

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Nr. 6

MittRhNotK

Juni 1995

## Die Gestaltung von Übertragungsverträgen im Schatten des Pflichtteilergänzungsrechts

(von Notarassessor Dr. Udo Heinrich, Düsseldorf)

- A. Ausgangslage
- B. Die gesetzliche Regelung – § 2325 BGB
- I. Die Ergänzung des Pflichtteils wegen Schenkungen – § 2325 Abs. 1 BGB
1. Schenkung
  2. Der Einfluß von Gegenleistungen, Auflagen und Vorbehalten
  3. Die Bedeutung von ausdrücklich und stillschweigend erklärten Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht
- II. Die zeitliche Schranke des § 2325 Abs. 3 BGB
1. Zehnjahresfrist
  2. Fristbeginn – Leistung des verschenkten Gegenstandes
    - a) Fristbeginn in Fällen vorbehaltloser Übertragung
    - b) Fristbeginn bei weitergenutzten Geschenken
      - (1) Die Rechtsprechung des BGH zum Nießbrauchsvorbehalt: Keine Leistung
      - (2) Abweichende Auffassung: Leistung
      - (3) Stellungnahme
  3. Folgerungen für die notarielle Praxis
    - a) Nießbrauch
      - (1) Vollständiger Nießbrauchsvorbehalt
      - (2) Fälle unschädlicher Weiternutzung?
        - (a) Rechtlicher Ausschluß und tatsächliche Aufgabe einzelner Nutzungen
        - (b) Quoten- oder Bruchteilsnießbrauch
        - (c) Ehegattenfälle
- (d) Nießbrauchsvorbehalt an einzelnen überlassenen Gegenständen
- b) Wohnungsrecht
  - c) Rente oder dauernde Last
  - d) Altenteil
  - e) Rücktrittsvorbehalt
- III. Die Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs – § 2325 Abs. 2 BGB
1. Feststellung des maßgeblichen Wertes
  2. Auswirkungen von Vorbehalten des Erblassers
    - a) Abzug des Vorbehalts nur, wenn auf den Zeitpunkt der Schenkung abzustellen ist (BGH)
    - b) Unbeachtlichkeit des Vorbehalts (Leipold, Reiff)
    - c) Durchweg Abzug des Vorbehalts (Mayer)
    - d) Wertabschlag und Wertausgleich (Dieckmann)
    - e) Anmerkungen
      - (1) Ideallösung ade?
      - (2) Festsetzung des Vergleichswertes
      - (3) Die vorzugswürdige Lösung
        - (a) Relevanz des Vorbehalts
        - (b) Abzug des abstrakt oder des konkret ermittelten Wertes des Vorbehalts
        - (c) Abzug immer oder nur, wenn auf den Zeitpunkt der Schenkung abzustellen ist?

### C. Fazit

#### A. Ausgangslage

Die allseits erwartete, um nicht zu sagen, befürchtete Anhebung der derzeit niedrigen Einheitswerte hat seit Anfang 1993 zahlreiche Eigentümer von Grundbesitz veranlaßt, diesen bereits zu Lebzeiten auf ihre Abkömmlinge zu übertragen.

Seltener ist, daß bestimmte Gegenstände verschenkt werden sollen, damit sie nicht im Nachlaß vorhanden sind. Viele Rechtssuchende glauben, auf diese Weise die Ansprüche bestimmter Pflichtteilsberechtigter schmälern zu können. Aufgrund der Vorschriften über die Pflichtteilergänzung ist dies jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen der Fall.

Da eine Schenkung, die nicht an den Ehegatten erfolgte, jedenfalls dann unberücksichtigt bleibt, wenn der Veräußerer sie noch zehn Jahre überlebt, kann der Notar zum einen durch eine zügige Beurkundung des Übertragungsvertrages versuchen, dem Wunsch des Übergebers zum Erfolg zu verhelfen. In anderer Hinsicht kann der Notar hingegen um so mehr gefordert sein. Dann nämlich, wenn sich herausstellt, daß es dem Veräußerer wirtschaftlich überhaupt nicht möglich ist, sich schon zu Lebzeiten von dem zu verschenkenden Gegenstand endgültig zu trennen. Spätestens seitdem der Bundesge-

richtshof durch Urteil vom 27. 4. 1994<sup>1</sup> entschieden hat, daß die Zehnjahresfrist nicht beginnt, wenn sich der Erblasser einen uneingeschränkten Nießbrauch an der verschenkten Sache vorbehalten hat, stellt sich die Frage, ob eine vertragliche Gestaltung gewählt werden kann, die ungeachtet der dem Übergeber vorzubehaltenden Rechte die Zehnjahresfrist in Lauf setzt.

#### B. Die gesetzliche Regelung – § 2325 BGB

##### I. Die Ergänzung des Pflichtteils wegen Schenkungen – § 2325 BGB

Die Auswirkungen lebzeitiger Schenkungen auf das Pflichtteilergänzungsrecht regelt § 2325 BGB.

Nach Absatz 1 dieser Vorschrift kann der Pflichtteilsberechtigte in den Fällen, in denen der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlaß hinzugerechnet wird.

Anspruchsvoraussetzung ist folglich, daß der Erblasser einem Dritten – also jeder Person außer dem Ergänzungsberechtigten selbst<sup>2</sup> – etwas geschenkt hat.

<sup>1</sup> BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784 = MittRhNotK 1994, 219 = MittBayNot 1994, 340 = ZEV 1994, 232 = JZ 1994, 1120 = Rpfleger 1995, 70.

<sup>2</sup> Vgl. Motive V, 457; Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl. 1983, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 2.

## 1. Schenkung

Der Schenkungsbegriff des § 2325 BGB entspricht dem der §§ 516, 517 BGB<sup>3</sup>. Eine Schenkung liegt demnach vor, wenn ein Dritter durch eine Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers objektiv bereichert wird und sich die Beteiligten dabei über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind<sup>4</sup>.

## 2. Einfluß von Gegenleistungen, Auflagen und Vorbehalten

Wird nur ein Teil der Leistung nicht durch eine Gegenleistung gedeckt, wie es bei der gemischten Schenkung der Fall ist, liegt lediglich hinsichtlich des unentgeltlich zugewendeten Teils eine Schenkung vor<sup>5</sup>.

Übernimmt der Dritte Belastungen des Grundstücks oder Versorgungsleistungen, bleibt davon der Schenkungscharakter des Geschäfts unberührt; unter bestimmten Voraussetzungen ist jedoch der Wert dieser Leistungen bei der Bestimmung des Werts des Geschenks zu berücksichtigen<sup>6</sup>. Unabhängig davon, ob eine entsprechende Verpflichtung dogmatisch als Auflage oder Gegenleistung einzuordnen ist, dürfte dies zutreffend sein. Die Übernahme entsprechender Verpflichtungen ändert nämlich nichts an der Qualifikation der zugrundeliegenden schuldrechtlichen causa als Schenkung<sup>7</sup>, sie mindert lediglich den Wert der Bereicherung.

Schließlich liegt eine Schenkung auch dann vor, wenn sich der Erblasser im Übertragungsvertrag das Recht vorbehält, die Zuwendung jederzeit oder unter bestimmten Voraussetzungen zu widerrufen<sup>8</sup>. Im Gegensatz zum französischen Recht<sup>9</sup> setzt der Wortlaut der §§ 516, 517 BGB die Endgültigkeit der Zuwendung nicht voraus<sup>10</sup>. Die Möglichkeit einer nur zeitweiligen Bereicherung schließt eine Schenkung nicht aus. Der Bedachte wird durch die Übertragung Eigentümer des zugewendeten Gegenstandes und damit unentgeltlich bereichert; der Zuwendende verliert sein Eigentum. Der Widerrufsvorbehalt ist lediglich ein obligatorisches Recht des Schenkers, das zu keiner Beeinträchtigung des Eigentums als solchem führt<sup>11</sup>. Daher kann es für die Beantwortung der Frage, ob ein Widerrufsvorbehalt eine Schenkung ausschließt, auch nicht darauf ankommen, ob der Vorbehalt an Voraussetzungen gebunden ist oder nicht.

Für den Schenkungscharakter einer Zuwendung unter Widerrufsvorbehalt spricht schließlich, daß jede Schenkung mit der Gefahr der Rückabwicklung belastet ist<sup>12</sup>. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst läßt eine Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB) sowie einen Widerruf wegen groben Undanks (§ 530 BGB) zu. Daß über derart moralisch begründete Fälle hinaus ein Widerrufsrecht auch vertraglich vereinbart werden kann, zeigen die Vorschriften über die Schenkung unter Auflage (§§ 525 ff. BGB). Aus ihnen ergibt sich der allgemeine Rechtsgedanke, daß über §§ 528, 530 BGB hinaus bestimmte Pflichten begründet werden können, bei deren Nichterfüllung

es zur Rückforderung des zugewendeten Gegenstandes kommen kann. Infolge des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bestand für den Gesetzgeber kein Anlaß, auch das vertraglich bedungene Rücktrittsrecht gesetzlich zu regeln<sup>13</sup>.

## 3. Die Bedeutung von ausdrücklich und stillschweigend erklärten Erb- und/oder Pflichtteilsverzichten

Ob und inwieweit eine Übertragung gegen Erb- und Pflichtteilsverzicht als unentgeltliche Schenkung i.S.d. §§ 2325 ff. BGB anzusehen ist, wird unterschiedlich beurteilt.

Während die wohl herrschende Ansicht im Schrifttum einen entgeltlichen Vertrag annimmt und die Anwendung der §§ 2325 ff. BGB ablehnt<sup>14</sup>, geht die Gegenauffassung von der Anwendbarkeit dieser Vorschriften aus<sup>15</sup>.

Der zweite Senat des BGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1986 erklärt, er wolle die Frage nicht abschließend entscheiden<sup>16</sup>. Im Ergebnis hat er gleichwohl – ohne längere Begründung – eine ausgleichspflichtige Schenkung angenommen. Demgegenüber hat derselbe Senat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1990 einen Pflichtteilsverzicht als Teilentgelt im Rahmen einer gemischten Schenkung angesehen<sup>17</sup>.

Zutreffend dürfte sein, daß ein Erb- und Pflichtteilsverzicht entgeltlich sein kann: Von einem entgeltlichen Vertrag spricht man bereits dann, wenn der Verpflichtung des einen die Verpflichtung des anderen zu einer Gegenleistung gegenübersteht, ohne daß notwendigerweise eine synallagmatische Verknüpfung im Sinne eines „do ut des“<sup>18</sup> vorliegen muß<sup>19</sup>. Als ausreichend wird vielmehr angesehen, daß die Leistung des einen Bedingung für die Entstehung der Verpflichtung des anderen Teils ist (konditionale Verknüpfung)<sup>20</sup>. Dies zugrunde gelegt, dürfte ein Erb- und Pflichtteilsverzicht jedenfalls in den Fällen als entgeltlich anzusehen sein, in denen sich der Erblasser mit der Übertragung seine Testierfreiheit „erkaufen“ will. Um Mißbräuche zu verhindern, die insbesondere dann vorliegen könnten, wenn der Verzicht in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert des Erblasservermögens steht, dürfte es zutreffend sein, eine Prüfung der „Angemessenheit“ als Korrektiv zu fordern. Eine Entgeltlichkeit läge demnach nur vor, wenn der Erb- und Pflichtteilsverzicht als angemessene Gegenleistung für die Grundstückszuwendung anzusehen ist<sup>21</sup>.

Da also ein Erb- und Pflichtteilsverzicht entgeltlich sein und den Wert einer Schenkung mindern kann, stellt sich weiter die Frage, ob es hierfür der ausdrücklichen Beurkundung des Verzichts in der notariellen Urkunde bedarf oder ob ein Erb- und Pflichtteilsverzicht auch konkludent erfolgen kann. Während das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung forderte, daß ein Verzicht ausdrücklich erklärt sein oder sich doch aus dem Inhalt des Vertrages mit Zuverlässigkeit ergeben muß<sup>22</sup>, hält der BGH es für möglich, daß die in einem Erbvertrag<sup>23</sup> oder

- 3 BGHZ 59, 132/135; RGRK/Johannsen, 12. Aufl. 1975, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 9, MünchKomm/Frank, 2. Aufl. 1989, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 11.
- 4 Palandt/Edenhofer, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 7; Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 5; RGRK/Johannsen, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 9.
- 5 Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl. 1983, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 9; Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 15; MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 12; Palandt/Putzo, § 516 BGB, Rd.-Nr. 13.
- 6 Dazu ausführlich unter III. 2.; vgl. auch Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 15; a.A. Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl. 1983, § 2325 BGB, Rd.-Nm. 10, 77.
- 7 Böning, Zur Anwendung des § 2325 BGB auf Grundstücksschenkungen unter Widerrufs- und Nießbrauchsvorbehalt, Diss. Freiburg 1991, S. 46.
- 8 Dies gilt auch unabhängig davon, ob der Rückfall des Schenkungsgegenstandes als auflösende Bedingung i.S.d. § 158 BGB vereinbart wird und damit automatisch erfolgt oder ob er als Ausübung eines vereinbarten Rücktrittsrechts vereinbart wird und nur auf Verlangen des Schenkers eintritt. Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 6; MünchKomm/Kollhosser, 2. Aufl. 1988, § 517 BGB, Rd.-Nr. 5; Westhoff, DB 1972, 809 ff.; Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. 1986, Rd.-Nr. D 75; Kollhosser, AcP 194 (1994), 231/237; Böning, Diss., S. 26; a. A. Knobbe-Keuck, Festschrift für Flume, Bd. II, 1978, S. 149/152 ff.
- 9 Art. 894, 944 ff. code civil.
- 10 Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 6; Böning, Diss., S. 26; Kollhosser, AcP 194 (1994), 231/237. Vorsicht kann jedoch im Einzelfall aus gesellschaftsrechtlichen Erwägungen geboten sein, wenn die Schenkung von Gesellschaftsanteilen mit einem freien Widerrufsrecht verbunden werden soll. Dazu instruktiv Kollhosser, a.a.O., S. 238–243.
- 11 Westhoff, DB 1972, 809/810.
- 12 Böning, S. 33.
- 13 Westhoff, DB 1972, 809/810.
- 14 Soergel/Damrau, § 2346, Rd.-Nr. 3; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl. 1989, § 39 IX 2 a, § 7 V 4; Coing, NJW 1967, 1778; differenzierend: Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 18; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479/497; Kollhosser, AcP 194 (1994), 231/259 f.
- 15 MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 18; im Grundsatz auch Speckmann, NJW 1970, 117 ff.
- 16 BGH NJW 1986, 127/129.
- 17 BGHZ 112, 40/53.
- 18 Vgl. BGHZ 15, 102/105.
- 19 RG Gruchot 67 (1925), 558/560 f.; Soergel/Wiedemann, Vorbem. vor §§ 320 ff. BGB, Rd.-Nr. 7; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, München 1916, S. 16.
- 20 Soergel/Wiedemann, Vorbem. vor §§ 320 ff. BGB, Rd.-Nr. 12; MünchKomm/Emmerich, 3. Aufl. 1994, Vorbem. zu §§ 320 bis 322 Rd.-Nr. 8; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S. 16.
- 21 Dafür bereits Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 18; Sostmann, MittRhNotK 1976, 479/497; Kollhosser, AcP 194 (1994), 231/259 f.
- 22 RGZ 79, 418/422; 137, 305/309. Allerdings hatte das Reichsgericht in seinen Entscheidungen keine Erb- und Pflichtteilsverzichte zu beurteilen. Da jedoch in der rechtlichen Struktur zwischen einem Erbverzicht und einem Verzicht auf sonstige Rechte kein Unterschied besteht, der eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen könnte, gelten die Ausführungen des Reichsgerichts für alle Verzichte. So bereits Habermann, JuS 1979, 169/171.
- 23 BGHZ 22, 364 = JR 1957, 339.

einem gemeinschaftlichen Testament<sup>24</sup> abgegebenen Erklärungen der Beteiligten einen stillschweigenden Pflichtteilsverzicht enthalten.

Diese Rechtsprechung wird – soweit ersichtlich – einhellig abgelehnt<sup>25</sup>. Zu Recht steht im Mittelpunkt der Kritik, daß die Annahme eines stillschweigend erklärten Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrages mit dem Formerfordernis des § 2348 BGB nicht zu vereinbaren ist. Für stillschweigende Erklärungen ist nur Raum, soweit Formfreiheit besteht<sup>26</sup>. Anderenfalls könnten nämlich der Formzwang und die mit ihm verfolgten Zwecke vereitelt werden. Ginge man davon aus, daß ein stillschweigender Pflichtteilsverzicht möglich ist, würde der mit der Beurkundungspflicht verfolgte Zweck der Belehrung und Beratung der Beteiligten obsolet<sup>27</sup>. Es könnte ein Pflichtteilsverzicht konstruiert werden, ohne daß die Beteiligten sich über diese Frage jemals Gedanken gemacht, geschweige denn sie mit dem Notar erörtert hätten. Hätte der Notar die Frage eines Pflichtteilsverzichts mit den Beteiligten erörtert und den Verzicht nicht in die Urkunde aufgenommen, weil er von den Beteiligten nicht gewollt war, könnte dieser Parteiwille unter Umständen im Wege der Auslegung revidiert werden. Um dies zu verhindern, müßte der Notar entgegen der verständigen Auslegung des § 2348 BGB, derzufolge ein Verzicht dann und nur dann (ausdrücklich) zu beurkunden ist, wenn er gewollt ist, stets einen klarstellenden Satz in die Urkunde aufnehmen, aus dem hervorgeht, daß ein Erb- und Pflichtteilsverzicht nicht gewünscht ist. Nur auf diese Weise könnte der Notar der Beweisfunktion der notariellen Urkunde mit hinreichender Klarheit genügen. Anderenfalls hinge nämlich die Frage, ob ein Pflichtteilsverzicht vereinbart wurde oder nicht, allein vom Ergebnis einer Auslegung ab, bei der mehrere Juristen zu verschiedenen vertretbaren Alternativen gelangen könnten.

Ungeachtet dieser Bedenken wird die Gestaltungspraxis sich einstweilen an der Rechtsprechung des BGH zu orientieren haben. Danach kann nicht ausgeschlossen werden, daß der BGH einen stillschweigenden Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht nicht nur in einem Erbvertrag oder einem gemeinschaftlichen Testament, sondern auch in einem Übertragungsvertrag für möglich hält. Zur Klarstellung sollte daher in jeden Übertragungsvertrag eine ausdrückliche Regelung aufgenommen werden, aus der hervorgeht, ob mit der Übertragung ein Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht des Beschenkten verbunden sein soll.

## II. Die zeitliche Schranke des § 2325 BGB

### 1. Zehnjahresfrist

Ist nach den vorstehenden Grundsätzen das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2325 Abs. 1 BGB zu bejahen, führt dies gleichwohl nicht immer zu einem Pflichtteilergänzungsanspruch. Vielmehr bleibt die Schenkung gem. § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind<sup>28</sup>.

### 2. Fristbeginn – Leistung des verschenkten Gegenstandes

Da das Wort „Leistung“ sowohl eine Handlung als auch den bewirkten Erfolg bedeuten kann, war lange Zeit umstritten, ob die

Vornahme der Leistungshandlung oder der Eintritt des Leistungserfolges für den Fristbeginn maßgeblich ist. Für die notarielle Praxis ist diese Frage durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mittlerweile als geklärt anzusehen.

#### a) Fristbeginn in Fällen vorbehaltloser Übertragung

Eindeutig ist die Rechtslage in den Fällen, in denen der Schenker den Gegenstand auf den Bedachten überträgt, ohne sich bestimmte Rechte, wie beispielsweise den Nießbrauch, ein Wohnungsrecht, eine dauernde Last oder einen Rückübertragungsanspruch vorzubehalten.

Nachdem der BGH zunächst auf die Leistungshandlung abgestellt<sup>29</sup> und diese Rechtsprechung zunächst nur vorsichtig modifiziert hatte<sup>30</sup>, rückte er in einer Entscheidung aus dem Jahr 1986<sup>31</sup> endgültig von dieser Judikatur ab. Seither ist für ihn das Kriterium der wirtschaftlichen Ausgliederung des verschenkten Gegenstandes aus dem Vermögen des Erblassers und damit der Leistungserfolg ausschlaggebend<sup>32</sup>.

Der BGH hielt diese Korrektur für erforderlich, um die Rechte der Pflichtteilsberechtigten angemessen zu wahren. Er sah die Gefahr, daß anderenfalls dem Erblasser, der rechtzeitig vor seinem Tode tätig werde, der Weg eröffnet werde, sein Vermögen unter Benachteiligung der Pflichtteilsberechtigten ohne ein für ihn fühlbares eigenes Vermögensopfer am Nachlaß vorbeizuleiten. Um dies zu verhindern, sei erforderlich, daß der Erblasser einen Zustand geschaffen habe, den er selbst noch zehn Jahre zu tragen habe und der ihn schon im Hinblick auf diese Folgen von einer bösslichen Schenkung abhalten könne<sup>33</sup>. Zu Recht verweist der BGH darauf, daß diese Sichtweise in Einklang mit den Gründen steht, die den Gesetzgeber ausweislich der Protokolle zur Einführung der zeitlichen Schranke des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB bewegt haben<sup>34</sup>. Ebenso treffend fügt er an, daß auch die Begründung zu § 2325 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB dafür spricht, daß Schenkungen, bei denen der Schenker den Genuß des verschenkten Gegenstandes auch nach der Zuwendung nicht entbehren muß, als nicht geleistet gelten sollen<sup>35</sup>.

Offen ließ der BGH zu diesem Zeitpunkt, ob für den Fristbeginn die Eintragung des Bedachten im Grundbuch erforderlich ist<sup>36</sup> oder ob bereits der Eingang des entsprechenden Eintragungsantrages beim Grundbuchamt genügt<sup>37</sup>. Diese Frage blieb auch in einem ein Jahr später ergangenen Urteil<sup>38</sup> unentschieden, in dem der BGH betonte, der Fristbeginn setze jedenfalls mehr als die Auflassung und die vertragliche Besitzüberlassung voraus. Klarheit brachte erst das Urteil vom 2. Dezember 1987<sup>39</sup>, in dem der BGH für den Fristbeginn auf die Eintragung im Grundbuch abstellte. Zur Begründung führte er an, daß § 2325 Abs. 3 BGB vom Schutz des Pflichtteilsberechtigten nur solche Verfügungen ausnehme, mit denen der Erblasser mehr als zehn Jahre vor seinem Tode Gegenstände aus seinem Vermögen weggeschenkt habe. Damit sei die Verfügung über die Gegenstände und nicht der schuldrechtliche Schenkungsvertrag gemeint. Es komme daher für den Fristbeginn nicht auf den Zeitpunkt an, in dem der Bedachte sicher sein könne, das versprochene Grundstück zu Eigentum zu erwerben, sondern darauf, wann der Schenker das Eigentum tatsächlich vollständig

24 BGH NJW 1977, 1728.

25 Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl. 1983, Einl. zu §§ 2346 ff. BGB, Rd.-Nr. 45 ff.; MünchKomm/Strobel, § 2348 BGB, Rd.-Nr. 8; Soergel/Damrau, § 2346 BGB, Rd.-Nr. 8; von Lübtow, JR 1957, 340; Habermann, JuS 1979, 169.

26 Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl. 1983, Einl. zu §§ 2346 ff. BGB, Rd.-Nr. 46.

27 MünchKomm/Strobel, § 2348 BGB, Rd.-Nr. 8; Habermann, JuS 1979, 169/171.

28 Abweichend beginnt bei Schenkungen an den Ehegatten die Frist erst mit Aufhebung der Ehe (§ 2325 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB). Da diese Fälle in der notariellen Praxis kaum Gestaltungsmöglichkeiten lassen, werden sie in die vorliegende Untersuchung nicht einbezogen.

29 BGH NJW 1970, 1638.

30 BGH NJW 1974, 2319.

31 BGHZ 98, 226 = NJW 1987, 122 = DNotZ 1987, 315.

32 Vgl. nur BGHZ 102, 289 = NJW 1988, 821 = DNotZ 1988, 441 = MittRhNotK 1988, 102 = FamRZ 1988, 280; zuletzt BGHZ 125, 395/398; BGH NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784/786 = MittRhNotK 1994, 219/220.

33 BGHZ 98, 226/233 = NJW 1987, 122/124 = DNotZ 1987, 315/317.

34 Vgl. Motive V, 453 f.: „Der Umstand, daß bei solchen Schenkungen der Erblasser selbst noch längere Zeit hindurch die Folgen zu tragen habe, biete zugleich eine Sicherheit dafür, daß der Erblasser bei der Vornahme der Schenkung sich von guten Gründen und nicht von der Absicht habe leiten lassen, die Pflichtteilsberechtigten zu benachteiligen.“

35 Bei Schenkungen unter Ehegatten bleibe der verschenkte Gegenstand tatsächlich gemeinschaftliches Vermögen, der Schenker habe also während der Ehe auch nach der Schenkung den Genuß desselben nicht zu entbehren. Dafür RGRK/Johannsen, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 24; Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 20; MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 24.

37 Dafür Sostmann, MittRhNotK 1967, 479/499; Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl. 1983, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 24; Behmer, Rpfleger 1986, 422/423.

38 NJW 1988, 138 = DNotZ 1987, 773/774 = WM 1987, 1080, 1346.

39 BGHZ 102, 289/291 = NJW 1988, 821/822 = DNotZ 1988, 441/443 = MittRhNotK 1988, 102/103.

an den Beklagten verliere<sup>40</sup>. Erst dann könne für den Übergeber die Zeit der Eingewöhnung an die Folgen der Schenkung zu laufen beginnen, um die es dem Gesetz mit der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB gehe. Spätestens mit der Eigentumsumschreibung sei das Geschenk aus dem Vermögen der Erblasserin wirtschaftlich ausgegliedert worden.

Der BGH greift damit das Kriterium der wirtschaftlichen Ausgliederung wieder auf. Im übrigen hält er es auch deshalb für vorzugswürdig, auf den Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung abzustellen, weil es damit ebenso wie bei beweglichen Sachen auf den Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs ankomme. Diese Lösung hat nach Ansicht des BGH auch den Vorzug, daß sie auf den gleichen Stichtag abstellt, der für die Bewertung gem. § 2325 Abs. 2 BGB maßgebend und auf den auch im Anfechtungsrecht abzustellen ist. Der Umstand, daß die Bearbeitung von Eintragungsanträgen bei den Grundbuchämtern gelegentlich sehr unterschiedlich lange Zeit in Anspruch nehme, rechtfertige es nicht, die Frist bereits mit Eingang des Eintragungsantrages beim Grundbuchamt und damit zu einem Zeitpunkt beginnen zu lassen, zu dem das Grundstück noch nicht wirklich weggeschenkt sei.

Die Beratungspraxis hat daher davon auszugehen, daß die Zehnjahresfrist in den Fällen vorbehaltloser Übertragung mit dem Eigentumsübergang auf den Bedachten beginnt, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Mobilien oder Immobilien handelt.

#### b) Fristbeginn bei weitergenutzten Geschenken

Problematischer ist die Lösung der Fälle, in denen der Erblasser nicht bereit ist, sich schon zu Lebzeiten vorbehaltlos von dem verschenkten Gegenstand zu trennen.

Wenn der Schenker den zu überlassenden Gegenstand zu seinem Lebensunterhalt oder seiner Alterssicherung selbst nutzen oder verwalten will, sich also nach außen nichts ändern, sondern alles beim alten bleiben soll, empfiehlt sich die Übertragung unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs<sup>41</sup>. Um dem Rechtsuchenden den Nießbrauch zu verdeutlichen, wird der Bedachte häufig schlagwortartig als rechtlicher und der Nießbraucher als wirtschaftlicher Eigentümer bezeichnet.

Da nach der vorstehend aufgezeigten Rechtsprechung die Zehnjahresfrist nicht beginnt, bevor der Schenker den „Genuß“ des verschenkten Gegenstandes tatsächlich zu entnehmen hat, würde es überraschen, wenn die Frist in Gang gesetzt werden könnte, solange der Schenker das Geschenk aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchs weiterhin nutzt und/oder verwaltet.

#### (1) Die Rechtsprechung des BGH zum Nießbrauchsvorbehalt: Keine Leistung

Entsprechend hat der BGH jüngst entschieden, daß in den Fällen, in denen sich der Erblasser bei der Schenkung eines Grundstücks den Nießbrauch uneingeschränkt vorbehält, ungeachtet der Eigentumsumschreibung im Grundbuch eine Leistung des verschenkten Gegenstandes i.S.v. § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB nicht vorliegt<sup>42</sup>. Zwar bestehe der „Genuß“ eines Hausgrundstückes auch in seinem bei einer Veräußerung oder Belastung zu erzielenden wirtschaftlichen Wert, den der Veräußerer einbüße; indes sei es verfehlt, ein Hausgrundstück allein unter dem Gesichtspunkt seines in Geld zu bemessenden Tauschwertes zu sehen. Vielmehr gehöre rechtlich zum Eigentum neben der Möglichkeit, es zu veräußern (oder seine

Veräußerung zu verbieten), auch die Befugnis, es zu nutzen, anderen die Nutzung einzuräumen und zu verwehren. Behalte sich der Schenker die letztgenannte Befugnis durch Vereinbarung eines uneingeschränkten Nießbrauchs vor, gebe er den Genuß des verschenkten Gegenstandes nicht vollständig auf.

Der BGH bestätigte damit die Vertreter der Auffassung<sup>43</sup>, die mangels einer wirtschaftlichen Ausgliederung des Geschenks den Fristenlauf trotz Eintritt des Leistungserfolgs verneint und zu einer Ergänzungspflichtigkeit von Übertragungen unter Nießbrauchsvorbehalt auch außerhalb der Zehnjahresfrist gelangten. In diesem Punkt ist die Entscheidung des BGH im Schrifttum auch nahezu einhellig begrüßt worden<sup>44</sup>.

#### (2) Abweichende Auffassung: Leistung

Zum gegenteiligen Ergebnis gelangt man, wenn man allein auf den Eintritt des rechtlichen Leistungserfolges abstellt<sup>45</sup>. Die Vertreter dieser Ansicht meinen, die Erwägungen in den Protokollen zum BGB legten es nahe, den Leistungserfolg, also die Eigentumsumschreibung, als maßgeblich anzusehen. Im übrigen werde beim Abstellen auf wirtschaftliche Aspekte nicht hinreichend berücksichtigt, daß die Schenkung ein Veräußerungsgeschäft sei, bei dem es allein auf den geschuldeten Rechtserfolg ankomme. Schließlich sei auch im Interesse der Rechtsklarheit auf die Heranziehung des konturenlosen Abgrenzungskriteriums der wirtschaftlichen Ausgliederung zu verzichten<sup>46</sup>.

#### (3) Stellungnahme

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Der vorstehenden Auffassung im Schrifttum ist nicht zu folgen. Gerade an der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt wird nämlich deutlich, daß die Kritik, die allgemein und nicht bezogen auf den Vorbehalt des Nießbrauchs an der Interpretation des Leistungsbegriffs des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB durch die Rechtsprechung geübt wird, nicht geteilt werden kann. Da nach dieser Ansicht allein die Übertragung des Eigentums maßgeblich wäre, käme es darauf, ob der Schenker sich gewisse Rechte vorbehalten hätte, überhaupt nicht mehr an. Ungeachtet der erheblich unterschiedlichen wirtschaftlichen Folgen würden beide Typen von Überlassungsverträgen schlicht gleichbehandelt. Es bliebe unberücksichtigt, daß bei einer Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt im Gegensatz zur vorbehaltlosen Überlassung im Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung zunächst lediglich das „nackte“ Eigentum übertragen wird, die Nutzungen vorerst jedoch dem Nießbraucher verbleiben<sup>47</sup>. Gerade die Argumente, die ausschlaggebend dafür sein sollen, auf den Leistungserfolg abzustellen, nämlich daß eine Benachteiligung des Pflichtteilberechtigten ausgeschlossen sei, wenn der Erblasser selbst längere Zeit hindurch die Folgen der Schenkung zu tragen habe und daß das Recht des Beschenkten nicht zu lange Zeit im Schwebezustand gehalten werden dürfe, würden im Falle der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt bedeutungslos. Denn durch den Vorbehalt des Nießbrauchs blieben dem Erblasser alle Rechte erhalten, abgesehen davon, daß er den Gegenstand nicht mehr veräußern und belasten kann. Daß der Verlust des Rechts zur Veräußerung und Belastung den Schenker nur in den seltensten Fällen im Sinne eines Vermögensopfers trifft, zeigt die tägliche Praxis. Weist man den Erblasser im Beratungsgespräch darauf hin, daß er das Übertragungsobjekt nach der Überlassung nicht mehr belasten und veräußern kann<sup>48</sup>, erhält man erfahrungsgemäß in nahezu allen Fällen die Antwort, dies habe er sowieso nicht vor. Die Immobilie

40 BGHZ 102, 289/292 = NJW 1988, 821/822 = DNotZ 1988, 441/443 = MittRhNotK 1988, 102/103.

41 Spiegelberger, ZEV 1994, 214.

42 BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784 = MittRhNotK 1994, 219 = MittBayNot 1994, 340 = ZEV 1994, 232 = JZ 1994, 1120 = Rpfleger 1995, 70.

43 Reuter, JuS 1971, 289/293; Speckmann, NJW 1978, 358 f.; Draschka, NJW 1993, 437/438; ders., Rpfleger 1992, 436/437.

44 Meyding, ZEV 1994, 202/204; Draschka, Rpfleger 1995, 71; Leipold, JZ 1994, 1121; Siegmann, DNotZ 1994, 787/789, der allerdings darauf aufmerksam macht, daß diese Rechtsprechung sich nicht mehr als Auslegung des Lei-

stungsbegriffs einordnen läßt, sondern eine richterliche Rechtsfortbildung im Wege einer teleologischen Reduktion darstellt; kritisch Meyer, ZEV 1994, 325/326.

45 MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 24; Nieder, DNotZ 1987, 319/320 f.; dafür im Regelfall auch Kollhosser, AcP 194 (1994), 231/262 f., nach dessen Auffassung der Vorbehalt der Nutzungsbefugnis durch Nießbrauchsbestellung den Fristbeginn nicht hindert, wenn die Verfügungs- und Verwertungsbefugnisse übergehen.

46 Nieder, DNotZ 1987, 319/320; MünchKomm/Frank, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 24.

47 Vgl. Draschka, Rpfleger 1995, 71/72; derselbe NJW 1993, 437/438 m.w.N.

48 Es sei denn, entsprechende Vorbehalte würden vereinbart.

solle dem Beschenkten erhalten bleiben. Dies verdeutlicht, daß der Substanzwert für einen übertragungswilligen Erblasser regelmäßig unbedeutend ist. Der Verlust des Rechts zur Belastung und Veräußerung wird ihm folglich nicht von einer böswilligen Übertragung zu Lasten der Pflichtteilsberechtigten abhalten, solange er im übrigen mit dem verschenkten Gegenstand nach eigenem Gutdünken schalten und walten kann<sup>49</sup>. Daher muß der Übergeber sich noch nicht „in die Folgen der Schenkung eingewöhnen“. Gerade dies ist aber die bereits vom Gesetzgeber<sup>50</sup> für unverzichtbar gehaltene Voraussetzung für den Beginn der Zehnjahresfrist.

Legt man diese Erwägungen zugrunde, kann der These, der Vorbehalt des Nießbrauchs sei ohne Relevanz für die Frage, ob ein Gegenstand wirtschaftlich ausgliedert werde oder nicht<sup>51</sup>, nicht gefolgt werden. Zwar ist es richtig, daß es durchaus einzelne Fälle geben kann, in denen der Verlust des Substanzwertes den Schenker mehr schmerzt als der Verlust des Ertragswertes. Nahezu in allen Fällen dürfte es jedoch für den Schenker wichtiger sein, die Nutzungen zu behalten, als das Recht zur Veräußerung des Gegenstandes. Sollte dies ausnahmsweise einmal anders sein, scheint es nach dem vorliegenden Urteil im übrigen nicht ausgeschlossen, daß der BGH im Einzelfall ungeachtet des Nießbrauchsvorbehalts die Frist doch schon mit dem Eigentumsübergang beginnen ließe. Dies könnte beispielsweise dann der Fall sein, wenn die konkrete Absicht zur Veräußerung bestanden hat<sup>52</sup> oder wenn der wirtschaftliche Wert des Nießbrauchs im Verhältnis zu dem bei einer Veräußerung zu erzielenden Wert verschwindend gering ist. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, daß der BGH in seinem Urteil durchaus auf die Umstände des konkreten Vertrages und deren Auswirkungen abstellt. Dies zeigen die Ausführungen in den Entscheidungsgründen<sup>53</sup>, in denen der BGH darauf abhebt, daß der Nießbrauch – „wie hier“ – uneingeschränkt vorbehalten sei bzw. der Schenker im wesentlichen auf eine weitere Nutzung verzichten muß.

