

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5 Köln 1

Nr. 7/8

MittRhNotK

Juli/August 1988

Die Bedeutung der Vorschriften des Sozialhilferechts für die notarielle Vertragsgestaltung

(von Notarassessor Stefan Karpen, Krefeld)

A. Einleitung

B. Sozialhilferechtliche Grundlagen

I. Notlage

II. Hilfeempfänger

III. Einsatz von Einkommen und Vermögen

1. Hilfe zum Lebensunterhalt

a) Einkommen

b) Vermögen

(1) Begriff des Vermögens

(2) Schonvermögen

(3) Kleines Hausgrundstück

(4) Härteregelung des § 88 Abs. 3 BSHG

(5) Darlehen nach § 89 BSHG

2. Hilfe in besonderen Lebenslagen

IV. Einsatzpflichtiger nach §§ 11, 28 BSHG

1. Bedarfsgemeinschaft

2. Haushaltsgemeinschaft

V. Übergang von Ansprüchen auf den Sozialhilfeträger

1. Überleitung nach § 90 BSHG

2. Überleitung von Unterhaltsansprüchen nach § 91 BSHG

VI. Kostenersatz

1. Kostenersatz bei schuldhaftem Verhalten nach § 92a BSHG

2. Kostenersatz durch Erben nach § 92c BSHG

C. Praxisrelevante Fallgruppen

I. Schenkungen

1. Rückforderungsanspruch wegen Verarmung nach § 528 BGB

a) Begriff und Voraussetzungen einer Schenkung nach § 516 BGB

b) Art und Höhe des Rückforderungsanspruches

c) Beschränkung, Ausschluß und Erlöschen des Rückforderungsanspruches

d) Abdingbarkeit

2. Rückforderungsanspruch wegen Nichtigkeit nach §§ 138, 812 BGB

II. Altenteil/Leibgedinge

1. Pflegegeld nach dem BSHG bei Vereinbarung häuslicher Wart und Pflege

2. Auswärtige Unterbringung des Altenteilers/Leibgedingsberechtigten

a) Ersatzansprüche des Übergebers/Berechtigten gegen den Übernehmer/Verpflichteten

b) Ansprüche des Übergebers/Berechtigten gegen Geschwister des Übernehmers

III. Vermögensübernahme nach § 419 BGB

IV. Wohnungsrecht

V. Regelungen für das behinderte Kind

1. Rechtsgeschäfte unter Lebenden

2. Verfügungen von Todes wegen

VI. Unterhaltsverzicht

A. Einleitung

„Sozialhilfe erhält nicht, wer sich selbst helfen kann oder die erforderliche Hilfe von anderen, besonders von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält.“

Die Leistungen der Sozialhilfe sind, wie im BSHG in der zitierten Bestimmung des § 2 Abs. 1 besonders hervorgehoben, nachrangig. Der Hilfesuchende muß sich vorrangig selbst helfen, und zwar grundsätzlich durch Einsatz sämtlicher verfügbarer Mittel, insbesondere des Einkommens, des Vermögens und der Arbeitskraft. Hat der Hilfesuchende ein Recht auf Hilfe durch Dritte, wird diese Hilfe aber tatsächlich nicht gewährt, so fordert das Prinzip der Selbsthilfe zunächst das — zumutbare — Bemühen, die Ansprüche gegen die Dritten auf Leistung, z. B. Unterhaltszahlung, durchzusetzen. Solange jedoch die zu verlangenden Anstrengungen des Hilfesuchenden erfolglos bleiben, er also von dritter Seite keine Leistungen erhält, ist die damit gegenwärtige Notlage durch Gewährung von Sozialhilfe zu überbrücken. Zum Ausgleich der in diesen Fällen vom So-

zialhilfeträger erbrachten Vorleistungen — Dritte sind vorrangig verpflichtet — wird dem Sozialhilfeträger ein vereinfachter Anspruch auf Ersatz durch Überleitung der gegen die Dritten bestehenden Ansprüche gem. den §§ 90, 91 BSHG zugestanden.

Das bezeichnete Subsidiaritätsprinzip versteht sich als immanenter Bestandteil des BSHG; es ist daher unter allen Umständen zu wahren, wenn es auch ggf. erst im nachhinein realisiert wird. Das Gebot der Nachrangigkeit der Sozialhilfe beeinflusst über die entsprechenden Bestimmungen des BSHG auch die privatrechtliche — und damit auch notarielle — Vertragsgestaltung. So kann sich z. B. bei einer Vereinbarung, die zur Minderung des Vermögens eines (potentiellen) Hilfeempfängers führt oder aber einer Vereinbarung, die den Vermögenszuwachs beim Hilfeempfänger hindert, den Beteiligten und insbesondere dem Notar die Frage stellen, ob das von den Vertragsbeteiligten gewünschte Ergebnis nicht durch die Regelungen des BSHG durchkreuzt werden kann, also der angestrebte Erfolg möglicherweise nicht eintritt. Im umgekehrten Fall, also bei einer Vereinbarung, die die Mehrung des Vermögens eines (potentiellen) Hilfeempfängers zur Folge hat, ist zu klären, ob die

Vereinbarung zum Wegfall eines Anspruchs auf Sozialhilfe führt. Letztlich sind von dem Notar bei der Wahl einer bestimmten Vertragsgestaltung möglicherweise entstehende Ersatzansprüche des Sozialhilfeträgers zu berücksichtigen.

Die aufgeworfenen, dem Inhalt nach grob umrissenen Fragen stellen sich in der Praxis erfahrungsgemäß bei bestimmten, im Grundsatz jeweils gleich gelagerten Fallkonstellationen; sie sollen daher im einzelnen im Rahmen der Erörterung der konkreten Problemkreise beantwortet werden (C). Zuverlässige Antworten fordern aber die Kenntnisse zumindest einiger Grundzüge des Sozialhilferechts. Die wesentlichen Grundzüge werden daher im folgenden zunächst dargestellt (B).

B. Sozialhilferechtliche Grundlagen

I. Notlage

Der Anspruch auf Sozialhilfe ist abhängig vom Bestehen einer bestimmten Notlage. Demjenigen, der seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend beschaffen kann, ist Sozialhilfe in Form der Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren (§ 11 Abs. 1 BSHG). In qualifizierten Bedarfssituationen, z. B. besonderen Verhältnissen infolge Alters, Behinderung usw. (vgl. § 27 BSHG), ist demjenigen, dem die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen und Vermögen nicht zuzumuten ist, Hilfe in besonderen Lebenslagen zu gewähren (§ 28 BSHG).

II. Hilfeempfänger

Der Hilfeempfänger — bzw. der Hilfesuchende in dem Fall, daß Leistungen noch nicht gewährt worden sind — ist derjenige, der die vorgenannten Voraussetzungen der Bedürftigkeit erfüllt. Im Gegensatz zum alten Fürsorgerecht stellt das BSHG die Einzelperson in den Mittelpunkt¹. Jeder Hilfebedürftige hat einen eigenen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt². Dieser Grundsatz gilt auch im Rahmen einer Familiengemeinschaft; minderjährige Kinder sind also ebenfalls selbst Hilfeempfänger.

III. Einsatz von Einkommen und Vermögen

1. Hilfe zum Lebensunterhalt

a) Einkommen

Bei der Hilfe zum Lebensunterhalt ist das Einkommen des Hilfesuchenden grundsätzlich in voller Höhe anzurechnen. Zum Einkommen i. S. d. BSHG gehören nach der Grundregel des § 76 Abs. 1 BSHG alle Einkünfte in Geld — oder Geldeswert³. Bei der Einkommensberechnung sind allerdings nur solche Einkünfte zu berücksichtigen, die dem Hilfesuchenden tatsächlich zur Verfügung stehen, denn die Sozialhilfe soll eine gegenwärtige Notlage beheben oder lindern. Ansprüche gegen Dritte, z. B. Unterhaltsansprüche, zählen demgemäß nur dann zum Einkommen, wenn sie von Dritten erfüllt werden oder zumindest alsbald durchsetzbar sind⁴. Ist das Einkommen des Hilfesuchenden gepfändet und die Abwehr der Pfändung nicht möglich oder dem Hilfesuchenden — z. B. wegen eines langwierigen Rechtsmittelverfahrens — nicht zuzumuten, so fehlt es an der tatsächlichen Verfügbarkeit; das Einkommen ist daher nicht anrechenbar⁵. Dem Grundsatz nach aber bleibt der Hilfesuchende selbstverständlich als Folge des Grundsatzes des Nachranges der Sozialhilfe verpflichtet, realisierbare Möglichkeiten der Selbsthilfe auszuschöpfen⁶.

Weitere Einschränkungen des § 76 Abs. 1 BSHG finden sich in den Vorschriften der §§ 77, 78 BSHG. Gewisse Leistungen und Zuwendungen haben als Einkommen außer Betracht zu bleiben. Im Rahmen des hier zu behandelnden Themas ist der Bestimmung des § 78 Abs. 2 BSHG besonderes Augenmerk zu schenken. Nach ihr sollen Zuwendungen, die ein anderer gewährt, ohne hierzu eine rechtliche oder sittliche Pflicht zu haben, als Einkommen außer Betracht bleiben, soweit ihre Berücksichtigung für den Empfänger eine besondere Härte bedeuten würde. Es können also ggf. dem (potentiellen) Sozialhilfeempfänger Geld- oder Sachleistungen zufließen, die im Hinblick auf die Hilfestellung als nicht vorhanden behandelt werden.

Voraussetzung für eine Nichtanrechenbarkeit ist zunächst die Freiwilligkeit der Leistung. Die eine Freiwilligkeit ausschließende rechtliche Verpflichtung des Leistenden kann sich aus Gesetz, Vertrag oder Gewohnheitsrecht⁷ ergeben⁸. Das Bestehen einer sittlichen Verpflichtung ist anhand allgemeiner Gepflogenheiten und unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalles zu überprüfen. Man kann insoweit lediglich den Grundsatz aufstellen, daß jedenfalls Unterhaltsleistungen nahestehender Personen, insbesondere Verwandter oder Verschwägerter, regelmäßig aufgrund sittlicher Pflicht gewährt werden⁹ und damit als Einkommen des Hilfeempfängers anzurechnen sind. Müssen die genannten Unterhaltsleistungen ausnahmsweise als freiwillig erbracht bezeichnet werden, so kommt eine Berücksichtigung über die Vorschrift des § 16 BSHG¹⁰ in Betracht, denn diese Regelung geht der des § 78 Abs. 2 BSHG vor¹¹.

Zweite Voraussetzung der Nichtanrechenbarkeit der Leistungen Dritter ist eine anderenfalls für den Hilfeempfänger gegebene besondere Härte. Der Begriff der besonderen Härte wird im Gesetz nicht näher bestimmt. Nach allgemeiner Ansicht kann eine besondere Härte aber z. B. dann anzunehmen sein, wenn die Anrechnung der Zuwendung zu deren Einstellung führen würde¹². Damit jedoch ist dem Leistenden grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet, durch die Ankündigung oder Bestimmung der Einstellung der Leistung bei ihrer Berücksichtigung als Einkommen des Hilfeempfängers eine besondere Härte i. S. d. § 78 Abs. 2 BSHG zu begründen. Dem nicht aufgrund rechtlicher Verpflichtung Leistenden muß es freistehen, die Gewährung seiner Zuwendungen von der Nichtanrechnung auf Sozialleistungen abhängig zu machen¹³. Der Absicht, keinesfalls eine Entlastung des Sozialhilfeträgers eintreten zu lassen, sondern durch zusätzliche Leistungen eine Besserstellung des Hilfeempfängers zu erreichen, haftet nach Ansicht des Verfassers nichts Verwerfliches an, jedenfalls wird man eine entsprechende Regelung nicht als sittenwidrig i. S. d. § 138 BGB ansehen können¹⁴. Der Leistende ist nicht verpflichtet, für den Hilfeempfänger aufzukommen. Demgemäß werden keine Lasten auf den Sozialhilfeträger abgewälzt.

Über die Anwendung des § 78 Abs. 2 BSHG hat der Sozialhilfeträger nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Der leistende Dritte muß daher das Verhältnis seiner Zuwendung zu den Sozialleistungen derart gestalten, daß dem Sozialhilfeträger ein Nebeneinander gerechtfertigt erscheint. Bei geringwertigen Zuwendungen dürften insoweit praktisch kaum Schwierigkeiten auftreten. Eine Berücksichtigung dieser Zuwendungen als Einkommen mit der Folge ihrer Einstellung wird regelmäßig als besondere Härte bewertet werden können¹⁵. Kleinere Annehmlichkeiten neben der Sozialhilfe müssen als mit deren Rechtsnatur vereinbar angesehen werden. Anders hin-

1 Schellhorn/Jirasek/Seipp, 12. Aufl. 1985, § 11 BSHG, Rd.-Nr. 6.

2 BVerwGE 55, 148.

3 S. im einzelnen VO zur Durchführung des § 76 BSHG vom 28.11.1962 — BGBl. I, 692 — i. d. F. der VO vom 23.11.1976 — BGBl. I, 3234.

4 BVerwGE 29, 295; 39, 262; 21, 208.

5 BVerwGE 55, 148.

6 BVerwGE 67, 163.

7 Praktisch bedeutsam hier der Bereich des Arbeitsrechts.

8 Gottschick/Giese, 9. Aufl., 1985, § 78 BSHG, Rd.-Nr. 5.

9 Gottschick/Giese, a. a. O. (Fn. 8).

10 S. u. B. IV. 2.

11 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 78 BSHG, Rd.-Nr. 6.

12 Gottschick/Giese, § 78 BSHG, Rd.-Nr. 6.

13 Zur Unwirksamkeit eines Widerrufs von Leistungen einer betrieblichen Unterstützungskasse wegen Anrechnung von Sozialleistungen BAG NJW 1981, 840.

14 So aber Frank, Leistungsvoraussetzungen und Ersatzpflichten in der Sozialhilfe, BWNZ 1983, 153, 159.

15 Gottschick/Giese, § 78 BSHG, Rd.-Nr. 6.

gegen bei betragsmäßig erheblichen Leistungen. Hier wird die Sozialhilfe regelmäßig ein Nebeneinander nicht hinnehmen können, denn der Bezug bedeutender Werte durch den Hilfeempfänger verträgt sich nicht mit der vom Gesetz für die staatliche Unterstützung vorausgesetzten Notlage.

Sollen dem Hilfeempfänger also neben der Sozialhilfe wesentliche Leistungen zukommen, so empfiehlt sich nicht die Bestimmung der Einstellung der Leistungen insgesamt bei Berücksichtigung als Einkommen; der Sozialhilfeträger müßte in jedem Fall seine Hilfe voll erbringen, er könnte daher ohne Rücksicht auf Eigeninteressen allein zur Vermeidung eines Nebeneinanders die Leistungen des Dritten anrechnen, um so deren Einstellung zu erreichen. Der Leistungsvorbehalt müßte vielmehr so gefaßt werden, daß der Sozialhilfeträger die Gestaltung mit Blick auf die wirtschaftliche Verwendung seiner Gelder hinnehmen müßte und dem Hilfeempfänger dennoch zusätzliche Zuwendungen verblieben. Zu denken wäre z. B. an eine Regelung, wonach die freiwilligen Leistungen des Dritten erst dann entfallen, wenn sie über einen bestimmten Prozentsatz hinaus von dem Sozialhilfeträger als Einkommen berücksichtigt werden. Je höher dieser Prozentsatz angesetzt wird, um so größer die Ersparnis auf Seiten des Sozialhilfeträgers und um so größer folglich die Wahrscheinlichkeit der Nichtberücksichtigung des überschießenden Wertes. Bei erheblichen freiwilligen Zuwendungen müßte also, um eine spürbare Besserstellung des Hilfeempfängers zu erreichen, von vornherein eine teilweise Anrechnung als Einkommen in Kauf genommen werden. In der Praxis wird auf der Grundlage der vertraglichen Vorgabe letztlich wohl oft im Verhandlungswege eine endgültige, einvernehmliche, beiden Seiten gerecht werdende Regelung erzielt werden.

b) Vermögen

Neben dem Einsatz des Einkommens wird von dem Hilfesuchenden verlangt, daß er sein gesamtes verwertbares Vermögen verbraucht bzw. veräußert, bevor er Sozialhilfe beansprucht. Ausgenommen ist lediglich das Schonvermögen. Darüber hinaus sind in Härtefällen Ausnahmen möglich.

(1) Begriff des Vermögens

Der Begriff des Vermögens wird vom Gesetz nicht weiter definiert, sondern lediglich dahingehend eingeschränkt, daß solches Vermögen, welches nicht „verwertbar“ ist, unberücksichtigt bleibt. Zum Vermögen zählt man im allgemeinen alle beweglichen und unbeweglichen Sachen, Forderungen und sonstigen Vermögenswerte oder Geldeswerte, soweit sie nicht dem Einkommen zuzurechnen sind. Die Abgrenzung zwischen Vermögen und Einkommen ist im Hinblick auf die unterschiedliche Heranziehung des Einkommens und Vermögens von Bedeutung und im einzelnen streitig¹⁶.

Als verwertbar sind regelmäßig auch Vermögensgegenstände anzusehen, deren Veräußerung im Augenblick wirtschaftlich nicht günstig ist (z. B. Bauerwartungsland mit zu erwartendem Wertzuwachs, Verkauf von Wertpapieren zu vorübergehend niedrigem Kurs). In diesen Fällen hat der Sozialhilfeträger allerdings zu prüfen, ob in einer sofortigen Verwertung des Vermögens eine Härte liegt (§§ 88 Abs. 3, 89 BSHG) und ggf. Hilfe in Form eines Darlehens zu gewähren. Jedenfalls darf die Gewährung der Sozialhilfe nicht davon abhängig gemacht werden, daß der Hilfesuchende sein Vermögen unwirtschaftlich verschleudert.

Verwertbarkeit setzt ferner voraus, daß der Hilfesuchende unbeschränkte Verfügungsmacht hat. Daran fehlt es z. B. bei Nachlaßgegenständen, die einer Testamentsvollstreckung unterliegen.

Als Verwertung ist nicht nur die Veräußerung eines Vermögensgegenstandes, sondern auch dessen Belastung, Vermietung und Verpachtung usw. anzusehen.

(2) Schonvermögen

Der Einsatz des Vermögens wird grundsätzlich zugemutet; ausgenommen vom Einsatz und mithin weder bei der Festsetzung noch bei Form und Maß der Sozialhilfe zu berücksichtigen sind die in § 88 Abs. 2 Ziff. 1, 3—8 BSHG genannten Gegenstände, nämlich

- Vermögen, das aus öffentlichen Mitteln zum Aufbau und zur Sicherung einer Lebensgrundlage oder zur Gründung eines Hausstandes gewährt wird,
- angemessener Hausrat; dabei sind die bisherigen Lebensverhältnisse des Hilfesuchenden zu berücksichtigen,
- Gegenstände, die zur Aufnahme oder Fortsetzung der Berufsausbildung und der Erwerbstätigkeit unentbehrlich sind,
- Familien- und Erbstücke, deren Veräußerung für den Hilfesuchenden oder seine Familie eine besondere Härte bedeuten würde,
- Gegenstände, die zur Befriedigung geistiger, besonders wissenschaftlicher und künstlerischer Bedürfnisse dienen und deren Besitz nicht Luxus ist,
- kleine Hausgrundstücke, besonders Familienheime, wenn der Hilfesuchende das Hausgrundstück allein oder zusammen mit Angehörigen, denen es nach seinem Tode weiter zur Wohnung dienen soll, ganz oder teilweise bewohnt,
- kleine Barbeträge oder sonstige Geldwerte; dabei ist eine besondere Notlage des Hilfesuchenden zu berücksichtigen.

Die Höhe der vorgenannten kleinen Barbeträge und sonstigen Geldwerte i. S. d. § 88 Abs. 2 Ziff. 8 BSHG wird in der VO zur Durchführung des § 88 Abs. 2 Ziff. 8 BSHG¹⁷ näher bestimmt. Nach dieser VO beträgt der Schonbetrag bei der Hilfe zum Lebensunterhalt für den Hilfesuchenden DM 2.500,—, für den nicht getrennt lebenden Ehegatten weitere DM 1.200,— sowie je DM 500,— für jede Person, die vom Hilfesuchenden oder seinem Ehegatten überwiegend unterhalten wird. Bei der Hilfe in besonderen Lebenslagen beträgt der Schonbetrag DM 4.500,— zzgl. der Familienzuschläge.

Im folgenden soll im Hinblick auf die besondere Bedeutung für die notarielle Praxis lediglich der Begriff des „kleinen Hausgrundstücks“ vertieft erörtert werden.

(3) Kleines Hausgrundstück

Als Hausgrundstück i. S. d. § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG werden Hausgrundstücke, die in Allein- oder Miteigentum stehen, Häuser, die aufgrund Erbaurechts errichtet sind, Eigentumswohnungen, Dauerwohnrechte nach dem WEG angesehen.

Geschützt sind dem Grundsatz nach nur Einfamilienhäuser — ggf. mit Einliegerwohnung — und kleine Zweifamilienhäuser¹⁸. Nicht geschützt sind dagegen Mehrfamilienhäuser, auch wenn die darin befindlichen Wohnungen ausschließlich vom Hilfesuchenden und seinen Angehörigen belegt sind. Eine vom Hilfesuchenden in einem Mehrfamilienhaus bewohnte Wohnung kann unter den Schutz des § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG fallen, wenn der Hilfesuchende nur Miteigentümer ist und sein Miteigentumsanteil am Haus wirtschaftlich der von ihm belegten Wohnung entspricht¹⁹. Gleiches muß gelten, wenn der Hilfesuchende gesamthänderisch, etwa im Rahmen einer Erbengemeinschaft, am Grundstück beteiligt ist. Geschützt ist auch nur das „Hausgrundstück“ und nicht ohne weiteres das Gesamtgrundstück. Läßt sich ein Grundstücksteil wirtschaftlich selbstständig verwerten, ist dieser Teil nicht geschützt²⁰. Die Nutzung

16 Siehe zum Streitstand: Lehr- und Praxiskommentar, 1985, § 76 BSHG, Rd.-Nr. 11.

17 VO zur Durchführung des § 88 Abs. 2 Ziff. 8 BSHG vom 9. 11. 1970 — BGBl. I, 1529 — i. d. F. der VO vom 11. 2. 1988 — BGBl. I, 150.

18 Vgl. Lehr- und Praxiskommentar, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 28.

19 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 52; OVG Hamburg FEVS 35, 237, 240.

20 BVerwG NDV 1971, 79; BVerwGE 59, 294.

eines Grundstückes als Geschäftsgrundstück ist unschädlich, solange die Geschäftstätigkeit nicht so überwiegt, daß der Charakter eines Familienheimes verlorengeht²¹. Ferner steht dem Umstand, daß ein Teil des Hauses (im entschiedenen Fall $\frac{1}{6}$) gewerblich vermietet ist, der Qualifizierung als Hausgrundstück nicht entgegen²².

Das Merkmal „klein“ ist nach herrschender Ansicht anhand der vom deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge entwickelten und auch vom BVerwG vertretenen Kombinationstheorie zu überprüfen. Entscheidend bei der Beurteilung sind danach die folgenden Faktoren:

- Personenfaktor (Größe der Familie und Zahl der sonstigen mitwohnenden Angehörigen),
- Bedarfsfaktor (z. B. bei Krankheit, Behinderung, Erwerbstätigkeit auf dem Grundstück),
- Qualitätsfaktor (Zuschnitt und Ausstattung des Hauses im Verhältnis zu den Wohnbedürfnissen),
- Wertfaktor (Verkehrswert).

Die Zusammenschau dieser 4 Faktoren muß ergeben, daß das Haus nicht in unangemessenem Verhältnis zu den Bedürfnissen und der Lebenshaltung des Hilfesuchenden und seiner Familie steht.

Bei Überprüfung der Angemessenheit der Wohnungsgröße werden die Richtwerte in der Praxis den im sozialen Wohnungsbau geltenden Werten entlehnt. Diese betragen z. B. bei Alleinstehenden z. Z. 45 m², einem Haushalt mit 2 Personen 60 m². Für jede weitere zum Haushalt rechnende Person erhöht sich die Wohnfläche um jeweils 15 m². Eine zusätzliche Wohnfläche von 15 m² wird bei pflegebedürftigen Bewohnern anerkannt, weil hier ein eigenes Zimmer für erforderlich angesehen wird²³.

Selbst der Verkehrswert eines Grundstückes kann für sich allein genommen nicht entscheidendes Merkmal für ein „kleines Hausgrundstück“ sein²⁴. Wesentlich ist das Zusammenspiel mit den übrigen genannten Merkmalen²⁵. Die Verhältnismäßigkeit des Verkehrswertes ist ferner nicht an absoluten Grenzen zu messen, sondern entscheidend zu berücksichtigen sind die jeweiligen örtlichen Verhältnisse, z. B. die in Ballungsgebieten und städtischen Bereichen im Verhältnis zu ländlichen Gebieten weitaus höheren Grundstückspreise. Auch der Schutz eines „kleinen Hausgrundstückes“, das einen erheblichen Wert darstellt, muß nach der sozialpolitischen Entscheidung des Gesetzgebers durch § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG gewährleistet sein²⁶; denn Zweck der Vorschrift ist der Schutz und Erhalt der Wohnstätte, nicht des Vermögens.

In der Praxis der Sozialhilfeträger wird allerdings die Entscheidung darüber, ob ein Hausgrundstück als „klein“ bezeichnet werden muß, häufig noch allein anhand des Verkehrswertes getroffen. Übersteigt der Wert des Objektes einen durch interne Absprachen oder Richtlinien festgelegten generellen Verkehrswert, so wird es ohne weiteres als nicht geschütztes Vermögen angesehen²⁷. Die vom BVerwG in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1980 ausdrücklich getroffene Feststellung über die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Kriterien der Kombinationstheorie, die erst eine individuelle, situationsgerechte Entscheidung ermöglicht, wird fälschlicherweise unbeachtet gelassen²⁸.

Zum „kleinen Hausgrundstück“ seien einige Beispiele aus der jüngsten Rechtsprechung aufgeführt: Das VG Arnberg²⁹ qualifiziert ein auf einem 83 m² großen Grundstück errichtetes und

von 2 Personen bewohntes Haus mit einer Wohnfläche von 77 m² mit einem Verkehrswert von DM 140.000,— als kleines Hausgrundstück. Das OVG Münster³⁰ verneint bei einem von 4 Personen bewohnten Einfamilienhaus mit einer Wohnfläche von 120 m² und einem Verkehrswert von DM 238.000,— ein kleines Hausgrundstück. Das OVG Bremen³¹ bejaht bei einem von einer Person bewohnten Haus mit einer Wohnfläche von 65,5 m² einschl. eines besonderen Malraumes zur Erzielung von Einkünften mit einem Verkehrswert zwischen DM 140.000,— bis DM 160.000,— das Vorliegen eines kleinen Hausgrundstückes. Nach Auffassung des VG München³² kann eine Wohnfläche von 132 m² bei einem Haushalt von 5 Personen und einem Schwerbehinderten noch angemessen sein. Auch die Grundstücksgröße von 900 m² und ein Verkehrswert von DM 364.000,— müßten unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse (großstädtischer Ballungsraum mit hohem Preisniveau) der Annahme eines kleinen Hausgrundstückes nicht entgegenstehen.

Aus den gesetzlichen Vorschriften zum Schutz des kleinen Hausgrundstückes ist nicht abzuleiten, daß dem Hilfesuchenden bei einem Verkauf seines — nicht geschützten — Hauses in jedem Fall ein Betrag als nicht abzusetzen verbleiben muß, der die Anschaffung eines von der Vorschrift des § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG erfaßten Eigenheims ermöglicht. Geschützt ist allein das vorhandene kleine Eigenheim, es soll nicht in jedem Fall gewährleistet werden, daß der Hilfesuchende weiterhin in einem eigenen Haus leben kann³³.

Bei der Bemessung des Verkehrswertes ist der Wert des Grundstückes ohne Berücksichtigung der Belastungen maßgeblich³⁴. Nur im Rahmen des § 89 BSHG können die Belastungen insofern eine Rolle spielen, als eine Verwertung des Grundstückes eine Härte bedeutete, wenn wegen der Grundstückslasten ein nennenswerter Betrag für den Hilfesuchenden auch bei einer Veräußerung nicht zu erzielen wäre.

Die Anwendung eines großzügigeren Maßstabes zur Bestimmung eines „kleinen Hausgrundstückes“ ist geboten, wenn es um die Verwertung des Vermögens eines nicht gesteigert Unterhaltspflichtigen³⁵ geht. Zwar gelten für diesen Personenkreis grundsätzlich nach § 91 Abs. 1 S. 2 BSHG³⁶ die Vorschriften des § 88 Abs. 2 BSHG über den Schutz des Vermögens entsprechend. Nach bürgerlichem Recht haben nicht gesteigert Unterhaltspflichtige ihr Vermögen jedoch nur insoweit einzusetzen, als dadurch ihr angemessener Lebensunterhalt nicht gefährdet wird. Daher kann gegenüber nicht gesteigert Unterhaltspflichtigen auch sozialhilferechtlich die Verpflichtung zum Einsatz des Vermögens nicht in der gleichen Strenge und im gleichen Umfang bestehen wie bei gesteigert Unterhaltspflichtigen. Dem ist bei der Einordnung von Grundeigentum als „kleines Hausgrundstück“ ebenfalls Rechnung zu tragen³⁷, was in der Praxis auch geschieht. So ist z. B. nach einem Urteil des VG Berlin aus dem Jahre 1985³⁸ der Verkehrswert eines Objektes bei einem nicht gesteigert Unterhaltspflichtigen³⁹ für die Anwendung des § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG dann außer Acht zu lassen, wenn es sich im übrigen hinsichtlich der Wohn- und Grundstücksfläche sowie bei der Ausstattung um eine angemessene Unterkunft handelt.

Der Schutz als „kleines Hausgrundstück“ erfordert ferner die Eigennutzung, d. h., der Hilfesuchende muß das Hausgrundstück allein oder zusammen mit Angehörigen ganz oder teilweise bewohnen. Wird der Hilfeempfänger für voraussichtlich längere Zeit in einem Heim oder einer ähnlichen Einrichtung unter-

21 Lehr- und Praxiskommentar, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 25.

22 BVerwGE 59, 294, 299.

23 Vgl. zur Anlehnung an diese Werte im Rahmen des § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG, Klinger, Das „kleine Hausgrundstück“ — praktizierte Kombinationstheorie, NDV 1982, 350 ff.; OVG Berlin FEVS, 34, 240.

24 So wohl das BVerwG in seiner Entscheidung vom 17. 10. 1974 (BVerwGE 47, 103).

25 BVerwGE 59, 294; vgl. VG Berlin NJW 1987, 144.

26 Vgl. OVG Berlin NJW 1985, 161, VG Berlin NJW 1987, 144.

27 So z. B. in Krefeld, abgestellt wird zur Zeit auf einen generellen Verkehrswert von DM 130.000,— bis DM 140.000,—.

28 Zu einem Lösungsvorschlag zur praktizierten Kombinationstheorie siehe insgesamt Klinger, NDV 1982, 350 ff.

29 VG Arnberg ZfF 1982, 230.

30 OVG Münster FEVS 31, 341.

31 OVG Bremen FEVS 32, 26.

32 VG München NJW 1985, 163.

33 OVG Hamburg FEVS 35, 239.

34 BVerwGE 47, 103.

35 Zum Begriff s. u. B. IV. 1.

36 S. u. B. V. 2.

37 Vgl. VG Berlin NJW 1987, 144; zum Unterhaltsbeitrag aus Vermögen eingehend Basse/Jansch, Unterhaltsbeitrag aus Vermögen, ZfF 1984, 117.

38 VG Berlin NJW 1987, 144, 145.

39 S. u. B. IV. 1.

gebracht, so bewohnt er das Hausgrundstück nicht mehr. Der Schutz als Schonvermögen entfällt. Der Schutz des § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG ist nach Ansicht des OVG Münster⁴⁰ selbst dann zu versagen, wenn nach Wegzug des Hilfeempfängers ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft⁴¹ (§§ 11, 28 BSHG), hier der Ehegatte, das ihm gehörende Familienheim weiterhin bewohnt. Der Gesetzeswortlaut setze hier insoweit eindeutig Grenzen⁴². Die Entscheidung des OVG Münster wird in der Literatur — nach Auffassung des Verfassers zu Recht — kritisiert⁴³. Die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft haben ihr Einkommen und Vermögen wie der Hilfeempfänger selbst einzusetzen. Entsprechend müssen sie als Hilfesuchende i. S. d. § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG angesehen werden, wenn sie ohne diese Schutzvorschrift ihr Vermögen einzusetzen hätten⁴⁴. Der Schutz des kleinen Hausgrundstückes muß über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch dann eingreifen, wenn eine der in den §§ 11 Abs. 1, 28 BSHG genannten Personen das Hausgrundstück bewohnt⁴⁵. Vermögen, das nachweislich zur alsbaldigen Beschaffung oder Erhaltung eines kleinen Hausgrundstückes i. S. d. § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG bestimmt war, zählt, nachdem die alte Ziff. 2 des § 88 Abs. 2 BSHG aufgehoben ist, nicht mehr zum Schonvermögen. So muß z. B. durch Bausparverträge angesammeltes Vermögen nunmehr verwertet werden.

(4) Härteregelung des § 88 Abs. 3 BSHG

Gem. § 88 Abs. 3 BSHG darf die Sozialhilfe nicht vom Einsatz oder von der Verwertung eines Vermögens abhängig gemacht werden, soweit dies für den, der das Vermögen einzusetzen hat, und für seine unterhaltsberechtigten Angehörigen eine Härte bedeuten würde. Der Begriff der Härte ist im Gesetz nicht näher erläutert. Eine Härte läßt sich nur anhand des Einzelfalles feststellen⁴⁶, wobei nach einem Grundsatzurteil des BVerwG⁴⁷ die Frage zu beantworten ist, ob die Anwendung der Regelvorschriften zu einem den Zielvorstellungen des § 88 Abs. 2 BSHG nicht entsprechenden Ergebnis führen würde. Der Härteregelung des § 88 Abs. 3 BSHG muß dabei nicht allein durch die gänzliche Freilassung des Vermögens Rechnung getragen werden⁴⁸. Wie sich das Verlangen nach Einsatz und Verwertung des Vermögens auf einen Teil beschränken darf, um der Härtevorschrift zu genügen, so kann der Sozialhilfeträger einer Härte auch dadurch begegnen, daß Sozialhilfe in Form eines Darlehens bei dinglicher Sicherung durch das vorhandene Vermögen gewährt wird. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis der Sozialhilfeträger, neben der in § 89 BSHG ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit der darlehensweisen Gewährung von Sozialhilfe, oft Gebrauch gemacht. Dabei wird in den Darlehensverträgen häufig vereinbart, daß das Darlehen zur Rückzahlung fällig wird u. a. mit dem Tode des Hilfeempfängers, wenn der Darlehensnehmer keine Hilfe aus öffentlichen Mitteln mehr benötigt oder zur Rückzahlung des Darlehens in der Lage ist, oder wenn der Darlehensnehmer den Grundbesitz auf Dritte überträgt. Auf diese Weise wird gewährleistet, daß die tatsächlichen Lebensverhältnisse des Hilfeempfängers und seiner Angehörigen unverändert bleiben. Unerheblich ist im Rahmen des § 88 Abs. 3 BSHG, daß das Vermögen später einem Erben u. U. derart belastet zufällt, daß es keinen nennenswerten wirtschaftlichen Wert mehr darstellt.

