

Betreuungsunterhalt der nichtverheirateten Mutter

von Dr. Wolfram Viefhues, Aufsicht führender Richter am Amtsgericht a.D.

In der Vergangenheit war die in den wesentlichen Aspekten gesetzlich genau geregelte Ehe der normale Rahmen für zusammenlebende Partner – insbesondere dann, wenn Kinder aus der Beziehung hervorgegangen sind. Damals war es nicht selten, dass „geheiratet werden musste“, um einem sich ankündigenden Kind den als geboten angesehenen Rahmen für seine Geburt geben zu können. Unverheiratete Partnerschaften wurden gerne als „wilde Ehe“ bezeichnet und mit einem moralischen Makel behaftet.

Heute gehören unverheiratete Lebensgemeinschaften in allen Schattierungen durchaus zur breit akzeptierten sozialen Wirklichkeit und sind vom moralischen Vorwurf weitestgehend befreit. Das zeigt auch ein Blick in die Statistik. Während bei den Familien mit Kindern unter 18 Jahren der Anteil der Ehepaare zwischen 2007 und 2017 um 9,6 % zurückgegangen ist, hat sich der Anteil unverheirateten Elternpaare um 38,4 % erhöht. Absolut gesehen sind im Jahre 2017 nur noch 74 % der minderjährigen Kinder bei Ehepaaren groß geworden, während dies im Jahre 1997 noch ein Anteil von 83 % war.

Allerdings ist die rechtliche Situation zwischen verheirateten und unverheirateten Partnern noch bei weitem nicht gleich. So zeigt sich ein deutlicher Unterschied schon darin, dass den unverheirateten Partnern im Falle der Beendigung ihrer vorher bestehenden Lebens- und Haushaltsgemeinschaft weder ein Anspruch auf Zugewinn oder Versorgungsausgleich zusteht. Auch besteht im Todesfall kein gesetzliches Erbrecht und kann bei Erbschaft durch Testament oder Erbvertrag kein vergünstigter Erbschaftssteuersatz in Anspruch genommen werden. Ebenso gibt es keinen Anspruch auf Witwenrente.

Auch sind nichteheliche Lebenspartner einander grundsätzlich nicht unterhaltspflichtig. Einem unverheirateten Partner stehen nach dem Ende der Partnerschaft – anders als dem geschiedenen Ehegatten – keine Unterhaltsansprüche wegen Krankheit, Alters, Erwerbslosigkeit oder Ausbildung zu.

Ein Anspruch auf Unterhalt ergibt sich allein nach § 1615I BGB, wenn aus der Beziehung ein Kind hervorgeht. Die Voraussetzungen und der Umfang dieses Anspruchs sollen in diesem Beitrag näher dargestellt werden.

Die Vorschrift des § 1615I BGB ist konzipiert als Anspruch der Mutter des Kindes. Dies hat schon biologische Gründe, weil in § 1615I Abs. 1 und Abs. 2 BGB auf Schwangerschaft und Geburt abgestellt wird. Jedoch steht nach § 1615I Abs. 4 BGB der Anspruch nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB auch dem Vater zu, wenn er das Kind betreut. Dann gilt § 1615I Abs. 3 BGB entsprechend.

A. Unterhaltspflichtige Person

Unterhaltsverpflichteter nach § 1615I BGB Abs. 1 bis 3 BGB ist der Vater des Kindes.

Die Vaterschaft muss gem. § 1592 Nr. 2 BGB anerkannt oder gem. § 1600d Abs. 1 u. 2 BGB rechtskräftig festgestellt sein. Ist

die Vaterschaft weder anerkannt noch gerichtlich festgestellt, kann aber nach überwiegend vertretener Auffassung ein Anspruch nach § 1615I BGB jedenfalls dann gerichtlich geltend gemacht werden, wenn die Vaterschaft unstreitig ist, da – anders als beim Kindesunterhalt – die Möglichkeit einer inzidenten Feststellung bejaht wird. Folgt man dieser Ansicht nicht, muss zunächst der rechtskräftige Abschluss eines Abstammungsverfahrens erfolgt sein.

B. Umfang und Zeitraum der Unterhaltspflicht

§ 1615I Abs. 1 Satz 1 BGB gibt einen festen Zeitrahmen vor und beschränkt den *Anspruch der Mutter* auf die Dauer der *allgemeinen Mutterschutzfrist* von 6 Wochen vor der Geburt und acht Wochen nach der Geburt.

Eine *kausale Verknüpfung* zwischen diesen Umständen und der Bedürftigkeit ist hier *nicht erforderlich*. Der Anspruch besteht vielmehr auch dann, wenn die Mutter gar nicht erwerbstätig sein will¹ oder bereits aus anderen Gründen, etwa wegen Krankheit, der Betreuung eines anderen Kindes oder mangels einer Beschäftigungsmöglichkeit auf dem Arbeitsmarkt, ihren Bedarf nicht durch eigene Erwerbstätigkeit decken kann. Die Bedürftigkeit muss also nicht erst durch die Schwangerschaft, Entbindung und Versorgung des Neugeborenen eingetreten sein.²

Weiter besteht der Unterhaltsanspruch für den *Zeitraum der Schwangerschaft oder von Komplikationen* (§ 1615I Abs. 2 Satz 1 BGB). Hier ist *Kausalität* – Mitursächlichkeit ist ausreichend – zwischen den Folgen oder Komplikationen der Schwangerschaft oder der Entbindung und der unterbliebenen Erwerbstätigkeit erforderlich. Nach § 1615I Abs. 1 Satz 2 BGB hat die Mutter zusätzlich einen Anspruch auf Erstattung der *weiteren notwendigen Aufwendungen* als Sonderbedarf, der durch die Schwangerschaft und die Entbindung ausgelöst wird. Dieser Anspruch ist nicht durch den zeitlichen Rahmen des § 1615I Abs. 1 Satz 1 BGB beschränkt.

Hierzu zählen nicht nur die Kosten der medizinischen Behandlung während der Schwangerschaft (z.B. Vorsorgeuntersuchungen), sondern auch sonstige schwangerschaftsbedingte Kosten wie z.B. Umstandskleidung. Auch die Kosten anlässlich der Geburt (Kosten für Arzt, Hebamme, Medikamente, ggf. Bestattungskosten für das gestorbene Kind) hat der Vater zu erstatten.

Dagegen stellen die Kosten für eine Grundausstattung des neu geborenen Kindes keine Bedarfsposition der Mutter dar, sondern gehören zum – im Übrigen ganz konkret darzulegenden – Sonderbedarf des Kindes, der auch nur durch das Kind

1 OLG Frankfurt v. 14.11.2011 – 3 UF 57/11 FamRZ 2012, 322.

2 BGH v. 21.01.1998 – XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541; OLG Brandenburg v. 13.11.2012 – 10 UF 226/11, juris.

selbst geltend gemacht werden kann, und zwar erst, wenn die Vaterschaft des in Anspruch genommenen Mannes feststeht.³

§ 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB stellt dann auf die *Betreuung des gemeinschaftlichen Kindes* ab. Der Elternteil, der keiner Erwerbstätigkeit nachgeht und ein außerhalb einer bestehenden Ehe geborenes Kind betreut, erhält nach der Geburt des Kindes Betreuungsunterhalt, soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Diese Unterhaltspflicht besteht für mindestens drei Jahre nach der Geburt.

Betreut die Mutter *neben dem gemeinsamen Kind noch zwei Kinder aus einer anderen Beziehung, so hat dies keine Bedeutung*. Zwar kann der Umstand, dass die Mutter mehrere Kinder zu betreuen hat, einen verlängerten Betreuungsunterhalt rechtfertigen. Voraussetzung hierfür ist aber, *dass die Kinder vom selben Vater, also dem Unterhaltspflichtigen, stammen*.⁴

Die Unterhaltspflicht verlängert sich über den Mindestzeitraum hinaus, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind insbesondere die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen. Auf diese Weise ist ein *Gleichlauf zum Unterhaltsanspruch der ehelichen Mutter* erreicht worden, so dass immer auf die Erläuterungen zu § 1570 Abs. 1 BGB verwiesen werden kann. Dem *Vater*, der ein Kind betreut, werden die gleichen Rechte über § 1615I Abs. 4 BGB eingeräumt.

Abgestellt wird hier nach dem Gesetzeswortlaut auf das Alter des betreuten Kindes. Werden mehrere Kinder betreut, kommt es auf das Alter des jüngsten Kindes an.

Bis das Kind das 3. Lebensjahr vollendet hat, steht dem betreuenden Elternteil ein Unterhaltsanspruch zu (§ 1615I Abs. 2 Satz 3 BGB; *Basisunterhalt* entsprechend § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB). Konsequenz ist, dass die betreuende Mutter in diesem Zeitraum einschränkungslos *keine Erwerbsobliegenheit* trifft. Sie muss also keine eigene Erwerbstätigkeit aufnehmen und ist nicht gehindert, jederzeit eine ausgeübte Erwerbstätigkeit aufzugeben, ohne dadurch unterhaltsrechtlich negative Konsequenzen fürchten zu müssen.

Wenn das Kind in diesem Zeitraum tatsächlich in einer Kindertagesstätte teilweise fremd betreut wird, besteht der Unterhaltsanspruch dennoch fort. Auch verliert die Mutter ihren Unterhaltsanspruch nicht, wenn sie neben der Kinderbetreuung *ihre Studium fortsetzt*.

Übt die Mutter dagegen *tatsächlich eine Erwerbstätigkeit aus*, ist diese Tätigkeit als *überobligatorisch* einzustufen, da sie nicht geschuldet wird.

Das bedeutet aber nicht zwingend, die daraus erzielten Einkünfte für die Unterhaltsberechnung vollständig außen vor zu lassen. Vielmehr ist nicht ausgeschlossen, das eigene Einkommen der unterhaltsberechtigten kindesbetreuenden Mutter ganz oder teilweise als bedarfsdeckend anzurechnen. Hier ist im Streitfall vom Gericht aufgrund des anwaltlichen Sachvortrages eine einzelfallbezogene Bewertung vorzunehmen. Letztlich kommt es entscheidend darauf an, in welchem Um-

fang ihre Erwerbsobliegenheit gerade wegen der Kindesbetreuung eingeschränkt ist.

Konkret ist zu prüfen, wie etwa die Kindesbetreuung mit den Arbeitszeiten unter Berücksichtigung erforderlicher Fahrzeiten zu vereinbaren ist und ob und gegebenenfalls zu welchen Zeiten das Kind anderweitig beaufsichtigt wird und insofern zeitweise nicht der Betreuung durch die Mutter bedarf. Auch ist zu klären, welche Hilfen der Mutter bei der Betreuung zur Verfügung standen und ob ihr dafür jedenfalls zusätzliche Betreuungskosten entstanden sind. Schließlich ist nicht ohne Bedeutung, ob die Mutter seit der Geburt des Kindes aus freien Stücken weiter erwerbstätig ist oder ob die Arbeitsaufnahme durch eine wirtschaftliche Notlage veranlasst war. Denn die freiwillige Ausübung einer Berufstätigkeit kann ein maßgebendes Indiz für eine vorhandene tatsächliche Arbeitsfähigkeit im konkreten Einzelfall sein.⁵

Der Anspruch verlängert sich über diesen Zeitpunkt hinaus, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht (§ 1615I Abs. 2 Satz 4 BGB). Hierbei handelt es sich um einen kindbezogenen Billigkeitsunterhalt entsprechend § 1570 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB. Dabei sind die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen (§ 1615I Abs. 2 Satz 5 BGB, ebenso § 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die Verlängerung des Unterhalts über den Basisunterhalt hinaus stellt eine Ausnahmeregelung im Sinne einer positiven Härteklausele dar.⁶ Das Gesetz statuiert mit dieser Abstufung zwischen den Ansprüchen aus § 1615I Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 BGB eindeutig ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.⁷ Die grundsätzliche gesetzliche Begrenzung eines Betreuungsunterhaltsanspruches auf 3 Jahre nach der Geburt des Kindes verstößt nicht gegen Art. 6 GG.⁸

Die Kindesmutter ist für die Verlängerung des Betreuungsunterhalts über das 3. Lebensjahr des Kindes hinaus darlegungs- und beweispflichtig.⁹ Dabei zeigt die tatbestandsmäßig zusätzlich geforderte Billigkeitsprüfung, dass der Unterhalt über das Alter des Kindes von drei Jahren hinausgehend nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände zu gewähren ist.¹⁰ Dieser Billigkeitsanspruch aus § 1615I Abs. 2 Satz 4 BGB stützt sich dabei allein auf kindbezogene

3 OLG Celle v. 20.10.2008 – 10 WF 336/08, FamRZ 2009, 704.

4 BGH v. 09.03.2016, XII ZB 693/14, FamRZ 2016, 887 m.w.N.

5 OLG Brandenburg v. 02.03.2010 – 10 UF 63/09, NJW-RR 2010, 874–879.

6 Bömelburg, in: Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl. 2011, Rn. 25 ff.

7 BGH v. 16.07.2008 – XII ZR 109/05, juris Rn. 101, FamRZ 2008, 1739 = FamRZ 2008, 1831 m. Anm. Maurer = FF 2008, 366 = FF 2008, 376 m. Anm. Viefhues; Hausß, FamRB 2007, 367, 368; Budzikiewicz, NJW 2007, 3536, 3537.

8 BVerfG v. 22.06.2007 – 1 BvR 155/98; Maes, jurisPR-FamR 6/2008; BVerfG v. 28.02.2007 – 1 BvL 9/04, FamRZ 2007, 965 m. Anm. Born = NJW 2007, 1735 m. Anm. Caspary = FUR 2007, 310 m. Anm. Soyka; Hausß, FamRB 2007, 211, 214; ausführlich Viefhues, ZFE 2007, 244.

9 St. Rspr. seit BGH v. 16.07.2008, XII ZR 109/05 FamRZ 2008, 1739; (BGH v. 18.04.2012, XII ZR 65/10, NJW 2012, 1868; BGH FamRZ 2011, 791).

10 OLG München v. 11.08.2011 – 26 UF 277/11, FamRZ 2012, 558 unter Hinweis auf BGH v. 16.07.2008 – XII ZR 109/05, NJW 2008, 3125.

Gründe.¹¹ Die Wiederaufnahme eines unterbrochenen Studiums stellt keinen elternbezogenen Grund für die Verlängerung des Betreuungsunterhalts dar.¹²

Solche kindbezogenen Gründe liegen auch dann vor, wenn das Kind behindert, dauerhaft krank oder schwer in seiner Entwicklung gestört und deshalb auf weitere Betreuung durch die Mutter angewiesen ist. Auch insoweit ist allerdings stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Kindesbetreuung auf andere Weise gesichert ist oder in einer für das Kind geeigneten Betreuungseinrichtung gesichert werden könnte.¹³

Bei der *Betreuung eines behinderten Kindes* kann daher mit ausreichend konkretem Sachvortrag durchaus eine überobligatorische Belastung schlüssig dargelegt werden.¹⁴ Auch kann die mögliche Mithilfe Dritter nicht einfach unterstellt werden,¹⁵ sondern ist im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen, inwiefern die Hilfe Dritter in Anspruch genommen werden kann.

In einschlägigen Fällen ist entscheidend, die Betreuungsleistungen konkret vorzutragen, die *während* einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit erforderlich sind. Ferner müssen sämtliche Betreuungsleistungen detailliert dargelegt werden, die *nach* einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit erbracht werden müssen. Relevant ist, ob die vollschichtige Tätigkeit neben der Kindesbetreuung unzumutbar ist.

Jedoch stellt die *Belastung* des betreuenden Elternteils allein durch berufliche Ausbildungs-, Fortbildungs- oder Qualifizierungsmaßnahmen keinen elternbezogenen Grund i.S.d. § 1570 Abs. 2 BGB dar. Es muss sich vielmehr um Umstände handeln, die unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kindererziehung und Erwerbstätigkeit in der Ehe von Bedeutung sind. Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass das Vertrauen in die vereinbarte und so auch gehandhabte Rollenverteilung hinsichtlich der Kinderbetreuung geschützt werden soll. Soweit der betreuende Elternteil nach Vollendung des dritten Lebensjahrs des Kindes von einer Erwerbstätigkeit aber nicht allein in dessen Interesse absieht, sondern auch um ein Studium oder eine andere Ausbildung zu beenden, dienen der entsprechende zeitliche Aufwand und der Einsatz, die ihn insoweit von einer Erwerbstätigkeit haben absehen lassen, seinen eigenen beruflichen Interessen und nicht denjenigen des Kindes.¹⁶

Für den Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter nach § 1615l Abs. 2 BGB gilt hinsichtlich der Beurteilung als elternbezogener Grund nichts anderes, da sie andernfalls besser stehen würde als eine eheliche Mutter.¹⁷ Es besteht *kein Anspruch* der Mutter eines nichtehelichen Kindes auf *Ausbildungsunterhalt*. Sie ist insoweit vielmehr gehalten, entweder ihre Eltern auf Unterhalt in Anspruch zu nehmen¹⁸ oder Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz zu beantragen.¹⁹

Ob die – nicht verheirateten – Eltern des Kindes längere Zeit, nur kurze Zeit oder gar nicht zusammengelebt haben, ist für den Anspruch aus § 1615l BGB unerheblich, da er nur auf die Erforderlichkeit der Kinderbetreuung abstellt. Ein gemeinsames Zusammenleben vor der Geburt des Kindes ist nicht relevant, da die Mutter in der Zeit vor der Geburt des

Kindes nicht auf eine unterhaltsrechtliche Absicherung durch den Kindesvater vertrauen durfte, da das Gesetz für nichteheliche Lebensgemeinschaften ohne gemeinsames Kind keine Unterhaltsansprüche kennt.²⁰

Es kommt deshalb auch nicht auf die Frage an, ob die Mutter durch die Beziehung zu dem Kindesvater Nachteile erlitten hat.²¹

Auch kann allein aus der Vaterschaftsanerkennung nicht auf die Übernahme unterhaltsrechtlicher Verantwortung für die Kindesmutter geschlossen werden. Dieser Umstand kann allenfalls verstärkend für die Begründung besonderen Vertrauens sprechen, d. h. wenn hierfür bereits weitere Gesichtspunkte vorliegen.²²

Insgesamt ist – wie auch bei § 1570 BGB – die Frage zu entscheiden, ob sich die Einschränkung der Erwerbsfähigkeit aufgrund der Kinderbetreuung oder aus anderen Gründen ergibt. Dabei kann auch im Rahmen des § 1615l BGB auf die umfangreiche Rechtsprechung zu § 1570 BGB zurückgegriffen werden.²³ Ist die Mutter durch die Betreuung der Kinder nicht an einer Teilzeiterwerbstätigkeit gehindert, beruht der Anspruch nur insoweit auf § 1615l BGB, als sie durch die Kinderbetreuung an der Erwerbstätigkeit gehindert ist.²⁴ Während bei einer geschiedenen Ehefrau dann aber im Übrigen ein Anspruch aus § 1571, § 1572 oder § 1573 BGB bestehen kann, ist bei der nichtehelichen Mutter kein ergänzender Unterhaltsanspruch gegeben.

Der Gesetzestext bei § 1615l BGB enthält – im Unterschied zu § 1570 BGB – zusätzlich das Wort „*insbesondere*“. Damit

11 Dazu vgl. BVerfG v. 28.02.2007 – 1 BvL 9/04, FamRZ 2007, 965 m. Anm. Born = NJW 2007, 1735 m. Anm. Caspary.

12 BGH v. 10.06.2015 – XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler.

13 BGH v. 17.03.2010 – XII ZR 204/08, FamRZ 2010, 802 Rn. 11.

14 Siehe BGH v. 10.06.2015, XII ZB 251/14, NJW 2015, 2257 = FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler.

15 BGH v. 10.06.2015, XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler.

16 BGH v. 10.06.2015, XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler.

17 BGH v. 10.06.2015, XII ZB 251/14 m.w.N. FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler; a.A.: OLG Nürnberg FamRZ 2010, 577, 578.

18 Vgl. hierzu BGH vom 29.06.2011 – XII ZR 127/09, FamRZ 2011, 1560 Rn. 17 ff.

19 BGH v. 10.06.2015, XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler.

20 BGH v. 10.06.2015, XII ZB 251/14 FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler; BGH v. 13.01.2010 – XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444 Rn. 26, 30.

21 OLG München v. 11.08.2011 – 26 UF 277/11, FamRZ 2012, 558–559.

22 BGH v. 10.06.2015, XII ZB 251/14 FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler m.w.N.

23 BGH v. 18.03.2009 XII ZR 74/08 FamRZ 2009, 770; BGH 24.06.2009, XII ZR 161/08, FamRZ 2009, 1477; BGH NJW 2009, 1956 = FamRZ 2009, 1124; BGH FamRZ 2009, 1391 = NJW 2009, 2592 mit Anm. Wever FF 2009, 373, BGH v. 13.01.2010 – XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444; BGH FamRZ 2010, 357 mit Anm. Maier = NJW 2010, 937 mit Anm. Hoppenz; BGH v. 15.06.2011, XII ZR 94/09 BGH NJW 2011, 2646 mit Anm. Mleczko = FamRZ 2011, 1375; BGH, v. 01.06.2011 – XII ZR 45/09 FamRZ 2011, 1209 mit Anm. Viefhues = NJW 2011, 2430; BGH v. 30.03.2011, XII ZR 3/09 FamRZ 2011, 791 mit Anm. Norpöth FamRZ 2011, 873 = NJW 2011, 1582 mit Anm. Maurer = FuR 2011, 392; BGH, v. 01.06.2011 – XII ZR 45/09 FamRZ 2011, 1209 mit Anm. Viefhues = NJW 2011, 2430 mit Anm. Born; BGH v. 30.03.2011, XII ZR 3/09 BGH FamRZ 2011, 791 = NJW 2011, 1582 m. Anm. Maurer; BGH v. 18.04.2012, XII ZR 65/10 BGH NJW 2012, 1868 = FamRZ 2012, 1040 = FF 2012, 365 mit Anm. Ebert.

24 BGH v. 18.04.2012 – XII ZR 65/10, FamRZ 2012, 1040.

soll deutlich gemacht werden, dass auch hier weitere Umstände aus der bisherigen persönlichen Lebensgestaltung der Eltern des Kindes Bedeutung haben können. Auch bei § 1615I BGB können daher im konkreten Fall *elternbezogene Gründe*²⁵ ebenso eine wichtige Rolle spielen wie der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes.

Ein solcher elternbezogener Grund zur Verlängerung des Betreuungsunterhalts kann darin liegen, dass ein Elternteil das gemeinsame Kind im weiterhin fortdauernden Einvernehmen mit dem anderen Elternteil persönlich betreut und deshalb ganz oder teilweise an einer Erwerbstätigkeit gehindert ist. Wenn diese Gestaltung sich zu Lasten Dritter auswirkt, ist sie so lange nicht als rechtsmissbräuchlich einzustufen als es den berechtigten Interessen innerhalb der neuen Familie entspricht, dass ein Partner zugunsten der Haushaltsführung und Kinderbetreuung auf eine Erwerbstätigkeit verzichtet.²⁶ Das OLG Frankfurt bejaht elternbezogene Gründe, wenn der betreuende Elternteil in einer Klinik in einem 3-Schicht System tätig ist.²⁷

Lebt die Mutter des nichtehelichen Kindes im *Ausland* und hat sie die ausländische Staatsangehörigkeit, so kann ihr ebenfalls ein Unterhaltsanspruch gem. § 1615I Abs. 2 BGB zustehen.²⁸

C. Umfang des Anspruchs

I. Anspruchsumfang

Soweit der Anspruch besteht wird vom Unterhaltspflichtigen der *gesamte angemessene Lebensbedarf* (§ 1610 BGB) geschuldet, also auch Krankenvorsorgeunterhalt,²⁹ nicht aber Altersvorsorgeunterhalt.³⁰

Es besteht auch kein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss (Verfahrenskostenvorschuss). Aus § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB kann sich aber zwischen nicht verheirateten Elternteilen auch ein pfändbarer *Taschengeldanspruch* ergeben.³¹

II. Bemessung des allgemeinen Bedarfs

1. Ausgangssituation

Der Bedarf der Mutter und damit die Höhe des Unterhaltes richten sich nach ihrer eigenen Lebensstellung bei Geburt des Kindes. Maßgebend ist also allein das Einkommen dieses Elternteiles im Zeitpunkt der Geburt des Kindes, wobei auf das nachhaltig erzielte³² und um beruflich bedingte Aufwendungen bereinigte Netto-Erwerbseinkommen abzustellen ist.³³

Als nachhaltig erzielt kann ein Einkommen nur angesehen werden, wenn es nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft erzielt wird. Wesentlich ist dabei nicht die nachhaltige Sicherung eines bestimmten Arbeitsplatzes, sondern die nachhaltige Sicherung des Unterhalts durch Erwerbstätigkeit. Typischerweise wird nach einer Dauer der Erwerbstätigkeit von zwei Jahren von einer nachhaltigen Unterhaltssicherung ausgegangen. Dabei ist die anzunehmende Entwicklung des Einkommens, welches die Kindesmutter ohne die Geburt des Kindes erzielt hätte, zu berücksichtigen. Bei der Berechnung

des nachhaltig gesicherten Einkommens ist der zeitweise Bezug von Arbeitslosengeld einzubeziehen.³⁴

Grundsätzlich ist daher der Verdienstausschlag der Mutter Maßstab für die Ermittlung ihres Bedarfs; der zu gewährende Unterhalt richtet sich nach dem Einkommen, das die Mutter ohne die Geburt ihres Kindes zur Verfügung hätte.³⁵ Die Lebensstellung der Mutter ist dabei allerdings nicht auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes festgeschrieben, so dass sich später ein höherer Bedarf ergeben kann.³⁶

Dagegen sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des unterhaltspflichtigen Elternteils für die Bedarfsbemessung grundsätzlich nicht maßgebend, und zwar auch dann nicht, wenn die beiden Partner vor der Geburt des Kindes in einer tatsächlichen lebens- und Haushaltsgemeinschaft gelebt haben. Denn die Mutter nimmt grundsätzlich nicht an der Lebensstellung des Kindesvaters teil. Es gibt also aus unterhaltsrechtlicher Sicht *keine „nichtehelichen Lebensverhältnisse“* als Basis für die Unterhaltsbemessung nach § 1615I BGB, in die auch das Einkommen des anderen Partners mit einfließen würden und die so den Unterhaltsbedarf der unverheirateten Mutter prägen könnten.³⁷

Darin zeigt sich besonders deutlich der Unterschied zur Situation eines geschiedenen Ehegatten. Zwar nehmen auch bei einer unverheirateten Partnerschaft beiden Partner während ihres Zusammenlebens in der Regel durch die bestehende Wirtschaftsgemeinschaft an den finanziellen Verhältnissen des anderen Partners teil. Dies endet aber mit dem Ende der Partnerschaft. Selbst bei Bestehen eines Unterhaltsanspruches in den engen Grenzen des § 1615I BGB bemisst sich der unterhaltsrechtliche Bedarf nicht nach dem Einkommen der damaligen Wirtschaftsgemeinschaft, sondern nur nach der eigenen Einkommenssituation der Mutter vor der Geburt des Kindes.

Jedoch muss der Mindestunterhalt in Höhe des Existenzminimums gewahrt bleiben,³⁸ und zwar sowohl bei einem Unterhaltsberechtigten mit geringeren Einkünften³⁹ als auch bei einem Unterhaltsberechtigten ohne eigene Einkünfte.

25 BGH v. 09.03.2016 – XII ZB 693/14 m.w.N., NJW 2016, 1511; OLG Hamm v. 27.11.2015 – II-10 UF 57/15 – NZFam 2016, 894; vgl. auch *Löhnig*, FamRZ 2017, 1558.

26 BGH v. 09.03.2016 – XII ZB 693/14 m.w.N., NJW 2016, 1511.

27 OLG Frankfurt v. 19.11.2018 – 1 UF 11/18, FamRZ 2019, 1322.

28 OLG Hamm v. 29.06.2009 – II-6 UF 225/08, FamRZ 2009, 2009; den Bedarf der nichtehelichen Mutter in China nimmt das OLG mit dem damaligen Mindestbedarf von monatlich 770 € an.

29 BGH v. 16.12.2009 – XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357.

30 OLG München v. 12.01.2006 – 16 UF 1643/05, FamRZ 2006, 812; OLG Hamm v. 04.11.2004 – 3 UF 555/01, NJW 2005, 297.

31 LG Tübingen v. 05.09.2000 – 5 T 143/00, JurBüro 2001, 46.

32 OLG Köln v. 21.02.2017 – 25 UF 149/16, FamRZ 2017, 1309 KG Berlin v. 25.09.2018 – 13 UF 33/18, NJW 2019, 608, OLG Hamm v. 27.11.2015 – II-10 UF 57/15, 10 UF 57/15, NZFAM 2016, 894 m.w.N.

33 BGH v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, NJW 2005, 818.

34 OLG Hamm v. 27.11.2015, 10 UF 57/15, NZFam 2016, 894.

35 BGH v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, NJW 2005, 818.

36 BGH v. 10.06.2015 – XII ZB 251/14, FamRZ 2015, 1369, vgl. auch BGH v. 15.09.2019, XII ZB 357/18, FamRZ 2019, 1234 mit Anm. *Maurer*.

37 BGH FamRZ 2010, 444.

38 BGH v. 13.01.2010 – XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444.

39 OLG Köln v. 17.04.2012 – II-4 UF 277/11, FamRZ 2012, 273.

Dieser Mindestbedarf kann unterhaltsrechtlich mit dem notwendigen Selbstbehalt eines Nichterwerbstätigen (960 € seit 01.01.2020) pauschaliert werden.

2. Besondere Fallgestaltungen bei der Lebensstellung der Mutter

In der Praxis treten immer wieder besondere Fallgestaltungen der Lebensstellung der Mutter vor der Geburt des Kindes auf, die hier auch gesondert betrachtet werden sollen.

Zwar wird grundsätzlich auf das Einkommen der Mutter vor der Geburt des Kindes abgestellt. Anders sieht die Sachlage aber aus, wenn die Mutter nach der Geburt des Kindes *weiter erwerbstätig* war und in diesem Zeitraum ein *höheres Einkommen* als vor der Geburt erzielt. In diesem Fall richtet sich ihre Lebensstellung nicht nach ihren vor der Geburt erzielten geringeren Einkünften, sondern nach den Einkünften bei Aufgabe der Tätigkeit.⁴⁰ Denn maßgeblich für die Höhe des Unterhalts ist die Lebensstellung, die eine Unterhalt begehrende Partei in dem Zeitraum, für den sie Unterhalt begehrt, inne hat oder inne gehabt hat.

Die Lebensstellung der Mutter ist auch nicht auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes festgeschrieben, so dass sich *später ein höherer Bedarf ergeben kann*.⁴¹ Soweit der BGH früher entschieden hatte, dass ein im Zeitpunkt der Geburt des gemeinsamen Kindes bestehender (Mindest-) Bedarf später auch durch eine Teilzeittätigkeit bestritten werden kann und daraus eine vollständige Bedarfsdeckung auch für künftige Zeiten abgeleitet wurde, hält er daran nicht weiter fest.⁴²

Nach der früheren Rechtsprechung haben spätere Änderungen, etwa eine spätere Erwerbstätigkeit der Berechtigten, den Unterhaltsbedarf nach der Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten hingegen nicht beeinflusst.⁴³ Dies hatte zur Konsequenz, dass einerseits lediglich auf die Erwerbs- und Einkommenssituation der Unterhaltsberechtigten zum Zeitpunkt der Geburt abzustellen war, was eine einfache und klarere Lösung zur Folge hätte. Andererseits ergaben sich gravierende Nachteile für die Berechtigte, wenn sie bspw. kurz vor Abschluss seiner Ausbildung stand und im Anschluss gleich im Betrieb hätte weiterarbeiten können.⁴⁴ Entsprechendes gilt auch dann, wenn die Berechtigte z.B. bei der Geburt ein Referendareinkommen von 800 € erzielte, aber nach anschließendem Prädikatsexamen beim möglichen Eintritt in den Richterdienst eine Besoldung nach R1 beanspruchen könnte.⁴⁵

Nachdem der BGH seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben hat,⁴⁶ ergibt sich für die Praxis die Schwierigkeit, festzustellen, wie sich das Einkommen ohne Unterbrechung der beruflichen Entwicklung wegen der Geburt und der Betreuung des Kindes entwickelt hätte.⁴⁷ Er trägt den hypothetischen Entwicklungsmöglichkeiten der Unterhaltsberechtigten Rechnung, die diese ohne Kinderbetreuung gehabt hätte.

Damit sind hier die gleichen Überlegungen anzustellen wie beim „ehebedingten Nachteil“ i.S.d. § 1578b BGB, nämlich einen fiktiven Lebenslauf der Kindesmutter ohne die Geburt des Kindes mit der Realität zu vergleichen. Im Falle einer streitigen Auseinandersetzung über den Unterhaltsanspruch ist anwaltlicher Sachvortrag unverzichtbar. Es muss genau

dargelegt werden, wie sich das *berufliche Fortkommen der Berechtigten ohne die Unterbrechung* der beruflichen Tätigkeiten durch die Kindesbetreuung *weiterentwickelt hätte*.⁴⁸ Dieses Ergebnis hat letztlich zur Folge, dass der Berechtigten ein *Bedarf* zugebilligt wird, *der ihrer tatsächlichen Lebensstellung im Zeitpunkt der Geburt nicht entspricht*.⁴⁹

Jedoch führt die *Zurechnung fiktiver Einkünfte aus Erwerbstätigkeit* nicht dazu, dass der Bedarf – spiegelbildlich – an der hierdurch fiktiv begründeten Lebensstellung der Kindesmutter auszurichten wäre. Der Bedarf kann also dann nicht nach der aktuellen Situation der Unterhaltsberechtigten bestimmt werden, wenn diese aufgrund einer bestehenden Erwerbsobliegenheit auf eine bedarfsdeckende Tätigkeit verwiesen wird.⁵⁰

Bei einer *arbeitslosen* Mutter kann auf das früher erzielte Einkommen abgestellt werden, wenn dies später mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut erzielbar erscheint.⁵¹ Es muss jedoch mindestens der notwendige Selbstbehalt sichergestellt werden.⁵²

Ebenso muss der Mindestbedarf auch bei einer *Studentin*⁵³ angesetzt werden oder bei einer Mutter, die bis zur Geburt des Kindes nur *Sozialhilfe* bezogen hat. Welches Einkommen die Mutter tatsächlich vor der Geburt des Kindes erzielt hat, ist daher nur dann von Bedeutung, wenn ein über den Mindestbedarf hinausgehender Unterhaltsbedarf nach § 1615l BGB geltend gemacht wird.⁵⁴

Eine *freiberuflich tätige Mutter* hat Anspruch auf Erstattung der entgangenen eigenen Erwerbseinkünfte. Umstritten ist, ob der Unterhaltspflichtige ihr auch die Kosten erstatten muss, die sie für die Weiterführung ihres Betriebes aufwen-

40 OLG Celle v. 16.11.2001 – 15 WF 253/01, OLGR Celle 2002, 19–20 in Abgrenzung zu OLG Köln, 15.11.2000, 27 W 203/00, FamRZ 2001, 1322.

41 BGH v. 10.06.2015, XII ZB 251/14 FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler m.w.N.; teilweise Aufgabe BGH v. 16.12.2009, XII ZR 50/08, BGHZ 184, 13 = FamRZ 2010, 357 und BGH vom 13.01.2010, XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444.

42 BGH v. 10.06.2015, XII ZB 251/14 FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler m.w.N.

43 BGH, FamRZ 2010, 444, Rn. 15.

44 Seiler, FamRZ 2015, 1373, 1374.

45 Schilling, in: NK-BGB, § 1615l BGB Rdnr. 24.

46 BGH v. 10.06.2015, XII ZB 251/14 FamRZ 2015, 1369 mit Anm. Seiler m.w.N.; teilweise Aufgabe BGH v. 16.12.2009, XII ZR 50/08, BGHZ 184, 13 = FamRZ 2010, 357 und BGH v. 13.01.2010, XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444.