Entsprechend hat der BGH das Ergebnis, daß eine Leistung i.S.d. § 2325 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB nicht vorliege, in der vorgenannten Entscheidung nicht allein auf den Vorbehalt des Nießbrauchs gestützt, sondern zudem damit begründet, daß sich die Erblasserin im Schenkungsvertrag verpflichtet hatte, außergewöhnliche Reparaturen und die Vermögenssteuer zu bezahlen<sup>54</sup>.

Um die Zehnjahresfrist in Gang zu setzen, muß der Schenker daher seine Rechtsstellung als Eigentümer aufgeben und zugleich darauf verzichten, den Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte, sei es durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im wesentlichen weiterhin zu nutzen.

### 3. Folgerungen für die notarielle Praxis

Von besonderem Interesse für die Kautelarpraxis ist natürlich, welche Folgerungen sich aus der dargelegten Rechtsprechung ergeben. Hierfür ist zwischen den einzelnen Vorbehalten wie folgt zu differenzieren:

#### a) Nießbrauch

##### (1) Vollständiger Nießbrauchsvorbehalt

Der Notar wird den Rechtsuchenden, der einen Gegenstand unter vollständigem Nießbrauchsvorbehalt übertragen und zugleich Pflichtteilsergänzungsansprüche ausschließen will, darauf hinweisen müssen, daß dies regelmäßig nicht möglich ist,

weil bei dieser Vertragsgestaltung die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB nicht sofort, sondern erst mit Erlöschen des Nießbrauchs in Gang gesetzt wird. Zur Begründung kann er darauf verweisen, daß der Fristbeginn sowohl die Aufgabe seiner Eigentümerstellung als auch den Verzicht auf die wesentliche Nutzung des zu verschenkenden Gegenstandes voraussetzt.

Eine verschwindend geringe Möglichkeit, den Fristbeginn ungeachtet eines uneingeschränkten Nießbrauchsvorbehalts am gesamten Grundstück herbeizuführen, dürfte lediglich in den Fällen bestehen, in denen es gelingt, die konkrete Absicht zur anderweitigen Verfügung<sup>55</sup> glaubhaft zu machen und/oder in denen der Substanzwert des verschenkten Gegenstandes seinen Ertragswert exorbitant übersteigt. Letzteres könnte beispielsweise in dem von Mayer<sup>56</sup> gebildeten Beispiel einer brachliegenden, bebaubaren, im Innenstadtbereich gelegenen Fläche der Fall sein kann. Ist es in einem derartigen Fall nicht möglich, auf eine andere vertragliche Gestaltung als einen uneingeschränkten Nießbrauch am Gesamtgrundstück „auszuweichen“, empfiehlt es sich jedenfalls, das Verhältnis von Substanz- und Ertragswert ausdrücklich in der notariellen Urkunde zu beziffern und – soweit vorhanden – konkrete Anhaltspunkte für Verkaufsabsichten zum Ausdruck zu bringen.

##### (2) Gibt es Fälle unschädlicher Weiternutzung?

Weiter könnte man versuchen, den Nießbrauch so auszugestalten, daß er als für den Fristbeginn unschädliche, nicht-wesentliche Weiternutzung des Veräußerers anzusehen ist. Aus der Formulierung, daß eine wesentliche Weiternutzung den Fristbeginn hindert, dürfte nämlich im Umkehrschluß abzuleiten sein, daß eine unwesentliche Weiternutzung durch den Veräußerer unschädlich ist<sup>57</sup>. Eine nichtschädliche Weiternutzung, die die Zehnjahresfrist in Gang setzt, könnte ungeachtet eines Nießbrauchsvorbehalts in folgenden Fällen in Betracht kommen:

##### (a) Rechtlicher Ausschluß und tatsächliche Aufgabe einzelner Nutzungen

Zunächst könnte man in Betracht ziehen, den Nießbrauch „qualitativ“ einzuschränken. Der Nießbrauch müßte also durch den rechtlichen Ausschluß einzelner Nutzungen gem. § 1030 Abs. 2 BGB auf ein Maß herabgesetzt werden, das als nicht wesentlich anzusehen ist. Hierbei stellt sich allerdings das Problem, daß der Nießbrauch dem Berechtigten grundsätzlich das dingliche Recht auf sämtliche Nutzungen eines Gegenstandes (§ 1030 BGB) und – ergänzend – ein Recht zum Besitz (§ 1036 BGB) gewährt. Eine Beschränkung des Nießbrauchs darf nicht dessen Charakter als umfassendes Nutzungsrecht beeinträchtigen<sup>58</sup>. Der Besteller muß den Willen haben, dem Nießbraucher die Gesamtheit der Sachnutzungen zuzuwenden und „nicht etwa verschiedene Nutzungsrechte allein“<sup>59</sup>. Ein Nießbrauch liegt daher nicht vor, wenn sich das Nutzungsrecht an einem Grundstück nur auf dessen Mieterträge erstreckt<sup>60</sup>.

Zulässig wäre es jedoch, gem. § 1030 Abs. 2 BGB das Recht auf den persönlichen Gebrauch<sup>61</sup> oder die Befugnis zur Vermietung<sup>62</sup> auszuschließen. Indes würde dadurch die Nutzung nicht auf ein Maß herabgesetzt, das als unwesentlich anzusehen ist. Der Ausschluß einzelner Nutzungen, wie die Beschränkung auf die Eigen- oder Fremdnutzung, ändert nichts an dem Umstand, daß die Nutzungsrechte, die selbst der „qualitativ“ eingeschränkte Nießbrauch noch gewährt, dem Übergeber nach wie vor einen entscheidenden Einfluß auf das Schicksal der

49 Ähnlich Draschka, Rpfleger 1995, 71/72.

50 Protokolle V, 587 f.

51 So aber Mayer, FamRZ 1994, 739/745; derselbe bereits moderater in ZEV 1994, 326; Staudinger/J. Frank, 13. Bearbeitung 1994, Vorbem. zu § 1030 ff., Rd.-Nr. 82; dafür auch Kollhoser, AcP 194 (1994), 231/264.

52 So Draschka, Rpfleger 1995, 71/72. Insoweit stellt sich jedoch die Frage, wie eine Absicht als „innere Tatsache“ im Einzelfall mit hinreichender Sicherheit nachgewiesen werden kann.

53 BGHZ 125, 395/398 = BGH NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784/786 = Mitt-RhNotK 1994, 219/220.

54 BGHZ 125, 395/398 = BGH NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784/786 = Mitt-

RhNotK 1994, 219/220.

55 Draschka, Rpfleger 1995, 71/72; siehe dazu auch oben B. II 2 b) (3).

56 FamRZ 1994, 739/745.

57 Wegmann, MittBayNot 1994, 307.

58 Soergel/Stürmer, § 1030 BGB, Rd.-Nr. 10.

59 Vgl. Motive III, 493; MünchKommPetzold, 2. Aufl. 1986, § 1030 BGB, Rd.-Nr. 29; Staudinger/Promberger, 12. Aufl. 1981, § 1030, Rd.-Nr. 41; a.A. Soergel/Stürmer, § 1030 BGB, Rd.-Nr. 10.

60 OLG Celle, OLG 6, 121.

61 BGH LM Nr. 1 zu § 2203; Soergel/Stürmer, § 1030 BGB, Rd.-Nr. 10.

62 LG Aachen, Rpfleger 1986, 486; Soergel/Stürmer, § 1030 BGB, Rd.-Nr. 10.

übertragenen Sache einräumen. Anderenfalls handelte es sich nämlich nicht mehr um ein Nießbrauchsrecht.

Daß allein die tatsächliche Aufgabe der Eigennutzung des verschenkten Gegenstandes durch den Schenker nicht geeignet ist, die Zehnjahresfrist in Gang zu setzen, zeigt schon die Überlegung, daß der Berechtigte aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchsrechts jederzeit seine Entscheidung revidieren und wieder in die verschenkte Immobilie einziehen könnte.

Weder der rechtliche Ausschluß einzelner Nutzungen noch die tatsächliche Aufgabe der Eigennutzung sind daher geeignet, den Umfang der Nutzung durch den Schenker auf ein nicht-wesentliches Maß herabzusetzen<sup>63</sup>.

#### (b) Quoten- und Bruchteilsnießbrauch

Weiter könnte man in Betracht ziehen, den Nießbrauch „quantitativ“ einzuschränken. Hierzu bieten sich der Quoten- und der Bruchteilsnießbrauch an. Beim Bruchteilsnießbrauch ist lediglich derjenige Teil des Gegenstandes belastet, der den Nutzungen entspricht. Beim Quotennießbrauch ist der gesamte Gegenstand zu einem bestimmten Prozentsatz belastet<sup>64</sup>. Da beide Nießbrauchsformen dem Nießbraucher nicht die gesamten Nutzungen einräumen, könnte dies ein Weg sein, die Nutzung des verschenkten Gegenstandes durch den Veräußerer auf ein Maß zu beschränken, das nicht mehr als wesentliche Nutzung anzusehen ist.

Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, daß von einer wesentlichen Nutzungsbefugnis nicht ausgegangen werden könne, wenn der Bruchteils- oder Quotennießbrauch des Veräußerers weniger als 50 % beträgt. Demgegenüber seien Berechtigungen von über 50 % zugunsten des Veräußerers riskant<sup>65</sup>.

Richtig ist sicherlich, daß Beteiligungen von über 50 % schaden. Indes werden auch Berechtigungen von unter 50 % regelmäßig als wesentlich anzusehen sein. Gegen die Festlegung des vorgenannten Grenzwertes spricht zunächst, daß danach eine Differenz von 2 % für den Fristbeginn ausschlaggebend sein könnte. Bei einem Quotennießbrauch in Höhe von 49 % wäre nämlich eine Leistung gegeben, bei einem Quotennießbrauch von 51 % nicht. Diese Differenz im „Genuß“ des verschenkten Gegenstandes dürfte jedoch kaum geeignet sein, den Erblasser von einer böswilligen Schenkung abzuhalten. Gerade dies ist aber die von der Rechtsprechung für unverzichtbar gehaltene Voraussetzung für den Fristbeginn. Dafür, daß es auf eine solch geringfügige Differenz nicht ankommen kann, spricht auch, daß der BGH dem Verlust zur Veräußerung und Belastung keinen entscheidenden Wert für den Fristbeginn zubilligt. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß der Verlust eines Teils der Nutzungen nicht ausreicht, um eine böswillige Schenkung zu verhindern. Es ist vielmehr erforderlich, daß der Veräußerer den Genuß aufgibt. Dies tut er erst, wenn er den Gegenstand wirklich entbehren muß. Wann dies der Fall ist, läßt sich nicht verallgemeinern. Grundsätzlich dürfte davon auszugehen sein, daß der Veräußerer praktisch keine Nutzungen mehr aus dem verschenkten Gegenstand ziehen darf. Auch eine Berechtigung von 10 % oder 20 % kann deshalb schädlich sein. Bei der Beurteilung ist vor allem auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Veräußerers und die Vorteile abzustellen, die der Nießbrauch ihm im Einzelfall gewährt. Die Festlegung eines prozentualen Grenzwertes ist daher – so wünschenswert sie für eine klare Beurteilung wäre – nicht möglich. Vielmehr kommt es stets auf eine Bewertung der Umstände des konkreten Einzelfalles an.

Auch wenn man der hier vertretenen Ansicht nicht folgt und sich dafür entscheidet, bei Berechtigungen von unter 50 % eine nichtwesentliche Nutzung anzunehmen, bleibt folgendes zu bedenken: Da nach der Rechtsprechung auf die gesamten vertraglichen Abreden des Einzelfalles abzustellen ist, kann die

Nutzungsquote von 50 % nur als Richtschnur angesehen werden. Im Zusammenhang mit anderen vertraglichen Abreden kann auch eine geringere Nutzungsquote schaden. Beispielsweise dürfte eine Abrede, die entgegen der gesetzlichen Regelung des § 745 BGB hinsichtlich der Verwaltung nicht eine Mehrheitsentscheidung, sondern eine einstimmige Entscheidung vorsieht, den Fristbeginn mit Sicherheit hindern<sup>66</sup>. Besondere Vorsicht ist in den Fällen geboten, in denen Ehegatten Übertragungen an ihre Kinder vornehmen. Denn insoweit ist denkbar, daß bei einer isolierten Betrachtung des dem einen Ehegatten vorbehaltenen Rechts die für den Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB „schädliche“ 50 %-Grenze nicht erreicht wird, bei einer Gesamtbetrachtung der Rechte, die beiden Ehegatten verbleiben, jedoch eine wesentliche Nutzung des übergebenden Ehegatten anzunehmen ist. Dies zeigen die nachstehenden Ausführungen zu den Ehegattenfällen.

#### (c) „Ehegattenfälle“

Ist der Veräußerer verheiratet und alleiniger Eigentümer des zu übertragenden Gegenstandes, ist zu erwägen, daß er den Gegenstand einem Abkömmling übereignet und seinem Ehegatten den Nießbrauch zuwendet. Eine derartige Gestaltung wäre für den Veräußerer indes nicht nur mit dem Risiko verbunden, daß sich sein Partner von ihm trennt, sondern auch, daß der Ehepartner zuerst verstirbt und der Schenker als Überlebender ungesichert ist. Beide Gefahren ließen sich durch die Einräumung aufschiebend bedingter Nießbrauchsrechte zugunsten des Veräußerers vermeiden: Zum einen müßte vereinbart werden, daß das Nießbrauchsrecht des Ehegatten im Fall der Trennung oder Scheidung endet und für den Veräußerer ein entsprechendes Nießbrauchsrecht beginnt, zum anderen müßte dem Veräußerer im Übertragungsvertrag ein Nießbrauchsrecht bestellt werden, das mit dem Tode seines Ehegatten beginnt. In diesen Fällen ließe sich argumentieren, daß der Veräußerer (jedenfalls zunächst) die Nutzung aufgegeben habe.

Im vorgenannten Ausgangsfall käme auch in Frage, dem Veräußerer und seinem Ehepartner ein Nießbrauchsrecht einzuräumen. Es wäre also ein Vorbehaltsnießbrauch zugunsten des Veräußerers zusammen mit einem Zuwendungsnießbrauch zugunsten des Ehegatten zu vereinbaren. Ausgestaltet man den Nießbrauch zugunsten der Ehegatten als Gesamtberechtigte, nach Bruchteilen oder Quoten. Während bei der Vereinbarung einer Gesamtberechtigung von vornherein fraglich ist, ob der Veräußerer damit die wesentliche Nutzung aufgibt, da gem. § 428 BGB jeder Gläubiger die gesamte Leistung fordern kann, könnte man jedenfalls nach der Ansicht, die einen Bruchteils- oder Quotennießbrauch von unter 50 % für unschädlich hält, versuchen, dem Veräußerer einen derart gestalteten Quoten- oder Bruchteilsnießbrauch einzuräumen.

Sind beide Ehegatten Eigentümer des zu verschenkenden Gegenstandes, ist in Betracht zu ziehen, daß jeweils der eine Ehegatte dem anderen Ehegatten ein Nießbrauchsrecht an dem von ihm verschenkten Anteil einräumt. In diesem Fall ließe sich zum einen argumentieren, daß der (jeweilige) Schenker den von ihm geschenkten Gegenstand nicht weiter nutzt. Zum anderen könnte die Auffassung vertreten werden, die gegenseitige Einräumung des Nießbrauchs sei weder eine Schenkung noch eine pflichtteilsrechtlich gleichzubehandelnde unbenannte Zuwendung<sup>67</sup>, da die Einräumung des Nießbrauchs an den Ehegatten Gegenleistung für die Gewährung des Nießbrauchs an sich selbst sei.

Im Ergebnis dürften alle vorgenannten Konstruktionen nicht geeignet sein, die Frist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB in Gang zu setzen. Für die Fälle, in denen dem Ehegatten, der nicht Eigentümer des übertragenen Gegenstandes war, ein Nießbrauch „unentgeltlich“ zugewendet wird, ergibt sich unmit-

63 Im Ergebnis ebenso Mayer, ZEV 1994, 325/327 f.

64 Staudinger/Promberger, 12. Aufl. 1981, § 1030 BGB, Rd.-Nr. 16, 32; Soergel/Stürner, 12. Aufl. 1986, § 1030 BGB, Rd.-Nr. 10.

65 Wegmann, MittBayNot 1994, 307/308; Mayer, ZEV 1994, 325/327.

66 Mayer, ZEV 1994, 325/327.

67 Vgl. nur BGHZ 116, 167 = BGH DNotZ 1992, 513/515.

telbar aus der Bestimmung des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB, daß die Zehnjahresfrist nicht vor der Auflösung der Ehe beginnt. Für die verbleibenden Fälle ist jedenfalls der Rechtsgedanke des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB heranzuziehen. Danach sind Schenkungen, bei denen der Schenker den Genuß des verschenkten Gegenstandes auch nach der Schenkung tatsächlich nicht entbehren muß und die ihn deshalb nicht von böswilligen Schenkungen abhalten können, noch nicht als geleistet i.S.v. § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB anzusehen<sup>68</sup>. Insoweit ist nämlich zu vermuten, daß dem Schenker die seinem Ehegatten eingeräumte Nutzungsbefugnis weiterhin auch selbst zugute kommt<sup>69</sup>.

Eine Verlagerung des Nießbrauchs auf den Ehegatten ist daher nicht geeignet, den Fristbeginn nach § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB schon im Zeitpunkt der Überlassung in Gang zu setzen.

(d) Nießbrauchsvorbehalt an einzelnen überlassenen Gegenständen

Werden mehrere Objekte übertragen und soll dem Veräußerer nur an einigen, nicht aber an allen Gegenständen der Nießbrauch eingeräumt werden, stellt sich die Frage, ob ein derartiger Nießbrauchsvorbehalt den Fristbeginn hinsichtlich aller übertragenen Gegenstände oder nur hinsichtlich der unter Vorbehalt überlassenen Teile ausschließt.

Schon der Wortlaut des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB, nach dem es auf die Leistung des verschenkten Gegenstandes ankommt, legt es nahe, bei der Übertragung mehrerer Objekte für jeden einzelnen Gegenstand zu prüfen, ob der Veräußerer dessen Genuß aufgegeben hat. Auch die Tatsache, daß anderenfalls dem Zufall Tür und Tor geöffnet wäre, spricht dafür, hinsichtlich jedes einzelnen Gegenstandes zu prüfen, ob er geleistet wurde. Würde der Fristbeginn einheitlich für alle übertragenen Objekte festgelegt, hinge die Frage des Fristbeginns allein vom Zufall ab, weil danach ausschlaggebend wäre, ob der Veräußerer überhaupt mehrere Objekte hat und ob er beabsichtigt, sie alle zugleich in einer Urkunde zu übertragen. Würde er sich dazu entschließen, zunächst ein Objekt vorbehaltlos und zu einem späteren Zeitpunkt in einer weiteren Urkunde die anderen Objekte unter Nießbrauchsvorbehalt zu übertragen, käme wohl niemand auf die Idee, daß hinsichtlich des isoliert übertragenen Gegenstandes die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB nicht in Gang gesetzt wurde. Weiter spricht dafür, auf den einzelnen übertragenen Gegenstand abzustellen, daß nach dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz ein Nießbrauch nur am jeweiligen Einzelgegenstand und nicht an einer Gesamtheit von Sachen und Rechten bestellt werden kann<sup>70</sup>. Schließlich verdient diese Betrachtungsweise auch im Interesse der Rechtsklarheit den Vorzug gegenüber der Auffassung<sup>71</sup>, die eine Aufspaltung dann nicht zulassen will, wenn die übertragenen Gegenstände in einem derart engen wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, daß ein Bestandteil nicht ohne den anderen übertragen werden würde.

Zu Recht hat daher der BGH bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1987<sup>72</sup> betont, daß bei einer Schenkung mehrerer Gegenstände aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrages für jeden einzelnen Gegenstand die Zeit seiner Leistung gesondert festzustellen ist und für die gemischte Schenkung mehrerer Gegenstände nichts anderes gilt.

Festzuhalten bleibt demnach, daß bei der Übertragung mehrerer Gegenstände für jeden einzelnen überlassenen Gegenstand zu entscheiden ist, ob dieser geleistet wurde oder nicht.

#### b) Wohnungsrecht

In vielen Fällen, in denen sich der Veräußerer an dem zu verschenkenden Gegenstand den Nießbrauch vorbehalten möch-

te, könnte auch ein Wohnungsrecht seinen Wünschen Rechnung tragen. Es wäre daher besonders interessant, wenn sich herausstellte, daß dieses den Fristbeginn nicht hinderte.

Die Vertreter einer Ansicht im Schrifttum meinen, den Gründen der BGH-Entscheidung vom 27. 4. 1994 entnehmen zu dürfen, daß eine Grundstückszuwendung unter dem Vorbehalt eines Wohnungsrechts eine Leistung i.S.d. § 2325 Absatz 3 Halbsatz 1 BGB darstelle und damit die Zehnjahresfrist in Gang setze<sup>73</sup>. Diese Auffassung beruht auf der Erwägung, daß der Übergeber sich mit dem Wohnungsrecht nicht die wesentliche Nutzungsbefugnis an dem verschenkten Gegenstand vorbehält.

Gegen diese Auffassung ist schon auf den ersten Blick einzuwenden, daß es Fälle gibt, in denen der Genuß eines Wohnungsrechts sich kaum vom völligen Nießbrauchsvorbehalt unterscheidet<sup>74</sup>. Dies ist jedenfalls der Fall, wenn das Wohnungsrecht das gesamte auf dem Grundstück errichtete Gebäude umfaßt, das Gebäude ausschließlich zu Wohnzwecken bestimmt ist und die Ausübung des Wohnungsrechts gem. § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB Dritten überlassen werden kann<sup>75</sup>. In diesem Fall ist wohl davon auszugehen, daß der Veräußerer nicht wesentlich auf den Genuß des überlassenen Objekts verzichtet hat. Die Zehnjahresfrist würde also bei einer derartigen Vertragsgestaltung mit Sicherheit nicht ausgelöst. Die Tatsache, daß dem Grundstückseigentümer die dinglich nicht ausschließbare Mitbenutzungsbefugnis an dem nicht bebauten Teil des Grundstücks verbleibt, ist dabei als unerheblich anzusehen<sup>76</sup>.

Wegmann neigt zu einer anderen Betrachtung, wenn der Veräußerer die Ausübung des Wohnungsrechts Dritten nicht überlassen darf<sup>77</sup>. Da zum Genuß eines Hauses sowohl die Möglichkeit der Eigen- als auch der Fremdnutzung gehöre, lasse sich argumentieren, daß der Schenker, der sich auf die Eigennutzung beschränken müsse, einen wesentlichen Teil des Genusses aufgeben müsse. Es bestehe daher die – wenngleich mit hohem rechtlichen Risiko verbundene – Chance, daß bei einem Wohnungsrecht, dessen Ausübung Dritten nicht überlassen werden kann, selbst dann eine Leistung i.S.d. § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB vorliege, wenn das Wohnungsrecht das ganze oder nahezu das ganze auf dem Grundstück stehende Gebäude erfaßt.

Dagegen spricht jedoch, daß sich für den Übergeber, der in dem übertragenen Objekt (immer) selbst gelebt hat und dies aufgrund des vorbehaltenen Wohnungsrechts auch weiter tut, hinsichtlich des „Genusses“ nichts ändert. Der Umstand, daß er die Ausübung des Wohnungsrechts Dritten nicht überlassen darf, wird ihn in der Regel ebensowenig an einer böswilligen Übertragung hindern wie der Verlust zur Veräußerung und Belastung des übertragenen Grundbesitzes. Auch dieser Fall kann daher nicht anders beurteilt werden als der vom BGH entschiedene Nießbrauchsfall. Wenn nicht besondere Umstände vorliegen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen, dürfte der BGH daher in einem derartigen Fall voraussichtlich zu dem Ergebnis gelangen, daß der Veräußerer, der sich ein die Eigennutzung ermöglichendes Wohnungsrecht vorbehält, den Genuß des verschenkten Gegenstandes nicht aufgibt<sup>78</sup>.

Auch der Vorbehalt des Wohnungsrechts hindert somit regelmäßig den Lauf der Zehnjahresfrist<sup>79</sup>.

Hinsichtlich der Einräumung eines Wohnungsrechts an einer von mehreren Wohnungen meint Wegmann, es liege eine Leistung bezüglich des gesamten überlassenen Grundbesitzes vor, wenn sich der Veräußerer an einer von mehreren Wohnungen eines Hauses das Wohnungsrecht vorbehalte, und zwar unabhängig davon, ob er die Ausübung einem Dritten

68 Vgl. BGHZ 98, 226/232.

69 Vgl. Protokolle V, S. 588.

70 So auch Mayer, ZEV 1994, 325/329.

71 Wegmann, MittBayNot 1994, 307.

72 NJW 1988, 138.

73 Meyding, ZEV 1994, S. 202/205; Siegmann, DNotZ 1994, 787/791.

74 Mayer, ZEV 1994, 325/328.

75 Wegmann, MittBayNot 1994, 307/308.

76 Wegmann, MittBayNot 1994, 307/308.

77 MittBayNot 1994, 307/308.

78 Dahingehend auch Mayer, ZEV 1994, 325/329.

79 Ebenso Mayer, ZEV 1994, 325/328.

überlassen könne oder nicht<sup>80</sup>. Da keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, warum beim Wohnungsrecht andere Kriterien als beim Nießbrauchsrecht zugrunde gelegt werden sollten<sup>81</sup>, dürfte es jedoch zutreffender sein, auch beim Wohnungsrecht bei der Übertragung mehrerer Wohnungen für jede einzelne Wohnung zu bestimmen, ob eine Leistung erfolgt ist. Eine Gesamtschau ist abzulehnen<sup>82</sup>.

Für das Wohnungsrecht, bei dem anders als beim Nießbrauch eine Beschränkung des vorbehaltenen Rechts auf einzelne Wohnungen eines Grundstücks zulässig ist, führt dies zwar zu folgendem, auf den ersten Blick unbefriedigenden Ergebnis: Überträgt der Veräußerer dem Erwerber ein in sechs Wohnungseigentumseinheiten gleichen Wertes aufgeteiltes Grundstück und behält er sich an vier Wohnungen ein Wohnungsrecht vor, welches er in der Ausübung Dritten überlassen kann, wird hinsichtlich der beiden vorbehaltlos übertragenen Wohnungseigentumseinheiten die Zehnjahresfrist in Gang gesetzt, nicht aber bezüglich der vier unter Vorbehalt übertragenen Wohnungen. Überträgt der Veräußerer hingegen ein nicht in Wohnungseigentum aufgeteiltes Hausgrundstück mit sechs gleichwertigen Wohnungen und behält er sich wiederum an vier Wohnungen ein Wohnungsrecht vor, welches er Dritten überlassen kann, so hat der Veräußerer, dessen Wohnrecht sich auf 66% der Wohnungen erstreckt, auch nach der auf die 50%-Grenze abstellenden Ansicht<sup>83</sup>, die wesentliche Nutzung des überlassenen Objektes nicht aufgegeben und die Zehnjahresfrist hinsichtlich des gesamten Objektes nicht in Gang gesetzt.

Gleichwohl ist dies als notwendige Folge aus der rechtlichen Verselbständigung der Wohnungen durch die Begründung von Wohnungseigentum hinzunehmen. Da diese rechtliche Selbständigkeit nicht ohne Not durchbrochen werden sollte und kein Anlaß besteht, bei dem nicht in Wohnungseigentum aufgeteilten Hausgrundstück den einzelnen Wohnungen eine rechtliche Selbständigkeit zuzuerkennen, muß es bei der vorgenannten Betrachtungsweise bleiben. Dem Veräußerer, der eine Minderung der Pflichtteilergänzungsansprüche wünscht, ist in einem derartigen Fall zunächst eine Aufteilung nach den Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes zu empfehlen. Eine Umgehung der Rechte des Pflichtteilsberechtigten kann darin nicht erblickt werden, da dem Veräußerer das Recht zustehen muß, von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit einer Aufteilung seines Grundstückes in Wohnungseigentum jederzeit Gebrauch zu machen<sup>84</sup>.

#### c) Rente oder dauernde Last

Insbesondere in den Fällen, in denen der Veräußerer nicht auf eine Eigennutzung des überlassenen Objektes oder zumindest von Teilen desselben angewiesen ist, es ihm vielmehr auf die Erzielung von Erträgen aus dem verschenkten Gegenstand ankommt, stellt die Zahlung einer gleichbleibenden Leibrente gem. § 759 BGB oder einer abänderbaren dauernden Last eine wirtschaftlich vergleichbare Alternative zum Vorbehalt des Nießbrauchs oder eines Wohnungsrechts dar. Die Vereinbarung einer Rente oder dauernden Last wäre um so interessanter, wenn sich herausstellen sollte, daß sie eine Leistung i.S.v. § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB nicht hindert.

Geht man beispielsweise davon aus, daß der Veräußerer eine für 1.300,- DM vermietete Eigentumswohnung unter Nießbrauchsvorbehalt an seine Tochter überträgt, ist zunächst nicht einzusehen, warum er in diesem Fall auf die wesentliche Nutzung nicht verzichten haben sollte, während dies der Fall sein könnte, wenn er die Wohnung gegen Zahlung einer dauernden Last in Höhe von 1.300,- DM übertragen hätte. In beiden Fällen dürfte der Veräußerer nämlich mit Einnahmen in Höhe von 1.300,- DM rechnen. Der Genuß der Sache bliebe ihm in beiden Fällen wie einem Eigentümer erhalten.

Diese Argumentation ließe jedoch außer acht, daß der Erwerber die dauernde Last bzw. Rente zwar aus den Erträgen des übertragenen Objektes entrichten kann, nicht aber muß. Vielmehr hat er seiner Verpflichtung unabhängig von den Erträgen des überlassenen Objektes nachzukommen. Aus der für die Beurteilung der Genußaufgabe maßgeblichen Sicht des Veräußerers bedeutet dies, daß seine Einnahmen nicht an das übertragene Objekt gekoppelt sind, ihm dessen Genuß nur noch als „Fernwirkung“ zuteil wird. Die Einnahmen aus der dauernden Last stellen keinen unmittelbaren Genuß der Sache mehr dar. Hinzu kommt – und dies dürfte ausschlaggebend sein –, daß der Veräußerer auf eine reine Geldleistung angewiesen ist und keinen Einfluß auf das überlassene Objekt mehr hat. Beim Nießbrauch kann er hingegen entscheiden, wer den Gegenstand nutzt. Durch die Ausgestaltung des Nießbrauchs oder infolge der Regelungen der §§ 1041–1049 BGB treffen ihn bestimmte Pflichten hinsichtlich des übertragenen Gegenstandes. Dies ist bei der Vereinbarung einer Rente oder einer dauernden Last nicht der Fall<sup>85</sup>. Der alleinige Genuß der Rente oder der dauernden Last ist daher nicht als wesentliche Nutzung des übertragenen Objektes anzusehen.

Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht die Überlegung, daß bei der Übertragung von Grundbesitz die Rente oder die dauernde Last oftmals durch eine Reallast im Grundbuch gesichert wird: Diese führt nämlich nicht zu einer Nutzungs-, sondern allenfalls zu einer Verwertungsbefugnis des Veräußerers<sup>86</sup>.

Um dem Veräußerer nicht nur die aufgezeigten Vorteile einer Rente oder einer dauernden Last zu sichern, sondern ihm darüber hinaus auch die Nutzung des überlassenen Objektes zu erhalten, böte sich an, die Geldleistungsvereinbarung im Übertragungsvertrag mit einem Mietvertrag zu koppeln. Aufgrund des dadurch eingeräumten mietvertraglichen Nutzungsanspruchs müßte der Veräußerer sich jedoch vorhalten lassen, daß er die Nutzung des überlassenen Objektes eben nicht im wesentlichen aufgegeben hat<sup>87</sup>. Der BGH hat in seiner Entscheidung ausdrücklich hervorgehoben, daß auch schuldrechtliche Vereinbarungen den Fristbeginn hindern können. Eine derartige schuldrechtlicher Anspruch liegt hier unzweifelhaft vor, und zwar unabhängig davon, ob er auf einer ausdrücklichen oder konkludenten Abrede beruht. Man wird deshalb zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß jegliche tatsächliche Eigennutzung des verschenkten Gegenstandes durch den Veräußerer nach Übertragung gegen Rente oder dauernde Last den Lauf der Zehnjahresfrist hindern dürfte<sup>88</sup>.

Unbefriedigend ist an dieser Lösung, daß sie den Veräußerer, der auf die Eigennutzung des verschenkten Gegenstandes angewiesen ist, schlechter stellt als denjenigen Übergeber, der sich wirtschaftlich auf eine Fremdnutzung beschränken kann. Dieser Gedanke rechtfertigt indes keine andere Beurteilung. Die Zehnjahresfrist soll der Eingewöhnung in die Folgen der Schenkung dienen<sup>89</sup>. Derjenige, der lediglich eine Rente oder dauernde Last erhält, gibt wesentlich mehr auf als derjenige, der zudem in der Immobilie wohnen bleibt. Die Tatsache, daß der Schenker die Immobilie selbst bewohnt, tritt als selbständiges Bewertungskriterium von entscheidendem Gewicht neben das der Rente oder dauernden Last. Der Umstand, daß der „kleine Mann“ nicht auf die Eigennutzung verzichten kann, während es dem wirtschaftlich besser gestellten Veräußerer ohne weiteres möglich ist, sich mit einer Geldzahlung ohne Eigennutzung zu begnügen, ist daher als Folge unterschiedlicher wirtschaftlicher Verhältnisse hinzunehmen. Daß dieses Ergebnis nicht unbillig ist, zeigt die Erwägung, daß auch der „wohlhabendere“ Übergeber, der nicht bei Dritten zur Miete lebt, regelmäßig noch eine Immobilie bewohnen wird, die dem Pflichtteilsberechtigten in irgendeiner Form zugute kommt.

80 Wegmann, MittBayNot 1994, 307/308.

81 Vgl. oben B. II. 3. a) (2) (d).

82 BGH NJW 1988, 138.

83 Wegmann, MittBayNot 1994, 307/308; Mayer, ZEV 1994, 325/327.

84 Im Ergebnis ebenso Mayer, ZEV 1994, 325/329.

85 Ebenso Wegmann, MittBayNot 1994, 307/308; Mayer, ZEV 1994, 325/327.

86 Wegmann, MittBayNot 1994, 306/307; Mayer, ZEV 1994, 325/327.

87 Vgl. Wegmann, MittBayNot 1994, 307/308.

88 So auch Mayer, ZEV 1994, 325/328.

89 Vgl. nur BGHZ 98, 226 = NJW 1987, 122 = DNotZ 1987, 315.

Die Übertragung gegen Zahlung einer Rente oder dauernden Last setzt daher die Zehnjahresfrist nur in Gang, wenn der Veräußerer aus der Immobilie auszieht<sup>90</sup>.

#### d) Altenteil

Wünscht der Veräußerer eine umfassende Versorgung durch den Erwerber, werden die dem Veräußerer im Übergabevertrag eingeräumten Rechte oftmals durch ein Altenteil (Leibgedinge) zusammengefaßt. Die Auswirkungen eines derartigen Altenteilsrechts auf den Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB sind nach den einzelnen im Altenteil zusammengefaßten Rechten zu beurteilen. Ist Teil eines Altenteils der Nießbrauch, gelten die für den Nießbrauch dargestellten Ausführungen; ist Teil eines Altenteils ein Wohnungsrecht, sind die vorstehend für das Wohnungsrecht dargelegten Regeln maßgeblich. Letztlich kommt es – wie immer – darauf an, ob der Veräußerer darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand im wesentlichen weiterhin zu nutzen.

#### e) Rücktrittsvorbehalt

Obwohl der Entscheidung des BGH vom 27. 4. 1994<sup>91</sup> zum Nießbrauchsvorbehalt ausweislich des Tatbestandes ein Sachverhalt zugrunde lag, in dem der Schenker sich ein durch eine Rückkauflassungsvormerkung gesichertes Rücktrittsrecht hatte einräumen lassen, hat der BGH die Gelegenheit nicht genutzt, die Relevanz von Rücktrittsklauseln für den Beginn der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB zu klären. Dies ist auf den ersten Blick um so erstaunlicher, als nach der Hervorhebung des Rücktrittsrechts im Tatbestand damit gerechnet werden durfte, daß sich in den Urteilsgründen erhellende Ausführungen finden. Statt dessen hat der BGH in den Entscheidungsgründen ergänzend einen Gesichtspunkt herangezogen, der im Tatbestand nicht erwähnt war, nämlich die Verpflichtung, außergewöhnliche Reparaturen zu zahlen. Bedauerlicherweise läßt sich daher nach den Gründen dieser Entscheidung keine verbindliche Aussage darüber treffen, ob die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts den Fristbeginn nach § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB hindert.