(5) Darlehen nach § 89 BSHG

Eine ausdrückliche Bewilligung von Sozialhilfe als Darlehen regelt die Vorschrift des § 89 BSHG. Nach ihr soll die Sozialhilfe — ggf. gegen dingliche Absicherung — als Darlehen gewährt werden, wenn Vermögen nach § 88 BSHG einzusetzen ist, sein sofortiger Verbrauch oder die sofortige Verwertung jedoch nicht

möglich ist oder zu Härten führen würde. Anders als in § 88 Abs. 3 BSHG liegt die Härte hier nicht in der Beeinträchtigung der sozialen Stellung des Hilfesuchenden, sondern in der Verwertung als solcher⁴⁹.

2. Hilfe in besonderen Lebenslagen

Bei der Hilfe in besonderen Lebenslagen stellt das BSHG insbesondere im Hinblick auf den Einsatz des Einkommens abweichende Leistungsvoraussetzungen auf. Während bei der Hilfe zum Lebensunterhalt — wie bereits dargestellt — vorhandenes Einkommen in der Regel voll angerechnet wird, sind die Anforderungen des BSHG bei der Hilfe in besonderen Lebenslagen bei weitem nicht so streng. Hilfe in besonderen Lebenslagen wird bereits dann gewährt, wenn die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen und Vermögen nicht zuzumuten ist (§ 28 BSHG). Zu diesem Zweck werden in den §§ 79 ff. BSHG Einkommensgrenzen festgesetzt. Einkommen, das diese Grenzen übersteigt, wird in angemessenem Umfang angerechnet (§ 84 BSHG), ist also vom Hilfesuchenden einzusetzen. Liegt das nach § 76 BSHG zu ermittelnde Einkommen unter dieser Grenze, so hat der Hilfesuchende nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 85 Ziff. 1—3 BSHG sein Einkommen einzusetzen. Eine Sonderregelung enthält § 43 Abs. 2 BSHG. Danach erstreckt sich die Zahlungspflicht von Eltern behinderter Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, im Rahmen der Eingliederungshilfe bei stationärer oder teilstationärer Betreuung nur auf die häusliche Ersparnis. Für den Einsatz des Vermögens bestehen bei der Hilfe in besonderen Lebenslagen gegenüber der Hilfe zum Lebensunterhalt nur geringfügige Besserstellungen, etwa im Rahmen der Härtevorschrift des § 88 Abs. 3 BSHG, wonach eine Härte bei der Hilfe in besonderen Lebenslagen vor allem dann anzunehmen ist, wenn das Verlangen nach Verwertung des Vermögens eine angemessene Lebensführung oder Aufrechterhaltung einer angemessenen Alterssicherung wesentlich erschweren würde.

IV. Einsatzpflichtiger nach §§ 11, 28 BSHG

1. Bedarfsgemeinschaft

Von wesentlicher Bedeutung für die Feststellung der Bedürftigkeit eines Hilfesuchenden ist die Frage, welche Personen neben ihm ihr Einkommen und Vermögen einzusetzen haben.

Bei der Hilfe zum Lebensunterhalt sind gem. § 11 Abs. 1 BSHG bei nicht getrennt lebenden Ehegatten Einkommen und Vermögen beider Ehegatten zu berücksichtigen. Soweit minderjährige unverheiratete Kinder, die dem Haushalt ihrer Eltern oder eines Elternteils angehören, den notwendigen Lebensunterhalt aus ihrem Einkommen und Vermögen nicht beschaffen können, sind auch das Einkommen und Vermögen der Eltern oder des Elternteils zu berücksichtigen (§ 11 Abs. 1 S. 2 BSHG). Einkommen und Vermögen dieser sogenannten „gesteigert Unterhaltspflichtigen“ sind demnach im gleichen Umfang wie Einkommen und Vermögen des Hilfesuchenden zu verwerten, bevor Sozialhilfe beansprucht werden kann⁵⁰. Die vorgenannten Personen werden zu einer „Bedarfsgemeinschaft“⁵¹ zusammengeschlossen. Für die Hilfe in besonderen Lebenslagen ist ein entsprechender Zusammenschluß zu einer Bedarfsgemeinschaft in § 28 BSHG vorgesehen mit der Besonderheit, daß an die Stelle der Bedürftigkeitsgrenze für die Hilfe zum Lebensunterhalt eine elastische, nach den Vorschriften der §§ 79—89 BSHG zu bestimmende Zumutbarkeitsgrenze tritt, wobei es nach der Rechtsprechung des BVerwG allerdings anders als bei der Hilfe zum Lebensunterhalt nicht erforderlich

40 OVG Münster ZfSH/SGB 1983, 519.

41 S. u. B. IV. 1.

42 OVG Münster a. a. O., 521.

43 Gottschick/Giese, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 5.7; Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 53; Lehr- und Praxiskommentar, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 29; Gutachten NDV 1984, 349 mit eingehender Begründung.

44 Vgl. Gottschick/Giese, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 5.7.

45 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 53; Gutachten NDV 1984, 349.

46 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 56; Gottschick/Giese, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 6.1.

47 BVerwGE 23, 149.

48 BVerwGE 47, 103, 111; 32, 89, 94; Gottschick/Giese, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 6.4.

49 BVerwGE 32, 89; Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 89 BSHG, Rd.-Nr. 10.

50 Ausnahme: Erhöhung der nicht einzusetzenden Barbeträge gem. § 1 Abs. 1 S. 1 Ziff. 2, 3 VO zu § 88 Abs. 2, Ziff. 8 BSHG.

51 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 11 BSHG, Rd.-Nr. 11.

sein soll, daß der Hilfesuchende in Haushaltsgemeinschaft mit seinen Eltern lebt⁵².

Nach § 29 BSHG ist der Sozialhilfeträger in begründeten Fällen berechtigt, Sozialhilfeleistungen auch insoweit zu erbringen, als dem in § 28 BSHG bezeichneten Personenkreis die Aufbringung der Mittel ganz oder teilweise aus eigenem Einkommen oder Vermögen zuzumuten ist. In diesen Fällen, in denen der Sozialhilfeträger gleichsam in „Vorlage“ tritt, wird diesem ein Aufwendersatzanspruch eingeräumt. Ein begründeter Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die Aufnahme des Hilfesuchenden in eine stationäre oder teilstationäre Einrichtung vom Träger der Einrichtung von der vollen Kostenzusage durch den Sozialhilfeträger abhängig gemacht wird. Einschlägig sind weiterhin die Fälle, in denen ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft den ihm zumutbaren Einsatz von Einkommen und Vermögen verweigert. Die Parallelvorschrift zu § 29 BSHG im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt bildet § 11 Abs. 2 BSHG.

Die vorgenannten Grundsätze gelten gem. § 122 BSHG gleichermaßen für die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft.

2. Haushaltsgemeinschaft

In ihren Auswirkungen ähnelt der Bedarfsgemeinschaft die in § 16 BSHG geregelte Haushaltsgemeinschaft. Nach der genannten — nur im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt anzuwendenden — Vorschrift wird vermutet, daß ein Hilfesuchender Leistungen zum Lebensunterhalt erhält, wenn er in einem Haushalt mit Verwandten oder Verschwägerten lebt, die ihrerseits über ein hinreichendes Einkommen bzw. Vermögen verfügen. Die Vermutung des § 16 BSHG gilt demnach ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen einer Unterhaltspflicht nach bürgerlichem Recht. Lebt z. B. die einkommens- und vermögenslose A mit ihrem erwerbstätigen Bruder zusammen und führt sie diesem den Haushalt, so wird aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung vermutet, daß der Bruder seiner Schwester den Lebensunterhalt gewährt. Entsprechend wird die Sozialhilfe für die Schwester gem. dem Einkommen des Bruders gekürzt oder gänzlich wegfallen⁵³. Die bezeichnete gesetzliche Vermutung ist allerdings nach § 16 S. 2 BSHG widerlegbar. Regelmäßig läßt sie sich schon dadurch widerlegen, daß der Hilfesuchende glaubhaft versichert, daß er tatsächlich keine Unterstützung erhält⁵⁴.

V. Übergang von Ansprüchen auf den Sozialhilfeträger

Ein bedeutendes Instrument zur Durchsetzung des Prinzips der Nachrangigkeit der Sozialhilfe ist die dem Sozialhilfeträger durch die Überleitungsvorschriften der §§ 90, 91 BSHG eingeräumte Möglichkeit, auf einfachem und schnellem Wege auf bestehende Forderungen des Hilfeempfängers zuzugreifen. Für die notarielle Praxis ist die genannte gesetzliche Ermächtigung des Sozialhilfeträgers insoweit von Bedeutung, als sie den Notar zwingt, bei Vertragsgestaltungen das — zumeist nicht gewünschte — Entstehen überleitungsfähiger Ansprüche in seine Überlegungen mit einzubeziehen.

1. Überleitung nach § 90 BSHG

Nach § 90 Abs. 1 BSHG kann der Sozialhilfeträger bei Hilfegewährung Ansprüche des Hilfeempfängers, aber auch Ansprüche anderer, in § 28 BSHG genannter Personen gegen einen anderen durch schriftliche Anzeige an den anderen (sogenann-

te Überleitungsanzeige) auf sich überleiten. Maßgeblich für die Bestimmung des Anspruchs i. S. d. § 90 Abs. 1 S. 1 BSHG ist die Vorschrift des § 194 BGB⁵⁵, denn es bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme, daß dem Anspruchsbegriff in § 90 Abs. 1 S. 1 BSHG eine andere, spezifisch sozialhilferechtliche Bedeutung beigelegt worden ist. Überleitbar sind demnach alle Rechtsansprüche des Hilfeempfängers, seien sie privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur⁵⁶. Hierher gehören vor allem Ansprüche aus Verträgen aller Art, Ansprüche aus § 528 BGB wegen Verarmung des Schenkers, Ansprüche aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung, und gesetzliche Unterhaltsansprüche.

Eine Besonderheit besteht darin, daß auch höchstpersönliche Ansprüche, z. B. Pflichtteilsansprüche, übergeleitet werden können. Die Vorschrift des § 90 Abs. 1 S. 4 BSHG bestimmt ausdrücklich, daß der Übergang nicht dadurch ausgeschlossen ist, daß der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann. Der Schutz höchstpersönlicher Ansprüche ist also gegenüber dem Sozialhilfeträger aufgehoben. Künftige Ansprüche sind überleitungsfähig, sofern sie schon genügend bestimmt oder bestimmbar sind⁵⁷. Hat der Hilfeempfänger auf einen Anspruch wirksam verzichtet, so ist die Inanspruchnahme des Dritten durch den Sozialhilfeträger ausgeschlossen⁵⁸. Nicht überleitungsfähig sind Gestaltungsrechte (z. B. Anfechtung, Rücktritt, Kündigung, Widerruf, Ausschlagung), da diese die Berechtigung verleihen, durch eigenes Handeln auf eine bestehende Rechtslage einzuwirken, ohne auf die Mitwirkung eines Partners angewiesen zu sein⁵⁹. Dingliche Rechte erfüllen die Begriffsmerkmale eines Anspruches i. S. d. § 194 BGB nicht, sind also gleichfalls nicht überleitungsfähig⁶⁰.

Die Überleitung eines Anspruchs nach § 90 BSHG setzt eine Personenidentität zwischen Anspruchsinhaber und Hilfeempfänger nicht voraus. Der Sozialhilfeträger kann auch auf Ansprüche der Personen, die der Einkommens- und Vermögensgemeinschaft nach § 28 BSHG angehören, ohne weiteres zugreifen⁶¹. Durch die Überleitungsanzeige rückt der Sozialhilfeträger in die Stellung des Anspruchsberechtigten ein; es erfolgt also ein Gläubigerwechsel⁶². Der Rechtscharakter des übergeleiteten Anspruches, der ggf. vom Sozialhilfeträger im Zivilrechtswege durchzusetzen ist, wird durch die Überleitung nicht berührt⁶³.

Einschränkungen erfährt die Zugriffsmöglichkeit des Sozialhilfeträgers nach § 90 Abs. 1 BSHG allerdings in dreierlei Hinsicht. Zum einen ist die Überleitung dem Umfang nach auf die Höhe der Aufwendungen des Sozialhilfeträgers begrenzt (§ 90 Abs. 1 S. 1 BSHG). Zum anderen muß der Anspruch, der übergeleitet werden soll, für die Zeit bestehen, für die Hilfe gewährt wird (§ 90 Abs. 1 S. 1 BSHG). Dieser sogenannte Grundsatz der Gleichzeitigkeit bedeutet, daß der Anspruch des Hilfeempfängers gegen einen anderen während des für die Sozialhilfe bestimmten Bewilligungszeitraumes gegeben sein muß⁶⁴. Nach nunmehr wohl herrschender Auffassung ist diese Voraussetzung nicht nur erfüllt bei jeder Art von Ansprüchen auf Zahlung, etwa einer zeitlich deckungsgleichen Geldrente, sondern auch bei jedem sonstigen während des Hilfezeitraumes fälligen einmaligen Anspruch des Hilfeempfängers gegen einen anderen⁶⁵, z. B. einem Pflichtteilsanspruch oder einem Anspruch auf Herausgabe der Schenkung gem. § 528 BGB⁶⁶. Letztlich muß die Nichtleistung des Dritten für die Notwendigkeit, Sozialhilfe

52 BVerwGE 66, 82.

53 Schulte/Trenk-Hinterberger, Sozialhilfe, 2. Aufl. 1985, 189.

54 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 16 BSHG, Rd.-Nr. 4.

55 Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. 1986, Systematischer Teil D, Rd.-Nr. 272.

56 Gottschick/Giese, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 8.

57 BGH NJW 1956, 790; Gottschick/Giese, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 11.

58 Gottschick/Giese, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 8.3

59 Staudinger/Dilcher, 12. Aufl. 1979, Einl. zu § 104 BGB, Rd.-Nr. 48; § 194 BGB, Rd.-Nr. 31.

60 S. dazu auch u. C. IV.; a. A. Schmitt, Bundessozialhilfegesetz, Stand Mai 1987, Loseblatt, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 11 (ohne Begründung).

61 Eingeführt durch das 2. HaushStruktG vom 22. 12. 1981 durch die Ergänzung „oder haben Personen nach § 28 BSHG“.

62 Gottschick/Giese, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 17.

63 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 26.

64 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 14.

65 Vgl. Gottschick/Giese, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 9.2 (abweichend noch die 8. Aufl.); VGH BW FEVS 33, 286, 290 f.; Münder, Die Überleitung von Ansprüchen in der Sozialhilfe — §§ 90 ff. BSHG, ZfSH/SGB 1985, 289, 300; a. A. Mergler/Zink/Dahlinger/Zeidler, 4. Aufl. 1987, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 30, nach dessen Auffassung solche Ansprüche ggf. als Vermögen zu berücksichtigen sind.

66 OVG Münster NWVBl 1988, 16, 17.

zu gewähren, kausal gewesen sein. Eine Überleitung scheidet somit aus, wenn selbst bei rechtzeitiger Leistung des Dritten Hilfsbedürftigkeit vorgelegen hätte, oder ein Kostenbeitrag (in den Fällen der §§ 11 Abs. 2, 29, 43 BSHG) zu leisten gewesen wäre. Diese Regelung hat praktische Bedeutung insbesondere für die Hilfe in besonderen Lebenslagen, denn nur hier ist das Einkommen des Hilfeempfängers bis zu einer besonderen Grenze geschützt. Die maßgebliche Grenze könnte also auch bei Erfüllung des Anspruchs durch den Dritten unerreicht, der Anspruch des Hilfeempfängers auf Sozialhilfe damit in vollem Umfang unberührt bleiben.

Beispiel:

A erhält ein Pflegegeld in Höhe von DM 350,— pro Monat (§ 69 Abs. 3, 4 BSHG). Er bezieht eine Erwerbsunfähigkeitsrente von monatlich DM 1.000,—. Die für ihn maßgebliche Einkommensgrenze beträgt DM 1.600,— (§§ 79 Abs.1, 81 Abs.1 Ziff. 5 BSHG). Aus der Veräußerung eines Grundstückes hat er einen Anspruch auf Zahlung einer monatlichen Rente von DM 500,—.

Eine Anspruchsüberleitung ist nicht möglich, da das Pflegegeld auch bei rechtzeitiger Leistung des Rentenverpflichteten hätte gewährt werden müssen.

Bei der Hilfe zum Lebensunterhalt kann der Ausschluß der Überleitung wegen fehlender Kausalität im Rahmen der Bestimmungen über das Schonvermögen zum Tragen kommen. So scheidet beispielsweise die Überleitung eines schenkungsrechtlichen Herausgabeanspruches nach § 528 BGB aus, wenn — oder soweit — der Gegenstand der Rückforderung nach Rückübertragung auf den Hilfeempfänger zum geschützten Schonvermögen gehörte⁶⁷.

Eine Inanspruchnahme Dritter im Wege der Überleitung gem. §§ 90, 91 BSHG scheidet generell aus, soweit der Dritte mit dem Hilfeempfänger nach den §§ 11, 28 BSHG in einer Bedarfsgemeinschaft zusammengefaßt wird. In diesen Fällen hat der öffentlichrechtliche Kostenbeitrag bzw. Aufwendungsersatz gem. § 11 Abs. 2, 29, 43 BSHG Vorrang⁶⁸.

2. Überleitung von Unterhaltsansprüchen nach § 91 BSHG

Bürgerlichrechtliche Unterhaltsansprüche sind grundsätzlich wie jeder andere Anspruch unter den Voraussetzungen des § 90 BSHG überleitbar. Zum Schutz Unterhaltspflichtiger sind allerdings einige Besonderheiten zu beachten, die sich zum einen aus § 91 BSHG, zum anderen aus dem Unterhaltsrecht ergeben. Im Verhältnis zu § 90 BSHG trifft § 91 BSHG spezielle Regelungen, die sich aber nur auf bürgerlichrechtliche Unterhaltsansprüche beziehen⁶⁹. Andere, „zufällig“ gegen einen nach bürgerlichem Recht Unterhaltspflichtigen gerichtete Ansprüche, z. B. aus § 528 BGB, unterfallen nicht dem Schutz des § 91 BSHG⁷⁰. Eine Überleitung des bürgerlichrechtlichen Unterhaltsanspruches entfällt, wenn der Unterhaltspflichtige mit dem Hilfeempfänger im zweiten oder entfernteren Grad verwandt ist (§ 91 Abs.1 S.1 BSHG), so daß ein Sozialhilfeträger nur auf (ehemalige) Ehegatten, Eltern und Kinder zurückgreifen kann.

Selbst wenn nach bürgerlichem Recht eine Unterhaltspflicht besteht, darf der Übergang nur in dem Umfang bewirkt werden, in dem ein Hilfeempfänger nach den Bestimmungen des 4. Abschnitts des BSHG sein Einkommen und Vermögen einzusetzen hätte. Hierbei scheiden jedoch zur Stärkung des Schutzes des Unterhaltspflichtigen die §§ 84 Abs. 2, 85 Ziff. 3 S. 2 BSHG aus (§ 91 Abs.1 S. 2 BSHG). Der Unterhaltspflichtige wird also sozialhilferechtlich nicht in Anspruch genommen, falls er als Empfänger der dem Unterhaltsberechtigten gewährten Hilfe sein Einkommen und Vermögen nicht zu verwerten brauchte. Die Bestimmungen über das „Schonver-

mögen“ und die besonderen Einkommensgrenzen gelten demnach gleichermaßen für den Unterhaltspflichtigen.

Eine weitere wesentliche Einschränkung des Überleitungsrechts ergibt sich daraus, daß das bürgerliche Recht im Unterschied zum BSHG keine Einkommensgrenzen und keine Schutzvorschriften zugunsten bestimmter Vermögensteile kennt. Ein Hilfeempfänger mit einem kleinen Hausgrundstück i. S. d. § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG kann demnach u. U. einen Anspruch auf Sozialhilfe haben, während ein Anspruch auf Unterhalt nach bürgerlichem Recht mangels Bedürftigkeit entfielen. In diesen Fällen ist eine Anspruchsüberleitung erst dann möglich, wenn das geschützte Vermögen bei fiktiver Verwertung durch den Hilfeempfänger aufgezehrt worden wäre⁷¹.

Der Unterhaltsanspruch eines Behinderten, eines von Behinderung bedrohten oder eines Pflegebedürftigen gegenüber seinen Eltern soll nicht übergeleitet werden, soweit der Hilfeempfänger Eingliederungshilfe für Behinderte oder Hilfe zur Pflege erhält und der Hilfeempfänger das 21. Lebensjahr vollendet hat (§ 91 Abs. 3 BSHG). Bei Eingliederungshilfe an Behinderte, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ist eine Heranziehung Unterhaltspflichtiger bei Maßnahmen in Einrichtungen in der Regel nur in Höhe der für den häuslichen Lebensunterhalt ersparten Aufwendungen möglich (§§ 43 Abs. 2, 90 Abs.1 S. 3 BSHG).

Darüber hinaus soll der Sozialhilfeträger allgemein davon absehen, einen nach bürgerlichem Recht Unterhaltspflichtigen in Anspruch zu nehmen, soweit dies eine Härte bedeuten würde (§ 91 Abs. 3 S.1 BSHG).

Bei der Frage, ob der Schutz des § 91 BSHG auch für vertraglich zum Unterhalt Verpflichtete eingreift, ist zu differenzieren: Nach ganz einhelliger Auffassung ist § 91 BSHG anwendbar, wenn eine gesetzliche Unterhaltspflicht im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen lediglich konkretisiert wird⁷². Wird hingegen vertraglich eine über das Maß des gesetzlich Geforderten hinausgehende oder eine gesetzlich nicht vorgesehene Unterhaltsleistung (Beispiel: Grundstückskaufvertrag, wobei die Gegenleistungen ganz oder zum Teil in Wartung und Pflege des Verkäufers bestehen) vereinbart, so greift der Schutz des § 91 BSHG nach herrschender Ansicht nur ein, wenn für die vertragliche Verpflichtung verwandtschaftliche, schwägerschaftliche bzw. sittliche Gründe bestimmend waren, nicht aber, wenn Leistung und Gegenleistung auf geschäftsmäßiger Basis i. S. eines vermögensrechtlichen Gegenseitigkeitsverhältnisses vereinbart worden sind⁷³.

VI. Kostenersatz

Der Empfänger der Sozialhilfe ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Kosten der Sozialhilfe zu ersetzen (§ 92 BSHG), d. h., die ihm gewährten Leistungen zurückzuerstatten. Eine Verpflichtung zum Kostenersatz sieht das BSHG nur noch in 2 Fällen vor.

1. Kostenersatz bei schuldhaftem Verhalten nach § 92a BSHG

Gem. § 92a Abs.1 BSHG ist zum Ersatz der Kosten der Sozialhilfe verpflichtet, wer nach Vollendung des 18. Lebensjahres die Voraussetzungen für die Gewährung der Sozialhilfe an sich selbst oder an seinen unterhaltsberechtigten Angehörigen durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten herbeigeführt hat, also „sozialwidrig“ gehandelt hat. Im Rahmen des hier zu behandelnden Themas ist in erster Linie an vermögensmindernde rechtsgeschäftliche Dispositionen des Hilfeempfängers zu denken. Der Kostenersatz nach § 92a BSHG ist nicht davon abhängig, daß das Einkommen oder Vermögen des

67 Vgl. OVG Münster NWVBI 1988, 16 bzgl. des kleinen Barbetrages gem. § 88 Abs. 2 Ziff. 8 BSHG; VG Düsseldorf ZfF 1981, 206 bzgl. des kleinen Hausgrundstückes gem. § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG.

68 Knopp/Fichtner, 5. Aufl. 1983, § 29 BSHG, Rd.-Nr. 7; Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 91 BSHG, Rd.-Nr. 18; Schulte/Trenk-Hinterberger, a.a.O., 393, 394; offengelassen vom BVerwG, BVerwGE 38, 205, 207; a. A. Gottschick/Giese, § 29 BSHG, Rd.-Nr. 7.

69 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 91 BSHG, Rd.-Nr. 4.

70 BVerwG NVwZ 1987, 890.

71 Frank, BWNtZ 1983, 158.

72 So z. B. Gottschick/Giese, § 91 BSHG, Rd.-Nr. 6.1; Münder, ZfSH/SGB 1985, 289, 300.

73 Gottschick/Giese, § 91 BSHG, Rd.-Nr. 6.1

Hilfempfängers bestimmte Schongrenzen übersteigt. Die Grenze der Inanspruchnahme wird lediglich durch die Schutzvorschriften des Vollstreckungsrechts gezogen⁷⁴. Eine nach § 92a Abs. 1 BSHG eingetretene Verpflichtung zum Ersatz der Kosten geht auf den Erben über; der Erbe haftet nur mit dem Nachlaß (§ 92a Abs. 2 BSHG).

2. Kostenersatz durch Erben nach § 92c BSHG

Neben der sogenannten unselbständigen Erbenhaftung gem. § 92a Abs. 2 BSHG besteht die selbständige Erbenhaftung gem. § 92c BSHG. Die Vorschrift des § 92c Abs. 1 BSHG sieht die grundsätzliche Verpflichtung des Erben des Hilfeempfängers oder seines Ehegatten vor, falls dieser vor dem Hilfeempfänger stirbt, Kostenersatz für gewährte Sozialhilfe zu leisten. Die Ersatzpflicht des Erben des Ehegatten besteht jedoch nicht für die Kosten der Sozialhilfe, die während des Getrenntlebens der Ehegatten gewährt wurde. Die Ersatzverpflichtung entfällt ferner, falls der Hilfeempfänger selbst Erbe seines Ehegatten ist.

Wer Erbe ist, richtet sich nach den §§ 1922 ff. BGB. Zum Ersatz der Kosten der Sozialhilfe ist auch der Vorerbe des Hilfeempfängers verpflichtet⁷⁵. Ist der Hilfeempfänger selbst Vorerbe, so scheidet ein Kostenersatz des Nacherben für die an den Hilfeempfänger erbrachten Sozialleistungen aus, weil der Nacherbe nicht Erbe des Vorerben, sondern Rechtsnachfolger des Erblassers wird (§ 2139 BGB).

Zweifelhaft könnte sein, ob für den Fall, daß der Hilfeempfänger Vorvermächtnisnehmer ist, der Nachvermächtnisnehmer ggf. zur Kostenerstattung herangezogen werden kann. Der Nachvermächtnisnehmer hat keinen Anspruch gegen den Erben, vielmehr gilt der erste Vermächtnisnehmer als beschwert (§ 2191 BGB). Die anders geartete rechtliche Konstruktion dürfte indes im Hinblick auf den klaren Wortlaut des § 92c BSHG eine Kostenerstattungspflicht des Nachvermächtnisnehmers nicht begründen⁷⁶. Der Ausschluß einer Kostenerstattungspflicht des Nacherben oder Nachvermächtnisnehmers des Hilfeempfängers gem. § 92c BSHG kommt insbesondere bei der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen zugunsten behinderter Abkömmlinge zum Tragen⁷⁷.

Die Ersatzpflicht besteht nur für die Kosten der Sozialhilfe — mit Ausnahme der Tuberkulosehilfe —, die innerhalb von 10 Jahren⁷⁸ vor dem Erbfall aufgewendet worden sind. Es gelten außerdem nach § 92c Abs. 3 BSHG bestimmte Freibeträge und Einschränkungen der Ersatzpflicht, die dazu führen, daß der Sozialhilfeträger nicht seine gesamten Kosten ersetzt bekommt. Die beachtlichste Einschränkung betrifft den Fall, daß der Erbe der Ehegatte des Hilfeempfängers oder mit diesem verwandt ist und nicht nur vorübergehend bis zum Tode des Hilfeempfängers mit diesem in häuslicher Gemeinschaft gelebt und ihn gepflegt hat. Hier wird ein Freibetrag von DM 30.000,— gewährt.

Nach § 92c Abs. 2 BSHG beschränkt sich die Haftung des Erben auf den Nachlaß. Beim Vorerben ist der gesamte Nachlaß, also das dem Vorerben angefallene Aktivvermögen des Erblassers abzüglich der Nachlaßverbindlichkeiten des Erblassers zu veranschlagen, also nicht etwa nur der Wert, der sich aus der ordnungsgemäßen Nutzung des Nachlasses ergibt⁷⁹. Darüber hinaus darf ein Anspruch auf Kostenersatz gegenüber dem Erben generell nicht geltend gemacht werden. Der Anspruch aus § 92c BSHG hat als Nachlaßverbindlichkeit i. S. d. § 1967 BGB

Vorrang vor den übrigen Verbindlichkeiten, insbesondere den Pflichtteilsansprüchen, Vermächtnissen und Auflagen⁸⁰.

C. Praxisrelevante Fallgruppen

I. Schenkungen

Die sozialhilferechtlichen Vorschriften gewinnen in der notariellen Praxis insbesondere bei der Übertragung von Vermögensgegenständen im Wege der Schenkung — der Notar wird vornehmlich mit der Beurkundung von Grundbesitz-Überlassungsverträgen befaßt sein — Bedeutung.

1. Rückforderungsanspruch wegen Verarmung nach § 528 BGB

Diese Bedeutung liegt im wesentlichen in der Regelung des § 528 BGB begründet. Danach kann der Schenker, soweit er nach der Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm obliegenden, im Gesetz näher bezeichneten Unterhaltspflichten zu erfüllen, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes verlangen. Das Rückforderungsrecht des Schenkers ist ein nach § 90 BSHG überleitungsfähiger Anspruch. Bei der Mindernden vorhandenen Vermögens eines potentiellen Sozialhilfempfängers oder eines Mitgliedes der Bedarfsgemeinschaft durch Gewährung von Zuwendungen ist daher im Hinblick auf den möglichen Rückforderungsanspruch wegen Verarmung die Frage zu stellen, ob eine Schenkung gemäß § 516 BGB vorliegt — eine Frage, die dem späteren Hilfesuchenden regelmäßig von dem Sozialhilfeträger gestellt werden wird⁸¹ und die im Rahmen der in § 60 SGB I statuierten Mitwirkungspflicht zu beantworten ist.

a) Begriff und Voraussetzungen einer Schenkung nach § 516 BGB

Objektive Merkmale einer Schenkung sind gem. § 516 BGB eine Zuwendung aus dem Vermögen einer Person und das Eintreten einer Bereicherung bei dem Empfänger. Subjektiv erfordert die Annahme einer Schenkung die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung, d. h., es darf eine Gegenleistung nicht vereinbart werden⁸². Werden aufgrund eines einheitlichen Vertrages Leistung und Gegenleistung erbracht, die einander dem Wert nach nicht gleichrangig gegenüberstehen, so ist bei der Beantwortung der Frage nach der Entgeltlichkeit der gesamten Zuwendung bzw. Unentgeltlichkeit des überschüssigen Wertes grundsätzlich allein auf den Willen der Parteien abzustellen. Das objektive Mißverhältnis ist nicht ausschlaggebend⁸³. Soll nach dem Parteiwillen die Zuwendung durch die Gegenleistung nur zum Teil aufgewogen werden, der in der Leistung enthaltene Mehrwert also unentgeltlich gegeben werden, so liegt eine gemischte Schenkung vor. Die Vertragschließenden können jedoch auch die zu erbringenden oder erbrachten Leistungen subjektiv gleichsetzen — so z. B. Gefälligkeitspreise unter Verwandten und Freunden vereinbaren⁸⁴ —, so daß von einer Entgeltlichkeit der gesamten Zuwendung auszugehen ist. Ist aber in den letztgenannten Fällen der Inhalt der Einigung der Vertragspartner streitig — so z. B. bei Geltendmachung des Rückforderungsanspruches durch den Sozialhilfeträger —, so spricht bei gegebenem groben Mißverhältnis zwischen den Werten von Leistung und Gegenleistung und rein willkürlicher Bewertung dieser Leistungen eine tatsächliche Vermutung dafür, daß sich die Vertragschließenden über die Unentgeltlichkeit der dem anderen Teil zuge-

74 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 92a BSHG, Rd.-Nr. 11.

75 BVerwGE 66, 161.

76 Vgl. Dittmann/Reimann/Bengel, Systematischer Teil D, Rd.-Nr. 277.

77 S. u. C. V. 2.

78 Durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 vom 22. 12. 1983 (BGBl. 1532) wurde die Frist von bisher 5 auf 10 Jahre verlängert.

79 BVerwGE 66, 161.

80 Mergler/Zink/Dahlinger/Zeitler, § 92c BSHG, Rd.-Nr. 23; § 92 BSHG, Rd.-Nr. 32a.

81 Vgl. Schneider/Winkler, Die Schenkung und ihre Rückforderung bei Bedürftigkeit, ZfR 1986, 175.

82 Palandt/Putzo, 47. Aufl., 1987, § 516 BGB, Anm. 1.

83 Palandt/Putzo, § 516 BGB, Anm. 7.

84 Staudinger/Reuss, 12. Aufl. 1978, § 516 BGB, Rd.-Nr. 21.

wendeten Bereicherung einig waren⁸⁵. Die Führung des notwendigen Beweises wird dem Rückfordernden, hier also dem Sozialhilfeträger, somit erleichtert. Unter den Begriff der Schenkung fallen auch die belohnende (renumeratorische) Schenkung, die Schenkung unter Auflage und die Pflicht- und Anstandsschenkungen.

Nicht als Schenkung hingegen gilt die Ausstattung — nach dem Gesetz dasjenige, was dem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von den Eltern zugewendet wird —, soweit sie nicht das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß übersteigt (§ 1629 Abs. 1 BGB). Auf die Ausstattung findet also insbesondere auch die Sonderregelung des § 528 BGB keine Anwendung⁸⁶. Aus der Bestimmung des § 1624 Abs. 1 BGB ist allerdings nicht ohne weiteres der Umkehrschluß zu ziehen, eine übermäßige Ausstattung sei stets Schenkung⁸⁷, denn nach herrschender Ansicht stellt § 1624 Abs. 1 BGB keine Fiktion auf, sondern ist auch das Übermaß nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 516 BGB Schenkung⁸⁸. Entsprechend den oben dargestellten Prinzipien können die Parteien also grundsätzlich durch übereinstimmenden Willen das Übermaß der Ausstattung zuordnen⁸⁹.