47 Seiler, FamRZ 2015, 1373, 1374.

48 Vgl. auch BGH v. 15.09.2019, XII ZB 357/18, FamRZ 2019, 1234 mit Anm. Mawer.

49 Seiler, FamRZ 2015, 1373, 1374; Schilling, in: NK-BGB, § 1615l BGB Rdnr. 24.

50 OLG Saarbrücken v. 11.07.2013 – 6 UF 24/13, FamRZ 2014, 484 im Anschluss an BGH v. 13.01.2010 – XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444; BGH v. 16.12.2009 – XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357; BGH v. 16.07.2008 – XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739.

51 OLG Koblenz v. 10.07.2000 – 13 WF 377/00, NJW-RR 2000, 1531–1532; OLG Naumburg v. 17.07.2000 – 3 WF 80/00, OLGR Naumburg 2000, 481–482.

52 BGH 16.12.2009 – XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357 m. Anm. Maier.

53 OLG Saarbrücken v. 11.07.2013 – 6 UF 24/13 NJW 2014, 559; OLG Nürnberg v. 13.08.2009 – 10 UF 360/09, FamRZ 2010, 577 = FuR 2010, 115 = FF 2010, 212 mit krit. Anm. Wever.

54 OLG Brandenburg v. 09.11.2010 – 10 UF 23/10, juris Rn. 32.

den muss, also z.B. für die Einstellung eines Vertreters für den Betrieb oder die Praxis. Diese Ansicht wird damit begründet, nur so habe sie ihren Geschäftsbetrieb aufrechterhalten können, dies seien Kosten für die Erzielung der Einnahmen und somit auch abzugsfähig.⁵⁵

Der Bedarf i.S.v. § 1615I BGB einer *verheirateten* oder *geschiedenen* Mutter, die ein nichteheliches Kind betreut, bestimmt sich nicht nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Vaters, sondern nach ihren (früheren) ehelichen Lebensverhältnissen. Allerdings muss auch hier ihr Mindestbedarf sichergestellt werden. Trennungsbedingter Mehrbedarf ist nicht bedarfs erhöhend zu berücksichtigen.⁵⁶

Lebt die Kindesmutter ohne Heirat *mit einem anderen Mann zusammen*, der nicht der Vater des Kindes ist, so kann die dadurch geprägte Lebensgemeinschaft Maßstab für ihren Bedarf sein.⁵⁷ Lebt die Mutter bei ihren *Eltern*, leitet sich ihre Stellung von diesen ab.⁵⁸

Sind mehrere Kinder der unverheirateten Mutter vorhanden, sind auch für einen späteren Unterhaltsanspruch nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB *die Verhältnisse bei Geburt des ersten Kindes maßgeblich*. Denn diese Verhältnisse bestimmen zunächst als Lebensstellung der Unterhaltsberechtigten die Höhe des Unterhaltsbedarfs während der Erziehung und Betreuung des ersten Kindes. Dieser Unterhaltsbedarf wiederum bestimmt als Lebensstellung der Unterhaltsberechtigten regelmäßig auch den Unterhaltsbedarf nach der Geburt eines weiteren Kindes.⁵⁹

Einer im *Ausland* lebenden Mutter des nichtehelichen Kindes mit ausländischer Staatsangehörigkeit wurde ihr im Rahmen ihres bestehenden Unterhaltsanspruchs aus § 1615I Abs. 2 BGB der Mindestbedarf zugesprochen.⁶⁰

D. Bedürftigkeit der Berechtigten

I. Berücksichtigung eigener Einkünfte

Der Anspruch setzt die Bedürftigkeit der Mutter des Kindes voraus. Sie darf also nicht über ausreichendes eigenes Einkommen oder Vermögen verfügen, um sich selbst zu unterhalten. In diesem Zusammenhang spielt in der Praxis eine entscheidende Rolle, ob und ggf. in welchem Umfang von der Mutter trotz Kinderbetreuung eine *Erwerbstätigkeit* verlangt wird. Hier kann auf die Rechtsprechung zu § 1570 BGB Bezug genommen werden.

Maßgeblich ist, ob wegen der Pflege und Erziehung des Kindes von der Mutter eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann (§ 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB). Dabei sind die Belange des Kindes und die Möglichkeiten der Kundenbetreuung zu berücksichtigen (§ 1615I Abs. 2 Satz 5 BGB). Der Wortlaut des Gesetzes spricht ausdrücklich nicht von einer (tatsächlich realisierten) außerhäuslichen Betreuung des Kindes, sondern von den Möglichkeiten der Kinderbetreuung. Es kommt daher nicht darauf an, ob das Kind tatsächlich bereits außerhäuslich betreut wird, sondern nur, ob eine solche *Möglichkeit objektiv besteht* und diese den *Belangen des Kindes entspricht*, die durch das Kindeswohl i.S.d. § 1671 II 2 BGB ausgefüllt

werden. Auch bei den Kindesbelangen⁶¹ legt das Gesetz auf eine *objektive Sicht* zugrunde, stellt also nicht die Einschätzung des betreuenden Elternteils in den Vordergrund.⁶²

Dem unterhaltsberechtigten Elternteil ist die *Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus auferlegt*. Kind- oder elternbezogene Gründe, die zu einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus aus Gründen der Billigkeit führen könnten, sind deswegen vom Unterhaltsberechtigten darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Erforderlich ist aber auch – bei Bestehen einer Erwerbsobliegenheit – die Darlegung der *erfolglosen Bemühungen um die Erlangung einer Arbeitsstelle*.

Bei der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Unterhaltsanspruchs über diesen Zeitraum hinaus ist folglich zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die notwendige Betreuung der Kinder auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Betreuungseinrichtungen gesichert werden könnte.⁶³ In der Praxis muss geklärt werden, inwieweit aufgrund des Einzelfalles und insbesondere der *konkreten Betreuungssituation vor Ort* von dem betreuenden Elternteil eine (Teil-)Erwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung erwartet werden kann. Die Möglichkeit der Fremdbetreuung muss *tatsächlich existieren, zumutbar und verlässlich* sein und mit dem Kindeswohl im Einklang stehen. Dazu muss konkret festgestellt, werden ob im näheren Einzugsbereich eine kindgerechte Einrichtung existiert, die die Betreuung des Kindes – ggf. bei Schulkindern nach ihrem Schulbesuch einschließlich der Hausaufgabenhilfe – ganztags sicherstellt.

Dabei geht der BGH davon aus, dass *vorhandene Betreuungsmöglichkeiten auch zeitlich in vollem Umfang zu nutzen* sind.⁶⁴ Auch die Möglichkeiten von *privaten Betreuungseinrichtungen* (Betriebskindergarten, *Tagesmutter*, Großmutter)⁶⁵ sind zu nutzen.

Dabei müssen allerdings die *zeitlichen Rahmenbedingungen der Kindesbetreuung mit den zeitlichen Rahmenbedingungen der Erwerbstätigkeit übereinstimmen* (täglicher Arbeitsbeginn und

55 OLG München v. 12.01.2006 – 16 UF 1643/05, FuR 2006, 187.

56 BGH v. 17.01.2007 – XII ZR 103/03, FamRZ 2007, 1303 m. Anm. Schilling; vgl. auch OLG Hamm v. 04.11.2004 – 3 UF 555/01, NJW 2005, 297–299 = FamRZ 2005, 1276 m. Anm. Born; Finger, FuR 2005, 493, 497.

57 Büttner, FamRZ 2000, 781.

58 Finger, FuR 2005, 493, 494 m.w.N.

59 OLG Saarbrücken v. 11.07.2013 – 6 UF 24/13 FamRZ 2014, 484 unter Bezugnahme auf BGH v. 16.12.2009 – XII ZR 50/08, FamRZ 2010, 357, Rn. 22.

60 OLG Hamm v. 29.06.2009 – II-6 UF 225/08, FamRZ 2009, 2009; den Bedarf der nichtehelichen Mutter in China nimmt das OLG mit dem damaligen Mindestbedarf von monatlich 770 € an.

61 Dazu weiter unten.

62 Erman-Graba, BGB (2008), § 1570 BGB Rdnr. 6.

63 BGH v. 06.05.2009 – XII ZR 114/08, NJW 2009, 1956 = FamRZ 2009, 1124 = FF 2009, 313.

64 BGH, v. 01.06.2011 – XII ZR 45/09 FamRZ 2011, 1209 mit Anm. Viefhues; BGH v. 30.03.2011, XII ZR 3/09, FamRZ 2011, 791 mit Anm. Norpoth FamRZ 2011, 873 = NJW 2011, 1582 mit Anm. Maurer = FuR 2011, 392.

65 BGH NJW 2012, 1868 = FamRZ 2012, 1040.

Arbeitsende, Fahrtzeiten von der Wohnung zur Arbeitsstätte, Bringzeiten zur Kinderbetreuung).⁶⁶

Ob und in welchem Umfang die nach § 1615I Abs. 2 BGB unterhaltsberechtigter Mutter sich ein *überobligationsmäßig erzieltetes Einkommen* auf ihren Unterhaltsbedarf anrechnen lassen muss, wenn sie neben der Kindesbetreuung Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit erzielt, ergibt sich aus einer einzelfallorientierten – analogen Anwendung des § 1577 Abs. 2 BGB. Hierbei kommt es darauf an, in welchem Umfang die Erwerbsobliegenheit der Berechtigten gerade wegen der Kindesbetreuung eingeschränkt ist. Das OLG Düsseldorf bezieht bei Fehlen besonderer Umstände die Hälfte der überobligatorischen Einkünfte in den Unterhalt ein.⁶⁷

Ist die Kindesmutter *wegen ausbleibender Unterhaltszahlungen gezwungen* war, ihre *Erwerbstätigkeit* zu einem Zeitpunkt *aufzunehmen*, zu dem sie sich ausschließlich der Betreuung ihres Kindes hätte widmen dürfen, so führt jedoch dies nicht zwingend zu einer vollständigen Anrechnungsfreiheit des Einkommens entsprechend § 1577 Abs. 2 Satz 1 BGB. Denn § 1577 Abs. 2 BGB stellt keine Sanktionsvorschrift dar, weshalb seine Anwendung nicht davon abhängt, dass der Unterhaltsschuldner die Aufnahme jener Erwerbstätigkeit durch seine Säumnis oder sonst eine unvollständige Erfüllung seiner Unterhaltspflicht veranlasst hat. Folglich ist dieser Aspekt zwar im Rahmen der Billigkeitsabwägung zu beachten, führt nicht aber dazu, dass insoweit eine Anrechenbarkeit analog § 1577 Abs. 2 Satz 1 BGB vollständig unterbleiben müsste.⁶⁸

Auch *Erwerbersatzeinkommen* in Gestalt des Arbeitslosen- und Krankengeldes ist anzurechnen, ebenso eine Abfindung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die allerdings dann auf einen längeren Zeitraum zu verteilen ist.

Laufender Unterhalt kann auch nicht begehrt werden, solange und soweit die Frau *Lohnfortzahlungen* des Arbeitgebers nach § 11 MuschG oder das *Mutterschaftsgeld* nach § 24i SGB V erhält. Mutterschaftsgeld hat Lohnersatzfunktion und ist deshalb ebenso wie ein Zuschuss des Arbeitgebers zum Muttergeld als Einkommen zu berücksichtigen.

Dies gilt auch für das *Elterngeld* über 300 € (§ 11 BEEG), das grundsätzlich einkommensabhängig gezahlt wird, also Lohnersatzfunktion hat und deswegen als Einkommen des bezugsberechtigten Elternteils zu berücksichtigen ist. Lediglich i.H.v. 300 € monatlich bleibt es nach § 11 Satz 1 BEEG unberücksichtigt.⁶⁹

Erziehungsgeld stellt jedoch kein anrechenbares Einkommen der Mutter dar. Auch *Wohngeld* wird nicht als bedarfsdeckend angesehen, da es unmittelbar der Deckung des erhöhten Wohnbedarfs dient.

Ein *Wohnvorteil*, den die Mutter aufgrund der unentgeltlichen Überlassung der Wohnung durch Dritte hat, ist auf ihren Unterhaltsbedarf nicht bedarfsmindernd anzurechnen.⁷⁰ Denn hierbei handelt es sich um eine *freiwillige Zuwendung einer dritten Person*, die unterhaltsrechtlich nur dem Leistungsempfänger zukommen soll.

Dagegen ist ein *Wohnvorteil* durch die Nutzung einer im Alleineigentum oder Miteigentum der Mutter stehenden Immobilie unterhaltsrechtlich anzurechnen.

Vermögenserträge (Mieteinkünfte, Dividenden, Zinsen) sind Einkommen und daher ebenfalls einzusetzen.

II. Berücksichtigung eigenen Vermögens

Zudem muss die Kindesmutter auch den *Stamm ihres Vermögens* einsetzen, um ihren eigenen Unterhaltsbedarf zu decken. Die einschränkende Regel des § 1577 Abs. 3 BGB bezieht sich nur auf den Unterhaltsanspruch unter Eheleuten und ist nicht anwendbar.⁷¹

Die Verwertungsobliegenheit besteht aber nur in den Grenzen der Wirtschaftlichkeit, Zumutbarkeit und Billigkeit.

III. Berücksichtigung von Abzügen

Die Kosten des *Kindergartenbesuches* sind Bedarf des Kindes⁷² und können daher von der Mutter weder als eigener zusätzlicher Bedarf noch als Abzugsposten bei ihrem Einkommen geltend gemacht werden.

Dagegen sind andere *notwendige Kosten der Kindesbetreuung* (z.B. Tagesmütter, Kinderfrau, nachmittägliche Schulbetreuung, Kindertagesstätte, Tagespflegestelle, Hort, die der betreuende Elternteil trägt, als berufsbedingter Aufwand vom Einkommen des unterhaltsberechtigten kinderbetreuenden Elternteils abzuziehen.⁷³

E. Leistungsfähigkeit des Pflichtigen

Der Anspruch aus § 1615I BGB setzt – wie jeder Unterhaltsanspruch – die Leistungsfähigkeit des Kindesvaters voraus. Dabei gelten die allgemeinen Grundsätze. Seine Erwerbsobliegenheit richtet sich nach den Grundsätzen, die für den Anspruch eines volljährigen Kindes gelten. Es besteht folglich eine vollschichtige Erwerbsobliegenheit, aber keine gesteigerte Unterhaltsverpflichtung.

Seit dem 01.01.2020 sieht die Düsseldorfer Tabelle einen Selbstbehalt des erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen i.d.R. von 1.280 € und des nicht erwerbstätigen Pflichtigen von 1.180 € (einschließlich 490 € Warmmiete) vor.

66 Dazu OLG Köln v. 26.05.2009, 25 UF 162/08, FamRZ 2009, 2011, 2012.
67 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.04.2015 – II-3 UF 211/12, FamRZ 2016, 63.

68 BGH v. 15.09.2019, XII ZB 357/18 FamRZ 2019, 1234 mit Anm. Maurer.
69 BGH v. 10.11.2010 – XII ZR 37/09, FamRZ 2011, 97; vgl. auch BGH v. 18.04.2012 – XII ZR 73/10 – NJW 2012, 2190.

70 OLG Köln v. 17.04.2012 – II-4 UF 277/11, FamFR 2012, 273.

71 OLG Frankfurt v. 02.05.2019 – 2 UF 273/17 FuR 2019, 710 m.w.N.

72 BGH v. 05.03.2008, XII ZR 150/05 FamRZ 2008, 1152.

73 BGH v. 04.10.2017, XII ZB 55/17, BGH NJW 2017, 3786.

Reicht das Einkommen nicht aus, den bestehenden Unterhaltsanspruch zu decken, muss der Unterhaltspflichtige auch seine *Vermögenssubstanz* einsetzen.⁷⁴

Der *Unterhaltspflichtige* trägt auch beim Anspruch aus § 1615I BGB die *Darlegungs- und Beweislast für seine nur eingeschränkte Leistungsfähigkeit*. Damit trifft ihn auch die Darlegungs- und Beweislast für „sonstige Verpflichtungen“, auf die er sich beruft wie etwa der Unterhaltsbedarf *weiterer Unterhaltsberechtigter* (z.B. wie minderjähriger Kinder), die seine Leistungsfähigkeit beeinträchtigen.⁷⁵ Ein gem. § 1609 Nr. 1 BGB vorrangiger Anspruch eines minderjährigen Kindes auf Unterhalt ist mit dem (niedrigeren) Zahlbetrag anzurechnen, der sich nach Abzug des anteiligen Kindergeldes ergibt.⁷⁶

F. Begrenzung durch den Halbteilungsgrundsatz

Bei einem hohen Einkommen der Mutter kann sich bei dieser Berechnung ein Unterhaltsanspruch ergeben, der das dem unterhaltspflichtigen Vater verbleibende restliche Einkommen übersteigt, wenn nur auf dessen Selbstbehalt von jetzt 1.280,00 € abgestellt wird.

Der BGH betont weiter, dass der Unterhaltsbedarf der unverheirateten Mutter weiterhin durch den *Halbteilungsgrundsatz* begrenzt wird.⁷⁷ Der anspruchsberechtigten Mutter darf demzufolge nicht mehr zur Verfügung stehen, als dem unterhaltspflichtigen Vater verbleibt.

Beispiel:

Die Kindesmutter hat vor der Geburt des Kindes ein bereinigtes Einkommen von 3.000 € erzielt. Ihr Bedarf beträgt nach ihrer bisherigen Lebensstellung 3.000 €, den der Kindesvater – soweit sie nach der Geburt ohne eigenes Einkommen ist – gem. § 1615I BGB schuldet. Der Kindesvater verfügt über ein Einkommen von 4.000 €.

Die Grenze der Leistungsfähigkeit des Kindesvaters (Selbstbehalt) beträgt 1.280 € (Wert ab 01.01.2020). Würde man lediglich auf diese Grenze des Selbstbehaltes abstellen, müsste der Kindesvater sein gesamtes verbleibendes Einkommen in Höhe von insgesamt 2.720 € zur Unterhaltszahlung verwenden. Der Kindesmutter stünden dann 2.720 € zur Verfügung (dabei wäre ihr Bedarf nicht einmal voll gedeckt), dem Kindesvater selbst aber nur 1.280 €.

Eine Begrenzung der Zahlungspflicht durch den Halbteilungsgrundsatz führt dazu, dass beiden Elternteilen die Hälfte von 4.000 €, also 2.000 € zur Verfügung stehen.

G. Anwendung der Vorschriften des Verwandtenunterhalts (§ 1615I Abs. 3)

I. Durchsetzung von rückständigem Unterhalt (Verzug)

Bei Unterhaltsrückständen gilt § 1613 Abs. 2 BGB entsprechend (§ 1615I Abs. 3 Satz 4 BGB), es muss also eine

Aufforderung zur Auskunft gem. § 1613 BGB oder eine Inverzugsetzung durch bezifferte Zahlungsaufforderung erfolgt sein.

II. Verzicht und Verwirkung

Ein *Verzicht* auf den Unterhaltsanspruch aus § 1615I BGB ist für die Zukunft nicht möglich. Dies ergibt sich aus der Rechtsgrundverweisung § 1615I Abs. 3 Satz 1 BGB i.V.m. § 1614 Abs. 1 BGB.

Steht die *Verwirkung* des Unterhaltsanspruchs aus § 1615I BGB im Raum, ist auf § 1611 BGB abzustellen.⁷⁸ Hat zuvor eine Lebensgemeinschaft zwischen den Eltern des Kindes bestanden hat, wird auch die Anwendung der Härteklausele des § 1579 BGB diskutiert,⁷⁹ aber überwiegend abgelehnt. So bejaht das OLG Frankfurt den Unterhaltsanspruch aus § 1615I BGB auch bei einer neuen Partnerschaft der nicht-ehelichen Mutter.⁸⁰

III. Rangfragen/konkurrierende Berechtigte

Der Anspruch aus § 1615I BGB steht gem. § 1609 Nr. 2 BGB im zweiten Rang und kann mit dem Anspruch einer geschiedenen oder getrennt lebenden Ehefrau konkurrieren, wenn diese wegen der Betreuung eines Kindes unterhaltsberechtigter ist oder wenn ihre Ehe von langer Dauer war, wobei nach der Rechtsprechung auf das Vorhandensein ehebedingter Nachteile abzustellen ist.⁸¹ Die Existenz eines weiteren gleichrangigen unterhaltsberechtigten Elternteils muss der Unterhaltsschuldner darlegen und beweisen.⁸²

Bei der Berechnung des Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Ehefrau ist zu beachten, dass die Unterhaltspflichten ihres Ex-Ehemannes für naheheilig geborene Kinder und der dadurch bedingte Betreuungsunterhalt nach § 1615I BGB nicht bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs eines geschiedenen Ehegatten nach § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB zu berücksichtigen sind.⁸³ Denn die ehelichen Lebensverhältnisse des geschiedenen Ehegatten sind nicht durch diese erst nach der Rechtskraft der Scheidung eingetretenen Umstände geprägt worden. Etwas Anderes gilt allerdings dann, wenn das Kind bereits vor der Rechtskraft der Ehescheidung geboren worden ist. Dann haben die tatsächlichen Zahlungen auf den

74 OLG Hamm v. 03.11.2010 – 8 UF 138/10, FamRZ 2011, 1600.

75 BGH v. 07.12.2011 – XII ZR 151/09, FamRZ 2012, 281.

76 BGH v. 24.06.2009 – XII ZR 161/08, FamRZ 2009, 1477; BGH v. 17.06.2009 – XII ZR 102/08 – NJW 2009, 2592.

77 BGH v. 15.05.2019 – XII ZB 357/18; BGH v. 13.01.2010 – XII ZR 123/08, FamRZ 2010, 444; BGH v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, NJW 2005, 818; BGH v. 17.01.2007 – XII ZR 104/03, FamRZ 2007, 1303; KG Berlin v. 25.09.2018 – 13 UF 33/18, NJW 2019, 608, OLG Frankfurt v. 02.11.2016 – 6 UF 73/16, juris.

78 OLG Karlsruhe v. 24.05.2011 – 18 UF 165/09, FamRZ 2011, 1800.

79 OLG Hamm v. 03.11.2010 – 8 UF 138/10, FamRZ 2011, 1600.

80 OLG Frankfurt v. 02.05.2019 – 2 UF 273/17, FUR 2019, 710; vgl. auch OLG Nürnberg v. 05.08.2010 – 10 UF 702/10, FamRZ 2011, 735.

81 BGH v. 31.07.2008, XII ZR 177/6, FamRZ 2008, 1911.

82 BGH v. 07.12.2011 – XII ZR 151/09, FamRZ 2012, 281.

83 BGH v. 07.12.2011 – XII ZR 151/09 NJW 2012, 384.

Unterhaltsanspruch des Kindes und dessen Mutter (§ 1615I BGB) bereits die ehelichen Lebensverhältnisse der zu diesem Zeitpunkt noch nicht geschiedenen Ehefrau bestimmt und folglich auch die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt.⁸⁴

Denn die ehelichen Lebensverhältnisse enden nach der Rspr. des BGH erst mit Rechtskraft der Ehescheidung,⁸⁵ so dass alle Veränderungen bis zu diesem Zeitpunkt sich noch auf den Bedarf der geschiedenen Ehefrau auswirken.

IV. Konkurrierende Verpflichtete

Der Anspruch aus § 1615I BGB gegen den Vater des Kindes kann mit Ansprüchen der Kindesmutter gegen andere zur Zahlung von Unterhalt Verpflichtete zusammentreffen. Dies kann zu einer anteiligen Haftung führen.

1. Haftende Verwandte der Mutter

Nach § 1615I Abs. 3 Satz 2 BGB geht die Verpflichtung des Vaters der Unterhaltspflicht der Verwandten der Mutter – also vor allem ihrer *Eltern* – vor, die in § 1601 BGB festgelegt ist. Diese Verwandten haften folglich nur, wenn und soweit der Vater nicht leistungsfähig ist (§ 1615I Abs. 3 Satz 1 BGB i.V.m. § 1607 BGB).

2. Haftender Ehemann der Mutter

Das Zusammentreffen zwischen der *Unterhaltspflicht des Vaters und der des Ehemanns* oder geschiedenen Ehemanns ist nicht ausdrücklich geregelt. Der BGH bejaht eine *Aufteilung der Verantwortlichkeiten* zwischen dem Ehemann und dem Vater in entsprechender Anwendung des § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB.⁸⁶

Eine Haftung des neuen Partners als biologischer Vater neben dem Ehemann ist ausgeschlossen, wenn die rechtliche Vaterschaft des Ehemannes für das Kind besteht. Solange kommt ein Unterhaltsanspruch nach § 1615I BGB gegen nicht in Betracht.⁸⁷

3. Mit anderen nichtehelichen Vätern

Betreut die Kindesmutter *mehrere – nicht aus einer Ehe hervorgegangene – Kinder von verschiedenen Vätern*, so haften diese für den Unterhaltsbedarf der nicht verheirateten Mutter gem. § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen.⁸⁸

V. Heirat der Kindesmutter

Der Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter entfällt nach älterer Rechtsprechung in analoger Anwendung des § 1586 Abs. 1 BGB, wenn sie einen anderen Mann heiratet. Allerdings besteht seit der Reform des Unterhaltsrechts im Jahre 2008 die bislang obergerichtlich nicht geklärte Problematik, ob noch eine Analogie des § 1586 BGB auf Ansprüche des § 1615I BGB möglich ist, da die dem Gesetzgeber bekannte, unplanmäßige Gesetzeslücke trotz der umfassenden Überarbeitung des Unterhaltsrechts nicht geschlossen und keiner Regelung zugeführt worden war. Jedenfalls liegt eine schuldhaftige Verletzung der anwaltlichen Beratungspflicht vor, wenn nicht auf die mögliche Anwendbarkeit des § 1586 Abs. 1 BGB auf den Anspruch des nichtehelichen Elternteils hingewiesen wird.⁸⁹

VI. Auskunftsansprüche

Der Kindsmutter steht gegen den Vater des gemeinsamen Kindes ein *Auskunftsanspruch* gem. § 1605 BGB zu. Auch der Vater kann von der Mutter Auskunft verlangen.

Neben dem Auskunftsanspruch besteht auch der Anspruch auf Vorlage der verlangten *Belege* sowie auf Abgabe der *eidesstattlichen Versicherung* der Richtigkeit und Vollständigkeit der gemachten Angaben. Dieser Anspruch folgt § 1605 Abs. 1 Satz 3 BGB i.V.m. den §§ 260, 261 BGB. Belege, die ein Auskunftspflichtiger vorlegen soll, müssen in dem Titel bezeichnet und daher jedenfalls in den Entscheidungsgründen konkretisiert werden. Hierzu ist es jedenfalls erforderlich, dass aus dem Titel der Zeitraum, auf den sich die vorzulegenden Belege beziehen müssen, hervorgeht.⁹⁰

Einen Auskunftsanspruch des Scheinvaters *gegen die Mutter* eines Kindes auf *Auskunft*, wer ihr in der Empfängniszeit beigewohnt hat, um ggf. einen *Rückgriff des Scheinvaters* gegen den leiblichen Vater vorzubereiten, hat das BVerfG abgelehnt.⁹¹ Der als Reaktion auf diese Entscheidung vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes liegt vor (www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Scheinvaterregress.pdf (abgerufen am 10.03.2020)), ist aber bisher noch nicht Gesetz geworden.

H. Tod des Kindesvaters

Der Anspruch *erlischt nicht* mit dem Tod des Verpflichteten (§ 1615I Abs. 3 BGB), sondern die Erben haften (§ 1967 BGB). Diese Regelung weicht damit ab von der allgemeinen Norm des § 1615 BGB.⁹²

BGH v. 15.09.2019, XII ZB 357/18⁹³

1. Wenn der Anspruch aus § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB mit einem gleichrangigen ehelichen Unterhaltsanspruch konkurriert und ersterer bereits vor Rechtskraft der Scheidung bestanden hat, ist der zum Zeitpunkt des Todesintritts des Unterhaltspflichtigen bestehende Bedarf des Unterhaltsberechtigten fiktiv fortzuschreiben.

2. Den Erben bleibt es unbenommen, sich die Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlass vorzubehalten⁹⁴

84 BGH v. 25.09.2019 – XII ZB 25/19, NJW 2019, 3570.

85 BGH FamRZ 2012, 281; BGH FamRZ 2014, 1183; BGH FamRZ 1985, 357; BGH FamRZ 1981, 752.

86 BGH v. 21.01.1998 – XII ZR 85/96, FamRZ 1998, 541.

87 BGH v. 18.04.2012 – XII ZR 73/10, NJW 2012, 2190.

88 BGH v. 15.12.2004 – XII ZR 26/03, NJW 2005, 502.

89 OLG Bamberg v. 27.11.2014 – 2 U 1/14, FamRZ 2015, 882, bestätigt durch BGH v. 16.03.2016 – XII ZR 148/14, FamRZ 2016, 892.

90 BGH Beschl. v. 03.07.2019 – XII ZB 116/19, FamRZ 2019, 1442.

91 BVerfG v. 24.02.2015 – 1 BvR 472/14, FamRZ 2015, 729 = NJW 2015, 1506; anders BGH v. 02.07.2014 – XII ZB 201/13, FamRZ 2014, 1440 mit Anm. *Wellenhofer*; BGH v. 20.02.2013 – XII ZB 412/1, NJW 2013, 2108.

92 BGH v. 15.09.2019, XII ZB 357/18 FamRZ 2019, 1234.

93 BGH FamRZ 2019, 1234 mit Anm. *Maurer*.

94 Im Anschluss an BGH v. 17.02.2017 – V ZR 147/16, FamRZ 2017, 1317.

3. Für den Bedarf und die Bedürftigkeit des nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB Unterhaltsberechtigten ist auch bei Anwendung des Halbteilungsgrundsatzes grundsätzlich allein auf das Erwerbseinkommen abzustellen, das der betreuende Elternteil infolge der Betreuung nicht mehr (in voller Höhe) erzielen kann.⁹⁵

Die BGH-Entscheidung behandelt folgende Gesichtspunkte:

1. Tod des Unterhaltspflichtigen § 1615I Abs. 3

Satz 4 BGB.

Die Vorschrift des § 1615I Abs. 3 Satz 4 BGB enthält keine konkrete Bestimmung dazu, wie bei Tod des Unterhaltspflichtigen der (künftige) Unterhalt zu bemessen ist.

2. Bedarf der Kindesmutter:

Der BGH verweist darauf, dass die entsprechende Vorschrift für den ehelichen Unterhalt in § 1586b Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls keine Regelung dazu enthält, wie in diesem Falle der Unterhalt zu bemessen ist. Die gesetzliche Unterhaltspflicht geht gem. § 1586b BGB als Nachlassverbindlichkeit unverändert auf den Erben über.⁹⁶ § 1581 BGB regelt aber nur die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, nicht jedoch die Höhe des Unterhaltsbedarfs, die in § 1578 Abs. 1 BGB geregelt ist. Daher hat der Eintritt des Todes des Unterhaltspflichtigen auf die Bedarfsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen keinen Einfluss.⁹⁷

Entsprechend dieser Regelung ist auch für den Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB allein auf den *Bedarf der Kindesmutter noch zu Lebzeiten des Unterhaltspflichtigen* abzustellen, jedenfalls für einen Fall, in dem ein Anspruch aus § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB mit einem gleichrangigen ehelichen Unterhaltsanspruch konkurriert und ersterer bereits vor Rechtskraft der Scheidung bestanden hat und damit für den ehelichen Unterhaltsanspruch i.S.v. § 1578 BGB prägend war.

Fortschreibung des Bedarfes:

Dies gilt allerdings mit der Maßgabe, dass der zum Zeitpunkt des Todesintritts bestehende Bedarf des Unterhaltsberechtigten – wie auch beim ehelichen Unterhalt gem. § 1578 Abs. 1 i.V.m. § 1586b BGB – *fiktiv fortzuschreiben ist*. Denn nur so wird hinsichtlich der Bedarfsbemessung im Todesfall bezogen auf konkurrierende Unterhaltsansprüche ein *Gleichklang zwischen dem Anspruch aus § 1615I BGB und dem ehelichen Unterhaltsanspruch* hergestellt. Würde man hingegen beim nach § 1615I BGB Unterhaltsberechtigten den ungekürzten Bedarf der Unterhaltsberechnung zugrunde legen, hätte dies zur Folge, dass sich die Ehefrau gem. § 1578 Abs. 1 BGB vorab den Abzug des Betreuungsunterhaltsanspruchs der Antragstellerin gefallen lassen müsste, weil dieser die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt hat,⁹⁸ während die Mutter des nichtehelichen Kindes den vollen Bedarf für sich beanspruchen könnte. Dies hätte eine systemwidrige und gem. Art. 6 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigende Bevorzugung der Mutter des nichtehelichen Kindes zur Folge.⁹⁹

Der BGH betont aber ausdrücklich, dass der zum Todeszeitpunkt einmal festgestellte *Bedarf* für den gesamten Unterhaltszeitraum *nicht unveränderlich bleiben* müsse. Bezogen auf

den Zeitpunkt des Todesintritts ist vielmehr eine Prognose zu treffen, wie sich die Unterhaltsbeziehungen zwischen dem Unterhaltsberechtigten und dem Unterhaltspflichtigen bei Unterstellung seines Fortlebens entwickelt hätten.¹⁰⁰ Basierend hierauf sind alle absehbaren Veränderungen bezogen auf den Unterhaltsbedarf und die Bedürftigkeit jeweils zum Zeitpunkt des voraussichtlichen Eintritts der Änderungen zu berücksichtigen.

Bei dieser (fiktiven) Fortschreibung der Verhältnisse ist für die Bedarfsbemessung zu unterstellen, dass *der Unterhaltspflichtige weitergelebt hätte*, um eine nicht zu rechtfertigende Besserstellung des Anspruchs aus § 1615I BGB gegenüber einem ehelichen Unterhaltsanspruch zu vermeiden. Die Darlegungslast für das Einkommen des Erblassers tragen die Erben.

Leistungsfähigkeit des Verstorbenen:

Dagegen ist – wie beim ehelichen Unterhaltsanspruch gem. § 1586b Abs. 1 Satz 2 BGB – die *Leistungsfähigkeit* des (verstorbenen) Unterhaltspflichtigen i.S.d. § 1603 Abs. 1 BGB *ohne Belang*, weil der Unterhaltspflichtige nach seinem Tod keinen eigenen Lebensbedarf mehr hat. Surrogat für die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen zu Lebzeiten ist vielmehr der Nachlass, auf dessen Höhe die Erben ihre Haftung beschränken können. Es kommt also – so der BGH – weder auf die tatsächliche noch auf die fiktive Leistungsfähigkeit des Erblassers an.¹⁰¹

Bei der *Bedarfsbemessung* kann folglich auch keine *Witwenrente* der Ehefrau zugrunde gelegt werden. Dagegen ist bei der Frage der *Bedürftigkeit* die erst durch den Tod entstandene Witwenrente im Wege der Anrechnungsmethode zu berücksichtigen. Soweit danach der Bedarf der Ehefrau durch die Witwenrente gedeckt ist, steht der ihr durch die Dreiteilung zugewiesene Betrag zur Verteilung zugunsten des Anspruchs aus § 1615I BGB zur Verfügung.

Zu prüfen ist aber auch, ob der *Unterhaltsanspruch des Ehegatten* nicht schon wegen dessen eigener Erwerbsobliegenheit entfallen ist.

Kindesunterhaltsverpflichtungen:

Dementsprechend bleiben auch die Kindesunterhaltsverpflichtungen weiter zu berücksichtigen und entfallen nicht gem. § 1615 Abs. 1 BGB. Der Bedarf des Unterhaltsberechtigten so fortzuschreiben ist, wie er sich zum Zeitpunkt des Todes des Unterhaltspflichtigen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entwickelt hätte. Damit ist auch eine zukünftige

95 Im Anschluss an BGH v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442.

96 BGH vom 28.01.2004 – XII ZR 259/01, FamRZ 2004, 614, 615.

97 BGH v. 15.05.2019 – XII ZB 357/18; BGH vom 05.02.2003 – XII ZR 29/00, FamRZ 2003, 848, 854; vgl. auch jurisPK-BGB/Löffler [Stand: 15.10.2016] § 1586b Rn. 5.