Für die Beantwortung der Frage, welche Relevanz ein Rücktrittsvorbehalt für den Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB hat, ist daher wiederum entscheidend, ob er dem Schenker eine wesentliche Weiternutzung des übertragenen Gegenstandes ermöglicht.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung erbringt der Verfügende gerade kein endgültiges Opfer, solange er den Widerrufsvorbehalt ausüben kann, weil er nicht endgültig auf die Sache verzichten muß. Folglich verliert er hiernach erst mit dem Wegfall des Widerrufsrechts für immer jede Zugriffsmöglichkeit auf das Grundstück. Ergebnis dieser Ansicht ist, daß das Grundstück erst mit dem Erlöschen der Widerrufsbefugnis, also regelmäßig erst mit dem Tode des Schenkers, endgültig aus dessen Vermögen ausgegliedert wird<sup>92</sup>.

Anderer Ansicht zufolge ist zu differenzieren: Werde ein Nießbrauchsvorbehalt mit einem Widerrufsrecht kombiniert, sei die wirtschaftliche Ausgliederung aus dem Vermögen des Erblassers zu verneinen<sup>93</sup>. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß eine derartige Kombination es dem Schenker ermögliche, eine im Vergleich zur Eigentümerstellung nahezu unveränderte Position einzunehmen: Neben den Erträgen, die ihm durch den Nießbrauch erhalten blieben, sichere sich der Schenker auch noch maßgeblichen Einfluß auf das weitere Schicksal des Grundstücks<sup>94</sup>.

Unterschiedlich wird von den Vertretern dieser Auffassung beurteilt, ob dabei zwischen einem freien Widerrufsrecht oder einem beschränkten Widerrufsrecht zu differenzieren ist. Mayer neigt dazu, den Fristbeginn bei Widerrufsgründen, deren Eintritt

ausschließlich im Ermessen des Übernehmers liegt (z.B. Widerruf bei grobem Undank), ebenso wie in den Fällen, in denen die Widerrufsmöglichkeit an durch die Parteien nicht willkürlich beeinflussbare Umstände geknüpft ist (z.B. Rückfallklausel im Fall des Konkurses oder der Zwangsversteigerung des übertragenen Objekts), zu bejahen<sup>95</sup>. Demgegenüber meint Böning, eine Differenzierung verbiete sich<sup>96</sup>. Zum einen könne der Schenker durch eine Vielzahl vertraglicher Widerrufsgründe die gleichen Wirkungen erzielen wie bei einem freien Widerrufsrecht, ohne die damit verbundenen Nachteile in Kauf nehmen zu müssen<sup>97</sup>, zum anderen widerspreche eine solche Differenzierung den Geboten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit<sup>98</sup>.

Uneinigkeit besteht ferner über die Beurteilung der Fälle, in denen ausschließlich ein Widerrufsvorbehalt vereinbart wird: Während Dieckmann eher dazu neigt, die Zehnjahresfrist erst mit Erlöschen der Vormerkung beginnen zu lassen, meint Böning, ein isolierter Widerrufsvorbehalt stehe dem Fristbeginn nicht entgegen. Dieckmann verweist zur Begründung darauf, daß vormerkungsgesicherte Rücküberweisungsansprüche im Grundstücksverkehr oftmals eine aufschiebend bedingte Überweisung ersetzen, die das Gesetz wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung untersage. Bei zumindest aufschiebend bedingten Vermögensübertragungen hält er es für erforderlich, für den Fristbeginn auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts abzustellen<sup>99</sup>. Im Unterschied dazu rückt Böning die Erwägung in den Vordergrund, dem Schenker stünden bei isolierter Vereinbarung eines Widerrufsrechts Nutzungen an dem Grundstück nicht mehr zu, so daß der Veräußerer sich zwangsläufig in eine veränderte Vermögenssituation eingewöhnen müsse<sup>100</sup>.

In der Tat ist der Vorbehalt der Rückübertragung für die Möglichkeit der Nutzung irrelevant. Solange der Vorbehalt nicht ausgeübt wird, entbehrt der Schenker die Nutzung; übt er den Vorbehalt aus, und überträgt der Veräußerer den geschenkten Gegenstand auf sich zurück, besteht auch kein Bedarf, einen Pflichtteilergänzungsanspruch aus der dem Vorbehalt zugrundeliegenden Schenkung zu konstruieren. Denn der ursprünglich verschenkte Gegenstand wandert wieder in das Vermögen des Erblassers zurück. Er steht somit dem Pflichtteilsberechtigten wieder im Wege des „ordentlichen“ Pflichtteilsanspruchs zur Verfügung. Der Schutz des Pflichtteilsberechtigten ist somit im erforderlichen und angemessenen Umfang gewahrt. Eine verblüffend einfache Lösung, die zeigt, daß es komplizierter Konstruktionen und einer Differenzierung danach, ob der Widerrufsvorbehalt isoliert oder gemeinsam mit anderen Vorbehalten bzw. schuldrechtlich oder auch dinglich abgesichert vereinbart wurde, nicht bedarf. Dies könnte zugleich der Grund dafür sein, daß der BGH im vorgenannten Urteil seine Entscheidung, daß die Frist nicht begonnen habe, eben nicht mit der Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts begründet hat.

### III. Die Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs – § 2325 Abs. 2 BGB

In den Fällen, in denen die Schenkung Pflichtteilergänzungsansprüche auslöst, weil die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB noch nicht verstrichen ist, stellt sich die Frage, wie der dem Nachlaß hinzuzurechnende Wert des verschenkten Gegenstandes zu bestimmen ist.

#### 1. Feststellung des maßgeblichen Wertes

Eine Regelung hierzu trifft § 2325 Abs. 2 BGB. Nach dieser Bestimmung ist zunächst danach zu differenzieren, ob dem Dritten eine verbrauchbare Sache oder ein anderer Gegenstand geschenkt wurde. Bei verbrauchbaren Sachen unterstellt das Gesetz deren raschen Verbrauch und bestimmt darum in

90 Ebenso Mayer, ZEV 1994, 325/328.

91 BGHZ 125, 395/396 = NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784 = MittRhNotK 1994, 219.

92 Draschka, Rpfleger 1992, 419/421; derselbe, Vorweggenommene Erbfolge und Pflichtteilergänzung, Diss. Marburg, S. 63.

93 Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 56; Mayer, FamRZ 1994, 739/745.

94 Böning, Diss. S. 122.

95 FamRZ 1994, 739, 745; ders., ZEV 1994, 329.

96 Diss., S. 122 ff.

97 Böning, Diss., S. 123.

98 Böning, Diss., S. 125.

99 Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 56.

100 Böning, Diss., S. 117 f.

§ 2325 Abs. 2 S. 1 BGB, daß stets der Wert zur Zeit der Schenkung maßgeblich ist. Bei anderen Gegenständen als verbrauchbaren Sachen kommen demgegenüber sowohl der Wert zur Zeit des Erbfalls als auch der zur Zeit der Schenkung in Betracht. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB sieht nämlich vor, daß zunächst sowohl der Wert, den der verschenkte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls hatte, als auch der Wert zum Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung festzustellen sind. Der für den Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs ermittelte Wert ist dabei nach den Grundsätzen über die Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes auf den Tag des Erbfalls umzurechnen und in dieser Höhe dem Wert beim Erbfall gegenüberzustellen<sup>101</sup>. Für die Pflichtteilergänzung ist sodann nach dem sog. Niederwertprinzip der geringere der beiden Werte anzusetzen. Auf diese Weise soll ein möglicherweise eingetretener Wertschwund durch Verschleiß und Entwertung berücksichtigt werden, eine Wertsteigerung jedoch außer Betracht bleiben<sup>102</sup>.

Da die Immobilien- und Grundstückspreise in den letzten Jahren kontinuierlich und in einem deutlich höheren Maße als die Inflationsrate gestiegen sind, wird für die Bewertung solcher Übertragungsverträge nach dem „inflationbereinigten“ Niederwertprinzip regelmäßig auf den Zeitpunkt der Schenkung abzustellen sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der Erblasser keine Rechte an dem verschenkten Gegenstand vorbehalten hatte.

## 2. Auswirkungen von Vorbehalten des Erblassers

Ob man auch hinsichtlich derjenigen Übertragungsverträge, in denen sich der Übergeber bei der Schenkung bestimmte Rechte ausbedungen hatte, zu diesem Ergebnis gelangt, hängt davon ab, welche Auswirkungen dem Vorbehalt bestimmter Rechte auf die Höhe des Pflichtteilergänzungsanspruchs eingeräumt werden. Hierzu werden unterschiedliche Auffassungen vertreten:

a) Abzug des Vorbehalts nur, wenn auf den Zeitpunkt der Schenkung abzustellen ist (BGH)

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist der Wert des vorbehaltenen Rechtes für die Frage, ob für die Bewertung auf den Zeitpunkt der Schenkung oder des Erbfalls abzustellen ist, irrelevant. Der BGH entnimmt der Regelung des § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB, daß auch in diesen Fällen zunächst zu ermitteln ist, ob der verschenkte Gegenstand im Zeitpunkt der Übertragung inflationsbereinigt einen geringeren Wert gehabt hat als beim Erbfall. Das vorbehaltene Recht soll bei der Feststellung des maßgebenden Niederwertes des verschenkten Gegenstandes zunächst nicht zu berücksichtigen sein. Der BGH begründet seine Auffassung mit der Erwägung, daß der Vorteil beim Beschenken, der darin liege, daß der Nießbrauch mit dem Tode des Erblassers ende, auf einem substantiellen Zuwachs des Geschenks beruhe. Er unterfalle damit nicht denjenigen Wertsteigerungen, die § 2325 Absatz 2 S. 2 Halbsatz 2 BGB dem Erben vorbehalten wolle und die dem Pflichtteilberechtigten daher nicht zugute kämen<sup>103</sup>.

Hohloch<sup>104</sup> hat diese knappen Ausführungen des BGH wie folgt verdeutlicht: Dem Geschenk fehle im Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung noch die Nutzungsmöglichkeit. Infolge der lebzeitigen Begrenzung des Nießbrauchs trete die Nutzungsmöglichkeit dann aber im Zeitpunkt des Erbfalls zum Wert der ursprünglichen Schenkung hinzu. Dieser Vorteil beim Beschenken beruhe nicht auf einer Wertsteigerung des Gegenstandes, sondern auf einem „substantiellen Zuwachs“ des Geschenks.

Daran dürfe der Pflichtteilsberechtigte durch seinen Ergänzungsanspruch nur dann teilhaben, wenn nicht infolge des Niederwertprinzips auf den Wert im Zeitpunkt der Schenkung abzustellen sei<sup>105</sup>.

Entsprechend stellt der BGH gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB in einem ersten Schritt den Wert des Gegenstandes beim Vollzug der Schenkung demjenigen beim Erbfall gegenüber. Ergibt sich dabei, daß der Wert zur Zeit des Erbfalls der niedrigere und damit anzusetzen ist, bedarf es keiner Bewertung der vorbehaltenen Rechte mehr, wenn diese mit dem Erbfall erloschen sind. Verschenkter Gegenstand ist in diesem Fall der unbelastete Gegenstand. Ergibt die Vergleichsrechnung hingegen, daß auf den Wert des Gegenstandes zur Zeit des Vollzugs der Schenkung abzustellen ist, ist als verschenkter Gegenstand der mit dem vorbehaltenen Recht belastete Gegenstand anzusehen. In diesem Fall ist folglich in einem zweiten Schritt der Wert des verschenkten Gegenstandes nach der Differenz zwischen dem Grundstückswert und dem Wert der vorbehaltenen Rechte zu bestimmen. „Geschenk“ i.S.d. § 2325 Abs. 1 BGB ist danach lediglich der Wert des übertragenen Gegenstandes, der den Wert der kapitalisierten Nutzungen übersteigt<sup>106</sup>. In diese Bewertung ist nicht nur das sogenannte nackte Eigentum, sondern auch die künftige Nutzungsbefugnis des Beschenkten einzubeziehen<sup>107</sup>. Unterstellt, der Wert des unbelasteten Gegenstandes würde inflationsbereinigt im Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs 100.000,- DM und im Zeitpunkt des Erbfalls 120.000,- DM betragen und der Wert der vorbehaltenen Rechte wäre mit 70.000,- DM anzusetzen, so wäre ein Betrag von 30.000,- DM als Geschenk anzusehen und dem Nachlaß hinzuzurechnen. Würde hingegen der indexierte Wert des unbelasteten Gegenstandes im Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung 100.000,- DM, der Wert im Zeitpunkt des Erbfalls jedoch nur 99.000,- DM betragen, wären dem Nachlaß 99.000,- DM für die Pflichtteilergänzung hinzuzurechnen.

Klarstellend ist hinzuzufügen, daß den Entscheidungen des BGH Fallgestaltungen zugrunde lagen, in denen sich der Erblasser den Nießbrauch<sup>108</sup> oder Altenteilsleistungen<sup>109</sup> vorbehalten hatte. In den jeweiligen Entscheidungsgründen hat der BGH hervorgehoben, daß die dargestellte Berechnungsmethode unabhängig davon gelten soll, ob ein dingliches Nutzungsrecht wie der Nießbrauch oder ein Wohnungsrecht vereinbart wurde oder ob die Nutzungen dem Schenker lediglich schuldrechtlich zugesagt waren. Ebenso wenig soll es darauf ankommen, ob der Schenker sich den etwaigen Nießbrauch ausdrücklich vorbehalten hatte oder ob dieser wie eine Gegenleistung des Beschenkten oder wie eine Auflage formuliert wurde<sup>110</sup>.

Von Bedeutung erscheint auch, daß der BGH diese Rechtsprechung in seiner jüngsten Entscheidung<sup>111</sup> zu diesem Fragenkreis noch einmal ausdrücklich bestätigt hat. Zugleich hat er hervorgehoben, daß die vorgenannte Berechnung selbst dann vorzunehmen sei, wenn der Stichtag der dinglichen Vollziehung der Schenkung mehr als zehn Jahre vor dem Erbfall liege, die Frist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB jedoch noch nicht angelaufen sei. Die unterschiedlichen Zielvorgaben des Gesetzgebers zu § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB einerseits und zu § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB andererseits ließen einen einheitlichen Ansatz nicht zu<sup>112</sup>.

b) Unbeachtlichkeit des Vorbehalts (Leipold, Reiff)

Leipold<sup>113</sup> hat hierzu angemerkt, die Beibehaltung dieser Rechtsprechung trotz Ablehnung des Fristbeginns im Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung fordere den Widerspruch geradezu heraus:

101 BGHZ 65, 75/77 f.

102 Vgl. Protokolle V, 583 f.

103 BGHZ 118, 49/50 = NJW 1992, 2887 = DNotZ 1993, 122 = MittRhNotK 1993, 190 f. = MittBayNot 1992, 280; BGH NJW 1994, 1791/1792 = DNotZ 1994, 784/786 f. = MittRhNotK 1994, 219/220.

104 JuS 1993, 164.

105 Hohloch, JuS 1993, 164.

106 Vgl. BGH NJW-RR 1990, 1158/1159 = DNotZ 1991, 902 f.; Leipold, JZ 1994, 1121/1122.

107 BGHZ 125, 395/397 = BGH NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784/785 = MittRhNotK

1994, 219/220; BGHZ 118, 49/52 = BGH NJW 1992, 2887 = DNotZ 1993, 122/123 = MittRhNotK 1992, 190; NJW-RR 1990, 1158/1159 = DNotZ 1991, 902/903.

108 BGHZ 118, 49; NJW 1994, 1791.

109 NJW 1992, 2888.

110 So bereits BGH NJW-RR 1990, 1158/1159 = DNotZ 1991, 902 f.

111 BGHZ 125, 395 = BGH NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784 = MittRhNotK 1994, 219.

112 BGHZ 125, 395/399 = BGH NJW 1994, 1791/1792 = DNotZ 1994, 784/787 = MittRhNotK 1994, 219/220.

113 JZ 1994, 1121.

Bei der Bewertung sehe der BGH jedenfalls in den Fällen, in denen infolge des Niederstwertprinzips auf den Zeitpunkt der Schenkung abzustellen sei, als Gegenstand der Schenkung das Grundstück abzüglich der Belastung mit dem Nießbrauch an. Dieser Schenkungsgegenstand sei bereits bei der Übertragung des Grundstücks aus dem Vermögen des Erblassers abgeflossen. Ausgehend von dieser Sichtweise hätte man daher erwarten dürfen, daß dann auch die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB bereits zum Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung hätte beginnen müssen.

Entscheide man sich hingegen – wie der BGH es überzeugend getan habe – dafür, die Frist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB nicht mit dem Vollzug der Schenkung beginnen zu lassen, weil zu diesem Zeitpunkt noch keine wirtschaftliche Ausgliederung des Geschenks stattgefunden habe, sei als Gegenstand der Schenkung das gesamte Grundstück anzusehen. Die Richtigkeit dieser Ansicht zeige sich daran, daß das unbelastete Grundstück, welches der Beschenkte im Zeitpunkt des Erbfalls erhalte, im Nachlaß fehle. Da es im Ergebnis das unbelastete Grundstück sei, welches am Nachlaß vorbeigesteuert werde, sei für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs stets der niedrigere Grundstückswert ohne Abzug des Nießbrauchsrechts in Ansatz zu bringen. Es sei inkonsequent, wenn der BGH diese Folgerung nicht ziehe.

Für den Fall einer Schenkung unter Vorbehalt hatte Reiff, der insgesamt zwischen sechs Grundschenkungstypen differenziert und dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt, bereits vor Ergehen der beiden letzten Entscheidungen des BGH zu dieser Frage die nunmehr auch von Leipold für zutreffend erachtete Berechnungsweise vehement verfochten<sup>114</sup>. Der BGH hat sich mit diesen Gedanken befaßt, sah sich hierdurch jedoch nicht veranlaßt, von seiner Rechtsprechung abzuweichen<sup>115</sup>.

#### c) Durchweg Abzug des Vorbehalts (Mayer)

Für eine dritte Lösungsmöglichkeit setzt sich Mayer ein<sup>116</sup>. Im Ansatz begrüßt er die Rechtsprechung des BGH, derzufolge der Wert des Nießbrauchs grundsätzlich als Abzugsposten zu berücksichtigen ist. Anders als der BGH, der den Wert des Nießbrauchs nur dann vom Wert des verschenkten Gegenstandes in Abzug bringen will, wenn für die Bewertung der Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung maßgeblich ist, meint Mayer, der Nießbrauch sei immer, also auch dann abzuziehen, wenn für die Bewertung der Zeitpunkt des Erbfalls zugrunde zu legen ist. Nur auf diese Weise ließen sich wirtschaftlich vergleichbare Sachverhalte gleich behandeln<sup>117</sup>.

#### d) Wertabschlag und Wertausgleich (Dieckmann)

Eine Mittellösung vertritt Dieckmann<sup>118</sup>. Ausgehend von der Überlegung, daß der Nießbrauch zur Schenkungszeit den Substanzwert mindert, hält er es für gerechtfertigt, einen Wertabschlag vorzunehmen. Er neigt jedoch dazu, diesen Abzug teilweise wieder auszugleichen, weil dem Beschenkten spätestens beim Tode des Übergebers die Nutzungsbefugnis zuwachsen.

#### e) Anmerkungen

Da zu der Frage, wie die Bewertung einer Schenkung unter Vorbehalt vorzunehmen ist, nicht nur Urteile und Aufsätze, sondern ganze Doktorarbeiten verfaßt wurden und alle denkbaren Auffassungen vertreten werden, erscheint es wenig sinnvoll, die Vor- und Nachteile der einzelnen Meinungen an dieser Stelle erneut erschöpfend ausdiskutieren. Die notarielle Beratung wird sich ohnehin an der ständigen Rechtsprechung zu

orientieren haben, die der BGH jüngst noch einmal bestätigt hat. Dessen ungeachtet seien dem Verfasser einige kurze Anmerkungen erlaubt:

#### (1) Ideallösung ade?

„Eine Ideallösung mit einem ungebrochenen Einheitsansatz wird man nicht erwarten dürfen“<sup>119</sup>, da sich Wertungswidersprüche in keiner der vertretenen Ansichten vermeiden lassen. Je mehr man sich mit dem vorliegenden Fragenkreis auseinandersetzt, um so deutlicher wird, daß man sich dieser treffenden Erkenntnis von Dieckmann nicht verschließen kann. Dies hat sogar der BGH in den Gründen seiner Entscheidung vom 27. 4. 1994 eingeräumt<sup>120</sup>. Im Rahmen einer eigenen Stellungnahme kann es daher nur darum gehen, welche Auffassung auf der Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen die in sich schlüssigste und sachgerechteste Lösung für das mit der Regelung des § 2325 BGB verfolgte gesetzgeberische Grundanliegen darstellt.

#### (2) Festsetzung des Vergleichswertes

Einigkeit besteht darüber, daß für die Beantwortung der Frage, in welcher Höhe eine Schenkung unter Vorbehalt zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen führt, an die Bewertungsregel des § 2325 Abs. 2 BGB anzuknüpfen ist. Die Ansicht des BGH, derzufolge der Vorbehalt in einem ersten Schritt bei der Feststellung des Niederstwertes unberücksichtigt bleiben muß, weil sein späterer Wegfall als ein substantieller Zuwachs des Geschenks anzusehen sei<sup>121</sup>, jedoch in einem zweiten Schritt, nämlich dann, wenn nach dem Niederstwertprinzip auf den Wert zur Zeit des Vollzugs der Schenkung abzustellen ist, doch vom Wert des verschenkten Gegenstandes in Abzug gebracht werden soll<sup>122</sup>, begegnet folgenden Bedenken: Im vorgenannten Fall betrachtet der BGH als verschenkten Gegenstand i.S.d. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB den gesamten verschenkten Gegenstand (ohne Berücksichtigung des vorbehaltenen Rechts), während er als verschenkten Gegenstand i.S.d. § 2325 Abs. 1 BGB den Gegenstand abzüglich des Werts der vorbehaltenen Rechte ansieht. Er interpretiert also denselben Begriff im Rahmen derselben Vorschrift unterschiedlich. Naheliegender dürfte sein, daß mit dem in § 2325 Absatz 2 S. 2 BGB erwähnten Begriff des anderen Gegenstandes der verschenkte Gegenstand i.S.d. § 2325 Abs. 1 BGB gemeint ist. Ein zwingender Grund für eine unterschiedliche Interpretation desselben Begriffs im Rahmen derselben Vorschrift ist nämlich nicht ersichtlich. Folgt man der Ansicht des BGH, daß der Wert der vorbehaltenen Rechte in Abzug zu bringen ist, wenn nach dem Niederstwertprinzip auf den Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs abzustellen ist, wäre es daher zu begrüßen, wenn der vorstehend aufgezeigte Widerspruch vermieden würde, indem künftig bereits bei der Festsetzung des Vergleichswertes zum Zeitpunkt des Schenkungsvollzuges der Wert des vorbehaltenen Rechts vom Wert des Gegenstandes in Abzug gebracht würde.

#### (3) Die vorzugswürdige Lösung

##### (a) Relevanz des Vorbehalts

Die Feststellung, den „Restwert“ zwischen Gegenstandswert und vorbehaltenem Recht habe der Erblasser bereits im Zeitpunkt der Schenkung wirtschaftlich aus seinem Vermögen ausgegliedert, könnte es auf den ersten Blick nahelegen, die Frage des Fristbeginns differenziert zu betrachten: Hinsichtlich des Restwertes könnte man die Frist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB bereits mit Schenkungsvollzug, hinsichtlich des vorbehaltenen Rechts erst mit dem Erbfall anlaufen lassen, weil es bis

114 Reiff, FamRZ 1991, 553; ders., NJW 1992, 2857; ders., FamRZ 1992, 363; ders., Dogmatik, S. 172–187; ebenso OLG Hamburg, FamRZ 1992, 228; Staudinger/J. Frank, 13. Bearbeitung 1994, Vorbem. zu § 1030, Rd.-Nr. 80; Custodis, MittRhNotK 1992, 31; Liedel, MittBayNot 1992, 238/241.

115 Besonders deutlich in BGHZ 118, 49/51 = NJW 1992, 2887 = DNotZ 1993, 122/123 = MittRhNotK 1992, 190; siehe auch BGHZ 125, 395/397 = BGH NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784 = MittRhNotK 1994, 219/220.

116 Mayer, FamRZ 1994, 739/743; ders., ZEV 1994, 325/326.

117 Mayer, FamRZ 1994, 739/743; zustimmend Behmer, FamRZ 1994, 1375.

118 Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 38.

119 Soergel/Dieckmann, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 36.

120 BGHZ 125, 395/399 = NJW 1994, 1791/1792 = DNotZ 1994, 784/787 = MittRhNotK 1994, 219/220 f.

121 So BGHZ 118, 49/51 = NJW 1992, 2887 = DNotZ 1993, 122 = MittRhNotK 1992, 190.

122 Vgl. nur BGHZ 125, 395/396 = BGH NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784/785 = MittRhNotK 1994, 219/220.

zu diesem Zeitpunkt an einer Ausgliederung dieses Wertes aus dem Vermögen des Erblassers fehlt.

Diese Sichtweise ist indes nach im Ergebnis einhelliger Ansicht abzulehnen<sup>123</sup>, da sie einen tatsächlich und rechtlich einheitlichen Sachverhalt in zwei Teilschenkungen zerreißen würde, nämlich einerseits die des nackten Eigentums und andererseits die des Nießbrauchswertes. Im Detail variiert die Begründung der ablehnenden Haltungen:

Reiff<sup>124</sup> lehnt die Aufspaltung ab, da bei der Vorbehaltsschenkung nur eine Zuwendung vorliege. Es werde nur einmal ein – wenngleich zeitweise belasteter – Gegenstand übertragen. Damit werde dem Beschenkten nicht nur das nackte Eigentum, sondern zugleich ein Nutzungspotential zugewendet. Da der Nutzungsvorbehalt nur eine zeitliche Streckung des Erwerbs bewirke, an dessen Ende der Beschenkte Eigentümer des lastenfreien Gegenstandes werde, sei bei einer Schenkung mit Nutzungsvorbehalt der unbelastete Gegenstand „verschwenkt“ im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB<sup>125</sup>. Ein Abzug des Wertes des vorbehaltenen Rechts vom Gegenstandswert dürfe daher nicht stattfinden.

Genau entgegengesetzt argumentiert der BGH<sup>126</sup>: Eine Aufteilung in zwei Teilschenkungen hätte zur Folge, daß auch zwei Pflichtteilsergänzungen vorzunehmen wären. Damit würde der Pflichtteilsberechtigte zumindest nahezu so gestellt, als sei der weggeschenkte Gegenstand unbelastet gewesen. Dies könne nicht richtig sein, da es einen Unterschied mache, ob der Beschenkte einen belasteten oder einen unbelasteten Gegenstand erhalte. Dieser Umstand müsse sich auch in der Bewertung niederschlagen und zu unterschiedlich hohen Pflichtteilsergänzungen führen.

Dieser Gedanke des BGH überzeugt: Der Ergänzungsanspruch soll den Pflichtteilsberechtigten davor schützen, daß der Erblasser ihn schon zu seinen Lebzeiten durch die unentgeltliche Verfügung über Teile seines Vermögens um eine angemessene Beteiligung am Nachlaß bringt<sup>127</sup>. Behält der Erblasser sich bestimmte Rechte an dem weggeschenkten Gegenstand vor, schlägt sich der verbliebene Nutzungswert im Laufe der Zeit in seinem Vermögen nieder – etwa in Form von angesammelten Miet- und Pachtzinsen oder von ersparten Aufwendungen für eine anderenfalls erforderliche Mietwohnung – und kommt auf diesem Wege seinen Erben und Pflichtteilsberechtigten zugute<sup>128</sup>. Würde der Erblasser den Gegenstand demgegenüber vorbehaltlos verschenken, fänden sich diese Werte im Nachlaß nicht wieder. Der Pflichtteilsberechtigte stünde sich insoweit schlechter. Dieser Umstand bliebe jedoch außer Betracht, wenn man den Wert des vorbehaltenen Rechts auch in den Fällen unberücksichtigt ließe, in denen nach dem Niederstwertprinzip auf den Zeitpunkt der Schenkung abzustellen wäre. Die Auffassung von Reiff, der den Nießbrauch auch in diesem Fall unberücksichtigt lassen will, ist daher abzulehnen.

Da der Beschenkte nach dem Wegfall des vorbehaltenen Rechts schließlich doch noch das unbelastete Geschenk erhält, wäre es freilich auch nicht richtig, dieses „Nutzungspotential“ bei der Bewertung außer acht zu lassen. Völlig zu Recht berücksichtigt der BGH<sup>129</sup> deshalb in den Fällen, in denen nach dem Niederstwertprinzip auf den Zeitpunkt der Schenkung abzustellen und somit der Abzug der Nutzungen vorzunehmen ist, auch den Wert, den der künftige Wegfall der Nutzungsmöglichkeiten des Übergebers bereits im Zeitpunkt der Schenkung hat.

(b) Abzug des abstrakt oder des konkret ermittelten Wertes des Vorbehalts?

Wie der Wert der vorbehaltenen Rechte zu bestimmen ist, wird unterschiedlich beurteilt:

Die Ausführungen des BGH<sup>130</sup>, wonach der Wert des Nießbrauchs anhand der Lebenserwartung des Nießbrauchers zu bestimmen ist, lassen vermuten, daß das Gericht von der statistischen Lebenserwartung des Berechtigten zur Zeit des Vertragsschlusses ausgeht. Anhaltspunkte für die Ermittlung der Lebenserwartung gäben § 24 Abs. 2 KostO und § 14 BewG<sup>131</sup>. Im Einzelfall sollen Korrekturen möglich sein. Damit teilt der BGH eine verbreitete Auffassung im Schrifttum<sup>132</sup>. Diese Ansicht beruht auf der Überlegung, daß dem Nachlaß der Wert hinzuzurechnen ist, der erzielt worden wäre, wenn der mit dem Nutzungsrecht belastete Gegenstand im Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung veräußert worden wäre<sup>133</sup>. Bei der Vereinbarung eines Kaufpreises im Falle des Verkaufs eines mit einem Nießbrauch belasteten Grundstücks können die Parteien jedoch nur die statistische Lebenswahrscheinlichkeit berücksichtigen. Dementsprechend dürfe auch für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs der Wert der vorbehaltenen Rechte nur anhand der Umstände ermittelt werden, die den Parteien im Zeitpunkt der Übergabe bekannt gewesen seien<sup>134</sup>.

Gegen diese Sichtweise ist jedoch einzuwenden, daß regelmäßig kein Anlaß dafür besteht, eine Berechnung zugrunde zu legen, die auf einer Wahrscheinlichkeitsrechnung beruht und damit immer hypothetisch bleibt. Im Augenblick der Entstehung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs steht die tatsächliche Lebensdauer des Berechtigten fest. Legt man sie zugrunde, läßt sich der tatsächliche Wert des vorbehaltenen Rechts präzise bestimmen<sup>135</sup>. Nur in diesem Umfang hat sich der Wert des vorbehaltenen Rechts im Vermögen des Erblassers niedergeschlagen. Nur in diesem Umfang bedarf es einer Pflichtteilsergänzung. Dies verkennt, wer meint, es sei wünschenswert zu vermeiden, daß die Höhe der Pflichtteilsergänzung von einem „zufälligen Ereignis“ wie dem Todeszeitpunkt abhängt<sup>136</sup>.

Grundsätzlich dürfte es daher sachgerechter sein, die Wertminderung ausgehend vom Todestag, also aus einer ex-post-Betrachtung, konkret zu berechnen<sup>137</sup>. Richtig ist allerdings, daß die hier vertretene Auffassung in den Fällen Probleme aufwirft, in denen ein Vorbehalt nicht nur zugunsten des alleinigen Übergebers, sondern auch für Dritte vereinbart wurde<sup>138</sup>. Zu denken ist hier vor allem an die Übertragung eines Hausgrundstücks, bei dem ein Vorbehalt zugunsten der übergebenden Eheleute als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB vereinbart wird. Mit dem Tode des Erstversterbenden bleibt dann noch das vorbehaltene Recht zugunsten des Überlebenden bestehen. Wie lange der Vorbehalt noch fortbestehen wird, ist zu diesem Zeitpunkt unbekannt, eine konkrete Bewertung des vorbehaltenen Rechts nicht möglich. Da sich der Pflichtteilsberechtigte aber gem. § 2332 BGB innerhalb von drei Jahren entscheiden muß, ob er seinen Anspruch geltend macht, ist in diesem Fall für die Wertermittlung des vorbehaltenen Rechts des verstorbenen Ehegatten auf dessen tatsächliche Lebensdauer abzustellen und nur der Wert des vorbehaltenen Rechts für den Überlebenden anhand der im Zeitpunkt des Todes des Erstversterbenden festzustellenden statistischen Restlebensdauer des Überlebenden zu ermitteln<sup>139</sup>.

123 BGH NJW-RR 1990, 1158 = DNotZ 1991, 902/903; Reiff, FamRZ 1991, 553/554 f.

124 FamRZ 1991, 553/555.

125 Zustimmung Custodis, MittRhNotK 1992, 31/32 f.

126 BGH NJW-RR 1990, 1158 = DNotZ 1991, 902/903.

127 Vgl. nur Palandt/Edenhofer, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 1.

128 So zutreffend BGHZ 118, 49/52 f. = NJW 1992, 2887 = DNotZ 1993, 122/124 = MittRhNotK 1992, 190/191.

129 Vgl. nur BGHZ 125, 395/397 = NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784/785 = MittRhNotK 1994, 219/220.

130 BGH NJW 1975, 1832.

131 BGH Urt. vom 8.4.1968 III ZR 49/66, zit. nach RGRK/Johannsen, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 22.

132 Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl. 1983, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 76; RGRK/Johannsen, § 2325 BGB, Rd.-Nr. 22; Dingerdissen, JZ 1993, 402/404; Behmer, FamRZ 1994, 1375 f.

133 BGHZ 118, 49/52 = NJW 1992, 2887 = DNotZ 1993, 122/123 = MittRhNotK 1992, 190; Behmer, FamRZ 1994, 1375 f.

134 Behmer, FamRZ 1994, 1375 f.

135 Vgl. Sostmann, MittRhNotK 1976, 479/503.

136 So aber Behmer, FamRZ 1994, 1375/1376.

137 Ebenso Sostmann, MittRhNotK 1976, 479/503; Mayer, FamRZ 1994, 739/744; ders., FamRZ 1994, 1376.

138 Behmer, FamRZ 1994, 1375/1376; Mayer, FamRZ 1994, 1376.

139 So zutreffend Mayer, FamRZ 1994, 1371/140 FamRZ 1994, 739/743.

(c) Abzug immer oder nur, wenn auf den Zeitpunkt der Schenkung abzustellen ist?

Zu klären bleibt schließlich, ob der Wert der vorbehaltenen Nutzungen stets oder nur dann in Abzug zu bringen ist, wenn nach dem Niederstwertprinzip auf den Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung abzustellen ist. Wie ausgeführt, gebietet die Stichtagsregel des § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB nach Auffassung des BGH, der letzteren Lösung zu folgen. Mayer hat den Versuch unternommen, dies zu widerlegen<sup>140</sup>. Zum einen meint er, der Gesetzesbegründung könne nicht entnommen werden, daß der Einfluß des Nießbrauchs auf den Wert des verschenkten Gegenstandes mit der Bewertungsvorschrift des § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB zu verknüpfen sei. Zum anderen spreche vor allem für seine Lösung, den Wert der vorbehaltenen Rechte stets abzuziehen, daß auf diese Weise ermöglicht werde, wirtschaftlich vergleichbare Sachverhalte gleich zu behandeln. Die Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt könne nicht anders behandelt werden als eine Übertragung im Rahmen einer gemischten Schenkung, bei der die Zahlung eines Kaufpreises in Höhe des kapitalisierten Wertes des Nießbrauchs vereinbart werde<sup>141</sup>. Nach der danach vorzunehmenden teleologischen Reduktion sei es geboten, den Wert des vorbehaltenen Rechtes unabhängig davon abzuziehen, welcher Wert nach dem Niederstwertprinzip des § 2325 Absatz 2 S. 2 BGB anzusetzen sei. Wertveränderungen durch den abnehmenden Wert des Nießbrauchs bzw. andere, ausdrücklich als Gegenleistungen vereinbarte Leistungen seien nicht im Rahmen des § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB anzusiedeln. Sie minderten bereits nach allgemeinen Grundsätzen die Höhe der ergänzungspflichtigen Bereicherung<sup>142</sup>.