Der Bestimmung durch Parteiwillen müssen aber nach Ansicht des Verfassers zur Vermeidung von Verdeckungs- und Umgehungsgeschäften — es könnten z. B. Pflichtteilsansprüche durch Nichtanwendbarkeit des Schenkungsrechtes ausgeschaltet werden — Grenzen gezogen werden. So wird man jedenfalls in krassen Fällen des objektiv erkennbaren Abweichens der Parteizwecke von der wirklichen Sach- und Rechtslage das verdeckte Geschäft als das Gewollte behandeln müssen. Die damit verbundene Einschränkung der Vertragsfreiheit ist im Interesse des Schutzes Dritter gerechtfertigt⁹⁰. Das Übermaß der Ausstattung stellt unstreitig dann keine Schenkung dar, wenn die Ausstattung als Gegenleistung für jahrelange unentgeltliche Arbeit im elterlichen Betrieb gedacht ist⁹¹. Streitig diskutiert wird hingegen in der Literatur regelmäßig der Fall einer kausalen oder konditionalen Verknüpfung mit einem Gegenwert, wenn durch die übermäßige Ausstattung ein Bräutigam oder Ehemann mit Rücksicht auf die Heirat begünstigt wird. Zwar wird in neuerer Zeit im allgemeinen in dem Eheschluß selbst ein tauglicher Gegenwert nicht mehr gesehen, die überwiegende Anzahl der Stimmen verneint jedoch das Vorliegen einer Schenkung, wenn auch nur ein Teil die Ausstattung als Gegenleistung für die aus der Eheschließung erwachsenden Lasten angesehen hat oder die Ehe durch die Ausstattung erst ermöglicht werden sollte⁹². Die Vertreter der Gegenseite⁹³ verweisen nach Meinung des Verfassers zu Recht auf die objektive Unvereinbarkeit des Gedankens einseitiger Ehe-lasten und belohnender Ehen mit einer modernen partnerschaftlichen Eheauffassung. Jedoch wird man nicht so weit gehen können, die subjektive, nicht zeitgemäße Vorstellung der Parteien von den Grundlagen der Ehe der objektiven Betrachtungsweise unterordnen zu dürfen⁹⁴. Die Annahme einer Ausstattung ist wesentlich abhängig von einem entsprechenden Willen des Zuwendenden. Im Hinblick auf einen möglichen Streit mit dem Sozialhilfeträger ist es daher ratsam, eine etwaige Ausstattungsabsicht der Parteien in notariellen Übertragungsverträgen ausdrücklich zu bezeichnen.

Die Frage, inwieweit Zuwendungen zwischen Ehegatten dem Schenkungsrecht unterfallen, kann hier insoweit unbeantwor-

tet bleiben, als der zuwendende Hilfeempfänger und der die Zuwendung empfangende Ehegatte nach § 11 bzw. § 28 BSHG in einer Bedarfsgemeinschaft zusammengefaßt werden mit der Folge, daß Einkommen und Vermögen der nicht getrennt lebenden Ehegatten gem. §§ 11 Abs. 1 S. 2, 28, 29 BSHG und den §§ 76 ff. BSHG einzusetzen sind. Dieser öffentlichrechtliche Kostenbeitrag bzw. Aufwendersersatz geht einer möglichen Heranziehung des die Zuwendung empfangenden Ehegatten im Wege der Überleitung eines etwaigen Rückforderungsanspruches aus § 528 BGB vor⁹⁵. Sozialhilfrechtliche Bedeutung kann die Qualifikation von Zuwendungen zwischen Ehegatten hingegen erlangen, wenn die Ehegatten getrennt leben und damit eine Bedarfsgemeinschaft zwischen ihnen nicht mehr besteht, etwa weil ein Ehegatte auf Dauer in einem Alten- oder Pflegeheim untergebracht und nach den tatsächlichen Verhältnissen die Wirtschafts- und Lebensgemeinschaft der Ehepartner nicht nur vorübergehend aufgehoben ist⁹⁶.

Beispiel:

Herr M lebt im Heim, er lebt von seiner Ehefrau F getrennt i. S. d. BSHG. Die Kosten der Heimunterbringung werden vom Sozialhilfeträger aufgewendet. M war Alleineigentümer eines kleinen Hausgrundstückes i. S. d. § 88 Abs. 2 Ziff. 7 BSHG. Geraume Zeit vor Einzug in das Heim hatte er $\frac{1}{2}$ Miteigentumsanteil an dem Hausgrundstück auf F übertragen. F lebt noch in dem Haus.

Wäre die Übertragung auf F als Schenkung i. S. d. § 516 BGB zu qualifizieren, so könnte der Sozialhilfeträger den Anspruch des M aus § 528 BGB auf Herausgabe des Geschenkes auf sich überleiten. Zwar würde der Miteigentumsanteil in der Praxis sodann nicht unmittelbar verwertet, da eine Verwertung wegen des Verbleibens der Ehefrau in dem Haus eine Härte bedeuten würde. Die Sozialhilfe würde jedoch fortan unter Belastung des Miteigentumsanteils nur noch darlehensweise gewährt. Der Sozialhilfeträger könnte also letztlich auf den $\frac{1}{2}$ Miteigentumsanteil zugreifen. Anders hingegen, wenn die Eigentumsübertragung eine Zuwendung besonderer Art zwischen Ehegatten darstellte, die nicht dem Schenkungsrecht unterfiele. Ein überleitungsfähiger Rückforderungsanspruch aus § 528 BGB wäre dann nämlich nicht gegeben. Die einzig bestehende Möglichkeit der Überleitung eines Unterhaltsanspruches des M gegen F führte den Sozialhilfeträger im Ergebnis nicht weiter, denn gem. § 91 BSHG gelten die Schongrenzen u. a. des § 88 Abs. 2 BSHG für die nach bürgerlichem Recht Unterhaltspflichtigen gleichermaßen wie für den Hilfeempfänger selbst. Das „kleine Hausgrundstück“ der F wäre Schonvermögen.

Zur rechtlichen Einordnung von Zuwendungen zwischen Ehegatten ist festzustellen, daß nach den in der neuesten Rechtsprechung des BGH aufgestellten Grundsätzen, die in der Literatur überwiegend Zustimmung finden, nur in Ausnahmefällen eine Schenkung vorliegen wird, denn diese erfordert neben der Vermögensübertragung eine Einigung beider Vertragsteile dahin, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll⁹⁷. Fehlt also bei Zuwendungen zwischen Eheleuten eine ausdrückliche Abrede über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung, so ist ohne weiteres eine sogenannte „unbenannte“ oder „ehebedingte Zuwendung“ anzunehmen. Diese Art Zuwendung aber ist entgeltliche Leistung zwischen den Ehegatten, denn zugewendet wird im Hinblick auf die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft im weitesten Sinne⁹⁸. Entsprechend unterliegen unbenannte Zuwendungen u. a. nicht dem Schenkungsrecht⁹⁹.

85 Staudinger/Reuss, § 516 BGB, Rd.-Nr. 21, BGH NJW 1972, 1709.

86 Langenfeld, Die Grundstücksschenkungen im Zivil- und Steuerrecht 1977, 4; Schmidt, Ausstattung und Schenkung, BWNöZ 1971, 29, 33; Palandt/Diederichsen, § 1624 BGB, Anm. 5.

87 RG JW 1908, 71.

88 Erman/Ronke, 7. Aufl. 1981, § 1624 BGB, Rd.-Nr. 13; Palandt/Diederichsen, § 1624 BGB, Anm. 1, 4; Soergel/Lange, 11. Aufl. 1981, § 1624 BGB, Rd.-Nr. 11; a. A. wohl MünchKomm/Hinz, 2. Aufl. 1987, § 1624 BGB, Rd.-Nr. 11.

89 Zweifelnd Langenfeld, a. a. O., 6.

90 So auch Schmidt, BWNöZ 1971, 29, 30.

91 BGH FamRZ 1965, 430; Soergel/Lange, § 1624 BGB, Rd.-Nr. 11; MünchKomm/Hinz, § 1624 BGB, Rd.-Nr. 11; Erman/Ronke, § 1624 BGB, Rd.-Nr. 13.

92 RG JW 1908, 71 ff.; Palandt/Diederichsen, § 1624 BGB, Anm. 4; Erman/

Ronke, § 1624 BGB, Rd.-Nr. 13; Soergel/Lange, § 1624 BGB, Rd.-Nr. 11; KG OLG 28, 174; a. A. Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl. 1980, § 48 III., 703; MünchKomm/Hinz, § 1624 BGB, Rd.-Nr. 11.

93 Vgl. die Nachweise in Fn. 92.

94 Vgl. Soergel/Lange, § 1624 BGB, Rd.-Nr. 11 (es sei denn in den Fällen der Umgehungs- und Verdeckungsgeschäfte, s. o.).

95 Vgl. die Nachweise in Fn. 68.

96 Zum Begriff des Getrenntlebens vgl. OVG Münster ZfSH/SGB 1983, 519; Gottschick/Giese, § 28 BSHG, Rd.-Nr. 5.2.

97 BGH NJW 1982, 1093; BGH NJW 1983, 1611; BGH DNotZ 1983, 177.

98 Vgl. BGH NJW 1983, 1611.

99 Vgl. BGH DNotZ 1983, 177.

Das von der Rechtsprechung als entscheidendes Merkmal der Abgrenzung zwischen „Schenkung“ und „unbenannte Zuwendung“ zwischen Eheleuten aufgestellte subjektive Kriterium der „Einigung über Unentgeltlichkeit“ ist allerdings allein anhand von Fällen entwickelt worden, in denen andere als ehebedingte Motive nicht zu vermuten waren oder gar in Rede standen. Andere, zusätzliche Kriterien könnten daher zur maßgeblichen Beurteilung heranzuziehen sein, wenn es nicht allein gilt, die Beziehungen der Ehepartner untereinander zu regeln, sondern Rechte Dritter — so z. B. Pflichtteilsberechtigter (§ 2325 BGB), Gläubiger (§ 3 AnfG) oder wie im hier interessierenden Beispielsfall des Staates — betroffen sind, denn es könnte in den Fällen durchaus als unbillig und demgemäß als zu vermeidendes Ergebnis angesehen werden, daß Eheleute jeglichen — auch unentgeltlichen — Zuwendungen untereinander allein durch entsprechend bezeichneten Willen den — insbesondere im Hinblick auf Rechte Dritter — ungünstigeren Schenkungscharakter nehmen. So wird denn auch in der neueren Literatur für notwendig gehalten, weitere zu erfüllende Kriterien für die Annahme einer unbenannten Zuwendung zwischen Ehegatten aufzustellen¹⁰⁰. Solche Kriterien können, um den bezeichneten Mißbrauchsmöglichkeiten vorzubeugen, nur objektiver Natur sein. Unter Heranziehung des der Entwicklung und Anerkennung von „unbenannten Zuwendungen“ zwischen Ehegatten zugrundeliegenden Rechtsgedankens — vorweggenommener Zugewinnausgleich bzw. für die Fälle der Gütertrennung Übertragung dieses Gedankens unter dem Gesichtspunkt der ehelichen Lebensgemeinschaft als einer Schicksals- und Risikogemeinschaft — wird man mit Morhard¹⁰¹ fordern können, daß die Zuwendung einen angemessenen güterrechtlichen Ausgleich zwischen den Gatten nicht übersteigt¹⁰². Kann die Zuwendung nicht mehr als Ausgleich für geleistete Mitarbeit oder als angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens aufgefaßt werden, so liegt unabhängig von dem Willen der Eheleute eine unentgeltliche Zuwendung — und damit eine Schenkung — vor.

In der notariellen Praxis wird vornehmlich Grundbesitz mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge unter Lebenden unentgeltlich zugewendet. Diese Rechtsgeschäfte werden nach üblicher Diktion als Übertragungs- oder Übergabeverträge bezeichnet. Auch für sie gelten die obengenannten Grundsätze. Hinzuweisen ist an dieser Stelle¹⁰³ nur auf den in Rechtsprechung und Literatur¹⁰⁴ streitig behandelten Fall der Verknüpfung einer Übertragung mit einem Erb- oder Pflichtteilsverzicht.

Bei Beantwortung der Frage nach der Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit der von dem Erblasser geleisteten Abfindung/Vermögensübertragung wird z. T. allein auf die von ihm dadurch erlangte Testierfreiheit abgestellt und — zumindest in den Fällen des Verzichts auf den Pflichtteil — die erbrechtliche Freiheit, ohne Rücksicht auf Pflichtteilsansprüche, letztwillig verfügen zu können, regelmäßig als Gegenleistung für die Übertragung/Abfindung angesehen und damit ein voll entgeltliches Geschäft angenommen¹⁰⁵. Diese Ansicht erfährt bei Dieckmann¹⁰⁶ eine Einschränkung dahin, daß von einem „Erkaufen“ der Testierfreiheit — ohne Rücksicht auf das Eigeninteresse des Verzichtenden am vorzeitigen Vermögensanfall — allerdings nur dann die Rede sein könne, wenn der Abfindungsempfänger auf den Pflichtteil verzichte und sich die Abfindung im Rahmen der gesetzlichen Erberwartung halte.

Demgegenüber wird die Entgeltlichkeit jeglicher Abfindungsleistungen in der Literatur z. T. schlechthin¹⁰⁷ oder aber dem Grundsatz nach¹⁰⁸ verneint — nach Auffassung des Verfassers mit überzeugender Begründung: Auch der Verzicht auf evtl. Pflichtteilsansprüche kann eine Abfindungsleistung nicht zur entgeltlichen Zuwendung werden lassen, denn das mit einem Pflichtteilsverzicht verfolgte Ziel könnte von dem Erblasser gleichermaßen durch eine Anordnung nach § 2315 Abs. 1 BGB, nämlich der Anrechnung des Wertes der Zuwendung auf den Pflichtteil, erreicht werden; der Schenkungscharakter einer solchen Zuwendung wird jedoch von niemandem in Zweifel gezogen¹⁰⁹. Die Rechtsposition des Verzichtenden stellt ferner in keinem Fall eine konkrete vermögenswerte Erwartung dar¹¹⁰, denn die zukünftige Entwicklung der „Erbmasse“ ist im Zeitpunkt des Verzichts ungewiß. Der Verzicht auf diese Position kann entsprechend nicht als Entgelt angesehen werden¹¹¹. Letztlich erbringt der auf seinen Pflichtteil Verzichtende ein „Entgelt“ für die Zuwendung auch nicht durch die dem Erblasser evtl. ermöglichte erweiterte Testierfreiheit — denn mit der Zuwendung soll der Pflichtteil abgegolten werden, das Ergebnis entspricht einer Anordnung nach § 2315 Abs. 1 BGB¹¹².

Eine Vertiefung der angesprochenen Problematik ist im Rahmen des hier behandelten Themas nicht angezeigt¹¹³, denn die Frage nach der Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit der für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht geleisteten Zuwendungen wird sich im Hinblick auf sozialhilferechtliche Bestimmungen nur in den Fällen stellen, in denen der Erblasser (nahezu) sein gesamtes Vermögen dem Verzichtenden zugewendet hat, die danach zu erwartende Erbmasse also gleich Null ist. Hier gibt es tatsächlich nichts, auf das der Berechtigte verzichten könnte, ebensowenig gibt es für den Erblasser anderweitig frei zu testieren. Eine unter solchen Umständen gegen einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht geleistete Abfindung muß regelmäßig als unentgeltlich angesehen werden¹¹⁴.

b) Art und Höhe des Rückforderungsanspruches

Der Anspruch aus § 528 BGB ist gerichtet auf Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Er besteht allerdings nur insoweit, als der in § 528 S. 1 BGB bezeichnete Unterhaltsbedarf zu decken ist¹¹⁵. Bedarf der Schenker nur eines Teiles des Geschenkes, so ist bei möglicher Teilung des geschenkten Gegenstandes auch nur ein der Höhe des Bedarfs entsprechender Teil herauszugeben. Bei unteilbaren Gegenständen, z. B. Grundstücken, kann der Schenker in den Fällen geringeren Deckungsbedarfs lediglich Wertersatz in Geld gem. § 818 Abs. 2 BGB in Höhe des Unterhaltsbedarfes verlangen. Der Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB geht hier also von vornherein allein auf Zahlung in Höhe des der Bedürftigkeit des Schenkers entsprechenden Wertteiles des Geschenkes¹¹⁶. Dies gilt gleichermaßen beim Vorliegen einer gemischten Schenkung und einer Schenkung unter Auflage¹¹⁷.

Herausgabe des Geschenkes nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Beschenkte abwenden, indem er dem Schenker den für den Unterhalt erforderlichen Betrag zahlt (§ 528 Abs. 1 S. 2 BGB), wobei der Anspruch nicht sofort in vollem Umfang abzulösen ist, sondern Zahlungen zeitlich und der Höhe nach entsprechend dem Bedarf des Unterhaltsberechtigten geleistet werden können¹¹⁸.

100 Morhard, „Unbenannte Zuwendungen“ zwischen Ehegatten — Rechtsfolgen und Grenzen der Vertragsgestaltung, NJW 1987, 1734 ff.

101 NJW 1987, 1739.

102 Zu den Beurteilungskriterien näher Morhard, NJW 1987, 1739.

103 Vgl. zu den Besonderheiten bei Hofübergabe mit Leibgedinge u. ä. unten C. II.

104 Vgl. Haegle, Rechtsfragen zum Erbverzicht, BWNNotZ 1971, 36; Schramm, Abfindung für den Erbverzicht = Schenkung i. S. v. § 2325 BGB?, BWNNotZ 1971, 162; Speckmann, Der Erbverzicht als „Gegenleistung“ in Abfindungsverträgen, NJW 1970, 117; Lange, Der entgeltliche Erbverzicht, Festschrift für Nottarp, 1961, 112.

105 So Coing, Grundlagenirrtum bei vorweggenommener Erbfolge, NJW 1967, 1777, 1778; Lange, a.a.O., 119, 121, 122; LG Arnberg Urteil v. 21.1.1968, mitgeteilt von Speckmann (Fn.104).

106 Soergel/Dieckmann, 11. Aufl. 1982, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 7.

107 MünchKomm/Frank, 1982, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 14.

108 Speckmann, Fn. 104.

109 Vgl. Speckmann, a.a.O., 119; MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 14.

110 So Lange, a.a.O., 121.

111 Vgl. Speckmann, a.a.O., 120; MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 14.

112 Vgl. MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 14; für Teilentgeltlichkeit nur unter ganz besonderen Umständen Speckmann, a.a.O., 121.

113 Näheres s. auch Haegle (Fn.104).

114 Vgl. dazu LG Münster NJW 1984, 1188 ff.

115 Vgl. Staudinger/Reuss, § 528 BGB, Rd.-Nr. 5; MünchKomm/Kollhosser, 1980, § 528 BGB, Rd.-Nr. 3.

116 BGH FamRZ 1985, 778; RGFK/Mezger, 12. Aufl. 1978, § 528 BGB, Rd.-Nr. 5.

117 MünchKomm/Kollhosser, § 516 BGB, Rd.-Nr. 34.

118 Staudinger/Reuss, § 528 BGB, Rd.-Nr. 7.

Der Rückforderungsanspruch des Schenkers ist auch nur in den genannten Grenzen überleitungsfähig nach § 90 BSHG¹¹⁹, wobei die Überleitung zudem durch die Höhe der Aufwendungen des Sozialhilfeträgers begrenzt ist¹²⁰. Eine weitere Einschränkung der Überleitungsfähigkeit eines Rückforderungsanspruches aus § 528 BGB ergibt sich aus den Bestimmungen über das Schonvermögen. So ist die Überleitung ausgeschlossen, wenn der Hilfeempfänger den Gegenstand der Forderung nach Rückübertragung gem. § 88 Abs. 2, 3 BSHG nicht zu verwerten brauchte (z. B. bei einem verschenkten kleinen Hausgrundstück¹²¹ oder Barbeträgen)¹²².

c) Beschränkung, Ausschluß und Erlöschen des Rückforderungsanspruches

Gem. § 528 Abs. 1 BGB ist das Geschenk nach den Vorschriften über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung herauszugeben. Dem Rückforderungsanspruch kann also grundsätzlich der Einwand des Wegfalls der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) entgegengehalten werden, wobei allerdings möglicherweise die nach § 819 BGB eintretende verschärfte Haftung des Bereicherten zu beachten ist¹²³. Das Rückforderungsrecht besteht ferner nicht, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat sowie bei eigener Bedürftigkeit des Beschenkten (§ 529 BGB). Der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkten ist ausgeschlossen, wenn z. Z. des Eintritts der Bedürftigkeit des Schenkers seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes 10 Jahre verstrichen sind (§ 529 Abs. 1 BGB).

Der Rückforderung unterliegen nicht Pflicht- und Anstandsschenkungen (§ 534 BGB). Die Rechtsprechung legt den Begriff der sittlichen Pflicht gem. § 534 BGB sehr restriktiv aus¹²⁴. Unter Erfüllung einer sittlichen Pflicht sei nicht die Betätigung der allgemeinen Nächstenliebe zu verstehen; der Begriff erfordere vielmehr eine besondere, aus den konkreten Umständen des Einzelfalles erwachsene und in den Geboten der Sittlichkeit wurzelnde Verpflichtung, wobei das Vermögen und die Lebensstellung der Beteiligten sowie die persönlichen Beziehungen untereinander zu berücksichtigen seien. Dem zitierten Urteil des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Schenker wurde von seinem nicht mehr berufstätigen Sohn (dem Beklagten) und seiner Schwiegertochter über Jahre hin versorgt und gepflegt. Die Schwiegertochter putzte die Wohnung des Schenkers. Sohn und Schwiegertochter erhielten für ihre Dienste ein Entgelt von DM 100,— monatlich. Im Jahre 1977 schenkte der Vater seinem Sohn ca. DM 42.000,—. Der Vater kam 1980 in ein Alterspflegeheim und erhielt Sozialhilfe. Der klagende Sozialhilfeträger leitete den Anspruch gegen den Sohn aus § 528 BGB in Höhe der von ihm erbrachten Sozialhilfeleistungen über. Der BGH verneint die Annahme einer sittlichen Pflicht zur Schenkung und unterwirft die Zuwendung als belohnende Schenkung voll dem Rückforderungsrecht gem. § 528 BGB. Er billigt die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach zwar die Versorgung des Vaters einer sittlichen Pflicht des Sohnes entsprochen habe, während umgekehrt keine sittliche Verpflichtung des Vaters zur Übergabe des Geldes bestanden habe. Im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern entsprängen anerkennende Geschenke in der Regel nicht dem Gefühl sittlicher Verpflichtung, sondern lediglich verwandtschaftlicher Verbundenheit. Als besondere Umstände, die ausnahmsweise auch die Zuwendung des Vaters an seinen Sohn für geleistete Dienste als sittlich geboten erscheinen lassen könnte, nennt der BGH den Fall, daß der die Pflegeleistung Erbringende schwerwiegende persönliche Opfer bringt und deswegen in eine Notlage gerät. Ein schwerwiegendes persönliches Opfer kann bei-

spielsweise darin liegen, daß der Pflegendende mit Rücksicht auf die zu erbringende Pflege seine Berufstätigkeit aufgibt.

Im Hinblick auf diese Rechtsprechung wird die notarielle Praxis in der Regel davon auszugehen haben, daß Zuwendungen zwischen einander unterhaltsberechtigten Personen, deren Motiv die Belohnung für eine geleistete Versorgung oder die Erwartung zukünftiger Versorgung ist, die Rückforderung gem. § 528 BGB nicht ausschließen. Demgegenüber entsprechen Unterstützungen an bedürftige, nicht unterhaltsberechtigte Verwandte unter erleichterten Voraussetzungen einer sittlichen Pflicht.

Ist die Schenkung nur zum Teil als Pflicht- oder Anstandsschenkungen zu werten, so ist der die sittliche Pflicht und den Anstand übersteigende Wert innerhalb der durch § 528 BGB gesteckten Grenzen auf Verlangen nach § 528 BGB herauszugeben¹²⁵.

Der Rückforderungsanspruch aus § 528 BGB ist nach allgemeiner Ansicht höchstpersönlicher Natur und kann nur von dem Schenker selbst geltend gemacht werden¹²⁶, denn Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Deckung allein von dem Schenker aufzubringenden Unterhalts. Die aktuelle Notlage des Schenkers ist aber mit seinem Tod entfallen. Fraglich bleibt, ob dieses Ergebnis auch dann sachgerecht ist, wenn ein bei dem Schenker bestehender Notbedarf zunächst durch den Sozialhilfeträger gedeckt wird und der Schenker nach Überleitung des Anspruches aus § 528 BGB, aber vor Erstattung der Hilfeleistung, verstirbt. Wollte man auch hier ein Erlöschen des Herausgabeanspruches wegen Entfallens der Zweckbestimmung annehmen¹²⁷, so hieße das, den Grundsatz des Nachranges der Sozialhilfe außer Acht zu lassen¹²⁸. Der Sozialhilfeträger tritt in den Fällen des Bestehens einer Drittverpflichtung durch seine Unterstützung lediglich in Vorleistung. Die Erstattung der Hilfeleistung erfolgt u. a. auf dem Weg der Überleitung nach § 90 BSHG. Auch das nach dem Tod des bedürftig gewordenen Schenkers an den Sozialhilfeträger herauszugebende Geschenk dient also allein der Verwertung für den in § 528 BGB bezeichneten Unterhalt, der Zweck des Anspruches aus § 528 BGB bleibt gewahrt. Es ist damit uneingeschränkt der Ansicht des BGH zuzustimmen, wonach der Rückforderungsanspruch wegen Notbedarfs mit dem Tode des Schenkers nicht erlischt, wenn der Sozialhilfeträger den Anspruch vorher nach § 90 BSHG auf sich übergeleitet hat¹²⁹.

Der Anspruch aus § 528 BGB ist nicht pfändbar, solange er nicht vertraglich anerkannt oder rechtshängig ist (§ 852 ZPO). Auch der Sozialhilfeträger kann demgemäß auf diesen Anspruch nicht durch Pfändung zugreifen. Das bedeutet, daß er z. B. eine Schenkung, die nicht unmittelbar zur Verarmung des Hilfesuchenden oder eines Mitglieds der Bedarfsgemeinschaft führt, sondern zur Verarmung eines dem Hilfesuchenden Unterhaltspflichtigen, der nicht zur Bedarfsgemeinschaft gehört, hinzunehmen hat. Zwar mag er den Anspruch des Hilfesuchenden auf Unterhalt überleiten, die Überleitung ermächtigt ihn wegen des Verbots des § 852 ZPO jedoch nicht, im weiteren den Anspruch des Unterhaltspflichtigen, der wegen einer Schenkung zur Erbringung von Unterhaltsleistungen nicht in der Lage ist, auf Rückgabe des Geschenkes zu pfänden¹³⁰. Geben also Kinder im Wege der Schenkung Vermögensgegenstände weg, weil sie fürchten, andernfalls als Unterhaltspflichtige für die für ihre Eltern aufzubringenden Sozialleistungen in Anspruch genommen zu werden, so sind diese Schenkungen vom Sozialhilfeträger nicht anzugreifen — es sei denn, es ließe sich eine Sittenwidrigkeit des Schenkungsvertrages feststellen.

119 Hesse, Zur Behandlung von Vermögensdispositionen, die Sozialhilfebedürftigkeit bewirken, ZfSH 1985, 549 ff.; BGH FamRZ 1985, 778.

120 S. o. B V. 1.

121 Vgl. VG Düsseldorf/ZfF 1981, 206; Lehr- und Praxiskommentar, § 88 BSHG, Rd.-Nr. 56.

122 OVG Münster NWVBl 1988, 16.

123 Die Anwendbarkeit des § 819 BGB ist unstr.; s. dazu Germøer, Rückforderung der Schenkung wegen Verarmung des Schenkers, BWNNotZ 1987, 61, 63.

124 BGH NJW 1986, 1926; RGZ 70, 15, 383.

125 MünchKomm/Kollhossler, § 534 BGB, Rd.-Nr. 2.

126 Palandt/Putzo, § 528 BGB, Anm. 2.

127 So OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 887, 889.

128 BGH MittRfHNotK 1986, 118.

129 BGH a. a. O.

130 Anders Frank, BWNNotZ 1983, 159, der anscheinend die Vorschrift des § 852 ZPO nicht gesehen hat.

d) Abdingbarkeit

Das Gesetz enthält zur Frage der Abdingbarkeit des Rückforderungsanspruches aus § 528 BGB keine Hinweise. Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 528 BGB, nämlich dem Schutz des Schenkens vor Unüberlegtheit und Leichtsinns, ist aber mit der herrschenden Meinung zu folgern, daß auf den Anspruch des Notbedarfs nicht im voraus verzichtet werden kann¹³¹. Im übrigen wäre anderenfalls zumindest zu prüfen, ob ein derartiger Verzicht nicht gegen die guten Sitten nach § 138 BGB verstieße.

2. Rückforderungsanspruch wegen Nichtigkeit nach §§ 138, 812 BGB

Ist der Schenkungs-/Übertragungsvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig (§ 138 BGB), so ist der Bereicherungsanspruch des Schenkenden/Übertragenden aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB nach § 90 BSHG überleitungsfähig. Der Anspruch aus den §§ 138, 812 BGB geht weiter als der Herausgabeanspruch aus § 528 BGB, da die in den Vorschriften über die Schenkung enthaltenen Beschränkungen — z. B. die 10-Jahres-Frist — entfallen und auch die nicht als Schenkungen zu qualifizierenden Zuwendungen erfaßt werden. In der sozialhilferechtlichen Praxis ist jedoch bislang der Anspruch aus § 528 BGB von größerer Bedeutung — und entsprechend hier vorrangig behandelt worden —, da der Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen für den Sozialhilfeträger leichter zu führen sein wird.

Nichtigkeit nach § 138 BGB ist in Betracht zu ziehen in den Fällen, in denen eine die Vermögenslosigkeit begründende Zuwendung zu Lasten und mit Blick auf den Eintritt des Sozialhilfeträgers erfolgt. Im Hinblick auf die engeren Voraussetzungen des § 138 BGB stützt die Rechtsprechung einen etwaigen Rückforderungsanspruch in den einschlägigen Entscheidungen durchweg auf § 528 BGB, obwohl die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten im Einzelfall durchaus nahe lag. So erörtert das LG Münster in seinem Urteil vom 12. 1. 1983¹³² lediglich die Vorschrift des § 528 BGB, obwohl in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt zwischen dem Abschluß eines Vertrages, mit dem eine Mutter ein Achtfamilienhaus auf ihren Sohn übertragen hatte, und dem Antrag der Mutter auf Gewährung von Sozialhilfe durch Übernahme von Heimkosten lediglich die kurze Zeit von 5 Wochen lag und sich eine Prüfung der Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäftes daher aufgedrängt hätte. Das VG Freiburg¹³³ allerdings erklärt in einer Entscheidung aus dem Jahre 1978 einen Schenkungsvertrag für sittenwidrig und nichtig, durch den eine schwerkranke Erblasserin kurz vor ihrem Tode ihren wohl zum Schonvermögen gehörenden Grundbesitzanteil auf ihren Enkel übertrug. Nach Auffassung des VG verstößt der Schenkungsvertrag gegen die guten Sitten. Sein Hauptzweck sei erkennbar auf eine sittenwidrige Schädigung einer künftigen Rechtsposition eines Dritten, des Sozialhilfeträgers, gerichtet, verfolge nämlich den Zweck, den übertragenen Grundbesitz dem gem. § 92c BSHG kostensersatzpflichtigen Nachlaß zu entziehen. Die schutzwürdige Rechtsposition des Sozialhilfeträgers ergebe sich gerade aus der Regelung des § 92c BSHG. Das VG hält es im entschiedenen Fall für ausgeschlossen, daß im Hinblick auf den zeitlichen Ablauf und die sonstigen äußeren Umstände, unter denen der Schenkungsvertrag geschlossen wurde, insoweit eine lediglich zufällige Auswirkung eines an sich unbedenklichen Rechtsgeschäftes eingetreten sein kann. Das VG Freiburg fordert also im Einklang mit der bisher herrschenden Rechtsprechung zu § 138 BGB für die Annahme eines Sittenverstoßes,

daß die Schädigung des Dritten Zweck des Rechtsgeschäftes war.

Ob — und inwieweit — in Zukunft die vom BGH¹³⁴ im Urteil vom 8. 12. 1982 zur Sittenwidrigkeit eines Unterhaltsverzichts entwickelten Grundsätze und angelegten Maßstäbe auf Übertragungs- und Schenkungsverträge entsprechend heranzuziehen sind, da die möglicherweise eine Sittenwidrigkeit begründenden Vorstellungen der Vertragschließenden jeweils die gleichen sind, bleibt abzuwarten. Der beurkundende Notar wird jedenfalls in Fällen, in denen die Sozialhilfebedürftigkeit eines Vertragsbeteiligten abzusehen ist, stets auch die Möglichkeit einer Nichtigkeit des zu beurkundenden Rechtsgeschäftes in seine Überlegungen mit einbeziehen und die Vertragsbeteiligten ggf. auf diese Gefahr aufmerksam machen müssen.

In der Literatur wird die unmittelbare Anwendung der §§ 812 ff. BGB häufig schon unter Hinweis auf die Sonderregelung des § 817 BGB als — insbesondere für den Sozialhilfeträger — praktisch problematisch bezeichnet¹³⁵. Tatsächlich wird dem Bereicherungsanspruch des Schenkens wegen Sittenwidrigkeit in einer Vielzahl der Fälle die Einwendung des § 817 S. 2 BGB entgegenstehen, da das verwerfliche Handeln regelmäßig (auch) auf seiner — des Leistenden — Seite liegen wird¹³⁶. Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 817 BGB kann jedoch nicht zur Folge haben, daß auch der Sozialhilfeträger allein auf die Überleitung und Geltendmachung des Schadensersatzanspruches nach § 826 BGB angewiesen ist. Die Ausnahmenvorschrift des § 817 S. 2 BGB ist nach allgemeiner Ansicht eng auszulegen; denn einziger Sinn der Vorschrift ist, denjenigen, der sich selbst bewußt außerhalb der Rechtsordnung stellt, Rechtsschutz zu versagen. Im Rahmen des § 817 BGB müssen die Grundsätze von Treu und Glauben Berücksichtigung finden, weil die Regelung nicht eine Vermögensverschiebung sanktionieren kann, die gegen diese Grundsätze verstößt und deshalb als unbillig angesehen werden müßte. Die mit der Anwendung des § 817 S. 2 BGB verbundene Aufrechterhaltung der rechtsgrundlosen Vermögenszuordnung ist aber gerade dann mit dem Zweck der Nichtigkeitssanktion vereinbar, wenn das Nichtigkeitsurteil des § 138 BGB gerade den Sozialhilfeträger schützen sollte¹³⁷. Die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB steht daher einer Rückforderung nicht entgegen.