98 BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 20 m.w.N.

99 BGH v. 15.05.2019 – XII ZB 357/18; BGH vom 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442, 443.

100 BGH v. 15.05.2019 – XII ZB 357/18; BGHZ 205, 342 = FamRZ 2015, 1369 Rn. 34.

101 BGH v. 15.05.2019 – XII ZB 357/18 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

tige Erhöhung der Tabellenbeträge für den Kindesunterhalt zu berücksichtigen; auch ist zu prüfen, ob der Kindesunterhaltsanspruch möglicherweise infolge des absehbaren Eintritts der Volljährigkeit des Kindes entfallen ist. Damit ist die Verpflichtung, Kindesunterhalt zu leisten, an sich entfallen, wenn es sich nicht entweder um privilegierte Kinder gem. § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB handelte oder sie sich in einer Ausbildung befanden. Zudem haften mit Eintritt der Volljährigkeit beide Elternteile anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen. Das gilt auch für die nach § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB privilegierten Kinder.¹⁰²

Abzustellen ist dabei – so der BGH – nicht auf die Leistungsfähigkeit, sondern auf den Umstand, dass die dem Erblasser gegenüber bestehenden Unterhaltsverpflichtungen (möglicherweise) zu einer *Begrenzung des Bedarfs der Kindesmutter* nach dem Halbteilungsgrundsatz bzw. der Dreiteilungsmethode geführt haben könnten.

3. Leistungsfähigkeit des Verstorbenen:

Dagegen ist – wie beim ehelichen Unterhaltsanspruch gem. § 1586b Abs. 1 Satz 2 BGB – die *Leistungsfähigkeit* des (verstorbenen) Unterhaltspflichtigen i.S.d. § 1603 Abs. 1 BGB *ohne Belang*, weil der Unterhaltspflichtige nach seinem Tod keinen eigenen Lebensbedarf mehr hat. Surrogat für die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen zu Lebzeiten ist vielmehr der Nachlass, auf dessen Höhe die Erben ihre Haftung beschränken können. Folglich kommt es – so der BGH – weder auf die tatsächliche noch auf die fiktive Leistungsfähigkeit des Erblassers an.¹⁰³

4. Unterhaltsbegrenzung nach dem Halbteilungsgrundsatz bzw. der Dreiteilungsmethode:

Weiter stellt der BGH klar, dass sich die *Unterhaltsbegrenzung nach dem Halbteilungsgrundsatz bzw. der Dreiteilungsmethode*

zum Nachteil der Unterhaltsberechtigten auswirkt und es sich damit um eine an sich *in die Sphäre des Unterhaltspflichtigen fallende Darlegung* handelt,¹⁰⁴ also im Ergebnis um eine Begrenzung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB.

5. Beschränkung der Haftung auf den Nachlass:

Macht der Erbe in einem Rechtsstreit über eine Nachlassverbindlichkeit die *Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlass* geltend, steht es im Ermessen des Gerichts, ob es über diesen Einwand im anhängigen Verfahren sachlich entscheidet und damit den Einwand endgültig erledigt oder ob es lediglich den förmlichen Vorbehalt nach § 780 Abs. 1 ZPO in seine Entscheidung aufnimmt und den Streit über die Haftungsbeschränkung in einen späteren Rechtsstreit nach § 785 ZPO verweist.¹⁰⁵

6. Leistungsfähigkeit der Erben:

Auf die *Leistungsfähigkeit der Erben* kommt es nicht an. Zwischen der Unterhaltsverpflichtung des verstorbenen Unterhaltspflichtigen und seiner Erben besteht keine Identität. Es handelt sich um eine *Nachlassverbindlichkeit*, so dass der Erbe nur für eine fremde Unterhaltspflicht haftet; die Leistungsfähigkeit der Erben i.S.v. § 1603 Abs. 1 BGB ist mithin nicht von Belang.¹⁰⁶

102 BGH v. 12.01.2011 – XII ZR 83/08, BGHZ 188, 50 = FamRZ 2011, 454 Rn. 34.

103 BGH v. 15.05.2019 – XII ZB 357/18 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

104 BGH v. 14.04.2010 – XII ZR 89/08, FamRZ 2010, 869 Rn. 36.

105 BGH v. 15.05.2019 – XII ZB 357/18; BGH v. 17.02.2017 – V ZR 147/16, FamRZ 2017, 1317 Rn. 12 m.w.N. und v. 13.07.1989 – IX ZR 227/87, FamRZ 1989, 1070, 1075 m.w.N.

106 BGH v. 15.05.2019 – XII ZB 357/18 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Die registerrechtlichen Regelungen des „Mauracher Entwurfs für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“

von Regierungsdirektor Dr. Johannes Holzer*

Der „Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“ strukturiert das Recht der (Außen-)GbR, der OHG und der KG neu. Hierfür wurden einige und zum Teil neu gestaltete Verfahrensvorschriften entwickelt, die in diesem Beitrag vorgestellt werden sollen. Zum Schluss soll im Rahmen eines Exkurses noch das Problem erörtert werden, ob die Neuregelung des Rechts der GbR die derzeit bestehenden Probleme bei der Berichtigung des Grundbuchs beseitigt.

I. Einführung

Eine durch das BMJV eingesetzte Expertenkommission hat den „Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“ (MopeG) erarbeitet, der im

* Deutsches Patent- und Markenamt, München.

April 2020 vorgestellt wurde¹ und zum Teil Vorschläge des 71. Deutschen Juristentags aufgreift. Der Entwurf soll Ungereimtheiten des geltenden Rechts beseitigen und das Recht der GbR und der Handelsgesellschaften neu strukturieren. Die Neujustierung des Rechts der Personengesellschaften, zu deren Grundtypus die GbR gehört, ist dringend erforderlich: Bekanntlich geht der BGH im Einklang der in der Literatur bereits vor längerer Zeit entwickelten „Gruppenlehre“² von einer auf Grund des vorgenommenen Organisationsakts bestehenden „überindividuellen Wirkungseinheit“ der (Außen-)GbR aus und hat damit deren Rechtsfähigkeit anerkannt.³ Dies wurde im Gesetz bislang nur rudimentär in §§ 899a BGB, 47 Abs. 2 GBO und § 15 Abs. 1 c) GBV nachvollzogen. Das Gesellschaftsrecht harret hingegen bis heute einer Regelung, so dass der Bedarf zu dessen Modernisierung unabweisbar ist.⁴

Nach den Vorschlägen des „Mauracher Entwurfs“ soll das Recht der GbR seinen Standort innerhalb des 16. Titels des BGB (§§ 705 bis 740 BGB-E) behalten; jedoch soll es künftig neben einer nicht rechtsfähigen Innengesellschaft (§§ 740 ff. BGB-E) auch eine rechtsfähige Außengesellschaft geben (§§ 705 Abs. 2 BGB-E), die in einem Gesellschaftsregister eingetragen werden kann. Die Eintragung in das Gesellschaftsregister soll allerdings für die Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht konstitutiv sein (§ 707 Abs. 1 BGB-E), so dass die Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR im Verhältnis zu Dritten durch Eintragung in das neu zu schaffende Gesellschaftsregister oder durch einvernehmlichen Geschäftsbeginn (§ 719 BGB-E) erlangt wird. Das Gesellschaftsregister hätte den Vorteil, dass die für den Rechtsverkehr bedeutsamen Angaben der GbR nicht mehr aus dem Grundbuch entnommen werden müssen. Das Grundbuch könnte folglich auf seine eigentliche Funktion – Dokumentation von Grundstücksrechten – zurückgeführt werden und müsste nicht mehr als „Ersatzregister“ für die GbR dienen. § 899a BGB soll daher durch Art. 1 Nr. 5 MopeG-E gestrichen werden.

Handelt es sich bei der GbR um eine Außengesellschaft, soll diese Träger des Gesellschaftsvermögens sein (§ 713 BGB-E). Für die Gründung der GbR soll der gemeinsame Wille der Gesellschafter zur Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr erforderlich und ausreichend sein (§ 705 Abs. 2 BGB-E). Der Entwurf folgt auch der Abkehr von der „Sitztheorie“, die in anderen Gesellschaftsformen bereits Einzug gehalten hat. Das bedeutet, dass die GbR ihren Verwaltungssitz unabhängig von ihrem Satzungssitz wählen kann (§ 706 BGB-E).

Der Entwurf sieht die GbR zu Recht als Grundform aller Personengesellschaften, so dass die die neuen §§ 105 ff. HGB-E auf die Regelungen des BGB zurückgreifen. Dies hat zur Folge, dass in das HGB künftig nur die für die OHG und KG geltenden Besonderheiten aufgenommen werden sollen. Angedacht ist ferner die Ablösung der bisherigen, an die Person des Gesellschafters geknüpften Auflösungsgründe durch Ausscheidensgründe. Dies würde die Kontinuität der Außengesellschaft stärken, während es für die Beendigung der Innengesellschaft bei den bisherigen Regeln bleiben soll. Wichtig ist, dass die Innengesellschaft kein eigenes Vermögen bilden kann.⁵ Vorgesehen ist ferner eine Neuregelung des Beschlussmängelrechts nach dem Vorbild des Aktienrechts (§§ 714a ff. BGB-E).

Noch nicht harmonisiert ist der „Mauracher Entwurf“ mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG),⁶ dessen § 9a WEG-E entsprechend der Rechtsprechung des BGH eine rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vorsieht, die als (Außen-)GbR im Sinne des „Mauracher Entwurfs“ anzusehen ist. Insbesondere bleibt unklar, ob und ggf. wie eine Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens erfolgt. Diese Frage hat erhebliche praktische Bedeutung, weil die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer oft im Eigentum wertvoller Vermögensgegenstände (z.B. sog. „Hausmeisterwohnungen“) ist, für deren Wert ausscheidende Wohnungseigentümer entschädigt werden müssen. Gleichwohl hält der Gesetzgeber die Auseinandersetzung der Wohnungseigentümer für einen „praktisch seltenen Fall“ und regelt ihn nicht speziell.⁷ Hier sollten noch Nachbesserungen erfolgen.

In den folgenden Ausführungen soll das neu einzuführende Gesellschaftsregister einschließlich der zugehörigen Verfahrensregeln im Mittelpunkt stehen; die eingehende Erläuterung der geplanten Neuerungen des Gesellschaftsrechts soll der gesellschaftsrechtlichen Literatur vorbehalten bleiben.⁸

II. Das neue Verfahrensrecht des „Mauracher Entwurfs“

1. Grundlagen

Der „Mauracher Entwurf“ folgt einer bereits länger in der Literatur erhobenen Forderung,⁹ nach der die Teilnahme der rechtsfähigen (Außen-)GbR am Rechtsverkehr ihre Publizität nach sich zu ziehen habe.¹⁰ Diese Publizität kann nur durch die Eintragung in ein Register erreicht werden, für dessen Eintragungsverfahren Vorschriften bereitgestellt werden müssen. Hierbei kann ohne große Friktionen auf das bestehende System zurückgegriffen werden; dennoch bedarf es einiger neuer Registervorschriften sowie Anpassungen des vorhandenen Registerrechts. Die Verfahrensvorschriften für das neue Gesellschaftsregister finden sich in dem durch den „Mauracher Entwurf“ neu formulierten Untertitel 2 des 16. Titels des BGB (§§ 707 ff. BGB-E), der durch weitere Untertitel ergänzt werden soll. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf Platzgründen auf die Anmeldung der (Außen-)GbR nach den vorgenannten Vorschriften und gehen daher nicht näher auf die §§ 105 ff. HGB-E ein.

1 https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.html.

2 Grundlegend *Flume*, ZHR 136 (1972), 177, 188 ff., 192 ff., 201; ebenso *Lutter*, ZGR 1990, 392, 395.

3 BGH MittBayNor 2001, 192, 193.

4 *Holzer*, FGPrax 2020, 65, 66.

5 *Schäfer*, ZRI 2020, 333, 334.

6 BT-Drucks. 19/18791.

7 Begr. zu § 9a Abs. 1 Satz 2 WEG-E, BT-Drucks. 19/18791, S. 46.

8 Insb. *Schäfer*, ZRI 2020, 333, 334; *ders.*, ZIP 2020, 1149, 1150 ff.; *Punte/Klemens/Sambulski*, ZIP 2020, 1230 ff.

9 *K. Schmidt*, ZIP 1998, 2, 7; *ders.*, NJW 2001, 993, 1002.

10 Mauracher Entwurf, Begründung zu Untertitel 2, S. 72.

2. Anmeldung

a. Keine Pflicht zur Anmeldung

Nach § 707 Abs. 1 BGB-E „können“ die Gesellschafter die (Außen-)GbR in das Gesellschaftsregister eintragen lassen. Die dadurch im Interesse des Rechtsverkehrs erlangte Publizität des Subjekts kann – wie bei anderen Gesellschaftsformen – nur durch ein öffentliches Register hergestellt werden. Die Verfasser des Entwurfs sehen dieses Register zu Recht als Kehrseite zur Anerkennung der (Außen-)GbR als Rechtsobjekt.¹¹

Der Entwurf sieht davon ab, die Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR an die Eintragung in das Gesellschaftsregister zu knüpfen und folgt damit einer in der Literatur vertretenen Auffassung¹² ausdrücklich nicht. Nach Ansicht der Entwurfsverfasser würde zwar eine konstitutive Eintragung den Gleichlauf von Rechtsträgerschaft und Subjektpublizität besonders konsequent umsetzen, weil sich letztere für die (Außen-)GbR über das Gesellschaftsregister ergeben würde. Dies hätte allerdings zur Konsequenz, dass Rechtsträger einer nicht eingetragenen und daher nicht rechtsfähigen GbR wie nach der Rechtslage, vor der eingangs erwähnten Entscheidung des BGH die Gesellschafter wären. Dies hätte schwierige Fragen des Rechtsübergangs und Bestandsschutzes zur Folge. Die Entwurfsverfasser haben es daher in Übereinstimmung mit der Beschlussfassung des 71. Deutschen Juristentags vorgezogen, nur die Konstellationen zu erfassen, bei denen der Rechtsverkehr ein anzuerkennendes Interesse an der Erlangung der Publizität der (Außen-)GbR hat.¹³

b. Örtliche Zuständigkeit

Die Anmeldung der (Außen-)GbR erfolgt nach § 707 Abs. 1 BGB-E zu dem Gesellschaftsregister, das bei dem Amtsgericht geführt wird, in dessen Bezirk die (Außen-)GbR ihren „Sitz“ hat. Nach dem Zweck der Vorschrift ist letzterer als ihr Verwaltungssitz zu verstehen. Weitere Einzelheiten zur örtlichen, sachlichen und funktionellen Zuständigkeit ergeben sich aus dem anzupassenden § 376 Abs. 2 FamFG-E sowie § 23a Abs. 1 Nr. 2 GVG. Danach ist grundsätzlich das Amtsgericht als Registergericht zuständig, das seinen Sitz an dem des Landgerichts hat (§ 376 Abs. 1 FamFG). Nach § 376 Abs. 2 FamFG können jedoch durch die Landesregierungen bzw. Landesjustizverwaltungen andere und insbesondere größere Bezirke für die Registergerichte gebildet werden.¹⁴ Angesichts der für die Bearbeitung der Registersachen erforderlichen Spezialisierung erscheint die Nutzung dieser Möglichkeit auch im Hinblick auf das neue Gesellschaftsregister als sinnvoll. Nach § 3 Nr. 2 d) RPfG-E soll für das Eintragsverfahren funktionell der Rechtspfleger zuständig sein.

c. Inhalt der Anmeldung

aa. Allgemeines

Der dem geltenden § 106 Abs. 2 HGB nachgebildete § 707 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 BGB-E bestimmt den Inhalt der Anmeldung. Weil der Inhalt des Gesellschaftsregisters auf die für den Rechtsverkehr erheblichen Umstände beschränkt ist, bedarf es weder der Angabe des Gesellschaftszwecks noch des Unternehmensgegenstands, weil sich hieraus keine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis ableiten lässt. Die Begründung des Entwurfs verweist insoweit auf § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 37 Abs. 1 GmbHG, § 23 Abs. 3 Nr. 2 und § 82 Abs. 2 AktG.¹⁵

bb. Namen, Vertragssitz, inländische Anschrift der Gesellschaft

Nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 sind in der Anmeldung zwingend der Name der Gesellschaft, ihr Vertragssitz und ihre inländische Anschrift anzugeben. Zwar setzt die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR nicht zwingend eine Bezeichnung voraus; jedoch ist zu ihrer Identifizierung im Rechtsverkehr – insbesondere bei Gesellschaften mit identischem Gesellschafterbestand¹⁶ – zwingend erforderlich.

Bei der Auswahl ihrer Bezeichnung ist die (Außen-)GbR weitgehend frei, sofern die nach § 707b Nr. 1 BGB-E entsprechend anwendbaren Grundsätze der Firmenwahrheit und -klarheit berücksichtigt werden. Die (Außen-)GbR ist unter Bezeichnung ihrer Rechtsform als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ anzumelden und so auch nach § 707a Abs. 1 Satz 1 BGB-E in das Gesellschaftsregister einzutragen. Das nach § 707a Abs. 1 BGB-E außerhalb des Gesellschaftsregisters vorgesehene Recht zur Führung des Namenszusatzes „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ bzw. „eGbR“ soll davon unberührt bleiben.¹⁷

Die Anmeldung umfasst auch den Vertragssitz (§ 706 Satz 2 BGB-E), d.h., der Ort der inländischen Gemeinde, auf den sich die Gesellschafter bei der Anmeldung einigen müssen (vgl. § 707 Abs. 4 BGB-E). Die Anmeldung dieser Tatsache soll die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstands (§ 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO) und die Vornahme von Zustellungen erleichtern.¹⁸

cc. Angaben zu jedem Gesellschafter

§ 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E ist dem geltenden § 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB nachgebildet, sieht aber zur Schutz des Rechtsverkehrs¹⁹ präzisere und zur Identifizierung im Rechtsverkehr besser geeignete Angaben zu jedem Gesellschafter vor, nämlich Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort natürlicher Personen (Buchst. a) bzw. Firma oder Name, Rechtsform, Sitz und – soweit gesetzlich vorgesehen – zuständiges Register und Registernummer (Buchst. b). Bei juristischen Personen, die nicht nach § 33 Abs. 1 HGB im Handelsregister eingetragen sind, weil sie kein Handelsgewerbe betreiben – bspw. Stiftungen des Privatrechts und Körperschaften des öffentlichen Rechts – sind diese Angaben nicht erforderlich. Durch diese möglichst präzisen Angaben soll die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstands erleichtert werden;²⁰ die Eintragung der (Außen-)GbR im Gesellschaftsregister entspricht im Wesentlichen der für Personenhandelsgesellschaften nach § 40 Nr. 3b) HRV.

Der Entwurf verhält sich ausdrücklich nicht zur Vorgesellschaft der (Außen-)GbR und überlässt die Art und Weise

11 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707 Abs. 1 BGB-E.

12 Dazu *Fleischer/Pendl*, WM 2019, 2137, 2139 f.; *Röder*, AcP 215 (2015) 451, 471 ff.

13 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707 Abs. 1 BGB-E, S. 72 f.

14 Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 5. Aufl., § 376 Rn. 4.

15 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707 Abs. 1 BGB-E, S. 73.

16 *Holzer*, ZfIR 2008, 129, 131.

17 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E, S. 73 f.

18 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E, S. 74.

19 *Holzer*, ZfIR 2008, 129, 132.

20 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E, S. 74.

ihrer Anmeldung und Eintragung der Wissenschaft und Praxis.²¹ Auch wenn solche Fälle nicht allzu häufig sein dürften, handelt es sich doch um eine Lücke, mit deren Füllung der Entwurf zur Setzung neuen Rechts beigetragen hätte. Aufgrund des Bedürfnisses der Praxis nach einem klaren und transparenten Registerrecht sollte hier im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nachgefasst werden.

dd. Vertretungsbefugnis der Gesellschafter

Im Gegensatz zu dem geltenden § 714 BGB, bei dem als Konsequenz aus dem durch den historischen Gesetzgeber eingeführten Prinzip der Gesamthand²² mit der Vertretung der Gesellschafter befasst,²³ bringt § 720 Abs. 1 BGB-E das Prinzip der organschaftlichen Vertretung zum Ausdruck, das parallel zur Geschäftsführungsbefugnis geregelt werden soll.²⁴ Nach § 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E sind zur Erleichterung des Rechtsverkehrs²⁵ in die Anmeldung für die Schaffung eines übersichtlichen Gesellschaftsregisters auch Angaben zur Vertretungsbefugnis aufzunehmen. Dies gilt auch dann, wenn die Vertretungsbefugnis nicht von dem in § 720 Abs. 1 BGB-E vorgesehenen Grundsatz der Gesamtvertretungsbefugnis abweicht, die die Entwurfsverfasser abweichend von der der OHG (§ 116 Abs. 1 HGB-E) gestaltet haben.

Selbstverständlich soll es zulässig sein, im Gesellschaftsvertrag abweichend von der gesetzlichen Regelung eine Einzelvertretungsbefugnis zu vereinbaren. Dies gilt auch dann, wenn eine Eintragung der (Außen-)GbR im Gesellschaftsregister nicht angestrebt wird. Jedoch kommt nur die eingetragene Einzelvertretungsbefugnis in den Genuss der Publizität des Gesellschaftsregisters.²⁶ Die Gesellschafter einer nicht eingetragenen (Außen-)GbR müssen daher eine eventuell bestehende Einzelvertretungsbefugnis durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde oder des Gesellschaftsvertrags nachweisen.²⁷ Die damit verbundene Erleichterung für die vertretungsberechtigten Gesellschafter dürfte einen nicht unbeachtlichen Anreiz zur Eintragung der (Außen-)GbR in das Gesellschaftsregister darstellen.

Nach einem allgemeinen und in § 126 Abs. 2 HGB, § 82 Abs. 1 AktG, § 37 Abs. 2 GmbHG und § 27 Abs. 2 GenG enthaltenen Prinzip des Gesellschaftsrechts wird § 720 Abs. 4 BGB-E vorgeschlagen, dass der Umfang der Vertretungsbefugnis gegenüber Dritten nicht beschränkt werden darf. Damit soll die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft im Außenverhältnis gesichert werden; gleichzeitig dient die Regelung dem Schutz des Rechtsverkehrs, weil potentielle Vertragspartner der (Außen-)GbR vor Vertragsschluss der Prüfung im Hinblick auf eine mögliche Beschränkung der Vertretungsbefugnis enthebt. Wegen des unabhängig von einer Eintragung im Gesellschaftsregister geltenden allgemeinen Prinzips der unbeschränkten Vertretungsbefugnis sieht der Entwurf insoweit von einer Eintragung ab, so dass entsprechende Angaben in der Anmeldung nicht erforderlich sind.²⁸

ee. Versicherung fehlender Registereintragung

Nach § 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E ist mit der Anmeldung zu versichern, dass die (Außen-)GbR nicht bereits im Handels- oder im Partnerschaftsregister eingetragen ist. Die vorgeschlagene Regelung betrifft die den sog. „Statuswechsel“ (§ 707c BGB-E, §§ 106, 107 HGB-E und § 4 Abs. 4 PartGG-E) zwischen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und einer Personenhandelsgesellschaft oder Partnerschaftsgesellschaft.

In dem den Statuswechsel betreffenden Verfahren nach § 707c BGB-E soll die Anmeldung stets zu demjenigen Register erfolgen, in dem eine Gesellschaft bereits eingetragen ist.²⁹ Ist eine Gesellschaft bspw. bereits im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen, kann die Eintragung in das Gesellschaftsregister nur bei diesem Register angemeldet werden. Zur Absicherung dieses Verfahrens muss in der Anmeldung zum Gesellschaftsregister versichert werden, dass eine Voreintragung in einem anderen Register nicht besteht. Liegt eine Voreintragung der Gesellschaft vor, soll eine Eintragung in das Gesellschaftsregister nur dann zulässig sein, wenn das Verfahren von dem Handels- oder Partnerschaftsregister an das Gesellschaftsregister abgegeben wurde (vgl. § 707c Abs. 3 BGB-E, § 106 Abs. 4 HGB-E).

ff. Namensänderung, Sitzverlegung und weitere Angaben

Namensänderung, Sitzverlegung, Änderung der inländischen Anschrift und der Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters einer bereits eingetragenen (Außen-)GbR sind nach § 707 Abs. 3 BGB-E ebenfalls zum Gesellschaftsregister anzumelden. Die dem geltenden § 107 HGB nachgebildete Regelung soll die Aktualität des Gesellschaftsregisters erhalten und wird von weiteren Anmeldepflichten ergänzt, die die Veränderung anderer Tatsachen in Bezug auf die Gesellschaft oder ihre Gesellschafter im Register nachvollziehen sollen (§ 712 Abs. 3, § 733, 737b Abs. 1 BGB-E). Das Verfahren für die Anmeldung der in § 707 Abs. 3 BGB-E genannten Tatsachen entspricht dem für die Erstanmeldung (§ 707 Abs. 1 BGB-E).³⁰

d. Bewirkung der Anmeldung

Nach dem dem geltenden § 108 HGB nachgebildeten § 707 Abs. 4, 1. HS. BGB-E sind Anmeldungen von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken. Zweck der Regelung ist die Registerwahrheit sowie eine Warnung im Hinblick auf das Eintragungswahlrecht des § 707 Abs. 1 BGB-E. Zudem sind etwaige Unrichtigkeiten im Hinblick auf eingetragene Tatsachen den Gesellschaftern zuzurechnen (§ 15 Abs. 3 HGB). Das ist nur dann anders, wenn sich lediglich die inländische Anschrift der Gesellschaft ändert; in diesem Fall ist die Anmeldung nicht von den Gesellschaftern, sondern von der Gesellschaft zu bewirken (§ 707 Abs. 4, 2. HS. BGB-E). Hier liegt lediglich eine Maßnahme der Geschäftsführung vor, für die eine Anmeldung durch alle Gesellschafter nicht erforderlich ist. Die Anmeldung ist deshalb von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern vorzunehmen.³¹

Die vorgenannte Ausgestaltung des Anmelderechts hat eine wichtige Konsequenz für die Vertretung durch den Notar: Dieser ist zwar nach § 378 Abs. 2 FamFG kraft vermuteter Vollmacht ermächtigt, Beteiligte im Anmeldeverfahren zu vertreten, wenn er die der Anmeldung zu Grunde liegende Erklärung beurkundet oder beglaubigt hat. Diese

21 Dazu BGH MDR 1985, 824.

22 Dazu K. Schmidt, AcP 182 (1982), 481, 487.

23 Münchener Kommentar/Schäfer, BGB, 7. Aufl., § 714 Rn. 1.

24 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E, S. 74.

25 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 720 BGB-E, S. 113.

26 Dazu unten II.4.a.

27 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 720 Abs. 1 BGB-E, S. 113.

28 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 720 Abs. 4 BGB-E, S. 115.

29 Dazu unten II.6.b.

30 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707 Abs. 3 BGB-E, S. 75.

31 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707 Abs. 4 BGB-E, S. 75.

Regel gilt aber nur dann, wenn eine Verpflichtung zur Anmeldung besteht, jedoch nicht für Anmeldungen, die durch die Beteiligten persönlich erfolgen müssen.³² Das ist nicht nur bei Anmeldungen nach § 78 GmbHG der Fall,³³ sondern auch bei denen nach § 707 Abs. 4, 1. HS BGB-E. Anmeldungen nach § 707 Abs. 4, 2. HS. BGB-E können hingegen auch durch den Notar vorgenommen werden.

e. Form der Anmeldung

Nach § 707b Nr. 2 BGB-E finden auf das Registerverfahren einige Vorschriften des HGB Anwendung.³⁴ Nach dem über die vorgenannte Regelung anwendbaren § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB sind Anmeldungen elektronisch und in öffentlich beglaubigter Form zum Gesellschaftsregister einzureichen. Durch die im Registerverfahren seit langem bewährte Mitwirkung des Notars bei der Anmeldung wird die Prüfung der Identität der Anmeldenden erleichtert (§ 39 BeurkG). Entgegen der Begründung des Entwurfs³⁵ gilt dies nicht für die weitgehend sinnlose notarielle Vorprüfung im Hinblick auf die Eintragungsfähigkeit der Anmeldung nach dem durch den Entwurf neu zu fassenden § 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG-E, die einen unnötigen bürokratischen Aufwand bedeutet und gerade nicht zur Entlastung der Registergerichte beiträgt.³⁶

f. Weitere anzumeldende Tatsachen

§ 712 Abs. 1 BGB-E schlägt nach dem Vorbild des geltenden § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, dass bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der (Außen-)GbR sein Anteil den übrigen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Anteile zuwächst. Umgekehrt sollen sich die Anteile der bisherigen Gesellschafter bei dem Eintritt eines neuen Gesellschafters mindern (§ 712 Abs. 2 BGB-E). Bei einer Eintragung der (Außen-)GbR im Gesellschaftsregister sind das Ausscheiden eines Gesellschafters bzw. der Eintritt eines neuen Gesellschafters von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung anzumelden (§ 712 Abs. 3 Satz 1 BGB-E). Diese Anmeldung ist nach § 712 Abs. 3 BGB-E von allen Gesellschaftern vorzunehmen und vervollständigt die in § 707 BGB-E vorgesehene Regelung.³⁷ Auch hier können sich die Gesellschafter wegen der Höchstpersönlichkeit der Anmeldung nicht durch einen Notar vertreten lassen.³⁸

3. Inhalt der Eintragung

Nach § 707a Abs. 1 Satz 1 BGB-E hat die Eintragung die in § 707 Abs. 2 genannten Angaben zu enthalten. Die Vorschrift dient der Publizität des Gesellschaftsregisters, ist als Klarstellung für das Registergericht gedacht und soll dieses daran erinnern, dass der Inhalt der Eintragung aus den in der Anmeldung enthaltenen Angaben besteht. Wegen des Zwecks des Gesellschaftsregisters, wie das Handelsregister eine klare und rasche Orientierung über die Rechtsverhältnisse zu ermöglichen,³⁹ dürfen über die in der Anmeldung enthaltenen Angaben hinaus keine weiteren Tatsachen eingetragen werden. Dies gilt auch für eine bestimmte Haftungsquote oder Haftsumme der Gesellschafter.⁴⁰ Hierbei handelt es sich um zwingendes formelles (Ordnungs-)Recht, deren Verletzung allerdings – wie im Registerrecht üblich⁴¹ – die Wirksamkeit der Eintragung nicht tangiert.⁴²

4. Wirkung der Eintragung

a. Publizität des Gesellschaftsregisters

§ 15 Abs. 1 und Abs. 2 HGB verleihen dem Handelsregister bekanntlich eine negative und positive Publizität.⁴³ Für das

Gesellschaftsregister gilt dies jedoch nur eingeschränkt: Nach § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB-E soll auf die Wirkung des Registerinhalts und seiner Bekanntmachung § 15 HGB mit der Maßgabe entsprechende Anwendung finden, dass das Fehlen der Kaufmannseigenschaft nicht am öffentlichen Glauben des Gesellschaftsregisters teilnimmt.

Nach § 707a Abs. 2 Satz 2 BGB-E lässt die Eintragung in das Gesellschaftsregister die Pflicht, die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 106 Abs. 1 HGB-E), unberührt. Damit sollen vor dem Hintergrund der fakultativen Eintragung Publizitätsdefizite bei einer mehrgliedrigen Beteiligung einer (Außen-)GbR an einer anderen Gesellschaft vermieden werden.⁴⁴

b. Recht zur Bezeichnung

§ 707a Abs. 3 BGB-E schlägt vor, der eingetragenen (Außen-)GbR das Recht zu verleihen, als Namenszusatz die Bezeichnung „eingetragene Gesellschaft“ oder „eGbR“ zu führen. Eine Verpflichtung hierzu besteht allerdings – anders als bei dem Verein nach § 65 BGB und bei der OHG und KG nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HGB – nicht, weil die Eintragung der (Außen-)GbR im Gegensatz zu den vorgenannten Rechtsformen nicht konstitutiv ist und auch keine Auskunft über die Kaufmannseigenschaft oder die Haftungsverhältnisse der Gesellschaft gibt. Die Funktion des Namenszusatzes soll deshalb lediglich über die Eintragung selbst Auskunft geben, kraft derer die (Außen-)GbR nach Ansicht der Entwurfsverfasser im Rechtsverkehr ein erhöhtes Maß an Vertrauen genießen wird. § 707a Abs. 3 Satz 2 BGB-E schreibt deshalb vor, dass den Namenszusatz nur die eingetragene (Außen-)GbR tragen darf.⁴⁵

5. Löschung der Eintragung

a. Liquidation

§ 707a Abs. 4 BGB-E bestimmt in Anlehnung an § 3 Abs. 2 HGB, dass nach der Eintragung der Gesellschaft die Löschung der Gesellschaft nur nach den „allgemeinen Vorschriften“ stattfindet. Gemeint ist die Auflösung (§§ 729 bis 735 BGB-E) oder Liquidation (§§ 736, 737, 737a, 737b, 737c, 738 und 739 BGB-E)⁴⁶ der Gesellschaft. Die Regelung dient dem Schutz des Rechtsverkehrs und soll gewillkürte Löschungen aus anderen Gründen – bspw. im Rahmen einer Firmenbestattung – verhindern und die Registergerichte von einer Vielzahl von Löschungsanträgen zu entlasten.⁴⁷

32 Prütting/Helms/Holzer (Fn. 14), § 378 Rn. 14.

33 Dazu Schaub, MittBayNot 1999, 539, 542.

34 Dazu unten II.7.c.

35 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707 Abs. 4 BGB-E, S. 75.

36 Prütting/Helms/Holzer (Fn. 14), § 378 Rn. 19.

37 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 712 Abs. 3 BGB-E, S. 87.

38 Dazu oben II.2.d.

39 *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl., Rn. 1.

40 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 712 Abs. 3 BGB-E, S. 87.

41 Prütting/Helms/Holzer (Fn. 14), § 395 Rn. 10.

42 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707a Abs. 1 BGB-E, S. 75.

43 Dazu nur Baumbach/*Hopt*, HGB, 39. Aufl., § 15 Rn. 1, 13.

44 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707a Abs. 2 BGB-E, S. 76.

45 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707a Abs. 3 BGB-E, S. 76.