Um bereits vorab die Bedeutung der letztgenannten Kontroverse zu relativieren, sei folgender Hinweis erlaubt: In der Praxis wird es auf den Unterschied zwischen den beiden Auffassungen allenfalls in seltenen Ausnahmefällen ankommen. Solange die Immobilienpreise steigen, wird ohnehin regelmäßig auf den Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung abzustellen sein. Und für diesen Zeitpunkt soll nach beiden Meinungen der Nießbrauchswert in Abzug zu bringen sein.

Für den Fall, daß es doch einmal auf den Unterschied der Meinungen ankommen sollte, sieht sich die Auffassung von Mayer folgenden Einwänden ausgesetzt: Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang der Absätze 1 und 2 des § 2325 BGB, daß als Gegenstand i.S.d. § 2325 Absatz 2 S. 2 BGB der verschenkte Gegenstand, also das Geschenk, und nicht der Gegenstand als solcher zu verstehen ist. Wird ein Gegenstand unter Vorbehalt übertragen, ist im Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung lediglich das nackte Eigentum als geschenkt anzusehen. Der Wert des vorbehaltenen Rechts ist daher vom Wert des Gegenstandes abzuziehen. Fällt hingegen der Vorbehalt im Zeitpunkt des Erbfalls weg, wird dem Beschenkten der Gegenstand unbelastet zuteil. Kommt es auf diesen Zeitpunkt an, ist folglich der unbelastete Gegenstand geschenkt. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB kann der Vorbehalt, wenn es auf den Zeitpunkt des Erbfalls ankommt, nicht abgezogen werden. Den Abzug des vorbehaltenen Rechts können in diesem Fall auch nicht allgemeine Gerechtigkeitserwägungen begründen. Dogmatisch besteht eben ein Unterschied zwischen einer gemischten Schenkung und einer Schenkung unter Auflage. Bei einer gemischten Schenkung wird ein Teil des übertragenen Gegenstandes nicht verschenkt, sondern entgeltlich veräußert. Wird die Übertragung beispielsweise gegen Zahlung eines Kaufpreises in Höhe des kapitalisierten Nießbrauchswertes vorgenommen, muß der Erwerber eine Zahlung aus eigenen Mitteln leisten, um den Gegenstand zu erhalten. Wird ihm der Gegenstand hingegen unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen, erbringt er keine Gegenleistung. Er erhält vorerst nur weniger.

Dies verdeutlicht, daß ein kleiner, aber feiner Unterschied besteht, der die unterschiedliche Behandlung dieser Fälle durch den Bundesgerichtshof durchaus rechtfertigt.

### C. Fazit

Übertragungsverträge unterliegen den Bestimmungen über die Pflichtteilsergänzung, soweit der Wert der übertragenen Gegenstände den Wert überkommener Rechte und Verpflichtungen übersteigt. Zu einer Minderung des Wertes der Schenkung kann auch ein Erb- und Pflichtteilsverzicht des Beschenkten führen. Da nach der Rechtsprechung des BGH ein solcher Verzicht auch stillschweigend erfolgen kann, empfiehlt es sich, in der notariellen Urkunde klarzustellen, ob und inwieweit mit der Übertragung ein Pflichtteilsverzicht verbunden sein soll. Ein Widerrufsvorbehalt hindert und mindert die Schenkung nicht.

Die Übertragung löst nur dann keine Pflichtteilsergänzungsansprüche aus, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind (§ 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB)<sup>143</sup>. Eine derartige Leistung liegt vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte, sei es durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im wesentlichen weiterhin zu nutzen<sup>144</sup>.

Überträgt der Erblasser den Gegenstand vorbehaltlos auf den Beschenkten, hat er das Geschenk mit dem Eigentumsübergang geleistet und die Frist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB in Gang gesetzt.

Behält er sich demgegenüber an dem übertragenen Gegenstand uneingeschränkt den Nießbrauch vor, gibt er den „Genuß“ des verschenkten Gegenstandes nicht auf. Bei der Schenkung eines Grundstücks unter uneingeschränktem Nießbrauchsvorbehalt liegt daher eine Leistung trotz Umschreibung im Grundbuch nicht vor. Eine andere Betrachtung kann ausnahmsweise geboten sein, wenn der Substanzwert den Ertragswert des übertragenen Gegenstandes exorbitant übersteigt oder wenn nachweislich die konkrete Absicht zur Veräußerung bestand. Ansonsten wird der Genuß auch nicht aufgegeben, wenn der Nießbrauch durch den Ausschluß der Eigen- oder Fremdnutzung qualitativ eingeschränkt wurde. Ebenso wenig ist die Zuwendung des Nießbrauchs an den Ehegatten geeignet, eine Leistung zu bewirken. Die Zehnjahresfrist beginnt in diesen Fällen erst mit Erlöschen des Nießbrauchs. Lediglich die quantitative Einschränkung des Nießbrauchs durch die Vereinbarung eines Bruchteils- oder Quoten Nießbrauchs kann als Leistung angesehen werden, wenn die dem Veräußerer verbleibende Berechtigung praktisch einer Genußaufgabe gleichkommt. Ein prozentualer Grenzwert kann hierfür nicht festgelegt werden. Auch eine 10- oder 20%ige Berechtigung kann im Einzelfall noch schaden.

Werden mehrere Objekte übertragen, ist für jeden einzelnen Gegenstand der Zeitpunkt der Leistung gesondert festzustellen.

Dem Übergeber, der zwar einerseits die Ansprüche bestimmter Pflichtteilsberechtigter schmälert, andererseits aber den zu übertragenden Gegenstand noch selbst nutzen oder verwalten will, kann daher nicht empfohlen werden, sein Vermögen schon zu Lebzeiten unter Nießbrauchsvorbehalt zu übertragen. Angesichts des Wunsches, die Pflichtteilsansprüche zu mindern, sollte mit den Beteiligten erörtert werden, ob eine Gestaltung in Betracht kommt, die die Rechte des Übergebers im erforderlichen Umfang sichert und gleichwohl die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB in Gang setzt.

140 FamRZ 1994, 739/743.

141 Ebenso Behmer, FamRZ 1994, 1375.

142 Mayer, FamRZ 1994, 739/743.

143 Erfolgt die Schenkung an den Ehegatten, beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe (§ 2325 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB).

144 BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784 = MittRhNotK 1994, 219.

Das Wohnungsrecht bietet sich hierfür nicht an. Der Veräußerer, der sich ein Wohnungsrecht vorbehält, gibt den Genuß des verschenkten Gegenstandes nicht auf. Auch in diesem Fall fehlt es an einer Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB, die die Zehnjahresfrist in Gang setzt.

Hingegen hindert die Vereinbarung einer dauernden Last oder einer Rente den Fristbeginn gem. § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB dann nicht, wenn der Veräußerer aus der übertragenen Immobilie auszieht. Eine andere Betrachtung ist demgegenüber geboten, wenn die dauernde Last mit einem Mietvertrag gekoppelt wird oder der Veräußerer die Immobilie weiterhin bewohnt. In diesem Fall wird die Nutzung des überlassenen Objektes nicht aufgegeben. Die Zehnjahresfrist läuft nicht.

Ob ein Altenteilsrecht dazu führt, die Frist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB in Gang zu setzen, richtet sich nach den einzelnen im Altenteil zusammengefaßten Rechten.

Ein Rückübertragungsvorbehalt hindert den Beginn der Zehnjahresfrist nicht, weil er für die Möglichkeit der Nutzung des verschenkten Gegenstandes irrelevant ist. Solange der Übergeber von seinem Recht keinen Gebrauch macht, entbehrt er die Nutzung; überträgt er den verschenkten Gegenstand auf sich zurück, besteht kein Bedarf, einen Pflichtteilsergänzungsanspruch zu konstruieren. Der verschenkte Gegenstand wandert wieder in das Erblasservermögen zurück und unterliegt damit dem ordentlichen Pflichtteilsanspruch.

Die Berechnung der Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruchs richtet sich nach dem inflationsbereinigten Niederstwertprinzip. Nach der im Ergebnis zutreffenden Ansicht des BGH ist der Wert eines vorbehaltenen Rechts nur dann vom Wert des verschenkten Gegenstandes in Abzug zu bringen, wenn nach dem Niederstwertprinzip auf den Zeitpunkt der Schenkung abzustellen ist. War der Wert des übertragenen Grundbesitzes im Zeitpunkt des Erbfalls inflationsbereinigt niedriger, unterliegt folglich der gesamte, unbelastete Grundstückswert der Pflicht-

teilergänzung. Ist hingegen auf den Zeitpunkt der Schenkung abzustellen, so ist die Schenkung in dem Umfang ergänzungspflichtig, in dem der Grundstückswert den Wert des dem Erblasser verbliebenen Nießbrauchs übersteigt. Dies gilt selbst dann, wenn der Zeitpunkt der Schenkung mehr als zehn Jahre vor dem Erbfall liegt. Bei der Festsetzung des Grundstückswertes ist auch zu berücksichtigen, daß der Beschenkte die Aussicht hat, die uneingeschränkte Nutzung beim Erbfall zu erwerben. Auf welche Weise der Wert des vorbehaltenen Rechts zu ermitteln ist, ist umstritten. Nach Ansicht des BGH ist der Wert anhand der statistischen Lebenswahrscheinlichkeit des Berechtigten im Zeitpunkt des Schenkungsvollzuges zu berechnen. Im Einzelfall sollen Korrekturen möglich sein. Zutreffender ist es, der Berechnung grundsätzlich die tatsächliche Lebensdauer des Erblassers aus einer ex-post-Sicht zugrunde zu legen. Fälle, in denen der Vorbehalt nicht nur zugunsten des Übergebers, sondern auch für Dritte vereinbart wurde, können sachgerecht gelöst werden, indem man hinsichtlich des Übergebers auf dessen tatsächliche Lebensdauer abstellt und den Wert des vorbehaltenen Rechts für den Überlebenden anhand der im Zeitpunkt des Todes des Erstversterbenden festzustellenden statistischen Restlebensdauer des Überlebenden ermittelt.

Summa summarum ist Erblassern, die Pflichtteilsansprüche mindern wollen, nach wie vor zu lebzeitigen Übertragungen unter Vorbehalt zu raten. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH zur Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt sollte mit den Beteiligten erörtert werden, ob eine vertragliche Gestaltung gewählt werden kann, die neben der hinreichenden Sicherung der Rechte des Erblassers die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB in Gang setzt. Auch wenn dies nicht gelingt, besteht angesichts steigender Grundstückspreise und der vom BGH für richtig erachteten Berechnungsweise des Pflichtteilsergänzungsanspruchs immerhin eine große Chance, die Höhe dieses Anspruchs in erheblichem Umfang zu mindern.

## Rechtsprechung

### 1. Schuldrecht – Störungen bei der Abwicklung eines Übergabevertrages (BGH, Urteil vom 23. 9. 1994 – V ZR 113/93)

BGB §§ 242; 530  
EGBGB Art. 96

1. Ein Übergabevertrag unterliegt den Vorschriften über Schenkungen nur, wenn der unentgeltliche Charakter des Geschäfts überwiegt.
2. Ein tiefgreifendes Zerwürfnis zwischen den Vertragsbeteiligten eines Übergabevertrages kann nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zur Rückabwicklung des Vertrages führen.

(Leitsätze nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

Die Parteien sind Geschwister. Mit notariellem Vertrag vom 18. 11. 1985 übertrug der Kl. der Bekl. sein Hausgrundstück in G. B. gegen Übernahme „in dinglicher und schuldrechtlicher Hinsicht“ der in Abt. III lfd. Nrn. 1, 2 und 7 eingetragenen Belastungen. Die Vertragsschließenden bestellten ein Wohnrecht an einer Wohnung des Hauses für den Kl.; die Bekl. verpflichtete sich, ihn auf Lebenszeit angemessen zu verpflegen und seine Wäsche zu versorgen. Sie ist als Eigentümerin des Hausgrundstücks in das Grundbuch eingetragen worden.

Die Bekl. zog mit ihrer Familie in die andere Wohnung des Hauses ein. Ab 1987 kam es zu erheblichen Unstimmigkeiten und zahlreichen Prozessen zwischen den Parteien; der Kl. versuchte vergeblich, aus Zahlungsurteilen gegen die Bekl. zu vollstrecken. Die Bekl. belastete das Haus mit Grundpfandrechten und gab die eidesstattliche Erklärung gem. § 807 ZPO ab.

Das LG hat die Klage, mit der der Kl. Rückübertragung des Hauses Zug um Zug gegen „Erstattung nachweisbarer Investitionen“, hilfsweise

Schadensersatz, begehrt hat, abgewiesen. Seine Berufung, mit der er Rückübertragung des Hausgrundstückes frei von nach dem 18. 11. 1985 eingetragenen Belastungen, hilfsweise Schadensersatz und Zahlung einer Rente, gefordert hat, hatte nur wegen eines Teiles des Hilfsantrages Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Kl. seine Anträge weiter, soweit er mit ihnen in den Vorinstanzen unterlegen ist. Die Bekl. beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht sieht angesichts des von den Parteien im Vertrag angegebenen Wertes des Grundstücks, der Übernahme der Grundpfandrechte und der eingeräumten Gegenleistungen eine Schenkung nicht als dargetan an; auch sei der Nachweis groben Undanks nicht geführt.

Es sei jedoch angesichts der Fülle der Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien ein so tiefes und heillooses Zerwürfnis zwischen ihnen eingetreten, daß es insbesondere dem Kl. nicht mehr zuzumuten sei, die Versorgungsleistungen entsprechend den Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluß entgegenzunehmen. Auch wenn danach der Vertrag nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzupassen sei, führe dies nicht zu einem Rückübertragungsanspruch des Kl. Selbst wenn hier ein Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht durch die §§ 9 ff. Nieders. AGBG verdrängt würde, sei ein Versorgungsanspruch grundsätzlich durch Zahlung abzugelten. Zwar bestehe nach den Angaben der Bekl. in ihrer Vermögensoffenbarung wenig Aussicht für den Kl., aus einem Zahlungstitel gegen sie zu vollstrecken. Dies rechtfertige jedoch keinen Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks, denn auch dieser wäre nach dem Vortrag des Kl. letztlich nicht realisierbar. Das Grundstück sei nämlich weit über

seinen Wert von 400.000,- DM hinaus mit Grundpfandrechten belastet, nämlich mit nominell 380.000,- DM zugunsten von Kreditinstituten und weiteren 129.660,23 DM zugunsten des Kl., und zwar zusätzlich zu dem für ihn eingetragenen dinglichen Wohnrecht. Da der Kl. die Rückübertragung frei von nach dem 18. 11. 1985 eingetragenen Belastungen fordere, sei offensichtlich, daß die Bekl. dazu nicht in der Lage sein werde. Es liege nahe, daß sie weit eher die Geldbeträge zur Abgeltung des Versorgungsanspruches als die zur Ablösung der Grundpfandrechte nötige hohe Summe werde aufbringen können. Deshalb sei der Kl. nur berechtigt, für die Zeit seit August 1990 und für die Zukunft, wenn auch nicht in der geforderten Höhe, Abgeltung seiner Versorgungsansprüche in Geld zu fordern.

II. Diese Überlegungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings dagegen, daß das Berufungsgericht dem Kl. einen Rückforderungsanspruch des Schenkers wegen groben Undanks des Beschenkten (§§ 812, 530 BGB) versagt hat.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann der Schenker den geschenkten Gegenstand nur zurückverlangen, wenn der unentgeltliche Charakter des Geschäfts überwiegt (z. B. BGHZ 30, 120; BGH WM 1987, 1533 = DNotZ 1988, 364; BGHZ 102, 156, 159 = DNotZ 1988, 484 = MittRhNotK 1988, 97). Das läßt sich hier schon nach dem eigenen Vortrag des Kl. nicht feststellen. Denn danach stehen dem von ihm behaupteten Wert des Hausgrundstücks in Höhe von 400.000,- DM Werte, die entweder den Wert des Geschenkes mindern (vgl. z. B. BGHZ 102, 156 ff. = DNotZ 1988, 484 = MittRhNotK 1988, 97), oder übernommene Gegenleistungen gegenüber, die rd. 300.000,- DM betragen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, gegen die die Revision nichts erinnert, hat die Bekl. Grundpfandrechte mit nominal 150.537,13 DM übernommen und sind für Wohnrecht und Pflege rd. 140.000,- DM anzusetzen. Zudem kommt es nicht in erster Linie auf das Verhältnis der objektiven Werte zueinander an, sondern darauf, wie die Parteien die jeweiligen Positionen bei Vertragsschluß bewertet haben. Dazu verweist die Revision nicht auf Vortrag in den Tatsacheninstanzen.

Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob, anders als das LG und das Berufungsgericht meinen, das offensichtliche Bestreben der Bekl., die Erfüllung titulierter Ansprüche ihres Bruders zu vereiteln, nicht als grober Undank i.S.d. § 530 BGB zu werten wäre.

2. Zu Recht wendet sich die Revision jedoch gegen die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht auch einen Rückforderungsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage verneint.

a) Das Berufungsgericht geht zwar rechtsfehlerfrei und von den Parteien nicht angegriffen davon aus, daß hier die Geschäftsgrundlage des Vertrages entfallen, es insbesondere dem Kl. nicht mehr zumutbar sei, sich weiter durch die Bekl. versorgen zu lassen. Dabei ist neben dem Zerwürfnis zwischen den Parteien zu berücksichtigen, daß weder die Bestellung von Essen auf Rädern noch die Möglichkeit, sich mit Lebensmitteln aus dem Keller zu versorgen, als die im Vertrag vereinbarte angemessene Verpflegung für den Kl. angesehen werden kann.

b) Die allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen werden hier, wovon wohl auch das Berufungsgericht ausgeht, nicht durch die Spezialvorschriften des Nieders. AGBG verdrängt. Denn es liegt kein Altenteilsvertrag i.S.d. Art. 96 EGBGB vor. Eine Grundstücksübertragung wird noch nicht dadurch zum Altenteilsvertrag, daß eine Wohnrechtsgewährung mit Versorgungsverpflichtung vereinbart wird (BGH DNotZ 1982, 697, 698; WM 1989, 70). Hinzutreten muß, daß dem Übernehmer ein Gut oder Grundstück überlassen wird, aus dessen Nutzungen er sich eine Lebensgrundlage schaffen und gleichzeitig den dem Altenteiler geschuldeten Unterhalt zumindest teilweise gewinnen kann (BGHZ 53, 41, 43 = DNotZ 1970, 249; BGH WM 1989, 70). Das ist hier weder aus dem Vertrag ersichtlich noch

behauptet; nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestand vielmehr bei Vertragsschluß sogar Einigkeit zwischen den Parteien, daß das Wohnrecht keinen Altenteilscharakter haben sollte.

c) Zu Recht geht das Berufungsgericht schließlich auch davon aus, daß als Folge eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage in erster Linie die Anpassung des Vertrages an die geänderten Verhältnisse – nicht seine Rückabwicklung – in Betracht komme. Ob danach hier eine Abgeltung der Versorgungsansprüche in Geld überhaupt in Betracht zu ziehen wäre, obwohl der Kl. mit der Übertragung des Hauses nicht vordringlich seine Versorgung sicherstellen wollte, sondern es ihm auf eine persönliche Betreuung durch seine Schwester angesichts seiner damaligen Erkrankung ankam, kann dahinstehen. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hätte er angesichts der von der Bekl. in ihrer Vermögensoffenbarung angegebenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse wenig Aussicht, einen Zahlungstitel vollstrecken zu können. Wäre seine Versorgung damit durch eine Vertragsanpassung in Form einer Rentenzahlung nicht zu sichern, so kommt sie, anders als das Berufungsgericht meint, nicht als angemessene richterliche Gestaltung des Vertrages in Betracht (vgl. dazu auch BGH WM 1993, 801, 803 = MittRhNotK 1993, 187). Vielmehr kann hier dem Wegfall der Geschäftsgrundlage nur durch Auflösung des Vertrages für die Zukunft Rechnung getragen werden. Denn die Rückübertragung des der Bekl. zugewendeten Eigentums an dem Hausgrundstück ist die einzige Leistung, die der Kl. von der Bekl. aus deren Vermögen noch zu erhalten vermag. Mit der in dem Rückübertragungsverlangen des Kl. zugleich liegenden Kündigungserklärung ist danach bei der hier gegebenen Sachlage die Rechtsfolge, Auflösung des Vertrages durch Gestaltungserklärung (vgl. dazu BGHZ 101, 143, 150 = DNotZ 1988, 161), eingetreten und der Rückübertragungsanspruch des Kl. entstanden.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts, ein Rückübertragungsanspruch müsse entfallen, weil die Bekl. nicht, wie zugleich begehrt, lastenfrei übertragen könne, ist in verschie-dener Hinsicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht übersieht, daß schon das Eigentum als solches, selbst wenn es durch Grundpfandrechte wirtschaftlich entwertet ist, für den Kl. einen Wert darstellen kann: Es ermöglicht ihm, seine Rechte als Eigentümer wahrzunehmen, insbesondere dem nicht mehr zumutbaren Zusammenleben mit der Bekl. und ihrer Familie auf engstem Raum ein Ende zu bereiten. Zudem verkennt das Berufungsgericht, daß es für den Kl. auf die Zwangshypotheken, die er selbst zu seinen Gunsten hat eintragen lassen, wirtschaftlich ebensowenig ankommen kann wie auf die Hypotheken, zu deren Übernahme er bei Rückabwicklung des Vertrages bereit ist. Zu Recht weist die Revision darauf hin, daß das Berufungsgericht überdies den Vortrag des Kl. nicht in seine Erwägungen einbezogen hat, die von der Bekl. bestellten Grundpfandrechte seien nur zum Schein eingetragen worden, um die Durchsetzung titulierter Ansprüche des Kl. zu vereiteln. Die Revisionserwiderung meint zwar, die Bekl. habe den Vortrag bestritten. Demgegenüber hebt die Revision aber richtig darauf ab, daß die Erwiderung der Bekl., sie arbeite seit der Geburt der Tochter nicht mehr und habe ihre kranken Eltern gepflegt, zum Vortrag der erheblichen dinglichen Belastung des Grundstücks keine Stellung bezieht. Dann kann der Kl., wenn er das Eigentum zurückerhalten hat, die Löschung der eingetragenen Grundpfandrechte von den Buchinhabern fordern (§ 894 BGB), ohne daß die Bekl. zuvor die Rückzahlung angeblich durch die Grundpfandrechte gesicherter Forderungen leisten muß.

d) Erhält der Kl. nach Kündigung des Übertragungsvertrages das an die Bekl. geleistete Eigentum zurück, so hat er zugleich das Erlangte zurückzugewähren. Das ist hier der Anspruch auf (interne) Befreiung von den den Belastungen Nrn. 1 und 2 in Abt. III zugrundeliegenden Darlehensverpflichtungen, welche die Bekl. bei Vertragsschluß zugesagt hatte.

Daß der Bekl. weitere Ansprüche zustehen, ist weder dem Sachverhalt zu entnehmen noch geltend gemacht. Die Bekl.

hat zwar den Kl. einige Zeit versorgt, wobei der Umfang streitig ist; zu berücksichtigen wäre aber demgegenüber, daß die Bekl. ihrerseits eine Wohnung des Hauses bewohnt und insoweit Nutzungen aus dem übertragenen Eigentum gezogen hat.

e) Die Bekl. hat das Grundstück nach § 242 BGB so zurückübertragen, wie sie es erhalten hat. Sie ist danach antragsgemäß zu verurteilen, die Löschung für die im Verlaufe ihres Eigentums von ihr bewilligten Grundpfandrechte zugunsten Dritter herbeizuführen.

## 2. Schuldrecht – Unentgeltlichkeit bei vorweggenommener Erbfolge

(BGH, Urteil vom 1. 2. 1995 – IV ZR 36/94)

### BGB §§ 516; 528

**Allein dem Hinweis in einem Übergabevertrag zwischen Eltern und ihrem Kind darauf, daß das Hausgrundstück „in Vorwegnahme der Erbfolge“ übergeben werde, läßt sich noch nicht die Unentgeltlichkeit der Übergabe entnehmen.**

#### Zum Sachverhalt:

Die klagende Stadt nimmt den Bekl. aus übergeleitetem Recht auf Rückerstattung eines Geschenks wegen Verarmung der Schenker in Anspruch.

Die Eltern des Bekl. schlossen am 28. 6. 1983 mit ihm einen notariellen Vertrag, der als Übergabevertrag bezeichnet wurde. Darin heißt es nach Beschreibung des den Eltern je zur Hälfte gehörenden Hausgrundstücks:

„Die Eheleute B. übergeben das vorgenannte Hausgrundstück ihrem einzigen Sohn D. B. in Vorwegnahme der Erbfolge. Dieser nimmt die Zuwendung unter nachfolgenden Bestimmungen an.“

Im folgenden räumt der Bekl. seinen Eltern den unentgeltlichen, unbeschränkten und lebenslangen Nießbrauch an dem übergebenen Grundstück ein. Der Besitz, die Nutzungen und die öffentlichen Lasten und Abgaben sollten vorbehaltlich des Nießbrauchs sofort auf den Erwerber übergehen. Abschließend gaben die Beteiligten die für den Vollzug des Vertrages im Grundbuch erforderlichen Erklärungen ab, insbesondere die Auffassung.

Als die Eltern im Jahre 1989 in ein Altersheim übersiedelten, löste der Bekl. das Nießbrauchsrecht für die Folgezeit durch Zahlung ab. Seit dem 1. 8. 1990 waren die Eltern auf Sozialhilfe angewiesen, die von der Kl. geleistet wurde. Sie leitete am 25. 9. 1990 Ansprüche der Eltern gegen den Bekl. aus § 528 BGB auf sich über. Der Vater starb am 1. 10. 1990. Die Kl. fordert von dem Bekl. Zahlung in Höhe ihrer bis Ende 1992 auf 64.961,14 DM angewachsenen Leistungen nebst Zinsen. Sie hält den Übergabevertrag für eine Schenkung.

Der Bekl. meint dagegen, er habe das Grundstück als Lohn für die von ihm bis zum Tag der Übergabe geleisteten und nach der Übergabe fortzusetzenden Dienste erhalten. Hierzu trägt er vor, seine Mutter leide unter der Parkinsonschen Krankheit und sei schon seit 1972/1973 pflegebedürftig gewesen. Seither habe er die Einkäufe für seine Eltern sowie die Instandhaltung des Hauses und des Gartens übernommen. Sein Vater sei nach einer Operation wegen eines Prostatakarzinoms im Jahre 1976 bettlägerig gewesen. In dieser Zeit habe er die Eltern zweimal täglich vor und nach seiner Arbeit sowie zum Teil ganztägig am Wochenende besucht und den Vater gewaschen. Nach vorübergehender Besserung im Jahre 1978 sei es dem Vater infolge einer Diabetes im Jahre 1980 wieder schlechter gegangen. Beide Eltern hätten damals schon unter geistigen Ausfallerscheinungen gelitten. Der Bekl. habe nun auch für den Vater gekocht, wenn die Mutter im Krankenhaus war. Er habe ferner geputzt und die Wäsche gewaschen. Ab 1982 sei eine Putzfrau eingestellt worden, deren Lohn aber im wesentlichen von ihm bezahlt worden sei. Der Zustand der Eltern habe sich weiter verschlechtert. Ab 1987 bis zur Übersiedlung der Eltern ins Altersheim habe er des öfteren bei ihnen übernachten müssen, da seine Mutter nachts orientierungslos durchs Haus gelaufen sei. Für diesen Vortrag hat sich der Bekl. auf das Zeugnis seiner Ehefrau bezogen.

Das LG hat der Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens über den Grundstückswert in vollem Umfang stattgegeben, da die Leistungen der Kl. bei weitem nicht den Wert der Hälfte des Grundstücks erreichten. Das OLG hat die Berufung des Bekl. zurückgewiesen. Mit seiner Revision erstrebt er die Abweisung der Klage.

## Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Nach Auffassung der Vorinstanzen sind die vom Bekl. behauptete Entstehungsgeschichte des Übergabevertrages und die ihm zugrundeliegende Interessenlage der Bet. für seine Auslegung im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung. Daß das Grundstück möglicherweise in Anerkennung der Leistungen des Bekl. übertragen worden sei, spiele nämlich nach dem Vertragsinhalt, der die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich habe, keine Rolle. Aus dessen objektivem Erklärungswert sei zu entnehmen, daß es sich nur um eine Schenkung handeln könne. Zwar erlaube das Fehlen einer ausdrücklich vereinbarten Gegenleistung allein noch nicht den Schluß, daß die Parteien über die Unentgeltlichkeit einig gewesen seien. Als Motiv der Eigentumsübertragung ergebe sich aus dem Vertragstext lediglich die Absicht einer Vorwegnahme der Erbfolge. Damit aber gehe es ganz offensichtlich nicht um ein Austauschverhältnis, sondern um eine einseitige Handlung der Eltern, mit der sie die Wirkung des Erbfalls schon zu einem früheren Zeitpunkt hätten herbeiführen wollen.

2. Die aus der Verwendung des Begriffs der vorweggenommenen Erbfolge im Vertragstext gezogenen Folgerungen sind rechtsfehlerhaft, wie die Revision mit Recht rügt. Schon deshalb kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben.

a) Unter einer Vorwegnahme der Erbfolge versteht man die Übertragung des Vermögens (oder eines wesentlichen Teiles davon) durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als Erben in Aussicht genommene Empfänger; sie richtet sich im Grundsatz nicht nach Erbrecht, sondern muß sich der Rechtsgeschäfte unter Lebenden bedienen. In diesem Rahmen bestehen für sie vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten (BGHZ 113, 310, 312 f. = DNotZ 1992, 32 = MittRhNotK 1991, 253). Ein typisches Mittel ist der Übergabevertrag. So ist auch der hier zu beurteilende Vertrag vom 28. 6. 1983 benannt worden. Übergabeverträge bestimmen häufig zusätzlich zu der Übertragung von Vermögensgegenständen des Übergebers, daß auch den Übernehmer Verpflichtungen treffen; dabei kann es sich um Abfindungszahlungen an andere Erbberechtigte, aber auch um Verpflichtungen zur Pflege des Übergebers etwa im Sinne eines Altenteils handeln (BGH NJW-RR 1990, 1283, 1284 unter II 1). Derartige Gegenleistungen aus dem Vermögen des Übernehmers sind entgeltlich. Wenn die Gegenleistung – jedenfalls in der maßgeblichen subjektiven Wertung der Parteien (BGHZ 59, 132, 135 = DNotZ 1973, 426; BGHZ 82, 274, 281) – der Leistung des Übergebers äquivalent ist, liegt keine Schenkung vor. Das ändert nichts daran, daß es auch in solchen Fällen sinnvoll sein kann, als Motiv der Eigentumsübertragung die Rücksicht auf das künftige Erbrecht des Übernehmers im Übergabevertrag festzuhalten. Denn das im Wege vorweggenommener Erbfolge übernommene Vermögen wird beim Zugewinnausgleich des Übernehmers als Anfangsvermögen i.S.v. § 1374 Abs. 2 BGB behandelt, auch wenn seine Gegenleistungen vorausichtlich den Verkehrswert des übergebenen Objekts erreichen oder gar übersteigen (BGH NJW-RR 1990, 1283).

b) Der bloße Hinweis im Übergabevertrag darauf, daß das Haus in Vorwegnahme der Erbfolge übergeben werde, besagt mithin nichts über die Unentgeltlichkeit (Soergel/M. Wolf, 12. Aufl., vor § 2274 BGB, Rd.-Nr. 19; Kollhosser, AcP 1994, 231, 232). Allein das im Vertragstext festgehaltene Motiv, Eigentum in vorweggenommener Erbfolge zu übergeben, entbindet den Tatrichter nicht von der Aufgabe, den Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände auszulegen einschließlich seiner Vorgeschichte und der Interessenlage der Beteiligten.

3. a) Da der Vertrag vom 28. 6. 1983, wie das Berufungsgericht nicht verkennt, außer dem Hinweis auf die Vorwegnahme der Erbfolge sich in seinem Wortlaut nicht zum Rechtsgrund der Eigentumsübertragung äußert, läßt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts aus der Vermutung der Vollstän-

digkeit der Vertragsurkunde nicht entnehmen, daß der Bekl. die Entgeltlichkeit der Grundstücksübergabe zu beweisen hätte. Vielmehr ist es grundsätzlich Sache der Kl., die den Anspruch aus § 528 BGB geltend macht, die (volle oder teilweise) Unentgeltlichkeit der Zuwendung zu beweisen.

b) Eine Vermutung für den Schenkungscharakter von Leistungen unter nahen Verwandten kennt das Gesetz ausschließlich in den engen Grenzen der §§ 685, 1620 BGB (BGH NJW 1987, 890, 892 unter 2). Nach der Rechtsprechung des BGH ist aber demjenigen, der sich auf das Vorliegen einer gemischten Schenkung beruft, eine Beweiserleichterung in Form einer tatsächlichen Vermutung zuzubilligen, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein objektives, über ein geringes Maß deutlich hinausgehendes Mißverhältnis besteht (BGHZ 82, 274, 281 f.; BGH NJW 1987, 890). Die Einschränkung der privat-autonomen Bewertung von Leistung und Gegenleistung durch eine derartige Vermutung ist zwar nur gerechtfertigt, wo schutzwürdige Interessen Dritter berührt werden. Dies kann aber nicht nur bei der Anwendung von § 2325 BGB der Fall sein, wie die Revision unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 26. 3. 1981 (LM, § 516 BGB, Nr. 14) meint. Auch im vorliegenden Fall sind durch die Überleitung des Anspruchs aus § 528 BGB auf den Träger der Sozialhilfe Interessen Dritter berührt.

Die Vorinstanzen haben aber nicht festgestellt, daß hier ein großes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung gegeben sei. Auch dafür ist die Kl. beweispflichtig. Ihren Behauptungen steht das Vorbringen des Bekl. über seine Pflegeleistungen entgegen, die er jedenfalls in der Berufungsinstanz hinreichend substantiiert hat. Dabei ist zu berücksichtigen, daß vertragsschließende Verwandte in diesem stark von persönlichen Beziehungen geprägten Bereich den ohnehin nur schätzbaren Wert ihrer Leistungen erfahrungsgemäß kaum je exakt kalkulieren (BGH NJW-RR 1990, 1283). Der Tatrichter wird daher nach Anhörung der Parteien und eventuell auch Erhebung geeigneter erscheinender Beweise einen bezifferten Wert auf der Grundlage von § 287 Abs. 2 ZPO ermitteln müssen.

4. Bei seiner Vertragsauslegung stützt sich das Berufungsgericht auch darauf, der beurkundende Notar müsse die Absicht der Vertragsparteien im Sinne einer Schenkung verstanden haben. Denn er habe die Erbschaftssteuerstelle des FA H., die zugleich die Schenkungssteuerstelle sei, von dem Vertrag in Kenntnis gesetzt. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

Zwar können dem Verhalten des Notars Anhaltspunkte für die Vorstellungen und den Willen der Vertragsparteien zu entnehmen sein. Hier hatte der Bekl. aber in erster Instanz vorgetragen, die Verwendung des Begriffs Vorwegnahme der Erbfolge im Text des Vertrages gehe auf einen Vorschlag des beurkundenden Notars zurück, wobei er und seine Eltern diesem Begriff nur insoweit Bedeutung zugemessen hätten, als damit die Tatsache bezeichnet werde, daß der Bekl. das Grundstück eben schon zu Lebzeiten der Eltern und nicht erst nach deren Tod erhalte. Die Qualifizierung des Vertrages als Schenkung sei damit weder vom Notar noch von den Vertragsparteien beabsichtigt gewesen. Eine Vernehmung des Notars ist soweit ersichtlich bisher nicht beantragt worden. Bei dieser Sachlage läßt sich allein daraus, daß die Erbschaftssteuerstelle (neben einem anderen FA) am Schluß des notariellen Vertrages u. a. als eine der Stellen bezeichnet wird, die eine Vertragsabschrift erhalten, noch nicht der Schluß ziehen, die Vertragsparteien seien sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig gewesen.

5. Der Bekl. hat weiterhin vorgetragen, er habe vor und nach der Übergabe verschiedene Reparaturen und Erneuerungsarbeiten an dem Hausgrundstück vorgenommen. Das Berufungsgericht hat die Aufwendungen nach der Übergabe nicht als erheblich für die Entgeltlichkeit der Zuwendung angesehen. Insoweit rügt die Revision mit Recht, daß nicht geprüft worden sei, ob der Bekl. damit den Eltern vereinbarungsgemäß Erhaltungsaufwendungen abgenommen habe, die sie an sich als Nießbraucher gem. § 1041 BGB hätten tragen müssen.