II.

Altenteil/Leibgedinge

Im Zusammenhang mit Leibgedinge-/Leibzuchts-/Altenteilsverträgen eröffnen sich im Hinblick auf sozialhilferechtliche Vorschriften im wesentlichen zwei Problemkreise. So stellt sich zum einen die Frage nach den Auswirkungen vertraglich vereinbarter Leistungen von Wart und Pflege auf die Leistung des staatlichen Pflegegeldes (1.), zum anderen die Frage nach evtl. Ansprüchen des Sozialhilfeträgers gegen den Altenteilsverpflichteten und/oder ggf. dessen Geschwister in den Fällen einer notwendigen auswärtigen Unterbringung des Berechtigten (2.).

Das Gesetz definiert den Begriff des Altenteils- oder Leibgedingevertrages nicht näher. Die für die Einordnung eines Rechts als Altenteil notwendigen Kriterien sind vom Schrifttum und maßgeblich von der Rechtsprechung entwickelt worden; sie können in den entscheidenden Punkten als feststehend bezeichnet werden¹³⁸. Im Rahmen des hier zu behandelnden Themas muß das Institut des Altenteils/Leibgedinges in seinem Ursprung und seinen eigentümlichen Merkmalen als im wesentlichen bekannt vorausgesetzt werden.

131 RGRK/Mezger, § 519 BGB, Rd.-Nr. 1; Palandt/Puizot, § 528 BGB, Anm. 1.

132 NJW 1984, 1188.

133 ZfF 1980, 15.

134 MittRhNotK 1983, 71; s. näher u. C. VI.

135 Schneider/Winkler, Die Schenkung und ihre Rückforderung bei Bedürftigkeit, ZfF 1986, 175; Schnitzlering, Schenkung und Sozialhilfe, ZfF 1979, 29.

136 Nach ganz h. M. steht § 817 S. 3 BGB auch dem Anspruch aus § 812 BGB entgegen (also auch bei sittenwidrigem Handeln ausschließlich auf seiten des Handelnden); vgl. Palandt/Thomas, § 817 BGB, Anm. 1 m. w. N.

137 Vgl. MünchKomm/Lieb, 2. Aufl. 1986, § 817 BGB, Rd.-Nr. 13, 33, der in den Fällen, in denen die Rechtsordnung gerade die Vermögensverschiebung als solche mißbilligt, auch das dingliche Verfügungsgeschäft für nichtig hält, so daß es einer einschränkenden Auslegung des § 817 S. 2 BGB in der Regel nicht bedarf; vgl. ferner Soergel/Mühl, 11. Aufl. 1985, § 817 BGB, Rd.-Nr. 16 im Hinblick auf die Anwendung des § 817 S. 2 BGB auf den Konkursverwalter.

138 S. dazu MünchKomm/Pecher, 1983, Art. 96 EGBGB m. w. N.

1. Pflegegeld nach dem BSHG bei Vereinbarung häuslicher Wart und Pflege

Bestandteil eines Altenteilsrechts ist üblicherweise u. a. die Vereinbarung persönlicher Wart und Pflege des Berechtigten im Bedarfsfall. Staatliche Unterstützung und Hilfe im Falle der Pflegebedürftigkeit gewähren die §§ 68, 69 BSHG. Gem. § 68 Abs. 1 BSHG ist Personen, die infolge Krankheit oder Behinderung so hilflos sind, daß sie nicht ohne Wart und Pflege bleiben können, Hilfe zur Pflege zu leisten. Nähere Bestimmungen für die häusliche Pflege enthält die Vorschrift des § 69 BSHG, deren Abs. 3 im Falle dort näher beschriebener erheblicher Pflegebedürftigkeit die Zahlung eines pauschalierten Pflegegeldes vorsieht¹³⁹.

Sozialhilfe ist nachrangig zu leisten — dennoch läßt nach überwiegender Auffassung¹⁴⁰ ein vertraglicher Anspruch des Bedürftigen auf Wart und Pflege den Anspruch auf Zahlung eines Pflegegeldes nach § 69 BSHG grundsätzlich nicht entfallen. Zur Begründung wird im Anschluß an die Rechtsprechung des BVerwG aus dem Jahre 1968¹⁴¹ vornehmlich auf das Wesen der Pflege in den Fällen des § 69 Abs. 3 BSHG und die dementsprechende Zweckbestimmung des Pflegegeldes abgestellt¹⁴². Das Pflegegeld sei nicht unmittelbar zur Abgeltung des Pflegebedarfs bestimmt, sondern in erster Linie zur Erhaltung der Pflegebereitschaft im häuslichen Bereich. Die Hilfeleistungen des Pflegenden könnten weder im einzelnen angemessen abgegolten noch beim Vorliegen eines Vertrages über freie Wart und Pflege auf gerichtlichem Wege praktisch erzwungen werden. Auch von seiten des Pflegebedürftigen stünden nicht ohne weiteres wirtschaftliche Überlegungen im Vordergrund, vielmehr bestimmten ihn bei der Abgeltung Dank für geleistete und Erwartung künftiger Hilfe mit¹⁴³. Das Nachrangprinzip werde entsprechend nicht durchbrochen, da bei tatsächlich erbrachten Pflegeleistungen durch dem Pflegebedürftigen nahestehende Personen der vom Sozialhilfeträger zu deckende Bedarf, nämlich die Erhaltung der Pflegebereitschaft, bestehen bleibe, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Pflege selbst freiwillig oder aufgrund vertraglicher Verpflichtung erbracht werde¹⁴⁴.

Den zitierten Stimmen ist im Ergebnis zuzustimmen, allerdings ist die Begründung des Nebeneinanders von Pflegegeld und von Dritten erbrachten Pflegeleistungen an der bereits in den Jahren 1979 und 1982 geänderten Gesetzesfassung zu orientieren. Zum einen ist nach der heutigen Fassung des § 69 Abs. 3 BSHG die Zahlung eines Pflegegeldes auch in den Fällen denkbar, in denen die Pflegeleistungen durch besondere Pflegekräfte erbracht werden, und nicht nur bei einer — allerdings nach wie vor vorrangig bezweckten¹⁴⁵ — Familien- und Nachbarschaftshilfe, womit der Entgeltcharakter des Pflegegeldes mehr in den Vordergrund rückt. Zum anderen ist nach der aktuellen Fassung des § 69 Abs. 5 BSHG vom Gesetzgeber selbst klargestellt, daß Pflegeleistungen nach § 69 Abs. 3 BSHG die Leistung eines Pflegegeldes nicht ausschließen. Pflegegeld wird nach S. 3 des § 69 Abs. 3 BSHG nur insoweit nicht gewährt, als der Pflegebedürftige gleichartige Leistungen nach anderen Rechtsvorschriften erhält. Mit dieser Bestimmung sind nach dem Gesetzeswortlaut nicht vertraglich zu erbringende Leistungen gemeint. Ebensovienig wird von den Anrechnungsbestimmungen die aufgrund gesetzlicher Unterhaltspflicht erbrachte Pflege erfaßt¹⁴⁶, denn Unterhaltsleistungen sind nicht dem Pflegegeld gleichartige Leistungen¹⁴⁷.

Die Gewährung von Pflegegeld gehört jedoch zu den Hilfen in besonderen Lebenslagen, ist also grundsätzlich abhängig von den oben dargestellten Einkommensgrenzen¹⁴⁸. Es ist strittig, ob und ggf. in welcher Höhe der vertragliche Anspruch auf häusliche Wart und Pflege bei der Entscheidung über die Leistung von Pflegegeld als Einkommen zu bewerten ist. Das BVerwG bezeichnet zwar die aufgrund Vertrages gewährte Pflege nicht ausdrücklich als Einkünfte in Geldeswert¹⁴⁹, nimmt aber im Ergebnis die Anrechenbarkeit des Anspruchs auf Wart und Pflege an. Zwar diene das Pflegegeld der Erhaltung der Pflegebereitschaft; bei vertragsgemäßer Pflege würden aber nicht so hohe Mittel benötigt, wie ohne vertragliche Bindung der Pflegeperson. Die vertragliche Vereinbarung sichere zum Teil die Bereitstellung der Mittel, für die sonst die Sozialhilfe eintreten müßte¹⁵⁰. Demgemäß sei eine Anrechnung des vertraglichen Anspruches auch dann möglich, wenn das Einkommen des Pflegebedürftigen unter der Einkommensgrenze liege (§ 85 Ziff. 1 BSHG). Zur Frage, in welcher Höhe eine Anrechnung des vertraglichen Pflegeanspruches zu erfolgen habe, verweist die Rechtsprechung auf den Einzelfall. Gewünscht wird lediglich eine großzügige Verfahrensweise des Sozialhilfeträgers, da die Erhaltung der Pflegebereitschaft nicht zuletzt in dessen eigenem finanziellen Interesse liege¹⁵¹.

Hingegen ist nach Ansicht des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge die vertragliche Pflege nur in den Fällen als Einkommen zu bewerten, in denen „die wirtschaftlichen Vorteile für den Übernehmenden so groß waren, daß auch jeder unbeteiligte Dritte den Vertrag für sich abgeschlossen hätte“¹⁵², die persönliche Nähe zu dem Pflegebedürftigen also für die Pflegebereitschaft keine (wesentliche) Rolle spielte. Rundum verneint wird die Anrechenbarkeit von vertraglich gewährter Wart und Pflege zum Teil in der Literatur. Der Geldeswert der genannten Leistungen sei zweifelhaft, es bestehe keine Zweckidentität zwischen ihnen und dem Pflegegeld und außerdem widerspreche die Anrechnung dem Gesetzeszweck der Förderung der häuslichen Pflegebereitschaft¹⁵³.

Mit dem BVerwG ist von einer Anrechenbarkeit des vertraglichen Anspruchs auf Wart und Pflege als Einkommen auszugehen; denn wie sich aus der Vorschrift des § 69 Abs. 5 S. 2 BSHG ersehen läßt, hat das Pflegegeld auch die Funktion pauschalen Aufwendersatzes für die tatsächliche Pflegeleistung — eine Leistung, die einen Bedarf an Sozialhilfe abdeckt. Eine Anrechnung kann nach der genannten Vorschrift allerdings nur bis zur Höhe von 50 % des Pflegegeldes erfolgen — entsprechend könnte bei vertraglich zu erbringenden Leistungen der Abzug vorzunehmen sein¹⁵⁴.

2. Auswärtige Unterbringung des Altenteilers/Leibgedingsberechtigten

a) Ersatzansprüche des Übergebers/Berechtigten gegen den Übernehmer/Verpflichteten

Muß der Leibgedingsberechtigte in alten oder kranken Tagen in einem Alten- oder Pflegeheim untergebracht werden und muß wegen der Kosten der Sozialhilfeträger einspringen¹⁵⁵, so stellt sich die Frage nach dem Entstehen überleitungs-fähiger Ersatzansprüche des Berechtigten gegen den Übernehmer. Einschlägig sind insoweit gem. Art. 96 EGBGB für den praktisch häufigsten Fall der mit der Überlassung eines Grundstückes in Verbindung stehenden Leibgedings-, Leibzuchts- oder Alten-

139 Zur Höhe des Pflegegeldes s. § 69 Abs. 4 BSHG.

140 A. A. BayVGH 1967, 93, 94; Fuchs, Die Gewährung von Pflegegeld nach §§ 68, 69 BSHG bei vertraglicher Sicherung von Wartung und Pflege, ZfP 1967, 68, 69.

141 BayVBl 1968, 204 ff.

142 Küfner, Vertragliche Pfingerechte im Sozialrecht, ZfSH/SGB 1985, 66, 68, 69; Gitter, Der Einfluß des Sozialhilferechts auf die notarielle Vertragsgestaltung, DNotZ 1984, 592, 602; Gottschick/Giese, § 69 BSHG, Rd.-Nrn. 10.1, 10.2.

143 BVerwG a. a. O.

144 BVerwG a. a. O.

145 Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 69 BSHG, Rd.-Nr. 67.

146 BVerwG a. a. O.; Gitter, a. a. O.; Küfner, a. a. O., 66.

147 BVerwG a. a. O.

148 BVerwG a. a. O.

149 a. a. O.

150 BVerwG a. a. O.

151 BVerwG a. a. O., 205.

152 NDV 1963, 539, NDV 1967, 92.

153 Vgl. Gottschick/Giese, § 69 BSHG, Rd.-Nr. 10.2.

154 Gitter, a. a. O., 603; Küfner, a. a. O., 70; It. Frank, BWNNotZ 1983, 153, 155, wird in der Praxis der Sozialhilfe das Pflegegeld i. d. R. um die Hälfte gekürzt.

155 Altenteilsvereinbarungen enthalten heute regelmäßig nicht — oder sollten nicht enthalten — die Bestimmung, daß der Übernehmer zur Zahlung von Heim- und Anstaltskosten verpflichtet ist; vgl. Weber, Einzelfragen zur Hofübergabe, BWNNotZ 1981, 1.

teilsverträgen die landesrechtlichen Vorschriften, wenn nicht für das sich aus dem Vertrag ergebende Schuldverhältnis besondere Individualvereinbarungen getroffen sind. Für NW sind dies Art. 15 PrAGBGB¹⁵⁶ bzw. § 23 Lippisches AGBGB in der Fassung vom 12. 8. 1933^{157, 158}. Gem. Art. 15 § 9 Abs. 3 PrAGBGB i. V. m. § 9 Abs. 2 PrAGBGB wandelt sich der in einem Leibgedingsvertrag vereinbarte Anspruch auf Gewährung von Wohnung und Erhalt von Dienstleistungen in einen Anspruch auf Zahlung einer Geldrente um, wenn der Berechtigte ohne eigenes Verschulden genötigt ist, das Grundstück dauernd zu verlassen. Die Fälle eines aus Alters- oder Gesundheitsgründen notwendigen Heimaufenthaltes werden von dieser Vorschrift erfaßt¹⁵⁹. Der Berechtigte verläßt das Grundstück in der Regel nicht, jedenfalls nicht ausschließlich, infolge freier Entscheidung, sondern wird durch seinen Gesundheitszustand zum Fortgehen genötigt¹⁶⁰. Das zeitliche Element der Dauer erfordert zu keinem Zeitpunkt Gewißheit; ausreichend ist die sichere Annahme einer längeren Trennung und die nur große Wahrscheinlichkeit des Nicht-mehr-Zurückkehrens¹⁶¹.

Der Anspruch des Berechtigten auf Zahlung einer Geldrente nach Art. 15 § 9 PrAGBGB ist ein nach § 90 BSHG überleitungs-fähiger Anspruch¹⁶². Die Höhe der Geldrente hat nach dem Gesetzestext „nach billigem Ermessen dem Werte der Vorteile zu entsprechen, die der Verpflichtete durch die Befreiung von der Pflicht zur Gewährung der Wohnung und zur Dienstleistung erlangt.“ Die Vorschrift des Art. 15 § 9 Abs. 2, 3 PrAGBGB gibt damit dem Wortlaut nach einen Bereicherungsanspruch¹⁶³. Der Berechtigte bzw. der Sozialhilfeträger kann nicht die durch die auswärtige Unterbringung, Versorgung und Pflege anfallenden Kosten ersetzt verlangen, sondern es ist ausschließlich auf die Ersparnisse des Verpflichteten bzw. auf die durch den anderweitigen Einsatz der an sich dem Altenteiler geschuldeten Dienstleistungen erzielten Vorteile abzustellen¹⁶⁴.

Die Bewertung der dem Verpflichteten entstehenden Vorteile in Geld hat nach billigem Ermessen zu erfolgen. Es ist also nicht in entsprechender Anwendung der Bereicherungsvorschriften des BGB der gemeine Wert, d. h. der objektive Verkehrswert, den die Leistungen nach ihrer Beschaffenheit für jedermann haben¹⁶⁵, für die Höhe der Rente allein maßgebend¹⁶⁶, sondern es sind die Umstände des Einzelfalles entscheidend mit zu berücksichtigen¹⁶⁷. Entsprechend können allgemeingültige Bewertungskriterien kaum erstellt werden. Die in der Befreiung von Hege- und Pflegeleistungen liegenden Vorteile werden für den Verpflichteten regelmäßig nicht in der Möglichkeit liegen, seine Arbeitskraft in der gewonnenen Zeit anderweitig gegen Entgelt einzusetzen; denn eine zusammenhängend nutzbare Zeitspanne wird selten Folge der eingetretenen Entlassung sein. Der Geldrente ist also nicht eine grundsätzlich erzielbare (fiktive) angemessene Vergütung zugrunde zu legen¹⁶⁸. Die Rechtsprechung ist darüber hinaus in der Benennung der Bewertungsgrundlagen uneinheitlich. So werden der „gewonnene Freizeitwert“¹⁶⁹ oder der „Wert der ersparten Aufwendungen“¹⁷⁰ in Geld bemessen, zum Teil wird die Grundlage der Schätzung nicht bezeichnet¹⁷¹. Die Art und Weise der „Berechnung“ der Rente ist, soweit in den Urteilsgründen erkennbar gemacht, jedoch gleich. Es erfolgt zunächst eine Schätzung

des Pflegeaufwandes in Stunden, sodann wird pro Stunde ein angemessener Betrag festgesetzt¹⁷².

Unberücksichtigt der Problematik des Einzelfalles ist festzuhalten, daß insbesondere bei der Gewährung von Altenteilsleistungen am bäuerlichen Anwesen — dem praktisch wohl häufigsten Fall — die erlangte Entlastung im Ergebnis relativ gering zu bewerten sein wird; denn die dem Berechtigten zu erbringenden Dienstleistungen sind in der Regel keine nach Art und Umfang besonderen, den Arbeitsrhythmus des Verpflichteten oder seiner am Anwesen mitarbeitenden Angehörigen unterbrechende Tätigkeiten, sondern es sind für den Altenteiler im wesentlichen Arbeiten zu erbringen, die im Rahmen der Versorgung der Familie im übrigen mehr oder weniger „nebenbei“ erledigt werden¹⁷³.

Die Vorteile, die der Verpflichtete durch die Befreiung von der Pflicht zur Wohnungsgewährung erlangt, sind unproblematisch zu bewerten, wenn die Wohnung des Altenteilers nach dessen Auszug gegen ein ortsübliches Entgelt vermietet werden kann. Besonderheiten können sich insoweit allenfalls wegen der dem Altenteiler ggf. geschuldeten Nebenkosten¹⁷⁴ und Instandsetzungsarbeiten (Art. 15 § 5 PrAGBGB) ergeben. Stehen die Räume nach Wegzug des Altenteilers frei oder werden sie von dem Verpflichteten und seiner Familie genutzt, so ist zu fragen, ob und ggf. inwieweit der Verpflichtete gehalten wäre, die Räume zu vermieten und einen üblichen Zins zu erzielen¹⁷⁵. Auch hier wird bei landwirtschaftlichen Grundstücken in Anbetracht der familiären und häuslichen Verbundenheit selten der objektive Mietwert als von dem Übernehmer zu zahlender Ersatz anzusehen sein. Ferner wird in vielen Fällen die seelische Belastung des Altenteilers, der die ihm bis zum Tode vorbehaltenen Räume anderweitig genutzt und seine persönlichen Gegenstände entfernt findet, bei der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden müssen¹⁷⁶. Die nach Art. 15 § 9 Abs. 2, 3 PrAGBGB zu zahlende Geldrente wird also in den in der Praxis überwiegenden Fällen der Vereinbarung eines Leibgedinges im Zusammenhang mit der Überlassung eines landwirtschaftlichen Grundstückes verhältnismäßig gering ausfallen und die Höhe der für die Heim- oder Anstaltsunterbringung aufzuwendenden Kosten nicht annähernd erreichen.

Aber auch eine geringfügige Geldzahlung kann für den Übernehmer eine nicht unerhebliche Belastung darstellen — die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des betroffenen Anwesens ist ggf. voll auszuschöpfen¹⁷⁷ —; darüber hinaus besteht bei Anwendung der subsidiären Vorschrift des Art. 15 § 9 Abs. 3 PrAGBGB für den Übernehmer Ungewißheit über die auf ihn im Falle des notwendigen Wegzuges des Berechtigten zukommenden finanziellen Verpflichtungen, über deren Höhe möglicherweise mit dem Sozialhilfeträger gestritten werden muß. Es empfiehlt sich daher, in dem Altenteilsvertrag eine Regelung für den Fall der nicht verschuldeten auswärtigen Unterbringung des Berechtigten zu treffen. Denkbar ist zum einen die Vereinbarung, die Verpflichtung des Übernehmers zur Erbringung der Realleistungen auf die Zeit des Aufenthalts des Berechtigten am überlassenen Grundstück zu begrenzen und zu bestimmen, daß mit Wegzug die Ansprüche der Berechtigten aus ver-

156 Abgedruckt SGVNW, Ordn.-Nr. 40.

157 Vgl. auch zu den Vorschriften der übrigen Bundesländer: Staudinger/Kriegbaum, 12. Aufl. 1985, Art. 96 EGBGB, Rd.-Nr. 5; MünchKommPecher, 1985, Art. 96 EGBGB, Rd.-Nr. 2.

158 Diese Vorschriften gelten auch für das gesetzliche Altenteil nach der Höfeordnung; vgl. Wöhrmann/Stöcker, Das Landwirtschaftsrecht, 4. Aufl. 1984, § 14 HöfeO, Rd.-Nr. 59; Steffen, Rechtsfragen zum gesetzlichen Altenteil, RdL 1985, 1, 2; OLG Celle RdL 1985, 11; Lange/Wulff/Lüdtker-Handjery, 8. Aufl. 1978, § 17 HöfeO, Rd.-Nr. 48, 54.

159 Vgl. Sbresny, Zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Überleitung von Ansprüchen aus sogenannten Altenteilsverträgen, ZfR 1983, 222, 224; OLG Schleswig RdL 1961, 186; vgl. Wöhrmann/Stöcker, § 14 HöfeO, Rd.-Nr. 60.

160 Vgl. LG Duisburg DAV 1984, 922, 928.

161 Vgl. LG Duisburg a.a.O.

162 Vgl. LG Kaiserslautern ZfR 1982, 157; Sbresny, ZfR 1983, 222, 223 m. w. N.

163 Vgl. LG Duisburg a.a.O., 930; Sbresny, ZfR 1983, 222, 223.

164 BayObLGZ 1974, 386, 392; OLG Hamm RdL 1960, 98 f.; Wöhrmann/Stöcker, § 14 HöfeO, Rd.-Nr. 61.

165 Vgl. dazu Palandt/Thomas, § 818 BGB, Anm. 5c.

166 So bei Anwendung des Nds. AG BGB Sbresny, ZfR 1983, 222, 224, allerdings hinsichtlich erbrachter Dienstleistungen in Anwendung sachlich nicht zutreffender Grundsätze.

167 So auch bei Anwendung des § 14 Abs. 2 BWAGBGB Schneider/Winkler, ZfR 1986, 193.

168 Vgl. LG Duisburg a.a.O., 929.

169 Vgl. LG Duisburg a.a.O., 929.

170 AG Springe AgrarR 1987, 20; LG Hannover AgrarR 1987, 22.

171 LG Kaiserslautern ZfR 1982, 157; AG Duisburg DAV 1983, 531, 534.

172 LG Duisburg a.a.O. (7 DM); AG Springe a.a.O. (8 DM); LG Hannover a.a.O. (ca. 8 DM); so auch LG Duisburg NJW-RR 1987, 1349 (7 DM) im Anschluß an LG Duisburg DAV 1984, 922.

173 Vgl. AG Springe AgrarR 1987, 20, 21; Gitter, a.a.O., 603; Küfner, a.a.O., 66.

174 Vgl. AG Springe a.a.O.; LG Duisburg DAV 1984, 930; AG Hildesheim RdL 1987, 126.

175 Vgl. LG Duisburg a.a.O., 930.

176 Vgl. AG Hildesheim a.a.O., 126; LG Duisburg a.a.O.

177 S. dazu im Rahmen der Belastung eines Hofes nach der HöfeO AG Hildesheim RdL 1987, 126.

traglichen Regelungen ersatzlos entfallen. Ein überleitungsfähiger Ersatzanspruch entstände insoweit nicht.

Bei Aufnahme dieser Bestimmung besteht allerdings grundsätzlich in besonderem Maße die Gefahr, daß ein Rückforderungsanspruch durch den Sozialhilfeträger nach § 528 BGB geltend gemacht wird. Zwar ist in Rechtsprechung und Literatur streitig, ob Übergabeverträge Elemente einer Schenkung enthalten oder ihrem Charakter nach jeweils als Vertrag sui generis¹⁷⁸ rechtlich einzuordnen sind¹⁷⁹. Der Rechtsprechung des BGH¹⁸⁰ folgend wird man aber Übergabeverträge (mit Altenteilsvereinbarungen) in der Regel¹⁸¹ als gemischte Schenkungen qualifizieren können¹⁸², da der Wert der an den Übergebenden zu erbringenden Leistungen dem Wert des übertragenen Vermögens zumeist nicht gleich steht, also eine zum Teil unentgeltliche Zuwendung vorliegt.

Für eine teilweise Unentgeltlichkeit spricht insbesondere eine zeitliche Beschränkung der Verpflichtung des Übernehmers, Leibgedingsleistungen nur bis zum Wegzug — und nicht notwendig bis zum Tode — des Altenteilers/Übergebers zu erbringen. Der Anspruch aus § 528 BGB kann andererseits jedoch durch Übernahme der für die anderweitige Unterbringung und Versorgung des Altenteilers notwendigen Kosten oder aber auch durch Geltendmachung der Einreden nach § 529 BGB abgewendet werden.

Bei kleinen, finanziell leistungsschwachen Anwesen wird nun regelmäßig zugunsten des Übernehmers die Einrede der eigenen Bedürftigkeit (§ 529 Abs. 2 BGB) durchgreifen, so daß hier die Möglichkeit der Durchsetzung eines Anspruches aus § 528 BGB für den Sozialhilfeträger praktisch nicht relevant wird.

Stehen also die Altenteilsvereinbarungen im Zusammenhang mit der Überlassung eines, aus dem größere Einkünfte nicht erwirtschaftet werden können, so ist zu empfehlen, in dem Übergabevertrag im Hinblick auf die Vorschriften des Art. 15 § 9 PrAGBGB festzulegen, daß die vereinbarten Realleistungen nur für die Zeit des Aufenthaltes des Übergebers am Anwesen zu erbringen sind.

Bei der Übergabe leistungsstarker Anwesen sollte, um spätere Streitigkeiten zu vermeiden, eine Ersatzleistung für den Fall des Wegzuges des Altenteilers in den Vertrag aufgenommen, dem Wert nach beziffert und durch eine Wertsicherungsklausel gesichert werden. Bei Änderung der Verhältnisse ist eine Neu festsetzung der vertraglich vereinbarten Ersatzleistung entsprechend den Grundsätzen über den Wegfall oder die Änderung der Geschäftsgrundlage (§§ 157, 242 BGB) möglich¹⁸³. Die in Geld zu erbringende Ersatzleistung wird allerdings bei einer Heimunterbringung des Altenteilers ggf. in voller Höhe auf die vom Sozialhilfeträger erbrachten Leistungen angerechnet (§ 85 Ziff. 3 BSHG). Im Einzelfall mag daher erwogen werden, den zu leistenden Ersatz in der Weise auszugestalten, daß man dem Altenteiler solche Sachleistungen oder menschliche Unterstützung zukommen läßt, die vom Leistungskatalog der Sozialhilfe nicht erfaßt werden¹⁸⁴. Praktisch werden sich allerdings in der Mehrzahl der Fälle nur wenige Möglichkeiten bieten, denn der Altenteiler wird, wenn es zur auswärtigen Unterbringung kommt, krank oder bereits sehr gebrechlich sein.

Die 10-Jahres-Frist des § 529 Abs. 1 BGB ist bei der vorge schlagenen Lösungsmöglichkeit wegen der zeitlichen Unwägbarkeiten bewußt außer Betracht gelassen worden. Im Einzelfall jedoch mag diese Bestimmung unter Berücksichtigung der dargestellten Grundsätze zu anderslautenden Vereinbarungen führen.

Ist die landesrechtliche Vorschrift des Art. 15 PrAGBGB nicht unmittelbar anwendbar, etwa weil die Altenteilsvereinbarung nicht in Verbindung mit der Überlassung eines Grundstückes steht, so wird bei unverschuldetem Wegzug des Altenteilers ein — überleitungsfähiger — Ersatzanspruch regelmäßig aus dem Rechtsgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegeben sein¹⁸⁵. Der Versorgungscharakter ist wesentliches Merkmal eines Leibgedings/Altenteils, so daß bei einer erheblichen Veränderung der für die getroffene Vereinbarung maßgeblich gewesenen Umstände — sei es auch nur eine erhebliche Veränderung in den persönlichen Verhältnissen des Altenteilers — eine Vertragsanpassung nach § 242 BGB durch Zubilligung von Geldbezügen anstelle der ausbedungenen Sach- und Dienstleistungen erfolgen kann¹⁸⁶. Für die Bemessung eines so begründeten Zahlungsausgleiches müßten wegen der Gleichartigkeit der Situation und der Interessenlagen der Beteiligten nach Ansicht des Verfassers die für die Bewertung des gesetzlichen Ersatzanspruches geltenden Grundsätze herangezogen werden; die Festsetzung hätte also nach billigem Ermessen und unter Berücksichtigung der dem Verpflichtenden entstehenden Vorteile zu erfolgen¹⁸⁷. Entsprechend ist für die vertraglichen Regelungen für den Fall der nicht verschuldeten Unterbringung des Berechtigten auf das oben Gesagte zu verweisen.

Eine Vertragsanpassung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist nach gefestigter Rechtsprechung auch dann möglich, wenn eine Versorgungsabrede kein Altenteil/Leibgedinge begründet, sondern in Verträgen rechtlich anderer, aber ähnlicher Art vereinbart wird¹⁸⁸.

b) Ansprüche des Übergebers/Berechtigten gegen Geschwister des Übernehmers

Kann der Sozialhilfeträger den Übernehmer wegen der für den Übergeber aufzubringenden Kosten nicht oder nicht in voller Höhe in Anspruch nehmen, so besteht für den Kostenträger ggf. die Möglichkeit, Geschwister des Übernehmers durch Überleitung bestehender gesetzlicher Unterhaltsansprüche (§ 1601 BGB) nach den §§ 90, 91 BSHG in Anspruch zu nehmen. Der Übernehmer wird häufig insbesondere aufgrund der finanziellen Situation und der Einkommensberechnung in der Landwirtschaft auch zur Erbringung von gesetzlichen Unterhaltsleistungen nicht verpflichtet sein, wohingegen die weichenden Geschwister des Übernehmers ggf. vom Sozialhilfeträger herangezogen werden könnten. Dieses in der Regel unerwünschte Ergebnis wird sich in vielen Fällen allerdings durch Anwendung der Vorschrift des § 91 Abs. 3 BSHG vermeiden lassen. Die Geschwister des Übernehmers würden besonders hart getroffen, wenn sie weitgehend den Unterhalt für den Übergeber allein aufzubringen hätten¹⁸⁹. Zweckmäßig kann unter Umständen daneben aber auch eine vertragliche Vereinbarung sein, wonach der Übernehmer seine Geschwister von ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber dem Übergeber freizustellen hat. Diese pauschale Freistellungsverpflichtung kann im Hinblick auf die unterschiedlichen Einkommensverhältnisse der weichenden Geschwister modifiziert werden, etwa in der Weise, daß der Übernehmer einzelne Geschwister nur zu einem Bruchteil von ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht oder nur bis zu einem bezifferten Jahreshöchstbetrag freizustellen hat. Zur Absicherung der weichenden Geschwister kann die Freistellungsverpflichtung entweder als Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB oder unmittelbar zwischen Übernehmer und Geschwistern getroffen werden.

178 So z. B. Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, § 17 HöfeO, Rd.-Nr. 62; Faßbender/Hötzel/Pikalo, 1978, § 17 HöfeO, Rd.-Nr. 8.

179 Zum Streitstand im übrigen vgl. Lüdtke-Handjery, Hofübergabe als vertragliche und erbrechtliche Nachfolge, DNotZ 1985, 332, 335; Faßbender/Hötzel/Pikalo, § 16 HöfeO, Rd.-Nr. 6, 7.

180 FamRZ 1967, 214; NJW 1959, 1363; MDR 1965, 642; a. A. OGH NJW 1949, 260 (Schenkungen unter Auflage).

181 Letztlich ist die Prüfung im Einzelfall entscheidend, insbes. bei Höfen nach der HöfeO; vgl. Lüdtke-Handjery, DNotZ 1985, 332, 336.

182 So auch Wöhrmann/Stöcker, § 17 HöfeO, Rd.-Nr. 44; Küfner, ZfSH 1985, 66, 67; Schneider/Winkler, ZfSH 1986, 193, 195; Gitter, DNotZ 1984, 595, 604.

183 Vgl. im einzelnen für die HöfeO: Faßbender/Hötzel/Pikalo, § 14 HöfeO, Rd.-Nr. 23; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, § 14 HöfeO, Rd.-Nr. 73; § 17 HöfeO, Rd.-Nr. 59; Wöhrmann/Stöcker, § 14 HöfeO, Rd.-Nr. 63; Steffen, RdL 1985, 1, 2.

184 Vergleichbar wären etwa die unter C. V. 1. dargestellten Leistungen.

185 Vgl. OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 13 ff.

186 Palandt/Heinrichs, § 242 BGB, Anm. 6 D a; vgl. BGH MittBayNot 1982, 63; RGRK/Rothe, 12. Aufl. 1979, vor § 1105 BGB, Rd.-Nr. 5; OLG Düsseldorf a. a. O.

187 OLG Düsseldorf a. a. O.

188 Vgl. OLG Düsseldorf a. a. O.

189 Vgl. Küfner, ZfSH 1985, 68; Gitter, DNotZ 1984, 595, 604.

III.

Vermögensübernahme nach § 419 BGB

Häufig wird der Übergabevertrag eine Vermögensübernahme i. S. d. § 419 BGB darstellen. Dies hat zur Folge, daß der Übernehmer für alle Ansprüche gegen den Übergeber, die z. Z. des Abschlusses des schuldrechtlichen Übernahmevertrages bereits bestanden oder bis zum Abschluß des dinglichen Erwerbs noch entstehen, haftet. Rechtsprechung und Literatur legen bei der Frage, wann ein Anspruch entstanden ist, einen großzügigen Maßstab an. Ein Anspruch i. S. d. § 419 BGB ist schon dann gegeben, wenn er gegen den Übergeber bereits bedingt oder auch nur im Keime bestanden hat¹⁹⁰, der Rechtsgrund des Anspruches also gelegt ist, auch wenn der Anspruch sich erst später konkretisiert. Hierzu gehören auch die Unterhaltsansprüche eines behinderten Kindes gegen seine Eltern¹⁹¹, da der spätere Bedarf bereits in der Behinderung angelegt ist. Der Übernehmer kann also — vorbehaltlich eines aus der Regelung des § 91 Abs. 3 BSHG folgenden abweichenden Ergebnisses — für die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber dem behinderten Kind herangezogen werden. Diesen Anspruch kann der Sozialhilfeträger im Fall der Heimunterbringung des Behinderten gem. §§ 90, 91 BSHG auf sich überleiten. Die sich aus § 419 BGB ergebende Haftung des Übernehmers besteht jedoch gem. § 1615 BGB nur für die Lebenszeit der Eltern und unterliegt als gesetzliche Verpflichtung den Beschränkungen des § 91 BSHG.