46 Prütting/Helms/Holzer (Fn. 14), § 393 Rn. 7.

47 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707a Abs. 4 BGB-E, S. 77.

b. Löschung von Amts wegen

Auch für die eingetragene (Außen-)GbR soll es künftig eine Löschung wegen Vermögenslosigkeit geben. Art. 15 Nr. 12 des „Mauracher Entwurfs“ schlägt vor, § 394 FamFG künftig auch auf diese zu erstrecken. Die Vorschrift über die Löschung unzulässiger Eintragungen muss hingegen nicht geändert werden, weil der Wortlaut der §§ 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG von vornherein alle Register erfasst.⁴⁸

6. Statuswechsel**a. Allgemeines**

Da der Entwurf die GbR, KG und OHG als einheitliche Gesellschaftsform mit jeweils speziellen Ausprägungen sieht, soll ein Wechsel zwischen Gesellschaftsregister und Handelsregister und umgekehrt möglich sein. Für die Anmeldung einer bereits in einem Register eingetragenen und unter einer anderen Rechtsform fortzuführenden Gesellschaft soll eine spezielle registerrechtliche Vorschrift eingeführt werden, die die Übertragung der in ihrem Bestand unveränderten Gesellschaft in das andere Register kenntlich macht (sog. Fortsetzungsvermerk nach Statuswechsel, § 707c Abs. 2 BGB-E und §§ 106, 107 HGB-E). Der Vermerk ähnelt dem bereits bekannten Schließungsvermerk bei Umschreibung des Grundbuchs nach § 36b) GBV bzw. des Registerblatts nach § 21 Abs. 1 Satz 3 HRV. Besondere Bedeutung hat dabei die Sicherung der Identität der das Register wechselnden Gesellschaft sowie die Vermeidung von Doppelintragungen und damit den Schutz des Rechtsverkehrs.⁴⁹

b. Begriff und Zuständigkeit

Nach § 707c Abs. 1 BGB-E ist der Statuswechsel bei dem Register anzumelden, in dem die Gesellschaft aktuell eingetragen ist. Damit soll sichergestellt werden, dass die eingetragene und die in dem anderen Register einzutragende Gesellschaft identisch sind und der Statuswechsel zunächst im abgebenden und erst danach im aufnehmenden Register eingetragen wird. Diese Regel soll auch für den Statuswechsel in eine OHG zur Anwendung kommen, weil diese ohnehin zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet ist. Das Verfahren ähnelt dem des Formwechsels, ist jedoch insofern einfacher, weil keine weitere Anmeldung bei dem aufnehmenden Register erforderlich ist (vgl. § 198 Abs. 2 Satz 2 HS 1, Satz 3 UmwG).⁵⁰

c. Fortsetzungsvermerk

Nach Anmeldung des Statuswechsels wird bei der aktuell bestehenden Registereintragung (d.h. der des abgebenden Registers) die Rechtsform eingetragen, in der die Gesellschaft in dem anderen Register fortgesetzt wird (sog. „Fortsetzungsvermerk“, § 707c Abs. 2 Satz 1 BGB-E). Diese Eintragung soll nach § 707c Abs. 2 Satz 2 BGB-E nach dem Vorbild des § 98 Abs. 2 Satz 4 UmwG mit dem Vermerk versehen werden, dass die Eintragung erst mit der Eintragung der Gesellschaft in dem anderen Register wirksam wird, sofern die Eintragungen in den beteiligten Registern nicht am selben Tag erfolgen. Nach Eintragung der Gesellschaft in dem aufnehmenden Register trägt das Gericht des abgebenden Registers dort den Tag ein, an dem die Gesellschaft in dem aufnehmenden Register eingetragen worden ist (§ 707c Abs. 2 Satz 3 BGB-E). Wurde die Eintragung der Gesellschaft in dem aufnehmenden Register rechtskräftig abgelehnt oder wird die Anmeldung zurückgenommen, soll der Fortsetzungsvermerk von Amts wegen gelöscht werden (§ 707c Abs. 2 Satz 4 BGB-E). Hier

bei handelt es sich um einen speziellen Lösungsgrund, der der Amtslöschung nach § 395 FamFG vorgeht.

d. Weiteres Verfahren

Das aufnehmende Registergericht soll nach § 707c Abs. 3 BGB-E eine bereits in einem anderen Register eingetragene Gesellschaft nur dann eintragen, wenn der Statuswechsel zu dem anderen Register angemeldet wurde (Nr. 1), der Fortsetzungsvermerk in dem anderen Register eingetragen wurde (Nr. 2) und das für die Führung des anderen Registers zuständige Registergericht das Verfahren an das für die Führung des Gesellschaftsregisters zuständige Registergericht abgegeben hat (Nr. 3). Die Abgabe erfolgt anders als bei dem Formwechsel nach § 198 UmwG von Amts wegen, so dass ein diesbezüglicher Antrag (§ 23 Abs. 1 Satz 1 FamFG) bzw. eine diese enthaltende Anmeldung nicht erforderlich ist.⁵¹ Bei § 707c Abs. 3 BGB-E handelt es sich um eine Sollvorschrift. Die Entwurfsverfasser bringen damit zum Ausdruck, dass es sich um zwingend zu beachtendes formales Ordnungsrecht handelt, deren Verletzung die Eintragung in dem aufnehmenden Register jedoch nicht unwirksam macht.⁵² Eine Missachtung der Verfahrensvorschrift könnte jedoch Amtshaftungsansprüche gegen die Entscheidungsträger des Registergerichts nach Art. 34 GG, § 839 BGB zur Folge haben, falls der Rechtsverkehr auf die in einem nicht ordnungsgemäßen Verfahren erstellte Eintragung vertraut und hierdurch Schäden entstehen.

e. Inhalt der Eintragung im aufnehmenden Register

Nach § 707c Abs. 4 BGB-E hat die Eintragung der Gesellschaft in dem aufnehmenden Register die Angabe des für die Führung des Handels- oder des Partnerschaftsregisters zuständigen Registergerichts, die Firma oder den Namen und die Registernummer, unter der die Gesellschaft bislang eingetragen ist, zu enthalten. Die Vorschrift dient der Sicherung der Identität der dem Statuswechsel unterworfenen Gesellschaft. Die Gesellschafter können die Anmeldung des Statuswechsels mit weiteren Anmeldungen – bspw. des Gesellschafterbestands – verbinden. Ein solches Vorgehen wird sich möglicherweise aus Kostengründen anbieten und wäre zur Entlastung der Registergerichte wünschenswert. Erfolgt mit dem Statuswechsel keine weitere Anmeldung, ist davon auszugehen, dass die bis dahin bestehenden Verhältnisse unverändert bleiben, sich also der Bestand der Gesellschafter und deren Anteile an der Gesellschaft nicht geändert haben.⁵³

f. Mitteilung an das abgebende Register

Das Gericht des aufnehmenden Registers teilt dem Gericht des abgebenden Registers von Amts wegen den Tag der Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister mit. Damit kann das zuletzt genannte Registergericht seiner Pflicht zur Vervollständigung der Eintragung nach § 707c Abs. 2 Satz 3 BGB-E nachkommen.

f. Haftung des Kommanditisten

§ 707c Abs. 6 BGB-E regelt den Fall, dass eine Gesellschaft bei einem Statuswechsel zur KG wird und eine Haftungsbeschränkung bislang unbeschränkt haftender Gesellschafter

48 Prütting/Helms/Holzer (Fn. 14), § 395 Rn. 1.

49 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707c BGB-E, S. 78.

50 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707c Abs. 1 BGB-E, S. 78 f.

51 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707c Abs. 3 BGB-E, S. 79.

52 Prütting/Helms/Holzer (Fn. 14), § 395 Rn. 10.

53 Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707c Abs. 4 BGB-E, S. 79 f.

eintritt. Regelungstechnisch erscheint der Standort dieser hier nicht näher zu erläuternden materiell-rechtlichen Haftungs-norm innerhalb der Verfahrensvorschrift des § 707c BGB-E unglücklich und sollte im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens an anderer Stelle des Entwurfs eingestellt werden.

7. Weitere Verfahrensvorschriften

aa. Anwendbarkeit und Änderung des FamFG

Sofern das FamFG nicht bereits nach seinem Wortlaut alle Register erfasst, sind durch Art. 15 Nr. 1 bis 11 des Entwurfs Folgeänderungen der §§ 374 bis 376, 378 bis 380, 382, 387, 388, 392 und 393 FamFG im Hinblick auf das Gesellschaftsregister erforderlich.

ab. Änderung der HRV

Eine Änderung der HRV schlägt der Entwurf nur insoweit vor, als der sog. „Statuswechsel“ in dem neuen § 40 Nr. 5 b) ff) HRV-E berücksichtigt wird.

ac. Anwendbarkeit des HGB

aa. Allgemeines

Die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit konnte ein wesentliches Grundproblem des Registerrechts nicht beseitigen, weil Buch 5 des FamFG nicht alle registerrechtlichen Vorschriften enthält. Aus historischen Gründen⁵⁴ sind wesentliche registerrechtliche Regeln nach wie vor im Zusammenhang mit dem materiellen Recht normiert, namentlich im HGB, GmbHG, AktG und GenG.⁵⁵ Auch die Koordination des Registerrechts mit dem „Allgemeinen Teil“ des FamFG lässt zu wünschen übrig.⁵⁶

Diese Mängel des allgemeinen Registerrechts können den Entwurfsverfassern nicht angelastet werden. Eine Reform des Registerrechts war nicht ihre Aufgabe; für die Umsetzung des „Mauracher Entwurfs“ kam es vielmehr auf die Schaffung von registerrechtlichen Vorschriften für das Gesellschaftsregister und zur Umsetzung der Vorschläge des Entwurfs an, so dass wesentliche Verfahrensvorschriften zwangsläufig in die §§ 707 ff. BGB-E eingestellt werden müssen.

Darüber hinaus ist es erforderlich, die registerrechtlichen Vorschriften des HGB für das neue Gesellschaftsregister zur Anwendung zu bringen. Die Verfasser des Entwurfs haben hier eine andere Regelungstechnik gewählt als bei den Registervorschriften des FamFG: Weil einige dieser Vorschriften auf alle Register anwendbar sind, bietet es sich an, das FamFG im Hinblick auf das Gesellschaftsregister punktuell zu ergänzen. Die registerrechtlichen Vorschriften des HGB sind hingegen nach ihrem Wortlaut nur auf das Handelsregister anwendbar; die Anordnung der Geltung dieser Vorschriften für das Gesellschaftsregister ist einfacher umzusetzen als eine entsprechende Ergänzung der einzelnen Vorschriften. Dies erfolgt durch § 707b BGB-E, der nachfolgend erläutert werden soll.

ab. Auswahl und Schutz des Namens

§ 707b Nr. 1 BGB-E erklärt für die eingetragene (Außen-)GmbH die für die Auswahl und des Schutzes des Namens geltenden firmenrechtlichen Vorschriften der §§ 18, 30 und 37 HGB für entsprechend anwendbar. Dieses gilt nicht für die nicht eingetragene (Außen-)GmbH, deren Namen von § 12 BGB erfasst ist und ggf. auch dem Kennzeichenschutz § 1 Nr. 1, 2 MarkenG) unterliegt.⁵⁷

cc. Registervorschriften des HGB

Nach § 707b Nr. 2 BGB-E sollen für das Gesellschaftsregister die Registervorschriften der § 8 HGB (Führung des elektronischen Handelsregisters), § 8a Abs. 1 HGB (Informationsrechte Dritter), § 9 Abs. 1 bis 5 HGB (Art und Weise der Anmeldungen), § 10 HGB (Bekanntmachung der Eintragungen), 10a (Anwendung der Verordnung (EU) 2016/679), § 11 HGB (Offenlegung in einer Amtssprache der EU), § 12 HGB (Anmeldung), § 14 HGB (Festsetzung von Zwangsgeld), § 16 HGB (Entscheidung des Prozessgerichts) und § 32 HGB (Insolvenzverfahren) zur Anwendung kommen. Um den Pflichten nach § 32 HGB auch für die eingetragene (Außen-)GmbH nachkommen zu können, erhält das Registergericht nach § 31 InsO von dem Insolvenzgericht Ausfertigungen des Eröffnungsbeschlusses bzw. des Beschlusses über die Abweisung mangels Masse.⁵⁸

§ 707b Nr. 3 BGB-E ordnet schließlich für das Registerverfahren im Hinblick auf Zweigniederlassung die Geltung der §§ 13, 13d HGB an. Die Verfasser des Entwurfs wollen allerdings an den Betrieb einer Zweigniederlassung keine höheren Anforderungen anliegen als an den Geschäftsbetrieb der eingetragenen (Außen-)GmbH. Das ist angesichts ihrer nur fakultativen Eintragung konsequent; in § 707b Nr. 3 BGB-E wird deshalb klargestellt, dass abweichend von § 13 Abs. 1 HGB keine Verpflichtung besteht, eine Zweigniederlassung der (Außen-)GmbH zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden.⁵⁹

III. Exkurs: Konsequenzen für das Grundbuchverfahren

Wegen der fakultativen Eintragung der (Außen-)GmbH löst § 712 Abs. 3 BGB-E ein wichtiges Problem des Grundbuchrechts nur partiell: Bisher gibt es keine Formvorschriften für den Gesellschaftsvertrag der (Außen-)GmbH, so dass nach dem Ausscheiden von Gesellschaftern Probleme bei der Unrichtigkeit von Eintragungen des Grundbuchs bestehen, weil entweder dessen Unrichtigkeit (§§ 22 Abs. 1 GBO, 894 BGB) oder die Bewilligungsberechtigung (§ 19 GBO) nicht in der für das Grundbuchverfahren vorgesehenen Form des § 29 GBO nachgewiesen werden können. Die neuere Rechtsprechung behilft sich richtigerweise damit, dass ausnahmsweise wegen der Beweisnot der Gesellschafter der GmbH von der Einhaltung der im Grundbuchrecht vorgeschriebenen Form abgesehen wird.⁶⁰ Dies ist freilich nur ein Notbehelf, denn von den Gerichten kann nicht erwartet werden, dass sie Defizite des Gesetzes über längere Zeit hinweg korrigieren, deren Beseitigung dem Gesetzgeber ohne weiteres möglich wäre. Erforderlich zur Bereinigung des derzeit unzutraglichen Zustands ist entweder eine Vorschrift, aus der sich die Pflicht zumindest zur öffentlichen Beglaubigung des Gesellschaftsvertrags einschließlich einer eventuellen Nachfolgeklausel ergibt⁶¹ oder die die Eintragung im Grundbuch von der Eintragung der (Außen-)GmbH im Gesellschaftsregister abhängig gemacht wird.

⁵⁴ Holzer, ZNotP 2013, 294, 296.

⁵⁵ Prütting/Helms/Holzer (Fn. 14), vor § 374 bis 409 Rn. 3; Nedden-Boeger, FGPrax 2010, 1.

⁵⁶ Prütting/Helms/Holzer (Fn. 14), vor § 374 bis 409 Rn. 21 ff.

⁵⁷ Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707b Nr. 1 BGB-E, S. 77.

⁵⁸ Kübler/Prütting/Bork/Holzer, InsO, Stand: 2/2020, § 31 Rn. 5 ff.

⁵⁹ Mauracher Entwurf, Begründung zu § 707b Nr. 3 BGB-E, S. 78.

⁶⁰ OLG München FGPrax 2020, 64, 65.

⁶¹ Holzer, FGPrax 2020, 65, 66.

Der in der Literatur bereits seit längerem und zu Recht erhobenen Forderung, dass die Publizität des Objekts der Publizität der Publizität des Subjekts zu folgen hat,⁶² kommt Art. 10 Nr. 2 des Entwurfs nicht nach, der den heutigen § 47 Abs. 2 GBO dahingehend fassen möchte, dass für eine (Außen-)GbR ein Recht nur dann im Grundbuch eingetragen werden soll, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Diese Sollvorschrift ermöglicht auch für die nicht eingetragene (Außen-)GbR den Erwerb von Rechten an Grundstücken, wodurch die dargestellten Schwierigkeiten bei der Berichtigung des Grundbuchs gerade nicht gelöst werden. Es wäre wünschenswert, wenn § 47 Abs. 2 GBO-E im weiteren Gang des Gesetzgebungsverfahrens dahingehend geändert würde, dass der Erwerb von Grundstücksrechten nur für eingetragene (Außen-)GbRs zulässig ist.

IV. Ergebnis

Der „Mauracher Entwurf“ stellt einen dringend erforderlichen Schritt zur Lösung der durch die Rechtsfähigkeit der

(Außen-)GbR entstandenen Probleme dar. Seine verfahrensrechtlichen Regeln sind gut durchdacht und handwerklich sauber erstellt. Abgesehen von einigen in einem späteren Gesetzgebungsverfahren leicht zu korrigierenden Inkonsistenzen handelt es sich um sinnvolle Regelungen zur verfahrensrechtlichen Umsetzung des im Entwurf vorgeschlagenen neuen Gesellschaftsrechts. Die registerrechtlichen Vorschriften passen sich nahtlos in das bestehende System ein, können dies aber naturgemäß nicht weiter systematisieren. Der größte Nachbesserungsbedarf besteht bei der Umsetzung der neuen Regeln im Grundbuchverfahren, auf das die durch die fakultative Eintragung bedingten Probleme mit besonderer Härte durchschlagen. Hier sollte eine Nachbesserung erfolgen; ansonsten werden die neuen Verfahrensvorschriften der Praxis keine Probleme bereiten.

⁶² K. Schmidt, ZIP 1998, 2, 7; ders., NJW 2001, 993, 1002.

Kurzvortrag F 21-15 aus Kampagne 2010/I: GmbH-Recht; UG (haftungsbeschränkt) als Komplementärin einer GmbH; Firmenrecht; Prokura; Musterprotokoll

von Dr. Stefan Heinze, Notar, Köln

Neben den hier bereits veröffentlichten Lösungsvorschlägen zu Klausuren wird nachstehend erstmals auch ein Kurzvortrag behandelt. Der Sachverhalt ist auf der Homepage des Prüfungsamts der BNotK veröffentlicht (www.pruefungsamt-bnotk.de, abgerufen am 22.01.2020).

Die amtlichen Lösungshinweise sind mir nicht bekannt. Meine Ausführungen beruhen auf meinen eigenen Überlegungen auf der Grundlage des veröffentlichten Sachverhalts.

Allgemeines zur Aufgabenstellung

Wenn schon bei der Klausurbearbeitung die Zeitknappheit stets als Hürde zu überwinden ist, gilt dies bei der Bearbeitung eines Kurzvortrages erst recht. Man wird nicht umhinkommen, sich schnell eine Strategie zu überlegen und dieser zu folgen. Die Zeitknappheit darf gleichwohl nicht dazu verleiten, den Sachverhalt nicht oder nicht zutreffend zu erfassen. Was die Aufgabenstellung angeht, erscheint es hier empfehlenswert, die einzelnen Fragen in der vorgegebenen Reihenfolge zu beantworten.

Erste Frage: Gesellschaftsrechtliche Bedenken gegen Eintragungsfähigkeit einer KG mit einer UG (haftungsbeschränkt) als einziger Komplementärin?

Bei einer UG (haftungsbeschränkt) handelt es sich um eine Sonderform der GmbH. Für sie gelten die Regeln des GmbH-Gesetzes wie für jede andere GmbH auch, jedoch mit der Sondervorschrift des § 5a GmbHG.

Bei der GmbH & Co. KG handelt es sich um eine Personenhandelsgesellschaft (Kommanditgesellschaft) mit einer GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin. Diese Gestaltung bezweckt (meistens) die Kombination der steuerlichen und zivilrechtlichen Vorteile einer Personengesellschaft mit der beschränkten Haftung: Zwar haftet die persönlich haftende Gesellschafterin unbeschränkt (§ 128 HGB), jedoch nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG); der Kommanditist haftet nach Leistung seiner Einlage gegenüber den Gläubigern nicht mehr (§ 171 Abs. 1, Halbs. 2 HGB).

Da die UG (haftungsbeschränkt) letztlich auch eine „besondere“ GmbH ist, fragt sich, ob sie nicht Komplementärin einer solchen KG sein kann. Ausdrückliche Regeln, die dies bejahen oder untersagen, existieren nicht. Selbstverständlich ist aber die Existenz der GmbH & Co. KG im Rechtsverkehr anerkannt und wird in mehreren Vorschriften vorausgesetzt (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EStG; § 264a Abs. 1 Nr. 1 HGB). Dort ist von UG (haftungsbeschränkt) jeweils nicht die Rede.

Konkret zur Frage. Zum Teil wurde gerade in der Anfangszeit argumentiert, eine UG (haftungsbeschränkt) könne nicht uneingeschränkt Komplementärin einer Kommanditgesellschaft sein. Argumentiert wurde mit § 5a Abs. 3 GmbHG: Nach § 5a Abs. 3 Satz 1 GmbHG ist aus einem Teil des Jahresüberschusses zwingend eine gesetzliche Rücklage zu bilden. Da häufig und auch vorliegend ein Ausschluss der Gewinnbeteiligung der GmbH beabsichtigt ist (was zulässig ist), wird eine solche Komplementärin kaum jemals einen Jahresüberschuss erlangen. Dies wurde zum Teil als Verstoß gegen § 5a

Abs. 3 Satz 1 GmbHHG gesehen (etwa: Veil, GmbHR 2007, 1080, 1084).

Nach nahezu allgemeiner Ansicht sind diese Bedenken aber unbegründet – und zwischenzeitlich existiert eine fünfstellige Anzahl von Kommanditgesellschaften mit einer UG (haftungsbeschränkt) als persönlich haftender Gesellschafterin. Die Argumente lauten wie folgt: Eine UG (haftungsbeschränkt) könne zu jedem beliebigen Zweck gegründet werden; auch bei einer regulären Geschäftstätigkeit sei eine Gewinnentstehung nicht garantiert und könne leicht vermieden werden. Der Gesetzgeber habe das Problem erkannt, sich aber gegen die Einführung von Schutzmechanismen entschieden (weiterführend MünchKommGmbHG/Rieder, 3. Auflage 2018, § 5a Rn. 54 m.w.N.).

Ob eine solche Frage noch einmal gestellt werden würde, ist angesichts der praktischen Entwicklung zweifelhaft; für praktische Zwecke kann der Streit meines Erachtens als entschieden gelten. Der Sachverhalt stammt aus dem Jahr 2010, wo das MoMiG noch recht „frisch“ war.

Zweite Frage: Ist mit firmenrechtlichen Bedenken zu rechnen?

Der Gründer möchte die KG mit dem Rechtsformzusatz „GmbH & Co. KG“ versehen. Dies ist problematisch, weil eine UG (haftungsbeschränkt) zwingend einen von der „allgemeinen“ GmbH abweichenden Rechtsformzusatz haben muss (§ 4 Abs. 1 und demgegenüber § 5a Abs. 1 GmbHHG). Auf der Ebene der UG (haftungsbeschränkt) wäre dies ein eindeutiger Verstoß gegen § 5a Abs. 1 GmbHHG, welcher für den Rechtsformzusatz in Abweichung von § 4 Abs. 1 GmbHHG nur zwei Varianten bereit hält. Kern der Frage ist das Problem, ob § 5a Abs. 1 GmbHHG auch auf die Firma der Kommanditgesellschaft „durchschlägt“.

Für die Firma der Kommanditgesellschaft gilt § 5a GmbHHG nicht; für diese gelten die allgemeinen Regeln, also das Irreführungsverbot nach § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB sowie eine Kennzeichnung der Haftungsbeschränkung nach § 19 Abs. 2 HGB (keine natürliche Person ist persönlich haftender Gesellschafter). § 19 Abs. 2 HGB äußert sich aber auch nicht dazu, wie genau die Haftungsbeschränkung zu kennzeichnen ist.

Jedoch muss § 19 Abs. 2 HGB i.V.m. § 18 Abs. 2 HGB gelesen werden. Sondern auch, um welche Art der Gesellschaft es sich handelt. Ist eine GmbH persönlich haftende Gesellschafterin, so wäre etwa eine Firma „AG & Co. KG“ irreführend und damit unzulässig. Zwar muss die Firma nicht mehr über die Identität der persönlich haftenden Gesellschafterin informieren, sie hat jedoch weiterhin die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse für den Rechtsverkehr offen zu legen. Der Zusatz in § 5a Abs. 1 GmbHHG soll den Rechtsverkehr davor warnen, dass hier eine Gesellschaft mit möglicherweise deutlich weniger Stammkapital tätig ist. Diese Überlegungen gelten im Rahmen des § 19 Abs. 2 HGB und § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB auch hinsichtlich einer Kommanditgesellschaft bezüglich ihrer Komplementärin.

Das Registergericht wird die offensichtliche Täuschungsgehung im Eintragungsverfahren berücksichtigen (§ 18 Abs. 2 Satz 2 HGB) und die Eintragung ablehnen, wenn nicht die Firma in zulässiger Weise angepasst wird.

Dritte Frage: Bedenken gegen die Prokuraerteilung

Es ist beabsichtigt, dass die Ehefrau alleinige Kommanditistin wird und dass ihr von der Kommanditgesellschaft Prokura erteilt wird. Zu beachten ist, dass UG (haftungsbeschränkt) und Kommanditgesellschaft zwei selbständige Rechtssubjekte sind und es sich bei beiden um Kaufleute kraft Rechtsform handelt (§§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 1 HGB; 13 Abs. 3 GmbHHG – dieser gilt auch für die UG haftungsbeschränkt). Daher könnte eine Prokura sowohl bei der GmbH (UG haftungsbeschränkt) als auch bei der KG erteilt werden. Hier soll die Erteilung aber ausschließlich bei der KG erfolgen – bei der UG (haftungsbeschränkt) soll die Ehefrau dagegen demnächst Geschäftsführerin werden.

Die Bearbeiter werden zunächst auf § 170 HGB einzugehen haben. Hiernach ist ein Kommanditist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt. Diese Norm schließt aber lediglich eine organschaftliche Vertretung der Gesellschaft durch den Kommanditisten aus, nicht hingegen eine Vollmachtserteilung an diesen. Da die Prokura eine rechtsgeschäftliche Vollmacht mit typisiertem Umfang ist, bestehen keine Bedenken gegen eine Vollmachtserteilung zu Gunsten eines Prokuristen.

Fraglich ist außerdem, ob der Geschäftsführer der pHG gleichzeitig auch Prokurist sein kann. Man könnte der Meinung sein, dass es hierfür an einem Bedürfnis fehle. Dies ist ebenfalls anerkannt, da GmbH (UG) und KG zwei verschiedene Rechtssubjekte sind und es z.B. denkbar sein kann, dass bei der KG Einzelprokura besteht und bei der GmbH Gesamtvertretung (hier freilich nicht). In Folge der Verschiedenheit der Rechtssubjekte bestehen aber keine Bedenken gegen eine Doppelrolle als Prokurist bei der KG und Geschäftsführer bei der GmbH. Unzulässig wäre dagegen die Kombination: Geschäftsführer und Prokurist bei GmbH.

Vierte Frage: Gründe, von der Verwendung eines Musterprotokolls abzusehen

Solche Gründe liegen immer dann vor, wenn in Folge der intendierten Verwendung eine Regelungsbefugnis im GmbH-Gesellschaftsvertrag zweckmäßig wäre, welche aber das Musterprotokoll nicht bereithält. Zunächst könnte man erwägen, ob dies deshalb der Fall ist, weil die GmbH als Komplementär-GmbH bei der Kommanditgesellschaft tätig wird. Die Übernahme der Tätigkeit als Komplementärin ist in den Unternehmensgegenstand aufzunehmen, was auch naturgemäß bei Verwendung des Musterprotokolls möglich ist. Häufig werden aber weitere Regelungen gewünscht, etwa Einschränkungen bei der Verfügung über GmbH-Geschäftsanteile (§ 15 Abs. 5 GmbHHG). Insoweit enthält der Sachverhalt keine ausdrücklichen Vorgaben.

Wichtiger ist für Prüfungszwecke aber, dass ein ausdrücklich angesprochenes Ziel nicht erreicht werden kann: Die weitere Geschäftsführerin E soll mit Einzelvertretungsmacht versehen werden; der bereits bei Gründung bestellte Geschäftsführer soll dagegen nicht abberufen werden. Es handelt sich bei der Einräumung von Einzelvertretungsmacht beim Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer um eine besondere Vertretungsregelung, welche gem. § 35 Abs. 2 GmbHHG nur erteilt werden kann, wenn eine Grundlage im Gesellschaftsvertrag vorhanden ist. In der Praxis üblich und ausreichend ist eine so genannte „Öffnungsklausel“, wonach abweichend von der allgemeinen Vertretungsregelung einzelnen Geschäftsführern auch Einzelvertretungsmacht eingeräumt werden kann, selbst wenn mehrere Geschäftsführer vorhanden sind. Das hier verwendete Musterprotokoll enthält eine solche Öffnungsklausel demgegenüber nicht. Wird die Ehefrau zur neuen Geschäftsführerin bestellt, so vertritt sie nach der allgemeinen Vertretungsregelung des GmbH-Gesetzes (§ 35 Abs. 2 GmbHHG), wonach mehrere Geschäftsführer gemeinsam vertreten. Die Bestellung von der Ehefrau zur weiteren Geschäftsführerin führt also dazu, dass sie gemeinsam mit ihrem Ehemann zur Vertretung berechtigt ist. Hinzuweisen ist folglich auch darauf, dass der Ehemann seine Einzelvertretungsmacht verliert. Er ist bei Verwendung des Musterprotokolls bei Gründung zwar zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Dies ist aber allein deshalb der Fall, weil und solange er alleiniger Geschäftsführer ist. Auch für ihn gilt mit Bestellung seiner Ehefrau die allgemeine Vertretungsregelung.

Aus diesen Gründen ist die Verwendung des Musterprotokolls vorliegend nicht geeignet, die im Sachverhalt angesprochenen Ziele zu verwirklichen.

Fünfte Frage: Haftungsrisiken der Ehefrau im Außenverhältnis

Die gesellschaftsrechtlichen Haftungsrisiken für die Ehefrau ergeben sich aus deren Stellung als Kommanditistin. Insoweit ist gem. § 171 Abs. 1 HGB die Haftung eines Kommanditisten grundsätzlich ausgeschlossen, soweit seine Einlage geleistet ist, und im Übrigen auf die Einlagehöhe beschränkt. Hinzuweisen ist aber auf die Haftung nach § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB. Bei einem Geschäftsbeginn vor Eintragung in das Handelsregister haftet der Kommanditist für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten wie ein persönlich haftender Gesellschafter. Daher sollte der Geschäftsbeginn (hierfür genügen schon Vorbereitungshandlungen, z.B. Eröffnung eines Bankkontos) erst mit Eintragung der KG im Handelsregister erfolgen.

Sachverhaltsabwandlung und Zusatzfrage: Sachkapitalerhöhung bei UG (haftungsbeschränkt)

Schließlich ist auf die Zusatzfrage zu antworten, welche sich auf eine Abwandlung bezieht. Es soll danach eine Kapitalerhöhung auf 25.000 € durch Sacheinlage durchgeführt werden. § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHHG schließt Sacheinlagen bei einer UG (haftungsbeschränkt) grundsätzlich aus. Nach § 5a Abs. 5 GmbHHG findet die Norm aber keine Anwendung, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital so erhöht, dass 25.000 € erreicht oder übersteigt werden. Es war eine Zeit lang umstritten, ob § 5a Abs. 5 GmbHHG bereits voraussetzt, dass das Stammkapital diesen Betrag bereits erreicht hat oder ob die Erleichterungen dieser Norm auch schon bei der Kapitalerhöhung anwendbar ist, welche zum Übersteigen/Erreichen führt. In der Rechtsprechung war es zunächst verbreitete Auffassung, § 5a Abs. 5 GmbHHG erst eingreifen zu lassen, wenn das Stammkapital der Gesellschaft bereits 25.000 € beträgt. Abgestellt wurde auf den Wortlaut: Eine Kapitalerhöhung auf 25.000 € werde erst wirksam mit Eintragung in das Handelsregister, § 54 Abs. 3 GmbHHG. Zuvor habe die Gesellschaft die erforderliche Schwelle noch nicht erreicht. Der BGH liest den Wortlaut anders (§ 5a Abs. 5 GmbHHG stelle auf den Prozess ab, nicht auf das Ergebnis) und führt insbesondere den Vergleich zu einer regulären GmbH an. Eine UG (haftungsbeschränkt) solle gegenüber einer regulären GmbH weder begünstigt noch benachteiligt sein. Eine reguläre GmbH kann aber auch mit einem Stammkapital von 25.000 € durch Sacheinlagen gegründet werden. Daher soll auch eine UG (haftungsbeschränkt) mit Sacheinlagen auf dieses Niveau gebracht werden können.

Hinweis:

In einem anderen Fall könnte etwa abgefragt werden, ob man eine UG (haftungsbeschränkt) ggf. zunächst mit einem Stammkapital von 1 € gründet und sodann eine Kapitalerhöhung auf 25.000 € bar durchführt. Der hypothetische Klient könnte dann die Frage aufwerfen, ob dies möglicherweise durch eine Einzahlung von 1/4 herbeizuführen wäre, was der Wortlaut von § 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHHG und die dort vorgesehene Verweisung auf § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHHG grundsätzlich zu ermöglichen scheinen. Dann wird man aber zu erörtern haben, dass bei einer Bargründung einer (regulären) GmbH mindestens 12.500 € eingezahlt werden müssen (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHHG). Der „Weg zur regulären GmbH“ über eine UG (haftungsbeschränkt) soll gegenüber der unmittelbaren Gründung nicht erschwert, aber auch nicht privilegiert sein. Aus diesem Grund wird man die analoge Anwendung des § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHHG zu erörtern haben.

Urlaubsrecht

von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht Dr. Kerstin Reiserer und Rechtsanwältin Johanna Tormählen, Heidelberg

Jahreszeitenbedingt und aufgrund der nahenden Sommerferien steht die Urlaubs-Hauptsaison vor der Türe, auch wenn der Sommerurlaub in diesem Jahr Corona-bedingt wohl bei vielen anders ausfällt als gewohnt oder gar geplant. Die urlaubsrechtlichen Vorgaben gilt es jedoch unabhängig davon zu beachten, ob der Urlaub im Ausland oder etwa an der Ostsee verbracht wird.

Dieser Beitrag will die aus Arbeitgebersicht maßgeblichen Aspekte des Urlaubsrechts beleuchten, insbesondere vor dem Hintergrund neuerer Rechtsprechung. Denn im Jahre 2019 wurde der Arbeitnehmerschutz im Urlaubsrecht deutlich ausgeweitet. Aber der Reihe nach:

1. Vertragliche Gestaltung

Der gesetzliche Mindesturlaub nach § 3 BurlG beträgt – ausgehend von einer 5-Tage Woche – 20 Werktage. Häufig billigen Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern darüber hinaus einen weiteren vertraglichen Urlaubsanspruch zu. Im Rahmen des Arbeitsvertrages sollte möglichst eine explizite Differenzierung zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und etwaig gewährtem übergesetzlichem Mehrurlaub vorgenommen werden. Dies gilt namentlich im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und BAG, wonach der gesetzliche Mindesturlaub nicht ohne weiteres verfallen kann und vererbbar ist. Denn für vertraglichen Mehrurlaub gilt dies nicht zwingend.¹

Für eine abweichende Behandlung des übergesetzlichen Urlaubs ist erforderlich, dass ein entsprechender Regelungswille der Vertragsparteien erkennbar ist. Innerhalb der vertraglichen Urlaubsregelung muss ausdrücklich zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und dem übergesetzlichen Mehrurlaub unterschieden werden, andernfalls kann der Arbeitnehmer sich auch hinsichtlich des Mehrurlaubs auf die strengen arbeitnehmerfreundlichen Regelungen des BUrlG berufen.²

Denkbar ist bspw. eine Regelung, nach der bei Langzeiterkrankungen nur der gesetzliche Mindesturlaub erhalten bleibt, darüberhinausgehender Mehrurlaub jedoch am Ende des Kalenderjahres verfallen soll. Auch die Aufnahme einer Tilgungsbestimmung ist durchaus empfehlenswert. Darin sollte geregelt werden, dass gesetzlicher Mindesturlaub stets zuerst erfüllt wird, bis dieser vollständig aufgebraucht ist. Denn die Frage nach einer Tilgungsbestimmung kann erhebliche Auswirkungen haben, wenn ein Arbeitnehmer über das Ende des Übertragungszeitraumes hinaus arbeitsunfähig erkrankt oder das Arbeitsverhältnis beendet wird, nachdem ein Teil des Jahresurlaubs genommen wurde. Sofern zu diesem Zeitpunkt nur noch Ansprüche auf vertraglichen Mehrurlaub offen sind, kann der Arbeitgeber von einer differenzierten Behandlung von vertraglichem und gesetzlichem Urlaub enorm profitieren, wenn es um Verfall oder finanzielle Abgeltung geht.

2. Urlaubsverfall

Im Jahre 2009 verwarf der EuGH³ die bis dahin gefestigte Rechtsprechung des BAG, wonach nicht genommener Jahresurlaub am Jahresende, spätestens aber mit Ablauf des Übertragungszeitraumes am 31. März des Folgejahres verfiel. Nach Ansicht des EuGH kann nicht in Anspruch genommener Urlaub nicht verfallen, wenn der Arbeitnehmer seinen Urlaub nicht verwirklichen konnte, weil er während des gesamten Jahres und während des Übertragungszeitraumes arbeitsunfähig erkrankt war. Nunmehr hat der EuGH den Arbeitnehmerschutz dahingehend ausgeweitet, dass ein Urlaubsanspruch nur verfällt, wenn der Arbeitnehmer aus freien Stücken und in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Konsequenzen darauf verzichtet, seinen Jahresurlaub rechtzeitig zu nehmen.⁴ Das BAG ist dieser Ansicht gefolgt und hat zudem erklärt, dass der Arbeitgeber dazu verpflichtet ist, den Arbeitnehmer über bestehenden Resturlaub sowohl zu informieren als auch zu dessen Inanspruchnahme aufzufordern und ihn auf die Folgen der Nichtinanspruchnahme hinzuweisen.⁵

Auch an dieser Stelle gilt: abweichende Regelungen im Hinblick auf etwaigen vertraglichen Mehrurlaub sind zulässig.

3. Vererbbarkeit von Urlaubsansprüchen

Des Weiteren hat das BAG entschieden, dass Urlaubsansprüche nach dem Tod des Arbeitnehmers auf dessen Erben gem. § 1922 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 Abs. 4 BUrlG übergehen. Dies hat zur Folge, dass den Erben ein Anspruch auf Abgeltung des nicht erfüllten Urlaubsanspruchs gegen den Arbeitgeber zusteht.⁶

Wie im Rahmen des Urlaubsverfalls sind auch an dieser Stelle abweichende Regelungen für den übergesetzlichen Urlaub möglich.