### 3. Schuldrecht – Widerruf einer Schenkung bei Scheitern der Ehe des Beschenkten

(OLG Köln, Urteil vom 20. 10. 1994 – 18 U 64/94)

#### BGB §§ 530; 812 Abs. 1 S. 2

1. **Finanzielle Auseinandersetzungen zwischen Eheleuten anlässlich der Ehescheidung stellen in der Regel keine schwere Verfehlung i.S.v. § 530 Abs. 1 BGB dar.**
2. **Die Hinwendung eines Ehepartners zu einem Dritten gegenüber den Eltern des anderen Ehepartners regelmäßig nicht als grober Undank i.S.v. § 530 Abs. 1 BGB zu werten.**
3. **Haben die Eltern ihrem Kind und dessen Ehepartner Geldbeträge zur Verwendung für deren Familienheim gegeben und sind diese bestimmungsgemäß verwendet worden, besteht nach dem Scheitern der Ehe des Kindes gegenüber dessen Ehepartner nur unter besonderen Umständen ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 BGB oder nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.**

#### Zum Sachverhalt:

Der Kl. hat seiner Tochter und seinem Schwiegersohn (dem Bekl.) während bestehender Ehe insgesamt 26.000,- DM geschenkt. Die Geldbeträge sind für das im Alleineigentum des Bekl. stehende Familienhaus verwendet worden. Da der Bekl. sich einer neuen Partnerin zugewandt hat und es nach der Trennung zu erheblichen finanziellen Auseinandersetzungen zwischen seiner Tochter und dem Bekl. gekommen war, widerrief er die Schenkung wegen groben Undanks. Das LG hat die Klage abgewiesen.

#### Aus den Gründen:

Die Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg. Ein Zahlungsanspruch aus §§ 530, 531, 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB besteht nicht. Zwar mag davon ausgegangen werden, daß insgesamt 26.000,- DM schenkweise dem Bekl. und seiner Ehefrau zugewendet worden sind. Jedoch ist der Widerruf wegen groben Undanks nicht gerechtfertigt.

Eine schwere Verfehlung des Bekl. als Voraussetzung hierfür ist nicht darin zu sehen, daß er mit seiner Ehefrau aus Anlaß des Scheidungsverfahrens in finanzielle Auseinandersetzungen verwickelt ist, hierüber wohl auch Rechtsstreitigkeiten anhängig sind. Denn eine derartige Verfehlung kann nur bejaht werden, wenn in dem Verhalten des Beschenkten eine tadelnswerte, auf Undankbarkeit deutende Gesinnung offenbar wird. Davon kann bei finanziellen Auseinandersetzungen zwischen Eheleuten im Zuge einer Entscheidung regelmäßig nicht ausgegangen werden. Denn die Geltendmachung finanzieller Ansprüche eines Ehepartners gegenüber dem anderen deutet nicht auf die tadelnswerte Gesinnung hin.

Ob die Hinwendung des Bekl. zu einer anderen Frau gegenüber der Tochter des Kl. als schwere Verfehlung anzusehen ist (vgl. dazu OLG Köln NJW 1982, 390), kann hier dahinstehen. Denn jedenfalls stellt dieses Verhalten keinen groben Undank gegenüber dem Kl. dar. Hierfür ist erforderlich, daß die schwere Verfehlung gegenüber dem nahen Angehörigen in dem Schenker selbst das Gefühl einer eigenen Kränkung berechtigterweise erzeugt. Das ist zu verneinen. Die Ehe seiner Tochter geht den Kl. im Grunde nichts an. Der Senat verkennt nicht, daß der Kl. über das Scheitern der Ehe seiner Tochter offensichtlich betroffen ist. Aber ein sittlich tadelnswertes, liebloses und auf Undankbarkeit gegenüber dem Kl. deutendes Verhalten kann dem Bekl. nicht angelastet werden, auch wenn er für das Scheitern der Ehe verantwortlich sein sollte (so auch OLG Karlsruhe NJW 1989, 2136; OLG Hamm FamRZ 1990, 1232). Auch die Allgemeinheit sieht keine Kränkung der Schwiegereltern dadurch herbeigeführt, daß der Schwiegersohn sich einer anderen Frau zuwendet.

Ein Bereicherungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB wegen Zweckverfehlung kann ebenfalls nicht bejaht werden.

Die Geldbeträge sind vom Kl. hingegeben worden, um das Familienheim des Bekl. und seiner Ehefrau zu verbessern und zu renovieren. So sind 20.000,- DM für die Verklammerung der Fassade und 6.000,- DM für die Verfliesung der Terrasse zur Verfügung gestellt worden. Unstreitig ist das Geld für diese Maßnahmen verwendet worden. Damit ist der Zweck der Geldhingabe erreicht worden. Der Bekl. hat das Hausgrundstück mit seiner Familie noch etwa vier Jahre nach Hingabe der 20.000,- DM als gemeinsames Heim genutzt und noch knapp ein Jahr nach Hingabe der 6.000,- DM. Die Tochter des Kl. bewohnt mit zwei Kindern das Haus nach wie vor, so daß ihr die Aufwendungen hierfür auch weiterhin unmittelbar zugutekommen.

Zweck der Geldhingabe war es nicht, den Fortbestand der Ehe des Bekl. mit der Tochter des Kl. zu sichern. Hierüber ist zum Zeitpunkt der jeweiligen Geldhingaben nicht gesprochen worden, weil keine der Parteien damals von einer solchen Möglichkeit ausging. Eine Zweckverfehlung kann danach nicht angenommen werden. Den Fallgestaltungen, wie sie in BGHZ 111, 125 = NJW 1990, 1789 = LM, § 812 BGB, Nr. 210; OLG Hamm FamRZ 1990, 1232 und OLG Köln NJW 1994, 1540 = MittRhNotK 1994, 114 entschieden worden sind, lagen jeweils in entscheidenden Punkten andere Sachverhalte zugrunde. Dort konnte aufgrund der jeweiligen Umstände festgestellt werden, daß Zweck der Zuwendung der Fortbestand der Ehe war.

Schließlich steht dem Kl. auch kein Rückzahlungsanspruch aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Fortfalls der Geschäftsgrundlage zu. Denn der Fortbestand der Ehe des Bekl. mit der Tochter des Kl. ist nicht Geschäftsgrundlage für die Hingabe der jeweiligen Geldbeträge gewesen. Allerdings mag davon ausgegangen werden, daß der Kl. und dessen Tochter und auch der Bekl. in jenen Zeitpunkten davon ausgingen, die Ehe werde Bestand haben, obgleich Ehescheidungen nicht so selten sind, daß ein Scheitern der Ehe nicht in Betracht gezogen werden müßte. Zur Geschäftsgrundlage werden solche Vorstellungen aber erst dann, wenn das Verhalten des einen Vertragspartners nach Treu und Glauben als Einverständnis und Aufnahme dieser Vorstellung in die gemeinsame Grundlage des Geschäftswillens zu werten ist. Anderenfalls bleiben sie rechtlich unbeachtliches Motiv für den Vertragsschluß.

Nach Auffassung des Senats kann nicht davon ausgegangen werden, die Entgegennahme dieser Geldbeträge durch den Bekl. sei als Einverständnis damit zu werten, er sei zur Rückzahlung verpflichtet, wenn seine Ehe mit der Tochter des Kl. entgegen den unausgesprochenen Erwartungen keinen Bestand haben werde. Dagegen spricht zunächst, daß das Geld dem Bekl. und seiner Ehefrau gemeinsam zugewendet worden ist. Für die einzige Tochter des Kl. bildete aber der Fortbestand ihrer Ehe nicht zwangsläufig die Geschäftsgrundlage für die Zuwendung. Sie konnte den Anlaß hierfür zumindest auch im Eltern-Kind-Verhältnis sehen. Auch aus der Sicht des Bekl. war nicht die Ehe allein Grundlage der Geldhingabe. Hinzu kam vielmehr eben dieses Verwandtschaftsverhältnis zwischen seiner Ehefrau und dem Kl., die der ausschlaggebende Umstand für die Zuwendungen sein konnte. Nicht unbeachtet kann ferner bleiben, daß mit den zugewendeten Beträgen über einen längeren Zeitraum hin der ausdrücklich beabsichtigte Zweck erreicht worden ist. Die Gebote von Treu und Glauben erfordern nach Ansicht des Senats deshalb nicht, daß darüber hinaus ein weiterer Umstand, nämlich der Fortbestand der Ehe für einen völlig ungewissen, unter Umständen sehr langen Zeitraum als Geschäftsgrundlage anerkannt wird.

Soweit in der Entscheidung OLG Oldenburg NJW 1992, 1461 ein Anspruch wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage bejaht worden ist, ist darauf hinzuweisen, daß dort die Kl. Geldbeträge in der Erwartung hingegeben hatten, sie würden im Falle ihrer fortschreitenden Pflegebedürftigkeit von dem Bekl. und ihrer Tochter in deren Haus aufgenommen werden. Das mag eine andere rechtliche Beurteilung zulassen. So liegt indessen der vom Senat zu entscheidende Fall nicht.

Im Falle OLG Oldenburg NJW 1994, 1539 war die Ehe bereits rechtskräftig geschieden. Abgesehen davon, daß dies hier nicht

vorgetragen ist, begegnet diese Entscheidung auch Bedenken. Die Bejahung eines Anspruchs wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage würde nämlich im Grund dazu führen, daß immer dann, wenn Eltern ihrem Kind und dessen Ehepartner Geld zur Finanzierung eines Hausbaus oder von Arbeiten an einem gemeinsam benutzten Haus gegeben haben, der Ehepartner einem Rückzahlungsanspruch ausgesetzt ist, wenn die Ehe scheitert. Dem kann sich der Senat in dieser Allgemeinheit nicht anschließen. Abzustellen ist vielmehr stets auf den konkreten Einzelfall. Dessen Umstände ergeben hier jedoch keinen Rückzahlungsanspruch des Kl. aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

#### **4. Schuldrecht/Sozialrecht – Überleitung des Rückforderungsanspruchs nach dem Tod des Schenkers**

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. 3. 1994 – 15 U 251/93)

##### **BGB § 528 Abs. 1 BSHG § 90**

**Der Rückforderungsanspruch des Schenkers wegen Verarmung besteht beim Tod fort und kann durch Anzeige auf den Sozialhilfeträger übergeleitet werden.**

##### **Zum Sachverhalt:**

Der Bekl. ist der Enkel der Eheleute D. und H. Letzterer ist am 13. 10. 1992 verstorben. D. erhält durch die Kl. seit dem 14. 4. 1992 Hilfe zur Pflege in einer Einrichtung. Die Kl. hat in der Zeit vom 14. 4. 1992 bis zum 30. 6. 1993 insgesamt 36.832,94 DM aufgewendet. Am 24. 10. 1991 hatte H. dem Bekl. schenkweise einen Betrag von 15.000,- DM überwiesen. Der Bekl. weigerte sich am 8. 10. 1992 schriftlich, diesen Betrag an die Kl. zu erstatten. Nach dem Tod des H. am 13. 10. 1992 leitete die Kl. mit Schreiben vom 3. 11. 1992 einen Schenkungsrückforderungsanspruch gem. § 90 BSHG auf sich über. Einen gegen die Überleitung eingelegten Widerspruch nahm der Bekl. in der Folgezeit zurück. Die Kl. meint, die Überleitung des Rückforderungsanspruchs gem. § 528 Abs. 1 S. 1 BGB sei auch nach dem Tod des H. noch möglich.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl. hatte Erfolg.

##### **Aus den Gründen:**

Die Kl. hat nach §§ 528 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 BGB, 90 BSHG aufgrund übergeleiteten Rechts des H. Anspruch auf Rückzahlung des dem Bekl. am 24. 10. 1991 geschenkten Betrages von 15.000,- DM.

1. Der dem Bekl. geschenkte Betrag stammte aus dem Vermögen seines Großvaters H. Der Betrag wurde unstreitig von dessen Bankkonto überwiesen. Seit 14. 4. 1992 befindet sich D., die Ehefrau des Schenkers und Großmutter des Bekl., in einem Pflegeheim. Der Schenker wie auch seine Ehefrau waren nicht in der Lage, die Heimkosten aufzubringen. D. erhält seit 14. 4. 1992 von der Kl. Hilfe zur Pflege.

Der Schenker hatte damit einen Anspruch nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB auf Rückgewähr des geschenkten Betrages, da er ab der Heimunterbringung seiner Ehefrau am 14. 4. 1992 nicht mehr in der Lage war, für sie die Heimkosten aufzubringen und seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nachzukommen. Durch Rückgewähr des geschenkten Betrages wäre er in der Lage gewesen, seiner Unterhaltspflicht zeitweilig bis zum Verbrauch des Schenkungsbetrages von 15.000,- DM nachzukommen. Da der Bekl. seiner Rückzahlungspflicht nicht nachkam, mußte die Kl. die Unterbringung der Ehefrau des Schenkers durch Sozialhilfeleistungen sicherstellen.

Bis zum Ableben des Schenkers am 14. 10. 1992 war ein Unterhaltsbedarf der Ehefrau des Schenkers infolge der Heimunterbringung von über 15.000,- DM entstanden. Nach der unbestrittenen Aufstellung der Kl. über die für die Heimunterbringung der Ehefrau des Schenkers erbrachten Sozialhilfeleistungen ergibt sich ein Aufwand der Kl. in der Zeit vom 14. 4. 1992 bis zum Tod des Schenkers am 14. 10. 1992 in Höhe von 15.811,55 DM.

2. Der Rückforderungsanspruch des Schenkers nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB in Höhe von 15.000,- DM ist von der Kl. nach § 90 BSHG wirksam übergeleitet worden, da sie in der Zeit von Beginn der Heimunterbringung bis zum Tode des Schenkers Sozialhilfeleistungen von mehr als 15.000,- DM erbracht hat. Die Überleitungsanordnung der Kl. vom 3. 11. 1992 ist als Verwaltungsakt für die ordentlichen Gerichte bindend (BGHZ 96, 380, 381 = NJW 1986, 1606 = LM, § 528 BGB, Nr. 3 = MittRh-NotK 1986, 118).

Der Rückforderungsanspruch des Schenkers nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht durch dessen Tod erloschen. § 528 Abs. 1 S. 3 BGB, der auf § 1615 BGB verweist, gilt nur für die Abwendungsbefugnis des Beschenkten nach § 528 Abs. 1 S. 2 BGB und den von ihm gewählten Rentenanspruch, nicht dagegen für den Rückgewähranspruch nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB (BGHZ 94, 141, 144 = NJW 1985, 2419 = LM, § 528 BGB, Nr. 2 = DNotZ 1986, 138). Selbst ein Rentenanspruch nach §§ 528 Abs. 1 S. 2, 760 BGB erlischt mit dem Tode des Schenkers nur für die Zukunft. Der Anspruch auf rückständige, fällige Renten und auf fällige Vorauszahlungen erlischt nicht durch den Tod des Schenkers (§ 1615 BGB).

Für eine Ersetzungsbefugnis nach § 528 Abs. 1 S. 2 BGB ist zudem kein Raum, wenn der Anspruch, wie hier, von vornherein auf Zahlung für einen abgeschlossenen Zeitraum der Unterhaltsbedürftigkeit gerichtet ist (BGHZ 94, 141, 144 = NJW 1985, 2419 = LM, § 528 BGB, Nr. 2 = DNotZ 1986, 138; BGHZ 96, 380, 384 = NJW 1986, 1606 = LM, § 528 BGB, Nr. 3 = MittRh-NotK 1986, 118). Im Streitfall bestand ein Anspruch des Schenkers auf Rückzahlung des gesamten geschenkten Betrages von 15.000,- DM für den abgeschlossenen Zeitraum von Heimunterbringung seiner Ehefrau bis zu seinem eigenen Ableben. Ein solcher Anspruch erlischt nicht bei Überleitung nach § 90 BSHG. Dies ist vom BGH für einen Fall entschieden worden, in welchem die Überleitung bereits vor dem Tod des Schenkers erfolgt war (BGHZ 96, 380 = NJW 1986, 1606 = LM, § 528 BGB, Nr. 3 = MittRh-NotK 1986, 118). Es gilt dies nach der Rechtsprechung des BVerwG (NVwZ 1991, 72 = DÖV 1990, 882) auch für eine Überleitung nach Ableben des Schenkers. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck des § 90 BSHG und des § 528 Abs. 1 S. 1 BGB. Letztere Bestimmung soll den Schenker bei Verarmung in die Lage versetzen, seinen eigenen und den Unterhalt seiner engsten Angehörigen selbst zu bestreiten. Dieser Anspruch erlischt nicht mit dem Tod des Schenkers, wenn er auf den Sozialhilfeträger übergeleitet wird. Auch wenn das Geschenk erst nach dem Tode des Schenkers und Sozialhilfeempfängers an den Träger der Sozialhilfe zurückgewährt wird, bleibt der Zweck des Anspruchs aus § 528 Abs. 1 S. 1 BGB, das verschenkte Vermögen des bedürftig gewordenen Schenkers für dessen oder den Unterhalt seines Ehegatten zu verwerten, gewahrt.

Die Verwertung eines solchen Anspruchs zur Befriedigung des Unterhaltsbedürfnisses des Schenkers ist gegenüber der Sozialhilfe grundsätzlich vorrangig. Sozialhilfe erhält nicht, wer sich selbst, durch Einsatz seines Vermögens, helfen kann. Verpflichtungen anderer gegenüber dem Hilfeempfänger werden durch die Sozialhilfe nicht berührt (§ 2 Abs. 1 S. 1 BSHG). Der Sozialhilfeträger kann im Umfang der gewährten Hilfe die Ansprüche des Sozialhilfeempfängers gegen andere nach § 90 BSHG auf sich überleiten. Der so zu bewirkende Anspruchsübergang ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann (§ 90 Abs. 1 S. 4 BSHG). Es ist deswegen unschädlich, daß der Herausgabeanspruch des verarmten Schenkers wegen § 399 HS 1 BGB (Zweckbindung) nur an die in § 528 Abs. 1 S. 1 BGB genannten Unterhaltsberechtigten abtretbar ist (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 52. Aufl. 1994, § 852 ZPO, Rd.-Nr. 1). Der Sozialhilfeträger gewährt Hilfe, obwohl dem Hilfebedürftigen ein Anspruch gegen einen Dritten – hier gegen den Bekl. – zusteht. Er tritt damit für diesen Dritten nur in Vorlage. Durch die Überleitung nach § 90 BSHG wird die Erstattung der in Vorleistung für den Rückgewährpflichtigen erbrachten Hilfeleistung für einen vor dem Tode des Schenkers liegenden Zeitraum ermöglicht.

Aufgrund dieser Zweckrichtung des § 90 BSHG ist eine Überleitung auch nach dem Tode des Schenkers zulässig und wirksam. Der bis zum Tode des Schenkers entstandene Rückgewähranspruch ist nicht erloschen. § 90 BSHG begrenzt die dem Träger der Sozialhilfe erteilte Ermächtigung, Ansprüche des Hilfeempfängers gegen einen anderen auf sich überzuleiten, wenn sie – wie hier – die gleiche Zeit betreffen, für die der Sozialhilfeträger Hilfe gewährt hat, nicht auf die Lebenszeit des Hilfeempfängers. Eine solche Beschränkung ergibt sich weder aus dem Sinn noch dem Zweck der Vorschrift. § 90 BSHG dient der Durchsetzung des Grundsatzes des Nachranges der Sozialhilfe (§ 2 Abs. 1 BSHG), indem er dem Träger der Sozialhilfe ein rechtliches Instrumentarium zur Verfügung stellt, das diesen in die Lage versetzt, durch Eintritt in die Gläubigerposition den vom Gesetz gewollten Vorrang der Verpflichtungen anderer, die dem Hilfeempfänger die erforderliche Hilfe hätte gewähren können, nachträglich wiederherzustellen. Die Überleitungsermächtigung zielt also ihrem Zweck nach auf die Herstellung derjenigen Haushaltslage beim Sozialhilfeträger, die bestünde, wenn der Anspruch des Hilfeempfängers schon früher erfüllt worden wäre. Aus dem BSHG ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, daß auf die nachträgliche Wiederherstellung des Nachranges der Sozialhilfe für den Tod des Schenkers verzichtet werden sollte (BVerwG NVwZ 1991, 72 = DÖV 1990, 882).

Es kann nicht zu Lasten des Sozialhilfeträgers gehen, wenn der zur Rückzahlung verpflichtete Beschenkte seiner Rückzahlungsverpflichtung nicht nachkommt und die Schenkung leugnet oder verschweigt und auf diese Weise die Erfüllung seiner Verpflichtungen bis zum Tode des Schenkers zu verzögern versteht. Es wird oft erst nach schwierigen Ermittlungen oder durch Zufälle möglich sein, daß der Sozialhilfeträger von Ansprüchen des Sozialhilfeempfängers nach § 528 Abs. 1 BGB erfährt, so daß er vielfach erst nach dem Tode des Hilfeempfängers Überleitungen vornehmen kann. Dies kann nicht dem rückzahlungspflichtigen Beschenkten zugute kommen. Anderenfalls hätte dies die nicht vertretbare Folge, daß die öffentliche Hand Aufwendungen endgültig tragen müßte, die sie nicht hätte erbringen müssen, wenn der Schuldner des Hilfeempfängers seiner Verpflichtung rechtzeitig nachgekommen wäre. Der Schuldner darf nicht die Möglichkeit haben, sich seiner Verpflichtung dadurch, daß er ihre Erfüllung lange genug verzögert, endgültig zu entziehen.

Bei überleitungsfähigen Ansprüchen nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB sprechen somit keine erheblichen Gründe gegen eine Vererblichkeit. Der Anspruch erlischt nicht mit dem Tode des Schenkers. Aus den dargelegten Gründen kann der Anspruch auch nach dem Tode des Schenkers nach § 90 BSHG übergeleitet werden. Er geht auf den Träger der Sozialhilfe über, sofern sich der Rückgewähranspruch mit den bis zum Tode des Schenkers erbrachten Sozialhilfeleistungen deckt. Bedenken gegen diese Rechtsfolge lassen sich selbst bei Annahme einer höchstpersönlichen Natur des Rückgewähranspruchs nicht herleiten, da nach § 90 Abs. 1 S. 4 BSHG auch nicht übertragbare Rechte übergeleitet werden können. Vertrauensschutzgrundsätze stehen nicht entgegen. Der Rückgewähranspruch nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB ist aus Gründen des Vertrauensschutzes bereits vielfältig beschränkt (§§ 818 Abs. 3, 529 BGB). Nicht vertrauen darf der Beschenkte darauf, daß bei Verarmung des Schenkers die notwendigen Kosten für dessen Lebensunterhalt und Pflege endgültig von der Allgemeinheit (Sozialhilfe) getragen werden.

## **5. Liegenschaftsrecht – Wohnungsrecht bei Pflegebedürftigkeit des Berechtigten**

(OLG Köln, Beschluß vom 6. 2. 1995 – 2 W 21/95 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Helmut Büttner, Köln)

**BGB §§ 1061; 1090 Abs. 2; 1092 Abs. 1 S. 2; 1093**

**1. Ein bloß subjektives in der Person des Berechtigten liegendes Ausübungshindernis (hier: stationäre Pflegebedürftigkeit) führt nicht zum Erlöschen eines Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB.**

2. Die Geschäftsgrundlage für die Beschränkung auf eine höchstpersönliche Nutzung kann je nach den Umständen bei Existenzgefährdung des Berechtigten wegfallen. Die Anpassung kann es dann gebieten, dem Berechtigten bei notwendiger auswärtiger Pflegeunterbringung die durch Vermietung oder sonstige Nutzung zu erzielenden Erträge zukommen zu lassen.
3. Ob der Wohnungsberechtigte in einer existenzbedrohenden Notlage ist, ist ohne Rücksicht auf Sozialhilfeleistungen zu beurteilen.

#### Zum Sachverhalt:

Gem. Notarvertrag vom 5. 4. 1972 ist für den 1914 geborenen Kl. ein lebenslanges Wohnungsrecht an einer Wohnung in der 4. Etage (Größe 60 qm) in einem von 20 Parteien bewohnten Haus in K. eingetragen worden. Eigentümer dieses Hauses sind – in Erbengemeinschaft – die Bekl., die auch dort wohnen.

Der Kl. ist der langjährige Lebensgefährte einer 1987 verstorbenen Miteigentümerin, die die Mutter der Bekl. zu 1) und 2) war. Ihr Anteil ist im Wege der Erbfolge auf die Bekl. zu 3)–5), ihre Enkelkinder, übergegangen. Zugunsten des Kl. ist weiter eine Reallast zur Sicherung einer Leibrente, die die Bekl. zu 1) und 2) schulden, eingetragen.

Bis Mai 1992 bewohnte der Kl. die Wohnung. Wegen Pflegebedürftigkeit lebt er seitdem in einem Pflegeheim. Die Heimpflegekosten von monatlich über 5.000,- DM kann er aus einer Erwerbsunfähigkeitsrente in Höhe von 1.239,76 DM und der erwähnten Leibrente in Höhe von monatlich 1.000,- DM nur teilweise decken, so daß er ergänzende Sozialhilfe bezieht. Die Wohnung steht seit Mai 1992 leer.

Mit der Klage verlangt der Kl. nunmehr von den Bekl. – also allen Miteigentümern in Erbengemeinschaft – Einverständnis mit einer Vermietung an Dritte, hilfsweise Duldung.

Das LG hat den Prozeßkostenhilfeantrag des Kl. zurückgewiesen. Es hat die Auffassung vertreten, auch nach § 242 BGB könne keine Fremdnutzung verlangt werden, da der Kl. angesichts der Sozialhilfegewährung schon nicht in einer existenzbedrohenden Notlage sei, Vermietungserlöse kämen nur dem Sozialhilfeträger zugute. Im übrigen sei auch in Notlagefällen eine Ausweitung des höchstpersönlichen Rechts abzulehnen, da die Wohnung dann auch beim Ableben des Berechtigten oftmals durch die Kündigungsschutzbestimmungen blockiert sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Kl.

#### Aus den Gründen:

1. Die zulässige Beschwerde (§ 127 Abs. 2 S. 2 ZPO) führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Die Rechtsverfolgung hat zwar mit den angekündigten Anträgen derzeit keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, es kommt aber eine Klageänderung nach gebotenen Hinweisen in Betracht, so daß das LG über den Prozeßkostehilfeantrag danach erneut zu befinden hat. (. . .)

2. . . .

3. Der Erfolgsaussicht der Klage steht nicht entgegen, daß das Wohnungsrecht des Kl. infolge seiner dauerhaften Verhinderung der Selbstnutzung erloschen wäre. Das Wohnungsrecht nach § 1093 BGB erlischt gem. §§ 1090 Abs. 2, 1061 BGB erst mit dem Tode des Wohnungsberechtigten. Es kann dahinstehen, ob es darüber hinaus auch dann erlischt, wenn die Ausübung objektiv dauernd unmöglich ist (z. B. zerstörtes Gebäude, das nicht wiedererrichtet werden kann). Ein bloß subjektives in der Person des Berechtigten liegendes Ausübungshindernis führt nicht zum Erlöschen des Wohnungsrechts (OLG Zweibrücken OLGZ 1987, 27; Palandt/Bassenge, 54. Aufl. 1995, § 1093 BGB, Rd.-Nr. 19; Staudinger/Ring, 13. Aufl. 1994, § 1093 BGB, Rd.-Nr. 18; einschränkend Soergel/Stürner, 12. Aufl. 1989, § 1093 BGB, Rd.-Nr. 16 zu OLG Zweibrücken, a.a.O.: „In dieser Allgemeinheit bedenklich, aber im Ergebnis wohl zutreffend, weil eine bloß zeitliche Ausübungsbehinderung hier nie sicher ausgeschlossen werden kann“).

4. Nach § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB kann allerdings eine die Ausübung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit einem anderen nur überlassen werden, wenn diese Überlassung gestattet ist. Eine solche Gestattung ist im Streitfall nicht eingeräumt worden.

Gleichwohl steht dies der Nutzung im Interesse des Wohnungsinhabers nicht entgegen, da die Verpflichteten in Ausnahmefällen nach Treu und Glauben verpflichtet sein können, bei unvorhergesehener persönlicher Verhinderung die Nutzungen dem Wohnungsberechtigten zukommen zu lassen, anstatt die Wohnung leerstehen zu lassen (vgl. schon Senat FamRZ 1991, 1432), weil insoweit die Geschäftsgrundlage für die Beschränkung auf eine höchstpersönliche Nutzung weggefallen ist.

Nach § 1093 Abs. 2 BGB ist der Berechtigte befugt, seine Familie sowie die zur standesgemäßen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen. Die Wortwahl der Vorschrift spiegelt die sozialen Verhältnisse beim Inkrafttreten des BGB vor fast 100 Jahren und zeigt den Willen des Gesetzgebers, dem Wohnungsberechtigten die Nutzung auch im Pflegefall zu ermöglichen. Die Aufnahme von Pflegepersonal in die Wohnung ist heute wegen der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse so gut wie immer unmöglich. War es aber – wie auch im Streitfall – erkennbar Ziel bei der mit einem Leibrentenversprechen einhergehenden Wohnrechtseinräumung für die Deckung des Wohn- und sonstigen Lebensbedarfs (letzteres jedenfalls zu einem Teil) zu sorgen, so kann die Anpassung des Rechtsgeschäfts bei unvorhergesehener auswärtiger Pflegeunterbringung gebieten, dem Berechtigten weiter die Vorteile seines Wohnrechts zukommen zu lassen.

Ob eine solche Pflicht besteht, hängt davon ab, ob nach Lage und Art der Räume eine Nutzung durch andere Personen ohne Beeinträchtigung der Verpflichteten möglich ist (vgl. schon Senat FamRZ 1991, 1433) und ob der Verpflichtete sich in einer existenzbedrohenden Notlage befindet, so daß er auf die Fortsetzung der Nutzung dringend angewiesen ist.

Da es sich im Streitfall um eine abgeschlossene Wohnung in einem Haus mit 20 Wohnparteien handelt, bestehen gegen die Zumutbarkeit der Fremdnutzung nach Art und Lage der Räume (anders als z. B. bei Einfamilienhäusern) keine Bedenken.

Ebenso ist eine existenzbedrohende Notlage des Wohnungsberechtigten zu bejahen. Entgegen der Auffassung des LG kommt es nicht darauf an, daß sein nicht durch eigenes Einkommen gedeckter Bedarf derzeit vom Sozialhilfeträger übernommen wird. Gem. § 2 Abs. 2 BSHG werden Verpflichtungen anderer durch die Gewährung von Sozialhilfe nicht berührt (Subsidiarität der Sozialhilfe), und gem. § 2 Abs. 1, 2 BSHG ist vorrangig das eigene Einkommen und Vermögen einzusetzen, so daß die Frage der Notlage unabhängig von Sozialhilfeleistungen beantwortet werden muß (Schulte, NJW 1989, 1241, 1243). Die Überlegung des LG, im Streitfall werde nur der Sozialhilfeträger, nicht aber der Berechtigte besser gestellt, berücksichtigt die Subsidiarität der staatlichen Leistung nicht hinreichend, denn die bloß subsidiäre Leistung muß bei der Beurteilung hinweggedacht werden. Auch Leistungen der Pflegeversicherung ändern an der Notlage nichts, denn für die stationäre Pflege werden Leistungen erst ab 1. 7. 1996 erbracht, und ihr Umfang für den Streitfall ist auch ungewiß, ebenso wie die dann gegebene Höhe der Gesamtunterbringungskosten.

Angesichts der Höhe der Unvermeidbarkeit der Pflegekosten ist die Notlage daher gegeben.

5. Den Bekl. ist einzuräumen, daß Bedenken gegen die beantragte Einwilligung in eine Weitervermietung durch den Kl. bestehen können, weil dies ihre Rechtsposition gegenüber den Mietern nach Erlöschen des Wohnungsrechts beeinträchtigen könnte. Zwar besteht in den Fällen, in denen die Eigentümer dem Wohnungsberechtigten nach dem Gesagten gem. § 242 BGB die Nutzungsvorteile zukommen lassen müssen, keine Verpflichtung der Eigentümer, die Räume selbst zu nutzen und dafür eine Nutzungsentschädigung zu zahlen oder sich selbst um eine Vermietung zu kümmern. Bei berechtigten Interessen der Eigentümer an einer Selbstnutzung oder der Mieterauswahl ist dies aber vom Wohnungsberechtigten hinzunehmen.

## 6. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Löschung einer Rückauffassungsvormerkung

(BayObLG, Beschluß vom 16. 3. 1995 – ZZ BR 8/95 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

### GBÖ §§ 19; 22 Abs. 1; 23 Abs. 1

1. **Beantragt und bewilligt der Testamentsvollstrecker die Löschung einer zugunsten des Erblassers (Berechtigten) eingetragenen Rückauffassungsvormerkung, ohne daß eine Gegenleistung gegenübersteht, hat er dem GBA nachzuweisen, daß der Erbe der Löschung zustimmt oder daß das Grundbuch aufgrund des Todes des Berechtigten unrichtig geworden ist.**
2. **Kann der durch die Vormerkung gesicherte Rückauflassungsanspruch nur von dem Berechtigten persönlich geltend gemacht werden und ist er für den Fall seiner Geltendmachung vererblich, ist jedoch die Vormerkung zeitlich unbeschränkt bestellt, rechtfertigt mangelnder Widerspruch des Rechtsnachfolgers innerhalb eines Jahres nach dem Tod des Berechtigten allein die Löschung nicht.**

### Zum Sachverhalt:

Der Bet. ist der Ehemann der am 11. 10. 1993 verstorbenen A. K. Der gemeinsame Sohn der Eheleute, Herr C. K., ist im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. Zugunsten seiner Mutter ist im Grundbuch eine Rückauffassungsvormerkung gem. Bewilligung in einem notariellen Überlassungsvertrag vom 16. 7. 1993 vermerkt. In diesem Vertrag ist vereinbart, daß der Veräußerer die Rückübertragung verlangen kann, wenn

- a) der Erwerber . . . vor dem Veräußerer verstirbt . . .
- b) er einen Vertrag abschließt, der ihn zur vollständigen oder teilweisen Übereignung des . . . Grundbesitzes oder Teilen hiervon oder zur Bestellung eines Erbbaurechts hieran verpflichtet . . .
- c) er die Eintragung von Rechten in Abteilung II oder Abteilung III des Grundbuchs bewilligt oder wenn gegen ihn im Wege der Einzelvollstreckung eine Sicherungshypothek eingetragen wurde oder die Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung angeordnet wird und die Vollstreckungsmaßnahmen nicht vor einer Verwertungshandlung . . . aufgehoben werden . . .
- d) der Erwerber oder sein Gesamtrechtsnachfolger Antrag auf Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens stellt oder gegen ihn Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gestellt wird oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird . . .
- e) der Veräußerer außerstande ist, seinen angemessenen Lebensunterhalt zu bestreiten oder seinen Verwandten oder seinem Ehegatten gegenüber obliegende Unterhaltspflichten zu erfüllen . . .
- f) ein grober Undank i.S.d. § 530 BGB vorliegt . . .
- g) der Erwerber aufgrund einer physischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann und ein Betreuer für ihn bestellt wurde . . .
- h) der Erwerber bei Verheiratung nicht binnen eines Monats nach schriftlicher Aufforderung . . . den Güterstand der Gütertrennung deutschen Rechts oder einen diesem entsprechenden Güterstand ausländischen Rechts vereinbart oder, falls er in Zugewinnsgemeinschaft lebt, durch Ehevertrag vereinbart, daß die Vertragsobjekte und diesbezügliche Verbindlichkeiten als geschenktes Vermögen bei jeder Art des Zugewinnausgleichs in keiner Weise berücksichtigt werden, oder wenn er eine solche Vereinbarung während der Verheiratung später aufhebt.

Ferner heißt es:

Dieses Recht kann nur höchstpersönlich ausgeübt werden und ist bis zum Zeitpunkt seiner Ausübung weder vererblich noch übertragbar.

Wird es ausgeübt, ist der Verpflichtete oder dessen Rechtsnachfolger verpflichtet, den betroffenen Grundbesitz mit allen Bestandteilen und dem Zubehör frei von . . . Belastungen zu übereignen.

Nach dem Tod seiner Mutter bestellte C. K., mit notarieller Urkunde vom 12. 8. 1994 an den ihm übereigneten Grundbesitz eine Grundschuld. In dieser Urkunde bewilligte der Bet. als Testamentsvollstrecker die Löschung der Auflassungsvormerkung. C. K. stimmte als Grundstückseigentümer der Löschung zu.

Unter Vorlage dieser Urkunde hat der Bet. bei dem GBA als Testamentsvollstrecker über den Nachlaß der verstorbenen A. K. die Löschung der Auflassungsvormerkung beantragt. Das GBA hat durch

Zwischenverfügung vom 23. 8. 1994 die Eintragung beanstandet: Die Löschung der Rückauffassungsvormerkung sei nur möglich, wenn die Entgeltlichkeit der Verfügung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen oder ausreichend dargelegt werde. Sei dies nicht möglich, könne die Löschung nur erfolgen, wenn sämtliche Erben unter Nachweis der Erbfolge der Löschung zustimmen. Das Original des Testamentsvollstreckerzeugnisses liege nicht vor. Die Erinnerung/Beschwerde des Bet. hat das LG durch Beschluß vom 6. 10. 1994 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Bet.

### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das LG hat ausgeführt: Die Löschung der Auflassungsvormerkung gem. § 19 GBO scheidet derzeit aus. Bislang sei nur eine beglaubigte Abschrift der ersten Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vorgelegt. Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers könne aber nur durch Vorlage des Zeugnisses in Urschrift oder Ausfertigung nachgewiesen werden. Der Testamentsvollstrecker dürfe nur entgeltliche Verfügungen vornehmen. Die Entgeltlichkeit sei nicht ausreichend nachgewiesen. Eine Löschung der Auflassungsvormerkung gem. § 22 GBO komme ebenfalls nicht in Betracht. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs sei nicht nachgewiesen. Ein Nachweis über den Tod der Vormerkungsberechtigten liege in der Form des § 29 GBO nicht vor. Die Auflassungsvormerkung könne nicht gelöscht werden, da sie nicht auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sei und der gesicherte Auflassungsanspruch nicht durch den Tod der Berechtigten auflösend bedingt sei. Nach der Bewilligung könne zwar die Berechtigte die Rückübertragung nur höchstpersönlich verlangen. Habe sie aber zu Lebzeiten die Rückübertragung verlangt und seien die Voraussetzungen der Rückübertragung gegeben, so sei der Rückübertragungsanspruch entstanden und damit vererblich. Er werde dann durch die Vormerkung gesichert.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Eine Auflassungsvormerkung kann nach § 19 GBO nur gelöscht werden, wenn der Berechtigte die Löschung bewilligt. Gem. § 22 Abs. 1 GBO bedarf es der Bewilligung dann nicht, wenn das Grundbuch durch die Löschung berichtigt werden soll und die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Ist der Berechtigte verstorben, wirkt die Eintragung für die Erben, so daß in der Regel zur Löschung der Vormerkung ihre Bewilligung erforderlich ist. Hat der Erblasser jedoch eine Testamentsvollstreckung angeordnet (§ 2197 BGB), ist diese wirksam (§ 2201 BGB), und hat der Testamentsvollstrecker das Amt angenommen (§ 2202 BGB), so ist während der Dauer der Testamentsvollstreckung der Testamentsvollstrecker über den Nachlaß verfügungsbefugt (§§ 2205 S. 2, 2211 BGB), so daß er die Löschung einer Eintragung beantragen und bewilligen kann. Seine Befugnis ist grundsätzlich unbeschränkt; lediglich unentgeltliche Verfügungen sind ihm untersagt (§ 2205 S. 3 BGB). Gibt er die Löschungsbewilligung ab, ohne daß eine Gegenleistung gegenübersteht, hat er dem GBA nachzuweisen, daß der Erbe der Bewilligung der Löschung zustimmt oder daß das Grundbuch unrichtig ist; die Bewilligung der Löschung stellt dann eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung des Testamentsvollstreckers dar. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

(1) Der Testamentsvollstrecker hat seine Rechtsstellung dem GBA gegenüber nachzuweisen. Dies geschieht in der Regel durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB). Bei Erklärung gegenüber dem GBA gelten Ausnahmen, wenn der Testamentsvollstrecker in einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen ernannt worden ist (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO). Dies ist hier nicht der Fall. Ein Testamentsvollstreckerzeugnis ist dem GBA in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen (BayObLGZ 1990, 87 f. = DNotZ 1991, 548 = MittRhNotK 1990, 171), wie das LG zu Recht ausführt.

(2) Der Testamentsvollstrecker, der nicht Vertreter oder Beauftragter der Erben ist, sondern das ihm zugewiesene Amt aus eigenem Recht, aber im fremden Interesse selbständig ausübt (RG 138, 136; BGH NJW 1954, 1036 = DNotZ 1954, 399), ist

auch in der Verfügung über eine im Grundbuch eingetragene Vormerkung nur nach der Vorschrift des § 2205 S. 3 BGB beschränkt. Unentgeltlichkeit liegt dann vor, wenn der Verminderung des Nachlasses eine entsprechende Gegenleistung nicht gegenübersteht und der Testamentsvollstrecker die Unzulänglichkeit der Gegenleistung kennt oder hätte kennen müssen (BGH NJW 1963, 1613, 1614; 1991, 842 = DNotZ 1992, 507 = MittRhNotK 1991, 153; BayObLG Rpfleger 1988, 525 = DNotZ 1989, 182 = MittRhNotK 1989, 17; OLG Hamm Rpfleger 1991, 59 = MittRhNotK 1990, 278). Unentgeltliche Verfügungen sind grundsätzlich unwirksam. Dem GBA ist bei Beantragung der Löschung einer Vormerkung die Entgeltlichkeit nachzuweisen oder zu belegen, denn das GBA hat darauf zu achten, daß das Grundbuch nicht aufgrund einer unwirksamen Verfügung unrichtig wird.

Der Bewilligung zur Löschung der Vormerkung steht hier eine Gegenleistung nicht gegenüber, so daß von einer Unentgeltlichkeit auszugehen ist.

(3) Die Verfügung des Testamentsvollstreckers kann jedoch auch bei einer unentgeltlichen Verfügung wirksam sein, wenn der Erbe der Verfügung zustimmt (BGHZ 57, 84, 87 = DNotZ 1972, 90; BayObLG NJW-RR 1989, 587). In der Grundschuldbestellung heißt es: „Der Grundstückseigentümer stimmt bereits heute allen Erklärungen (Rangrücktritten, Löschungen) mit dem Antrag auf Vollzug zu.“ Ist der Grundstückseigentümer auch der Erbe, so kann in dieser Erklärung die Zustimmung des Erben zur Abgabe der Löschungsbewilligung durch den Testamentsvollstrecker liegen. Dem GBA ist jedoch nachzuweisen, daß der Zustimmende auch Erbe und damit Rechtsnachfolger der Berechtigten geworden ist (BayObLG a.a.O.). Dafür ist gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GBO grundsätzlich die Vorlage eines Erbscheins erforderlich. Dem GBA ist ein Erbschein, der C. K. als Erben ausweist, nicht vorgelegt worden. Nur wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, beruht, genügt es, daß anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden (§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO). Ein öffentliches Testament liegt nicht vor. Im Beschwerdeverfahren vor dem LG hat der Beteiligte nur eine beglaubigte Abschrift eines privatschriftlichen Testaments eingereicht. Dies genügt nicht.

Der Nachweis der Erbfolge ist auch nicht entbehrlich (vgl. Demharter, 21. Aufl., § 35 GBO, Rd.-Nr. 8), denn die Erbfolge ist bei dem GBA N. nicht offenkundig i.S.d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO. Das privatschriftliche Testament wurde durch ein anderes AG, das AG K., eröffnet.

(4) Einer Zustimmung des Erben zu einer unentgeltlichen Verfügung bedarf es nicht, wenn das Grundbuch aufgrund des Todes des Berechtigten unrichtig geworden ist und durch die Löschung berichtigt werden soll (§ 22 Abs. 1 GBO), denn dann handelt es sich um eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung. Dem GBA ist hier nicht nachgewiesen, daß das Grundbuch unrichtig ist und die Abgabe der Löschungsbewilligung somit im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung liegt.

Die Vormerkung (§ 883 BGB) ist nicht auf die Lebensdauer der Berechtigten beschränkt und damit durch den Tod der Berechtigten nicht in Wegfall gekommen.

Nach der Bewilligung in dem von der Berechtigten mit ihrem Sohn geschlossenen Überlassungsvertrag kann das durch die Vormerkung gesicherte Rückauflassungsrecht von ihr nur höchstpersönlich ausgeübt werden. Es ist bis zum Zeitpunkt seiner Ausübung nicht vererblich und auch nicht übertragbar. Damit ist die Ausübung des Rechts auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt. Die Vormerkung, die dieses Recht sichern soll und akzessorisch ist, ist jedoch ohne Beschränkung auf die Lebensdauer der Berechtigten bewilligt worden. Dies bedeutet, daß dann, wenn das Recht von der Berechtigten ausgeübt worden ist, der noch nicht durchgesetzte Anspruch auf die Erben übergeht und durch die Vormerkung gesichert bleibt.

Die bewilligte Auflassungsvormerkung kann auch nicht dahin ausgelegt werden, sie habe ebenso wie der aufschiebend be-

dingte Auflassungsanspruch zeitlich begrenzt sein sollen. Im Hinblick auf die Akzessorietät der Vormerkung hätte dieser Wille urkundlich zum Ausdruck kommen müssen. Wie der BGH in seiner Entscheidung vom 26. 3. 1992 (BGHZ 117, 390, 393 = Rpfleger 1992, 287, 288 = DNotZ 1992, 569 = MittRhNotK 1992, 187) zur Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks nach § 23 Abs. 2 GBO ausführte, kann die Sicherung der Erben des Berechtigten gerade für den Fall beabsichtigt sein, daß Rücküberrungsansprüche zu Lebzeiten des Berechtigten entstanden, aber noch nicht erfüllt sind. Der BGH weist darauf hin, daß in der Urkunde klarzustellen ist, welche Ansprüche durch die Vormerkung gesichert werden sollen. Da in der Urkunde die Vormerkung unbeschränkt bestellt wurde und zu dieser Zeit dem beurkundenden Notar die Entscheidung des BGH bekannt gewesen sein muß, kann nicht davon ausgegangen werden, auch die Vormerkung sei auf die Lebensdauer der Berechtigten beschränkt. Es ist daher die Vormerkung nicht allein aufgrund des Todes der Berechtigten zu löschen.

Eine Löschung nach § 22 Abs. 1 GBO käme nur in Betracht, wenn der durch die Vormerkung gesicherte schuldrechtliche Rücküberrungsanspruch zu Lebzeiten der Berechtigten nicht entstanden ist. Das GBA kann ohne Nachweis nicht selbst feststellen, ob die in der Bewilligung genannten Voraussetzungen der Rücküberrung zu Lebzeiten der Berechtigten erfüllt wurden. Der Bet. hat daher nachzuweisen, daß diese Voraussetzungen nicht vorliegen.

Der Nachweis ist zwar nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu führen, da er, worauf die Rechtsprechung hinweist, in der Regel nicht in dieser Form geführt werden kann (vgl. BayObLG NJW-RR 1989, 587; OLG Hamm Rpfleger 1991, 59 = MittRhNotK 1990, 278). Das GBA hat jedoch sorgfältig unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände in freier Beweiswürdigung zu prüfen, ob ein Nachweis erbracht ist. Der Beteiligte hat erstmals in der Rechtsbeschwerdeinstanz eine eigene vor dem Notar abgegebene eidesstattliche Erklärung vorgelegt, in der er als Ehemann der Berechtigten, Vater des Erwerbers und als Testamentsvollstrecker versichert, zu Lebzeiten der Berechtigten sei ein Rückforderungsanspruch nicht entstanden und ein Rückübertragungsanspruch nicht geltend gemacht worden. Diese vorgelegte eidesstattliche Versicherung kann bei der Entscheidung über die weitere Beschwerde nicht berücksichtigt werden (§§ 27 Abs. 1 S. 2 FGG, 561 ZPO). Das GBA hat bis zur abschließenden Entscheidung über die beantragte Löschung der Vormerkung in eigener Verantwortung zu prüfen, ob die eigene eidesstattliche Versicherung des Beteiligten zum Nachweis ausreicht, daß die Voraussetzungen der Rücküberrung nicht gegeben waren und eine Rückübertragung nicht verlangt wurde.

b) Eine Löschung der Vormerkung kann auch nicht gem. § 23 Abs. 1 GBO verlangt werden. Der Vortrag des Beteiligten, die Vormerkung sei zu löschen, da seit dem Tod der Berechtigten mittlerweile mehr als ein Jahr abgelaufen sei und der Rechtsnachfolger der Löschung nicht widersprochen habe, greift nicht durch.

Die Bestimmung des § 23 GBO hat dingliche Rechte zum Gegenstand, die auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sind und bei denen ein Rückstand von Leistungen möglich ist. Eine Vormerkung ist kein dingliches Recht, sondern ein mit dinglichen Rechtswirkungen ausgestaltetes Sicherungsmittel eigener Art (BGH DNotZ 1975, 414; BayObLG Rpfleger 1980, 294), so daß allenfalls eine entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 1 GBO in Frage kommt. Bei der Vormerkung sind aber Rückstände i.S.d. § 23 Abs. 1 GBO nicht möglich.

Der Senat hat früher im Rahmen einer Entscheidung zu § 23 Abs. 2 GBO und für den Fall, daß die Vormerkung, nicht der gesicherte Anspruch auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist, angenommen, die Bestimmung des § 23 Abs. 2 GBO sei auch auf die schwächere Vormerkungsberechtigung entsprechend anwendbar, Rückstände von Leistungen lägen in dem zu Lebzeiten des Berechtigten entstandenen, aber nicht mehr erfüllten und auf die Erben übergegangenen Eigentumsverschaffungsanspruch (BayObLG 1991, 288 ff. = MittRhNotK

1991, 286). Der BGH, dem der Senat die Sache zur Entscheidung vorgelegt hat, hat sich dieser Ansicht nicht angeschlossen (BGHZ 117, 390, 393 = Rpfleger 1992, 287, 288). Er hat dargelegt, daß das, was als Rückstand der Vormerkung angesehen werde, nur den schuldrechtlichen Anspruch betreffe. Aus dieser Entscheidung folgt, daß bei der Vormerkung Rückstände nicht denkbar sind und § 23 Abs. 1 GBO somit auf die Vormerkung nicht anwendbar ist (vgl. nunmehr BayObLG MittBayNot 1994, 539, 540; Streuer, Rpfleger 1994, 346, 347 in Anm. zu OLG Köln Rpfleger 1994, 345, 346). Das OLG Köln (a.a.O.) führt in seiner Entscheidung zur Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks nach § 23 Abs. 2 GBO bei einer zeitlich unbeschränkt bestellten Vormerkung ebenfalls aus, daß Rückstände nur den schuldrechtlichen Rückauflassungsanspruch betreffen, nicht jedoch die Auflassungsvormerkung. Es vertritt jedoch dann die Ansicht, die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks nach § 23 Abs. 2 GBO sei zulässig. Ob dieser Ansicht zu folgen ist, kann offenbleiben. Die hier zu entscheidende Sache betrifft eine andere Fallgestaltung. Eine Vorlage der Sache an den BGH gem. § 79 GBO wegen Abweichens von der Entscheidung des OLG Köln bedarf es nicht.

### 7. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs durch eine einzige Vormerkung

(BayObLG, Beschluß vom 6. 4. 1995 – 2Z BR 17/95 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

#### BGB §§ 158; 883

**Übertragen Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu ihren Lebzeiten ein Grundstück auf ihre Abkömmlinge und behalten sich für bestimmte Fälle einen Anspruch auf Rückübertragung vor, der zunächst ihnen gemeinsam und nach dem Tod des Erstversterbenden dem Überlebenden allein zustehen soll, so liegt ein einziger Anspruch vor, der durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann (Abgrenzung von BayObLG DNotZ 1991, 892 = MittRhNotK 1990, 217).**

#### Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) und 2), die Eltern des Bet. zu 3), sind im Grundbuch als Miteigentümer je zur Hälfte eines Grundstücks eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 21. 4. 1994 ließen die Bet. zu 1) und 2) das Grundstück an den Bet. zu 3) auf. In Nr. 13 der Urkunde ist bestimmt:

„Die Veräußerer behalten sich das Recht vor, die Rückübertragung des Vertragsobjekts auf sich zu gleichen Anteilen zu verlangen, wenn ...

Lebt nur noch ein Veräußererteil, steht diesem das Recht zu, die Übertragung des gesamten Vertragsobjekts auf sich allein zu verlangen.

...

Das Rückübertragungsverlangen kann nur nach Bedingungseintritt durch notariell beurkundete Erklärung ausgeübt werden, zu Lebzeiten beider Veräußerer nur von diesen gemeinsam. Sobald die Ausübung beurkundet ist, ist der Übereignungsanspruch vererblich und übertragbar. Vorher ist der Rückübertragungsanspruch weder vererblich noch übertragbar.

Zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Übertragung des Eigentums aus den vorstehenden Vereinbarungen wird bewilligt, eine Vormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch für die Veräußerer zu gleichen Anteilen ... einzutragen mit der Maßgabe, daß der Anspruch nach dem Tod eines Veräußerers dem Längerlebenden allein zusteht ...“

Den Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug der Urkunde hat das GBA am 30. 5. 1994 zurückgewiesen. Die Erinnerung/Beschwerde der Bet. hat das LG durch Beschluß vom 16. 12. 1994 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das AG zur anderweitigen Entscheidung über die Eintragungsanträge.

1. Das LG hat ausgeführt: Aufgrund der Entscheidung des BayObLG vom 15. 2. 1990 (DNotZ 1991, 892 = MittRhNotK

1990, 217) sei zweifelhaft geworden, in welchen Fällen ein Anspruch, der zunächst mehreren Personen, insbesondere Ehegatten, und nach dem Tod eines von ihnen dem Überlebenden allein zustehe, durch eine einzige Vormerkung gesichert werden könne. Aufgrund dieser Entscheidung seien im Schrifttum Lösungsvorschläge entwickelt worden, bei welcher Ausgestaltung des Rückübertragungsanspruchs eine einzige Vormerkung ausreiche. Vererblichkeit und Übertragbarkeit des zunächst beiden Ehegatten zustehenden Anspruchs seien im vorliegenden Fall ausdrücklich ausgeschlossen. Auch die Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses lasse keinen Raum für die Annahme, dem Überlebenden solle von Anfang an ein eigener Anspruch zustehen. Schließlich seien auch die Voraussetzungen einer Gesamt- oder Mitgläubigerschaft aufgrund der vertraglichen Gestaltung ausgeschlossen. Nach dieser sei der Rückauflassungsanspruch zwingend von beiden Ehegatten auszuüben und erlösche beim Tod eines von ihnen. Er finde keine Fortsetzung in dem Überlebenden; vielmehr entstehe in seiner Person ein selbständiger Anspruch. Damit lägen insgesamt drei Ansprüche vor, die auch nur durch drei Vormerkungen gesichert werden könnten.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) In dem nicht selten vorkommenden Fall, daß wie hier Eltern ein Grundstück zu ihren Lebzeiten im Weg der vorweggenommenen Erbfolge auf Abkömmlinge übertragen und sich bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen einen Rückübertragungsanspruch vorbehalten, der ihnen zunächst gemeinsam und beim Tod eines von ihnen dem Überlebenden allein zustehen soll, wurde in Rechtsprechung und Schrifttum in der Vergangenheit nur ein Anspruch angenommen, zu dessen Sicherung die Eintragung nur einer Vormerkung genügte. Dabei wurde – wie in einem weiteren in Betracht gezogenen Fall (BayObLGZ 1984, 252, 256 = DNotZ 1985, 202 = MittRhNotK 1984, 239) – von einer Sukzessivberechtigung gesprochen. Der Anspruch soll zunächst den übergebenden Eltern gemeinsam zustehen und nach dem Tod eines der beiden Berechtigten zum alleinigen Anspruch des Überlebenden werden (BayObLGZ 1984, 252, 256 = DNotZ 1985, 202 = MittRhNotK 1984, 239; OLG Zweibrücken Rpfleger 1985, 284 = MittRhNotK 1985, 122, je m.w.N.). Dieser im Anschluß an Entscheidungen des RG (RGZ 76, 89, 90 f. und 128, 246, 249) und des KG (JW 1932, 2445 und DNotZ 1937, 330 f.) entwickelten Ansicht lag die zutreffende Erkenntnis zugrunde, daß eine einzige Vormerkung grundsätzlich nur dann genügen kann, wenn es sich auch nur um einen Anspruch handelt, weil mehrere verschiedene Ansprüche nicht unter dem Dach einer einzigen Vormerkung gesichert werden können, vielmehr ebenso viele Vormerkungen erfordern, wie Ansprüche gegeben sind.

(1) Eine in diesem Sinn verstandene Sukzessivberechtigung, bei der ein einheitlicher Anspruch zunächst mehreren gemeinsam und sodann einem von ihnen allein zusteht, wirft rechtliche Probleme bei der Begründung auf, daß es sich trotz Änderung auf der Berechtigtenseite weiterhin um ein und denselben Anspruch handelt. Geht man dabei davon aus, daß der zunächst beiden Ehegatten gemeinsam zustehende Anspruch befristet oder auflösend bedingt durch den Tod eines von ihnen und der dem Überlebenden allein zustehende Anspruch befristet oder aufschiebend bedingt durch dasselbe Ereignis ist, führt dies für sich allein betrachtet zu mehreren Ansprüchen, die nicht durch eine einzige Vormerkung gesichert werden könnten. Diesen Gesichtspunkt hat der Senat in dem Beschluß vom 15. 2. 1990 (DNotZ 1991, 892 = MittRhNotK 1990, 217) in den Vordergrund gestellt. Dort ging es um die Löschung der bei einer ähnlichen vertraglichen Gestaltung wie im vorliegenden Fall im Grundbuch nur zugunsten der inzwischen verstorbenen Ehegatten in Gütergemeinschaft eingetragenen Auflassungsvormerkung zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs. Der Senat hat ausgeführt, in dem Übergabevertrag seien zwei Rückübertragungsansprüche vereinbart worden, nämlich der den Eltern gemeinschaftlich und der dem überlebenden Ehegatten nach dem Tod des anderen allein zustehende Anspruch; durch

Vormerkung sei nur der erste Anspruch gesichert worden. Weiter ist ausgeführt, die Bestimmungen in dem Übergabevertrag seien so auszulegen, daß dem Überlebenden mit der Beendigung der Gütergemeinschaft durch den Tod des anderen Ehegatten ein eigener Rückübertragungsanspruch zustehen soll, während der beiden Ehegatten zustehende Anspruch mit der Beendigung der Gütergemeinschaft erlischt. Dies wird sodann weiter begründet.

(2) Die Entscheidung vom 15. 2. 1990 (DNotZ 1991, 892 = MittRhNotK 1990, 217) ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung überwiegend als Abkehr von der ursprünglichen Annahme nur eines einheitlichen und durch eine einzige Vormerkung sicheren Anspruchs in einem Fall, wie er hier zu entscheiden ist, verstanden worden (vgl. Amann, MittBayNot 1990, 225; Liedel, DNotZ 1991, 855; Streuer, Rpfleger 1994, 397; Rastätter, BW-NotZ 1994, 27; LG Landshut Rpfleger 1992, 338). Die Entscheidung vom 15. 2. 1990 (DNotZ 1991, 892 = MittRhNotK 1990, 217) beruht auf der Auslegung der dort im Zusammenhang mit dem Übereignungsanspruch getroffenen Vereinbarungen und der vorgenommenen Grundbucheintragung. Die dortigen Ausführungen eignen sich daher nicht für eine Verallgemeinerung (so zutreffend Amann, a.a.O.). Der Hinweis des Senats, es handle sich um einen Fall der „alternativen“ und „sukzessiven“ Berechtigung, ist unterschiedlich verstanden worden. Von einigen Autoren wird die Meinung vertreten, dabei würden Begriffe vermengt, die Gegensätzliches bedeuteten (vgl. Amann, a.a.O., 227; Rastätter, a.a.O., 27 f.; Haegele/Schöner/Stöber, GBR, 10. Aufl., Rd.-Nr. 261 b; LG Landshut a.a.O.), während Streuer (a.a.O., 401 f.) darin eine notwendige Korrektur des bisherigen Verständnisses der Begriffe der Sukzessivberechtigung und der Alternativberechtigung sieht. Eine sukzessive Berechtigung sah der Senat insoweit für gegeben, als der Anspruch zunächst den beiden Eheleuten gemeinsam und sodann dem Überlebenden von ihnen allein zustehen sollte, während die alternative Berechtigung darin gesehen wurde, daß je nachdem, welcher der beiden Ehegatten zuerst verstirbt, der Anspruch entweder der Ehefrau oder dem Ehemann zustehen sollte.

b) Der Senat hält dann, wenn der Rückübereignungsanspruch zunächst zwei Berechtigten, insbesondere Eheleuten, gemeinsam und nach dem Tod eines von ihnen dem Überlebenden allein zustehen soll, einen einzigen Anspruch für gegeben, der durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann (ebenso LG Landshut Rpfleger 1992, 338; Demharter, 21. Aufl., Anhang zu § 44 GBO, Rd.-Nr. 108). In der Person des Überlebenden entsteht nicht ein neuer selbständiger Anspruch. Vielmehr steht derselbe, ihm bereits von Anfang an, allerdings zunächst gemeinsam – sei es in Gütergemeinschaft, sei es in Bruchteilsgemeinschaft – mit dem anderen Berechtigten, zustehende Anspruch mit dem Tod des Erstversterbenden nunmehr ihm allein zu. Der Tod eines der beiden Ehegatten führt in der Form einer Befristung oder Bedingung zwar zu einer Änderung in der Berechtigung, jedoch nicht zu einem völligen Auswechseln der Berechtigten i.V.m. dem Entstehen eines neuen Anspruchs und dem Erlöschen des bisherigen gemeinschaftlichen Anspruchs.

(1) Das RG und das KG haben in den angeführten Entscheidungen für die Ansicht, daß es sich nur um einen einzigen Anspruch handelt, soweit überhaupt eine nähere Begründung gegeben wurde, auf § 328 BGB und die Grundsätze über den Vertrag zugunsten Dritter verwiesen (vgl. RGZ 128, 246, 249; KG DNotZ 1937, 330). Das Ergebnis kann auch damit begründet werden, daß im Weg der Auslegung eine im voraus vereinbarte Abtretung des Hälfteanteils des vorversterbenden Ehegatten zugunsten des Überlebenden für den Fall seines Vorversterbens angenommen wird. Damit wird erreicht, daß dem überlebenden Ehegatten der Rückübertragungsanspruch allein zusteht (vgl. § 398 BGB). Dies ist der Wille der Beteiligten, so daß der im übrigen vereinbarte Ausschluß der Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Rückübertragungsanspruchs nicht entgegensteht. Nicht ausgeschlossen ist es schließlich auch, zu dem von den Beteiligten angestrebten Ergebnis da-

durch zu gelangen, daß im Weg der Auslegung unabhängig von dem im Einzelfall gegebenen Gemeinschaftsverhältnis eine Gesamtberechtigung i.S.d. § 428 BGB als vereinbart angenommen wird. Diese ist zunächst von dem in erster Linie, allerdings auflösend bedingt, maßgebenden Gemeinschaftsverhältnis überlagert und wird unter gewissen Voraussetzungen, nämlich dem Vorversterben eines Ehegatten vor Ausübung des Rückübertragungsverlangens, rückwirkend wirksam (vgl. Amann, a.a.O., 227 f.; Rastätter, a.a.O., 29 f.; Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nrn. 261 e bis 261 h). Die zuletzt angesprochene Begründung muß dann in Erwägung gezogen werden, wenn im Einzelfall die Annahme einer Vorausabtretung daran scheitert, daß ein Anspruch oder Recht nicht abtretbar ist.

(2) Offenbleiben kann, ob in einem Fall wie hier von einer Sukzessivberechtigung gesprochen werden kann (verneinend Streuer, a.a.O., 401). In der Vergangenheit wurde jedenfalls auch ein solcher Fall als Sukzessivberechtigung bezeichnet (vgl. BayObLGZ 1984, 252, 256 = DNotZ 1985, 202 = MittRhNotK 1984, 239). Offenbleiben kann ferner, ob diese Betrachtungsweise auch für den bisher ebenfalls unter den Begriff der Sukzessivberechtigung gebrachten Fall gelten kann, daß ein Recht oder Anspruch zunächst einem Berechtigten allein auflösend bedingt oder befristet durch seinen Tod, durch dasselbe Ereignis aber aufschiebend bedingt oder unter einem Anfangstermin einem anderen Berechtigten allein zusteht (vgl. BayObLGZ a.a.O.).

(3) Der Senat hält nicht zuletzt deshalb an der früheren rechtlichen Beurteilung fest, wonach in einem Fall wie dem vorliegenden sowohl der Anspruch der beiden Ehegatten als auch der des Überlebenden durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann, um bei bestehenden Eintragungen dieser Art die Sicherungswirkung der Vormerkung für den Anspruch des Überlebenden nicht zu gefährden. Im übrigen ist es für die Frage der grundbuchmäßigen Buchung nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob es sich nur um einen oder um mehrere Ansprüche handelt. Auch wenn mehrere Ansprüche angenommen würden, ist eine Sicherung der mehreren Ansprüche entweder durch eine einzige Vormerkung oder durch mehrere unter einer Nummer gebuchten Vormerkungen jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden nicht völlig ausgeschlossen (zutreffend Streuer, a.a.O., 402; Liedel, a.a.O., 873). Unverzichtbar ist in jedem Fall, daß bei der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch selbst die vom Tod des erstversterbenden Ehegatten abhängige Erweiterung der Berechtigung auf den Überlebenden zum Ausdruck kommt; gerade daran hat es in dem vom Senat am 15. 2. 1990 (DNotZ 1991, 892 = MittRhNotK 1990, 217) entschiedenen Fall gefehlt. Von Amann (a.a.O., 229) und Rastätter (a.a.O., 29) sind hierzu identische Fassungsvorschläge unterbreitet worden, die auch bei einer Bruchteilsgemeinschaft wie hier entsprechend angewendet werden können.

## 8. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks

(LG Aachen, Beschluß vom 24. 3. 1995 – 3 T 44/95 – mitgeteilt von Notar Thilo von Trotha, Aachen)

### GBO § 23 Abs. 2

1. Die Eintragung eines Vermerks im Grundbuch, daß zur Löschung der zur Sicherung eines auf die Lebenszeit des Berechtigten befristeten Rückübertragungsanspruchs eingetragenen Eigentumsvormerkung der Nachweis des Todes genügt, ist analog § 23 Abs. 2 GBO zulässig.
2. Unzulässig ist dagegen die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks bei einer Sicherungshypothek, wenn diese nicht auf die Lebenszeit des Gläubigers befristet ist.

(Leitsätze nicht amtlich)

## Zum Sachverhalt:

Durch notariellen Übertragungsvertrag des Notars vom 5. 4. 1994 übertrug die Bet. zu 2), die Mutter bzw. Schwiegermutter der Bet. zu 1), den eingangs bezeichneten Grundbesitz auf diese. Die Bet. zu 1) verpflichteten sich unter anderem, an die Bet. zu 2) 50.000,- DM in monatlichen Raten von 250,- DM, beginnend mit Dezember 1994, gem. den Vereinbarungen in § 2 Abs. 4 der notariellen Urkunde zu zahlen. Zur Sicherung dieses Anspruchs bestellten sie zugunsten der Bet. zu 2) eine Sicherungshypothek in Höhe von 50.000,- DM nebst 10 % Zinsen an dem eingangs bezeichneten Grundbesitz und bewilligten deren Eintragung. Ferner bestellten sie zugunsten der Bet. zu 2) das Wohnungsrecht, die im Hause O.Str. 21, im ersten Obergeschoß befindlichen sämtlichen Räume unter Ausschuß des Eigentümers als Wohnung zu nutzen. In dem notariellen Vertrag heißt es weiter unter anderem:

### „§ 3 Wohnungsrecht

3. Der Eigentümer ist verpflichtet, während der Dauer des Wohnungsrechtes nicht ohne Zustimmung jedes Wohnungsberechtigten das Eigentum zu veräußern oder mit Rechten Dritter zu belasten oder sich zu derartigen Verfügungen zu verpflichten . . .

### § 4 Rücktrittsvorbehalt

#### Rücktrittsgründe

Der Veräußerer behält sich nur in folgenden Fällen ein Rücktrittsrecht vor,

- a) wenn der Erwerber das Eigentum an dem Grundbesitz ganz oder teilweise ohne Zustimmung des Veräußerers weiter veräußert oder,
- b) wenn der Erwerber das Eigentum ohne Zustimmung des Veräußerers mit dem Recht eines Dritten grundbuchlich belastet, oder
- c) wenn über das Vermögen des Erwerbers Konkurs- oder gerichtliches Vergleichsverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wird, oder
- d) bei jeder Zwangsvollstreckungsmaßnahme in den Grundbesitz, wenn dieser auf Verlangen des Veräußerers nicht innerhalb von vier Wochen seit Aufforderung aufgehoben wird, oder
- e) wenn der Erwerber vor dem Veräußerer stirbt und Erben oder Vermächtnisnehmer in dem Grundbesitz andere Personen werden als einer der Erwerber und/oder Abkömmlinge der Erwerber, oder
- f) wenn der Erwerber eine ihm aus diesem Vertrag obliegende Verpflichtung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, nicht oder schlecht erfüllt, oder im Verzug ist, oder
- g) wenn das Wohnungsrecht des Veräußerers durch den Erwerber veräußert oder beeinträchtigt wird unabhängig davon, ob er dies zu vertreten hat, oder
- h) wenn Antrag auf Scheidung der Ehe des Erwerbers gestellt wird,
- i) wenn der Grundbesitz ganz oder teilweise von dem Erwerber ohne Zustimmung des Veräußerers Dritten entgeltlich oder unentgeltlich zur Nutzung überlassen wird.

Soweit gesetzlich zulässig, wird ausdrücklich auf die Rechte aus § 528 und § 530 BGB verzichtet.

Mit dem Tode des Veräußerers erlischt das nicht ausgeübte Rücktrittsrecht.

#### Rücktrittsfolgen

Im übrigen gelten, wenn der Rücktritt erfolgt, die gesetzlichen Regeln, soweit nicht nachstehend etwas anderes vereinbart ist:

Der Erwerber ist verpflichtet, das von dem Veräußerer erworbene Eigentum dem Veräußerer zu Alleineigentum zu übertragen.

Zur Sicherung des von der Rücktrittsausübung abhängigen Überweisungsanspruchs bewilligen und beantragen die Beteiligten zugunsten des Veräußerers die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu Lasten des Eigentums des Erwerbers mit dem Vermerk, daß zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten ausreicht. Der Notar wird angewiesen, die Eintragung der Vormerkung zu beantragen.

### § 6

#### Bewilligung und Anträge

(2) Die Beteiligten bewilligen und beantragen:

d) im Range nacheinander die in §§ 2, 3 und 4 vereinbarten Rechte:

bb) die Sicherungshypothek für Frau C. S. (= Bet. zu 2) gem. § 2 Abs. (5),

cc) die Auflassungsvormerkung für Frau C. S. (= Bet. zu 2) gem. § 4,

...  
die Rechte bb) und cc) gleichzeitig mit dem Vermerk, daß zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt . . .“

Unter dem 21. 4. 1994 beantragte der Notar bei dem GBA unter anderem die Eintragung der Sicherungshypothek und der Auflassungsvormerkung zugunsten der Bet. zu 2) mit dem Vermerk, daß zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genüge.

Mit Schreiben vom 27. 6. 1994 teilte der Rechtspfleger des AG dem Notar unter anderem mit, die Vermerke „löschar bei Todesnachweis“ seien bei keiner der verlangten Eintragungen möglich. Bezüglich der Sicherungshypothek bestünden keine Anhaltspunkte dafür, daß das dingliche Recht auf Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sein solle. Vielmehr spreche der Umstand, daß das Recht zur Geltendmachung der Verfallklausel nach § 2 Abs. 4 e bb der notariellen Urkunde unvererblich sei, dafür, daß das Stammrecht selbst vererblich sein solle.

Der Notar führte mit Schreiben vom 1. 7. 1994 aus, während der Lebenszeit der Bet. zu 2) solle zur Sicherung des Zahlungsanspruchs in Höhe von 50.000,- DM eine Sicherungshypothek in das Grundbuch eingetragen werden. Diese Sicherheit werde mit dem Tode aufgegeben. Daher sei bezüglich der Sicherungshypothek auch die Löscharkeitsklausel bewilligt worden. Der durch die Auflassungsvormerkung gesicherte Anspruch erlösche nicht grundsätzlich mit dem Tod der Bet. zu 2), sondern nur dann, wenn das Rücktrittsrecht bis zum Tode nicht ausgeübt worden sei. Soweit es ausgeübt worden sei, sei der Anspruch vererblich, so daß die Voraussetzungen für die Löschung der Auflassungsvormerkung dann nicht vorlägen.