IV.

Wohnungsrecht

Als gesondertes Problem ist die Überleitung von Wohnungsrechten anzusprechen, die nicht im Rahmen typischer Leibgedings-/Altenteilsverträge oder für sich allein als Altenteil¹⁹² vereinbart werden. Praxisrelevant sind auch hier die Fälle, in denen der Berechtigte wegen Krankheit oder aus anderen von ihm nicht zu vertretenden Gründen von seinem Wohnrecht dauernd oder vorübergehend nicht Gebrauch machen kann und der Sozialhilfeträger wegen der für die anderweitige Unterbringung anfallenden Kosten in Anspruch genommen wird. Die Frage der Überleitungsfähigkeit von Wohnungsrechten nach § 90 BSHG wird in der Literatur allein von Baur¹⁹³ eingehend erörtert und im Ergebnis bejaht. Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum darüber hinaus überhaupt angesprochen, wird dem folgend die Möglichkeit der Überleitung von Wohnungsrechten ohne nähere Begründung — entweder unter Hinweis auf die von Baur vertretene Ansicht¹⁹⁴ oder aber offensichtlich unter Wiedergabe seiner Meinung¹⁹⁵ — angenommen. Verneint wird die Überleitungsfähigkeit eines Wohnungsrechtes lediglich von Weirich¹⁹⁶ unter Hinweis auf die Bindung des Wohnungsrechts an die Person des Berechtigten.

Die Ausführungen Baur halten aber einer kritischen Überprüfung nicht stand. Zum einen ist bei Baur bereits die Problemstellung unklar. Er spricht von Wohnungsrechten, die im Rahmen eines Altenteilsvertrages — der Inhalt eines solchen Vertrages wird im übrigen, so jedenfalls der Formulierung nach, fälschlicherweise gleichgesetzt mit dem Inhalt eines Übertragungsvertrages — eingeräumt werden¹⁹⁷, der Unterschied in den Rechtsfolgen bei Vereinbarung und Bestellung eines Altenteil-

Wohnrechts (nämlich das Eingreifen landesrechtlicher Vorschriften)¹⁹⁸ und eines „schlichter“ Wohnrechts wird jedoch nicht erkannt, jedenfalls nicht herausgearbeitet. Baur erörtert letztlich allein die Überleitung von „schlichten“ Wohnungsrechten, indem er die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines Anspruches i. S. v. § 90 BSHG für entscheidend hält. Die Problemstellung entspricht also im Ergebnis der hier aufgeworfenen Frage nach der Überleitungsfähigkeit „schlichter“ Wohnungsrechte.

Überleitungsfähig nach § 90 BSHG sind alle geldwerten Ansprüche des Hilfeempfängers¹⁹⁹. Für die Begriffsbestimmung des Anspruches i. S. v. § 90 Abs. 1 S. 1 BSHG ist, wie oben bereits dargestellt, die Definition des § 194 BGB maßgebend²⁰⁰. Ein Anspruch ist demnach das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen fordern zu können, wobei das Unterlassen auch das Dulden umfaßt²⁰¹. Bei Prüfung des Anspruchscharakters eines Wohnungsrechts ist zwingend zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Wohnungsrecht zu unterscheiden. Auch in diesem Punkt weist die Abhandlung Baur wenn nicht Unrichtigkeiten, so doch zumindest Unklarheiten auf. Unter dem Gliederungspunkt III. „Das Wohnungsrecht als Anspruch i. S. d. § 90 I, 1 BSHG“²⁰² differenziert Baur zwar dem Wort nach zwischen dem dinglichen Wohnungsrecht (§ 1093 BGB) und einem schuldrechtlichen, Unterschiede in der Sache werden jedoch (hier) nicht festgestellt. Die Anspruchseigenschaft des Wohnungsrechts schlechthin wird allein mit dem Inhalt dieses Rechts, nämlich der Berechtigung zur Nutzung einerseits und der Verpflichtung zur Duldung andererseits begründet und bejaht²⁰³. Wollte Baur demgegenüber als Ergebnis festhalten, daß nur das schuldrechtliche Wohnungsrecht²⁰⁴ ein Anspruch i. S. v. § 90 Abs. 1 S. 1 BSHG sei²⁰⁵, so ist dieses Ergebnis jedenfalls anhand seiner Ausführungen nicht nachvollziehbar. Der Leser muß vielmehr annehmen, daß Baur sowohl das dingliche als auch das schuldrechtliche Wohnungsrecht als Anspruch i. S. d. § 90 BSHG ansieht — so stellt er sich u. a. auch die Frage, ob das dingliche Wohnungsrecht ggf. gesondert übergeleitet werden müsse²⁰⁶.

Es steht nicht in Frage, daß das schuldrechtliche Wohnungsrecht einen Anspruch nach § 194 BGB gibt und damit einen Anspruch i. S. v. § 90 Abs. 1 S. 1 BSHG darstellt. Kennzeichnend für dingliche (Wohnungs-)Rechte ist hingegen nicht das Recht, von einem anderen etwas verlangen zu können, sondern das unmittelbare Recht an einer Sache, also ein absolutes, sich gegen jedermann richtendes Recht²⁰⁷. Damit aber ist das dingliche Wohnungsrecht kein Anspruch i. S. d. § 194 BGB²⁰⁸, folglich auch nicht als Anspruch nach § 90 Abs. 1 BSHG überleitungsfähig.

Es verbleibt die Frage nach der Überleitungsfähigkeit eines schuldrechtlichen Wohnungsrechts. Ein solches Recht ist grundsätzlich wegen seiner regelmäßig höchstpersönlichen Natur nicht auf Dritte übertragbar²⁰⁹. Der gesetzliche Ausschluß der Abtretung eines Wohnungsrechts wegen Inhaltsänderung steht nach Baur einem Übergang auf den Sozialhilfeträger allerdings nicht entgegen; seiner Ansicht nach hilft hier die Vorschrift des § 90 Abs. 1 S. 4 BSHG^{210, 211}. Der Auffassung Baur kann jedoch auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden: Der Übergang eines Anspruches nach § 90 Abs. 1 BSHG hat lediglich zur Folge, daß in der Person des Gläubigers des über-

190 Palandt/Heinrichs, § 419 BGB, Anm. 4b; BGH NJW 1981, 2306, 2307.

191 Vgl. RGRK/Weber, § 419 BGB, Rd.-Nrn. 80, 81.

192 Nach h. A. kann auch ein Wohnrecht allein ein Altenteil darstellen, vgl. RGZ 152, 104, 109; BGH NJW 1982, 2249, 2250; OLG Hamm Rpfleger 1986, 270; Schneider/Winkler, ZfR 1986, 193, 194; Fuchs, Urteilsanmerkung, Rpfleger 1987, 76, 77; a. A. LG Kassel WoM 1975, 77 f.; allgemein dazu Böhringer, Die Wohnungsgewährung als Leibgeding, BWNotZ 1987, 129.

193 Überleitung und Bewertung von Wohnungsrechten nach § 90 BSHG, ZfS 1982, 229.

194 Dittmann/Reimann/Bengel, Systematischer Teil D, Rd.-Nr. 272.

195 LG Duisburg DNotZ 1984, 572, 573 (in der Sache handelt es sich allerdings um ein Altenteil-Wohnrecht, daher letztlich nicht entscheidungserheblich).

196 Erben und Vererben, Handbuch des Erbrechts, 2. Aufl., 1987, Rd.-Nr. 410.

197 Baur, a. a. O., 229 (unter II).

198 S. o. C. II. 1.a).

199 S. o. B. V. 1.

200 So auch Dittmann/Reimann/Bengel, a. a. O.; LG Duisburg a. a. O.; Baur, a. a. O.

201 Vgl. Soergel/Augustin, 11. Aufl. 1978, § 194 BGB, Rd.-Nr. 1.

202 Baur, a. a. O., 229.

203 Baur, a. a. O., 230.

204 Baur spricht unklar von „vertraglichem“ Wohnrecht.

205 Baur, a. a. O., 231.

206 Baur, a. a. O., 230.

207 Vgl. Palandt/Bassenge, Einl. v. § 854 BGB, Anm. 2.

208 Vgl. Soergel/Augustin, § 194 BGB, Rd.-Nr. 11.

209 Vgl. dazu MünchKommR/Reh, 2. Aufl. 1985, § 399 BGB, Rd.-Nr. 25—27; RGRK/Weber, 12. Aufl. 1976, § 399 BGB, Rd.-Nr. 18.

210 Baur, a. a. O., 230; ihm folgend LG Duisburg a. a. O.

211 Vgl. o. B. V. 1.

geleiteten Anspruches ein Wechsel eintritt. Die Überleitung wirkt also wie eine Abtretung. Sie hat den Abtretungsakt²¹² vertretende Funktion. Das bedeutet aber nicht nur, daß der Sozialhilfeträger an die Stelle des Hilfeempfängers oder die der Personen nach § 28 BSHG tritt, mithin lediglich die ihnen zustehenden Rechte nach Art und Umfang geltend machen kann²¹³, sondern es hat daneben die Rechtsstellung des Schuldners unverändert zu bleiben. Der im Verhältnis zum Sozialhilfeträger vorrangig verpflichtete Schuldner soll im Ergebnis das — aber auch nur das — leisten müssen, was er auch hätte erbringen müssen, falls der zu entlastende Sozialhilfeträger nicht (vorläufig) eingesprungen wäre²¹⁴. Die Überleitung darf nicht zu einer Erschwerung oder Änderung der Erfüllung der Leistungspflicht durch den Schuldner führen²¹⁵.

Damit ermöglicht auch die Vorschrift des § 90 Abs. 1 S. 4 BSGH nicht die Überleitung eines (schuldrechtlichen) Wohnungsrechts, denn mit dem Gläubigerwechsel wäre eine von den Wirkungen des § 90 Abs. 1 BSHG nicht mehr gedeckte Wesens- und Inhaltsänderung des Anspruches verbunden. Auch ohne Berücksichtigung der Tatsache, daß der Sozialhilfeträger als Behörde ein Wohnungsrecht naturgemäß nicht selbst wahrnehmen könnte, wäre die zu erbringende Leistung bei Wechsel des Berechtigten für den Schuldner in jedem Fall inhaltlich geändert und erschwert. Das Wohnungsrecht wird einer ganz bestimmten Person eingeräumt, es ist in seinem Bestand an die Benutzung der betreffenden Räume durch eben diese Person gebunden. Eine Änderung in der Person des Berechtigten brächte also zwingend eine Inhaltsänderung der zu erbringenden Leistung mit sich. Die Regelung des § 90 Abs. 1 S. 4 BSHG kann in bezug auf § 399 BGB im wesentlichen nur die Fälle des § 399 S. 2 BGB — Ausschluß der Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner — betreffen²¹⁶, daneben die selteneren Fälle, in denen die persönliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner den Leistungsinhalt wesentlich bestimmt²¹⁷, die Leistungshandlung aber letztlich auch bei einem Gläubigerwechsel unverändert bliebe. Überleitungsfähig im Zusammenhang mit einem Wohnungsrecht sind damit lediglich dem Berechtigten zustehende Ersatzansprüche²¹⁸. Bei Nichtwahrnehmung eines „schlichten“ Wohnungsrechtes werden jedoch Ersatzansprüche, etwa Ansprüche auf den Nutzungswert der Wohnung, nicht begründet²¹⁹.

Zu der Abhandlung Baur bleibt insoweit anzumerken, daß er nach Überleitung des Wohnungsrechts eine vor Durchführung des Anspruches vorzunehmende „Wertermittlung“ für selbstverständlich erachtet, ohne allerdings den rechtlichen Anknüpfungspunkt für die Umwandlung des Wohnungsrechts in einen Geldanspruch zu nennen. Weiter müßte Baur sich fragen lassen, inwieweit bei einer durch den Sozialhilfeträger finanzierten auswärtigen Unterbringung des Wohnungsberechtigten und einer dieserhalb beabsichtigten Überleitung des Wohnungsrechts die Voraussetzungen des § 90 Abs. 1 S. 3 BSHG erfüllt wären. Würde der Verpflichtete die Wohnung auch für die Zeit der Hilfestellung vertragsgemäß zur Verfügung stellen, so dürfte es an dem in § 90 Abs. 1 S. 3 BSHG geforderten unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Nichtgewährung der Leistung des Verpflichteten z. Z. des Bedarfs des Hilfeempfängers und der Leistung des Sozialhilfeträgers fehlen. Letztlich ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, daß Baur auch mit seiner Rechtsauffassung, daß ein neben dem vertraglichen Wohnungsrecht bestehendes dingliches Wohnungsrecht (§ 1093 BGB) zusammen mit der Überleitung des vertraglichen Anspruches kraft Gesetzes (§§ 401 I, 412, 413 BGB) auf den

Sozialhilfeträger übergehe²²⁰, fehlgeht. Das dingliche Wohnungsrecht ist — auch wenn es als Sicherungsmittel, schuldrechtlicher Abreden eingesetzt wird²²¹ — kein unselbständiges sicherndes Nebenrecht i. S. v. § 401 BGB. Es kann vielmehr nur als selbständiges Sachenrecht (§§ 1090, 1093 BGB) begründet werden.

Als Ergebnis ist zusammenzufassen, daß bei Nichtnutzung eines „schlichten“ (nicht als Altenteil oder im Rahmen einer umfassenden Altenteilsvereinbarung bestellten) Wohnungsrechtes nach § 90 BSHG überleitungsfähige Ansprüche nicht gegeben sind.

V.

Regelungen für das behinderte Kind

Die Gestaltung von Verträgen und Verfügungen von Todes wegen wirkt bei Eltern behinderter Kinder wegen der zumeist bestehenden Pflegebedürftigkeit der Behinderten besondere Probleme auf. Die Eltern stehen regelmäßig in dem Konflikt, einerseits nach ihrem Tode die Substanz des Nachlasses vor dem Zugriff des Sozialhilfeträgers sicherstellen, andererseits dem behinderten Kind möglichst viele Annehmlichkeiten zukommen lassen zu wollen. Die Gefahr einer vollständigen oder weitgehenden Inanspruchnahme des Nachlasses durch den Sozialhilfeträger beruht auf den oben erörterten Bestimmungen des BSHG: Eigenes Vermögen hat das behinderte Kind — mit Ausnahme der unter § 88 Abs. 2 BSHG aufgeführten Gegenstände — zu verwerten. Etwaige Pflichtteilsansprüche des behinderten Kindes sind nach § 90 BSHG überleitungsfähig. Nach dem Tode des behinderten Kindes kann der Sozialhilfeträger Kostenersatz für die in den letzten 10 Jahren vor dem Tode des Kindes geleistete Sozialhilfe aus dem Nachlaß des Kindes geltend machen, ohne daß der Kostenersatzanspruch — von den in § 92c BSHG genannten Ausnahmen abgesehen — irgendwelchen Beschränkungen unterläge. Als Mittel zur Lösung dieses Konflikts kommen sowohl Rechtsgeschäfte unter Lebenden als auch Verfügungen von Todes wegen in Betracht.

1. Rechtsgeschäfte unter Lebenden

Durch die Übertragung von Vermögen zu Lebzeiten der Eltern auf nicht behinderte Kinder wird der Nachlaß der Eltern und damit die Höhe eines etwaigen Pflichtteilsanspruches des behinderten Kindes gemindert. Stirbt jedoch ein Elternteil oder sterben beide Eltern vor Ablauf der Zehn-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB²²², so steht dem behinderten Kind gegen seine Geschwister ein nach § 90 BSHG überleitungsfähiger Pflichtteilsergänzungsanspruch gem. § 2325 BGB zu. Aber auch eine Übertragung innerhalb der Zehn-Jahres-Frist kann im Hinblick auf den für die Wertberechnung des übertragenen Gegenstandes maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. § 2325 Abs. 2 BGB) eine den Pflichtteil schmälernde Wirkung haben, wenn eine Steigerung des Wertes des betreffenden Gegenstandes zu erwarten ist.

Nicht der Pflichtteilsergänzung unterliegen Ausstattungen, soweit sie das den Umständen entsprechende Maß nicht übersteigen²²³.

Als weitere Gestaltungsmöglichkeit zur Reduzierung des Pflichtteilsanspruches des behinderten Kindes kann die Vereinbarung eines den Ehegattenerbeile erhöhenden Güterstandes in Betracht kommen²²⁴.

Stets zu bedenken ist, daß in den Fällen, in denen die Eltern das Kind nicht persönlich betreuen können, die Vermögensüber-

212 Vgl. BVerwGE 34, 219, 220; MünchKomm/Roth, § 412 BGB, Rd.-Nr. 22; Gottschick/Giese, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 3.3; s. auch B. V. 1.

213 Vgl. BVerwG a. a. O., 222.

214 Vgl. BSGE 47, 296 ff., 300.

215 Vgl. BSG a. a. O.

216 Vgl. MünchKomm/Roth, § 399 BGB, Rd.-Nr. 39; Soergel/Zeiss, 11. Aufl. 1986, § 412 BGB, Rd.-Nr. 3.

217 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 399 BGB, Anm. 2b.

218 Insgesamt vgl. BSG a. a. O.

219 Vgl. Fuchs, Rpfleger 1987, 76.

220 Baur, a. a. O., 231; ihm folgend LG Duisburg, a. a. O.

221 S. dazu MünchKomm/Jost, 2. Aufl. 1986, § 1090 BGB, Rd.-Nr. 24.

222 Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 17. 9. 1986 (DNotZ 1987, 315) unter Aufgabe seiner früheren Rspr. die Anforderungen an den Beginn der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB erhöht. Mit Urteil vom 2. 12. 1987 (MittRhNotK 1988, 102) hat der BGH nunmehr entschieden, daß Voraussetzung für den Beginn der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB die Umschreibung im Grundbuch ist. Offen blieb nach diesen Entscheidungen, ob eine Grundstücksübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt oder Rücktrittsmöglichkeit die Frist beginnen läßt.

223 S. dazu o. C. I. 1. a).

224 Hierzu und zu weiteren Gestaltungsmöglichkeiten im einzelnen Dittmann/Reimann/Bengel, Systematischer Teil D, Rd.-Nr. 67 ff.; Wieser, Zum Pflichtteilsrecht des nichtehelichen Kindes, MittBayNot 1970, 137 ff.

tragung auf ein nicht behindertes Kind dazu führen mag, daß die Eltern zur Erfüllung ihrer dem behinderten Kind gegenüber bestehenden Unterhaltspflichten nicht mehr in der Lage sind und damit ein überleitungsfähiger Anspruch aus § 528 BGB gegeben sein kann. Auf einen möglichen — ebenfalls nach § 90 BSHG überleitungsfähigen — Anspruch des behinderten Kindes gem. § 419 BGB wurde bereits hingewiesen²²⁵.

Sollen durch das erwerbende nicht behinderte Kind Leistungen an das behinderte Kind erbracht werden, so bietet sich — will man einen Zugriff des Sozialhilfeträgers auf diese Leistungen über die Vorschriften über den Einsatz von Einkommen und Vermögen weitgehend vermeiden — nach einem Vorschlag von Bengel²²⁶ die Vereinbarung folgender Zuwendungen an:

- Leistungen oder Zuwendungen, die nach der Verkehrsanschauung nicht als Einkünfte anzusehen sind, z. B. kleine Geburtstags- und Weihnachtsgeschenke, Zuwendungen bei anderen Gelegenheiten, die durch Sitte und Anstand geboten sind und ähnliches²²⁷;
- Zuwendungen, die zum geschützten Schonvermögen i. S. d. § 88 Abs. 2 BSHG gehören, etwa Zuwendungen von Gegenständen zur Befriedigung geistiger und künstlerischer Bedürfnisse, insbesondere im Hinblick auf Freizeitgestaltung und Liebhabereien des Behinderten, soweit deren Besitz nicht Luxus ist (vgl. § 88 Abs. 2 Ziff. 6 BSHG) (Beispiele: Bücher, Musikinstrumente, Briefmarkensammlung, Fotoausrüstung, Stereoanlagen, Videoanlagen, Sportausrüstung); oder
- die Finanzierung von Ferien- und Kuraufenthalten sowie Besuchsfahrten, die Finanzierung der Unterbringung für bestimmte Zeit in anderen Familien oder die persönliche Betreuung in der eigenen Familie des Erwerbers.

Bei der Zuwendung von Barbeträgen empfiehlt sich die Anordnung, diese dem Behinderten nur in der Höhe zur Verfügung zu stellen, in der eine Anrechnung auf die zu gewährenden Sozialhilfeleistungen nicht erfolgt, evtl. begrenzt durch einen bestimmten wertgesicherten Höchstbetrag. Es sind die für die verschiedenen Sozialhilfeleistungen jeweils maßgeblichen Einkommensgrenzen zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die Gewährung eines Pflegegeldes²²⁸ wird zumeist die besondere Einkommensgrenze des § 81 Abs. 1 Nr. 5 BSHG — Erhöhung des Grundbetrages auf z. Z. 1.179,— DM — eingreifen, nämlich bei der häuslichen Pflege, wenn erhebliche oder außergewöhnliche Pflegebedürftigkeit besteht. Beim Pflegegeld für Schwerstbehinderte gem. § 69 Abs. 4 S. 2 BSHG gilt die Einkommensgrenze des § 81 Abs. 2 BSHG. Der Grundbetrag erhöht sich auf z. Z. 2358,— DM. Die vorstehenden Zahlen zeigen, daß ein Anspruch des behinderten Kindes auf Zahlung eines Pflegegeldes auch bei relativ hohen eigenen Einkünften gegeben sein kann.

In bestimmten Ausnahmefällen kann vom Hilfeempfänger ein Eigenanteil auch aus dem Einkommen verlangt werden, das unter der maßgeblichen Einkommensgrenze liegt. Gem. § 85 Ziff. 1 BSHG ist dies der Fall, soweit von einem anderen Leistungen für einen besonderen Zweck gewährt werden, für den sonst Sozialhilfe zu gewähren wäre. Um eine Anrechnung von Zuwendungen nach dieser Vorschrift auszuschließen, empfiehlt es sich, für die beabsichtigten Leistungen ausdrücklich einen Zweck zu bestimmen, für den Sozialhilfe nach dem BSHG nicht gewährt wird.

Einen weiteren wichtigen Fall des Einkommenseinsatzes unter der Einkommensgrenze regelt § 85 Ziff. 3 S. 2 BSHG. Nach dieser Vorschrift ist von Personen, die auf voraussichtlich längere Zeit vollstationärer Pflege bedürfen, in der Regel der volle Einsatz des — unter der Einkommensgrenze liegenden — Einkommens zu verlangen, solange sie nicht einen anderen überwie-

gend unterhalten²²⁹. Der Grund für diese Regelung liegt darin, daß der notwendige Lebensbedarf des genannten Personenkreises vom Sozialhilfeträger über einen entsprechenden Pflegegesetz sichergestellt wird. Finanzielle Zuwendungen an das behinderte Kind würden also im Fall der Heimpflege voll angerechnet. Dies gilt auch für ein „Taschengeld“, da die Anstalts- oder Heimpflege auch den sogenannten Barbetrag zur persönlichen Verfügung umfaßt (§ 27 Abs. 4 BSHG i. V. m. § 21 Abs. 3 BSHG)²³⁰.

Erbringen die Eltern Leistungen an das behinderte Kind und gehen die Zuwendungen über den Rahmen der allgemeinen Unterhaltspflicht hinaus, so empfiehlt sich die Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil gemäß § 2315 BGB.

Bei Zuwendungen größeren Umfangs ist schließlich zu überlegen, ob der Abschluß eines Pflichtteilsverzichtsvertrages in Betracht kommt (§ 2346 Abs. 2 BGB). Bei fehlender Geschäftsfähigkeit des behinderten Kindes ist dazu die Bestellung (Mitwirkung) eines Pflegers sowie die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich (§§ 1909, 1822 Ziff. 1 BGB).

2. Verfügungen von Todes wegen

Eine Erbeinsetzung des Behinderten wird insbesondere in den Fällen, in denen eine Heimaufnahme geboten ist, dazu führen, daß der Nachlaß in der Regel in relativ kurzer Zeit zur Deckung der Heimkosten aufgebraucht sein wird. Diese Gestaltung wird daher von den meisten Eltern behinderter Kinder nicht näher in Erwägung gezogen werden. Untunlich ist im allgemeinen eine Enterbung des Behinderten, da dem pflichtteilsberechtigten Kind im Falle der Enterbung ein Pflichtteilsanspruch zusteht. Der Pflichtteilsanspruch ist überleitungsfähig nach § 90 BSHG. Für die Überleitung bedarf es dabei nicht der vorherigen Geltendmachung des Anspruches durch den Berechtigten, denn der Pflichtteilsanspruch entsteht mit dem Erbfall (§ 2317 BGB) und ist sofort fällig (§ 271 BGB). Die Auffassung, wonach der pflichtteilsberechtigte zunächst ein Gestaltungsrecht des Inhalts habe, daß er den Pflichtteil verlangen könne, verwechselt die Entstehung des Anspruchs und seine Geltendmachung²³¹. Sie wird heute zu Recht allgemein abgelehnt.

Als auf eine einmalige Geldleistung gerichteter Anspruch gilt der Pflichtteilsanspruch gegen den Erben — ggf. bis zur vollen Ausschöpfung — nicht in vollem Umfang sofort, sondern sukzessive und bedingt durch entsprechende Sozialleistungen auf den Sozialhilfeträger über²³². Überleitungsfähig ist ferner der Anspruch des Erben, dem weniger als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils zugewandt ist, auf Vervollständigung bis zur Höhe des Pflichtteils (Pflichtteilsrestanspruch gem. § 2305 BGB).

Die Erbeinsetzung des nicht behinderten Kindes mit der Auflage, Leistungen der oben unter V.1. bezeichneten Art, also Sach- oder Geldleistungen oder immaterielle Zuwendungen, an das behinderte Kind zu erbringen, ggf. i. V. m. der Anordnung einer Testamentsvollstreckung zur Sicherstellung des Vollzugs der Auflage, ist im Hinblick auf § 90 BSHG nicht empfehlenswert. Zwar fehlt es bei der Auflage an einem Anspruch des Behinderten auf die angeordnete Leistung, so daß insoweit keine überleitungsfähigen Ansprüche entstehen können. Die Auflage läßt jedoch den Pflichtteilsanspruch des behinderten Kindes in voller Höhe bestehen. Eine Beschränkung des Anspruchs auf Pflichtteilsergänzung gem. § 2305 BGB kommt nicht in Betracht, da diese Vorschrift voraussetzt, daß ein pflichtteilsberechtigter als Erbe eingesetzt ist. Eine entsprechende Anwendung des § 2307 BGB für Auflagen ist nicht möglich, da bei diesen eine Ausschlagung nicht in Frage kommt²³³.

Ein überleitungsfähiger Pflichtteilsanspruch des Behinderten besteht auch in den Fällen, in denen sich z. B. Ehegatten in

225 S. o. C. II.

226 Vgl. Dittmann/Reimann/Bengel, Systematischer Teil D, Rd.-Nr. 274.

227 Vgl. Schellhorn/Jirasek/Seipp, § 76 BSHG, Rd.-Nr. 15.

228 Zur Kürzung der Pflegegelder bei vertraglichem Anspruch auf Wart und Pflege s. o. C. II. 1.

229 Vgl. Schulte/Trenk-Hinterberger, a. a. O. (Fn. 53), 262.

230 Zur Auswirkung des Einkommens auf die Höhe des Barbetrages zur persönlichen Verfügung s. im einzelnen § 21 Abs. 3 S. 3, 4 BSHG.

231 Vgl. Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl. 1983, § 2303 BGB, Rd.-Nr. 68.

232 Vgl. Münder, Die Überleitung von Ansprüchen in der Sozialhilfe, §§ 90 ff. BSHG, ZfSH/SGB 1985, 248, 253; OLG Nürnberg OLGZ 1980, 375.

233 MünchKommFrank, § 2307 BGB, Rd.-Nr. 8.

einem Erbvertrag gegenseitig zu Erben und das behinderte Kind mit vertragsmäßig bindender Wirkung zum Erben des Überlebenden eingesetzt haben. Werden derartige Verfügungen von Todes wegen mit einer Pflichtteilsstrafklausel verbunden, wonach der Behinderte für den Fall, daß er beim Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangt, auch beim Tode des Längstlebenden nur den Pflichtteil erhalten soll, so wird der Sozialhilfeträger aber von einer Überleitung des Pflichtteilsanspruches nach dem Tode des erstversterbenden Elternteils je nach Lage des Einzelfalles Abstand nehmen müssen. So könnte z. B. der Grundsatz der Nachhaltigkeit der Hilfe verletzt sein, wenn übergeleitet wird, obschon abzusehen ist, daß der Behinderte ohne Überleitung auf längere Sicht gesehen seinen Bedarf aus eigenen Mitteln decken kann, nämlich aus dem Erbe nach dem Tode des überlebenden Elternteils. Ein Zuwarten des Sozialhilfeträgers wird allerdings nur dann zu erwarten sein, wenn im Zeitpunkt des Todes des erstversterbenden Elternteils hinreichend Gewähr besteht, daß das Vermögen bis zum Tode des Längstlebenden ungeschmälert erhalten bleibt. Maßnahmen nach § 29 BSHG oder § 89 BSHG ist damit jedoch nicht zu begehen.

Bei der Zuwendung eines Vermächtnisses an das behinderte Kind ist der Zusatzpflichtteilsanspruch gem. § 2307 BGB als überleitbarer Anspruch i. S. d. § 90 BSHG zu berücksichtigen. Als möglicher Inhalt des Vermächtnisses bieten sich wiederum die unter V.1. genannten Leistungen an. Ferner ist an die Einräumung eines Altenteils zu denken. Hierzu kann bestimmt werden, daß eine nach Landesrecht vorgesehene oder in Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage mögliche²³⁴ Umwandlung des Altenteils in den Anspruch auf Zahlung einer Ersatzrente für den Fall, daß die Altenteilsrechte nicht mehr wahrgenommen werden können, nicht erfolgen soll. In Betracht kommt ferner die Einräumung eines Wohnungsrechts. Nach der hier vertretenen Auffassung scheidet die Überleitung eines Wohnungsrechts aus. Zu erwägen ist, ob für den Fall, daß die vermächtnisweise Zuwendung nicht vollständig vom Behinderten aufgebraucht wird, die gesetzliche Erbfolge eintreten soll oder ein Nachvermächtnisnehmer bestimmt wird mit der Konsequenz, daß in der zweiten Alternative eine Kostenerstattungspflicht des Vermächtnisnehmers gem. § 92c BSHG entfallen dürfte²³⁵.

Die bei der Errichtung von Verfügungen von Todes wegen zugunsten Behinderter angestrebten Ziele — Erhalt des Familienvermögens einerseits, Zuwendungen an den Behinderten unter weitgehender Vermeidung der Anrechnung auf Sozialhilfeleistungen andererseits — werden am wirkungsvollsten durch eine Kombination der Anordnung von Testamentsvollstreckung sowie einer Vor- und Nacherbschaft erreicht²³⁶. Der Behinderte wird entsprechend seinem gesetzlichen Erbteil zum nicht befreiten Vorerben eingesetzt. Nacherben werden seine Abkömmlinge, sofern solche nicht vorhanden sind, seine Geschwister, Geschwisterkinder oder andere Verwandte zu gleichen Teilen. Der Nacherbfall tritt mit dem Tode des Vorerben ein. Für den auf das behinderte Kind entfallenden Erbteil wird Dauervollstreckung bis zum Tode des Behinderten angeordnet (§§ 2209, 2210 BGB). Der Testamentsvollstrecker wird unter Einräumung weitestgehender Befugnisse angewiesen, aus den Erträgen des Erbteils dem Behinderten die oben unter V.1. bezeichneten Zuwendungen zu machen.

Diese Konstruktion bewirkt folgendes: Gem. § 2211 Abs. 1 BGB hat der Erbe über die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstände keine Verfügungsmacht. Das der Testamentsvollstreckung unterworfenen Vermögen ist damit für den Behinderten nicht verwertbar i. S. d. § 88 Abs. 1 BSHG. Der Behinderte kann demnach vom Sozialhilfeträger nur insoweit auf den Einsatz eigenen Einkommens oder Vermögens verwiesen werden, als ihm dies vom Testamentsvollstrecker bestimmungsgemäß zugewandt wird. Die Anordnung von Vor- und

Nacherbschaft führt dazu, daß der Sozialhilfeträger nach dem Tode des Vorerben nicht auf den Nachlaß zugreifen kann. Der Nacherbe ist nicht Erbe des Vorerben. Die Vorschrift des § 92c BSHG greift nicht ein.

Wird dem Behinderten eine Erbquote zugewandt, die geringer ist als sein gesetzlicher Erbteil, so ist darauf zu achten, daß diese jedenfalls mehr als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils beträgt, da sonst gem. § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB die Beschränkung der Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung als nicht angeordnet gilt und damit die Verwertbarkeit i. S. d. § 88 Abs. 1 BSHG gegeben wäre. Nur bei der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht gem. § 2338 BGB fallen die Beschränkungen auch bei einer geringeren Erbquote nicht weg. Eine Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht kommt bei einem Behinderten aber in der Regel nicht in Betracht, da eine Überschuldung des Behinderten im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen im allgemeinen nicht vorliegen wird. Aufwendungsersatzansprüche des Sozialhilfeträgers gegen den Behinderter gem. §§ 28, 29, 43 BSHG scheiden aus, da deren Entstehung gegenwärtiges Einkommen oder Vermögen des Behinderten voraussetzt.