4. Reisen in „Krisengebiete“

Die Corona-Pandemie hat auf die praktische Gestaltung des Sommerurlaubs große Auswirkungen. Doch auch für das Arbeitsverhältnis kann die private Urlaubsgestaltung durchaus relevant werden, wenn so etwa das Risiko einer Infektion gesteigert wird. Grundsätzlich ist die arbeitgeberseitige

1 Vgl. u.a. EuGH, Urt. v. 03.05.2012 – C-337/10, NVwZ 2012, 688; BAG, Urt. v. 22.01.2019 – 9 AZR 149/17, NZA 2019, 985; 9 AZR 328/16, NZA 2019, 835.

2 Vgl. BAG, Urt. v. 25.06.2019 – 9 AZR 546/17, NZA 2019, 1577.

3 EuGH, Urt. v. 20.01.2009 – C-350/06 und C-520/06, NZA 2009, 135.

4 EuGH, Urt. v. 06.11.2018 – C-684/16, NZA 2018, 1474 und C-619/16, NZA 2018, 1612.

5 BAG, Urt. v. 19.02.2019 – 9 AZR 423/16, NZA 2019, 977; 9 AZR 541/15, NZA 2019, 982.

6 BAG, Urt. v. 22.01.2019 – 9 AZR 149/17 u.a., NZA 2019, 985.

Eingriffsbefugnis in die Privatsphäre der Arbeitnehmer stark begrenzt. Seit Beginn der Coronakrise gebietet es jedoch bereits die Schutzpflicht des Arbeitgebers gegenüber der Belegschaft, bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte Kenntnis von potentiellen Infektionen zu haben, um das Infektionsrisiko der Mitarbeiter reduzieren zu können.

Anknüpfungspunkt für eine Handlungspflicht waren bspw. die erklärten Risikogebiete. Aktuell weist das Robert – Koch – Institut keine Risikogebiete mehr aus. Sollte sich dies jedoch wieder ändern, trifft Arbeitnehmer aufgrund ihrer Treuepflicht dem Arbeitgeber gegenüber eine Auskunftspflicht, falls sie sich in ein Risikogebiet begeben bzw. wenn sie aus einem solchen zurückkehren. Der Arbeitgeber sollte seine Arbeitnehmer über etwaige Risikogebiete (nach dem Robert – Koch – Institut oder vergleichbaren Stellen) informieren und mitteilen, dass das Unterlassen von Reisen in die entspre-

chenden Regionen erwartet wird. Darüber hinaus empfiehlt sich eine Mitteilung dahingehend, dass – sollten sich Arbeitnehmer in erklärte Risikogebiete begeben – für die Dauer einer anschließenden Quarantäne keine Entgeltfortzahlung gewährt wird.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich in den vergangenen Jahren erhebliche Änderungen im Hinblick auf Urlaubsregelungen ergeben haben. Eine Anpassung der Vertragsgestaltung ist daher zu empfehlen, um ein böses Erwachen etwa im Rahmen der Urlaubsabgeltung mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden. In Zeiten von Corona ist zudem an die wechselseitigen Treuepflichten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu appellieren, um gemeinsam Risiken zu minimieren und so einen möglichst reibungslosen Arbeitsbetrieb zu gewährleisten.

ZNotP-Fragezeichen

Fragen

1. Der in Berlin lebende S will auf Pflichtteilsrechte nach seinem Vater, der in München lebt, verzichten. Er will daher bei einem Berliner Notar einen Verzichtvertrag beurkunden lassen, bei dem der Vater von ihm vollmachtlos vertreten wird und den der Vater später in München nachgenehmigen soll.
 - a) Dies ist rechtlich möglich?
 - b) Dies ist rechtlich nicht möglich?

2. Der Landwirt L hat in einem notariellen Testament seine Ehefrau zum Hoferben bestimmt. Nach dem Tode von L, der auch einen erwachsenen Sohn hinterlässt, will die Ehefrau unter Vorlage des Eröffnungsprotokolls das Grundbuch berichtigen lassen.
 - a) Dies ist möglich?
 - b) Dies ist nicht möglich?

Familienrecht

Voraussetzungen für Trennungsunterhalt

BGB § 1361

Leitsatz (amtlich):

Der Anspruch auf Trennungsunterhalt setzt nicht voraus, dass die Ehegatten zusammengelebt oder gemeinsam gewirtschaftet haben (im Anschluss an Senatsurt. v. 09.02.1994 – XII ZR 220/92, FamRZ 1994, 558).

BGH, Beschl. v. 19.02.2020 – XII ZB 358/19

Gründe:

[1] I. Die Beteiligten streiten über die Zahlung von Trennungsunterhalt ab Dezember 2018.

[2] Die Antragstellerin besitzt die deutsche Staatsangehörigkeit, während der Antragsgegner britischer Staatsbürger ist. Beide haben einen indischen kulturellen Hintergrund. Am 23.08.2017 schlossen sie die Ehe, die von ihren Eltern arrangiert worden war. Spätestens seit einer Aussprache im August 2018 leben sie getrennt.

[3] Zum Zeitpunkt der Eheschließung arbeitete die Antragstellerin bei einer Bank mit einem Nettoeinkommen von monatlich 2.670 € und lebte im Haushalt ihrer Eltern in Frankfurt am Main. Der Antragsgegner lebte in Paris, wo er als Trader Nettoeinkünfte in Höhe von monatlich 4.000 € erzielte, außerdem Mieteinnahmen in Höhe von monatlich 1.000 €. Er bewohnte eine Eigentumswohnung, deren Wohnwert mit 500 € anzusetzen ist.

[4] Auch nach der Eheschließung lebte und arbeitete die Antragstellerin weiterhin in Frankfurt am Main, der Antragsgegner in Paris. Es war geplant, dass die Antragstellerin sich nach Paris versetzen lässt und man dort gemeinsam lebt. In der Zeit von Ende Dezember 2017 bis Anfang August 2018 gab es wiederholt Übernachtungskontakte an den Wochenenden, entweder bei den Eltern der Antragstellerin in Frankfurt oder in der Wohnung des Antragsgegners in Paris. Dort kam es auch zu einem dreiwöchigen Aufenthalt der Antragstellerin. Eine sexuelle Beziehung wurde nicht aufgenommen. Die Eheleute verfügten über keine gemeinsamen Konten. Jeder verbrauchte seine Einkünfte für sich selbst. Soweit die Antragstellerin sich in Paris aufhielt, bezahlte der Antragsgegner die Einkäufe.

[5] Die Antragstellerin begehrt die Zahlung von Trennungsunterhalt in Höhe von monatlich 1.585 € für die Zeit ab Dezember 2018. Das Amtsgericht hat den Antrag abgewiesen. Auf die Beschwerde der Antragstellerin hat das Oberlandesgericht den Antragsgegner zur Zahlung von Trennungsunterhalt ab Dezember 2018 in Höhe von monatlich 1.320 € verpflichtet. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragsgegners, mit der er die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erstrebt.

[6] II. Die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners erweist sich auf der Grundlage des vom Beschwerdegericht festgestellten

Sachverhalts als unbegründet. Über sie ist daher, obwohl die Antragstellerin im Verhandlungstermin vor dem Senat nicht vertreten war, durch streitige Endentscheidung (unechter Versäumnisbeschluss) zu entscheiden (st. Rspr.; vgl. nur BGH Urt. v. 22.02.2018 – I ZR 38/17, NZM 2018, 875 Rn. 15 m.w.N.).

[7] 1. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner in FamRZ 2020, 95 veröffentlichten Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte folge aus Art. 3 Buchst. b) EuUnthVO. Auf den Unterhaltsanspruch sei gem. Art. 15 EuUnthVO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 des Haager Unterhaltsprotokolls 2007 deutsches Recht anzuwenden. Der Trennungsunterhaltsanspruch nach § 1361 BGB setze nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung weder voraus, dass die Beteiligten vor der Trennung zusammengezogen seien oder zusammengelebt hätten, noch dass es zu einer Verflechtung der wechselseitigen Lebenspositionen und zu einer inhaltlichen Verwirklichung der Lebensgemeinschaft gekommen sei. Soweit dies in der Literatur und vereinzelt in der Rechtsprechung kritisiert werde, sei dem entgegenzuhalten, dass es eine nur formell bestehende Ehe mit modifizierten oder verminderten Pflichten nicht gebe. Der Trennungsunterhaltsanspruch bestehe ab dem Zeitpunkt der Trennung nach den ehelichen Lebensverhältnissen, die nach objektiven Maßstäben zu bestimmen seien. Entscheidend sei derjenige Lebensstandard, der nach den ehelichen Lebensverhältnissen vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters als angemessen erscheine. Die von Anfang an bestehende Trennung der Ehegatten rechtfertige auch keine Verwirkung, zumal vorliegend schon begrifflich nicht von einer kurzen Ehedauer die Rede sein könne. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten vereinbart hätten, nach der Eheschließung keine eheliche Lebensgemeinschaft aufzunehmen. Die Höhe des Anspruchs errechne sich nach den Einkommen der Beteiligten.

[8] 2. Dies hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

[9] a) Zutreffend ist das Oberlandesgericht von der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte ausgegangen, die unbeschadet des Wortlauts von § 72 Abs. 2 FamFG auch in den Verfahren nach dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Rechtsbeschwerdeinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (Senatsbeschlüsse BGHZ 217, 165 = FamRZ 2018, 457 Rn. 9 und BGHZ 203, 372 = FamRZ 2015, 479 Rn. 11).

[10] Maßgeblich ist insoweit die Verordnung (EG) Nr. 4/2009 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen vom 18.12.2008 (Abl. EG Nr. L 7 vom 10.01.2009, S. 1 – im Folgenden: EuUnthVO). Für die darin enthaltenen Vorschriften zur internationalen Gerichtszuständigkeit kommt es nicht darauf an, ob die Beteiligten die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats besitzen (vgl. Hausmann Internationales und Europäisches Familienrecht 2. Aufl. 1. Teil C Unterhaltssachen Rn. 23 ff. m.w.N.). Daher steht die britische Staatsangehörigkeit des Antragsgegners auch mit Ablauf des 31.01.2020 der inter-

nationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte nach Art. 3 Buchst. b) EuUnthVO nicht entgegen.

[11] b) Das Beschwerdegericht hat der Antragstellerin zutreffend Trennungsunterhalt zuerkannt.

[12] aa) Die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf den Trennungsunterhaltsanspruch ergibt sich aus Art. 15 EuUnthVO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 des Haager Protokolls über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007 (ABl. EG Nr. L 331 vom 16.12.2009, S. 19 – im Folgenden: Haager Unterhaltsprotokoll – HUP). Wegen der in Art. 2 HUP angeordneten Allseitigkeit kommt es aus deutscher Sicht weder darauf an, ob der Fall Bezüge zu einem weiteren Vertragsstaat aufweist, noch darauf, dass das Haager Unterhaltsprotokoll im Vereinigten Königreich nicht gilt (vgl. *Bamberger/Roth/Heiderhoff* BGB 4. Aufl. Art. 1 HUP Rn. 13 f.).

[13] bb) Leben die Ehegatten getrennt, so kann gem. § 1361 Abs. 1 Satz 1, Halbs. 1 BGB ein Ehegatte von dem anderen nach den Lebensverhältnissen und den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt verlangen.

[14] Getrennt leben die Ehegatten nach § 1567 Abs. 1 BGB, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Ehegatten vorher zusammengelebt und die Trennung durch Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft herbeigeführt haben oder ob sie von Anfang an getrennt gelebt haben (vgl. Senatsurt. v. 24.06.1987 – IVb ZR 73/86, FamRZ 1989, 838, 839 und v. 17.03.1982 – IVb ZR 664/80, FamRZ 1982, 573, 574; vgl. auch Senatsbeschluss BGHZ 210, 124 = FamRZ 2016, 1142 Rn. 11 ff.). Ebenso wenig kommt es darauf an, inwieweit es zur Verwirklichung der Lebensgemeinschaft und zur Verflechtung und Abhängigkeit der Lebensdispositionen beider Ehegatten gekommen ist oder ob die Unterhaltsbedürftigkeit ihre Ursache in dem vorherigen Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft hat (vgl. Senatsurt. v. 24.06.1987 – IVb ZR 73/86, FamRZ 1989, 838, 839 und v. 30.01.1985 – IVb ZR 63/83, FamRZ 1985, 376, 378). Der Anspruch auf Trennungsunterhalt nach § 1361 Abs. 1 Satz 1 BGB ist grundsätzlich auch nicht davon abhängig, in welchem Maß die Ehegatten im Einzelfall ihre beiderseitigen Einkünfte für den Unterhalt des anderen und für eine gemeinsame Lebensführung verwendet haben (vgl. Senatsurt. v. 30.01.1985 – IVb ZR 63/83, FamRZ 1985, 376, 378). Demgemäß hat der Senat einen Anspruch auf Trennungsunterhalt auch dann bejaht, wenn die Ehegatten zu keinem Zeitpunkt ihres Zusammenlebens eine wirtschaftliche Einheit gebildet, sondern mit getrennten Kassen gewirtschaftet haben (vgl. Senatsurt. v. 24.06.1987 – IVb ZR 73/86, FamRZ 1989, 838, 839 und v. 17.03.1982 – IVb ZR 664/80, FamRZ 1982, 573, 574 f.).

[15] Die Bemessung des Unterhaltsbedarfs erfolgt wegen des Maßstabs der ehelichen Lebensverhältnisse entsprechend den auch für den nachehelichen Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 BGB geltenden Grundsätzen (Senatsbeschl. v. 11.11.2015 – XII ZB 7/15, FamRZ 2016, 199 Rn. 12 m.w.N.). Zur Bestimmung des Unterhaltsbedarfs ist vor

allem auf die von den Ehegatten erzielten Einkünfte abzustellen, soweit diese die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt haben. Dabei ist auf einen objektiven Maßstab abzustellen. Entscheidend ist derjenige Lebensstandard, der nach den ehelichen Lebensverhältnissen vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters aus angemessen erscheint (vgl. Senatsbeschl. v. 11.11.2015 – XII ZB 7/15, FamRZ 2016, 199 Rn. 12 und Senatsurt. v. 24.06.1987 – IVb ZR 73/86, FamRZ 1989, 838, 839).

[16] Nur ausnahmsweise hat der Senat einen Anspruch auf Trennungsunterhalt bei anfänglichem Einvernehmen darüber, keine eheliche Lebensgemeinschaft zu begründen, als gem. §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 8 BGB (1579 Nr. 7 BGB a.F.) verwirkt angesehen (vgl. Senatsurt. v. 09.02.1994 – XII ZR 220/92, FamRZ 1994, 558 f.).

[17] cc) Diese Rechtsprechung ist in der Literatur (*Münch-KommBGB/Weber-Monecke* 8. Aufl. § 1361 Rn. 5; *Staudinger/Voppel* BGB [2018] § 1361 Rn. 11 ff.; *Palandt/Brudermüller* BGB 79. Aufl. § 1361 Rn. 10; *Soergell/Leiß* BGB 13. Aufl. § 1361 Rn. 16; *Henrich* FamRZ 1989, 839) und vereinzelt in der Rechtsprechung (OLG Celle FamRZ 1990, 519; AG Essen FamRZ 2000, 23; wohl auch OLG Hamburg FamRZ 2002, 753) auf Kritik gestoßen, soweit die Ehegatten niemals oder nur sehr kurz zusammengelebt haben. In diesen Fällen fehle es an prägenden Faktoren für die ehelichen Lebensverhältnisse als Bemessungsgrundlage; zudem bestehe kein Grund, vom Prinzip der Eigenverantwortlichkeit abzurücken, wenn kein gemeinsamer Lebensbereich entstanden und eheliche Solidarität damit nie in Kraft getreten sei, insbesondere wenn Unterhaltszahlungen zuvor nicht geflossen seien.

[18] dd) Diesen Bedenken vermag der Senat sich nicht anzuschließen.

[19] (1) Die Auffassung, dass der Trennungsunterhaltsanspruch nach § 1361 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB ein vorheriges Zusammenleben der Beteiligten voraussetze, findet im Wortlaut der Vorschrift keine Grundlage. Entsprechendes gilt für das Getrenntleben, wie es in § 1567 Abs. 1 BGB definiert wird.

[20] (2) Auch der Regelungszusammenhang legt eine solche einschränkende Auslegung nicht nahe. Auf den Ausschlussgrund der kurzen Ehedauer gem. § 1579 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird in § 1361 Abs. 3 BGB ausdrücklich nicht verwiesen, obwohl dieses Merkmal – bezogen auf den Zeitpunkt der Trennung – durchaus auch bei noch fortbestehender Ehe geeignet wäre, als Kriterium und Anknüpfung für eine Billigkeitsregelung zu dienen. Die Dauer der Ehe wird aber lediglich in § 1361 Abs. 2 BGB als Kriterium dafür herangezogen, inwieweit (bei Hinzutreten weiterer Umstände) der getrenntlebende Ehegatte darauf verwiesen werden kann, eine eigene Erwerbstätigkeit aufzunehmen und sich dadurch selbst zu unterhalten. Dies steht auch einer Auslegung des § 1361 Abs. 1 Satz 1 BGB dahingehend entgegen, dass der Trennungsunterhaltsanspruch von einem – wenn auch kurzfristigen – Zusammenleben abhängen soll (vgl. Senatsurt. v. 30.01.1985 – IVb ZR 63/83, FamRZ 1985, 376, 378 und v. 17.03.1982 – IVb ZR 664/80, FamRZ 1982, 573, 574).

[21] (3) Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass nach Sinn und Zweck der Regelung des § 1361 BGB der getrenntlebende Ehegatte nicht besser stehen soll als der zusammenlebende (MünchKommBGB/Weber-Moncke 8. Aufl. § 1361 Rn. 1). Zwar trifft es zu, dass durch den Trennungunterhalt grundsätzlich der wirtschaftlich schwächere Ehegatte im Vertrauen auf den Fortbestand der gemeinsamen Planung jedenfalls für eine gewisse Zeit vor nachteiligen Veränderungen der Verhältnisse geschützt, der bisherige eheliche Lebensstandard deshalb möglichst erhalten und in die bisherige Lebensplanung möglichst wenig eingegriffen werden soll. Mit der Eheschließung ist aber ein Anspruch auf Familienunterhalt gem. §§ 1360, 1360a BGB entstanden, auf den die Ehegatten nach §§ 1360a Abs. 3, 1614 Abs. 1 BGB nicht wirksam verzichten können. Selbst wenn – wie hier – ein Ehegatte faktisch mit der für ihn ungünstigeren Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse dahingehend einverstanden war, dass der andere Ehegatte nichts zu seinem Lebensunterhalt entsprechend den Lebensverhältnissen beider Ehegatten beisteuert, bleibt der bedürftige Ehegatte wie schon im Rahmen des Familienunterhalts auch nach Trennung an dieses Einverständnis nicht gebunden. Daher führt die Geltendmachung von Trennungunterhalt nicht zu einer Besserstellung des getrenntlebenden Ehegatten.

[22] (4) Da bei der Bemessung des Trennungunterhalts ein objektiver Maßstab anzulegen ist, kann sich der besser verdienende Ehegatte seiner Unterhaltsverpflichtung nach § 1361 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht mit dem Hinweis darauf entziehen, dass er während des Zusammenlebens seinen Unterhalt im Wesentlichen aus seinem Einkommen selbst bestritten und keinen Beitrag zu den Kosten einer gemeinsamen Lebensführung geleistet habe. Wenn der Ehegatte, der das höhere Einkommen erzielt, nichts zum Lebensunterhalt des anderen Teils entsprechend den Lebensverhältnissen beider Eheleute beigesteuert hat, so führt dies nicht zu einer Beschränkung des Unterhaltsbedarfs des Ehegatten mit dem geringeren Einkommen (vgl. Senatsurt. v. 24.06.1987 – IVb ZR 73/86, FamRZ 1989, 838, 839).

[23] Ein Trennungunterhaltsanspruch scheidet auch nicht an fehlenden Bemessungsgrundlagen, wenn die Ehegatten nicht zusammengelebt und getrennt gewirtschaftet haben. Die ehelichen Lebensverhältnisse zur Ermittlung des Unterhaltsbedarfs bemessen sich in erster Linie nach dem verfügbaren Gesamteinkommen. Im Durchschnittsfall ist dabei mangels anderweitiger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass die tatsächliche Lebensgestaltung während der Ehe auch objektiv vernünftigen Maßstäben entspricht. Jedenfalls kann aber der angemessene Bedarf unabhängig davon ermittelt werden, ob die Ehegatten zusammengelebt und/oder gemeinschaftlich gewirtschaftet haben.

[24] (5) Schließlich gibt es keine nur formell bestehende Ehe mit anderen (verminderten) als den gesetzlichen Rechten und Pflichten (vgl. Senatsurt. v. 09.02.1994 – XII ZR 220/92, FamRZ 1994, 558 f.).

[25] Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann aus der durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 (BGBl. I, S. 3189) herausgestellten

stärkeren Eigenverantwortung des geschiedenen Ehegatten in §§ 1569 Satz 1, 1574 Abs. 1 und Abs. 2 BGB auch nicht geschlossen werden, dass hinsichtlich des Familien- und Trennungunterhalts keine Veranlassung bestehe, von der Eigenverantwortlichkeit der Ehegatten abzurücken, wenn sie nicht zusammenleben und getrennt wirtschaften. Auch wenn die Änderung des Unterhaltsrechts sich darauf auswirken kann, unter welchen Umständen vom getrenntlebenden Ehegatten gem. § 1361 Abs. 2 BGB die Aufnahme einer eigenen Erwerbstätigkeit verlangt werden kann, hat sie aber im Übrigen auf den Familien- und Trennungunterhalt grundsätzlich keinen Einfluss, da dessen Regelungen unberührt geblieben sind.

[26] ee) Danach ist die angefochtene Entscheidung nicht zu beanstanden.

[27] Dass die Beteiligten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von Anfang an getrennt gelebt und kein gemeinsames Konto geführt haben, steht dem Trennungunterhaltsanspruch der Antragstellerin nicht entgegen. Gegen die rechnerische Ermittlung des Trennungunterhalts erhebt die Rechtsbeschwerde keine Einwendungen.

[28] Der Trennungunterhaltsanspruch ist auch nicht gem. §§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 8 BGB verwirkt. Im Gegensatz zu dem genannten Fall, in dem der Senat eine Verwirkung angenommen hat (Senatsurt. v. 09.02.1994 – XII ZR 220/92, FamRZ 1994, 558 f.), liegt hier schon kein anfängliches Einvernehmen vor, eine eheliche Lebensgemeinschaft nicht zu begründen. Denn nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts war geplant, dass die Antragstellerin sich nach Paris versetzen lässt und die Ehegatten dort gemeinsam leben. Die Rechtsbeschwerde ist dem nicht entgegengetreten.

Unterhaltsansprüche nach § 1615I BGB

BGB §§ 1586b, 1615 I Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 4

Leitsätze (amtlich):

a) Wenn der Anspruch aus § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB mit einem gleichrangigen ehelichen Unterhaltsanspruch konkurriert und ersterer bereits vor Rechtskraft der Scheidung bestanden hat, ist der zum Zeitpunkt des Todesintritts des Unterhaltspflichtigen bestehende Bedarf des Unterhaltsberechtigten fiktiv fortzuschreiben.

b) Den Erben bleibt es unbenommen, sich die Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlass vorzubehalten (im Anschluss an BGH, Urt. v. 17.02.2017 – V ZR 147/16, FamRZ 2017, 1317).

c) Für den Bedarf und die Bedürftigkeit des nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB Unterhaltsberechtigten ist auch bei Anwendung des Halbteilungsgrundsatzes grundsätzlich allein auf das Erwerbseinkommen abzustellen, das der betreuende Elternteil infolge der Betreuung nicht mehr (in voller Höhe) erzielen kann (im Anschluss an Senatsurt. v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442).

BGH, Beschl. v. 15.05.2019 – XII ZB 357/18

Gründe:

[1] A. Die Antragstellerin begehrt von den Antragsgegnern im Wege der Erbenhaftung Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB.

[2] Aus der Beziehung der Antragstellerin mit dem am 02.04.2015 verstorbenen Erblasser sind die Kinder S., geboren am 17.06.1999, und P., geboren am 26.02.2015, hervorgegangen. Bei den Antragsgegnern handelt es sich um die volljährigen Kinder des Erblassers, die aus seiner im September 1997 geschlossenen Ehe hervorgegangen sind; der Antragsgegner zu 1 ist am 28.04.1994 und die Antragsgegnerin zu 2 am 05.01.1998 geboren. Zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers lebten die Eheleute bereits rund vier Jahre getrennt. Sein Scheidungsantrag wurde der Ehefrau am 10.10.2014 zugestellt. Der Erblasser wurde von seinen vier Kindern jeweils zu einem Viertel beerbt.

[3] Der Erblasser hatte vor seinem Tod laufende monatliche Kindesunterhaltsverpflichtungen gegenüber seinen beiden Töchtern, der Antragsgegnerin zu 2 und der aus der Beziehung mit der Antragstellerin hervorgegangenen S., sowie gegenüber seinem Sohn P. Zudem war zum Zeitpunkt seines Versterbens beim Amtsgericht ein von seiner Ehefrau eingeleitetes Trennungsunterhaltsverfahren anhängig, in dem sie einen Trennungsunterhalt von 1.009 € monatlich geltend machte. Nunmehr bezieht die Ehefrau eine Witwenrente in Höhe von monatlich 1.252,27 €.

[4] Die Antragstellerin war bereits vor der Geburt von P. als verbeamtete Lehrerin tätig. Darüber hinaus erzielt sie Einkünfte aus Vermietung und bewohnt eine Doppelhaushälfte, deren Eigentümerin sie ist. Nach der Geburt von P. bezog die Antragstellerin bis zum 25.04.2016 Elterngeld i.H.v. 1.800 €. Nach der Elternzeit ist die Antragstellerin seit August 2016 wieder in unterschiedlichem Umfang berufstätig. Als Abzugsposten macht sie monatliche Kinderbetreuungskosten, Fahrtkosten und weitere Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer geltend. Die Antragstellerin nimmt die beiden Antragsgegner als Miterben gesamtschuldnerisch i.H.v. 50 % der von ihr errechneten Betreuungsunterhaltsansprüche in Anspruch.

[5] Das Amtsgericht hat den Antrag auf Zahlung rückständigen Unterhalts i.H.v. 12.948,52 € sowie laufenden Unterhalts ab Mai 2016 in Höhe von zuletzt 1.884,82 € abgewiesen. Auf die Beschwerde der Antragstellerin hat das Oberlandesgericht die Antragsgegner gesamtschuldnerisch verpflichtet, an die Antragstellerin rückständigen Betreuungsunterhalt in Höhe von insgesamt 1.320 € nebst Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat es den Antrag und die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

[6] B. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, soweit bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des jüngsten Kindes zum Nachteil der Antragstellerin entschieden worden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

[7] I. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Betreuungsunterhaltsanspruch sei

mit dem Tod des Erblassers als Nachlassverbindlichkeit auf die Erben übergegangen. Der Unterhaltsbedarf der Antragstellerin richte sich nach ihrem vorgeburtlichen Nettoeinkommen von monatlich 3.588,22 €. Die von der Antragstellerin bedarfs erhöhend geltend gemachten jährlichen Gehaltserhöhungen seien den beamtenrechtlichen Besoldungstabellen zu entnehmen und im Übrigen gerichtsbekannt.

[8] Ab dem Wiedereinstieg in den Lehrerberuf in Teilzeit unterliege der Umfang der Anrechnung des von der Antragstellerin bezogenen Einkommens analog § 1577 Abs. 2 BGB einer Billigkeitsabwägung. Der Bezug des geringeren Teilzeiteinkommens von rund 1.100 € könne nur bis zum Zeitpunkt der vorgelegten Bezügemitteilung, somit bis einschließlich Oktober 2016 angenommen werden. Die hälftige Anrechnung dieses überobligatorischen Einkommens rechtfertige sich dadurch, dass der von der Antragstellerin ausgeübte Lehrerberuf auch Heimarbeitszeiten und vor allem eine überaus hohe zeitliche Flexibilität in den Schulferien ermögliche, so dass eine vollständige Nichtanrechnung der Einkünfte nicht angemessen erscheine.

[9] Etwaige Mieteinnahmen der Antragstellerin könnten nicht bedarfsdeckend angerechnet werden. Die Antragstellerin habe solche Einkünfte bereits vor der Geburt des Kindes gehabt und es sei nicht ersichtlich, dass die vorübergehende Erwerbspause einen maßgeblichen Einfluss auf die Höhe der Mieteinkünfte gehabt hätte und solche somit an die Stelle des reduzierten Erwerbseinkommens getreten wären.

[10] Die Antragstellerin könne ihren nach Abzug des eigenen anzurechnenden Einkommens verbleibenden Bedarf allerdings nicht in voller Höhe unterhaltsrechtlich geltend machen. Ebenso wie der nacheheliche Unterhaltsbedarf nach § 1578 BGB sei auch der Unterhaltsbedarf der Mutter eines nichtehelichen Kindes durch den Grundsatz der Halbteilung begrenzt. Ausgehend von einem monatlichen Nettoeinkommen des Vaters von 3.412 €, den Unterhaltsverpflichtungen gegenüber drei Kindern und sonstigen Verbindlichkeiten errechne sich für den Erblasser unter Berücksichtigung eines Erwerbstätigenbonus von 10 % ein unterhaltsrechtlich relevantes Nettoeinkommen von 1.816 €.

[11] Da der Verstorbene auch seiner langjährigen und somit nach § 1609 Nr. 2 BGB gleichrangigen Ehefrau zum Unterhalt verpflichtet gewesen sei, sei der jeweilige Unterhaltsbedarf grundsätzlich nach der Dreiteilungsmethode zu berechnen. Soweit die Antragstellerin Trennungsunterhaltsansprüche mit der Begründung bestritten habe, die Eheleute hätten bereits über drei Jahre getrennt gelebt und die Mutter der Antragsgegnerin habe einer Erwerbsobliegenheit unterlegen, seien diese Angaben für das Nichtbestehen eines Trennungsunterhaltsanspruchs und die Gründe hierfür nicht ausreichend substantiiert.

[12] Die Unterhaltslasten des Erblassers seien in dem gesamten verfahrensgegenständlichen Unterhaltszeitraum zu berücksichtigen, da zu einem etwaigen Wegfall einzelner Unterhaltslasten nicht schlüssig vorgetragen worden sei. Für die Bedarfsberechnung, die sich an den Einkommensverhältnissen der Beteiligten zu Lebzeiten des Pflichtigen zu orien-

tieren habe, sei der durch den Todesfall bedingte Bezug einer Witwenrente seitens der Ehefrau ohne Belang.

[13] Der Anspruch nach § 1615I Abs. 3 Satz 4 BGB könne als Nachlassverbindlichkeit gegen die Erben geltend gemacht werden. Die Antragstellerin könne sich hierbei nicht darauf berufen, dass es für die Berechnung ihres Unterhaltsbedarfs auf die Berücksichtigung des Eigenbedarfs des Verstorbenen sowie des Bedarfs der unterhaltsberechtigten Kinder und der Ehefrau nach dem Todesfall nicht mehr ankomme.

[14] Wenngleich mit dem Todesfall die Kindesunterhaltsverpflichtungen weggefallen seien und naturgemäß auch kein eigener Bedarf des Verstorbenen mehr abzudecken sei, sei die Einschätzung der Antragstellerin, dass ihr eigener Unterhalt nunmehr unter Zugrundelegung des vollen Einkommens des Erblassers ohne Abstriche für dessen eigenen Unterhalt und sonstige Unterhaltslasten zu berechnen wäre, nicht zutreffend. Durch die Fortdauer des Unterhaltsanspruchs über den Tod hinaus solle sichergestellt werden, dass die Mutter des nichtehelichen Kindes, die grundsätzlich kein gesetzliches Erbrecht habe, ihre unterhaltsrechtlich gesicherte Lebensstellung aufrechterhalten könne, das heißt die Lebensstellung, die sie bei Fortleben des Kindesvaters gehabt hätte. Dass der Anspruch als Nachlassverbindlichkeit gegen die Erben geltend zu machen sei, ändere daran nichts. Letztlich hätten es die Erben zu finanzieren, dass die Antragstellerin bei Ausblendung der zu Lebzeiten vorhandenen weiteren Unterhaltspflichten des Verstorbenen im Vergleich zu ihrer Situation bei Fortleben des Pflichtigen unterhaltsrechtlich sogar bessergestellt würde, wofür es auch nach dem Schutzzweck des Betreuungsunterhalts keinen Anlass gebe.

[15] Zur Bestimmung des Umfangs der Erbenhaftung sei § 1586b BGB analog heranzuziehen. Deshalb müsse sich die Antragstellerin für ihren Anspruch nach § 1615I Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 BGB die parallel vorhandenen weiteren Unterhaltspflichten des Verstorbenen bereits für die Beurteilung ihres Unterhaltsbedarfs am Maßstab des § 1610 Abs. 1 BGB zurechnen lassen.

[16] Die Pflichtteilsbegrenzung nach § 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB stelle eine im gerichtlichen Verfahren von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung dar. Die Berechnung des (fiktiven) Pflichtteils im hiesigen Verfahren sei allerdings nicht möglich, weil es bereits an dem hierfür erforderlichen Sachvortrag zur Höhe des Nachlasses fehle. Sollte die zugunsten der Antragstellerin ausgesprochene Unterhaltssumme einen nach Klärung des Nachlasses noch zu berechnenden fiktiven Pflichtteil überschreiten, wäre gegebenenfalls eine Geltendmachung im Rahmen eines Vollstreckungsabwehrantrags nach § 120 FamFG i.V.m. § 767 ZPO oder eines Abänderungsantrags nach § 238 FamFG zu prüfen.

[17] II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

[18] 1. Zu Recht ist das Oberlandesgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Antragstellerin dem Grunde nach bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes P. einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB hat.

[19] a) Nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB steht der Mutter eines nichtehelich geborenen Kindes über die Dauer des Mutterschutzes hinaus ein Unterhaltsanspruch gegen den Vater zu, wenn von ihr wegen der Pflege und Erziehung des gemeinsamen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Nach § 1615I Abs. 2 Satz 3 BGB besteht die Unterhaltspflicht des betreuenden Elternteils für mindestens drei Jahre nach der Geburt des Kindes. Sie verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht (Senatsbeschluss BGHZ 205, 342 = FamRZ 2015, 1369 Rn. 12 m.w.N.).

[20] b) Nach den vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen besteht ein Anspruch der Antragstellerin wegen der Betreuung ihres Kindes P. nur für die ersten drei Lebensjahre. Billigkeitsgründe, die einen verlängerten Betreuungsunterhaltsanspruch rechtfertigen könnten, habe die Antragstellerin nicht dargelegt. Hiergegen hat auch die Rechtsbeschwerde nichts erinnert, weshalb die Rechtsbeschwerde für den Unterhaltszeitraum ab März 2018 zurückzuweisen ist.

[21] 2. Ebenso zutreffend hat das Oberlandesgericht erkannt, dass der Anspruch gem. § 1615I Abs. 3 Satz 4 BGB nicht mit dem Tod des Vaters, der etwa einen Monat nach der Geburt des betreuungsbedürftigen Kindes P. gestorben war, erloschen ist. Allerdings hält die vom Oberlandesgericht vorgenommene Bemessung des Unterhalts einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[22] a) § 1615I Abs. 3 Satz 4 BGB, nach dem der Anspruch nicht mit dem Tode des Vaters erlischt, enthält keine konkrete Bestimmung dazu, wie der (künftige) Unterhalt zu bemessen ist.