Unter dem 11. 7. 1994 wies der Rechtspfleger des AG den Notar darauf hin, daß es bei der Verfügung vom 27. 6. 1994 verbleibe. Durch Beschluß vom 19. 8. 1994 hat er die Anträge vom 21. 4. 1994 insoweit zurückgewiesen, als bei der Sicherungshypothek und der Auflassungsvormerkung für die Bet. zu 2) jeweils eine Vorlöschklausel gem. § 23 Abs. 2 GBO eingetragen werden solle. Zur Begründung hat er unter anderem ausgeführt, die Eintragung des Zusatzes bei der Vormerkung, daß zu ihrer Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten ausreichen soll, sei nicht zulässig. Die Voraussetzungen des § 23 GBO seien vorliegend nicht erfüllt, da es sich nicht um ein auf Lebenszeit des Berechtigten beschränktes oder nach § 24 GBO befristetes Recht handle. Das Recht, die Rücküberweisung des Grundstücks zu verlangen, sei durch den Eintritt bestimmter Ereignisse, insbesondere bestimmter Handlungen des Grundstücksübernehmers, und zusätzlich durch die Ausübung eines daraus hergeleiteten Rechts auf Rückforderung des Eigentums bedingt. Das letztgenannte Recht könne nur zu Lebzeiten des Berechtigten ausgeübt werden. Gesichert sei nur der im Rahmen dieser Bedingungen eventuell erstarkende Anspruch, der dann seinerseits nicht mehr bedingt oder durch die Lebensspanne des Berechtigten befristet sei. § 23 GBO könne auch nicht entsprechend angewendet werden. Die Vorschrift erfasse nicht solche Rechte, bei denen nach ihrer Ausgestaltung im Einzelfall das Erlöschen nicht allein mit dem Tode des Berechtigten, sondern erst dann eintrete, wenn alle rückständigen Leistungen erbracht worden seien, denn für solche Rechte belege nicht der bloße Nachweis des Todes die Unrichtigkeit des Grundbuchs, und eine Löschung wäre schon nach § 22 GBO nicht ohne Bewilligung des Erben des Berechtigten oder weitere Nachweise möglich. Die Zulassung der Vorlöschungsklausel sei auch nicht sinnvoll. Für sie bestehe kein Bedürfnis, da eine problemlose Löschung der Vormerkung schon durch den Zusatz in der Bewilligung erreicht werden könne, daß diese durch den Tod des Berechtigten auflösend bedingt sei.

Auch für die Sicherungshypothek könne eine Vorlöschklausel nicht eingetragen werden, weil diese nicht auf Lebenszeit der Gläubigerin beschränkt sei. Eine solche Beschränkung finde sich weder im Gesetz noch sei sie der Bestellsurkunde zu entnehmen. Lediglich das Recht, die Gesamtfälligkeit des Forderungsbetrages herbeizuführen stehe der Gläubigerin persönlich zu.

Wegen der bis zum Tode der Gläubigerin nicht beglichenen Beträge gingen Forderung und Hypothek auf ihre Rechtsnachfolger über. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschlußgründe Bezug genommen (Bl. 76, 77 d. A.).

Gegen diesen Beschluß hat der Notar mit Schreiben vom 2. 9. 1994 Erinnerung eingelegt.

Die Eigentumsumschreibung ist am 17. 11. 1994 erfolgt. Die Sicherungshypothek ist am 18. 11. 1994, die Eigentumsvormerkung am 21. 11. 1994 eingetragen worden.

Der Rechtspfleger des AG hat der Erinnerung durch Beschluß vom 5. 1. 1995 nicht abgeholfen und zur Begründung unter anderem ausgeführt, aus der Entscheidung des BGH vom 26. 3. 1992 (Rpflger 1992, 287 = MittBayNot 1992, 193 = DNotZ 1992, 569 = MittRhNotK 1992, 187) ergebe sich, daß eine Vorlöschklausel bei einer Auflassungsvormerkung schlechthin ausgeschlossen sei. Der Richter des AG hat der Erinnerung gleichfalls nicht abgeholfen und die Sache der Beschwerdekammer des LG zur Entscheidung vorgelegt.

## Aus den Gründen:

Die Erinnerung vom 2. 9. 1994 gegen den Beschluß des Rechtspflegers des AG vom 19. 8. 1994 war zunächst gem. § 11 Abs. 1 S. 1 RpfLG statthaft. Nachdem Rechtspfleger und Richter des AG dem Rechtsbehelf jeweils nicht abgeholfen haben und die Sache der Beschwerdekammer des LG zur Entscheidung vorgelegt worden ist, gilt dieser nunmehr gem. §§ 11 Abs. 2 S. 2 bis 5 RpfLG, 71 Abs. 1 GBO als Beschwerde. Diese ist zulässig und hat in der Sache selbst teilweise Erfolg.

Die Eintragung eines Vermerks des Inhalts, daß zur Löschung der Eigentumsvormerkung für die Bet. zu 2) der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt (sog. Vorlöschungsklausel, Löschungserleichterungsvermerk), ist vorliegend in entsprechender Anwendung des § 23 Abs. 2 GBO zulässig.

Die Bet. haben in § 6 Abs. 2 d cc des notariellen Vertrages vom 5. 4. 1994 die Eintragung der Auflassungsvormerkung für die Bet. zu 2) gem. § 4 des notariellen Vertrages mit dem Vermerk, daß zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt, bewilligt.

Gem. § 23 Abs. 2 GBO kann eine Vorlöschklausel in das Grundbuch eingetragen werden, wenn bei einem auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten dinglichen Recht seiner Art nach Rückstände von Leistungen möglich sind. Eine unmittelbare Anwendung des § 23 Abs. 2 GBO kommt im hier zu entscheidenden Fall nicht in Betracht. Das betreffende Recht ist vorliegend die zur Sicherung des Veräußerers in § 4 des notariellen Vertrages eingeräumten – aufschiebend bedingten – Rückübertragungsanspruchs bestellte Auflassungsvormerkung. Die Auflassungsvormerkung als solche ist zeitlich nicht beschränkt. Eine ausdrückliche Abrede des Inhalts, daß die Auflassungsvormerkung auf die Lebenszeit des Veräußerers befristet sein soll, ist in dem notariellen Vertrag nicht getroffen worden. Auch dem Willen der Vertragsschließenden kann eine zeitliche Beschränkung der Auflassungsvormerkung auf die Lebenszeit des Veräußerers nicht entnommen werden. Aus der Regelung in § 4 des notariellen Vertrages, wonach das nicht ausgeübte Rücktrittsrecht mit dem Tode des Veräußerers erlischt, ergibt sich, daß der zu Lebzeiten der Berechtigten entstandene und ausgeübte, aber noch nicht erfüllte Rückübertragungsanspruch auf die Erben der Berechtigten übergehen soll. Wäre die Auflassungsvormerkung auf die Lebenszeit des Veräußerers beschränkt, so wären dessen Rechtsnachfolger gegen eine vormerkungswidrige Verfügung nicht geschützt, wenn der vorgemerkte Anspruch vor dem Tode der Berechtigten entstanden, aber noch nicht durchgesetzt worden ist. Auch der Rückübertragungsanspruch ist – wie der Rechtspfleger des AG zutreffend ausgeführt hat – nicht in jedem Fall auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt. Denn nach § 4 des notariellen Vertrages erlischt mit dem Tode des Veräußerers nur das nicht ausgeübte Rücktrittsrecht. Dagegen geht der zu Lebzeiten der Berechtigten entstandene und geltend gemachte Rückübertragungsanspruch auf ihre Rechtsnachfolger über.

Zweifelhaft ist darüber hinaus, ob bei dem hier in Rede stehenden Recht, nämlich der Eigentumsvormerkung, Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind. Teilweise wird die Auffassung vertreten, daß Rückstände aus einer Vormerkung begrifflich nicht denkbar sind, mithin ein etwaiger Rückstand nur den schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch, nicht aber die Vormerkung betrifft (vgl. OLG Köln, Rpfleger 1994, 345 = MittRhNotK 1994, 147; OLG Köln Rpfleger 1985, 290 = MittRhNotK 1985, 196; Tiedtke, DNotZ 1992, 539, 542; a.A. AG München MittBayNot 1992, 279, 280; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rd.-Nr. 1544 b; KEHE/Ertl, 4. Aufl. 1991, § 23 GBO, Rd.-Nr. 22; Meikel/Böttcher, 7. Aufl. 1988, §§ 23, 24 GBO, Rd.-Nr. 38).

Ob die Vorschrift des § 23 Abs. 2 GBO in Fällen der vorliegenden Art anwendbar ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Die Kammer folgt der Auffassung des OLG Köln, die die Eintragung eines Lösungsvermerks in entsprechender Anwendung des § 23 Abs. 2 GBO zuläßt (vgl. OLG Köln Rpfleger 1994, 345, 346 = MittRhNotK 1994, 147, 148; Ertl, Anm. zu

BGH MittBayNot 1992, 193, 195, 197 = DNotZ 1992, 569 = MittRhNotK 1992, 187; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O.; Lültsdorf, MittRhNotK 1994, 129, 138; im Ergebnis ähnlich Meikel/Böttcher, a.a.O., der allerdings annimmt, daß eine Vormerkung wegen ihrer Akzessorietät immer dann beschränkt ist, wenn es der zu sichernde Anspruch auch ist; im Ergebnis ebenso AG München a.a.O., das § 23 Abs. 2 GBO unmittelbar anwendet; a.A.: Streuer, Anm. zu OLG Köln, Rpfleger 1994, 345, 346 f. = MittRhNotK 1994, 129; Tiedtke, a.a.O., 544 f.). Die durch die Vereinbarung der Bet. geschaffene Lage gleicht derjenigen, der § 23 GBO Rechnung tragen will. Die Vorschrift des § 23 Abs. 1 GBO enthält eine Einschränkung des § 22 Abs. 1 GBO, der dem Grundstückseigentümer die Befugnis verleiht, mittels eines Unrichtigkeitsnachweises einseitig die Löschung eines Rechts im Grundbuch vorzunehmen. Wäre dies auch bei einem dinglichen Recht möglich, das auf die Lebenszeit eines Berechtigten befristet ist, so könnte der Grundstückseigentümer auch nach dem Erlöschen des Rechts ohne Beteiligung der Erben des Berechtigten die Löschung des Rechts beantragen. Für den Rechtsnachfolger bestünde dann die Gefahr eines Rechtsverlusts, wenn aus dem lebzeitig beschränkten Recht Rückstände vorhanden sind. Würde hier das Recht aufgrund eines Todesnachweises gem. § 22 GBO im Grundbuch gelöscht, so würde hierdurch eine Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich der noch nicht erfüllten Rückstände des erloschenen Stammrechts herbeigeführt, und die fortbestehenden Einzelansprüche wären grundbuchlich nicht mehr gesichert (vgl. Lültsdorf, a.a.O., 130). Dem entspricht die Situation im vorliegenden Fall: Die Entstehung des Rückübertragungsanspruchs hängt davon ab, daß die Berechtigte ihn zu Lebzeiten geltend machte. Nur der bereits zu Lebzeiten der Berechtigten entstandene Anspruch kann auf die Erben übergehen; er ist insoweit grundsätzlich lebzeitig beschränkt (vgl. OLG Köln a.a.O.; Lültsdorf, a.a.O., 138). Der auf die Erben übergegangene, vom Verpflichteten noch nicht erfüllte Rückübertragungsanspruch gleicht auch einem „Rückstand“ i.S.d. § 23 GBO aus einem mit dem Versterben des Berechtigten erloschenen Stammrecht. Zwar ist die Vormerkung – wie bereits dargelegt – nicht auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt, dies aber nur deshalb, damit die mit der Vormerkung bezweckte Sicherung auch den auf die Erben übergegangenen noch zu erfüllenden Anspruch erfaßt (vgl. OLG Köln a.a.O.; ähnlich Ertl, a.a.O., 197; Lültsdorf, a.a.O., 138).

Die Zulassung des Lösungsvermerks ist in Fällen der vorliegenden Art auch sinnvoll. Wenn der durch die Vormerkung gesicherte Rückübertragungsanspruch bei einer lebzeitigen Ausübung durch den Berechtigten unbeschränkt auf die Erben übergeht, kann der Grundstückseigentümer eine alsbaldige Löschung der Vormerkung nach dem Tod des Berechtigten nur aufgrund des eingetragenen Löschungserleichterungsvermerks erreichen; eine Löschung nach § 22 GBO ist dann gerade nicht möglich (vgl. OLG Köln a.a.O.; Lültsdorf, a.a.O., 138). Eine gleichwertige Lösung kann dagegen nicht durch die Vereinbarung einer lebzeitig beschränkten, d. h. durch den Tod des Berechtigten auflösend bedingten Vormerkung erreicht werden. Eine derartige Gestaltung würde dem Sicherungsinteresse der Rechtsnachfolger nicht hinreichend Rechnung tragen. Die lebzeitig beschränkte Vormerkung erlischt mit dem Tod des Berechtigten; ein bei entsprechender Vertragsgestaltung auf die Erben übergegangener Rückübertragungsanspruch wäre mithin durch die Vormerkung nicht mehr gesichert. Demgegenüber gewährt der Löschungserleichterungsvermerk zwar eine formell-rechtliche Erleichterung der Lösbarkeit der Vormerkung, berührt aber deren materiell-rechtlichen Bestand nicht. Die Vormerkung kann mittels der Löschungserleichterungsklausel einseitig gelöscht werden, sie besteht aber außerhalb des Grundbuchs weiter. Der Gefahr eines gutgläubig vormerkungsfreien Erwerbs können die Erben des Rückübertragungsberechtigten etwa durch die Eintragung eines Widerspruchs gem. § 899 BGB gegen die Löschung der Vormerkung begegnen (vgl. Lültsdorf, a.a.O., 139).

Auch aus der Entscheidung des BGH vom 26. 3. 1992 (Rpfleger 1992, 287 = MittBayNot 1992, 193 = DNotZ 1992, 569 = Mitt-

RhNotK 1992, 187) läßt sich nicht entnehmen, daß § 23 Abs. 2 GBO in Fällen der vorliegenden Art nicht entsprechend anwendbar ist. Die Entscheidung des BGH betrifft nicht die vorliegende Fallgestaltung, bei der die Vormerkung unbeschränkt bestellt wird und der gesicherte Anspruch in der Weise auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist, daß er nur bei noch zu deren Lebzeiten erfolgter Geltendmachung auf die Erben übergeht (vgl. auch OLG Köln a.a.O.; Ertl, a.a.O., 197).

Dagegen ist nicht zu beanstanden, daß das AG hinsichtlich der zugunsten der Bet. zu 2) bestellten Sicherungshypotheken den Antrag auf Eintragung einer Vorlöschungsklausel zurückgewiesen hat. Gem. § 23 GBO kann eine Vorlöschungsklausel nur bei einem (gesetzlich oder rechtsgeschäftlich) auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Recht in das Grundbuch eingetragen werden. Die Sicherungshypothek ist nicht kraft Gesetzes auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt. Zwar ist eine Sicherungshypothek rechtsgeschäftlich auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkbar; hinreichende Anhaltspunkte dafür, daß die Beteiligten eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben, sind aber aus der notariellen Urkunde nicht ersichtlich. Die Beteiligten haben in § 2 Abs. 5 a des notariellen Vertrages vom 5. 4. 1994 vereinbart, daß zur Sicherung der Ansprüche der Bet. zu 2) aus den Vereinbarungen gem. Abs. 2 und 4 zugunsten der Bet. zu 2) eine Sicherungshypothek in Höhe von 50.000,- DM nebst 10 % Zinsen zu Lasten des eingangs bezeichneten Grundbesitzes in das Grundbuch einzutragen ist. Eine ausdrückliche Abrede des Inhalts, daß die Sicherungshypothek nicht vererblich sei und daher mit dem Tode der Bet. zu 2) erlöschen solle, ist in der notariellen Urkunde nicht getroffen worden. Auch aus dem Umstand, daß die Bet. in § 6 Abs. 2 d des notariellen Vertrages die Eintragung der Sicherungshypothek gem. § 2 Abs. 5 mit dem Vermerk, daß zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt, bewilligt und beantragt haben, kann nicht gefolgert werden, daß sie vereinbart haben, die Sicherungshypothek sei auf die Lebenszeit der Bet. zu 2) beschränkt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß sie hinsichtlich aller übrigen zugunsten der Bet. zu 2) eingeräumten Rechte in der notariellen Urkunde Abreden über deren Geltungsdauer getroffen haben. So haben sie bezüglich des Wohnungsrechts in § 3 und bezüglich des Rücktrittsrechts, sofern dieses nicht ausgeübt worden ist, in § 4 des notariellen Vertrages vereinbart, daß diese Rechte mit dem Tode der Bet. zu 2) erlöschen. Auch das in § 2 Abs. 4 e des notariellen Vertrages eingeräumte Recht, die vorzeitige Gesamtfälligkeit des Zahlungsanspruchs herbeizuführen, steht gem. § 2 Abs. 4 e bb nur der Bet. zu 2) zu und soll nicht auf die Erben übergehen. Darüber hinaus kann auch der Interessenlage nicht entnommen werden, daß die Sicherungshypothek auf die Lebenszeit der Gläubigerin beschränkt sein soll. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, daß die durch die Hypothek gesicherte Forderung, soweit sie noch nicht erfüllt ist, mit dem Tode der Gläubigerin auf deren Rechtsnachfolger übergeht und somit auch nach dem Ableben der Gläubigerin weiterhin ein Interesse an einer dinglichen Sicherung besteht.

Nach allem war der angefochtene Beschluß unter Zurückweisung der weitergehenden Beschwerde insoweit aufzuheben, als der Antrag auf Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks bei der Eigentumsvormerkung für die Bet. zu 2) zurückgewiesen worden ist. Das GBA war anzuweisen, den beantragten Löschungserleichterungsvermerk bei der Eigentumsvormerkung für die Bet. zu 2) einzutragen.

## **9. Familienrecht/Gesellschaftsrecht – Schenkung eines Gesellschaftsanteils an ein minderjähriges Kind** (LG Aachen, Beschluß vom 21. 6. 1993 – 3 T 128/93)

### **BGB §§ 181; 1629 Abs. 2; 1795 Abs. 1 Nr. 1; 1822 Nr. 3**

#### **1. Die Schenkung des Anteils einer BGB-Gesellschaft durch die Eltern an ein minderjähriges Kind stellt nur ausnahmsweise einen lediglich rechtlichen Vorteil dar, so daß in der Regel die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers erforderlich ist.**

## **2. Die Übertragung von Anteilen einer auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichteten Gesellschaft an einen Minderjährigen bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.**

### **(Leitsätze nicht amtlich)**

#### **Zum Sachverhalt:**

Die Bet. zu 1) und 2) sind als Miteigentümer zu je 1/2 Anteil des eingangs genannten Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Es handelt sich um ein Miethausgrundstück, bestehend aus vier Wohneinheiten. Der Bet. zu 1) ist der Vater der Bet. zu 3) und 4), der Bet. zu 2) der Vater der Bet. zu 5) und 6).

Am 28. 12. 1992 schlossen die Bet. zu 1)–6) zu notarieller Urkunde einen Gesellschafts- und Schenkungsvertrag. Der Bet. zu 2) handelte dabei mit Vollmacht für die – volljährige – Bet. zu 3). Die Bet. zu 4)–6) waren zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses minderjährig.

Unter Teil I. der notariellen Urkunde schlossen die Bet. zu 1) und 2) einen Gesellschaftsvertrag, der unter anderem folgende Regelungen enthält:

#### **„§ 1 Gemeinsamer Zweck**

1. Gemeinsamer Zweck der Gesellschaft ist die gewinnbringende Nutzung und Verwaltung des Hausgrundbesitzes . . . und sonstiger Vermögenswerte, die noch gemeinsam mit der Vereinbarung der Einbringung in diese Gesellschaft erworben werden sollten, sowie die Anlage der Erträge und Erlöse aus dem Gesellschaftsvermögen.

2. Zu diesem Zweck bringen Herr X. und Herr Y. ihre jeweiligen Miteigentumsanteile von 1/2 an dem vorbezeichneten Grundbesitz in die Gesellschaft ein (siehe Teil II.).

#### **§ 3 Gesellschafter, Beteiligungsquoten**

1. An der Gesellschaft und an ihrem Vermögen sind beteiligt:

- a) Herr X zu 50 v.H.
- b) Herr Y zu 50 v.H.

2. Diese Beteiligungsquoten sind maßgebend für die Verteilung von Gewinn und Verlust der Gesellschaft, für erforderliche Beiträge zur Erhaltung des Grundbesitzes und für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens bei einer Auseinandersetzung.

#### **§ 4 Gesellschafterkonten**

1. Für jeden Gesellschafter wird ein *Verrechnungskonto* als Privatkonto geführt, auf dem die Gewinnanteile, Verlustanteile und Entnahmen jedes Gesellschafters verbucht werden.

2. Für jeden Gesellschafter wird außerdem ein *Beitragskonto* geführt, auf dem seine Beiträge und sonstigen der Gesellschaft darlehensweise überlassenen Beträge verbucht werden. Der Saldo des Verrechnungskontos wird zum Ende eines Geschäftsjahres auf das Beitragskonto des Gesellschafters übertragen.

#### **§ 6 Gewinn- und Verlustverteilung**

1. Vorab jeder Gewinnverteilung werden folgende Aufwendungen der Gesellschaft – ungeachtet ihrer steuerlichen Behandlung – unter den Gesellschaftern als Kosten behandelt:

- a) Alle Kosten, die die geschäftsführenden Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft aufwenden,
- b) Vergütungen an geschäftsführende Gesellschafter, soweit die Gesellschafterversammlung dies beschließt,
- c) Zinsen, soweit die Gesellschafter solche für ihre Guthaben auf Beitragskonten erhalten oder soweit ihnen Zinsen für negative Salden belastet werden.

#### **§ 7 Geschäftsführung, Vertretung**

1. Zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft sind stets alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet. Soweit einzelne Gesellschafter minderjährig sind, werden diese durch ihre jeweiligen gesetzlichen Vertreter bei der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft vertreten.

4. Die Geschäftsführer und Vertreter dürfen die übrigen Gesellschafter nur mit dem Gesellschaftsvermögen verpflichten oder haftbar machen. Sie sind verpflichtet, bei jedem Rechtsgeschäft auf diese Beschränkung ihrer Vertretungsmacht hinzuweisen und Rechtsgeschäfte nur mit der

eindeutigen Einschränkung, daß die Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, abzuschließen. Außerdem haben die Geschäftsführer an allen geschäftlichen Briefbögen oder sonstigen Schreiben der Gesellschaft auf die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter hinzuweisen.

...

#### § 15 Güterstand der Gesellschafter

1. Jeder künftige Gesellschafter ist verpflichtet, mit seinem vorhandenen oder künftigen Ehegatten durch notariellen Ehevertrag entweder den Güterstand der vollständigen Gütertrennung zu vereinbaren oder für den Fall einer Scheidung seiner Ehe den Ausschluß des Anspruchs seines Ehegatten auf Zugewinnausgleich bezüglich seiner Beteiligung an der Gesellschaft zu vereinbaren.

2. Sollte ein Gesellschafter eine solche güterrechtliche Vereinbarung mit seinem Ehegatten innerhalb von sechs Monaten ab seiner Eheschließung oder ab der Aufforderung durch die Geschäftsführung nicht nachweisen, so sind die übrigen Gesellschafter berechtigt, ihn gem. § 11 zum nachfolgenden Jahresende ohne seine Zustimmung aus der Gesellschaft auszuschließen, und zwar nur gegen Zahlung seiner bis dahin erbrachten Einlagen oder Beiträge, ohne eine Abfindung gem. § 14.

...

Unter Teil II. der notariellen Urkunde haben die Bet. zu 1) und 2) zum Zwecke der Einbringung ihrer Miteigentumsanteile an dem betreffenden Grundstück die Auflassung erklärt.

Unter Teil III. der notariellen Urkunde haben die Bet. zu 1)–6) einen Schenkungsvertrag geschlossen, in dem die Bet. zu 1) und 2) jeweils die Hälfte der von ihnen gehaltenen Gesellschaftsbeteiligungen an ihre beiden Kinder, die Bet. zu 3) und 4) bzw. 5) und 6) zu jeweils gleichen Teilen unentgeltlich übertragen.

Mit Schreiben vom 8. 2. 1993 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten unter Vorlage einer Ausfertigung der vorgenannten Urkunde sowie einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA im Namen aller Antragsberechtigten beantragt, die Eigentumsumschreibung auf die Bet. zu 1) und 2) in Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorzunehmen und den Rechtsübergang der Gesellschaftsbeteiligung des Bet. zu 1) auf dessen Kinder, die Bet. zu 3) und 4), sowie der Beteiligung des Bet. zu 2) auf dessen Kinder, die Bet. zu 5) und 6), im Wege der Grundbuchberichtigung einzutragen.

Mit an den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten gerichteter Zwischenverfügung vom 16. 2. 1993 hat der Rechtspfleger des GBA mitgeteilt, der Erledigung des Antrags vom 8. 2. 1993 stünden folgende Hindernisse entgegen:

Der Rechtsübergang der Gesellschaftsbeteiligung könne nicht in das Grundbuch eingetragen werden, da eine Grundbuchunrichtigkeit mangels wirksamer Anteilsübertragung nicht vorliege und auch nach Eintragung der Bet. zu 1) und 2) als Gesellschafter bürgerlichen Rechts nicht gegeben sein werde. Beim Abschluß des Übertragungsvertrages hätten nämlich für die drei minderjährigen Beteiligten Ergänzungspfleger mitwirken müssen; darüber hinaus sei eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich. Der Erwerb der Gesellschaftsbeteiligungen sei für die drei minderjährigen Beteiligten nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da die Mitgliedschaft in der GbR ein Bündel von Rechten, Pflichten und schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern in sich berge. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sei im Hinblick auf § 1822 Nr. 3 BGB erforderlich, da die drei minderjährigen Beteiligten durch die Anteilsübertragung Mitglieder einer Gesellschaft würden, deren Zweck der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts sei; die insoweit vorausgesetzte Absicht der Gewinnerzielung werde durch § 1 des Gesellschaftsvertrages unterstrichen.

Der Rechtspfleger hat den Notar abschließend gebeten, die von ihm für erforderlich gehaltenen Maßnahmen binnen drei Monaten zu erledigen.

Gegen diese Zwischenverfügung hat sich für die Beteiligten deren Verfahrensbevollmächtigter mit Schriftsatz vom 1. 4. 1993 gewandt mit der Bitte, die beantragten Maßnahmen zu vollziehen oder die Sache dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorzulegen. Er vertritt die Auffassung, die vereinbarte Schenkung der Geschäftsanteile stelle ein für die Schenkungsempfänger ausschließlich rechtlich vorteilhaftes Geschäft dar und bedürfe deshalb keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, sondern könne von den Minderjährigen in eigener freier Mitwirkung rechtswirksam vereinbart werden. Der Fall der Schenkung von Geschäftsanteilen an einer GbR an Minderjährige sei nicht anders zu behandeln als die Schenkung von Miteigentumsanteilen an einer Bruchteilsgemeinschaft. Vielmehr schaffe eine GbR im Vergleich zu einer Miteigentümergeinschaft sogar eine vorteilhafte Rechtslage, was insbesondere im Hinblick auf die hier konkret gewählten Vertragsbestimmungen gelten müsse. Außerdem sei festzustellen, daß die hier gegründete GbR keine Gesellschaft zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts darstelle, so daß eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gem. § 1822 Nr. 3 BGB nicht erforderlich sei.

Der Rechtspfleger des AG hat den Inhalt des vorgenannten Schriftsatzes als Erinnerung aufgefaßt und dieser unter dem 5. 4. 1993 nicht abgeholfen mit der Begründung, die Argumentation des Notars verkenne, daß

der Erwerb der Anteile an der BGB-Gesellschaft für die Minderjährigen nicht *nur* rechtlich vorteilhaft sei.

Der Richter des AG hat der Erinnerung unter dem 6. 4. 1993 ebenfalls nicht abgeholfen und die Sache unter Benachrichtigung des Notars der Beschwerdekammer des LG zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

Die Erinnerung der Beteiligten vom 1. 4. 1993 gegen die Zwischenverfügung des Rechtspflegers des AG vom 16. 2. 1993 ist gem. § 11 Abs. 1 S. 1 RPfG statthaft und auch im übrigen zulässig. Sie ist gem. §§ 11 Abs. 2 S. 2–5 RPfG, 71 GBO als Beschwerde zu behandeln, nachdem ihr Rechtspfleger und Richter des AG nicht abgeholfen haben. Die Beschwerde ist zulässig, hat jedoch in der Sache selbst keinen Erfolg.

Der Rechtspfleger des AG hat in seiner Zwischenverfügung zu Recht und mit zutreffender Begründung darauf hingewiesen, daß – nach Umschreibung des Eigentums auf die Bet. zu 1) und 2) als GbR – der Rechtsübergang der Gesellschaftsbeteiligungen auf die drei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses minderjährigen Beteiligten nicht ins Grundbuch eingetragen werden könne, da mangels insoweit wirksamer Anteilsübertragung eine Grundbuchunrichtigkeit nicht vorliegen werde.

Mit ihrem Antrag zu 2. begehren die Beteiligten eine berichtigende Eintragung gem. § 22 GBO. Denn sind – wie es hier nach Umschreibung des Eigentums auf die Bet. zu 1) und 2) als GbR der Fall sein wird – im Grundbuch als Eigentümer Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragen, so vollzieht sich im Falle der (wirksamen) Übertragung der Gesellschaftsanteile auf andere Personen eine abgeschlossene Rechtsänderung außerhalb des Grundbuchs, die dessen nachträgliche Unrichtigkeit i.S.v. § 894 BGB herbeiführt und daher Veranlassung zu einer Berichtigung des Grundbuchs gibt (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1985, 289; BayObLG MittRhNotK 1989, 13; vgl. auch den Kammerbeschluß vom 13. 7. 1992 – 3 T 168/92 –).

Im hier zu entscheidenden Fall fehlt es jedenfalls in bezug auf die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschafts- und Schenkungsvertrages vom 28. 12. 1992 minderjährigen Bet. zu 4) bis 6) an der Wirksamkeit der schenkweisen Übertragung der Gesellschaftsanteile. Wie der Rechtspfleger in seiner Zwischenverfügung zutreffend ausgeführt hat, sind die Schenkungen an die Minderjährigen zum einen deshalb unwirksam, weil es an der – wegen des Vertretungsausschlusses der Eltern der Minderjährigen nach §§ 181, 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB – erforderlichen Mitwirkung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB) auf Seiten der Minderjährigen fehlt, und zum anderen auch deshalb, weil die gem. § 1822 Nr. 3 BGB erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht vorliegt.

1. Abgesehen vom hier nicht gegebenen Fall des Erwerbs der Gesellschafterstellung durch Vererbung ist für den Erwerb der Stellung eines Gesellschafter bürgerlichen Rechts durch einen beschränkt Geschäftsfähigen, insbesondere einen Minderjährigen, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, grundsätzlich die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bzw. – wenn, wie hier, dieser oder sein Ehegatte selbst Gesellschafter ist (§§ 181, 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB) – die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers erforderlich. Entbehrlich ist diese – hier fehlende – Mitwirkung ausnahmsweise unter anderem nur dann, wenn der beschränkt Geschäftsfähige den Anteil unentgeltlich erwirbt und sich hiermit für ihn keine Pflichten oder Risiken verbindet: nur dann bringt nämlich das Geschäft „lediglich einen rechtlichen Vorteil“ mit der Konsequenz, daß der Minderjährige gem. § 107 BGB ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters den Erwerbsvertrag selbst wirksam schließen könnte. Ein derartiger Ausnahmefall ist indes nur gegeben bei einer im Wege der Schenkung erfolgenden Beteiligung des Minderjährigen an einer Innengesellschaft, in der er nicht am Verlust teilnimmt und ihm keine besonderen Tätigkeits- oder Treuepflichten obliegen (vgl. hierzu MünchKomm/Ulmer, 2. Aufl., § 705 BGB, Rd.-Nr. 57; Soergel/Hadding, 11. Aufl., § 705 BGB, Rd.-Nr. 19). Eine derartige Konstellation sieht im vorliegenden Fall der Gesellschaftsvertrag vom 28. 12. 1992 jedoch nicht vor. Vielmehr ist mit der – wenn auch unentgeltlichen –

Zuwendung der Gesellschaftsanteile und dem damit verbundenen Eintritt in die GbR der Erwerb eines Bündels von Rechten, Pflichten und schuldrechtlichen Beziehungen für die Minderjährigen verbunden (vgl. hierzu BGHZ 68, 225, 232 = DNotZ 1977, 550 = MittRhNotK 1977, 104; LG Köln Rpfleger 1970, 245; Staudinger/Dilcher, 12. Aufl., § 107 BGB, Rd.-Nr. 24).

So trifft hier jeden Gesellschafter die Pflicht zur Tragung der seiner Beteiligungsquote entsprechenden Verlustanteile (vgl. § 3 Nr. 2, § 4 Nr. 1, § 6 des Gesellschaftsvertrages vom 28. 12. 1992). Nach § 3 Nr. 2 i.V.m. § 4 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages hat jeder Gesellschafter die zur Erhaltung des Grundbesitzes erforderlichen Beiträge zu entrichten. Soweit der Notar in diesem Zusammenhang darauf hinweist, besondere Beiträge seien tatsächlich nicht vorgesehen, da der verschenkte Grundbesitz sich aus den hohen Mieteinnahmen selbst trage, ist dem entgegenzuhalten, daß bereits allein die theoretische Möglichkeit, daß aufgrund irgendwelcher Umstände in Zukunft die Kosten des Mietobjektes die Einnahmen übersteigen können mit der Folge, daß jeder Gesellschafter die Verluste anteilig zu tragen hat, einen rechtlichen Nachteil beinhaltet. Denn bei der Frage, ob i.S.v. § 107 BGB ein rechtlicher Vorteil oder aber ein Nachteil gegeben ist, ist keine wirtschaftliche Betrachtung anzustellen, sondern es kommt allein auf die rechtlichen Folgen des Geschäfts an (vgl. Palandt/Heinrichs, 52. Aufl., § 107 BGB, Rd.-Nr. 2).

Ferner ist die Erlangung der Mitgliedschaft in der Gesellschaft auch deshalb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil nach § 7 Nr. 1 S. 1 des Gesellschaftsvertrages vom 28. 12. 1992 alle Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft verpflichtet sind, und zwar gem. S. 2 ab Erlangung der Volljährigkeit auch persönlich. Mit der Pflicht zur Geschäftsführung und Vertretung sind Nebenpflichten verbunden, die u. a. in § 7 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrages geregelt sind. Auch solche Nebenpflichten sind bei der Frage, ob ein Geschäft lediglich vorteilhaft ist oder auch nachteilige rechtliche Folgen für einen Minderjährigen hat, zu berücksichtigen (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O.).

Ein rechtlicher Nachteil ist ferner verbunden mit der sich aus § 15 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages ergebenden Verpflichtung jedes Gesellschafters, mit seinem vorhandenen oder künftigen Ehegatten durch notariellen Ehevertrag entweder den Güterstand der vollständigen Gütertrennung zu vereinbaren oder für den Fall einer Scheidung seiner Ehe den Ausschluß des Anspruchs des Ehegatten auf Zugewinnausgleich bezüglich der Beteiligung an der Gesellschaft zu vereinbaren; gem. § 15 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages hat eine Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung die Konsequenz der Möglichkeit des Ausschlusses des betreffenden Gesellschafters aus der Gesellschaft ohne Zahlung einer Abfindung. Diese Regelungen stellen eine Beschränkung der güterrechtlichen Dispositionsfreiheit des einzelnen Gesellschafters dar und bilden damit praktisch eine Auflage, unter der die Schenkung der Gesellschaftsanteile erfolgt. Eine Schenkung unter einer Auflage begründet aber eine persönliche Verpflichtung, ist also nicht lediglich vorteilhaft i.S.v. § 107 BGB (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., Rd.-Nr. 6 m.N.).

Eine mit dem Eintritt in die GbR verbundene persönliche Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters stellt schließlich die allgemeine Treuepflicht dar.

Ob darüber hinaus der mit der Schenkung der Gesellschaftsanteile verbundene Erwerb eines Eigentumsanteils an dem vermieteten Hausgrundstück auch im Hinblick auf die Vorschrift des § 571 BGB bereits als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen ist (so OLG Oldenburg NJW-RR 1988, 839), kann angesichts der sonstigen mit dem Eintritt in die Gesellschaft verbundenen Pflichten dahingestellt bleiben.