Die vorstehend aufgezeigte Gestaltungsmöglichkeit kann nur mit Duldung des Behinderten realisiert werden. Er könnte den angestrebten Erfolg durch Erbausschlagung und Pflichtteilsverlangen gem. § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB zunichte machen. Häufig wird allerdings der Behinderte „aus Familiengründen“ davon absehen, unter Ausschlagung der Erbschaft den Pflichtteil zu verlangen, und zwar auch in den Fällen, in denen die vom Erblasser für den Behinderten vorgesehenen besonderen Zuwendungen wegen der Art der Behinderung überhaupt nicht oder nur zu einem geringen Teil genutzt werden können. Das aber bedeutet, daß beispielsweise bei einer Unterbringung des Behinderten im Heim — der allgemeine Bedarf ist mit dem Pflegegesetz abgedeckt — bei den oben exemplarisch aufgeführten testamentarisch angeordneten Zusatzleistungen nur eine relativ geringe Belastung des Nachlasses eintritt und entsprechend die Belastung vollständig oder zum großen Teil dem Sozialhilfeträger aufgebürdet wird. Demgegenüber wäre der Behinderte nach Ausschlagung der Erbschaft und Geltendmachung des möglicherweise hohen Pflichtteilsanspruches in der Lage, seinen Bedarf auf Dauer aus eigenen Mitteln zu decken. Es stellt sich daher die Frage, ob der Sozialhilfeträger die dargestellte Gestaltungsmöglichkeit hinzunehmen hat.

Die Ausschlagung der Erbschaft durch den Sozialhilfeträger kommt nicht in Betracht, da die Ausschlagung ein Gestaltungsrecht und somit nicht überleitungsfähig ist. Denkbar ist, daß der Sozialhilfeträger den Behinderten auf die Möglichkeit zur Selbsthilfe hinweist und zur Ausschlagung der Erbschaft auffordert²³⁷. Kommt der Behinderte der Aufforderung nicht nach, sei es, daß er die Erbschaft annimmt oder die Frist zur Ausschlagung verstreichen läßt, so besteht für ihn bei der Hilfe zum Lebensunterhalt allenfalls das Risiko der Einschränkung dieser Hilfe auf das Unerläßliche (§ 25 Abs. 2 BSHG). Bei der Heimpflege als der Hilfe in besonderen Lebenslagen kommen Einschränkungen der Hilfe gem. § 25 BSHG ohnehin nicht in Betracht. Ein daneben bestehender Erstattungsanspruch des Sozialhilfeträgers nach § 92 a BSHG wird regelmäßig ins Leere gehen.

Wird der Behinderte durch einen Pfleger vertreten, so obliegt diesem die Entscheidung, ob er die Erbschaft für den Behinderten ausschlägt und den Pflichtteil verlangt oder die Erbschaft annimmt. Oberster Grundsatz für die Entscheidung des Pflegers ist die Wahrung des wohlverstandenen Interesses des Pflinglings. Der Pfleger hat den Behinderten vor Schaden zu bewahren. Verletzt er diese Pflicht, so haftet er bei Vorliegen eines Verschuldens dem Behinderten auf Schadensersatz (§§ 1915, 1833 BGB). Diesen möglichen Schadensersatzanspruch kann

234 Vgl. OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 13.

235 Vgl. Dittmann/Reimann/Bengel, Systematischer Teil D, Rd.-Nr. 277; s. ferner o. B. VI. 2.

236 Vgl. dazu den ausführlichen Testamentsentwurf bei Dittmann/Reimann/Bengel, II. Materielle Gestaltung, Anh. 63 mit Erläuterung unter Systematischer Teil D, Rd.-Nrn. 272 ff.

237 Vgl. Frank, BWNotZ 1983, 153, 156.

der Sozialhilfeträger nach § 90 BSHG auf sich überleiten. Schlägt der Pfleger die Erbschaft nicht aus, so dürfte er sich jedenfalls dann dem Vorwurf schuldhafter Pflichtverletzung aussetzen, wenn einerseits der nach Ausschlagung der Erbschaft bestehende Pflichtteilsanspruch von beträchtlicher Höhe wäre und andererseits klar abzusehen ist, daß die Duldung der letztwilligen Verfügung des Erblassers letztlich dazu führte, daß der Behinderte von dem Nachlaß effektiv keinen Nutzen hat. Bei der Gestaltung der Verfügung von Todes wegen ist also in diesen Fällen darauf zu achten, dem behinderten Kind im Verhältnis zu dem anderenfalls gegebenen Pflichtteil angemessene, für sein persönliches Wohl wesentliche, spürbare Vorteile zuzuwenden; dem Pfleger müssen für ein Unterlassen der Ausschlagung der beschwerten Erbschaft gute, rechtfertigende Gründe an die Hand gegeben werden.

Die kurze Ausschlagungsfrist von 6 Wochen kann auf die Entscheidung der Beteiligten kaum Einfluß haben und dürfte auch in Anbetracht der Erforderlichkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung praktisch kein Problem darstellen²³⁸. Es genügt zur Einhaltung der Frist, daß der gesetzliche Vertreter des Behinderten den Genehmigungsantrag beim Vormundschaftsgericht innerhalb der entscheidenden 6 Wochen einreicht. Der Lauf der Ausschlagungsfrist ist sodann bis zur Erteilung der Genehmigung gehemmt (§§ 1944 Abs. 2 S. 3, 203 Abs. 2 BGB). Ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich, weil z. B. der gesetzliche Vertreter des Kindes Miterbe ist (§§ 1944 Abs. 2 S. 3, 206 BGB), so beginnt die Ausschlagungsfrist erst mit der Bestellung dieses Pflegers zu laufen.

Die vorgeschlagene Gestaltung der Verfügung von Todes wegen ist in der Praxis der Sozialhilfeträger bislang akzeptiert worden. Die Rechtsprechung ist mit dieser Problematik — soweit ersichtlich — noch nicht befaßt worden.

VI. Unterhaltsverzicht

Die Überleitungsvorschriften der §§ 90, 91 BSHG haben aufgrund der jüngeren Rechtsprechung bei Unterhaltsverzicht, die vor der Überleitung der Unterhaltsansprüche geklärt werden, zunehmend größeren Einfluß. Ist nämlich Folge des Verzichts die Sozialhilfebedürftigkeit des verzichtenden Ehegatten, so stellt sich die Frage nach der Sittenwidrigkeit dieser Vereinbarung und damit ihrer Nichtigkeit gem. § 138 BGB.

Ein Unterhaltsverzicht für die Zeit bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils ist bereits gem. §§ 1360a Abs. 3, 1614 BGB unzulässig. Demnach kann lediglich auf nahehelichen Unterhalt verzichtet werden, wobei der im Rahmen eines Scheidungsverfahrens vereinbarte Verzicht im Vordergrund steht. Die ältere Rechtsprechung und Literatur ging überwiegend von einer Sittenwidrigkeit des Unterhaltsverzichts nur dann aus, wenn die Eheleute beim Abschluß der Vereinbarung „gewissenlos“ im Interesse des eigenen Vorteils handelten und sich ausschließlich — oder jedenfalls wesentlich mitbestimmt — von der Absicht leiten ließen, die Unterhaltslast von dem eigentlich unterhaltsfähigen Ehepartner auf den Sozialhilfeträger zu überbürden²³⁹. Diese enge Auffassung, die im wesentlichen auf der Grundlage des früheren Scheidungsrechts entwickelt wurde, fand ihre Rechtfertigung darin, daß der Unterhaltsanspruch dem Schuldanspruch folgte und unter dessen Geltung häufig Unterhaltsverzicht vereinbart wurden, um eine „ritterliche Scheidung“ zu ermöglichen. Der BGH hat diese Rechtsprechung in einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1982 ausdrücklich aufgegeben²⁴⁰.

Nach der neueren Ansicht des BGH muß der Unterhaltsverzicht nicht nur im Hinblick auf die subjektiven Beweggründe der Vertragsschließenden, sondern auch nach seinem objektiven Gehalt — und insoweit auch seiner möglichen Auswirkungen auf die Rechtsstellung Dritter — mit den guten Sitten im Einklang

stehen. Der BGH hat ausgeführt: „Ein Vertrag, durch den unter Mißachtung dieser Grundsätze bewußt die Unterstützungsbedürftigkeit eines geschiedenen Ehegatten zu Lasten der Sozialhilfe herbeigeführt wird, kann demnach den guten Sitten zuwiderlaufen und damit nach § 138 BGB nichtig sein, auch wenn er nicht auf einer Schädigungsabsicht der Ehegatten gegenüber dem Träger der Sozialhilfe beruht. Entscheidend kommt es vielmehr auf den aus ‚der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter‘ der Verichtsvereinbarung an“²⁴¹. Der objektiv sittenwidrige Gehalt der Verichtsvereinbarung sei den Eheleuten auch subjektiv zuzurechnen, wenn diese sich bei Abschluß des Vertrages der Bedürftigkeit des Verzichtenden im unterhaltsrechtlichen Sinne einerseits und der grundsätzlich gegebenen Leistungsfähigkeit des Verpflichteten andererseits bewußt gewesen seien — oder sich dieser Erkenntnis jedenfalls grob fahrlässig verschlossen hätten.

Die vom BGH angelegten Maßstäbe werden in der Literatur zum Teil — nach Ansicht des Verfassers zu Unrecht — als zu weitgehend kritisiert. Insbesondere bei den praktisch relevanten nahehelichen Unterhaltsansprüchen habe der Verzicht vielfältige Gründe — Verteilung der elterlichen Sorge, Regelung des Umganges, Beendigung von Auseinandersetzungen usw. Es sei deshalb für die Annahme der Sittenwidrigkeit an dem subjektiven Merkmal der Absicht festzuhalten und diese ggf. nachzuweisen²⁴².

Man wird aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung davon ausgehen müssen, daß ein Verzicht regelmäßig sittenwidrig ist, wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der bedürftige Ehegatte sofort nach der Scheidung oder in näherer Zukunft Sozialhilfe in Anspruch nehmen muß. Der Regelungsspielraum ist damit bei Scheidungsvereinbarungen deutlich eingengt. Indes schließt auch die gewandelte Rechtsprechung des BGH die Möglichkeit einer sittlichen Rechtfertigung des Unterhaltsverzichts nicht aus. Die sogenannte ritterliche Scheidung wird insoweit allerdings zukünftig keine Rolle mehr spielen. Die Frage des Verschuldens stellt sich, nachdem durch das neue Ehescheidungsrecht das Verschuldungsprinzip durch das Zerrüttungsprinzip abgelöst worden ist, nicht mehr. Als möglichen Rechtfertigungsgrund nennt der BGH beispielhaft die Annahme anderweitiger ausreichender wirtschaftlicher Sicherheit²⁴³. Damit kann ein sittlich anstößiger Verzicht in den Fällen, in denen dem Verzichtenden als Gegenleistung ein dem Verzicht angemessener Vermögenswert zugewandt wird, nicht angenommen werden; der Verzichtende ist grundsätzlich in der Lage, sich von dem ihm Zugewandten zu unterhalten.

Der 5. Familiengerichtstag²⁴⁴ empfiehlt, in der Scheidungsvereinbarung festzuhalten, daß und warum nach Auffassung der Vertragsschließenden keine konkrete Gefahr der Sozialhilfebedürftigkeit eines Beteiligten vorhanden ist. Göppinger²⁴⁵ hält eine Einschränkung des Unterhaltsverzichts durch Vorbehalt zugunsten des Notbedarfs für sicherer. In diesem Fall kann der geschiedene Ehepartner nicht den vollen angemessenen Unterhalt (§ 1578 Abs. 1 BGB) verlangen, sondern nur den notwendigen Unterhalt, falls er sich seinen notwendigen Unterhalt nicht selber verschaffen kann. Diese Regelung wird allerdings in der Mehrzahl der Fälle von den Vertragsschließenden gerade nicht gewünscht und sollte daher nach Ansicht des Verfassers nur dann in den Vertrag aufgenommen werden, wenn Sozialhilfebedürftigkeit wahrscheinlich vorliegen wird und anerkanntenswerte Gründe im oben dargelegten Sinne fehlen.

Ein Verzicht auf rückständige Unterhaltsbeträge ist im Hinblick auf die Sozialhilfe in der Regel unproblematisch, da die Sozialhilfe an eine gegenwärtige Bedarfssituation anknüpft. Schwierigkeiten können lediglich dann auftreten, wenn der Hilfeempfänger auf Unterhalt für einen Zeitraum verzichtet, für den er bereits Sozialhilfe bezogen hat, eine Überleitung des Unterhaltsanspruchs indes noch nicht erfolgt ist. In diesen Fällen wird

238 A. A. wohl Frank, a.a.O., 156, 157.

239 S. die Nachweise in dem BGH-Urteil vom 8. 12. 1982, MittRHRNotK 1983, 71.

240 BGH a.a.O., 73.

241 BGH a.a.O., 73.

242 Lehr- und Praxiskommentar, § 90 BSHG, Rd.-Nr. 15.

243 BGH, a.a.O.

244 FamRZ 1983, 1201.

245 Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, 5. Aufl. 1985, Rd.-Nr. 315.

man allerdings regelmäßig von der Sittenwidrigkeit des Verzichts ausgehen müssen.

Die dargestellten Grundsätze gelten gleichermaßen für die im Rahmen einer vorsorgenden Vereinbarung geschlossenen Unterhaltsverträge. Allerdings wird man in diesen Fällen aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten ausnahmsweise nur eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung annehmen müssen.

Rechtsprechung

1. Gesellschaftsrecht — Unwirksamkeit einer Satzungsbestimmung, wonach die Bilanz ausschließlich nach steuerlichen Grundsätzen aufzustellen ist

(BayObLG, Beschluß vom 5. 11. 1987 — BReg. 3 Z 41/87 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

HGB §§ 242 ff.; 264 ff.
GmbHG §§ 42; 42 a

Da die Möglichkeit besteht, daß Handelsbilanz und Steuerbilanz ein unterschiedliches Bilanzergebnis aufweisen, kann der Gesellschaftsvertrag der GmbH nicht generell im voraus die Geschäftsführer anweisen, die Bilanz allein unter Berücksichtigung steuerlicher Vorschriften aufzustellen. Die Geschäftsführer können aber angewiesen werden, bei der Buchführung steuerliche Vorschriften zu beachten.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH bestimmte u. a.:

„6. Jahresabschluß

Die Bilanz und die Verlust- und Gewinnrechnung sind von der Geschäftsführung innerhalb von 6 Monaten nach Schluß des Geschäftsjahres aufzustellen.

Buchführung und Bilanzierung müssen nach steuerlichen Vorschriften erfolgen.“

Mit Zwischenverfügung beanstandete der Registerrichter diese Anmeldung, weil Nr. 6 der Satzung gegen § 42 GmbHG verstoße.

Aus den Gründen:

A. ...

B. Die Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, soweit die gesellschaftsvertragliche Anordnung in Betracht kommt, die Bilanz müsse nach steuerlichen Grundsätzen aufgestellt werden.

1. Wird eine Gesellschaft zur Eintragung angemeldet, so hat das Registergericht u. a. die Ordnungsmäßigkeit der Errichtung der Gesellschaft nachzuprüfen (§ 9c GmbHG). Enthält der Gesellschaftsvertrag (die Satzung) eine Vorschrift, die gegen zwingendes Gesellschaftsrecht verstößt, so ist die Eintragung abzulehnen (BayObLGZ 1982, 368, 373; BayObLG DNotZ 1986, 50 f.; Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl. [2. Bearb.], Rd.-Nr. 9, Scholz/Winter, 7. Aufl., Rd.-Nr. 8, je zu § 9c GmbHG). Ist aber ein bestehender Mangel behebbar, z. B. durch Änderung einer materiell unwirksamen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, so hat das Registergericht durch eine Zwischenverfügung unter Fristsetzung auf eine Mängelbeseitigung hinzuwirken (§ 26 S. 2 HRV).

2. Die rechtliche Überprüfung der vom LG bestätigten Auffassung des AG, der Gesellschaftsvertrag einer GmbH könne nicht anordnen, daß die Bilanz nach steuerlichen Grundsätzen aufzustellen sei, muß berücksichtigen, welche geltenden gesetzlichen Vorschriften maßgebend sind.

a) Das Gericht der weiteren Beschwerde hat das bei Erlass seiner Entscheidung geltende Recht anzuwenden, auch wenn es die Vorinstanz noch nicht berücksichtigen konnte (BGH NJW 1983, 2443, 2444; BayObLGZ 1981, 132, 135; Keidel/Kuntze/Winkler, Rd.-Nr. 22; Jansen, Rd.-Nr. 15, je zu § 27 FGG).

Ein anläßlich der Eheschließung vereinbarter Unterhaltsverzicht regelt lediglich vorsorglich die Folgen einer Ehescheidung, ohne daß diese bereits beabsichtigt wäre. Der Unterhaltsverzicht steht primär im Zusammenhang mit der auf Dauer geschlossenen Ehe. Die Trennung der Gatten ist in der Regel zunächst nicht gewollt, ihr Zeitpunkt demgemäß nicht bekannt, so daß Bedürftigkeit noch nicht abzusehen ist²⁴⁶.

b) Für den hier zu beurteilenden Fall ergibt sich folgende Rechtslage:

(1) Durch Art. 1 Nr. 8 des Gesetzes zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts — Bilanzrichtlinien-Gesetz — BiRiLiG — vom 19. 12. 1985 (BGBl. I, 2355) sind die Handelsbücher betreffenden Vorschriften als Rechnungslegungsgesetz in die §§ 238 ff. HGB eingefügt worden, die in den §§ 242 ff. HGB allgemeine und für Kapitalgesellschaften in den §§ 264 ff. HGB besondere Vorschriften für den Jahresabschluß — somit auch für die Aufstellung der Bilanz (§ 264 Abs. 1 S. 1 HGB) — enthalten; diese Regelung ist am 1. 1. 1986 in Kraft getreten (Art. 13 BiRiLiG). Die Vorschriften der §§ 38 bis 47b HGB sind durch Art. 1 Nr. 3 BiRiLiG aufgehoben worden. Die §§ 42, 42a GmbHG haben durch Art. 3 Nr. 5 BiRiLiG eine geänderte Fassung erhalten; für die GmbH sind nunmehr die Bilanzierungsvorschriften der §§ 42 ff. GmbHG n. F. sowie der §§ 242 ff., §§ 264 ff. HGB maßgebend. Es bestehen jedoch Übergangsregelungen. Durch Art. 11 Nr. 3 BiRiLiG sind die Art. 23 bis 28 EGHGB geändert worden. Nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 EGHGB sind die Vorschriften über den Jahresabschluß (§§ 242 ff., §§ 264 ff. HGB) erstmals auf das nach dem 31. 12. 1986 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden. Die Aufstellungspflicht nach neuem Recht besteht somit erstmals für den Jahresabschluß 1987 (Budde/Kofahl, Beck'scher Bilanz-Kommentar, Art. 23 EGHGB, Rd.-Nr. 11).

(2) Der Senat hat die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag die Aufstellung einer Bilanz unter Berücksichtigung des Steuerrechts zulassen kann, nach den Übergangsvorschriften nicht nach altem Recht zu beurteilen.

Es kann offenbleiben, ob aufgrund der Übergangsregelung in Art. 23 EGHGB die Aufstellungsfristen des § 41 Abs. 2 GmbHG a. F. mit Verlängerungsmöglichkeiten durch den Gesellschaftsvertrag (§ 41 Abs. 3 GmbHG a. F.) gelten oder diejenigen des § 264 Abs. 1 S. 2 und 3 HGB (zu diesen vgl. BayObLG DNotZ 1988, 50, 51 f.). Nach all diesen Vorschriften ist der Jahresabschluß spätestens in den ersten sechs Monaten des Geschäftsjahrs für das vergangene Geschäftsjahr aufzustellen. Der Jahresabschluß für das Geschäftsjahr 1986 war jedenfalls bis zum 30. 6. 1987 zu erstellen. Nunmehr kommt derjenige für das Geschäftsjahr 1987 in Betracht, für den allein das neue Recht gilt. Auf das Übergangsrecht wäre nur dann einzugehen, wenn die Anordnung in Nr. 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages auf das Geschäftsjahr 1986 beschränkt worden wäre. Das ist jedoch nicht der Fall.

c) Das LG hat die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag anordnen kann, die anläßlich des Jahresabschlusses zu erstellende Bilanz sei allein unter Berücksichtigung des Steuerrechts aufzustellen, nach altem Recht geprüft. Das mag aufgrund der angeführten Übergangsvorschriften, die im Zeitpunkt des Erlasses der landgerichtlichen Entscheidung im Dezember 1986 maßgebend waren, zulässig gewesen sein. Jedenfalls der Senat hat das neue Recht anzuwenden... Die angefochtene Entscheidung erweist sich insoweit auch nach neuem Recht mit anderer Begründung als richtig (§ 27 S. 2 FGG; § 563 ZPO).

3. Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, das LG habe zu Unrecht Nr. 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages dahin ausgelegt, daß die Bilanz allein nach steuerlichen Vorschriften

aufzustellen sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Das LG hat insoweit keine Auslegungsgrundsätze verletzt. Bei dieser satzungsmäßigen Regelung handelt es sich um körperschaftliche Bestimmungen, die sich an einen unbestimmten Personenkreis wenden (vgl. z. B. Baumbach/Hueck, 14. Aufl., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 27). Die Auslegung muß deshalb einheitlich nach objektiven Gesichtspunkten vorgenommen werden (vgl. z. B. BGH WM 1983, 334; BayObLG DNotZ 1988, 252, 253). Der Wortlaut der gesellschaftsvertraglichen Regelung läßt eine Bilanz aufstellung allein nach handelsrechtlichen Grundsätzen nicht zu; verlangt wird eine Steuerbilanz.

4. Eine Handelsbilanz und eine Steuerbilanz können im — nicht vorhersehbaren — Einzelfall durchaus übereinstimmen. Beide können aber auch ein unterschiedliches Bilanzergebnis haben. Wegen dieser nicht auszuschließenden Möglichkeit kann der Gesellschaftsvertrag (die Satzung) nicht generell im voraus für alle Fälle den zur Aufstellung des Jahresabschlusses verpflichteten Geschäftsführer (§ 246 Abs. 1 S. 1 HGB, § 35 GmbHG) anweisen, die Bilanz (§ 242 Abs. 1 S. 1 HGB) allein unter Berücksichtigung steuerlicher Vorschriften aufzustellen (vgl. auch BayObLG DNotZ 1988, 50).

a) Zu der hier zu beurteilenden Frage werden — soweit ersichtlich — folgende Auffassungen vertreten:

(1) Vor dem Inkrafttreten des Bilanzrichtlinien-Gesetzes ist in der Literatur die Meinung vertreten worden, der Gesellschaftsvertrag könne, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften (z. B. § 42 Nr. 2 GmbHG a. F., § 5 Abs. 2 PublG) entgegenstünden, grundsätzlich Regeln für den Jahresabschluß aufstellen (Hachenburg/Goerdeler/Müller, 7. Aufl., § 42 GmbHG, Rd.-Nr. 29). Er könne z. B. anordnen, daß für die Gliederung des Jahresabschlusses sowie für die Bewertung insgesamt steuerliche Grundsätze zu beachten seien (Hachenburg/Goerdeler, vor § 41 GmbHG, Rd.-Nr. 28; Hachenburg/Goerdeler/Müller, § 42 GmbHG, Rd.-Nrn. 26, 29; Scholz/Winter, 6. Aufl., §§ 41—42a GmbHG, Rd.-Nr. 6; Rowedder/Lanfermann, vor § 41 GmbHG, Rd.-Nr. 6). Begründet wurde dies im wesentlichen wie folgt: Die formalen Vorschriften für die Buchführung gem. §§ 140 bis 148 AO stimmten mit denen nach §§ 38 bis 47b HGB weitgehend überein. Für die Bilanzierung gelte steuerlich das sogenannte Maßgeblichkeitsprinzip (§ 5 Abs. 1 EStG), wonach für den der Ertragsbesteuerung zugrundezulegenden Jahresabschluß die handelsrechtlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften einschließlich der Grundsätze ordnungsgemäßer Bilanzierung (GoB) maßgeblich seien. Hiervon könne nur abgewichen werden, wenn in den Steuergesetzen eigenständige Bilanzierungsvorschriften (z. B. §§ 6, 7 EStG) enthalten seien. Umgekehrt wirke in einigen Fällen das Steuerrecht auf den handelsrechtlichen Jahresabschluß zurück. So könne z. B. die Inanspruchnahme steuerlicher Vergünstigungsvorschriften (Subventionen) davon abhängig sein, daß die entsprechenden Bilanzierungsmaßnahmen (z. B. Sonderabschreibungen) auch im handelsrechtlichen Jahresabschluß vorgenommen würden. Auch wenn hierdurch Auswirkungen auf die Aussagekraft des handelsrechtlichen Jahresabschlusses entstünden, gelte, daß ein handelsrechtlicher Jahresabschluß, der sich an den steuerlichen Bilanzierungsvorschriften orientiere, den handelsrechtlichen Erfordernissen genüge (Rowedder/Lanfermann, a. a. O.).

(2) Der BGH hatte sich in einer in WM 1974, 392 veröffentlichten Entscheidung mit der Anfechtung eines Bilanzfeststellungsbeschlusses betreffend eine Pensionsrückstellung zu befassen. Er hat zwar nicht die Unzulässigkeit einer Satzungsbestimmung festgestellt, welche die Bilanzierung nach steuerlichen Grundsätzen angeordnet hat; er hat aber hervorgehoben, daß es für die Geschäftsführung geboten sein könne, von einer solchen satzungsgemäßen Anordnung abzuweichen . . .

In einem weiteren Fall (BB 1986, 772 mit zust. Anm. Stolzenburg) hatte der BGH über den Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft zu entscheiden, nach dem die Steuerbilanz zugleich die Handelsbilanz sein sollte. Trotz dieser Bestimmung folgerte er daraus nicht einen unbedingten Anspruch der

Gesellschafter auf den durch steuerlich nicht anerkannte Betriebsausgaben (z. B. Geldbußen) erhöhten Gewinn.

(3) Nach dem Inkrafttreten des BiRiLiG sind in der Literatur die folgenden Meinungen vertreten worden: Gesellschaftsvertraglich könnten die steuerlichen Bilanzierungsvorschriften, soweit sie den handelsrechtlichen nicht entgegenstünden, ganz oder teilweise zwingend für anwendbar erklärt werden, um ein Auseinandergehen von Handels- und Steuerbilanz zu vermeiden (Meyer-Landrut/Miller/Niehus, §§ 238 bis 335 HGB, Rd.-Nr. 286). Da eine Bilanz, wie sie steuerrechtlich geboten sei, in der Regel handelsrechtlich mindestens zulässig sei, könne die Handelsbilanz so gestaltet werden, daß sie auch als Steuerbilanz anerkannt werde; eine solche Einheitsbilanz sei rechtlich eine Handelsbilanz (Tipke, Steuerrecht, 11. Aufl., § 11, Anm. A 4.8312 — S. 232).

b) Der Senat kann sich den in der Literatur geäußerten Meinungen für den Rechtszustand seit dem Inkrafttreten des BiRiLiG nicht in vollem Umfang anschließen.

Das HGB verlangt vom Kaufmann und damit auch von den Handelsgesellschaften (§ 6 HGB) die Aufstellung einer *Handelsbilanz* (§ 242 Abs. 1 S. 1 HGB; vgl. Baumbach/Duden/Hopt, 27. Aufl., § 242 HGB, Anm. 2 A) unter Berücksichtigung der handelsrechtlichen Ansatzvorschriften (§§ 246 bis 251 HGB) und der handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften (§§ 252 bis 256 HGB), wobei Kapitalgesellschaften weiter die für sie geltenden besonderen Vorschriften der §§ 264 ff. HGB zu beachten haben. Es handelt sich grundsätzlich um zwingendes Recht, soweit das Gesetz nichts Gegenteiliges zuläßt (vgl. z. B. § 252 Abs. 2, § 253 Abs. 5, § 254 HGB). Damit ist es nach dem Gesetz nicht der Disposition des Satzungsgebers einer Kapitalgesellschaft überlassen, die zwingenden handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsvorschriften oder die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung dadurch abzuändern, daß die Erstellung einer Steuerbilanz vorgeschrieben wird (vgl. Stolzenburg, BB 1986, 773 m. w. N.). Das Gesetz läßt es vielmehr nur im Einzelfall *bei Vorliegen bestimmter Tatbestände* zu, daß die Handelsbilanz an die Steuerbilanz angepaßt wird (§ 247 Abs. 3; §§ 254, 273, 279 Abs. 2; § 280 Abs. 2; § 281 HGB; vgl. Tipke, § 11 Anm. A 4.8315 — S. 238). Schon dieser Umstand weist darauf hin, daß das Gesetz es nicht gestattet, die Handelsbilanz allgemein durch die Steuerbilanz zu ersetzen.

Die Vorschriften über die Rechnungslegung sind — wie ausgeführt — aufgrund des BiRiLiG in das HGB eingefügt worden. Dieses Gesetz ist in Ausführung u. a. der Vierten EG-Richtlinie vom 25. 7. 1978 (Abl. EG Nr. L 222 vom 14. 8. 1978 S. 11; abgedruckt auch bei Knoblauch, Die Vierte EG-Richtlinie, 85 ff.) erlassen worden. Diese Richtlinie hat — wie sich aus der Präambel ergibt — die Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften über die Gliederung und den Inhalt des Jahresabschlusses und des Lageberichts sowie über die Bewertungsmethoden und die Offenlegung dieser Unterlagen, insbesondere bei der AG und der GmbH, zum Ziele, und zwar insbesondere zum Schutz der Gesellschafter sowie Dritter. Weiter heißt es in der Präambel, daß die verschiedenen Bewertungsmethoden, soweit erforderlich, vereinheitlicht werden müssen, um die Vergleichbarkeit und die Gleichwertigkeit der in den Jahresabschlüssen gemachten Angaben zu gewährleisten. Danach kann eine Handelsbilanz nur einheitlich in allen EG-Staaten erstellt werden, soweit ein Kaufmann zu einem Jahresabschluß verpflichtet ist. Einer Steuerbilanz müssen zum Teil steuer spezifische Bewertungsvorschriften zugrunde gelegt werden, wie noch näher auszuführen sein wird (vgl. unten d -2-). Das vertritt sich aber nicht in jedem Fall mit dem Erfordernis, eine Handelsbilanz mit den zwingenden Ansatz- und Bewertungsvorschriften des HGB aufzustellen.

c) Zunächst ist auf den Begriff Steuerbilanz sowie auf den Zweck einer Handels- und Steuerbilanz näher einzugehen.

(1) Die geltenden Steuergesetze verwenden grundsätzlich den Ausdruck „Steuerbilanz“ nicht (Ausnahme z. B. § 29 Abs. 1 S. 1 KStG). Eine solche darf aber aufgestellt werden (§ 60

Abs. 2 S. 2 Einkommensteuer-Durchführungsverordnung — EStDV —). Die Steuerbilanz dient der steuerlichen Gewinnermittlung. § 5 Abs. 1 EStG bestimmt, daß für den Schluß des Wirtschaftsjahres das Betriebsvermögen anzusetzen ist, das nach handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (= GoB) auszuweisen ist. Damit knüpft aus Vereinfachungsgründen die steuerrechtliche Gewinnermittlung an diejenige des Handelsrechts an (Tipke, § 11 Anm. A 4.8312 — S. 232). Es gilt nach § 5 Abs. 1 EStG das sog. Prinzip der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz. Ist die Handelsbilanz nach den GoB erstellt und verstößt sie nicht gegen zwingende handelsrechtliche Vorschriften, so bildet sie auch die Grundlage für die steuerliche Gewinnermittlung. Die Steuerbilanz ist somit keine selbständige, sondern eine aus der Handelsbilanz abgeleitete Bilanz. Diese kann, wie ausgeführt, im Einzelfall nur die Grundlage für eine Steuerbilanz sein. Eine solche muß nämlich vorrangig auch steuerliche Vorschriften und den Umstand beachten, daß die Rechtsprechung des BFH (grundlegend BFH GrS Beschluß vom 3. 2. 1969 — BStBl. II, 291) den Maßgeblichkeitsgrundsatz eng auslegt (vgl. WP-Handbuch 1985/86, 9. Aufl., Bd. I, 546).

(2) Eine Handelsbilanz und eine Steuerbilanz wird nicht zu völlig gleichen Zwecken erstellt.

Die Handelsbilanz dient zunächst hauptsächlich dem Ausweis des Schuldendeckungspotentials im Interesse der Kapitalgeber des Kaufmanns (Littmann/Bitz/Meincke, 14. Aufl., §§ 4, 5 EStG, Rd.-Nr. 23). Bei einer GmbH insbesondere bildet die Bilanz im Hinblick auf § 30 GmbHG einen Nachweis für die Kapitalerhaltung, welche die Möglichkeit der Schuldendeckung der Gesellschaft aufzeigen soll (Heuser, GmbH-Handbuch, 11. Aufl., II, Rd.-Nr. 172). Die Kreditgeber erlangen Informationen aus der Bilanz, die sie als Grundlage ihrer Entscheidungen über Gewährung, Verlängerung oder Kündigung von Krediten benötigen (Knobbe-Keuk, Bilanz und Unternehmenssteuerrecht, 5. Aufl., 14; vgl. auch Paulick, Festschrift für Rudolf Reinhardt, 1972, 275, 276). Eine Handelsbilanz muß also auch den Gläubigerschutz beachten (vgl. BGHZ 83, 341, 347); es muß eine Täuschung der Gläubiger durch einen zu günstigen Vermögensausweis und bei Kapitalgesellschaften die Ausschüttung eines nicht erzielten Gewinns verhindert werden (Herrmann/Heuer/Raupach, § 5 EStG, Rd.-Nr. 49b [1]). Wegen dieses Gläubigerschutzes sind die Bewertungsvorschriften des HGB als Höchstwertvorschriften ausgestaltet (Bericht des Rechtsausschusses zum BiRiLiG-E, BT-Drucks. 10/4268 S. 2; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 7. Aufl., 366); für Passivwerte sind einzelne Mindestbewertungsvorschriften zwingend (vgl. § 253 Abs. 3 S. 1 und 2 HGB sowie Sudhoff, a.a.O.). Die Handelsbilanz dient weiter der Darstellung des Gewinnes der am Unternehmen Beteiligten (§ 58 Abs. 4 AktG, § 29 GmbHG); sie ist somit auch Gewinnermittlungsbilanz (Heuser, a.a.O., Rd.-Nr. 170; vgl. auch § 264 Abs. 2 HGB). Bei der Aufstellung der Handelsbilanz einer Kapitalgesellschaft sind daher auch die Interessen ihrer Gesellschafter/Aktionäre zu berücksichtigen (Merkert/Kohts, BB 1985, 1765).