[23] aa) Das Oberlandesgericht ist dem Grunde nach zutreffend davon ausgegangen, dass für die Bedarfsbemessung gem. § 1615I Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 1610 Abs. 1 BGB – jedenfalls zu Lebzeiten des Unterhaltspflichtigen – auf die Lebensstellung der Antragstellerin, das heißt auf das Einkommen abzustellen ist, das sie als Lehrerin ohne die Geburt des Kindes erzielt hätte. Demgemäß ist es nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht die absehbaren Gehaltssteigerungen für die Antragstellerin mit in seine Erwägungen einbezogen hat (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 205, 342 = FamRZ 2015, 1369 Rn. 34). Das Oberlandesgericht hat weiter zu Recht darauf hingewiesen, dass der unterhaltsberechtigten Mutter aus eigenen Einkünften und Unterhaltszahlungen jedenfalls nicht mehr zur Verfügung stehen darf, als dem unterhaltspflichtigen Vater verbleibt, weshalb ihr Unterhaltsbedarf zusätzlich durch den Grundsatz der Halbteilung begrenzt ist (Senatsurt. v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442, 443 ff.). Im Ausgangspunkt ist es auch konsequent, dass das Oberlandesgericht im Hinblick auf eine mögliche Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Ehefrau des Erblassers zur Anwendung der Dreiteilungsmethode gelangt (vgl. Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 20 m.w.N.). Nachdem das Bundesverfassungsgericht die Halbteilung des Betreuungsunterhaltsanspruchs aus § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB bereits auf der Bedarfsebene als verfassungsgemäß gebilligt hat (BVerfG, Nichtannahmebeschl.

v. 13.02.2018 – 1 BvR 2759/16, juris), ist es folgerichtig, auch die den Erblasser (zu Lebzeiten) treffende Pflicht zur Zahlung von Ehegattenunterhalt im Rahmen der Halbteilung bereits auf der Bedarfsebene zu beachten (OLG Brandenburg Beschl. v. 23.10.2014 – 15 UF 109/12, juris Rn. 45; *Wend/Bömelburg* Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 9. Aufl. § 7 Rn. 120; NK-BGB/*Schilling* 3. Aufl. § 1615I Rn. 41). Zutreffend ist ebenfalls, dass hierbei ihr überobligatorisch erzieltetes Einkommen analog § 1577 Abs. 2 BGB anzurechnen ist.

[24] bb) Ob das auch im Falle des Todes des Unterhaltspflichtigen gilt, ist allerdings bislang ungeklärt.

[25] (1) Vereinzelt wird in der Literatur vertreten, dass sich die Unterhaltsverpflichtung nicht nur in der Höhe vererbe, wie sie gegenüber dem Verstorbenen bestanden habe. Der Unterhaltsschuldner habe nach seinem Tod keinen Lebensbedarf mehr, sein eigener Unterhalt könne nicht mehr gefährdet werden. Deshalb lägen die Voraussetzungen des § 1603 BGB nicht mehr vor. Der Unterhaltsanspruch gegenüber dem Erben bestehe somit in voller Höhe, unter Umständen könne er sich sogar – wie im Falle des § 1586b Abs. 1 Satz 2 BGB – erhöhen, wenn er zu Lebzeiten des Verpflichteten wegen mangelnder Leistungsfähigkeit eingeschränkt gewesen sei (*Zacher-Röder, Grimm-Hanke* FPR 2011, 264, 267).

[26] (2) Die entsprechende Vorschrift für den ehelichen Unterhalt in § 1586b Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach mit dem Tode des Verpflichteten die Unterhaltspflicht auf den Erben als Nachlassverbindlichkeit übergeht, enthält ebenfalls keine Regelung dazu, wie in diesem Falle der Unterhalt zu bemessen ist. Nach der Rechtsprechung des Senats geht die gesetzliche Unterhaltspflicht gem. § 1586b BGB als Nachlassverbindlichkeit unverändert auf den Erben über (Senatsurt. v. 28.01.2004 – XII ZR 259/01, FamRZ 2004, 614, 615). Zwar entfallen nach § 1586b Abs. 1 Satz 2 BGB Beschränkungen der Unterhaltspflicht, die sich aus § 1581 BGB ergeben. § 1581 BGB regelt aber nur die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, nicht jedoch die Höhe des Unterhaltsbedarfs, die in § 1578 Abs. 1 BGB geregelt ist. Daher hat der Eintritt des Todes des Unterhaltspflichtigen auf die Bedarfsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen keinen Einfluss (vgl. Senatsurt. v. 05.02.2003 – XII ZR 29/00, FamRZ 2003, 848, 854; vgl. auch *jurisPK-BGB/Löffler* [Stand: 15.10.2016] § 1586b Rn. 5; *Staudinger/Baumann* BGB [2014] § 1586b Rn. 59 f.; *Erman/Maier* BGB 15. Aufl. § 1586b Rn. 5; *Johannsen/Henrich/Hammermann* Familienrecht 6. Aufl. § 1586b Rn. 6 ff.; BeckOGK/*Siede* [Stand: 01.02.2019] BGB § 1586b Rn. 29; MünchKommBGB/*Maurer* 7. Aufl. § 1586b Rn. 7).

[27] An diese zu § 1586b Abs. 1 BGB vertretene Auffassung zur Unterhaltsbemessung des ehelichen Unterhalts hat das Oberlandesgericht angeknüpft, indem es für den Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB allein auf den Bedarf der Antragstellerin noch zu Lebzeiten des Unterhaltspflichtigen abgestellt hat.

[28] cc) Jedenfalls für den hier vorliegenden Fall, in dem ein Anspruch aus § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB mit einem gleichrangigen ehelichen Unterhaltsanspruch konkurriert und ers-

terer bereits vor Rechtskraft der Scheidung bestanden hat und damit für den ehelichen Unterhaltsanspruch i.S.v. § 1578 BGB prägend war, ist die vom Oberlandesgericht vertretene Auffassung im Ausgangspunkt zutreffend, allerdings mit der Maßgabe, dass der zum Zeitpunkt des Todesintritts bestehende Bedarf des Unterhaltsberechtigten – wie auch beim ehelichen Unterhalt gem. § 1578 Abs. 1 i.V.m. § 1586b BGB – fiktiv fortzuschreiben ist.

[29] Damit wird hinsichtlich der Bedarfsbemessung im Todesfall bezogen auf konkurrierende Unterhaltsansprüche ein Gleichklang zwischen dem Anspruch aus § 1615I BGB und dem ehelichen Unterhaltsanspruch hergestellt. Würde man hingegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde folgen, also für den nach § 1615I BGB Unterhaltsberechtigten den ungekürzten Bedarf der Unterhaltsberechnung zugrunde legen, hätte dies zur Folge, dass sich die Ehefrau gem. § 1578 Abs. 1 BGB vorab den Abzug des Betreuungsunterhaltsanspruchs der Antragstellerin gefallen lassen müsste, weil dieser die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt hat (Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 20 m.w.N.), während die Mutter des nichtehelichen Kindes den vollen Bedarf für sich beanspruchen könnte. Dies hätte eine systemwidrige und gem. Art. 6 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigende Bevorzugung der Mutter des nichtehelichen Kindes zur Folge (vgl. Senatsurt. v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442, 443).

[30] Das bedeutet indessen nicht, dass der zum Todeszeitpunkt einmal festgestellte Bedarf für den gesamten Unterhaltszeitraum unveränderlich bliebe. Bezogen auf den Zeitpunkt des Todesintritts ist vielmehr eine Prognose zu treffen, wie sich die Unterhaltsbeziehungen zwischen dem Unterhaltsberechtigten und dem Unterhaltspflichtigen bei Unterstellung seines Fortlebens entwickelt hätten (vgl. zu § 1586b BGB BeckOGK/*Siede* [Stand: 01.02.2019] BGB § 1586b Rn. 29; a.A. wohl MünchKommBGB/*Maurer* 7. Aufl. § 1586b Rn. 24). Basierend hierauf sind alle absehbaren Veränderungen bezogen auf den Unterhaltsbedarf und die Bedürftigkeit jeweils zum Zeitpunkt des voraussichtlichen Eintritts der Änderungen zu berücksichtigen. Bei dieser (fiktiven) Fortschreibung der Verhältnisse ist zu unterstellen, dass der Unterhaltspflichtige weitergelebt hätte. Andernfalls würden bspw. gem. § 1615 Abs. 1 BGB die Kindesunterhaltsverpflichtungen entfallen. Deshalb kann der Bedarfsbemessung auch keine Witwenrente der Ehefrau zugrunde gelegt werden.

[31] Es ist also auch zu prüfen, ob der Kindesunterhaltsanspruch möglicherweise infolge des absehbaren Eintritts der Volljährigkeit des Kindes oder der Unterhaltsanspruch des Ehegatten wegen eigener Erwerbsobliegenheit entfallen ist. Dabei ist nicht auf die Leistungsfähigkeit abzustellen, sondern auf den Umstand, dass die dem Erblasser gegenüber bestehenden Unterhaltsverpflichtungen (möglicherweise) zu einer Begrenzung des Bedarfs der Antragstellerin nach dem Halbteilungsgrundsatz bzw. der Dreiteilungsmethode geführt haben könnten.

[32] b) Gemessen hieran hält die angefochtene Entscheidung einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Umsetzung des Halbteilungsgrundsatzes bzw. der Dreiteilungsmethode

durch das Oberlandesgericht begegnet im vorliegenden Fall grundlegenden Bedenken.

[33] aa) Zwar ist das Oberlandesgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die von der Ehefrau bezogene Witwenrente bei einer Dreiteilung im Rahmen der Bedarfsbemessung nicht berücksichtigt werden kann, weil die fiktive Fortschreibung des Bedarfs ein Weiterleben des Unterhaltspflichtigen unterstellt. Anders verhält es sich indes bei der Frage der Bedürftigkeit. Hier ist die erst durch den Tod entstandene Witwenrente im Wege der Anrechnungsmethode zu berücksichtigen. Würde man das anders sehen, wäre der Unterhaltsanspruch der Antragstellerin auf Dauer gekürzt, obgleich der Ehefrau mangels Bedürftigkeit im Ergebnis kein entsprechender Unterhaltsanspruch zustünde. Soweit danach der Bedarf der Ehefrau durch die Witwenrente gedeckt ist, steht der ihr durch die Dreiteilung zugewiesene Betrag zur Verteilung zugunsten des Anspruchs aus § 1615I BGB zur Verfügung.

[34] bb) Außerdem ist das Oberlandesgericht für den fast drei Jahre umfassenden Unterhaltszeitraum von einer gleichbleibenden Unterhaltsverpflichtung für die Antragsgegnerin zu 2 und für die ältere Tochter der Antragstellerin von jeweils 420 € als Zahlbetrag ausgegangen. Das Oberlandesgericht hat nicht bedacht, dass der Bedarf des Unterhaltsberechtigten so fortzuschreiben ist, wie er sich zum Zeitpunkt des Todes des Unterhaltspflichtigen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entwickelt hätte. Soweit das Oberlandesgericht die Erhöhung der Tabellenbeträge für den Kindesunterhalt unberücksichtigt gelassen hat, wirkt sich das allerdings nicht zu Lasten der die Rechtsbeschwerde führende Antragstellerin aus und kann daher dahinstehen. Anders verhält es sich aber mit dem Eintritt der Volljährigkeit der Antragsgegnerin zu 2 am 05.01.2016 und der älteren Tochter der Antragstellerin am 17.06.2017. Damit ist die Verpflichtung, Kindesunterhalt zu leisten, an sich entfallen, wenn es sich nicht entweder um privilegierte Kinder gem. § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB handelte oder sie sich in einer Ausbildung befänden. Beides ist vom Oberlandesgericht nicht festgestellt worden. Hinzu kommt, dass mit Eintritt der Volljährigkeit beide Elternteile anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen haften. Das gilt auch für die nach § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB privilegierten Kinder (Senatsurt. v. 12.01.2011 – XII ZR 83/08, BGHZ 188, 50 = FamRZ 2011, 454 Rn. 34).

[35] cc) Daneben hat das Oberlandesgericht die Darlegungslast der Antragstellerin als der Unterhaltsberechtigten verkannt, wenn es im Ergebnis meint, die weiteren Unterhaltslasten des Erblassers (für Kinder und getrennt lebende Ehefrau) seien in dem gesamten verfahrensgegenständlichen Unterhaltszeitraum zu berücksichtigen, da die Antragstellerin zu einem etwaigen Wegfall einzelner Unterhaltslasten und gegebenenfalls dessen konkretem Zeitpunkt nicht schlüssig vorgetragen habe, und damit die Auffassung vertritt, die Antragstellerin habe zum Zwecke der Dreiteilung den Kindesunterhalt und den Trennungsunterhalt darzulegen. Zwar trägt der Unterhaltsberechtigte nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für seinen Bedarf und seine Bedürftigkeit (*Wendll/Dose* Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 9. Aufl. § 6 Rn. 703 ff.; *Palandt/Brudermüller* BGB 78. Aufl. § 1601 Rn. 20). Zu Recht verweist die Rechtsbeschwerde aber dar-

auf, dass sich die Unterhaltsbegrenzung nach dem Halbteilungsgrundsatz bzw. der Dreiteilungsmethode zum Nachteil der Unterhaltsberechtigten auswirkt und es sich damit um eine an sich in die Sphäre des Unterhaltspflichtigen fallende Darlegung handelt (vgl. Senatsurt. v. 14.04.2010 – XII ZR 89/08, FamRZ 2010, 869 Rn. 36 zur früheren Rechtsprechung; Senatsurteil BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 39; NK-BGB/*Schilling* 3. Aufl. § 1615I Rn. 56). Es geht damit im Ausgangspunkt um nichts anderes als um eine Begrenzung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB.

[36] dd) Es lässt sich nicht ausschließen, dass das Oberlandesgericht bei einer Berücksichtigung der Witwenrente und zutreffenden Anwendung der Darlegungs- und Beweislast insbesondere hinsichtlich der Erwerbsobliegenheit der Ehefrau zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, nachdem die Eheleute nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts bereits seit rund vier Jahren getrennt gelebt haben und die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder im Zeitpunkt des Versterbens des Erblassers bereits 17 bzw. 20 Jahre alt waren.

[37] c) Der geltend gemachte Unterhaltsanspruch scheidet schließlich auch nicht an einer fehlenden Leistungsfähigkeit gem. § 1603 Abs. 1 BGB.

[38] Auf die Leistungsfähigkeit der Erben kommt es – wie das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt hat – nicht an. Zwischen der Unterhaltsverpflichtung des verstorbenen Unterhaltspflichtigen und seiner Erben besteht keine Identität. Es handelt sich um eine Nachlassverbindlichkeit, so dass der Erbe nur für eine fremde Unterhaltungspflicht haftet; die Leistungsfähigkeit der Erben i.S.v. § 1603 Abs. 1 BGB ist mithin nicht von Belang (*Zacher-Röder, Grimm-Hanke* FPR 2011, 264, 267; vgl. jeweils zu § 1586b BGB: *MünchKommBGB/Maurer* 7. Aufl. § 1586b Rn. 5; *Heiß/NZFam* 2016, 485, 486; a.A. *Palandt/Brudermüller* BGB 78. Aufl. § 1615I Rn. 24 und *Horndasch* NJW 2015, 2168, 2170, jeweils unter Hinweis auf *Wendll/Bömelburg* Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 9. Aufl. § 7 Rn. 216).

[39] Ebenso wenig kommt es auf die (fiktive) Leistungsfähigkeit des Erblassers an (a.A. *BeckOGK/Lugani* [Stand: 01.02.2019] BGB § 1615n Rn. 6; *Soergel/Häberle* BGB 12. Aufl. § 1615n Rn. 2; *Mutschler*, in: RGRK BGB 12. Aufl. § 1615I Rn. 18). Zwar bestimmt § 1615I Abs. 3 Satz 4 BGB – im Gegensatz zu § 1586b Abs. 1 Satz 2 BGB – nicht ausdrücklich, dass die Beschränkungen hinsichtlich der Leistungsfähigkeit wegfallen. Das bedeutet aber nicht, dass sich die Unterhaltsverpflichtung nur in der Höhe vererbt, wie sie gegenüber dem Verstorbenen bestanden hat (*Zacher-Röder, Grimm-Hanke* FPR 2011, 264, 267). Das Weiterleben des Unterhaltspflichtigen in Fallkonstellationen der vorliegenden Art ist nur für die Bedarfsbemessung zu unterstellen, um eine nicht zu rechtfertigende Besserstellung des Anspruchs aus § 1615I BGB gegenüber einem ehelichen Unterhaltsanspruch zu vermeiden. Etwas anderes gilt jedoch für die Leistungsfähigkeit. Hier ist – wie beim ehelichen Unterhaltsanspruch gem. § 1586b Abs. 1 Satz 2 BGB – die Leistungsfähigkeit des (verstorbenen) Unterhaltspflichtigen i.S.d. § 1603 Abs. 1 BGB ohne Belang, weil der Unterhaltspflichtige nach seinem Tod keinen eigenen Lebensbedarf mehr

hat (vgl. zu § 1586b: BT-Drucks. 7/650, S. 151; *Johannsen/Henrich/Hammermann* Familienrecht 6. Aufl. § 1586b Rn. 9; MünchKommBGB/*Maurer* 7. Aufl. § 1586b Rn. 2, 29). Surrogat für die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen zu Lebzeiten ist vielmehr der Nachlass, auf dessen Höhe die Erben ihre Haftung beschränken können.

[40] 3. Damit kann die Entscheidung des Oberlandesgerichts keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif. Das Oberlandesgericht wird noch weitere Feststellungen dazu zu treffen haben, welches Einkommen sich die Antragstellerin im Rahmen der Bedürftigkeit anrechnen lassen muss und von welchen unterhaltsrechtlichen Belastungen im Rahmen der Halbteilung auszugehen ist. Der angefochtene Beschluss ist daher für den Unterhaltszeitraum bis einschließlich Februar 2018 aufzuheben, soweit zum Nachteil der Antragstellerin entschieden worden ist. Die Sache ist im Umfang der Aufhebung zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

[41] 4. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf das Folgende hin:

[42] a) Die Zurückverweisung gibt dem Oberlandesgericht Gelegenheit, dem Einwand der Antragstellerin, sie sei notgedrungen wieder berufstätig geworden, weil die Erben keinen Unterhalt gezahlt hätten, nachzugehen und diesen Umstand gegebenenfalls in seine Billigkeitsabwägung mit aufzunehmen.

[43] aa) Das Oberlandesgericht hat richtig erkannt, dass auf den Unterhaltsanspruch nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB die für den Ehegattenunterhalt geltende Vorschrift des § 1577 Abs. 2 BGB entsprechend anwendbar ist (Senatsurt. v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442, 444). Für die Billigkeitsabwägung ist danach von Interesse, wie die Betreuung während dieser Zeit konkret geregelt ist, welche Hilfen der Mutter dabei zur Verfügung stehen und ob ihr dafür ggf. zusätzliche Betreuungskosten entstehen. Nicht ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang indes die Frage, ob die Unterhaltsberechtigte seit der Geburt des Kindes aus freien Stücken weiter erwerbstätig ist oder ob die Arbeitsaufnahme durch eine wirtschaftliche Notlage veranlasst war. Denn die freiwillige Ausübung einer Berufstätigkeit kann ein maßgebendes Indiz für eine vorhandene tatsächliche Arbeitsfähigkeit im konkreten Einzelfall sein (Senatsurt. v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442, 444).

[44] bb) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, führt allein der Umstand, dass die Antragstellerin möglicherweise wegen ausbleibender Unterhaltszahlungen seitens der Erben gezwungen war, ihre Erwerbstätigkeit zu einem Zeitpunkt aufzunehmen, zu dem sie sich ausschließlich der Betreuung ihres Kindes hätte widmen dürfen, nicht zwingend zu einer vollständigen Anrechnungsfreiheit des Einkommens entsprechend § 1577 Abs. 2 Satz 1 BGB.

[45] § 1577 Abs. 2 BGB stellt nach der Rechtsprechung des Senats keine Sanktionsvorschrift dar, weshalb seine Anwendung nicht davon abhängt, dass der Unterhaltsschuldner die Aufnahme jener Erwerbstätigkeit durch seine Säumnis oder sonst eine unvollständige Erfüllung seiner Unterhaltspflicht

veranlasst hat (Senatsurt. v. 24.11.1982 – IVb ZR 310/81, FamRZ 1983, 146, 148 f.). Das bedeutet, dass dieser Aspekt zwar im Rahmen der Billigkeitsabwägung zu beachten ist, nicht aber, dass insoweit eine Anrechenbarkeit analog § 1577 Abs. 2 Satz 1 BGB vollständig unterbleiben müsste.

[46] Der Einwand der Rechtsbeschwerde, wonach das Einkommen der Antragstellerin in Höhe der Differenz zum vollen Unterhalt anrechnungsfrei verbleiben muss, geht schon deshalb fehl, weil ihr Bedarf bereits durch die Halb- bzw. Dreiteilungsmethode begrenzt wird (vgl. *Schilling* FamRZ 2005, 445, 446). Somit bekommt sie ohnehin ihren „vollen Unterhalt“ i.S.d. § 1577 Abs. 2 Satz 1 BGB.

[47] b) Die Zurückverweisung gibt dem Oberlandesgericht weiter Gelegenheit, die Kosten für die Krankenversicherung der Antragstellerin unter hinreichender Beachtung rechtlichen Gehörs für die Antragsgegnerseite zu klären, zumal, wie die Rechtsbeschwerde zu Recht gerügt hat, entsprechende – ungeschwätzte – Belege im Verfahrenskostenhilfeheft enthalten sind.

[48] Soweit die Rechtsbeschwerdeerwiderung rügt, die Betreuungskosten dürften nicht doppelt in Ansatz gebracht werden, weist der Senat darauf hin, dass die Entscheidung, in welcher Form die Betreuungskosten im Rahmen des § 1577 Abs. 2 BGB berücksichtigt werden, grundsätzlich dem Tatrichter im Rahmen seiner Billigkeitsabwägung obliegt (vgl. aber Senatsbeschl. v. 15.02.2017 – XII ZB 201/16, FamRZ 2017, 711 Rn. 19 f.). Die Berücksichtigung eines anrechnungsfreien Betrages des auf einer überobligationsmäßigen Tätigkeit beruhenden Mehreinkommens hat der Senat auch dann für gerechtfertigt gehalten, wenn keine konkreten Betreuungskosten anfallen (Senatsurt. BGHZ 162, 384 = FamRZ 2005, 1154, 1156).

[49] c) Entgegen der Auffassung der Antragsgegner ist allerdings nichts dagegen zu erinnern, dass das Oberlandesgericht beim Erblasser von einem Nettoeinkommen von 3.412 € ausgegangen ist. Diese Feststellungen beruhen auf den schriftlichen Angaben der Antragstellerin; nur „hilfsweise“ hat sie ein monatliches Nettoeinkommen von 3.296,59 € vorgetragen. Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegner hat dazu im Termin ausgeführt, dass sie die genannten Einkommenszahlen nicht bestreiten könne, nachdem sie noch einmal in ihren alten Akten nachgesehen habe. Wenn das Oberlandesgericht diese Einkommenszahlen danach als unstrittig behandelt, ist dies rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden, zumal die Antragsgegner ohnehin die Darlegungslast für das Einkommen des Erblassers tragen.

[50] d) Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht bei der Bemessung des Unterhalts die Mieteinnahmen der Antragstellerin unberücksichtigt gelassen hat. Diese hat die Antragstellerin nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts auch schon vor der Geburt des zu betreuenden Kindes erzielt. Der von der Antragstellerin geltend gemachte Betreuungsunterhalt beruht demgegenüber allein auf der – betreuungsbedingten – Reduzierung ihres Erwerbseinkommens. Zu Recht stellt das Oberlandesgericht deshalb maßgeblich darauf ab, dass die Mieteinnahmen unabhängig von der Betreuung erzielt werden.

[51] Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 Satz 2 BGB rechtfertigt sich ausschließlich daraus, dass von der Mutter wegen der Kinderbetreuung eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Deshalb ist ihr der betreuungsbedingte Ausfall ihres Erwerbseinkommens als Unterhalt zuzusprechen. Hierbei handelt es sich nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts allein um das Lehrergehalt der Antragstellerin. Demgemäß hat das Oberlandesgericht zu Recht den – zunächst ungekürzten – Bedarf der Antragstellerin bezogen auf ihr Lehrergehalt zugrunde gelegt und nicht etwa noch die durchschnittlichen Einnahmen aus Vermietung hinzugerechnet. Auch die Rechtsprechung des Senats zur Halbteilung stellt auf das Einkommen des Unterhaltsberechtigten ab (vgl. Senatsurt. v. 15.12.2004 – XII ZR 121/03, FamRZ 2005, 442, 443). Sofern – wie im Regelfall – allein der Ausfall des Erwerbseinkommens in Rede steht, spielen sonstige, mit der Betreuung nicht zusammenhängende Vermögenseinkünfte des Unterhaltsberechtigten wie etwa Mieteinnahmen oder – der hier ebenfalls auf Seiten der Antragstellerin bestehende – Wohnvorteil weder eine Rolle für die Bedarfsbemessung noch für die Bedürftigkeit.

[52] e) Dagegen, dass das Oberlandesgericht den Antragsgegnern als Erben die Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlass des Erblassers vorbehalten hat, ist rechtsbeschwerdrechtlich nichts zu erinnern.

[53] Die Aufnahme des Vorbehalts in den angefochtenen Beschluss ist sachlich nicht zu beanstanden. Macht der Erbe in einem Rechtsstreit über eine Nachlassverbindlichkeit die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlass geltend, was nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts hier geschehen ist, steht es im Ermessen des Gerichts, ob es über diesen Einwand im anhängigen Verfahren sachlich entscheidet und damit den Einwand endgültig erledigt oder ob es lediglich den förmlichen Vorbehalt nach § 780 Abs. 1 ZPO in seine Entscheidung aufnimmt und den Streit über die Haftungsbeschränkung in einen späteren Rechtsstreit nach § 785 ZPO verweist (BGH, Urt. v. 17.02.2017 – V ZR 147/16, FamRZ 2017, 1317 Rn. 12 m.w.N. und v. 13.07.1989 – IX ZR 227/87, FamRZ 1989, 1070, 1075 m.w.N.).

[54] Ob das Gericht ausnahmsweise verpflichtet ist, über die Haftungsbeschränkung sachlich zu entscheiden, wenn der Rechtsstreit insoweit ebenfalls zur Entscheidung reif ist (vgl. BGH, Urt. v. 17.02.2017 – V ZR 147/16, FamRZ 2017, 1317 Rn. 12 m.w.N.), kann hier dahinstehen. Dass die Frage der Haftungsbeschränkung in der Beschwerdeinstanz bereits zur Entscheidung reif war, ist von den Beteiligten nicht eingewandt worden und auch sonst nicht ersichtlich, da nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts der Wert der – den wesentlichen Nachlassgegenstand darstellenden – Immobilie streitig ist.

[55] f) Schließlich ist der Rechtsbeschwerde in ihrer Auffassung beizutreten, wonach die vom Oberlandesgericht angenommene Haftungsbeschränkung auf den fiktiven Pflichtteil an der Rechtskraft der Entscheidung nicht teilnimmt. Die im Tenor ausgesprochene Haftungsbeschränkung bezieht sich nur auf den Nachlass als solchen, betrifft aber nicht die betragsmäßige Beschränkung der

Unterhaltsansprüche der Antragstellerin auf den Wert des fiktiven Pflichtteils. Diese Frage muss daher in einem nachfolgend durchzuführenden Verfahren geprüft werden. Deshalb kommt es hier auch nicht auf die Frage an, ob § 1586b BGB entsprechend auf den Unterhaltsanspruch nach § 1615I BGB anzuwenden ist.

Leistungsfähigkeit des zum Elternunterhalt Verpflichteten

BGB §§ 528 Abs. 1, 1603 Abs. 1

Leitsatz (amtlich):

Verschenkt der zum Elternunterhalt Verpflichtete eine selbst genutzte, unterhaltsrechtlich als Vermögen nicht einsetzbare Eigentumswohnung und behält er sich daran einen lebenslangen Nießbrauch vor, so kann sich seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit nicht durch einen Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs. 1 BGB erhöhen.

BGH, Beschl. v. 20.02.2019 – XII ZB 364/18

Gründe:

[1] I. Der Antragsteller macht als Sozialhilfeträger aus übergegangenem Recht einen Anspruch auf Elternunterhalt für die Zeit von Mai 2017 bis November 2017 geltend.

[2] Der Antragsteller erbrachte der pflegebedürftigen Mutter des Antragsgegners, die vollstationär in einem Altersheim untergebracht war, ab März 2017 Sozialhilfeleistungen in Höhe seines Antrags. Die Mutter verstarb im Dezember 2017.

[3] Der 1951 geborene Antragsgegner ist verheiratet und bezieht Renteneinkünfte. Seine 1954 geborene Ehefrau bezieht Vorruhestandsbezüge als Beamtin. Sie wird vom Antragsteller im vor dem Senat geführten Parallelverfahren mit dem Aktenzeichen XII ZB 365/18 für ihre Mutter ebenfalls auf Elternunterhalt in Anspruch genommen.

[4] Die Ehegatten bewohnen eine Eigentumswohnung mit einer Wohnfläche von 91 m². Diese stand ursprünglich in ihrem jeweils hälftigen Miteigentum. Im Oktober 2014 übertrugen sie die Eigentumswohnung schenkweise auf ihre Tochter und behielten sich ein lebenslanges Nießbrauchsrecht vor.

[5] Die Beteiligten streiten vor allem um die Frage, ob von den Ehegatten zu verlangen ist, dass sie die Schenkung zurückfordern, um daraus im erweiterten Umfang Elternunterhalt leisten zu können. Das Amtsgericht hat den Antragsgegner für die Zeit von Mai 2017 bis Oktober 2017 zur Zahlung von insgesamt 973,56 € nebst Zinsen verpflichtet. Das Oberlandesgericht hat auf die Beschwerde des Antragstellers den Unterhalt für November 2017 einbezogen und die Verpflichtung auf 1.157,48 € nebst Zinsen erhöht.

[6] Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragstellers, der seinen weitergehenden Antrag auf Zahlung von insgesamt 2.314,68 € nebst Zinsen weiterverfolgt.

[7] II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

[8] 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts besteht kein weitergehender Unterhaltsanspruch, als er sich aus den Einkommensverhältnissen der Ehegatten einschließlich Wohnvorteil errechnet. Der Antragsgegner müsse für den Unterhalt kein Vermögen einsetzen. Dazu gehörten zwar auch alle Ansprüche, die auf Zahlung von Geld oder Verschaffung von Eigentum gerichtet seien. Der Antragsgegner habe gegenüber seiner Tochter einen Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB, weil er nach Vollziehung der Schenkung außerstande sei, die ihm seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen.

[9] Es komme aber stets darauf an, ob die Vermögensverwertung zumutbar sei. Eine solche könne etwa nicht verlangt werden, wenn sie den Unterhaltsschuldner von fortlaufenden Einkünften abschneiden würde, die er zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts benötige. Auch könne die Verwertung eines angemessenen selbst genutzten Immobilienbesitzes regelmäßig nicht verlangt werden. Bei der Bemessung dessen, was zumutbar ist, sei insbesondere in Rechnung zu stellen, dass das Unterhaltsrechtsverhältnis zwischen unterhaltsberechtigten Eltern und ihren unterhaltspflichtigen Kindern schwächer ausgestaltet sei als das umgekehrte Verhältnis beim Kindesunterhalt.

[10] Gemessen hieran könne vom Antragsgegner eine Rückforderung der Schenkung nicht verlangt werden. Seine Tochter habe ihm im Fall der Rückforderung den gesamten hälftigen Miteigentumsanteil zurückübertragen können. Sie sei nach § 528 Abs. 1 BGB nicht verpflichtet gewesen, ihn mit einer monatlichen Geldzahlung in Höhe des noch offenen Bedarfs ihrer Großmutter abzufinden. Wäre die Rückübertragung des Miteigentumsanteils erfolgt, hätte der Antragsgegner den Miteigentumsanteil nicht verwerten müssen, weil er die Wohnung selbst bewohne und hierauf für seinen weiteren eigenen Lebensunterhalt angewiesen sei. Das unterhaltspflichtige Kind, welches seine selbst bewohnte Immobilie unter Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts verschenke, benötige die Immobilie in gleicher Weise, wie wenn es noch Eigentümer geblieben wäre. Die Verneinung einer Rückforderungsobliegenheit werde durch § 852 Abs. 2 ZPO unterstützt, der den Rückforderungsanspruch im Regelfall von der Pfändung ausnehme, um eine Geltendmachung des Anspruchs gegen den Willen des Anspruchsinhabers zu verhindern.

[11] 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

[12] Der im vorliegenden Verfahren aufgrund §§ 1601 BGB, 94 Abs. 1 SGB XII geltend gemachte Anspruch auf Elternunterhalt besteht nur im Umfang der Leistungsfähigkeit des Antragsgegners als Unterhaltsschuldner nach § 1603 Abs. 1 BGB.

[13] a) Der vom Oberlandesgericht aus dem Einkommen des Antragsgegners (Renteneinkünfte und Wohnvorteil) errechnete Umfang der Leistungsfähigkeit steht grundsätzlich mit der Rechtsprechung des Senats im Einklang (vgl. Senatsbeschlüsse BGHZ 186, 350 = FamRZ 2010, 1535 Rn. 39 ff. und BGHZ 200, 157 = FamRZ 2014, 538 Rn. 22 ff.). Soweit den Vorinstanzen bei der Quotierung ein Fehler unterlaufen

ist, wirkt sich dieser nicht zum Nachteil des Antragstellers als Rechtsbeschwerdeführer aus.

[14] b) Das Oberlandesgericht hat eine Obliegenheit des Antragsgegners, den Unterhalt (teilweise) aus Vermögen zu leisten, zutreffend abgelehnt. Für eine Zurechnung von – fiktiven – Erlösen aus einer Vermögensverwertung fehlt es hier an einer rechtlichen Grundlage.

[15] aa) Im Ausgangspunkt gehört ein Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs. 1 BGB allerdings zum einsetzbaren Vermögen gem. § 1603 Abs. 1 BGB (vgl. *Wendll/Dose* Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 9. Aufl. § 1 Rn. 600 ff. m.w.N.).

[16] Der Anspruch setzt nach § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass der Schenker nach Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner oder seinem früheren Ehegatten oder Lebenspartner gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen. Der Anspruch setzt nicht voraus, dass diese beiden gesetzlichen Alternativen erfüllt sind. Er kann vielmehr auch dann gegeben sein, wenn allein die Fähigkeit zur Erfüllung gesetzlicher Unterhaltspflichten nach der Schenkung vermindert oder ausgeschlossen ist (vgl. *Staudinger/Chiusi* BGB [2013] § 528 Rn. 13; MünchKommBGB/J. Koch 7. Aufl. § 528 Rn. 3).

[17] Wie sich aus der Begrenzung des Anspruchs („soweit“) ergibt, sind Sinn und Zweck des Anspruchs, dem Schenker zu erlauben, mit Hilfe des zurückgewährten Gegenstands seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten oder gesetzliche Unterhaltspflichten zu erfüllen (vgl. BGHZ 169, 320 = FamRZ 2007, 277, 278). Dem Gesetzeszweck, die Erfüllung bestehender Unterhaltspflichten zu ermöglichen, kann die Rückforderung nur dienen, wenn durch die Rückgewähr des geschenkten Vermögensgegenstands die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit hergestellt oder gesteigert werden würde. Das setzt aber grundsätzlich voraus, dass der Unterhaltspflichtige aus dem verschenkten Gegenstand entweder (weitere) unterhaltsrelevante Erträge ziehen könnte oder ihn insoweit eine unterhaltsrechtliche Wertungsobliegenheit treffen würde. Ergibt sich aus der Rückgewähr dagegen keine Verbesserung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit des Schenkers, könnte ein Rückforderungsanspruch seinen Zweck nicht erfüllen und scheidet daher aus.

[18] Insoweit unterscheidet sich die Lage von der Rückforderung zur Sicherung des eigenen angemessenen Unterhalts des Schenkers, für den der zurückgeforderte Vermögensgegenstand stets zur Verfügung steht, auch wenn dieser auf Seiten des Schenkers sozialhilferechtliches Schonvermögen darstellt (vgl. BGH Urt. v. 19.10.2004 – X ZR 2/03, FamRZ 2005, 177, 178 m.w.N.). Demgegenüber hat die infolge der Schenkung veränderte Vermögenslage für die in den Schutzbereich des § 528 BGB einbezogenen Unterhaltsberechtigten nur dann nachteilige Auswirkungen, wenn der Schenker dadurch seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit vermindert hat.

