Inhalt und Schranken,  
Diss. Bielefeld 1993
- Raiser, Ludwig  
Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff.

- ders. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Bd. 1, Karlsruhe 1960, S. 101 ff. (zit. Raiser, FS DJT)
- Ramm, Thilo Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil des BGB Bd. 1, 2. Aufl., München 1974
- Reinhardt, Rudolf Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrag, Festschrift Walter Schmidt – Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 115 ff.
- Reuter, Dieter Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, Frankfurt a. M. 1973
- ders. Die unselbständige Stiftung, in: Stiftungen in Deutschland und Europa, Hrsg. v. Campenhausen, Kronke, Werner, Düsseldorf 1998, S. 203 ff.
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, 12. Aufl., Berlin, New York 1974 ff.
- Riezler, Erwin Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches Bd. 4.4, 1900
- Röpke, Wilhelm Stichwort Wettbewerb, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Hrsg. Erwin v. Beckrath, Bd. 12, Stuttgart 1965, S. 29 ff.
- Roquette, Hermann Rechtsgrundlagen der Wohnungsmiete, Leipzig 1936
- Rotberg, Frhr. v. Stiftungsgesetz für Baden – Württemberg, 3. Aufl., Essen 1997
- Rüfner, Wolfgang Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, DVBl 1976, S. 689 ff.
- Rümelin, Gustav Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905
- Rumpf, Max Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, AcP 119 (1921), S. 1 ff.
- Sachs, Michael Grundgesetz, 4. Aufl., München 2007
- Sasse, Stefan Grenzen der Vermögensperpetuierung bei Verfügungen durch den Erblasser, Diss. Berlin 1996
- Sauter, Eugen/ Schweyer, Gerhard/Waldner, Wolfram Der eingetragene Verein, 18. Aufl., München 2006

Savigny, Friedrich Carl v.	System des heutigen Römischen Rechts Bd. 2, Berlin 1840
Scheyhing, Robert	Anmerkung zu BVerwG Ur. v. 22.9.1972 – VII C 27.71, JZ 1973, S. 697 f.
Schiller, Theo	Stiftungen im gesellschaftlichen Prozeß, Baden – Baden 1969
Schlüter, Wilfried	Erbrecht, 15. Aufl., München 2004
ders.	Grenzen der Testierfreiheit – Grenzen einer "Herrschaft aus dem Grabe," Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, Berlin (u. a.) 1999
Schmidt, Karsten	"Ersatzformen" der Stiftung – Unselbständige Stiftung, Treuhand und Stiftungskörperschaft, in: Stiftungsrecht in Europa, Hrsg. Klaus J. Hopt, Dieter Reuter, Köln, Berlin, Bonn, München 2001, S. 175 ff.
Schmidt – Rimpler, Walter	Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130 ff.
ders.	Zum Problem der Geschäftsgrundlage, Festschrift Hans Carl Nipperdey, München, Berlin 1955, S. 1 ff.
ders.	Zum Vertragsproblem, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S. 3 ff.
Schmitt, Fritz	Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus Gründen, die vor ihrer Eingehung vorlagen, dargestellt an den Fällen des Dienst- und Mietrechts, Diss. Heidelberg 1948
Schneider, Uwe H.	Die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft durch Mehrheitsbeschluß, ZGR 1972, S. 357 ff.
Scholz, Rupert	Entflechtung und Verfassung, Baden – Baden 1981
ders.	Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung, in: Dieter Duwendag, Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft, Berlin 1976, S. 113 ff.
Schubert, Werner (Hrsg.)	Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, Teil 1, 1981, Erbrecht Bd. 1, Berlin, New York 1984

Schwerdtner, Peter	Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, Jura 1985, S. 207 ff.
Seckel, Emil	Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festschrift Richard Koch, Berlin 1903, S. 205 ff.
Seifart, Werner	Grenzen staatlicher Stiftungskontrolle, Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung 1974, S. 34 ff.
ders.	Anmerkung zu BVerwG Ur. v. 22.9.1972 – VII C 27.71, DVBl 1973, S. 797 f.
Seifart, Werner/ Campenhausen, Axel Frhr. v.	Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl., München 1999
Siber, Heinrich	Schuldrecht, Leipzig 1931
ders.	Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, JhJb 50 (1906), S. 55 ff.
Siegmund – Schultze, Gerhard	Kommentar zum Niedersächsischen Stiftungsgesetz, 6. Aufl., Essen 1997
Soergel, Hans Theodor	Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1980 ff., 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1986 ff., 13. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1999 ff.
Sohm, Rudolf	Institutionen des römischen Rechts, 5. Aufl., Leipzig 1894
Spiro, Karl	Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Bd. 2, Bern 1975
Stammler, Rudolf	Der Garantievertrag, AcP 69 (1886), S. 1 ff.
Staudinger, Julius von	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin, 11. Aufl. 1957 ff., 12. Aufl. 1980 ff., 13. Aufl. 1995 ff., 14. Aufl. 1998 ff., 15. Aufl. 2003 ff.
Steinberger, Max	Die Verträge auf dauernde Leistungen (Dauerverträge), Diss. Erlangen 1910
Steinwenter, Artur	Die Vertragstreue im Bürgerlichen Recht, JBl 1950, S. 225 ff., S. 250 ff.
Stengel, Arndt	Hessisches Stiftungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Essen 2000
Sternel, Friedmann	Mietrecht, 3. Aufl., Köln 1988