Die Steuerbilanz ist eine für die Zwecke der steuerlichen Gewinnermittlung maßgebende Ertragssteuerbilanz, die auch Einkommensteuer- oder Körperschaftsteuerbilanz genannt wird (Sarx, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 1304). Bei Kapitalgesellschaften sind steuerbares Einkommen (§§ 7, 8 Abs. 1 KStG) die Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 8 Abs. 2 KStG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Diese werden durch ein aus der Steuerbilanz abgeleitetes Steuerbilanzergebnis ermittelt (§ 5 EStG; vgl. Tipke, § 11 Anm. B 3.31 — S. 338). Während bei der Handelsbilanz der Ausweis von Gewinn für die am Unternehmen Beteiligten und der Gläubigerschutz mitbestimmend sind, dient die Steuerbilanz allein der Gewinnermittlung, da der steuerliche Gewinn in Verfolgung des Grundsatzes der gleichmäßigen Besteuerung aller buchführungspflichtigen Gewerbetreibenden (BFH BStBl. II 1969, 291, 293; Reg.Begr. zum BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317 S. 67) die Grundlage der Besteuerung ist (Knobbe-Keuk, 12). In der Steuerbilanz muß der tatsächlich erwirtschaftete Gewinn voll ausgewiesen sein (Paulick, 281, 283; vgl. auch BFH a.a.O.).

d) Im einzelnen ergeben sich die folgenden Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede zwischen einer Handelsbilanz und einer Steuerbilanz:

(1) Die Bilanzierung *dem Grunde nach* (Ob der Bilanzierung = Ansatz) beurteilt sich bei der Handelsbilanz nach den Vorschriften der §§ 246 bis 251 HGB. Sofern steuerlich nicht besondere Ansatzvorschriften eingreifen (§ 5 Abs. 3, 4; § 6a Abs. 1, 2 EStG), sind für die Steuerbilanz gem. § 5 Abs. 1 EStG ebenfalls die zwingenden handelsrechtlichen Ansatzvorschriften maßgebend (Tipke, § 11 Anm. A 4.8315 — S. 237; Budde/Karig, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 243 HGB, Rd.-Nr. 113).

Ein nach handelsrechtlichen GoB bestehendes Aktivierungs- oder Passivierungsgebot begründet nach dem Maßgeblichkeitsgrundsatz auch steuerlich eine Aktivierungs- bzw. eine Passivierungspflicht (vgl. z. B. Budde/Karig, a.a.O.; Glanegger/Niedner/Renk/Ruß, Einl. v. § 242 HGB, Rd.-Nr. 27); so muß z. B. eine handelsrechtlich erforderliche Rückstellung für die Kosten des Jahresabschlusses auch steuerlich gebildet werden (BFH BStBl. II 1984, 301). Handelsrechtliche Aktivierungs- oder Passivierungsverbote sind auch solche des Steuerrechts, wie z. B. das Aktivierungsverbot nach § 248 HGB (Budde/Karig, a.a.O.).

Im Falle eines handelsrechtlichen Ansatzwahlrechts gilt der Maßgeblichkeitsgrundsatz in aller Regel nicht. Dem handelsrechtlichen Aktivierungswahlrecht (§ 250 Abs. 3 HGB) entspricht vielmehr ein steuerliches Aktivierungsgebot und dem handelsrechtlichen Passivierungswahlrecht (§ 249 Abs. 1, S. 3, Abs. 2 HGB) ein steuerliches Passivierungsverbot. Aktivwerte (Vermögensgegenstände; vgl. Tipke, § 11 Anm. A 4.83161 — S. 238), die nach handelsrechtlichen GoB *aktivierungsfähig* sind, *müssen* in der Steuerbilanz aktiviert werden; Passivposten (Schulden und Rückstellungen; vgl. Tipke a.a.O.) dürfen in der Steuerbilanz nur angesetzt werden, wenn sie nach handelsrechtlichen GoB in der Handelsbilanz nicht nur *passivierungsfähig*, sondern *passivierungspflichtig* sind (vgl. zu alledem: BFH BStBl. II 1969, 291, 293; BStBl. II 1980, 297, 298; BStBl. II 1983, 375; Selchert/Jung, BB 1983, 1004 ff.; Döllerer, Handelsbilanz und Steuerbilanz, BB-Beilage 12/1987, 12 bis 14; Schmidt, 6. Aufl., § 5 EStG, Anm. 12a). . . .

(2) Für die Bilanzierung *der Höhe nach* (Wie der Bilanzierung = Bewertung) sind für die Handelsbilanz die §§ 252 bis 256 HGB (und für Kapitalgesellschaften auch die §§ 279 bis 283 HGB) zu beachten. Für die Steuerbilanz gilt aber hier der Maßgeblichkeitsgrundsatz nur eingeschränkt (vgl. auch BFH BStBl. II 1986, 324). Es greift vielmehr der sog. Bewertungsvorbehalt nach § 5 Abs. 5 EStG ein (Budde/Karig, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 243 HGB, Rd.-Nr. 119). Steuerliche Bewertungsvorschriften, vor allem §§ 6; 6a Abs. 3 bis 5; 7 bis 7g EStG, welche die Bewertung von Wirtschaftsgütern betreffen, gehen den entsprechenden Vorschriften des HGB für die Bewertung vor (Schmidt, § 5 EStG, Anm. 12b), weshalb es zu verschiedenen Wertansätzen in der Handelsbilanz und in der Steuerbilanz kommen kann (Budde/Karig, a.a.O.). Die grundsätzliche Abweichung der handelsrechtlichen und der steuerrechtlichen Bewertungskonzeption ergibt sich vor allem aus dem durch § 6 Abs. 3 EStG eingeschränkten steuerlichen Beibehaltungsgebot und aus dem Verbot von Abschreibungen nach „vernünftiger kaufmännischer Beurteilung“ i. S. v. § 253 Abs. 4 HGB (Clemm/Nonnenmacher, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB, Rd.-Nr. 13).

(3) Das Ergebnis einer Handelsbilanz und einer Steuerbilanz kann auch deshalb unterschiedlich sein, weil in diesen Aufwendungen oder Erträge früher oder später verrechnet werden dürfen. Es kann somit das Handelsbilanzergebnis größer oder kleiner als das Ergebnis in der Steuerbilanz sein (Heuser, GmbH-Handbuch, II, Rd.-Nr. 386).

Bei der Abschreibung des derivativen Geschäfts- oder Firmenwertes ist z. B. steuerlich gem. § 7 Abs. 1 S. 3 EStG (vgl. auch § 52 Abs. 6 EStG) eine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von 15 Jahren zugrunde zu legen; handelsrechtlich ist nach § 255 Abs. 4 HGB eine wesentlich schnellere Abschreibung

zulässig (Budde/Karig, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 243 HGB, Rd.-Nr. 119; Pankow/Schmidt-Wendt, ebenda, § 255 HGB, Rd.-Nr. 949).

Die unterschiedliche Bewertung von Vermögensgegenständen in der Handels- und Steuerbilanz kann zu vorübergehenden oder dauernden Abweichungen beider Bilanzen führen, die bei Kapitalgesellschaften eine Steuerabgrenzung nach § 274 HGB erforderlich machen kann (Sarx, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB, Rd.-Nr. 451; Pankow/Kilgert/Lienau, ebenda, § 274 HGB, Rd.-Nr. 15 ff.). Diese Bestimmung hat gerade zur Voraussetzung, daß sich Handelsbilanz und Steuerbilanz voneinander unterscheiden.

e) Ausnahmsweise gilt der Grundsatz der umgekehrten Maßgeblichkeit der Steuerbilanz für die Handelsbilanz (vgl. dazu z. B. Wittig, DStR 1986, 526 ff.). Nach § 6 Abs. 3 S. 1 EStG setzen erhöhte Absetzungen (z. B. nach § 7b, 7d EStG; §§ 82a, 82g, 82i EStDV; §§ 14 bis 14b, 15 Berlinförderungsgesetz), Sonderabschreibungen (z. B. nach §§ 7e bis 7g EStG; §§ 81, 82d, 82f EStDV; § 3 Zonenrandförderungsgesetz), die Bewertungsfreiheit nach § 6 Abs. 2 EStG und der Abzug von den Anschaffungskosten oder Herstellungskosten nach § 6b Abs. 1 oder Abs. 3 S. 2 EStG voraus, daß die Wirtschaftsgüter auch in der Handelsbilanz (zur Zulässigkeit vgl. § 254 HGB; vgl. weiter § 247 Abs. 3, §§ 273, 279 Abs. 2, § 280 Abs. 2 HGB) mit den sich danach ergebenden niedrigeren Werten ausgewiesen werden (vgl. . . ., Schmidt, § 5 EStG, Anm. 12 d aa; Schmidt, Beck'sches Steuerberater-Handbuch, 1986, A, Rd.-Nr. 351; Nickol, BB 1987, 1772, 1773). Die Anwendung des Grundsatzes der umgekehrten Maßgeblichkeit bewirkt, daß die Gewinnanteile, die infolge der Sonderabschreibung oder erhöhten Absetzung zunächst nicht besteuert werden, auch nicht als Gewinn für die am Unternehmen Beteiligten ausgeschüttet werden können. In solchen Fällen kann es zu einer „Verzerrung“ der Handelsbilanz kommen, da der Gewinn geschmälert wird (Knobbe-Keuk, 20 f.; Baumbach/Duden/Hopt, § 242 HGB, Anm. 2 A; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Vorb. vor § 148 AktG, Rd.-Nr. 31; Merkert/Kohts, BB 1985, 1765); immerhin wird aber insoweit die Einheit von Handelsbilanz und Steuerbilanz gewahrt.

f) Wegen des oft unterschiedlichen Ergebnisses einer Handelsbilanz und einer Steuerbilanz hat die Praxis bisher unterschiedliche Verfahrensweisen entwickelt:

(1) Es wird eine Handelsbilanz ohne Berücksichtigung der steuerlichen Vorschriften erstellt. Die der Steuerbehörde eingereichte Handelsbilanz wird dann als Steuerbilanz verwendet (vgl. BFH BStBl. II 1973, 477). Bei der Steuererklärung müssen dann aber die Ansätze und Beträge, die den steuerlichen Vorschriften nicht entsprechen, durch Zusätze oder Anmerkungen den steuerlichen Vorschriften erforderlichenfalls angepaßt werden (vgl. § 60 Abs. 2 S. 1 EStDV). Die erforderlichen steuerlichen Korrekturen müssen in einer besonderen Nebenrechnung erfaßt werden (Sarx, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 1304 Anh. 2, Rd.-Nr. 2).

(2) Die Handelsbilanz wird von vornherein unter Berücksichtigung der steuerlichen Vorschriften aufgestellt, wodurch sie zugleich Steuerbilanz (sog. Einheitsbilanz) ist (vgl. Reg.Begr. zum BiRiLiG, BT-Drucks. 10/317 S. 68 unter V 4); so sind bisher Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften und vielfach mittlere und kleinere Unternehmen in der Rechtsform der GmbH verfahren (vgl. Knobbe-Keuk, 15; Sudhoff, 365; Döllerer, 10).

(3) Es wird getrennt eine Handels- und eine Steuerbilanz erstellt (vgl. § 60 Abs. 2 S. 2 EStDV). Eine solche Handhabung ist bisher bei größeren Handelsunternehmen, z. B. Publikums- gesellschaften, zu verzeichnen (Knobbe-Keuk, a.a.O.).

5. Nach alledem ist es unzulässig, daß die Satzung einer Kapitalgesellschaft dem Vertretungsorgan die Aufstellung der Bilanz ausschließlich unter Berücksichtigung steuerlicher Bestimmungen vorschreibt. Der Senat verkennt nicht, daß dies in der Praxis zu einer Mehrarbeit führen kann, die man im Gesetz-

gebungsverfahren glaubte, durch das BiRiLiG vermeiden zu können (vgl. z. B. Reg.Begr., BT-Drucks. 10/137 S. 68 unter V 4). Jedoch sind die Vorschriften zu beachten, die Gesetz geworden sind. Aus diesen ergibt sich, daß die Bilanz eines Kaufmanns die Interessen der Gläubiger (Kreditgeber) und bei Kapitalgesellschaften auch diejenigen der Gesellschafter/Aktionäre, und nicht allein die Darstellung eines Bilanzergebnisses zur steuerlichen Gewinnermittlung zu berücksichtigen hat, und daß sich Handels- und Steuerbilanz im Einzelfall unterscheiden müssen, weil zwingende Bilanzierungsvorschriften dies erfordern.

C. Das LG hat auch die weitere Beanstandung des Registergerichts in der Zwischenverfügung bestätigt, der Gesellschaftsvertrag (Nr. 6 Abs. 2) könne den Geschäftsführer nicht anweisen, die Buchführung unter Beachtung steuerlicher Vorschriften vorzunehmen.

1. Die Bestätigung dieser weiteren Beanstandung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die angeführte gesellschaftsvertragliche Regelung ist nicht unwirksam; sie verstößt nicht gegen zwingendes Gesellschaftsrecht. Der Gesellschaftsvertrag ist — im Gegensatz zur Ansicht des LG — insoweit vielmehr der Auslegung fähig. Diese ergibt hier: Handelsrechtlich ist die Buchführung in den §§ 238 f. HGB (vgl. auch § 264 Abs. 2 HGB) geregelt. Steuerliche Regelungen über die Buchführung enthalten insbesondere die §§ 140 bis 148 AO, § 22 UStG und § 7 LStDV (vgl. Budde/Kunz, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 238 HGB, Rd.-Nr. 3). Zum Kreis der nach § 238 HGB zur Buchführung Verpflichteten gehören nach § 6 HGB auch die Handelsgesellschaften, somit auch eine GmbH (vgl. weiter § 41 GmbHG). Die in § 238 Abs. 1 HGB normierte Buchführungspflicht wird durch § 140 AO zugleich zu einer steuerlichen Pflicht transformiert (Tipke/Kruse, 12. Aufl., § 140 AO, Rd.-Nr. 1; vgl. weiter Kühn/Kutter/Hofmann, 15. Aufl., § 140 AO, Anm. 2). Soweit hier also der Gesellschaftsvertrag anordnet, die Buchführung sei unter Beachtung steuerlicher Vorschriften vorzunehmen, ergibt die Auslegung unter Heranziehung des § 140 AO, daß in Wirklichkeit die handelsrechtliche, sich aus § 238 f. HGB ergebende Buchführung gemeint war. Bei dieser Betrachtung erweist sich die gesellschaftsvertragliche Regelung nicht als unwirksam.

2. Hier kommen außerdem folgende Gesichtspunkte in Betracht: Zur Buchführung — jedenfalls im weiteren Sinne — gehört auch die Einhaltung der Fristen für das aufzubewahrende Schriftgut (vgl. Peter/von Bornhaupt/Körner, Ordnungsmäßigkeit der Buchführung nach dem BiRiLiG, 8. Aufl., Rd.-Nr. 249 f.). Die steuerlichen Aufbewahrungsfristen sind in § 147 AO und die handelsrechtlichen in § 257 Abs. 4 und 5 HGB geregelt. Der Umfang des nach der AO grundsätzlich sechs Jahre aufzubewahrenden Schriftgutes ist steuerlich weiter gefaßt als nach Handelsrecht (Budde/Kunz, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 257 HGB, Rd.-Nr. 1; Peter/von Bornhaupt/Körner, a.a.O., Rd.-Nr. 250). Der Gesellschaftsvertrag kann den Geschäftsführer anweisen, diese Rechtslage zu beachten.

3. Die Vorinstanzen haben nach alledem die gesellschaftsvertragliche Anweisung an den Geschäftsführer, bei der Buchführung steuerliche Vorschriften zu beachten, zu Unrecht beanstandet.

Anm. d. Schriftleitung: Mit Beschluß vom 5. 3. 1987 — DNotZ 1988, 50 — hat das BayObLG entschieden, daß die Satzung einer kleinen Kapitalgesellschaft unwirksam ist, soweit sie die Frist für die Aufstellung des Jahresabschlusses und des Lageberichts allgemein auf den Ablauf des sechsten Monats nach dem abgelaufenen Geschäftsjahr festlegt.

2. Kostenrecht — Eintragung des Nacherbenvermerks nicht gebührenbefreit

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 14. 1. 1988 — 10 W 152/87 — mitgeteilt von Richter am OLG Manfred Lahr, Düsseldorf)

KostO §§ 60 Abs. 4; 69

Die Eintragung des Nacherbenvermerks ist nicht von Gebühren befreit (Bestätigung des Beschlusses vom 4. 10. 1972 — 10 W 71/72 — DNotZ 1974, 105).

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist begründet. Das LG hat die Eintragung eines Nacherbenvermerks rechtsirrig gem. § 60 Abs. 4 KostO beurteilt (vgl. §§ 14 Abs. 3 S. 3 KostO, 550 ZPO). Der Rpfl. hat die Sache zutreffend entschieden. Sein Beschluß war daher wiederherzustellen.

Wie der Senat entschieden hat (Beschluß vom 4. 10. 1972 — 10 W 71/72 — DNotZ 1974, 105), ist die Eintragung des Nacherbenvermerks nicht gebührenfrei, auch wenn das Recht des Nacherben mit der Eintragung des Vorerben zugleich vermerkt wird. An dieser Ansicht hält der Senat fest, auch wenn mittlerweile das BayObLG (DNotZ 1974, 315) und das KG (Rpflger 1987, 15) solche Fälle anders entschieden haben. Der Senat hält die gesetzlichen Regeln (§§ 60, 65, 69 KostO) nach wie vor für eindeutig. Die Eintragung des Eigentümers wird in § 60 KostO, diejenige des Nacherbenvermerks in § 65 KostO geregelt. § 60 Abs. 4 KostO befreit, wie nach Wortlaut und Stellung dieser Vorschrift nicht zweifelhaft ist, lediglich die berichtigende Eintragung des Eigentümers. Dies ist auch sinnvoll. Der Rechtsverkehr erfordert lediglich, daß das Grundbuch den gegenwärtigen Eigentümer zutreffend ausweist; es verlangt nicht, daß die Anwartschaft eines Nacherben nebst den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben ersichtlich werden. Unter welchen Voraussetzungen in § 65 KostO geregelte Eintragungen — hierunter die des Nacherbenvermerks — von Gebühren befreit sind, ist in § 69 KostO ausdrücklich geregelt. Der Senat hält diese Vorschrift nicht mit der Folge für lückenhaft, daß § 60 Abs. 4 KostO analog anzuwenden wäre. Er sieht keinen zureichenden Anhalt anzunehmen, der Gesetzgeber hätte übersehen, daß ein Erbe kraft letztwilliger Verfügung lediglich Vorerbe ist (vgl. §§ 2100 ff. BGB) und daß, wird er als solcher eingetragen, zugleich das Recht des Nacherben von Amts wegen einzutragen wäre.

3. Kostenrecht — Dritte als Veranlasser der Beurkundungstätigkeit

(BayObLG, Beschluß vom 17. 3. 1988 — BReg. 3 Z 199/87 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

KostO §§ 2 Nr. 1; 141

- 1. Veranlasser der Beurkundungstätigkeit des Notars und damit Kostenschuldner nach § 2 Nr. 1 KostO können auch Personen sein, deren Erklärungen nicht beurkundet werden und für die in der Urkunde auch keine Erklärungen abgegeben worden sind.**
- 2. Der Notar braucht im Regelfall über die Zahlungspflicht der seine Tätigkeit in Anspruch Nehmenden nicht zu belehren.**

Zum Sachverhalt:

Der Notar beurkundete ein Kaufvertragsangebot, in dem der Bet. zu 3) im Namen der Firma R. den Bet. zu 1) und 2) das Angebot machte, den im Eigentum der Bet. zu 2) — hinsichtlich des Inventars im Eigentum der Bet. zu 1) — stehenden Grundbesitz, für einen Betrag von 7.855.061 DM käuflich zu erwerben. Für die Beurkundung erstellte der Notar eine Kostenberechnung über insgesamt 27.365,13 DM, die er, nachdem eine Vollmachtsbestätigung durch die Firma R. nicht erteilt worden war, zunächst an den Bet. zu 3) richtete. Nachdem von diesem Zahlung nicht zu erlangen war, übersandte er die Kostenberechnung den Bet. zu 1) und 2) mit der Aufforderung, je 50 % der angefallenen Kosten zu begleichen.

Die Bet. zu 1) erhob gegen die Kostenberechnung Einwendungen. Auftraggeber des Notars sei allein der Bet. zu 3) gewesen, an dessen Seriosität und Bonität von seiten der Bet. zu 2) von Anfang an Zweifel geäußert worden seien. Da man keinerlei Kostenrisiko habe eingehen wollen, sei auf Vorschlag des Notars ein notarielles Kaufangebot des Bet. zu 3) beurkundet worden, weil in diesem Fall alleiniger Kostenschuldner der Anbieter sei. Auf eine mögliche Zweithaftung der Bet. zu 1) und 2) habe

der Notar nicht hingewiesen. In diesem Fall hätte man zur Vermeidung des Kostenrisikos mit einer Beurkundung zugewartet, bis der Käufer ausreichende Sicherheiten für den Kaufpreis beigebracht hätte. Der Notar wies demgegenüber darauf hin, daß die Geschäftsführer der Bet. zu 1) und 2) einige Tage vor der Beurkundung des Kaufangebots bei ihm erschienen seien und erklärt hätten, daß sie einen Interessenten für das Kaufobjekt gefunden hätten, sich aber über dessen Zahlungsfähigkeit nicht im klaren seien. Man habe deshalb auf seinen — des Notars — Vorschlag hin die Beurkundung eines Kaufangebotes durch den namentlich noch nicht genannten Interessenten, der vor einer Veräußerung erst einen Kapitalnachweis zu erbringen gehabt habe, vereinbart und er habe die entsprechende Urkunde entworfen. Seine Tätigkeit sei somit von den Bet. zu 1) und 2) veranlaßt worden, deren Geschäftsführer auch bei der Beurkundung anwesend gewesen seien und daran mit Vorschlägen mitgewirkt hätten. Kostenschuldner habe der Kaufinteressent sein sollen. Die Frage einer Zweithaftung für die Kosten sei nicht angesprochen worden.

Aus den Gründen:

1. . . .

2. Das sonach zulässige Rechtsmittel ist sachlich nicht begründet. Die angefochtene Entscheidung hält einer rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO, § 550 ZPO) stand.

a) Das LG ist bei Würdigung des Vortrags der Bet. zu dem Ergebnis gelangt, daß die Bet. zu 1) die Beurkundung des Notars (mit-)veranlaßt hat und deshalb Kostenschuldnerin ist. Die Beweiswürdigung ist Teil der Tatsachenfeststellung, an die das Rechtsbeschwerdegericht gebunden ist, soweit die Feststellung nicht unter Verstoß gegen Verfahrensrecht getroffen worden ist. Das Recht zur freien Beweiswürdigung ist dann nicht sachgemäß ausgeübt, wenn das Gericht Schlüsse gezogen hat, die in dem Ergebnis der Beweisaufnahme keine Grundlage finden, oder wenn es die Beweise, die vorgelegen haben, überhaupt nicht oder nur teilweise gewürdigt, teilweise aber übergangen hat, oder wenn wesentlicher Tatsachenstoff übersehen worden ist (vgl. Jansen, 2. Aufl., § 27 FGG, Rd.-Nr. 19). Eine derartige fehlerhafte Beweiswürdigung durch das LG ist nicht ersichtlich.

Nach dem vom LG festgestellten Sachverhalt ist die Bet. zu 1) gem. § 2 Nr. 1, § 141 KostO Kostenschuldnerin, da sie die Tätigkeit des Notars (mit-)veranlaßt hat. Der Geschäftsführer der Bet. zu 1) hat zusammen mit dem Geschäftsführer der Bet. zu 2) den Notar mit der Fertigung des Angebotsentwurfs beauftragt. Der Entwurf war bereits unterschrittsreif vorbereitet, als der Bet. zu 3) erstmals beim Notar zur Beurkundung erschien. Bei dieser Sachlage können Veranlasser der Beurkundungstätigkeit des Notars und damit Kostenschuldner auch Personen sein, deren Erklärungen — wie hier — nicht beurkundet sind und für die in der Urkunde auch keine Erklärungen abgegeben worden sind (BayObLG DNotZ 1974, 118, 119; KG DNotZ 1984, 446 f.; a. A. Rohs/Wedewer, 3. Aufl., § 2 KostO, Rd.-Nr. 12). Die in Nr. 7 der Urkunde aufgenommene Erklärung, daß die Kosten dieser Urkunde der Käufer trage, betrifft nur das Innenverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer und berührt daher den Notar nicht (Rohs/Wedewer, a. a. O.).

b) Es liegt auch keine unrichtige Sachbehandlung des Notars vor, die gem. §§ 16, 141 KostO zur Nichterhebung von Kosten führen müßte. Auch insoweit ist das Rechtsbeschwerdegericht an die Tatsachenfeststellung des LG gebunden, daß die Frage der „Zweithaftung“ der Beschwerdeführerin bei den vorbereitenden Gesprächen mit dem Notar nicht ausdrücklich angesprochen, vom Notar also auch nicht verneint wurde. Das LG mußte seine Erkenntnisse nicht im Weg einer förmlichen Beweisaufnahme (§ 15 FGG) gewinnen, sondern konnte sich nach seinem pflichtgemäßen Ermessen mit formlosen Ermittlungen (§ 12 FGG) begnügen (vgl. Beschluß des BayObLG vom 18. 2. 1988 — BReg. 2 Z 162/87).

Eine Hinweispflicht des Notars bezüglich der Kostenschuldnerschaft der Bet. zu 1) und 2) bestand nicht. Es ist gerade in Kreisen, die sich gewerbsmäßig mit Grundstücksgeschäften befassen — hierzu gehören die Bet. zu 1) und 2) — als allgemein bekannt anzusehen, daß der Notar für seine Tätigkeit gesetzlich festgelegte Kosten erheben muß. Er braucht deshalb über

unvermeidbare Kosten im Regelfall ebensowenig zu belehren wie über die Zahlungspflicht der seine Tätigkeit in Anspruch Nehmenden (BayObLG JurBüro 1982, 1549, 1552 f.; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 11. Aufl., § 16 KostO, Rd.-Nr. 46; vgl. auch BayObLG DNotZ 1984, 110, 111; 1986, 107, 109 f.). Da eine Hinweispflicht des Notars und damit eine unrichtige Sachbehandlung nicht vorliegt, kommt es auch nicht darauf an, ob die Beschwerdeführerin im Fall eines Hinweises auf ihre Kostenschuldnerschaft von einer Beurkundung abgesehen hätte.

4. Notarrecht — Amtspflichten bei der Beurkundung von Erklärungen eines Vertreters (BGH, Urteil vom 21.1.1988 — IX ZR 252/86)

BeurkG § 17

Der Notar, der Erklärungen eines Vertreters beurkunden soll, hat gem. § 17 BeurkG die Vertretungsmacht zu prüfen. Berufet sich der Vertreter auf eine Vollmacht, hat der Notar sich grundsätzlich die Vollmachtsurkunde in Urschrift oder — wenn die Vollmacht notariell beurkundet ist — in Ausfertigung vorlegen zu lassen. Bedenken gegen die Vertretungsmacht hat er mit den Beteiligten zu erörtern und, wenn die Beteiligten gleichwohl auf der Beurkundung bestehen, durch einen Vorbehalt in der Urkunde kenntlich zu machen. Steht der Mangel der Vertretungsmacht fest und erscheint eine Genehmigung durch den Vertretenen ausgeschlossen, hat der Notar die Beurkundung abzulehnen.

Zum Sachverhalt:

Der Kl. verkaufte durch notariellen Vertrag der Käuferin sein Hotelgrundstück. Im Kaufvertrag heißt es u. a.:

„Der Verkäufer . . . bevollmächtigt die Käuferin, unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, das Kaufobjekt mit Grundpfandrechten bis zur Höhe von 1.000.000,— DM nebst 16 vom Hundert Zinsen und 16 vom Hundert Nebenleistungen jährlich zu belasten, den Verkäufer in diesem Zusammenhang dinglich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, Eintragungen aller Art, auch Rangänderungen, in das Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen und alle Erklärungen abzugeben, die im Rahmen der Finanzierung erforderlich oder zweckmäßig sind. Eine persönliche Haftung übernimmt der Verkäufer nicht. Die aufgrund dieser Vollmacht zur Eintragung kommenden Finanzierungsmittel dürfen jedoch nur für Kaufpreiszahlungen oder aber für Umbau- und Renovierungsarbeiten an dem verkauften Objekt verwandt werden. Geldgeber werden unwiderruflich angewiesen, Auszahlungen nur für diese Zwecke zu leisten. Ein entsprechender Hinweis ist in die Urkunden über Grundpfandrechtsbestellungen aufzunehmen.“

Am 21. 5. 1980 ließ die Käuferin durch den Bekl. zu 1) als Notarvertreter des Bekl. zu 2) die Bestellung einer Grundschuld an dem Kaufgrundstück zugunsten der West LB beurkunden. Sie berief sich dabei auf die im Kaufvertrag enthaltene Belastungsvollmacht des Kl. Der Bekl. zu 1) ließ sich die Vollmacht nicht vorlegen. Der darin vorgeschriebene Hinweis, daß die aufgrund der Vollmacht zur Eintragung kommenden Finanzierungsmittel nur für Kaufpreiszahlungen oder für Umbau- und Renovierungsarbeiten am Kaufobjekt verwandt werden dürfen und Geldgeber unwiderruflich angewiesen werden, Auszahlungen nur für diese Zwecke zu leisten, wurde nicht in die Grundschuldbestellungsurkunde aufgenommen.

Zur Eintragung der Käuferin als Grundstückseigentümerin kam es nicht. Da sie ihren Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensvertrag nicht nachkam, wurde das Grundstück des Kl. auf Antrag der West LB zwangsversteigert. Diese erhielt das Grundstück, dessen Verkehrswert auf 2,9 Millionen DM festgesetzt worden war, gegen ein Bargebot von 24.000,— DM zugeschlagen, das lediglich die Gerichtskosten, eine Abgabenschuld sowie einen Teil der Rechtsverfolgungskosten der West LB deckte. Den noch offenen Restkaufpreis bezahlte die Käuferin nicht, sie ist ebenso wie ihr Geschäftsführer E zahlungsunfähig. Der Kl. beziffert den ihm entstandenen Schaden auf mindestens 700.000,— DM und macht geltend, der Bekl. zu 1) habe ihn verschuldet, weil er die Grundschuldbestellung zugunsten der West LB beurkundet habe, ohne sich die Belastungsvollmacht des Kl. vorlegen zu lassen und ohne die daraus ersichtlichen Beschränkungen für die Verwendung der Kreditmittel zu berücksichtigen.

Aus den Gründen:

1. Richtig ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Hat der Bekl. zu 1) als amtlich bestellter

Notarvertreter des Bekl. zu 2) bei der Beurkundung der Grundschuldbestellung am 21. 5. 1980 schuldhaft Amtspflichten verletzt, die ihm dem Kl. gegenüber oblagen, und diesen dadurch geschädigt, so können der Bekl. zu 1) gem. § 39 Abs. 4 i. V. m. § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO und der Bekl. zu 2) nach § 46 S. 1 BNotO dem Kl. zum Schadensersatz verpflichtet sein.

2. Ebenfalls zuzustimmen ist der Auffassung des Berufungsgerichts, dem Bekl. zu 1) falle eine Amtspflichtverletzung zur Last. Da die Käuferin die Grundschuld als Vertreterin des Kl. an dessen Grundstück bestellen wollte, hätte der Bekl. zu 1) die Vertretungsmacht der Käuferin prüfen müssen, bevor er die Beurkundung vornahm.

Die Amtspflicht des Notars, bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften die Vertretungsmacht der Bet. zu prüfen, war bis zum Inkrafttreten des BeurkG am 1. 1. 1970 ausdrücklich in § 29 BNotO geregelt. Ergaben sich bei der Prüfung der Vertretungsmacht Zweifel, so hatte der Notar nach dieser Vorschrift die Bet. über die Rechtslage zu belehren und einen entsprechenden Vorbehalt in die Urkunde aufzunehmen (§ 29 Abs. 1 S. 2 BNotO a. F.). Stellte er fest, daß die Vertretungsmacht fehlte und auch eine nachträgliche Genehmigung durch die Berechtigten nicht möglich war, so mußte er die Beurkundung ablehnen (§ 29 Abs. 2 BNotO a. F.). Die Aufhebung dieser Vorschrift durch § 57 Abs. 17 Nr. 8 BeurkG hat an der Prüfungspflicht des Notars sachlich nichts geändert (vgl. Arndt, 2. Aufl., Anh. zu § 19 BNotO; § 12 BeurkG, Anm. II 2, 3 u. 4.2; Seybold/Hornig, 5. Aufl., § 14 BNotO, Rd.-Nr. 15; Reithmann/Röll/Geßele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 5. Aufl., Rd.-Nrn. 208—213). Allerdings bestimmt § 12 BeurkG jetzt nur noch, daß der Notar vorgelegte Vollmachten oder Ausweise über die Berechtigung eines gesetzlichen Vertreters der Niederschrift in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beifügen soll, sofern nicht eine notarielle Vertretungsbescheinigung nach § 21 BNotO genügt. Das entspricht dem § 29 Abs. 3 BNotO a. F. Die übrigen Bestimmungen des § 29 BNotO a. F. erscheinen als so selbstverständlich, daß sie nicht mehr in das Gesetz aufgenommen worden sind (vgl. Arndt, Anh. zu § 19 BNotO; § 12 BeurkG, Anm. I). Die Pflicht des Notars zur Prüfung der Vertretungsmacht folgt nunmehr aus § 17 BeurkG. Die dem Notar durch diese Vorschrift auferlegte Pflicht, den Sachverhalt zu klären und die Bet. über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, bezweckt die Schaffung einer dem Willen der Bet. entsprechenden, rechtlich wirksamen Urkunde. Sie schließt deshalb die Verpflichtung ein, die Vertretungsmacht eines Bet. zu prüfen, der eine zu beurkundende Erklärung als Vertreter für einen anderen abgeben will; denn nur soweit der Vertreter Vertretungsmacht besitzt, kann die Urkunde, seinem Willen entsprechend, rechtliche Wirkungen für und gegen den Vertretenen entfalten (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Leitet der Vertreter die Vertretungsmacht aus einer Vollmacht her, so ist es regelmäßig notwendig, daß sich der Notar die Vollmachtsurkunde in Urschrift oder — wenn sie, wie hier, notariell beurkundet ist — in Ausfertigung vorlegen läßt (vgl. BGH, Urt. v. 15. 10. 1987 — III ZR 235/86 z. V. b.). Kann die Urkunde nicht vorgelegt werden oder ergeben sich sonst Zweifel an der Vertretungsmacht, hat der Notar die sich daraus ergebenden Bedenken mit den Bet. zu erörtern (§ 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG). Bestehen diese gleichwohl auf der Beurkundung, so kann der Notar sie auch bei Zweifeln an der Wirksamkeit des Geschäfts vornehmen, hat dann allerdings gem. § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG einen entsprechenden Vorbehalt in die Niederschrift aufzunehmen. Steht dagegen der Mangel der Vertretungsmacht fest und erscheint eine nachträgliche Genehmigung durch den Vertretenen ausgeschlossen, hat er die Beurkundung abzulehnen (§ 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO). Dieser Prüfungspflicht hat der Bekl. zu 1) nicht genügt.