[19] bb) Nach diesen Maßstäben mangelt es im vorliegenden Fall bereits an den Voraussetzungen für eine Schenkungsrückforderung nach § 528 Abs. 1 BGB.

[20] (1) Die infolge der Schenkung veränderte Vermögenslage hat zu keiner Beeinträchtigung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit des Antragsgegners geführt. Denn hinsichtlich des Miteigentumsanteils an der selbst genutzten Eigentumswohnung traf diesen neben der bestehenden Nutzungsobliegenheit keine Obliegenheit zur Vermögensverwertung (vgl. Senatsbeschl. v. 07.08.2013 – XII ZB 269/12, FamRZ 2013, 1554 Rn. 39 m.w.N.), was die Rechtsbeschwerde nicht in Frage stellt.

[21] Die Nutzungen kommen dem Antragsgegner auch nach der Veräußerung in Form von Gebrauchsvorteilen weiterhin ungeschmälert zugute. Sie sind durch den Nießbrauch dinglich gesichert und bei der Unterhaltsberechnung als Einkommen berücksichtigt worden.

[22] (2) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ändert sich daran auch nichts aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB, wenn ein fortlaufender Unterhaltsbedarf zu decken ist, unmittelbar auf wiederkehrende Geldleistungen durch den Beschenkten gerichtet ist und für die Anwendung der Ersetzungsbefugnis nach § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB kein Raum mehr bleibt (BGHZ 137, 76, 83 = FamRZ 1998, 155, 157 m.w.N.).

[23] Denn dieser Anspruchsinhalt ist in der genannten Rechtsprechung gerade aus der Begrenztheit des Anspruchs hergeleitet worden. Er kann folglich nicht zur Begründung einer Erweiterung des für den Elternunterhalt einsetzbaren Vermögens dienen. Das muss jedenfalls unter den Umständen des vorliegenden Falls gelten, in dem der Nutzungswert der Immobilie dem Antragsgegner auch nach der Schenkung in vollem Umfang verblieben ist. Das Oberlandesgericht hat insoweit zutreffend hervorgehoben, dass die Tochter des Antragsgegners sich von einem gegebenen Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB jedenfalls durch Rückgewähr des Miteigentumsanteils an der Eigentumswohnung befreien könnte. Sogar eine vollständige Rückgewähr könnte aber die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit des Antragsgegners als Schenker nicht erhöhen. Die Vorschrift vermag daher eine Rückforderung zum Zweck der Herstellung einer erhöhten Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt nicht zu rechtfertigen.

[24] Nur ausnahmsweise kann der Erlös aus der Veräußerung einer ursprünglich dem unterhaltsrechtlichen Schonvermögen zuzuordnenden Immobilie im Einzelfall unterhaltsrechtlich einsetzbares Vermögen darstellen, wenn dieser hinsichtlich der Zumutbarkeit einer Vermögensverwertung anderen Kriterien unterliegt als die veräußerte Immobilie. Solches kann aber im vorliegenden Fall schon deswegen nicht gelten, weil der Antragsgegner sich im Gegenzug zur Schenkung ein dingliches Nutzungsrecht vorbehalten hat und die Immobilie gemeinsam mit seiner Ehefrau unverändert für eigene Wohnzwecke nutzt. Durch den Vollzug der Schenkung hat sich mithin die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit des Antragsgegners nicht vermindert, außerdem ist dieser nach wie vor auf die ihm verbliebene Nutzungsbefugnis angewiesen.

[25] Mit dem Ziel der Erhöhung des Elternunterhalts kann im Ergebnis die Rückforderung also ebenso wenig verlangt werden wie etwa eine Beleihung der Immobilie mithilfe

eines zinslosen und erst im Todesfall (von den Erben des Unterhaltspflichtigen) rückzahlbaren Darlehens des Sozialhilfeträgers (vgl. BVerfG FamRZ 2005, 1051 und Senatsbeschl. v. 20.03.2013 – XII ZB 81/11, FamRZ 2013, 1022 Rn. 15 ff.). Denn in beiden Fällen würde die nicht einsetzbare selbstgenutzte Immobilie entgegen den gesetzlichen Wertungen durch einen Kunstgriff für den Elternunterhalt einsetzbar gemacht. Die vom Antragsteller erstrebte Anrechnung eines fiktiven Verwertungserlöses liefe darauf hinaus, die Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt allein durch die auf Seiten des Unterhaltspflichtigen eingetretene Vermögensminderung zu begründen oder zu erhöhen. Das stünde indessen jedenfalls dann im Widerspruch zu dem mit § 528 Abs. 1 BGB in der Variante der Rückforderung zur Ermöglichung von Unterhaltsleistungen verfolgten Zweck, wenn die Schenkung als solche für die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen keine nachteiligen Folgen hatte und dieser nach wie vor auf die Nutzung der Immobilie angewiesen ist.

[26] Auf die Frage der Gleichzeitigkeit (zeitliche Kongruenz) von Unterhaltsbedürftigkeit und Leistungsfähigkeit (vgl. BVerfG FamRZ 2005, 1051; *Staudinger/Klinkhammer* BGB [2018] § 1601 Rn. 5 m.w.N.) kommt es demnach nicht mehr an.

Handels- und Gesellschaftsrecht

§ 64 Satz 1 GmbHG ist kein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB

BGB § 823 Abs. 2 Bf; GmbHG § 64 Satz 1

Leitsätze (amtlich):

§ 64 Satz 1 GmbHG ist kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB (Bestätigung von BGH, Beschl. v. 21.05.2019 – II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 Rn. 19).

GmbHG § 31 Abs. 1, § 73 Abs. 1

Der Gläubiger einer GmbH kann den Erstattungsanspruch der Gesellschaft nicht selbst unmittelbar gegen einen Gesellschafter verfolgen, auch nicht bei einem Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG.

BGH, Versäumnisurt. v. 19.11.2019 – II ZR 233/18

Tatbestand:

[1] Der Beklagte war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der M. GmbH, gegen die der Kläger im Jahr 2009 gerichtlich einen Werklohnanspruch verfolgte.

[2] Am 19.06.2009 wurde die DI. GmbH (im Folgenden: DI. GmbH) in das Handelsregister eingetragen, deren Geschäftsführer der Beklagte ebenfalls war. Anschließend erfolgte die formwechselnde Umwandlung der M. GmbH in die DI. GmbH & Co. KG (im Folgenden: DI. KG) mit der DI. GmbH als Komplementärin. Am 14.07.2009 wurde das Erlöschen der Firma der DI. KG in das Handelsregister eingetragen und am Folgetag die Auflösung der DI. GmbH, deren Liquidator der Beklagte wurde.

[3] Der von der M. GmbH mandatierte Prozessbevollmächtigte teilte in dem Rechtsstreit mit dem Kläger mit Schriftsatz vom 27.01.2010 mit, dass die Gesellschaft erloschen sei. Am 28.01.2010 erging zu Gunsten des Klägers ein Versäumnisurteil gegen die M. GmbH, das dem Prozessbevollmächtigten am 05.02.2010 zugestellt wurde, sowie am 11.07.2010 ein Kostenfestsetzungsbeschluss.

[4] Der Beklagte stellte an die DI. GmbH zwischen dem 08.10.2009 und dem 14.11.2011 verschiedene Rechnungen über insgesamt 28.278,99 €, die er sich selbst auszahlte. Ferner veranlasste der Beklagte eine Zahlung der DI. GmbH an einen Notar i.H.v. 521,22 €. Am 07.05.2012 wurden die Beendigung der Liquidation und das Erlöschen der DI. GmbH bekannt gemacht.

[5] Der Kläger, der im Jahr 2011 Kenntnis von der Umwandlung erlangte und erfolglos die Zwangsvollstreckung gegen die DI. GmbH betrieb, richtete an den Beklagten unter der Anschrift ... ein auf den 16.12.2013 datiertes Schreiben, mit dem er den Beklagten zur Zahlung von 35.023,64 € aufforderte, weil dieser gem. § 823 Abs. 2 BGB, § 73 GmbHG für die gegenüber der M. GmbH titulierten Forderungen hafte. Der Beklagte, der zu dieser Zeit unter der Anschrift nicht mehr wohnte, bestreitet den Zugang des Schreibens. Am 17.12.2013 beantragte der Kläger den Erlass eines Mahnbescheids ebenfalls unter der Angabe der vorgenannten Adresse des Beklagten, wobei die Forderung mit „Werkvertrag/Werklieferungsvertrag gem. Zhlg.-Aufforderung vom 16.12.2013“ bezeichnet wurde. Der Mahnbescheid wurde nach einem erfolglosen Zustellungsversuch und Korrektur der Adresse am 11.01.2014 an den Beklagten zugestellt, der die Einrede der Verjährung erhoben hat.

[6] Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr auf die Berufung des Klägers unter Abweisung der weitergehenden Klage i.H.v. 28.278,99 € nebst Zinsen stattgegeben. Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner vom Senat zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

[7] Die Revision hat Erfolg. Sie führt, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[8] Über die Revision ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da der Kläger in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Ladung zum Termin nicht vertreten war. Das Urteil beruht inhaltlich jedoch nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGH, Urt. v. 04.04.1962 – V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 f.).

[9] I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen wie folgt begründet:

[10] Dem Kläger stehe gegen den Beklagten dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch aus § 71 Abs. 4, § 64 Satz 1 GmbHG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB zu. Die DI. GmbH sei zahlungsunfähig gewesen, als der Beklagte aus dem Vermögen

der Gesellschaft an sich selbst Zahlungen veranlasst habe. Die Forderung des Klägers gegen die M. GmbH habe sich nach der Umwandlung zunächst gegen die DI. KG gerichtet und mit deren Löschung sei die DI. GmbH selbst primär Schuldnerin geworden. Die Zahlungen seien nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar gewesen. Der Kläger hätte Insolvenzantrag stellen müssen. Stattdessen habe er die Liquidation fortgesetzt und sich über den Umweg der Liquidatorenvergütung für eine nicht erkennbare Tätigkeit im wirtschaftlichen Ergebnis seine Stammeinlage in die DI. GmbH zurückgezahlt.

[11] Zwar sei an sich die Gesellschaft Inhaberin des Anspruchs nach § 64 Satz 1 GmbHG. Sei jedoch die Liquidation der Gesellschaft abgeschlossen, könnten die Gesellschaftsgläubiger über § 823 Abs. 2 BGB einen Anspruch gegen den Geschäftsführer bzw. Liquidator unmittelbar geltend machen. Insoweit sei § 64 Satz 1 GmbHG Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Die Insolvenzreife der DI. GmbH sei für den Beklagten erkennbar gewesen. Weder sei die Geltendmachung des Anspruchs treuwidrig noch sei der Anspruch verjährt. Der Anspruch sei erst mit der Beendigung der Liquidation der DI. GmbH am 07.05.2012 überhaupt entstanden und die dreijährige Regelverjährung daher nach der Zustellung der Anspruchsbegründung im vorliegenden Rechtsstreit am 15.06.2015 geendet.

[12] Dem Kläger stünde eine Forderung i.H.v. 28.278,99 € zu, welche dem Betrag entspreche, den der Beklagte an sich ausgezahlt habe. Auf diesen Betrag sei der Direktanspruch des Gläubigers begrenzt.

[13] II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

[14] 1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass § 64 Satz 1 GmbHG Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist, wenn die Liquidation der Gesellschaft abgeschlossen ist.

[15] a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwischen dem Erstattungsanspruch der Gesellschaft nach § 64 Satz 1 GmbHG und der Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft nach § 15a Abs. 1 InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB zu unterscheiden. Die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Insolvenzantragspflicht führt zu einer deliktischen Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, die auf den Ersatz des Schadens gerichtet ist, der ihnen durch die verspätete oder unterlassene Stellung des Insolvenzantrags entstanden ist (BGH, Urt. v. 16.12.1958 – VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100, 102 ff.; Urt. v. 19.02.1990 – II ZR 268/88, BGHZ 110, 342, 360 f.; Urt. v. 24.01.2012 – II ZR 119/10, ZIP 2012, 723 Rn. 10, 27; Urt. v. 22.10.2013 – II ZR 394/12, ZIP 2014, 23 Rn. 7; Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 113/13, ZIP 2015, 267 Rn. 13; Urt. v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 Rn. 12). Demgegenüber handelt es sich bei § 64 Satz 1 GmbHG nicht um einen Deliktstatbestand, sondern um eine eigenständige Anspruchsgrundlage bzw. einen „Ersatzanspruch eigener Art“, der der Erhaltung der verteilungsfähigen Vermögensmasse der insolvenzreifen Gesellschaft im Interesse der Gesamtheit

ihrer Gläubiger dient und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger verhindern soll (BGH, Urt. v. 25.01.2010 – II ZR 258/08, ZIP 2010, 470 Rn. 10; Urt. v. 15.03.2011 – II ZR 204/09, ZIP 2011, 1007 Rn. 20; Beschl. v. 21.05.2019 – II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 Rn. 16). Nach Erlass des Berufungsurteils hat der Senat auch ausdrücklich ausgesprochen, dass § 64 Satz 1 GmbHG kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist (BGH, Beschl. v. 21.05.2019 – II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 Rn. 16).

[16] b) Für den Zeitraum nach Abschluss der Liquidation ergibt sich nichts anderes. Der Schutzzweck des Zahlungsverbots nach § 64 Satz 1 GmbHG bleibt auch mit dem Abschluss der Liquidation unverändert. Das Berufungsgericht, das sich für seinen gegenteiligen Standpunkt auf die Entscheidung des Senats vom 13.03.2018 beruft, verkennt, dass in dieser Entscheidung die Schutzgesetzzeigenschaft von § 73 Abs. 3 GmbHG verneint und ein unmittelbarer Anspruch des Gläubigers in entsprechender Anwendung von § 268 Abs. 2 i.V.m. § 93 Abs. 5 AktG angenommen wurde, wenn die Liquidation der GmbH beendet und lediglich ein Gläubiger vorhanden ist (BGH, Urt. v. 13.03.2018 – II ZR 158/16, BGHZ 218, 80 Rn. 15, 41 ff., 46 ff.).

[17] 2. Die Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

[18] a) Der Kläger kann den Anspruch nicht auf § 31 Abs. 1 GmbHG stützen, weil es sich insoweit um einen der Gesellschaft zustehenden Anspruch handelt, den der Kläger nicht aus eigenem Recht verfolgen kann (BGH, Urt. v. 04.05.1977 – VIII ZR 298/75, BGHZ 68, 312, 319; Urt. v. 19.02.1990 – II ZR 268/88, BGHZ 110, 342, 360; Urt. v. 13.11.1995 – II ZR 113/94, ZIP 1996, 68; Urt. v. 16.07.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 Rn. 36 – Trihotel; Urt. v. 24.10.2005 – II ZR 129/04, ZIP 2005, 2257 [zur Unterbilanzhaftung]; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., § 31 Rn. 6; MünchKommGmbHG/*Ekkenga*, 3. Aufl., § 31 Rn. 21; *Kuntz*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, § 31 Rn. 5; *Heidinger*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 31 Rn. 7; *Schmolke*, in: BeckOK GmbHG, Stand: 01.05.2019, § 31 Rn. 29; *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl., § 31 Rn. 4; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl., § 31 Rn. 8; Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl., Rn. 62; a.A. *Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 31 Rn. 12; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., § 31 Rn. 9; *Konzen*, in: Festschrift Ulmer, 2003, S. 323, 345 f.; tendenziell auch Scholz/Verse, GmbHG, 12. Aufl., § 31 Rn. 8; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 31 Rn. 5). Der Senat sieht auch unter Berücksichtigung seiner Rechtsprechung zu § 73 Abs. 3 GmbHG, nach der – wie unter nachfolgend III 1 a) näher erläutert – die Verfolgung des der Gesellschaft zustehenden Anspruchs durch einen bei der Liquidation übergangenen Gläubiger in Betracht kommt, keine Veranlassung, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Die Voraussetzung für eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen des Aktiengesetzes, insbesondere des § 62 Abs. 2 AktG, sind nicht erfüllt.

[19] aa) Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, Urt. v. 03.02.2015 – II ZR 105/13, ZIP 2015, 778 Rn. 11; Beschl. v. 29.09.2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 23; Urt. v. 13.03.2018 – II ZR 158/16, BGHZ 218, 80 Rn. 31; Urt. v. 18.09.2018 – II ZR 312/16, BGHZ 219 Rn. 58; Urt. v. 08.01.2019 – II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rn. 14).

[20] bb) Für ein an die Vorschriften des Aktiengesetzes angelehntes Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger in Bezug auf einen Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG fehlt es schon an einer planwidrigen Regelungslücke im Gesetz. Der Gesetzgeber hat im GmbH-Recht – anders als im Aktienrecht – die Pflicht des Gesellschafters, das Stammkapital der Gesellschaft zu erhalten, seit jeher ausdrücklich mit einem auf die Haftung gegenüber der Gesellschaft ausgerichteten Regelungskonzept abgesichert (Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, 1891, S. 9; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl., § 31 Rn. 8) und hieran auch angesichts der vorstehend unter II 2 a) angeführten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs festgehalten.

[21] b) Für Ansprüche entsprechend § 31 Abs. 1 GmbHG gegen den begünstigten Gesellschafter wegen Verstößes gegen § 73 Abs. 1 GmbHG gilt dies ebenso, weil die zu §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Grundsätze auf diese Ansprüche übertragbar sind (BGH, Urt. v. 09.02.2009 – II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 Rn. 42 – Sanitary; *Paura*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 73 Rn. 53, 55; *Gesell*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 73 Rn. 33; a.A. *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 11. Aufl., § 73 Rn. 20, 29; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., § 73 Rn. 15; MünchKommGmbHG/*H.-F. Müller*, 3. Aufl., § 73 Rn. 51; *Brünkmans/Hofmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 73 Rn. 23; *Servatius*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl., § 73 Rn. 20; *Nerlich*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 62; BeckOK GmbHG/*Lorscheider*, Stand: 01.08.2019, § 73 Rn. 13). Der Gegenansicht, die für ihre Position auf die besonderen Schwierigkeiten des übergangenen Gläubigers beim Zugriff auf den Anspruch der Gesellschaft hinweist (*Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 11. Aufl., § 73 Rn. 29; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., § 73 Rn. 15; *Brünkmans/Hofmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 73 Rn. 23), ist zwar zuzugeben, dass der Senat die entsprechende Anwendung von § 268 Abs. 2 i.V.m. § 93 Abs. 5 AktG auf den gegen den Liquidator gerichteten Anspruch ebenfalls damit begründet hat, dass der Zugriff des Gläubigers auf den Anspruch im Wege der Pfändung zeitintensiv, kostenträchtig und nicht prozessökonomisch ist und dies der Regelungsabsicht des GmbHG, insbesondere des § 73 GmbHG, widerspreche (BGH, Urt. v. 13.03.2018 – II ZR 158/16, BGHZ 218, 80

Rn. 41 ff., 43 ff.). Der gegen den Gesellschafter gerichtete Anspruch findet seine Grundlage jedoch im allgemeinen Kapitalerhaltungsgebot, das in der Liquidationsphase der GmbH nach § 73 Abs. 1 GmbHG nur erweitert wird. Wie unter vorstehend a) aufgezeigt, fehlt es für ein an die Vorschriften des Aktiengesetzes angelehntes Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger in Bezug auf einen Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG an einer planwidrigen Regelungslücke im Gesetz.

[22] III. Das Berufungsurteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

[23] 1. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

[24] a) Ob der Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch aus § 73 Abs. 3 Satz 1 GmbHG verfolgen kann, kann vom Senat nicht abschließend beurteilt werden. Der Liquidator einer GmbH, der bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter eine Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber einem Gläubiger nicht berücksichtigt hat, ist, wenn die Gesellschaft bereits im Handelsregister gelöscht ist, dem Gläubiger analog § 268 Abs. 2 Satz 1, § 93 Abs. 5 AktG jedenfalls dann unmittelbar zum Ersatz bis zur Höhe der verteilten Beträge verpflichtet, wenn keine weiteren Gläubiger vorhanden sind (BGH, Urt. v. 13.03.2018 – II ZR 158/16, BGHZ 218, 80 Rn. 46). Die Voraussetzungen eines Anspruchs gem. § 73 Abs. 3 Satz 1 GmbHG hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

[25] aa) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte allerdings unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG eine Verteilung vorgenommen.

[26] (1) Verteilung i.S.d. § 73 Abs. 1 GmbHG sind sämtliche Leistungen, die als Auszahlung i.S.d. § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG angesehen werden können (BGH, Urt. v. 09.02.2009 – II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 Rn. 42 – Sanitary; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 11. Aufl., § 73 Rn. 2a; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., § 73 Rn. 2). Allerdings stehen Gesellschafter, die der Gesellschaft als Drittgläubiger gegenüberstehen, den anderen Gläubigern grundsätzlich gleich (BGH, Urt. v. 04.07.1973 – VIII ZR 156/72, WM 1975, 102 f.; *Büteröwe*, in: Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 73 GmbHG Rn. 3; *Brünkmans/Hofmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 73 Rn. 8), es sei denn, die Tilgung der Verbindlichkeit wäre eine verdeckte Ausschüttung (*Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 11. Aufl., § 73 Rn. 2a; vgl. BGH, Urt. v. 13.11.1995 – II ZR 113/94, ZIP 1996, 68; Beschl. v. 15.10.2007 – II ZR 243/06, DStR 2007, 2270, 2271).

[27] (2) Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Beklagte habe sich über den Umweg der Liquidatorenvergütung für eine nicht erkennbare Tätigkeit im wirtschaftlichen Ergebnis seine Stammeinlage in die DI. GmbH zurückgezahlt. Damit hat es eine verdeckte Ausschüttung an den Beklagten bejaht. Dies greift die Revision nicht an.

[28] bb) Liegt eine Verteilung unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG vor, ist der Gläubiger so zu stellen, wie er bei Berücksichtigung der Forderung in der Liquidation gestanden hätte (BGH, Urt. v. 13.03.2018 – II ZR 158/16, BGHZ 218, 80 Rn. 46). Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, insbesondere ist unklar, ob es sich bei dem Kläger um den einzigen Gläubiger der DI. GmbH gehandelt hat, dessen Forderung im Liquidationsverfahren unberücksichtigt geblieben ist.

[29] b) Soweit ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO in Betracht kommen könnte, hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht erinnert, keine Feststellungen zum Schaden des Klägers getroffen, keine Ersatzfähig wäre der Schaden, der dem Kläger durch die verspätete oder unterlassene Stellung des Insolvenzantrags entstanden ist.

[30] 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass nach dem bisherigen Sach- und Streitstand des Verfahrens nicht davon auszugehen ist, dass ein möglicher Anspruch gem. § 73 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, den der Kläger entsprechend § 268 Abs. 2 i.V.m. § 93 Abs. 5 AktG verfolgen könnte, verjährt wäre.

[31] a) Der Anspruch aus § 73 Abs. 3 Satz 1 GmbHG verjährt nach § 73 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 43 Abs. 4 GmbHG innerhalb von fünf Jahren, wobei die Verjährung mit der Vornahme der pflichtwidrigen Handlung, also der Verteilung, beginnt (BGH, Urt. v. 09.02.2009 – II ZR 292/07, BGHZ 179, 344 Rn. 12 – Sanitary; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 11. Aufl., § 73 Rn. 30; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., § 73 Rn. 15; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl., § 73 Rn. 41; *Paura*, in: Ulmer/Haber-sack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 73 Rn. 43).

[32] An der Verjährung ändert es nichts, dass der Kläger den Anspruch nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung nur subsidiär geltend machen kann bzw. – wie der Senat ausgesprochen hat – jedenfalls nach Löschung der GmbH (BGH, Urt. v. 13.03.2018 – II ZR 158/16, BGHZ 218, 80 Rn. 55). Die entsprechende Anwendung von § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 5 AktG führt nur zu einem Verfolgungsrecht des Gläubigers (BGH, Urt. v. 13.03.2018 – II ZR 158/16, BGHZ 218, 80 Rn. 52). Unabhängig davon, ob der Gläubiger den Anspruch der Gesellschaft in Prozessstandschaft verfolgt (LG Köln, AG 1976, 105 f.; *Habscheid*, in: Festschrift F. Weber, 1975, S. 197 f.) oder einen eigenen, von dem Anspruch der Gesellschaft abhängigen Anspruch (*Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 549 f.; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 93 Rn. 294; MünchKommAktG/Spindler, 5. Aufl., § 93 Rn. 301), würde zumindest die Abhängigkeit des Anspruchs von demjenigen der Gesellschaft dazu führen, dass der Schuldner in gleicher Weise wie gegenüber der Gesellschaft die Verjährung des Anspruchs einreden kann (*Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 596).

[33] b) Ausgehend von der zeitlich ersten Zahlung am 08.10.2009 kann Verjährung nicht eingetreten sein, wenn vom Kläger bis zum 08.10.2014 die Verjährung hemmende Maßnahmen ergriffen worden wären. Hierzu hat das Beru-

fungengericht zwar keine Feststellungen getroffen. Die Zustellung des Mahnbescheids am 11.01.2014 an den Beklagten konnte aber nach seinem eigenen Vorbringen gem. § 204 Abs. 1 Nr. 3, § 209 BGB die Hemmung der Verjährung des hier verfolgten Anspruchs bewirken.

[34] aa) Der Mahnantrag und der auf seiner Grundlage ergangene Mahnbescheid muss den geltend gemachten prozessualen Anspruch nach § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO individualisieren, das heißt, den Anspruch unter bestimmter Angabe der verlangten Leistung bezeichnen. Fehlt es hieran, tritt keine Hemmung der Verjährung durch den antragsgemäß erlassenen Mahnbescheid ein. Die Individualisierung kann auch nicht mehr verjährungshemmend nachgeholt werden. Der Regelung des § 204 BGB liegt das Prinzip zugrunde, dass die Verjährung durch eine aktive Rechtsverfolgung des Gläubigers gehemmt wird, die einen auf die Durchsetzung seines Anspruchs gerichteten Willen für den Schuldner erkennbar macht; der Gläubiger muss dem Schuldner seinen Rechtsverfolgungswillen so klarmachen, dass dieser sich darauf einrichten muss, auch nach Ablauf der (ursprünglichen) Verjährungszeit in Anspruch genommen zu werden. Entscheidend ist mithin, ob die konkrete Maßnahme der Rechtsverfolgung die geforderte Warnfunktion erfüllt. Der Anspruchsgegner muss erkennen können, „worum es geht“ (BGH, Urt. v. 18.06.2015 – III ZR 198/14, BGHZ 206, 41 Rn. 17 f.; Urt. v. 13.10.2015 – II ZR 281/14, NJW 2016, 1083 Rn. 16; Urt. v. 08.05.2018 – II ZR 314/16, WM 2018, 2052 Rn. 11).

[35] Ein im Mahnverfahren geltend gemachter Anspruch ist dann i.S.v. § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO hinreichend individualisiert, wenn er durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt werden kann, dass er Grundlage eines materiell rechtskräftigen Vollstreckungstitels sein kann und dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will. Wann diese Anforderungen erfüllt sind, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen Art und Umfang der erforderlichen Angaben im Einzelfall von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab (BGH, Urt. v. 18.06.2015 – III ZR 198/14, BGHZ 206, 41 Rn. 19; Urt. v. 13.10.2015 – II ZR 281/14, NJW 2016, 1083 Rn. 17; Urt. v. 08.05.2018 – II ZR 314/16, WM 2018, 2052 Rn. 12).

[36] Voraussetzung für die verjährungshemmende Wirkung ist allerdings nicht, dass aus dem Mahnbescheid für einen außenstehenden Dritten ersichtlich ist, welcher konkrete Anspruch mit dem Mahnbescheid geltend gemacht wird; es reicht aus, dass dies für den Antragsgegner erkennbar ist. Im Mahnbescheid kann zur Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs auch auf Rechnungen oder andere (vorprozessuale) Urkunden Bezug genommen werden. Diese sind jedenfalls dann zur Individualisierung des Anspruchs geeignet, wenn sie dem Mahnbescheid in Abschrift beigefügt werden oder dem Gegner bereits zugegangen sind (BGH, Urt. v. 13.10.2015 – II ZR 281/14, NJW 2016, 1083 Rn. 18). Die im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids enthaltene Falschangabe des Datums eines vorprozessualen Anspruchsschreibens, auf das der Antragsteller, ohne es dem Antrag beizufügen, zur Individualisierung seines Anspruchs Bezug nimmt, ist unschädlich,

wenn für den Antragsgegner ohne weiteres ersichtlich ist, um welches Schreiben es sich handelt (BGH, Urt. v. 14.07.2010 – VIII ZR 229/09, NJW-RR 2010, 1455 Rn. 13).

[37] bb) Danach ist unter Berücksichtigung des Beklagtenvorbringens die Verjährung durch die Zustellung des Mahnbescheids am 11.01.2014 gehemmt worden. Zwar ist nicht festgestellt, dass das im Mahnbescheid bezeichnete Anspruchsschreiben vom 16.12.2013 dem Beklagten bekannt war. Der Beklagte hat aber vorgetragen, vom Kläger mit Schreiben vom 20.12.2013, zugestellt am 24.12.2013, zur Zahlung der im Mahnbescheid bezeichneten Forderung aufgefordert worden zu sein und dieses Schreiben vorgelegt. Die dem Schreiben beigefügte Forderungsaufstellung entspricht dem Betrag nach der im Mahnverfahren geltend gemachten Forderung. In dem Schreiben macht der Kläger auch deutlich, dass er den Beklagten wegen der Verletzung der sich aus § 73 GmbHG ergebenden Pflichten in Anspruch nehmen will.

[38] Für die Hemmung der Verjährung kommt es entgegen der Sicht der Revision nicht darauf an, dass der Kläger die einzelnen aus dem Vermögen der DI. GmbH geleisteten Zahlungen nicht bezeichnet hat. Anders als die Revision meint, ist der Anspruch nicht – wie etwa der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG (vgl. dazu BGH, Urt. v. 08.05.2018 – II ZR 314/16, WM 2018, 2052 Rn. 15) – auf Erstattung der an die Gesellschafter verteilten Einzelbeträge gerichtet, die jeweils als rechtlich selbstständiger Anspruch anzusehen sind, sondern auf Schadensersatz (*Paura*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 73 Rn. 38). Der Gläubiger, der den Anspruch der Gesellschaft verfolgt, ist so zu stellen, wie er bei der Berücksichtigung seiner Forderung in der Liquidation gestanden hätte (BGH, Urt. v. 13.03.2018 – II ZR 158/16, BGHZ 218, 80 Rn. 62). Angesichts dessen reicht es für die Individualisierung des Anspruchs aus, dass der Gläubiger die ihm gegen die Gesellschaft zustehende Forderung konkret bezeichnet.

IV. Rechtsbehelfsbelehrung:

[39] Gegen dieses Versäumnisurteil kann die säumige Partei innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung des Versäumnisurteils beginnt, schriftlich Einspruch durch eine von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnete Einspruchsschrift beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe (Postanschrift: 76125 Karlsruhe) einlegen.

Insolvenzrecht

Kaufpreistraten in der Insolvenz

InsO § 36 Abs. 1; ZPO § 850i Abs. 1 Satz 1 Fall 2

Leitsatz (amtlich):

Kaufpreistraten stellen sonstige Einkünfte im Sinne der Pfändungsschutzvorschriften dar.

BGH, Beschl. v. 26.09.2019 – IX ZB 21/19

Gründe:

[1] I. Der Schuldner verkaufte im März 2016 einen Geschäftsanteil an einer GmbH für 1.255.000 €. Im Mai 2016 vereinbarten die Vertragsparteien unter anderem, dass vom Kaufpreis ein Teilbetrag i.H.v. 731.000 € in monatlichen Raten à 5.000 €, beginnend am 01.06.2016, zu zahlen sei. Weitere Einnahmen fließen dem Schuldner, der fünf Kinder (geboren in den Jahren 1996, 1998, 2015, 2017 und 2019) hat, nicht zu. Am 08.10.2018 wurde auf Antrag eines Gläubigers vom 10.07.2018 über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet und der weitere Beteiligte zu 1 zum Insolvenzverwalter bestellt.

[2] Der Schuldner hat mit Schriftsatz vom 28.09.2018 beantragt, ihm den unpfändbaren Anteil der laufenden Einkünfte gem. § 850i ZPO i.H.v. 2.500 € zu belassen und gem. § 850k Abs. 4 ZPO zu entscheiden, dass der Betrag i.H.v. 2.500 € auf seinem Pfändungsschutzkonto unpfändbar zu belassen sei. Das Insolvenzgericht hat die Anträge als unzulässig abgelehnt, das Beschwerdegericht hat die sofortige Beschwerde des Schuldners zurückgewiesen. Mit seiner vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Schuldner sein Begehren weiter.

[3] II. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft und zulässig (§§ 574, 575 ZPO). Dem Schuldner war Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in die Versäumung der Fristen zur Einlegung und Begründung der Rechtsbeschwerde zu gewähren (§ 233 ZPO). Denn er war bis zur Bewilligung der Prozesskostenhilfe durch Beschluss des Senats vom 11.04.2019 ohne sein Verschulden an der rechtzeitigen Vornahme einer die Frist wahrenen Handlung verhindert. Der Hinderungsgrund für die Einhaltung der Rechtsbeschwerde- und Rechtsbeschwerdebegründungsfrist ist frühestens mit der Zustellung des Beschlusses des Senats am 25.04.2019 weggefallen. Die Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in den Schriftsätzen vom 25.04.2019 (Rechtsbeschwerde) und vom 08.05.2019 (Rechtsbeschwerdebegründung) sind mithin in der Frist des § 234 Abs. 1 ZPO gestellt worden und entsprechen der Form des § 236 ZPO.

[4] III. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

[5] 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt: Die monatlichen Ratenzahlungen aufgrund der Veräußerung des Geschäftsanteils stellten keine Einkünfte i.S.v. § 850i ZPO dar. Für den Pfändungsschutz nach § 850i ZPO sei es erforderlich, dass für die Einkünfte eine im gleichen Zeitraum erbrachte Gegenleistung erfolgen müsse. Dies ergebe sich daraus, dass die sonstigen Einkünfte in einem Zusammenhang mit den Vergütungen für persönlich geleistete Arbeiten und Dienste stünden. Bei dem streitgegenständlichen Ratenzahlungsvertrag sei hingegen der Anspruch auf Leistung bereits mit Abschluss des Vertrages entstanden und werde aufgrund der nachträglich getroffenen Fälligkeitsvereinbarung erst im Laufe des Insolvenzverfahrens fällig. Es handele sich daher bei den Ratenzahlungen um Vermögen, nicht um Einkünfte.

[6] 2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Kaufpreistraten unterfallen § 850i ZPO.

[7] a) Nach § 35 Abs. 1 InsO fällt in die Insolvenzmasse das gesamte Vermögen des Schuldners, das ihm zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er im Laufe des Verfahrens erlangt. Nicht zur Insolvenzmasse gehören gem. § 36 Abs. 1 InsO die Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen. § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO nimmt ausdrücklich § 850i ZPO in Bezug.

[8] Nach § 850i Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Gericht dem Schuldner auf Antrag während eines angemessenen Zeitraums so viel zu belassen, wie ihm nach freier Schätzung des Gerichts verbleiben würde, wenn sein Einkommen aus laufendem Arbeits- oder Dienstlohn bestünde, wenn sonstige Einkünfte, die kein Arbeitseinkommen sind, gepfändet werden, soweit dies erforderlich ist, damit dem Schuldner ein unpfändbares Einkommen in Höhe der von § 850c Abs. 1, 2a ZPO bestimmten Beträge gegebenenfalls i.V.m. §§ 850e, 850f Abs. 1 ZPO verbleibt (BGH, Beschl. v. 27.09.2018 – IX ZB 19/18, NZI 2018, 899 Rn. 10 m.w.N.). Die Regelung will vornehmlich Einkünfte Selbständiger und generell solche aus nicht abhängiger Tätigkeit dem Pfändungsschutz zuführen (*Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Aufl., § 850i Rn. 7). Darunter sind auch Einkünfte aus sogenannter kapitalistischer Tätigkeit zu rechnen, etwa aus Kapitalvermögen, aus Vermietung und Verpachtung, auch Werklohnansprüche und Verkaufserlöse, solange die Einkünfte selbst erzielt, also eigenständig erwirtschaftet sind (BGH, Beschl. v. 27.09.2018, a.a.O.). Das gilt unabhängig davon, ob das zur Entstehung einer Forderung eingesetzte Kapital erarbeitet wurde (BGH, Beschl. v. 27.09.2018, a.a.O., Rn. 12).