Stöcker, Hans A.	Das Grundrecht zu erben, WM 1979, S. 214 ff.
Strasser, Rudolf	Die Beendigung der Gesellschaft nach Bürgerlichem Recht, Wien, New York 1969
Strohal, Emil	Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 3. Aufl., Berlin 1903, Bd. 2, 3. Aufl., Berlin 1904
Strothmann, York/ Vieregge, Ralf	Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ordentliche Kündigung, Festschrift Walter Oppenhoff, München 1985, S. 451 ff.
Teubner, Gunther	Gegenseitige Vertragstreue, Tübingen 1975
Titze, Heinrich	Vom sogenannten Motivirrtum, Festschrift Ernst Heymann, Bd. 2, Weimar 1940, S. 72 ff.
Toepke, Utz Peter	Staatsaufsicht über Stiftungen im deutschen und angloamerikanischen Recht, Diss. Hamburg 1967
Trepte, A.	Was wird aus den Bierlieferungsverträgen? Brauwelt 1970, S. 1743 ff.
Tuhr, Andreas von	Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I, Berlin 1910, Bd. II/1, Berlin 1914, Bd. II/2, Berlin 1957
Uffer – Tobler, Beatrice	Die erbrechtliche Auflage, Diss. Bern 1982
Ulmer, Peter	Kündigungsschranken im Handels– und Gesellschaftsrecht, Festschrift Philipp Möhring, München 1975, S. 295, ff.
ders.	Der Vertragshändler, München 1969
Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst – Diether	AGB – Gesetz, 10. Aufl., Köln 2006
Unger, Joseph	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. 1, 5. Aufl., Leipzig 1892
Voll, Otto/Voll, Josef/ Störle, Johann	Bayerisches Stiftungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2003
Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts	Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentags, Hrsg. Deutscher Juristentag, München 1968
Walsmann, Hans	Der Verzicht, Leipzig 1912



Weber, Hansjörg	Zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, Berlin 1978
Weber, Hermann	Handbuch für Friedhofsgärtner, Berlin, Hamburg 1983
Weckbach, Thomas	Die Bindungswirkung von Erbteilungsverboten, Diss. Augsburg 1987
Weiss, Christian	Verjährung und gesetzliche Befristung, München 1905
Westebbe, Achim	Die Stiftungstreuhand, Baden – Baden 1993
Westermann, Harm Peter	Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft, Berlin, Heidelberg, New York 1970
Westermann, Harry	Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl., Köln 1975
ders.	Sachenrecht, 7. Aufl., Karlsruhe 1998
Wieacker, Franz	Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, Festschrift Hans Carl Nipperdey Bd. 1, München, Berlin 1965, S. 783 ff.
Wiedemann, Herbert	Gesellschaftsrecht Bd. 1, München 1980
ders.	Rechte und Pflichten des Personengesellschafters, Beilage 7 WM 1992, S. 1 ff.
Wiese, Günther	Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnis- sen, Festschrift Hans Carl Nipperdey Bd. 1, München, Berlin 1965, S. 837 ff.
Wiesmann, Martin	Zur Tragweite des § 137, Diss. Münster 1991
Wigard, Franz (Hrsg.)	Reden für die deutsche Nation 1848/49, Stenografischer Bericht über die Verhandlungen der deutschen constitu- ierenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main, Frankfurt 1849, Neudruck München 1988
Winkler, Karl	Der Testamentsvollstrecker, 17. Aufl., Regensburg, Berlin 2005
Wirtschafts– und Bankrecht	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts– und Bankrecht, Köln 1985 ff., (zit.: WuB)
Wolf, Ernst	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1983
Wolf, Manfred	Die Privatautonomie, in: Grundlagen des Vertrags– und Schuldrechts, Hrsg. Volker Emmerich, München 1974, S. 19 ff.

ders.	Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970
Wolf, Manfred/Horn, Norbert/ Lindacher, Walter F.	AGB – Gesetz, 4. Aufl., München 1999
Wolff, Martin/Raiser, Ludwig	Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957
Zander, Siegfried	Zur Lehre von den sukzessiv- und Dauerverträgen, Diss. Würzburg 1909
Zimmermann, Reinhard	Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Berlin 1979
Zitelmann, Ernst	Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879
Zöllner, Wolfgang	Sind im Interesse einer gerechten Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses neu zu regeln? Verhandlungen des 52. DJT, München 1978, Bd. 1, Gutachten D