3. Das Berufungsgericht nimmt ohne nähere Begründung an, daß die verletzte Amtspflicht auch gegenüber dem Kl. bestand. Das ist richtig. Der Kl. war zwar nicht i. S. v. § 6 Abs. 2 BeurkG an der Beurkundung beteiligt. Nach dieser Vorschrift sind an der Beurkundung nur die Erschienenen beteiligt, deren im eigenen oder fremden Namen abgegebene Erklärungen beurkundet werden sollen; dazu gehört bei der Beurkundung der Erklärungen eines Vertreters nicht der Vertretene (vgl. Arndt, Anh. zu

§ 19 BNotO, § 17 BeurkG, Anm. II 3.4.; BGHZ 56, 26, 31 zu § 168 S. 2 FGG a. F.). Der Bkl. zu 1) hatte daher die Maßnahmen, zu denen er nach § 17 BeurkG verpflichtet war, nicht gegenüber dem Kl. vorzunehmen. Nach der st. Rspr. des BGH sind „Dritte“ i. S. d. § 19 BNotO aber nicht nur die an dem Amtsgeschäft unmittelbar Bet. und etwaige sonst gem. § 17 BeurkG zu belehrende Personen, sondern alle jene, deren Interesse durch das Amtsgeschäft nach dessen besonderer Natur berührt wird und in deren Rechtskreis eingegriffen werden kann, sogar wenn sie durch die Amtsausübung nur mittelbar betroffen werden und bei der Beurkundung nicht zugegen waren (BGH MittRhNotK 1987, 286, 287). Rechtsgeschäftliche Erklärungen eines Vertreters sind darauf gerichtet, Rechtswirkungen für und gegen den Vertretenen zu erzeugen, also in dessen Rechtskreis einzugreifen. Die Amtspflicht, die sich aus § 17 BeurkG ergebenden Verpflichtungen gegenüber den Bet. zu erfüllen, obliegt dem Notar daher bei der Beurkundung eines Vertretergeschäfts auch gegenüber dem Vertretenen. Vor allem die Verpflichtung des Notars, die Vertretungsmacht des Vertreters zu prüfen, etwaige Bedenken mit den Bet. zu erörtern und durch einen Vorbehalt in der Urkunde nach außen erkennbar zu machen und bei einem feststehenden, nicht behebbaren Mangel der Vertretungsmacht die Beurkundung abzulehnen, besteht gerade auch im Interesse des Vertretenen; er soll davor geschützt werden, daß er von Erklärungen, die ein Vertreter ohne (ausreichende) Vertretungsmacht für ihn abgibt, in seinem Rechtskreis nachteilig betroffen wird. (Es folgen Ausführungen zum Verschulden und zur Höhe des Schadens.)

5. Notarrecht — Internationale Zuständigkeit für die Erteilung von Vertretungsbescheinigungen (LG Aachen, Beschluß vom 20. 4. 1988 — 3 T 20/88 — mitgeteilt von Notar Dr. Fritz Sielemann, Aachen)

BNotO § 21

Ein deutscher Notar ist auch zuständig, unter Einsichtnahme in ausländische Register Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung auszustellen, die sich auf eine ausländische Gesellschaft beziehen.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 2) und 3) streiten sich vor dem OLG Frankfurt in II. Instanz über Räumungs- und Zahlungsansprüche der Bet. zu 3) gegen die Bet. zu 2). Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 27. 10. 1987 wurde der Bet. zu 3), einer Gesellschaft niederländischen Rechts in der Rechtsform einer BV (Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) aufgegeben, ihre Vertretungsverhältnisse klarzustellen. Daraufhin überreichte sie eine Vertretungsbescheinigung eines Notars, des Bet. zu 1) vom 6. 11. 1987 über ihre Vertretungsverhältnisse.

Die Bet. zu 2) beantragte, den Bet. zu 1) anzuweisen, die erteilte Bescheinigung einzuziehen.

Aus den Gründen:

Der Antrag der Bet. zu 2) ist in analoger Anwendung von § 15 BNotO zulässig. Nach § 21 BNotO gehört es zu den Amtspflichten eines Notars, Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung auszustellen, sofern sich diese aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register ergibt. Verweigert der Notar seine Amtstätigkeit ohne ausreichenden Grund, so entscheidet über Beschwerden eine Zivilkammer des LG im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nichts anderes kann gelten, wenn der Notar eine derartige Amtstätigkeit unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften ausübt und dadurch in die Rechte Dritter eingreift. Die Beschwerde der Bet. zu 2) folgt hier aus der Beweiskraft der erstellten Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 S. 2 BNotO. Soweit es die Bet. zu 2) unterlassen hat, den Bet. zu 1) zuvor selbst zur Einziehung der Bescheinigung aufzufordern, ist dieser Mangel durch den

Zurückweisungsantrag des Bet. zu 1) in diesem Verfahren geheilt.

In der Sache selbst hat die zulässige Beschwerde der Bet. zu 2) keinen Erfolg. Entgegen der Auffassung der Bet. zu 2) ist die von dem Bet. zu 1) erstellte Bescheinigung nicht mangels internationaler Zuständigkeit des Bet. zu 1) unwirksam. Die Kammer schließt sich insoweit der in Rspr. und Literatur überwiegend vertretenen Auffassung an, daß es sich bei der Vertretungsbescheinigung nach § 21 BNotO ihrem Wesen nach um eine gutachterliche Stellungnahme handelt, da sie über die bloße Wiedergabe des Registerinhalts hinaus notwendigerweise auch rechtliche Schlußfolgerungen des Notars enthält (vgl. Seybold/Hornig, 5. Aufl., § 21 BNotO, Rd.-Nr. 15). Gutachterliche Äußerungen des Notars können sich jedoch auf inländische als auch auf ausländische Sachverhalte erstrecken. Daß die nach § 21 Abs. 2 S. 1 BNotO erforderliche Tatsachenermittlung hier im Ausland erfolgen mußte, steht dem nicht entgegen, da der Schwerpunkt der Tätigkeit des Notars bei der Niederlegung der rechtlichen Schlußfolgerungen, nicht bei der Einsichtnahme in das Register liegt. Dies ergibt sich bereits daraus, daß die Einsichtnahme nach ganz herrschender Meinung durch Hilfspersonen erfolgen kann (vgl. Seybold/Hornig, § 21 BNotO, Rd.-Nr. 18).

Eine einengende Betrachtungsweise ist insoweit nicht geboten, da im Grenzverkehr mit den europäischen Nachbarländern gewisse Grenzüberschreitungen, die die Hoheitsrechte der Nachbarländer bzw. umgekehrt diejenigen der Bundesrepublik Deutschland nicht verletzen, nicht zu vermeiden sind. Ob ein Notar über das bislang Gesagte hinaus nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, Vertretungsbescheinigungen unter Einsichtnahme in ausländische Register zu erstellen, bedarf im vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung.

6. Körperschaftsteuer — Keine Rückgängigmachung verdeckter Gewinnausschüttungen durch sog. Satzungsklauseln

(BFH, Urteil vom 29. 4. 1987 — I R 176/83)

KStG 1968 § 6 Abs. 1 S. 2 EStG § 4 Abs. 1 S. 1

Enthält der Gesellschaftsvertrag einer GmbH eine sog. Satzungsklausel, die jeden Gesellschafter verpflichtet, verdeckte Gewinnausschüttungen an die Gesellschaft zurückzugewähren, so hat der Rückforderungsanspruch der GmbH gegenüber einem Gesellschafter seine Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis. Er ist deshalb steuerrechtlich wie eine Einlageforderung zu beurteilen.

Aus den Gründen:

4. Der Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung steht nicht entgegen, daß der Gesellschaftsvertrag der D-GmbH eine sog. Satzungsklausel enthielt, aufgrund derer der Empfänger einer verdeckten Gewinnausschüttung verpflichtet war, dieselbe an die D-GmbH zurückzugewähren. Dazu kann dahinstehen, ob ein entsprechender Anspruch von der D-GmbH schon bei der steuerrechtlichen Gewinnermittlung für die Wirtschaftsjahre 1972 bis 1974 hätte berücksichtigt werden müssen (vgl. Döllner, ZGR 1985, 386 ff., 398 und BB 1986, 97) oder ob dies das Wissen von der Existenz der verdeckten Gewinnausschüttung auf Seiten der D-GmbH voraussetzte (vgl. BFH-Urteil vom 23. 5. 1984, I R 266/81, BFHE 141, 261, BStBl. II 1984, 723). Selbst wenn man eine Aktivierung schon für das Jahr der Verwirklichung der verdeckten Gewinnausschüttung bejaht, so hat der Anspruch auf Rückforderung einer verdeckten Gewinnausschüttung steuerrechtlich gesehen den Charakter einer Einlageforderung, die gem. § 6 Abs. 1 KStG 1968 i. V. m. § 4 Abs. 1 S. 1 EStG den Gewinn im steuerrechtlichen Sinne nicht erhöhen darf. Dies folgt aus der Tatsache, daß die Satzungsklausel ihre

Grundlage im Gesellschaftsverhältnis hat. Der sich aufgrund der Satzungsklausel ergebende Rückforderungsanspruch entsteht als Wirtschaftsgut durch die verdeckte Gewinnausschüttung, die ihrerseits gesellschaftlich veranlaßt ist. Deshalb ist auch der Anspruch auf Rückforderung als solcher durch das Gesellschaftsverhältnis ausgelöst. Im übrigen ist die Rückforderung nur der „*contrarius actus*“ zur verdeckten Gewinnausschüttung. Wenn aber letztere den Gewinn nicht mindern darf (§ 6 Abs. 1 S. 2 KStG 1968), dann muß Entsprechendes auch für den „*contrarius actus*“ gelten. Dies folgt aus der Notwendigkeit, die verdeckte Gewinnausschüttung und ihre Rückgängigmachung spiegelbildlich zu behandeln. Der erkennende Senat schließt sich damit der Auffassung an, die der Bundesminister der Finanzen in seinem Schreiben vom 6. 8. 1981 (MittRhNotK 1981, 292) vertritt. Ob deshalb die Rückforderung einer verdeckten Gewinnausschüttung auch aus der Sicht des Gesellschafters als Einlage zu beurteilen ist oder ob es sich insoweit um negative Einnahmen aus Kapitalvermögen handelt, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung.

7. Einkommensteuer — Spekulationssteuer bei Realteilung einer Gesamthandsgemeinschaft mit Spitzenausgleich (BFH, Urteil vom 22. 9. 1987 — IX R 15/84)

**EStG § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, Abs. 4
BGB §§ 2033; 2042; 752**

Setzt sich eine Gesamthandsgemeinschaft über ein Grundstück durch Realteilung mit Spitzenausgleich auseinander, so liegt ein entgeltliches Rechtsgeschäft für den über die Gesamthandsbeteiligung des Erwerbers hinausgehenden Anteil vor. Die Veräußerung des Grundstücks innerhalb der Spekulationsfrist von zwei Jahren führt nur bezüglich dieses Anteils zu einem Spekulationsgewinn.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. sind Eheleute, die im Streitjahr 1979 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden. Die Mutter des Kl. hatte diesem mit notariell beurkundetem Vertrag vom 16. 2. 1979 ihren $\frac{1}{6}$ -Miterbenanteil an dem Nachlaß X schenkwise übertragen. Einziger Nachlaßgegenstand war ein 6000 qm großes unbebautes Grundstück. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 19. 4. 1979 vereinbarten die Mitglieder der Erbengemeinschaft X eine Teilerbauseinandersetzung. Der Kl. erhielt gegen Zahlung von 150.000,— DM das Eigentum an einer aus zwei Teilgrundstücken bestehenden Teilfläche des Grundstücks von 4000 qm und schied aus der Erbengemeinschaft aus. Bei der Ermittlung des vom Kl. zu zahlenden Betrags gingen die Vertragspartner von einem Verkehrswert des gesamten Grundstücks von 300.000,— DM und der dem Kl. zugewiesenen Teilfläche von 200.000,— DM aus. Auf diesen Betrag rechneten sie den Wert des Anteils des Kl. am gesamten Grundstück ($\frac{1}{6}$ von 300.000,— DM = 50.000,— DM) an. Mit Verträgen vom 15. und 16. 9. 1979 veräußerte der Kl. die Teilgrundstücke für 100.000,— DM und 200.000,— DM. Nach Auffassung des FA unterliegt der aus der Übernahme der beiden Teilgrundstücke und ihrer Weiterveräußerung erzielte Veräußerungsgewinn als Spekulationsgewinn der Einkommensteuer.

Aus den Gründen:

1. Die Vorentscheidung verletzt § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Nach dieser Vorschrift sind zu sonstigen Einkünften führende Spekulationsgeschäfte (§ 22 Nr. 2 EStG) bei Grundstücken Veräußerungsgeschäfte, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zwei Jahre beträgt. Eine Anschaffung i. S. dieser Vorschrift liegt nur vor, wenn das Grundstück entgeltlich erworben wird (vgl. BFH-Urteil vom 3. 8. 1976, VIII R 192/74, BFHE 120, 42, BStBl. II 1977, 382). Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, daß es sich bei dem Erwerb der Grundstücke durch den Kl. um einen unentgeltlichen Vorgang gehandelt habe.

Soweit sich das FG in seinem Urteil auf die Rechtsgrundsätze des BFH-Urteils in BFHE 114, 475, BStBl. II 1975, 411 = MittRhNotK 1975, 181 gestützt hat, kann dem schon deshalb nicht

gefolgt werden, weil diese seit der Entscheidung des Senats vom 9. 7. 1985, IX R 49/83 (BFHE 144, 366, BStBl. II 1985, 722 = MittRhNotK 1986, 50) keine Geltung mehr haben. Der Senat kann daher offenlassen, ob die Rechtsgrundsätze in BFHE 114, 475, BStBl. II 1975, 411 auch auf die Erbauseinandersetzung des Kl. als Nichterben angewendet werden könnten. Bedenken bestehen schon deshalb, weil der Kl. durch die Übertragung des Miterbenanteils (§ 2033 BGB) zwar an die Stelle seiner Mutter in das zwischen den Miterben bestehende Gesamthandsverhältnis eingetreten, jedoch nicht Miterbe im rechtlichen Sinne geworden ist (vgl. Staudinger, 12. Aufl., § 2033 BGB, Anm. 23 m. w. N.).

Wie der Senat in BFHE 144, 366, BStBl. II 1985, 722 = MittRhNotK 1986, 50, 51 ausgeführt hat, ist der Besteuerung die bürgerlich-rechtliche Gestaltung zugrunde zu legen. Geht man hiervon aus, so hat der Kl. die beiden Grundstücke zum Teil angeschafft. Der Kl. war zu $\frac{1}{6}$ Gesamthandseigentümer des Nachlaßgrundstücks. Durch den Teilerbauseinandersetzungsvertrag vom 19. 4. 1979 haben er und die Miterben die persönliche Teilerbauseinandersetzung durch Realteilung mit sog. Spitzenausgleich vereinbart. Soweit dem Kl. dabei eine seinem $\frac{1}{6}$ -Anteil entsprechende Teilfläche übertragen wurde, liegt allerdings kein entgeltlicher Erwerb vor. Der Kl. erhielt insoweit etwas, was ihm schon vor der Auseinandersetzung, wenn auch in gesamthänderischer Bindung, gehörte. Zwar gab er für die Einräumung des Alleineigentums an der seinem $\frac{1}{6}$ -Anteil entsprechenden Teilfläche seine Gesamthandsberechtigung am gesamten Grundstück auf. Bei diesem der Erbauseinandersetzung durch Realteilung (§ 2042 Abs. 2 i. V. m. § 752 BGB) immanenten Austausch handelt es sich jedoch nicht um einen entgeltlichen Vorgang. Die im Auseinandersetzungsvertrag vorgenommene Anrechnung des Werts des Anteils des Kl. am gesamten Grundstück stellte demgemäß keine Leistung des Kl. für die Übertragung der Teilgrundstücke dar. Sie bildete lediglich eine rechnerische Größe für die Ermittlung der Gegenleistung, die der Kl. für die Zuteilung der seinen $\frac{1}{6}$ -Anteil flächen- und wertmäßig übersteigenden Grundstücksfläche zu erbringen hatte. Ein entgeltlicher Erwerb ist insoweit gegeben, als der Kl. mehr erhielt, als seiner Gesamthandsbeteiligung am Nachlaßgrundstück entsprach, und hierfür 150.000,— DM zu zahlen hatte.

Der Senat kann offenlassen, ob Erbanteil und Grundstücksanteil nämlich Wirtschaftsgüter sind (vgl. BFH-Urteil vom 19. 7. 1983, VIII R 161/82, BFHE 139, 251, BStBl. II 1984, 26); denn der Kl. hat die im Rahmen der Teilerbauseinandersetzung nicht entgeltlich erworbene Grundstücksfläche nicht bereits zu einem früheren für § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG erheblichen Zeitpunkt angeschafft. Der Erwerb des Erbanteils von der Mutter war unentgeltlich.

Der Kl. hat die Grundstücke, die er am 19. 4. 1979 zum Teil entgeltlich erworben hat, am 15. und 16. 9. 1979 und damit innerhalb der zweijährigen Spekulationsfrist (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG) veräußert. Die Einkünfte aus den Spekulationsgeschäften waren mithin als sonstige Einkünfte zu erfassen.

2. Das FA hat allerdings die Höhe der Einkünfte aus den Spekulationsgeschäften unzutreffend ermittelt. Bei einem teilweise entgeltlichen Erwerb führt nur die Veräußerung des entgeltlich erworbenen Teils zu einem Spekulationsgewinn (vgl. BFH-Urteil vom 5. 10. 1966, VI 309/64, BFHE 87, 146, BStBl. III 1967, 74, ganz am Ende; Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, 19. Aufl., § 23 EStG, Anm. 17, m. w. N.; Littmann, 14. Aufl., § 23 EStG, Rd.-Nr. 26, und Lademann/Söffing/Brockhoff, § 23 EStG, Anm. 32). Soweit der VIII. Senat des BFH im Urteil in BFHE 120, 42, BStBl. II 1977, 382 für die Ermittlung des Spekulationsgewinns stillschweigend von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist, folgt dem der erkennende Senat nicht. Da dieser nunmehr für die Entscheidung über die Einkommensbesteuerung sonstiger Einkünfte zuständig ist, bedarf es keiner Anrufung des Großen Senats.

Mitteilungen

1. Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit bei Bebauung und Veräußerung von Grundstücken; hier: Anwendung der BFH-Urteile vom 9.12.1986 — VIII R 317/82 — (BStBl. II 1988, 244 = MittRhNotK 1987, 83), vom 3. 6. 1987 — III R 209/83 — (BStBl. II 1988, 277) und vom 23. 10. 1987 — III R 275/83 — (BStBl. II 1988, 293) (BMF, Schreiben vom 31. 3. 1988 — IV B 2 — S 2240 — 9/88 — BStBl. I 1988, 125)

Nach § 15 Abs. 1 EStG setzt das Vorliegen eines Gewerbebetriebs eine selbständige nachhaltige Betätigung voraus, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Die Betätigung darf weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen sein. Sie muß über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgehen (BFH-Beschluß vom 25. 6. 1984 — GrS 4/82 — III 3 b aa (1) — BStBl. II 1984, 751 = MittRhNotK 1984, 251). Eine Vermögensverwaltung liegt in der Regel vor, wenn Vermögen genutzt, zum Beispiel unbewegliches Vermögen vermietet oder verpachtet wird (vgl. § 14 AO).

Mit Urteil vom 9. 12. 1986 — VIII R 317/82 — (BStBl. II 1988, 244 = MittRhNotK 1987, 83) hat der VIII. Senat des BFH bei der Veräußerung von nur drei Wohneinheiten einen gewerblichen Grundstückshandel verneint. Er hat dabei der Anzahl der veräußerten Wohneinheiten die entscheidende Bedeutung beigemessen, weil eine zahlenmäßige Begrenzung der gebotenen Vereinfachung Rechnung trage. Diese Entscheidung erging, obwohl im Urteilsfall die Wohneinheiten noch vor ihrer Fertigstellung veräußert worden waren. Der III. Senat des BFH hat sich mit Urteilen vom 3. 6. 1987 — III R 209/83 — (BStBl. II 1988, 277) und vom 23. 10. 1987 — III R 275/83 — (BStBl. II 1988, 293) der Rechtsprechung des VIII. Senats des BFH angeschlossen.

Zu der Frage, welche Folgen sich aus diesen Urteilen für die Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit bei Bebauung und Veräußerung von Grundstücken ergeben, wird unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den Vertretern der obersten Finanzbehörden der Länder wie folgt Stellung genommen:

Nach der st. Rspr. des BFH wird bei der Erstellung und Veräußerung von Eigentumswohnungen der Bereich der privaten Vermögensverwaltung überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz i. S. einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt (BFH-Urteil vom 28. 9. 1987 — VIII R 46/84 — BStBl. II 1988, 65).

Bei der Abgrenzung sind alle Umstände des Einzelfalles in ihrer Gesamtheit zu würdigen (BFH-Urteil vom 28. 9. 1987 — VIII R 46/84 — BStBl. II 1988, 65). Hierzu gehört auch die Anzahl der Veräußerungsgeschäfte. Bei der Ermittlung der Anzahl der Veräußerungsgeschäfte sind sämtliche in einem zeitlichen und sachlichen Gesamtzusammenhang stehenden Veräußerungsgeschäfte des Steuerpflichtigen einzubeziehen. Es kommt jedoch nicht ausschließlich auf die Anzahl veräußerter Grundstücke bzw. Wohneinheiten an. Vor allem müssen auch berücksichtigt werden

- ein Zusammenhang der Grundstücksgeschäfte mit einer sonstigen beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen (BFH-Urteile vom 8. 7. 1982 — IV R 20/78 — BStBl. II 1982, 700 und vom 28. 9. 1987 — VIII R 46/84 — BStBl. II 1988, 65).
- ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Bau und Veräußerung von Wohnungen (BFH-Urteil vom 8. 8. 1979 — I R 186/78 — BStBl. II 1980, 106). Ein enger zeitlicher Zusammenhang ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Zeitspanne zwischen Bau und Veräußerung der Wohnungen nicht mehr als fünf Jahre beträgt (BFH-Urteil vom 23. 10. 1987 — III R 275/83 — BStBl. II 1988, 293).

Besteht ein enger zeitlicher Zusammenhang, zwingt dies regelmäßig zu der Schlußfolgerung, daß die Wohnungen mindestens auch in der bedingten Absicht einer eventuellen gewinnbringenden Veräußerung errichtet worden sind und deshalb ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, der spätestens mit der Errichtung der Wohnungen begonnen hat (BFH-Urteil vom 23. 10. 1987 — III R 275/83 — BStBl. II 1988, 293). Eine Vermögensverwaltung liegt in der Regel auch dann nicht mehr vor, wenn Eigentumswohnungen oder Eigenheime in der Absicht errichtet werden, sie an verschiedene Erwerber zu veräußern, und sie entsprechend dieser Absicht nach Fertigstellung veräußert werden (vgl. Abschn. 137 Abs. 6 S. 7 EStR) oder wenn sie bereits vor Fertigstellung veräußert werden (BFH-Urteil vom 31. 1. 1980 — IV R 13/76 — BStBl. II 1980, 318).

Ich bitte, auch künftig in den Fällen der Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit bei Bebauung und Veräußerung von Grundstücken nicht ausschließlich auf die Anzahl der veräußerten Objekte abzustellen, sondern alle Umstände des Einzelfalles in die Beurteilung einzubeziehen.

2. Wohnungsbauförderungsbestimmungen 1984 — WFB 1984 —

(Minister für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr, Runderlaß vom 10. 3. 1988 — IV A 1 — 2010 — 215/88 — SMBl. NW 403)

Der RdErl. d. Ministers für Landes- und Stadtentwicklung v. 16. 3. 1984 (SMBl. NW 2370) wird wie folgt geändert:

1. In Nummer 1.48 erhält S. 3 folgende Fassung:

Der Abschluß von Lieferungs- und Leistungsverträgen steht der Förderung dann nicht entgegen, wenn zugunsten des Antragstellers ein Rücktrittsrecht entsprechend Nr. 5.33 vereinbart und mit der Ausführung der Verträge i. S. v. S. 1 nicht begonnen worden ist.

2. In Nr. 1.722 entfallen im Anschluß an die Zahl „5.122“ das Komma und die Zahl 5.123.
3. In Nr. 1.732 Buchstabe d) werden im Anschluß an das Wort „Darlehen“ die Worte „wegen Zahlungsrückstand“ eingefügt.

4. Nr. 2.253 S. 2 wird wie folgt gefaßt:

Das ermittelte Baudarlehen kann durch ein Zusatzdarlehen um bis zu 10.000,— DM je Wohnung erhöht werden.

5. In Nr. 2.254 entfällt S. 5.

6. In Nr. 2.255 wird im Anschluß an die Worte „des Landes“ folgende Klammerverweisung eingefügt:

„(Nummer 2.22)“.

7. In den Nrn. 5.103 Buchst. b) und c), 5.104 Buchst. b), 5.22 S. 4, 5.51 Buchst. b) und 6.11 S. 1 entfallen jeweils die Worte „vom Hundert“.

8. Der Text zu Nr. 5.113 wird durch das Wort „—entfallen—“ ersetzt.

9. Nr. 5.124 erhält folgende neue Fassung:

Für Kleinsiedlungen dürfen Zusatzdarlehen aus nicht öffentlichen Mitteln in entsprechender Anwendung der Nr. 5.114 bewilligt werden.

10. In Nr. 5.33 erhält S. 3 folgende Fassung:

Die Abmachungen dürfen für den Fall des Rücktritts vom Vertrag oder des Nichteintritts der Bedingungen — abgesehen von Regelungen über Nutzungsentgelt, Schönheitsreparaturen bei Auszug und Erstattung von Kosten für die Durchführung von Sonderwünschen — keine sonstigen Leistungen des Ersterwerbers vorsehen.

11. In Nr. 5.721 S.1 Buchst. a) werden die Worte „nach Nummer 2.242“ durch die Worte „nach Nummer 2.242 Satz 1“ ersetzt.
12. In Nr. 5.82 wird im Anschluß an den Text zu Buchst. b) der Punkt durch ein Semikolon ersetzt. Folgende Absätze werden angefügt:
 - c) der Antragsteller nach Kenntnis der Bewilligungsbehörde zur angemessenen eigenen Wohnraumversorgung bereits nicht gefördertes Wohneigentum in Form eines Eigenheims oder einer Eigentumswohnung hat oder dessen Veräußerung auf zu vertretenden Gründen beruht;
 - d) eine gemäß Nummer 5.5 beantragte Förderung im Zusammenhang mit Vermögens- oder Erbauseinandersetzungen unter Familienangehörigen des Antragstellers steht.
13. In Nr.10.1 wird das Datum „1. März 1987“ durch „1. März 1988“ und die Zahl „10.28“ durch „10.29“ ersetzt.
14. In den Nrn. 10.24, 10.25, 10.26, 10.27 und 10.28 wird jeweils der bisherige Text durch das Wort „— entfallen —“ ersetzt.
15. Folgende neue Nr. 10.29 wird angefügt:

10.29 Auf vertragliche Vereinbarungen, die vor dem 1. 5. 1988 getroffen worden sind, finden die Bestimmungen der Nr. 5.33 in der bis zum 29. 2. 1988 geltenden Fassung Anwendung.
16. Die bisherige Anlage WFB 1984 wird Anlage 1 WFB 1984.
17. In Nr. 7.4 S. 2 Anl.1 WFB 1984 werden die Worte „Nummern 5.12 und 5.13“ durch „Nummer 5.12“ ersetzt.
18. Folgende neue Anl. 2 WFB 1984 wird angefügt: (vom Abdruck wurde abgesehen).

Buchbesprechung

Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, Kostenordnung, 11. Aufl. 1987, Verlag Vahlen, 1043 Seiten, gbd.198,— DM

Der Kommentar zur KostO von Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann kann mit Fug und Recht als *der* Kommentar zur KostO bezeichnet werden. Bei der jetzigen Auflage ist hervorzuheben, daß Gesetzesänderungen im Rahmen der Kommentierung der §§ 136, 145, 146, 147, 152 und 161 KostO ausführlich dargestellt wurden, wobei sich insbesondere die bayerischen Kollegen Bengel und Reimann nicht scheuten, auf die sich durch die Novellierung ergebenden problematischen Ergebnisse kritisch aufmerksam zu machen.

Im Rahmen der Kommentierung des § 145 KostO erläutert Bengel zunächst die Bestimmung des neu aufgenommenen § 145 Abs.1 S. 2 KostO (§ 145, Rd.-Nrn. 28 ff.), um dann später auf die durch die Novellierung entstandenen nicht sachgerechten Ergebnisse hinzuweisen (§ 145, Rd.-Nrn. 61 ff.). Beglaubigt der Notar nämlich unter einer Erklärung i. S. d. § 38 Abs. 2 Nr. 5a KostO eine Unterschrift und vollzieht er anschließend diese Urkunde, so steht ihm neben der $\frac{1}{4}$ -Gebühr des § 45 Abs.1 KostO eine weitere $\frac{1}{4}$ -Gebühr gem. § 146 Abs. 2 KostO zu. Überprüft der Notar jedoch zuvor auftragsgemäß den Entwurf, um anschließend unter dem Entwurf eine Unterschrift zu beglaubigen und die Urkunde zu vollziehen, so steht ihm nur eine Gebühr gem. § 145 Abs.1 S. 2 KostO zu, da gem. § 145 Abs.1 S. 4 KostO die Unterschriftsbeglaubigung gebührenfrei ist und § 146 Abs. 2 KostO nur anwendbar ist, wenn der Notar den Entwurf nicht gefertigt oder überprüft hat. Dieses Ergebnis wird noch absurder, wenn man an den Fall denkt, daß der Notar vor Beglaubigung der Unterschrift auftragsgemäß das Grundbuch überprüft. In diesem Fall steht dem Notar nämlich bei auftragsgemäßer Überprüfung und anschließender Beglaubigung einer Unterschrift keine Gebühr gem. § 147 Abs.1 S.1 KostO zu. Demgegenüber fällt bei einer isolierten Beglaubigung einer Unterschrift unter der Erklärung eine weitere Gebühr gem. § 147 Abs.1 S.1 KostO an, weil die Grundbucheinsicht bei einer Unterschriftsbeglaubigung kein gebührenfreies Nebengeschäft i. S. d. § 147 Abs. 3 KostO ist.

Im Rahmen der Kommentierung des § 146 KostO weist Bengel darauf hin, daß die 2. Alt. des § 146 Abs.1 KostO nur eingreift, wenn es sich um die Einholung eines Zeugnisses nach dem BauGB (früher BBauG) handelt. Demgegenüber verbleibt es auch nach der Novellierung bei der $\frac{5}{10}$ -Gebühr des § 146 Abs. 1 KostO 1. Alt., wenn Vorkaufsrechte nach anderen Gesetzen (z. B. § 32 Abs. 3 S. 2 DSchG NW) zu prüfen sind.

Bei der Kommentierung des § 147 KostO vertritt Reimann die Ansicht, daß bei einer Vertretungsbescheinigung neben der Gebühr des § 150 Abs.1 KostO in Höhe von 15,— DM eine weitere Gebühr gem. § 147 Abs.1 S.1 KostO in Höhe von 25,— DM

in Ansatz zu bringen sei, wenn der Notar die Vertretungsbescheinigung aufgrund einer von ihm vorgenommenen Registereinsicht ausstellt. Reimann begründet seine Ansicht damit, daß es nicht richtig sein könne, daß eine Vertretungsbescheinigung eine geringere Gebühr auslöse als eine Registereinsicht. Diese am Ergebnis orientierte Argumentation erscheint jedoch zweifelhaft. Wäre sie richtig, so müßte dies für jede notarielle Tätigkeit, die eine Registereinsicht voraussetzt und eine Gebühr unter 25,— DM auslöst, gelten. Dies widerspricht jedoch dem Wortlaut des § 147 Abs. 3 KostO, wonach Registereinsichten gebührenfreie Nebengeschäfte im Verhältnis zum Hauptgeschäft sind. Beachtenswert sind auch die Ausführungen von Reimann zur Rangbestätigung (§ 147, Rd.-Nrn. 14 ff.), die wie die Ausführungen von Bengel im Rahmen des § 145 KostO verdeutlichen, wie problematisch einige der durch die Gesetzesänderung erfolgten Neuregelungen sind.

Im Rahmen der Kommentierung des § 152 KostO geht Reimann ausführlich darauf ein, was unter den Tatbestandsmerkmalen „dieselbe Angelegenheit“ und „Gesamtschuldner“ in § 136 Abs. 3 KostO zu verstehen ist (§ 152, Rd.-Nrn. 8 ff.). In Anbetracht der Tatsache, daß der Benutzer des Kommentars die Auslegung dieser Begriffe bei § 136 KostO und nicht bei § 152 KostO sucht, wäre bei einer Neuauflage eine Umsetzung sicherlich angezeigt. Bei dieser Gelegenheit könnten dann auch die bestehenden Meinungsverschiedenheiten zwischen Lappe und Reimann ausdiskutiert werden (vgl. § 136, Rd.-Nr. 34 einerseits, § 152, Rd.-Nr.17 andererseits, § 136, Rd.-Nr. 53 einerseits, § 152, Rd.-Nr. 9 andererseits), wobei m. E. der Ansicht von Lappe der Vorzug zu geben ist. Die Ansicht von Reimann, daß z. B. bei einem Kaufvertrag nur die ersten 50 Seiten mit 1,— DM und alle weiteren Seiten mit 0,30 DM abzurechnen sind, erscheint mir zweifelhaft, weil sein gedanklicher Ansatz, alle Exemplare würden vom Verkäufer und vom Käufer gemeinsam beantragt, in der notariellen Praxis die Ausnahme ist. Es ist doch wohl vielmehr so, daß Verkäufer und Käufer jeweils getrennt die von ihnen jeweils gewünschten Exemplare beantragen. Aber auch, wenn man von einem gemeinsamen Antrag ausgeht, ist sein Argument, der Begriff „Gesamtschuldner“ müsse kostenrechtlich interpretiert werden, fragwürdig, weil es keine vom BGB abweichende Definition des Begriffs gibt und der Begriff in § 136 Abs. 1 S. 2 KostO daher i. S. d. § 421 BGB zu verstehen ist. Letztlich erscheint mir die Aussage, es sei auf den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers abzustellen (§ 152, Rd.-Nr. 17), problematisch. Würde man dieses Argument auch bei der Auslegung von § 146 Abs.1 2. Alt. KostO anwenden, so würde dies doch wohl entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift dazu führen, daß auch die Beschaffung der Vorkaufsrechtsverzichtserklärung nach dem Denkmalschutzgesetz NW durch die $\frac{1}{10}$ -Gebühr abgegolten wäre.

Notar Dr. Frank Jürgen Klein, Mönchengladbach