[9] Die Mittel, welche der Schuldner zu seinem Lebensunterhalt braucht, sollen nach Vorstellung des Gesetzgebers vorrangig von ihm selbst erwirtschaftet werden. § 850i ZPO will verhindern, dass ein Schuldner seinen Lebensunterhalt nicht durch eigene wirtschaftliche Bemühungen sichern kann. Ein weitergehender Schutz des Schuldners ist vom Gesetz nicht beabsichtigt, weil dieses auch die Interessen des Gläubigers an einer effektiven Befriedigung berechtigter Forderungen berücksichtigt. Vor diesem Hintergrund stellen Geldforderungen, die der Schuldner nicht aufgrund wirtschaftlicher Betätigung erwirbt, keine sonstigen Einkünfte i.S.d. § 850i ZPO dar. Solche Einkünfte, welche ein Schuldner nicht selbst erzielt hat, sind etwa Geschenke, Lottogewinne und erbrechtliche Ansprüche (BGH, Beschl. v. 27.09.2018, a.a.O., Rn. 11).

[10] b) Nach diesen Maßstäben handelt es sich bei den Kaufpreistraten um selbst erwirtschaftete Einkünfte. Denn der Schuldner hat durch die Veräußerung seines Geschäftsanteils den Verkaufserlös erzielt und damit selbst erwirtschaftet. Un erheblich ist, ob er mit seinem Vertragspartner vereinbart hat, dass der Kaufpreis auf einmal oder in Raten beglichen wird. In beiden Fällen unterfällt der Verkaufserlös § 850i Abs. 1 ZPO (vgl. BGH, Beschl. v. 12.09.2019 – IX ZB 56/18 unter II.2.b).

[11] Ebenso unerheblich ist es, ob die Vertragsparteien – gegebenenfalls auch nachträglich – eine Vorleistungspflicht des Verkäufers vereinbaren und der Kaufpreis aufgrund der nachträglich getroffenen Fälligkeitsvereinbarung teilweise erst im Laufe des Insolvenzverfahrens fällig wird. Die Kaufpreiszah-

lungen stellen dennoch selbst erwirtschaftete Einkünfte im Sinne der Pfändungsschutzvorschrift dar. Ebenso wenig wie es darauf ankommt, durch welche Art von Aktivität der Schuldner den Anspruch auf die Zahlungen erwirtschaftet, ob die Einkünfte Gegenleistung für persönliche Arbeiten oder Dienste oder für fremde Arbeitsleistung, Sacheigentum oder Rechte darstellen (vgl. Meller-Hannich, ZZZP 2017, 303, 310), kann im Hinblick auf Wortlaut, Systematik und Zweck der Norm (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 26.06.2014 – IX ZB 88/13, NZI 2014, 772 Rn. 10 ff) eine Rolle spielen, zu welchem Zeitpunkt eine vertraglich geschuldete Gegenleistung zu erbringen war. Dementsprechend greift der Pfändungsschutz auch bei Arbeitseinkommen nach § 850 Abs. 2 ZPO für Ansprüche, die ihre Rechtsgrundlage in früheren Arbeitsverhältnissen haben (vgl. Musielak/Voit/Becker, ZPO, 16. Aufl., § 850 Rn. 2).

[12] c) Der Begriff „sonstige Einkünfte, die kein Arbeitseinkommen sind“ ist autonom und nicht nach den Bestimmungen des Einkommensteuergesetzes auszulegen (Meller-Hannich, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl., § 850i Rn. 7 unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 16/7615, S. 18). Mithin spielen auch die unter Bezugnahme auf den Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 29.03.2007 (XI B 56/06) angestellten Erwägungen des Beschwerdegerichts keine Rolle, dass steuerrechtlich der Gewinn des Schuldners sich im Zeitpunkt der Veräußerung verwirklicht habe.

[13] III. 1. Der angefochtene Beschluss kann daher keinen Bestand haben. Er ist aufzuheben. Eine eigene abschließende Entscheidung über den begehrten Pfändungsschutz ist dem Senat nicht möglich; daher ist die Sache zurückzuverweisen (§ 577 Abs. 4 Satz 1, Abs. 5 ZPO).

[14] 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgende Punkte hin:

[15] a) Bisher hat keine wirksame Übertragung des Beschwerdeverfahrens auf die Kammer stattgefunden. Fällt das Beschwerdeverfahren in die originäre Zuständigkeit des Einzelrichters, ist die Kammer nicht befugt, selbst über die Übertragung zu entscheiden. Es ist unerheblich, ob der Einzelrichter an einem solchen Kammerbeschluss mitwirkt, weil nach § 568 Satz 2 ZPO allein der Einzelrichter zu entscheiden hat, ob die Voraussetzungen für eine Übertragung auf die Kammer vorliegen. Erforderlich ist deswegen ein Beschluss des Einzelrichters gem. § 568 Satz 2 ZPO, das Verfahren dem Beschwerdegericht zur Entscheidung in der im Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Besetzung zu übertragen (BGH, Beschl. v. 21.09.2017 – IX ZB 84/16, NZI 2017, 991 Rn. 11; v. 21.03.2019 – IX ZB 47/17, NZI 2019, 541 Rn. 30).

[16] b) Das Beschwerdegericht wird im Rahmen des § 850i ZPO unter Berücksichtigung aller Einkünfte des Schuldners zu prüfen haben, in welcher Höhe ihm nach §§ 850i, 850c Abs. 1, 2a ZPO (vgl. BGH, Beschl. v. 07.04.2016 – IX ZB 69/15, NZI 2016, 457 Rn. 14) Pfändungsschutz für die Kaufpreistraten zu gewähren ist. Der Pfändungsschutz des § 850i Abs. 1 ZPO greift dabei nicht stets in vollem Umfang durch. Zwar spielen in der Gesamtvollstreckung die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners und seine sonstigen Verdienstmöglichkeiten (§ 850i Abs. 1 Satz 2 ZPO) grundsätzlich kei-

ne Rolle, weil in der Insolvenz sämtliche pfändbaren Vermögensgegenstände (§ 36 Abs. 1 InsO) in die Masse fallen und deswegen zugunsten der Gläubiger verwertet werden. Auch ist § 850i Abs. 1 Satz 3 ZPO im Insolvenzverfahren nicht unmittelbar anwendbar, weil durch diese Regelung sichergestellt werden soll, dass die individuellen Belange des vollstreckenden Gläubigers – etwa seine über die allgemeinen Verhältnisse hinausgehende Schutzbedürftigkeit – Berücksichtigung finden. Im Insolvenzverfahren ist eine solche Abwägung zugunsten einzelner Gläubiger ausgeschlossen. Gleichwohl bedarf es nach § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 850i Abs. 1 ZPO einer wertenden Entscheidung des Vollstreckungsgerichts, ob und wie Pfändungsschutzvorschriften der §§ 850 ff. ZPO unter Abwägung der Belange von Schuldner und Gläubiger zur Anwendung kommen (BGH, Beschl. v. 27.09.2018 – IX ZB 19/18, NZI 2018, 899 Rn. 14).

[17] c) Sofern das Beschwerdegericht zu dem Ergebnis kommen sollte, dass dem Schuldner nach § 850i ZPO ein Teilbetrag zu belassen ist, der ihm verbleiben würde, wenn sein Einkommen aus laufendem Arbeits- oder Dienstlohn bestünde, mithin der Käufer in Folge dieser Entscheidung die Kaufpreistraten in Höhe dieses Teilbetrags auf das Pfändungsschutzkonto des Schuldners einzahlt und dieser den dem Schuldner zustehenden monatlichen Pfändungsfreibetrag nach § 850c Abs. 1 Satz 1 ZPO von derzeit 1.178,59 € (seit 01.07.2019) übersteigt, wird das Gericht auch über den weiteren Antrag des Schuldners entscheiden müssen, ihm gem. § 850k Abs. 4 ZPO einen Geldbetrag i.H.v. 2.500 € auf seinem Pfändungsschutzkonto unpfändbar zu belassen.

[18] aa) Für § 850k ZPO ist es ohne Bedeutung, auf welchen Gutschriften das geschützte Guthaben beruht (BGH, Beschl. v. 10.11.2011 – VII ZB 64/10, BGHZ 191, 270 Rn. 7; Zöller/Herget, ZPO, 32. Aufl., § 850k Rn. 3; BeckOK-ZPO/Riedel, 2019, § 850k Rn. 9; MünchKomm-ZPO/Smid, 5. Aufl., § 850k Rn. 2; Meller-Hannich, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl., § 850k Rn. 1, 9). Es sind sämtliche Guthabenbeträge unabhängig von ihrer Herkunft und Regelmäßigkeit geschützt, mithin Guthaben, die durch die Gutschrift pfändbarer oder (ganz oder teilweise) unpfändbarer Ansprüche entstehen. Unerheblich ist, ob es sich um Einkünfte aus abhängiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit oder um sonstige Einkünfte (Renten, Versorgungsbezüge, Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung, Unterhaltsansprüche, freiwillige Zuwendungen Dritter) handelt (Zöller/Herget, ZPO, 32. Aufl., § 850k Rn. 3). Daher fallen auch die Gutschriften aus den Kaufpreistraten, sofern sie auf einem Pfändungsschutzkonto eingezahlt werden, unter den Schutz des § 850k ZPO.

[19] Im Unterschied zu § 850i ZPO bedarf es im Rahmen des § 850k ZPO regelmäßig keines Antrags durch den Schuldner und keiner Entscheidung des Vollstreckungsgerichts. Für das Guthaben auf einem Pfändungsschutzkonto erhält der Schuldner Pfändungsschutz in Höhe eines pauschalen Pfändungsfreibetrags. Der Pfändungsfreibetrag ist durch das Kreditinstitut als Drittschuldner zu berechnen und zu berücksichtigen (vgl. Meller-Hannich, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl., § 850k Rn. 1).

[20] bb) Der Sockelbetrag aus § 850k Abs. 1 ZPO wird durch den Aufstockungsbetrag nach § 850k Abs. 2 Nr. 1a ZPO erhöht, sofern der Schuldner Kindern (Bar- oder Natural-) Unterhalt gewährt. Der Schuldner muss nach § 850k Abs. 5 Satz 2 ZPO dem Kreditinstitut nur eine Bescheinigung der Familienkasse oder einer geeigneten Person oder Stelle i.S.v. § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO vorlegen (vgl. BGH, Beschl. v. 10.11.2011 – VII ZB 64/10, BGHZ 191, 270 Rn. 7). Ihm stünde auf seinem Konto dann nach § 850c Abs. 1 Satz 2 ZPO ein erhöhter Freibetrag in Höhe von derzeit maximal 2.610,63 € (bei fünf Unterhaltsberechtigten) zu. Ob ein Antrag des Schuldners, sofern dieser Unterhalt gewährt, nach § 850k Abs. 5 Satz 4 ZPO zulässig ist, weil er die erforderlichen Nachweise für die Erhöhung des automatischen Pfändungsschutzes nach § 850k Abs. 2 ZPO nicht beibringen kann (vgl. LG Essen, ZVI 2011, 64; AG Hannover, ZVI 2011, 230, 231; AG Steinfurt, Beschl. v. 22.06.2015 – 18 M 888/13, juris Rn. 9; AG Greiz, Beschl. v. 17.02.2017 – M 648/16, juris Rn. 3; AG Wiesbaden, Beschl. v. 12.09.2018 – 65 M 7317/18, juris Rn. 2; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Aufl., § 850k Rn. 42), lässt sich den Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht entnehmen.

[21] cc) Nach § 850k Abs. 4 ZPO ist ein Schuldnerantrag und eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts erforderlich, wenn der Sockelbetrag erweitert werden soll (vgl. *Meller-Hannich*, a.a.O., Rn. 38). Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass das Vollstreckungsgericht in den für den allgemeinen Pfändungsschutz von Arbeitseinkommen und gleichgestellter Einkünfte vorgesehenen Fällen auch bei der Kontopfändung einen anderen pfändungsfreien Betrag festlegen kann. Die Regelung verpflichtet das Vollstreckungsgericht, grundsätzlich das Gesamtkonzept des Lohnpfändungsrechts auf das Pfändungsschutzkonto zu beziehen (BGH, Beschl. v. 24.01.2018 – VII ZB 27/17, NZI 2018, 493 Rn. 9). Dies gilt auch in der Insolvenz des Schuldners für das Insolvenzgericht, soweit § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO auf die Pfändungsschutzvorschriften verweist. Deswegen wird das Beschwerdegericht ggf. prüfen müssen, ob dem Schuldner infolge besonderer Verhältnisse gem. § 850k Abs. 4 ZPO im Einzelfall ein von § 850k Abs. 1 und 2 ZPO abweichender Freibetrag zugesprochen werden muss (vgl. BGH, Beschl. v. 10.11.2011 – VII ZB 64/10, BGHZ 191, 270 Rn. 8; v. 24.01.2018 – VII ZB 21/17, WM 2018, 432 Rn. 10; v. 24.01.2018 – VII ZB 27/17, NZI 2018, 493 Rn. 9, 11; *Meller-Hannich*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, a.a.O., Rn. 38 ff.).

Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht

Gebührensatz des „Verfügungsgeschäfts“ nach Ausübung eines dinglichen Vorkaufsrechts; LG Aachen, Beschl. v. 28.03.2019 – 2 OH 4/18¹

Der Beschluss des Landgerichts Aachen befasst sich mit der Frage des Gebührensatzes für die Beurkundung eines Verfügungsgeschäfts, nämlich einer Auflassung nach Ausübung eines dinglichen Vorkaufsrechts. Die Entscheidung bietet Gelegenheit, sich näher mit der Systematik der Gebühren für notarielle Beurkundungsverfahren zu befassen. Der dem Beschluss zugrunde liegende Sachverhalt soll hier etwas vereinfacht dargestellt werden:

Der Notar beurkundete den Verkauf eines Grundstücks an einen Einzelkäufer (nachfolgend: „Erstkaufvertrag“). Zu Lasten des Grundstücks war aufgrund beurkundeter Vorkaufsrechtsbestellung ein dingliches Vorkaufsrecht zu Gunsten einer Personenmehrheit eingetragen. Ein Teil der Vorkaufsberechtigten übte das Vorkaufsrecht form- und fristgerecht aus. Daraufhin wurde bei demselben Notar eine Folgebeurkundung vorgenommen, an welcher der Verkäufer aus dem Erstkaufvertrag sowie sämtliche ursprüngliche Vorkaufsberechtigte teilnahmen. In dieser zweiten Urkunde wurde

- auf den ersten Kaufvertrag verwiesen i.S.d. § 13a BeurkG,
- durch diejenigen Vorkaufsberechtigten, welche das Vorkaufsrecht ausgeübt hatten, ein Beteiligungsverhältnis für den Erwerb („in Miteigentum je zur Hälfte“) festgelegt, welches im Erstkaufvertrag naturgemäß fehlte,
- durch die weiteren Vorkaufsberechtigten, welche ihr Recht nicht ausüben wollten, ausdrücklich auf das Vorkaufsrecht verzichtet und die Löschung des Vorkaufsrechts bewilligt und beantragt, und
- die Auflassung erklärt.

Der Notar erhob für diese Beurkundung eine 2,0-Gebühr gem. KV-Nr. 21100² aus dem vollen Kaufpreis. Hiergegen wendeten sich die Kostenschuldner. Mit Erfolg.

¹ Bisher n.v.

² Vorschriften ohne Nennung des Gesetzes sind solche des GNotKG.

Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts ist automatisch ein zweiter Kaufvertrag zustande gekommen mit demselben Inhalt, wie ihn der Erstkaufvertrag hatte, § 464 Abs. 2 BGB. Nur dort, wo Regelungen des Erstkaufvertrags auf das Vertragsverhältnis zum Vorkaufsberechtigten im zweiten Kaufvertrag nicht passen, sind diese in dem Vertrag mit dem Vorkaufsberechtigten sinnentsprechend anzupassen³ (z.B. hinsichtlich vereinbarter Fälligkeiten oder wegen der Finanzierung; hierüber ist im Sachverhalt der Entscheidung allerdings nichts mitgeteilt), ohne dass deswegen insgesamt ein „neuer“ Kaufvertrag vorläge. Die Festlegung eines Beteiligungsverhältnisses der Erwerber in der zweiten Urkunde war insoweit nur eine grundbuchverfahrensrechtlich notwendige⁴ Begleiterscheinung zur Auflassung. Der Verzicht einzelner Vorkaufsberechtigter auf ihr Vorkaufsrecht führt bereits im Vorfeld kraft Gesetzes dazu, dass dieses den weiteren Berechtigten alleine zusteht;⁵ auch insoweit dienen die entsprechenden Erklärungen allenfalls der Klarstellung sowie dem Grundbuchvollzug (im Hinblick auf die Löschung des Vorkaufsrechts).

Hauptsächlicher Beurkundungsgegenstand der zweiten Urkunde war demnach die erklärte Auflassung. Da es sich bei der Auflassung um die „Einigung über den Eigentumsübergang“ handelt, §§ 925, 873 Abs. 1 BGB, liegt ein (dinglicher) Vertrag vor. Für einen solchen kommen grundsätzlich drei verschiedene Gebührensätze in Betracht:

- eine 2,0-Gebühr gem. KV-Nr. 21100⁶
- eine 0,5-Gebühr gem. KV-Nr. 21101 Nr. 2 oder
- eine 1,0-Gebühr gem. KV-Nr. 21102 Nr. 1.

Als „Vertrag“ würde die Beurkundung der Auflassung eigentlich eine 2,0-Gebühr gem. KV-Nr. 21100 auslösen.⁷

Weil es sich aber um einen dinglichen Vertrag, d.h.: um ein „Verfügungsgeschäft“, handelt, spielen in der notariellen Praxis für die Beurkundung von Auflassungen (ebenso wie z.B. für Anteilsabtretungen) die beiden anderen genannten KV-Nummern die weitaus größere Rolle. Der Gesetzgeber sieht nämlich für **Verfügungsgeschäfte** die zwei genannten **Ermäßigungstatbestände** vor, wobei in beiden Fällen **Voraussetzung** ist, dass das „zugrunde liegende Rechtsgeschäft“ bereits **beurkundet** wurde, und die letztlich entstehende Gebühr (= der Gebührensatz) dann davon **abhängt, welcher Notar** das der Verfügung „zugrunde liegende Rechtsgeschäft“ beurkundet hat. Handelt es sich dabei um **denselben Notar**,⁸ so fällt gem. KV-Nr. 21101 Nr. 2 nur die 0,5-Gebühr an; handelt es sich um einen anderen Notar, so ist KV-Nr. 21102 Nr. 1 einschlägig und es wird eine 1,0-Gebühr ausgelöst.

Die Ermäßigung rechtfertigt sich daher aus dem Umstand, dass das Verfügungsgeschäft der Erfüllung eines bereits beurkundeten (oder zugleich mitbeurkundeten) „zugrunde liegenden“ Rechtsgeschäfts dient. Mit anderen Worten: die Ermäßigungstatbestände setzen voraus, dass ein **klagbarer Anspruch auf Erfüllung** besteht.⁹

Diese Ermäßigungstatbestände gelten freilich nur **für das Verfügungsgeschäft** als solches, vorliegend also für die Beurkundung nur der reinen Auflassung. Enthält die Urkunde darüber hinaus **weitere Erklärungen**, so handelt es sich hierbei regelmäßig um schuldrechtliche, verfahrensrechtliche und/oder vollstreckungsrechtliche Erklärungen und damit

um **weitere Beurkundungsgegenstände**, § 86 Abs. 2,¹⁰ welche entweder als nicht privilegierte vertragliche (Ergänzungs-)Erklärungen eine 2,0-Gebühr auslösen, um einseitige Erklärungen, welche eine 1,0-Gebühr gem. KV-Nr. 21200 auslösen, oder um Grundbuchverfahrenserklärungen, welche gem. KV-Nr. 21201 Nr. 4 eine 0,5-Gebühr auslösen.¹¹ Die mitbeurkundeten Erklärungen sind dann zu der erklärten Auflassung ggf. ganz oder teilweise gegenstandsidentisch als „Erfüllungs-, Sicherstellungs- oder sonstige Durchführungserklärungen“ gem. § 109 Abs. 1.¹² Im Falle einer Gegenstandsidentität ist eine Vergleichsberechnung gem. § 94 Abs. 2 anzustellen, wenn die einzelnen Erklärungen unterschiedliche Gebührensätze haben. Klassisches Beispiel hierfür ist die „Messungsanerkennung mit Auflassung“ nach Teilflächenkauf, wenn die letztlich vermessene Fläche von der ursprünglich intendierten abweicht.¹³ Gleiches würde gelten, wenn sich die Vorkaufsberechtigten in der zweiten Urkunden wegen der Kaufpreiszahlung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hätten.

Der Notar hat in dem entschiedenen Fall für seine Urkunde insgesamt eine 2,0-Gebühr aus dem vollen Kaufpreis erhoben. Er hat hierfür u.a. angeführt, dass in der zweiten Urkunde auf den Erstkaufvertrag beurkundungstechnisch verwiesen wurde, § 13a BeurkG. Weiter seien die Beurkundungen völlig unterschiedlich gewesen, u.a. aufgrund der Tatsache, dass in der zweiten Urkunde das Beteiligungsverhältnis i.S.d. § 47 GBO geklärt werden musste, dass Verzichtserklärungen der weiteren Vorkaufsberechtigten enthalten seien, die Löschung der Vormerkung für den Ersterwerber bewirkt wurde und eine Vielzahl weiterer Punkte klärungs- und regelungsbedürftig gewesen seien. Jedenfalls sei eine 1,0-Gebühr gem. KV 21102 Nr. 1 zu erheben, da als „Grundgeschäft“ die seinerzeitige Bestellung des Vorkaufsrechts anzusehen sei, und die Beurkundung derselben nicht durch ihn erfolgt sei.

Das Landgericht Aachen geht in der besprochenen Entscheidung auf die Frage, ob es sich bei der zweiten Urkunde tat-

3 Vgl. nur MüKo-BGB/Westermann, 8.A., § 464 Rn. 1.

4 § 47 GBO.

5 Vgl. § 472 Satz 2 BGB.

6 So z.B. *Diehm*, Notarkostenberechnungen, 6. Aufl., Rn. 517 ff., für den Fall der Auflassung nach Ausübung eines gesetzlichen Mietervorkaufsrecht. Die bis zur 4. Aufl. vertretene, abweichende Auffassung hat Diehm ausdrücklich aufgegeben.

7 Das ist z.B. eindeutig der Fall bei der Beurkundung der Auflassung zur Erfüllung eines in einem privatschriftlichen Testament ausgesetzten Grundstücksvermächtnisses; vgl. *Korintenberg/Tiedtke*, 20.A., KV-Nr. 21101 Rn. 24.

8 Im Sinne der Vorb. 2 Abs. 1: auch der Sozius, (bloßer) Büropartner, Aktenverwahrer, Notariatsverwalter und natürlich der Vertreter stehen dem Notar gleich und sind damit in kostenrechtlicher Hinsicht „derselbe Notar“.

9 *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 21.A., KV 21101 Rn. 16; *Bormann/Diehl/Sommerfeldt-Sommerfeldt*, GNotKG, 3.A., KV 21101 Rn. 11.

10 S. nur BeckOK-KostR/*Bachmayer*, 29. Edition, § 86 GNotKG Rn. 15.

11 Jeweils aus dem für die Erklärungen gegebenen Geschäftswert, welcher nach hierfür vorgesehenen Vorschriften zu bestimmen ist. Für die ergänzenden Vertragserklärungen (= die Vertragsanpassung bzw. -ergänzung) kommt daher regelmäßig nicht der volle Geschäftswert, sondern nur ein angemessener Teilgeschäftswert in Betracht, § 97 Abs. 1 und 2.

12 Streifzug, Rn. 172 ff.: bei Erklärung der Auflassung nach Ausübung eines Vorkaufsrechts ist die Auflassung das „Hauptgeschäft“ und sind die Modifizierungen des Erstvertrags die „Nebenerklärungen“, welche jedoch gegenstandsidentisch zur Auflassung sind.

13 S. nur BeckOK-KostR/*Bachmayer*, 29. Edition, § 109 GNotKG Rn. 17 ff.

sächlich um ein komplett neues Rechtsverhältnis gehandelt hat, welches die Erhebung einer 2,0-Gebühr aus dem vollen Kaufpreis rechtfertigen würde, im Grunde nicht vertiefend ein. Das Landgericht führt lediglich richtigerweise aus, dass – wie soeben dargestellt – für die in der zweiten Urkunde über die Auflassung hinaus beurkundeten Erklärungen ggf. weitere bzw. höhere Gebühren entstanden sind als die für die reine Auflassungserklärung. Da dieses aber nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war (und sich für die Kostenschuldner ggf. nachteilig ausgewirkt hätte), sah das Gericht von weiteren Erläuterungen ab.

Das Gericht prüfte demnach ausschließlich die Anwendbarkeit der KV-Nr. 21101 Nr. 2 oder der KV-Nr. 21102 Nr. 1 auf die erklärte Auflassung. Es ging damit letztlich um die Frage(n), ob das der Auflassung „zugrunde liegende Rechtsgeschäft“ bereits beurkundet war, und falls zutreffend und entscheidungserheblich, ob dies durch „denselben Notar“ geschehen war. Entscheidend für die Beantwortung ist dabei, **was man als das „zugrunde liegende Rechtsgeschäft“ ansieht**: die notariell beurkundete Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts¹⁴ oder den Erstkaufvertrag, welcher den Vorkaufsfall auslöst. Beide Meinungen werden vertreten und in der Entscheidung dargestellt.¹⁵

Das Landgericht schließt sich der **zweiten Meinung** an, welche auf die **Beurkundung des Kaufvertrags** abstellt, und nicht auf die Bestellung des Vorkaufsrechts. Hierfür sei vor allem die ratio legis der Ermäßigungstatbestände ausschlaggebend. Gesetzgeberischer Grund der kostenmäßigen Privilegierung des Verfügungsgeschäfts (= der Auflassung) sei der verringerte Aufwand beim Notar, wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft bereits beurkundet sei.¹⁶ Diese Betrachtung spreche deutlich für die Maßgeblichkeit des ursprünglich intendierten, den Vorkaufsfalls auslösenden Kaufvertrags (= des Erstkaufvertrags) als Grundgeschäft. Denn an dieser Stelle lägen primär die Synergieeffekte für alle Beteiligten, sowohl der Beteiligten als auch des Notars. Durch die gesetzliche Konstruktion, dass mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ein inhaltsgleicher zweiter Kaufvertrag zustande komme, seien alle wesentlichen Vertragselemente durch die Beurkundung des Erstkaufvertrags bereits geklärt und festgeschrieben, was im vorliegenden Fall besonders deutlich durch die Verweisung gem. § 13a BeurkG und den damit möglichen (und tatsächlich auch durchgeführten) Verzicht auf ein nochmaliges Verlesen des Kaufvertrags mit den Beteiligten der zweiten Urkunde zum Ausdruck komme. Genau dies sei der Anknüpfungspunkt der vom Gesetzgeber beabsichtigten kostenmäßigen Privilegierung des Verfügungsgeschäfts. Damit erhielt der Notar vorliegend die **0,5-Gebühr zugesprochen**, da er auch der Urkundsnotar des Erstkaufvertrags war.

Auf die Problematik, dass der „klagbare Anspruch auf Erfüllung“ sich nach der gesetzlichen Systematik nicht aus dem beurkundeten Erstkaufvertrag, sondern **aus dem nicht beurkundeten**, durch die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgelösten **zweiten Kaufvertrag** ergibt,¹⁷ geht das Landgericht ebenfalls nicht näher ein. Der Entscheidung ist dennoch **uneingeschränkt zuzustimmen**. Dies möge noch mit zwei weiteren Argumenten untermauert werden.

Zum einen führt das Abstellen auf den Erstkaufvertrag dazu, dass die Gebührenermäßigung auch bei der Beurkundung der

Auflassung nach Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts (z.B. eines Mietervorkaufsrechts) zum Tragen kommt.¹⁸ Der gesetzgeberische Grund, das Verfügungsgeschäft aufgrund der Synergieeffekte und des geringeren Beurkundungsaufwands kostenmäßig zu privilegieren, wenn es der Erfüllung eines bereits beurkundeten Verpflichtungsgeschäfts dient, trifft nämlich auch in diesem Fall zu, weil zwar nicht das Vorkaufsrecht, ab der den Vorkaufsfall auslösende Kaufvertrag beurkundet wurde.

Zum zweiten macht nur bei einem Abstellen auf den Erstkaufvertrag die (gebührenmäßige) Abstufung zwischen KV-Nr. 21101 Nr. 2 und KV-Nr. 21102 Nr. 1 im Hinblick auf das tatbestandliche Kriterium, ob die Beurkundung des Grundgeschäfts durch „denselben Notar“ erfolgte oder nicht, einen Sinn. Mit dem Verfügungsgeschäft wird ein bestimmter Kaufvertrag erfüllt, den der Vorkaufsberechtigte so übernehmen muss, wie er durch die Bestimmungen des Erstkaufvertrags vorgegeben ist. Die Vergünstigung des Verfügungsgeschäfts rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass bereits ein beurkundeter Kaufvertrag vorliegt, und damit das Verfügungsgeschäft weniger Aufwand bereitet. Dies gilt besonders bei dem Notar, welcher das Grundgeschäft selbst beurkundet hat. Dies gilt auch, aber nicht im gleichen Maße, bei einem anderen Notar,¹⁹ da auch dann der Aufwand immer noch geringer ist, als wenn gar kein beurkundetes Grundgeschäft vorläge. Voraussetzung ist freilich, dass das Grundgeschäft nicht bei einem ausländischen Notar beurkundet wurde.²⁰

Bleibt zum Abschluss noch die vom Landgericht Aachen ausgesparte Frage zu klären, welche weiteren/höheren Gebühren vorliegend für die Beurkundung ggf. entstanden wären. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt geht es dabei (neben anderem) um zwei Punkte: die Bestimmung des Beteiligungsverhältnisses unter den Vorkaufsberechtigten sowie der Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die weiteren Vorkaufsberechtigten und die Löschung desselben insgesamt im Grundbuch.

Das Beteiligungsverhältnis ist jedenfalls Teil der dinglichen Einigung (der Auflassung);²¹ dessen Festlegung ist

14 Das Vorkaufsrecht war nach dem in der Entscheidung dargestellten Sachverhalt den Vorkaufsberechtigten vertraglich eingeräumt und daher beurkundet worden. Im Falle einer – zivilrechtlich formfrei möglichen, BGH, Urt. v. 08.04.2016 – V ZR 73/15, DNotZ 2016, 915 – Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts durch bloße Eintragungsbewilligung (Entwurf mit Unterschriftsbeglaubigung) würde es insoweit mangels Beurkundung bereits an der Anwendbarkeit des Ermäßigungstatbestandes fehlen.

15 Für die Maßgeblichkeit des Vorkaufsrechts z.B. *Robs/Wedewer-Wudy*, GNotKG, 127 AL., Anl. 1 KV/Teil 2 Rn. 366. Für die Maßgeblichkeit des Erstkaufvertrags z.B. *Fackelmann/Heinemann-Fackelmann*, GNotKG, KV Nr. 21100-21102 Rn. 90 sowie Streifzug, 12.A., Rn. 172 ff.

16 BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 218.

17 Mit diesem Argument spricht sich Diehn seit der 5. Aufl. seiner „Notarkostenberechnungen“ für die 2,0-Gebühr gem. KV 21100 aus.

18 A.A. *Diehn*, Notarkostenberechnungen, 6. Aufl. 2020, Rn. 517 ff. Wie hier aber noch bis zur 4. Aufl.

19 Z.B. dem Notar, welcher die Annahme mit Auflassung zu einem andernorts beurkundeten Kaufvertragsangebot beurkundet.

20 BeckOK KostR/Hagedorn, 29. Edition, KV-Nr. 21102 Rn. 1. Wie hier auch *Fackelmann/Heinemann-Fackelmann*, GNotKG, KV Nr. 21100-21102 Rn. 97 sowie *Bormann/Diehn/Sommerfeldt-Sommerfeldt*, GNotKG, 3.A., KV 21102 Rn. 8.

21 Vgl. BeckOK GBO/Hügel, 38. Edition, § 47 Rn. 65a: ein in der Auflassung vergessenes Beteiligungsverhältnis kann nicht durch bloße Bewilligung nachgeholt werden.

demnach mit der Gebühr für die Beurkundung der Auflassung abgegolten. Regelmäßig wird es dem Verkäufer auf der schuldrechtlichen Ebene egal sein, in welchem Beteiligungsverhältnis der Gegenstand erworben wird, weil mehrere Käufer auf den Kaufpreis ohnehin als Gesamtschuldner haften werden, § 427 BGB. Von daher scheint mir eine Ergänzung der kaufvertraglichen Vereinbarungen nicht erforderlich zu sein. Die Festlegung des Beteiligungsverhältnisses allein im Rahmen der dinglichen Einigung ist demnach kostenneutral.

Letzteres gilt meines Erachtens auch für den Verzicht der weiteren Vorkaufsberechtigten und die Löschung des Vorkaufsrechts im Grundbuch. Der Verzicht auf die Vorkaufsrechtsausübung wurde bereits im Vorfeld der Beurkundung der Auf-

lassung formfrei erklärt und hat dazu geführt, dass ohnehin nur noch die weiteren Berechtigten das Vorkaufsrecht wirksam ausüben konnten, und der Vertrag nur mit diesen zustande kam. Eine „Verzichtserklärung“ in der zweiten Notarurkunde hat daher insoweit keinen rechtsgeschäftlichen, sondern tatsächlichen Charakter, und ist damit kostenmäßig irrelevant. Die Löschungsbewilligung hinsichtlich des Vorkaufsrechts löst per se eine 0,5-Gebühr gem. KV-Nr. 21201 Nr. 4 aus. Da sie aber der (vertraglich im Erstkaufvertrag vereinbarten und damit in den Kaufvertrag mit den Vorkaufsberechtigten transportierten) Lastenfreistellungsverpflichtung dient, ist sie als Erfüllungs- bzw. Durchführungsgeschäft gegenstandsidentisch i.S.d. § 109 Abs. 1 zur zweiten Urkunde.

Notar Christian Bachmayer, LL.M., Eppingen

ZNotP-Fragezeichen

Antworten

1. b) Nach § 2347 Abs. 2 S. 1 ist der Erb- wie der Pflichtteilsverzicht auf der Seite des Erblassers ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft, sodass eine vollmachtlose Vertretung nicht möglich ist.
2. b) Wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Erblasser zu Lebzeiten gemäß § 7 Abs. 2, § 6 Abs. 1 S. 1 HöfeO eine formlose Hoferbenbestimmung vorgenom-

men hat, genügt die Vorlage der in der öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen nicht zum Nachweis des Erbrechts hinsichtlich des Hofes (OLG Oldenburg Rpfleger 1984, 13). Nach OLG Hamm (ZErb 2016, 208) kann der Nachweis, dass keine formlose Hoferbenbestimmung getroffen wurde, auch durch eidesstattliche Versicherung der als gesetzliche Hoferben in Betracht kommenden Abkömmlinge des Erblassers geführt werden.

Wir trauern um

Professor Dr. iur. Helmut Weingärtner

Vorsitzender Richter am Landgericht a.D.

Herr Professor Dr. Weingärtner hat als Mitbegründer und Autor des Standardkommentars „Dienstordnung für Notarinnen und Notare“ und weiterer Titel zu notarrechtlichen Themen über viele Jahre eine bedeutende Rolle im Carl Heymanns Programm von Wolters Kluwer Deutschland gespielt.

Sein enormes Fachwissen, sein großes Engagement und seine menschliche Größe werden uns nachdrücklich in Erinnerung bleiben und den Autoren, die seine Werke weiterführen, weiterhin Vorbild und Richtschnur sein.

Wir werden Helmut Weingärtner schmerzlich vermissen und sein Andenken in Ehren halten.

Geschäftsführung und Lektorat

Wolters Kluwer Deutschland