Soweit der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten darauf hinweist, die Schenkung von Anteilen an einer GbR an Minderjährige biete – insbesondere im vorliegenden Fall – im Vergleich zu einer Schenkung von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück keinen rechtlichen Nachteil, sondern sogar recht-

liche Vorteile, vermag dies die Wirksamkeit der Schenkung an die minderjährigen Beteiligten nicht zu begründen. Denn das Geschäft eines Minderjährigen ist auch dann gem. § 107 BGB zustimmungsbedürftig, wenn dem rechtlichen Nachteil rechtliche Vorteile gegenüberstehen, selbst wenn die Vorteile die Nachteile erheblich überwiegen (Palandt/Heinrichs, a.a.O., Rd.-Nr. 2). Dies gilt insbesondere beim Erwerb von Anteilen an einer GbR. Insoweit ist es verfehlt, die zu übertragende Rechtsposition als Ganzes zu sehen, also die Frage der Zustimmungspflichtigkeit davon abhängig zu machen, ob die mit dem Erwerb des Anteils verbundenen Vorteile größer als die Nachteile sind. Denn eine Typizität, was das Verhältnis von Vor- und Nachteilen betrifft, ist bei der Unübersehbarkeit der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse in Personengesellschaften ebensowenig feststellbar, wie es auch keine allgemein gültigen Maßstäbe für die Bewertung gesellschaftsrechtlicher, nicht unmittelbar in Geld ausdrückbarer Pflichten gibt, um diese gegen die „Vorteile“ abwägen zu können (vgl. BGHZ 68, 225, 232 = DNotZ 1977, 550 = MittRhNotK 1977, 104).

Der Rechtspfleger des AG hat mithin zu Recht festgestellt, daß die Schenkung der Gesellschaftsanteile an die drei minderjährigen Beteiligten bereits deshalb unwirksam ist, weil es an der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers auf deren Seite fehlt.

2. Darüber hinaus ergibt sich die Unwirksamkeit der Schenkung der Gesellschaftsanteile an die drei Minderjährigen auch aus dem Fehlen der gem. § 1822 Nr. 3 BGB erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen.

Nach dieser Vorschrift bedarf der Vormund zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Nach § 1915 Abs. 1 BGB findet diese Vorschrift entsprechende Anwendung auf die Pflegschaft, also auch auf die Ergänzungspflegschaft nach § 1909 BGB.

Im vorliegenden Fall sind die drei beteiligten Minderjährigen zwar nicht am Abschluß des Gesellschaftsvertrages vom 28. 12. 1992 beteiligt. Zutreffend hat der Rechtspfleger jedoch ausgeführt, daß vom Zweck der Norm her nicht nur die Gründung einer GbR durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages, sondern auch der Akt, durch den ein Minderjähriger Anteile an einer – bereits bestehenden – Gesellschaft erwirkt, der Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 3 Alt. 2 BGB zu unterstellen ist (vgl. MünchKomm/Schwab, 3. Aufl., § 1822 BGB, Rd.-Nr. 12; Palandt/Diederichsen, a.a.O., § 1822 BGB, Rd.-Nr. 14).

Ein Erwerbsgeschäft i.S.d. genannten Vorschrift, das auch von einer GbR betrieben werden kann (vgl. MünchKomm/Ulmer, 2. Aufl., vor § 705 BGB, Rd.-Nr. 59, § 705 BGB, Rd.-Nr. 58), ist jede berufsmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, gleichgültig, ob es sich um Handel, Fabrikationsbetrieb, Handwerk, Landwirtschaft, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige Erwerbstätigkeit handelt, sofern der Zweck des Unternehmens nur auf Erzielung von Gewinn gerichtet ist (vgl. RGZ 133, 7, 11; KG NJW 1976, 1946 = MittRhNotK 1976, 651; Schwab, a.a.O., Rd.-Nr. 133; Palandt/Diederichsen, a.a.O., Rd.-Nr. 11). Ausgehend von dieser Definition ist unter Berücksichtigung des in § 1 festgelegten Gesellschaftszweckes sowie der sonstigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages vom 28. 12. 1992 davon auszugehen, daß dieser zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen worden ist. Nach § 1 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages ist gemeinsamer Zweck der Gesellschaft die gewinnbringende Nutzung und Verwaltung des – aus einem Miethaus mit vier Wohneinheiten bestehenden – Hausgrundbesitzes in X. sowie darüber hinaus sonstiger Vermögenswerte, die noch gemeinsam mit der Einbringung in die Gesellschaft erworben werden sollten, sowie ferner die Anlage der Erträge und Erlöse aus dem Gesellschaftsvermögen. Die Absicht der Gewinnerzielung ergibt sich unmittelbar aus dieser Formulierung des Gesellschaftszweckes. Auch das Merkmal der Selbständigkeit kann angesichts dessen, daß die Gesellschafter ihre durch Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zu entfaltenden Aktivitäten ausschließlich für eigene Rechnung tätigen sollen, nicht in Frage gestellt werden.

Schließlich ist auch davon auszugehen, daß die Gesellschaft zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks eine berufsmäßig ausgeübte Tätigkeit entwickeln soll, ohne daß es darauf ankäme, ob und inwieweit der einzelne Gesellschafter seine Tätigkeit im Dienste der Gesellschaft zum Inhalt seines eigenen Berufs macht. Ausreichend ist vielmehr, daß die Verwaltung von Wohnanlagen, die – wie hier – aus mehreren Wohneinheiten besteht, im Hinblick auf die Vielfalt der hiermit zusammenhängenden Einzeltätigkeiten (Vertragsschlüsse, Kündigungen, Unterhaltungsmaßnahmen, Erstellungen von Gesamt- und Einzelabrechnungen) durchaus berufsmäßigen Charakter hat, was auch dadurch unterstrichen wird, daß sie in der Praxis vom Eigentümer häufig in die Hände eines professionellen Verwaltungsunternehmens gegeben wird. Im vorliegenden Fall spricht für den berufsmäßigen Charakter der im Zusammenhang mit der Verwaltung des betreffenden Mietwohnobjekts anfallenden Tätigkeiten insbesondere, daß jeder Gesellschafter in Form der Teilnahme an möglichen Verlusten ein eigenes unternehmerisches Risiko trägt, ferner, daß gem. § 5 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages die Gesellschafter in der Geschäftsführung die Grundsätze kaufmännischer Buchführung zu beachten haben und daß nach Schluß eines jeden Geschäftsjahres ein Jahresabschluß durch einen Steuerberater aufstellen zu lassen ist, sowie schließlich auch der Umstand, daß § 6 Nr. 1 b) des Gesellschaftsvertrages die Möglichkeit der Zahlung von Vergütungen an geschäftsführende Gesellschafter vorsieht.

Der Umstand, daß derzeit lediglich ein – aus vier Wohneinheiten – bestehendes Mietwohnobjekt in die Gesellschaft eingebracht worden ist, nimmt der Verwaltungstätigkeit nicht ihren grundsätzlich berufsmäßigen Charakter. Denn § 1 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages läßt durchaus die Möglichkeit offen, daß durch die Einbringung weiterer Vermögenswerte der Umfang der Verwaltungstätigkeit sich zukünftig ausdehnt.

3. Nach alledem bedarf es zur Wirksamkeit der Schenkung der Gesellschaftsanteile an die drei minderjährigen Bet. zu 4)–6) der Einschaltung eines Ergänzungspflegers sowie der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Beschwerde der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung des Rechtspflegers des AG vom 16. 2. 1993 ist mithin als unbegründet zurückzuweisen.

#### **10. Erbrecht – Lebzeitiges Eigeninteresse bei Zuwendungen durch gebundenen Erblasser**

(OLG Köln, Beschluß vom 16. 3. 1994 – 19 U 159/93)

##### **BGB §§ 516 Abs. 1; 2287 Abs. 1**

- 1. Aus dem Zurückbleiben des Werts der Gegenleistung hinter dem objektiven Wert des zugewandten Gegenstandes kann nicht auf den beiderseitigen Willen zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit geschlossen werden.**
- 2. Ein lebzeitiges Eigeninteresse an einer unentgeltlichen Verfügung kann darin bestehen, daß der Erblasser sich die Versorgung durch eine ihm persönlich nahestehende Person sichern will.**

##### **(Leitsätze nicht amtlich)**

##### **Aus den Gründen:**

Die Berufung des Kl. gegen das angefochtene Urteil des LG bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg i.S.d. § 114 S. 1 ZPO.

Dem Kl. steht als vertragsmäßig bedachter Schlußerbe nach der am 24. 11. 1987 verstorbenen Frau M. F. wegen der von dieser mit notariellem Vertrag vom 8. 2. 1974 vorgenommenen Übertragung der Grundstücke E.Straße 246 in B./B. auf die Bekl. gegen diese kein Anspruch gem. § 2287 Abs. 1 BGB auf die geltend gemachte Übertragung eines 1/6 Miteigentumsanteils hinsichtlich der in Rede stehenden Flurstücke zu.

Auch unter Zugrundelegung seines Vorbringens hat der Kl. aufgrund der Vorschrift des § 2287 Abs. 1 BGB keinen Anspruch

auf den geltend gemachten Miteigentumsanteil an den der Bekl. übereigneten Grundstücken. Denn auch der Kl. geht in seiner Berufungsbegründung davon aus, daß sich (lediglich) eine gemischte Schenkung feststellen läßt, die zwar auch für § 2287 Abs. 1 BGB relevant ist, aber hinsichtlich des Schenkungsanteils nur zu einem Anspruch auf Zahlung des Wertunterschieds in Geld führen kann. Ansprüche des Kl. auf der Grundlage des § 2287 Abs. 1 BGB hat das LG zutreffend auch deswegen verneint, weil die Erblasserin ein anerkanntes lebzeitiges Eigeninteresse an dem Übertragungsvertrag hatte.

1. Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, gem. § 2287 BGB von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Gegenstand des Herausgabeanspruchs nach § 2287 BGB ist mithin das Geschenk. Gegenstand des Klagebegehrens ist indes das Grundstück. Auch nach dem eigenen Vorbringen des Kl. in der Berufung handelt es sich im vorliegenden Fall um eine gemischte Schenkung, bei der zwar eine Gegenleistung in der Form der vereinbarten Pflegeverpflichtung gewährt wurde, die jedoch – wie der Kl. geltend macht – unter dem Wert der hingegebenen Grundstücke liegt. In einem solchen Fall geht der Anspruch aus § 2287 BGB nur dann auf Herausgabe, wenn der unentgeltliche Charakter des Geschäfts überwiegt, andernfalls geht er auf Zahlung des Wertunterschieds in Geld (vgl. BGH FamRZ 1964, 429, 430; BGH NJW 1953, 501; Palandt/Edenhofer, 53. Aufl., § 2287 BGB, Rd.-Nr. 16). Ein Vergleich des Wertes der überlassenen Grundstücke, wie er sich nach dem im ersten Rechtszug eingeholten Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. F. vom 12. 3. 1992 und seinen ergänzenden schriftlichen Ausführungen vom 5. 11. 1992 darstellt, mit dem Wert der von der Bekl. übernommenen Gegenleistung in Form der Pflegeverpflichtung ergibt nicht ein Überwiegen des unentgeltlichen Charakters des Übertragungsvertrages. Vielmehr reicht im Gegenteil der Wert der Pflegeverpflichtung sogar nahe an den Wert der Grundstücke heran.

Der Sachverständige hat in überzeugender und nachvollziehbarer Weise den Wert der Grundstücke unter Einschluß der aufstehenden Gebäude für den maßgeblichen Bewertungsstichtag zum 4. 2. 1974 auf 125.000,- DM ermittelt. Hiervon in Abzug zu bringen ist der vertraglich eingeräumte Anspruch auf die Erbringung von Pflegeleistungen durch die Bekl. Die Vertragsparteien selbst haben den monatlichen Wert der im Vertrag beschriebenen Pflegeleistungen mit 300,- DM angegeben, wobei zu berücksichtigen ist, daß dieser niedrige Wert im Notarvertrag aus Kostengründen genannt ist. Diesen Wert achtet auch der Senat entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. F. in seinem Gutachten vom 12. 3. 1992 für eine Grundpflege im Jahre 1974 als angemessen, die eine normale Aufwartung bezüglich der Wohnung und der Person eines Pflegeberechtigten umfaßt, der sich noch in verhältnismäßig guter gesundheitlicher Verfassung befindet. Ein Ansatz von 60 Stunden monatlich zu je 5,- DM für das Jahr 1974 ist in Anwendung des § 287 ZPO für eine Grundpflege nicht zu beanstanden, so daß sich für die Grundpflege unter Berücksichtigung des bei dem Alter der Erblasserin von 61 Jahren zugrundelegenden Barwertfaktors von 12,992 Jahren ein Wert in Höhe von 46.771,20 DM (3.600,- DM x 12,992) ergibt. Es ist hier indes weiter zu berücksichtigen, daß die Erblasserin bereits im Jahre 1974 ein Pflegefall war. Dieser liegt vor, wenn die berechnete Person auch bei den gewöhnlichen und täglich wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens in erheblichem Umfang die Hilfe einer anderen Person benötigt. Der Grad der Pflegebedürftigkeit ist hierbei danach zu bemessen, ob die betreffende Person einige oder gar sämtliche der täglichen Verrichtungen wie Aufstehen und Zubettgehen, An- und Auskleiden, Waschen, Haarpflege, Einnehmen von Mahlzeiten und Getränken sowie Stuhlgang und Wasserlassen selbst nicht mehr ausführen kann. Die Erblasserin litt seit 1969 an einer schweren Parkinsonschen Erkrankung mit Glieder-

zittern, die schon damals so ausgeprägt war, daß sie der Hilfe beim Waschen und Ankleiden sowie bei der Essenszubereitung bedurfte und ein Toilettenstuhl angeschafft werden mußte, wie sich aus den ärztlichen Bescheinigungen des behandelnden Arztes Dr. S. vom 6. 5. 1975 und 27. 7. 1989 ergibt. Im Jahre 1973 verschlimmerte sich der Gesundheitszustand und die Hilflosigkeit der Erblasserin, ohne daß ihre geistigen Funktionen beeinträchtigt waren; im Jahre 1974 verstarb ihr Ehemann. Vor diesem Hintergrund war zum Zeitpunkt des Abschlusses des Übertragungsvertrags am 8. 2. 1974 die Wahrscheinlichkeit, daß die Erblasserin zunehmend (schwerst-)pflegebedürftig werden würde, weit höher als die insoweit vom Sachverständigen lediglich auf der Grundlage des Alters der Erblasserin von 61 Jahren angenommene Wahrscheinlichkeit von 2,79%, die nach seinen weiteren gutachterlichen Ermittlungen bezogen auf das Jahr 1974 lediglich zu einem weiteren Barwert von 4.600,- DM führt. Der Senat schätzt mit Rücksicht auf den dargelegten Krankheitszustand der Erblasserin bezogen auf das Jahr 1974 die Wahrscheinlichkeit für das Eintreten einer Schwerstpflegebedürftigkeit in Anwendung des § 287 Abs. 1 und 2 ZPO auf 30 %, so daß sich insoweit ein zusätzlich zu berücksichtigender Barwert von 49.462,36 DM ergibt. Der Wert der Pflegeverpflichtung bemißt sich mithin auf insgesamt 96.233,56 DM (46.771,20 DM und 49.462,36 DM); dies bedeutet einen Jahreswert von 7.407,13 DM (96.233,56 DM : 12,992) und einen Monatswert von 617,26 DM, der mit Rücksicht auf den bereits im Jahre 1974 bestehenden Krankheitszustand der Erblasserin noch im unteren Bereich liegt.

Nach alledem kann von einem Überwiegen des unentgeltlichen Charakters des Rechtsgeschäftes keine Rede sein, ohne daß es einer Entscheidung der Frage bedarf, ob von dem dargelegten Wert der Grundstücke noch die Belastung mit dem Nießbrauchsrecht in Abzug zu bringen ist, das der Sachverständige mit 22.000,- DM bewertet hat. Vor dem Hintergrund dieser Wertverhältnisse kann sogar – weitergehend – angenommen werden, daß es auch an dem für die Annahme einer gemischten Schenkung erforderlichen Schenkungswillen der Erblasserin gefehlt hat. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß der objektive Wert eines Grundstückes, das bebaut ist, eine nur schwer faßbare Größe ist, deren Ermittlung häufig von untereinander stark abweichenden Sachverständigengutachten abhängt, so daß aus einem Zurückbleiben der Gegenleistung gegenüber dem so ermittelten objektiven Wert nicht ohne weiteres auf das Bewußtsein der Vertragsparteien von dieser Ungleichwertigkeit und deshalb auf den beiderseitigen Willen zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit geschlossen werden kann. Deshalb hat die Rechtsprechung die von ihr angenommene tatsächliche Vermutung für eine Schenkung nur dann eingreifen lassen, wenn ein auffallendes grobes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung festzustellen ist (vgl. BGHZ 82, 274, 281 f.). Von einem solchen auffallenden groben Mißverhältnis zwischen den Leistungen kann hier angesichts der dargelegten Wertverhältnisse keine Rede sein.

2. Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen scheidet ein Anspruch des Kl. aus § 2287 Abs. 1 BGB auch an deren weiteren Voraussetzungen. Die Vorschrift setzt außer dem subjektiven Merkmal der Beeinträchtigungsabsicht zusätzlich voraus, daß der Erblasser das Recht zu lebzeitigen Verfügungen (§ 2286 BGB) mißbraucht. Die Grenze zwischen den Fallgestaltungen des Mißbrauchs und Fällen, in denen der Vertragserbe schutzlos bleibt, wird mit Hilfe der Frage nach dem lebzeitigen Eigeninteresse des Erblassers gezogen (vgl. BGH NJW 1992, 2630, 2631; NJW 1992, 564, 566 = DNotZ 1992, 513; BGHZ 59, 343, 348 f. = DNotZ 1973, 421). Hierfür kommt es darauf an, ob die Gründe, die den Erblasser zu der Verfügung bestimmt haben, ihrer Art nach so sind, daß der Vertragserbe sie anerkennen und die Beeinträchtigung hinnehmen muß (vgl. BGHZ 83, 44, 45; 108, 73, 77 = DNotZ 1990, 801). So liegt der Fall hier. Die Erblasserin war im Zeitpunkt der Verfügung 61 Jahre alt und ihre Absicht, mittels der Übertragung der Grundstücke ihre Versorgung und Pflege im Alter sichern zu wollen, stellt gerade mit Rücksicht auf ihren Krank-

heitszustand ein anerkennenswertes lebzeitiges Eigeninteresse dar.

Ein lebzeitiges Eigeninteresse ist dann anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Verfügung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der erbvertraglichen Bindung als billigenwert und gerechtfertigt erscheint (so BGH NJW 1980, 2307, 2308), so daß ein durch Erbvertrag Bedachter sie anerkennen und deswegen die sich aus der Verfügung für ihn ergebende Benachteiligung hinnehmen muß. Das ist in der Regel nicht der Fall, wenn der Erblasser allein wegen eines auf die Korrektur des Vertrages gerichteten Sinneswandels anstelle der bedachten Partei einer anderen wesentliche Vermögenswerte ohne entsprechende Gegenleistung zugewendet werden, nur weil sie dem Erblasser genehmer sind (vgl. BGH WM 1977, 876, 877). Auch reicht es nicht aus, daß der Erblasser aufgrund eines Sinneswandels nach Abschluß des Erbvertrages engere personale Bindungen zum Beschenkten entwickelt hat und dieser Zuneigung durch die Schenkung Ausdruck verleihen möchte (OLG Köln OLG 1991, 65 = NJW-RR 1992, 200). Dagegen ist ein anzuerkennendes lebzeitiges Eigeninteresse zu bejahen, wenn der Erblasser die Verfügung getroffen hat, um die Versorgung für sein Alter sicherzustellen oder zu verbessern. In diesem Fall kommt es aus Gründen der Rechtssicherheit auch nicht darauf an, ob die Verfügung hierzu auch wirtschaftlich notwendig war oder ob es bei dem alten Zustand hätte bleiben können und ob der Erblasser die ihm versprochene Leistung billiger auch von dem anderen Vertragserben hätte bekommen können, wenn er diesem den Vermögensgegenstand übereignet hätte (vgl. BGH WM 1977, 876, 877; WM 1979, 442, 445; NJW 1980, 2307). Das Bedürfnis alleinstehender Erblasser, im Alter versorgt und gegebenenfalls auch gepflegt zu werden, wird erfahrungsgemäß mit den Jahren immer dringender und gewichtiger (vgl. BGHZ 83, 44, 46). In BGHZ 82, 274 = NJW 1982, 43 hat der BGH darauf hingewiesen, daß das Motiv der eigenen Alterssicherung von der Rechtsprechung des BGH bereits seit langem als lebzeitiges Eigeninteresse anerkannt ist. Von dieser Rechtsprechung abzugehen besteht kein Anlaß. Eine weitere vom BGH anerkannte Rechtfertigung ist die Schenkung als Dank für geleistete oder noch zu leistende Dienste, Pflege oder Hilfe (vgl. BGHZ 66, 8, 16 = MittRhNotK 1976, 110; BGH NJW 1978, 423, 424 = DNotZ 1978, 298; BGH NJW 1984, 121). Das Bedürfnis eines alleinstehenden Erblassers nach einer seinen persönlichen Vorstellungen entsprechenden Versorgung und Pflege im Alter ist schließlich auch dann ein vom Vertragserben anzuerkennendes lebzeitiges Eigeninteresse, wenn der Erblasser es dadurch zu verwirklichen sucht, daß er eine ihm nahestehende Person durch Schenkungen an sich bindet (vgl. BGH NJW 1992, 2630, 2631; BGHZ 88, 269, 270 f.).

Daß die Erblasserin mit Hilfe der Grundstücke auch auf andere Weise für ihr Alter hätte vorsorgen können, ist nicht entscheidend (vgl. BGH WM 1977, 876, 877 unter II am Ende). Es erscheint nur verständlich, daß die Erblasserin, die damals 61 Jahre alt war, nach dem Tode ihres Ehemannes nunmehr ihrer Altersversorgung hohe Bedeutung beimaß, nachdem sie auf sich allein gestellt war. Dieses Interesse ist insbesondere auch deswegen anzuerkennen, weil sie mit Rücksicht auf die seit dem Jahre 1969 bestehende schwere Parkinsonsche Erkrankung und die im Jahre 1973 eingetretene Verschlimmerung mit einer zunehmenden Pflegebedürftigkeit rechnen mußte und sich daher eine Regelung ihrer zukünftigen Versorgung und Pflege geradezu als erforderlich aufdrängte. Unerheblich ist insoweit, ob und in welchem Umfang die Erblasserin damals Versorgungsleistungen von der Mutter des Kl. oder der Bekl. bereits erhalten oder noch zu erwarten hatte, denn nur mit dem Übertragungsvertrag erhielt sie einen besonders gesicherten und einklagbaren Anspruch auf Versorgung, der ihr in dieser Form sonst weder gegen die Mutter des Kl. noch gegen die Bekl. zugestanden hätte und auf den sie wegen ihrer Erkrankung geradezu angewiesen war. Das Interesse der Erblasserin, ihre Altersversorgung und auch ihre Versorgung im Pflegefall nicht in die Hände fremder Personen zu legen, sondern der

Bekl., ihrer Tochter, anzuvertrauen, muß nach alledem auch aus objektiver Sicht anerkannt werden. Sicherlich hätte die Erblasserin mit einem etwaigen Verkauf eines Teils ihrer Grundstücke auch eine ordentliche Versorgung in einem mehr oder weniger in der Nähe gelegenen allgemein zugänglichen Altersheim mit einer Pflegestation erreichen können. Doch hätte sie dazu ihr Anwesen, auf dem sie bislang gewohnt hatte, endgültig verlassen müssen. Ein lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin an einer gesicherten Altersversorgung und Pflege kann nach alledem nicht in Zweifel gezogen werden.

### **11. Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Erbschaftsteuerliche Behandlung von Pflegeleistungen eines Erben gegenüber dem Erblasser**

(BFH, Urteil vom 9. 11. 1994 – II R 110/91)

#### **ErbStG § 10 Abs. 5 Nrn. 1 und 3**

- 1. Der Abzug von Aufwendungen des Erben für Unterhalt oder Pflege des Erblassers als Nachlaßverbindlichkeit (§ 10 Abs. 5 ErbStG 1974) geht der Berücksichtigung als steuerfreier Erwerb (§ 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974) vor (Bestätigung des BFH-Urteils vom 13. 7. 1983 – II R 105/82 – BStBl. II 1984, 37).**
- 2. Das – unwirksame – Versprechen des Erblassers, jemanden als Entgelt für Dienstleistungen durch eine letztwillige Verfügung zu bedenken, führt nicht zu Nachlaßverbindlichkeiten i.S.d. § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG 1974, sondern hat, falls der Erwerb bürgerlich-rechtlich als Dienstleistungsvergütung zu beurteilen ist, Erblässerschulden zur Folge, die nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG 1974 vom Erwerb des Erben abzuziehen sind.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Die Kl. hat aufgrund notariellen Testaments ihren Bruder alleine beerbt (Bank- und Sparguthaben, Ansprüche aus Lebensversicherungen). In der ErbSt-Erklärung gab sie an, daß die Begünstigung unter der Auflage einer Pflege auf Lebenszeit erfolgt sei. Später machte sie Nachlaßverbindlichkeiten geltend, u. a. Kosten für häusliche Pflege des Erblassers für fünf Jahre in Höhe von 8.000,- DM sowie den Ersatz von Auslagen für Strom, Besorgung der Wäsche, Pkw-Kosten und Wohnungskosten von insgesamt 20.928,- DM. Sie habe die Pflegeleistungen für ihren Bruder aufgrund eines mündlich abgeschlossenen Arbeitsvertrags geleistet. Die Zahlung des Arbeitslohns sei durch Umwandlung in ein Darlehen erfolgt. Dies werde durch das Testament erwiesen, das zur Sicherung dieses Anspruchs abgeschlossen worden sei. Des weiteren ergebe sich das Arbeitsverhältnis aus dem Umstand, daß der Erblasser nur ihr sein Vermögen für diese Dienste übertragen habe und nicht auch Teile davon seinen anderen Geschwistern, die solche Dienste nicht erbracht hätten. Die Leistungen habe sie schon deshalb nicht unentgeltlich erbracht, weil sie hierzu nach dem Gesetz nicht verpflichtet gewesen sei. Bei den Auslagen handelt es sich um Ansprüche ihres Ehemanns und ihrer Kinder gegen den Erblasser, die sie als Nachlaßverbindlichkeiten anerkennen müsse.

Das FA beurteilte die geltend gemachten Pflegekosten sowie den Aufwendersatz als nicht abzugsfähig und ließ für Pflege und Unterhalt lediglich einen Betrag von 2.000,- DM gem. § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974 steuerfrei.

Die Klage hatte teilweise Erfolg. Das FG Nürnberg sei, so führte es aus, davon überzeugt, daß die Kl. die Leistungen aufgrund mündlicher Vereinbarung mit dem Erblasser erbracht habe. Dafür, daß eine im Hinblick auf §§ 125, 2276 BGB formnichtige Vereinbarung getroffen und tatsächlich durchgeführt worden sei, spreche, daß die Kl. wegen der ab 1980/1981 übernommenen Versorgung des Erblassers ihren Putzplatz habe aufgeben müssen. Angesichts ihrer bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnisse erscheine es einleuchtend, daß sie die Sach- und Dienstleistungen ab diesem Zeitpunkt nur im Rahmen eines Austauschverhältnisses übernommen habe. Da die geringen Lohneinkünfte des Erblassers offensichtlich im wesentlichen zur Ansparung verwendet worden seien, komme als Gegenleistung nur die Erbeinsetzung in Betracht. Daß auch der Bruder als Erblasser insoweit von einer rechtlichen Verknüpfung ausgegangen sei, zeige sich daran, daß er das Testament in Anwesenheit der Kl. beim Notar errichtet und sie als einzige der Geschwister bedacht habe. Zwar treffe zu, daß die Kl. insoweit von einer anderweitigen testamentarischen Verfügung nicht geschützt gewesen sei, es scheine jedoch glaubhaft, daß aufgrund des guten verwandtschaftlichen Verhältnisses insoweit kein Sicherheitsbedürfnis bestanden habe, als die Kl. ihre eigene Versorgungsleistung erbracht habe. Der Höhe nach ergebe

sich aus ihren Berechnungen ein monatlicher Wert ihrer Vorleistung von 410,- DM. Dies erscheine im Hinblick auf die von der Kl. (bzw. ihrem Ehemann) erbrachten Sach- und Pflegeleistungen angemessen. Somit ergäben sich Vorleistungen für 66 Monate zu 410,- DM = 27.960,- DM. Dementsprechend setzte das FG die ErbSt auf 1.265 DM herab und wies die Klage im übrigen ab.

Mit der Revision rügte das FA Verletzung von § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG 1974. Das FG gehe nach dem BFH-Urteil vom 13. 7. 1983 – II R 105/82 (BStBl. II 1984, 37 = DB 1984, 331) zu Recht davon aus, daß § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974 dann nicht anzuwenden sei, wenn Pflegeleistungen bereits über die Vorschrift des § 10 ErbStG 1974 abzugsfähig seien. Es habe aber verkannt, daß dies im Streitfall nicht gelte. Da der Gesetzgeber durch § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974 den Abzug von Pflegeleistungen bewußt eingeschränkt habe, könne in den Fällen, in denen, wie im Streitfall, typische Pflegeleistungen erbracht worden seien, die Vorschrift des § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG 1974 nicht angewendet werden. Vielmehr erlaube die Vorschrift des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974 als lex specialis höchstens den Abzug eines Freibetrags von 2.000,- DM. Die Revision des FA hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

1. Zutreffend ist zwar der erbschaftsteuerrechtliche Ausgangspunkt der Vorentscheidung, daß die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974 der Anerkennung von Nachlaßverbindlichkeiten, die auf Pflegeleistungen des Erben beruhen, nicht entgegensteht. Denn diese Vorschrift greift nur ein, soweit der Erwerber dem Erblasser *unentgeltlich* Pflege oder Unterhalt gewährt hat, so daß die Berücksichtigung von Ansprüchen des Erben aufgrund derartiger Leistungen als Nachlaßverbindlichkeiten i.S.d. § 10 Abs. 5 ErbStG 1974 durch § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974 auch dann nicht ausgeschlossen wird, wenn es sich um Leistungen der in dieser Vorschrift genannten Art handelt, denn der Abzug als Nachlaßverbindlichkeit geht der Berücksichtigung als steuerfreier Erwerb vor (§ 10 Abs. 1 S. 2 ErbStG 1974; BStBl. II 1984, 37 = DB 1984, 331).

2. Im übrigen ist der Vorentscheidung jedoch zu folgen. Das FG hat angenommen, daß der Kl. im Zusammenhang mit der Erlangung der Erbschaft Kosten entstanden seien, die entsprechend den Ausführungen im BFH-Urteil vom 13. 7. 1983 – II R 105/82 (BStBl. II 1984, 37 = DB 1984, 331) als Nachlaßverbindlichkeiten gem. § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG 1974 abzugsfähig seien, weil die Kl. dem Erblasser aufgrund mündlicher Vereinbarung Sach- und Pflegeleistungen als Gegenleistung für die Einsetzung als Testamentserbin erbracht habe. Dem stehe entgegen, daß die Vereinbarung – anders als nach dem, dem BFH-Urteil vom 13. 7. 1983 – II R 105/82 (BStBl. II 1984, 37 = DB 1984, 331) zugrundeliegenden Sachverhalt – nicht der Form des § 2276 Abs. 1 S. 1 BGB entsprochen habe, denn nach § 41 AO 1977 sei die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts für die Besteuerung unerheblich, soweit und so lange die Beteiligten das wirtschaftliche Ergebnis des Geschäfts gleichwohl eintreten und bestehen lassen, also, was für den Streitfall zu bejahen sei, die vereinbarten Unterhalts- und Pflegeleistungen gegenüber dem Erblasser erbracht worden seien und der Erblasser auch ein Testament zugunsten der Pflegeperson errichtet habe.

Dem folgt der erkennende Senat nicht; § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG 1974 trifft nicht zu. Bürgerlich-rechtlich sind Gestaltungen der Art, wie sie vom FG angenommen worden sind, unter dem Gesichtspunkt der Erblässerschulden zu beurteilen (§ 1967 Abs. 2 Alt. 1 BGB; § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG 1974).

a) Verspricht der Erblasser, jemanden als Entgelt für Dienstleistungen durch eine letztwillige Verfügung zu bedenken, so kann dies gem. § 612 Abs. 1, 2 BGB einen Anspruch des Dienstverpflichteten auf Vergütung (ggf. auf Ersatz der Aufwendungen, §§ 675, 670 BGB Palandt/Putzo, 53. Aufl., § 612 BGB, Rd.-Nr. 2) begründen. Ein solches Versprechen ist zwar nach § 2302 BGB ungültig. Ergibt sich aber aus den Umständen, daß die Dienstleistung nicht unentgeltlich erfolgen sollte, hat der Dienstverpflichtete nach § 612 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 BGB Anspruch auf die übliche Vergütung (BGH-Urteil vom 23. 2. 1965 – VI ZR 281/63 – NJW 1965, 1224 = DB 1965, 558 = DNotZ 1965, 686; BAG-Urteil vom 15. 3. 1960 – 5 AZR 409/58 – BAG-AP § 612 Nr. 13, m. Anm. Hueck; DB 1960, 644; vom

5. 8. 1963 – V AZR 79/63 – BAG-AP § 612 Nr. 20, m. Anm. Hueck = DB 1963, 1433; RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 230 BGB, Rd.-Nr. 3; MünchKomm/Musielak, 2. Aufl., § 2302 BGB, Rd.-Nr. 4; Palandt/Putzo, 53. Aufl., § 612 BGB, Rd.-Nr. 2; Soergel/Wolf, 12. Aufl., § 230 BGB, Rd.-Nr. 5).

Der Anerkennung eines solchen gegen den Erblasser gerichteten Anspruchs des Erben als Nachlaßverbindlichkeit i.S.d. § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG 1974 steht es nicht entgegen, wenn das Entgeltversprechen durch die Erbeinsetzung erfüllt wird, denn soweit der Erwerb als Dienstleistungsvergütung zu beurteilen ist, ist der Erbe nicht bereichert (vgl. hierzu auch die Erwägungen im Senatsurteil in BStBl. II 1984, 37 = DB 1984, 331); sein Anspruch auf Vergütung ist insoweit nicht erloschen (§ 10 Abs. 3 ErbStG 1974). Auch im Fall der Erbeinsetzung (und nachfolgendem Erbfall) wird der Anspruch des Erben durch § 612 BGB beschränkt und erfaßt nicht den gesamten Erwerb, denn diesen kann der Erbe aufgrund des Versprechens des Erblassers nicht verlangen, sondern nur die Zahlung der üblichen Vergütung nach § 612 Abs. 1, 2 BGB.

b) Im Streitfall kommt der Abzug einer angemessenen Vergütung als Erblasserschuld (§ 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG 1974) jedoch nicht in Betracht. Es genügt nicht, daß die Kl. als Erbin eingesetzt worden ist. Zwar läßt sich das Versprechen der Erbeinsetzung als Versprechen einer späteren Vergütung werten und ließe damit den Schluß zu, daß keine unentgeltliche Dienstleistung gewollt war. Der Anspruch auf die übliche Vergütung entsteht allerdings nur, wenn zwischen dem Erben und dem Erblasser dienstvertragliche Beziehungen bestanden haben (vgl. BGH NJW 1965, 124 = DB 1965, 558 = DNotZ 1965, 694); § 612 Abs. 1, 2 BGB ersetzt nicht die Dienstleistungsvereinbarung, sondern, falls die Dienstleistung nicht unentgeltlich erbracht werden sollte, die fehlende, rechtlich bindende Einigung über die Vergütung. Dies entspricht den erbschaftsteuerrechtlichen Anforderungen, denn § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG 1974 erfaßt nur aus Rechtsgründen bestehende Erblasserschulden (BFH-Urteil vom 15. 6. 1988 – II R 165/85 – BStBl. II 1988, 1006 = DB 1988, 2546).

Es sind weder Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß zwischen dem Erblasser und der Kl. ein Vertragsverhältnis bestanden hatte, aufgrund dessen die Kl. Tätigkeiten im Dienst des Erblassers zu erbringen hatte, die über ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis hinausgingen (vgl. BAG-Urteil vom 19. 7. 1973 – V AZR 46/73 – NJW 1974, 380 = DB 1974, 36), noch daß sich die Kl. gegenüber dem Erblasser verpflichtet gehabt habe, für ihn

sonst tätig zu werden (Geschäftsbesorgungen §§ 662, 675 BGB). Erforderlich ist, daß ein eindeutiger vertraglicher Bindungswille erkennbar wird (Soergel/Wolf, 12. Aufl., § 315 BGB, Rd.-Nr. 60). Aus dem Versprechen der Erbeinsetzung oder sonstiger Vorteile ergibt sich hierfür nichts (vgl. auch BStBl. II 1988, 1006 = DB 1988, 2546). Für eine von den (späteren) Erben mit Rücksicht auf die erwartete Erbeinsetzung freiwillig erbrachte Leistung besteht kein Ersatzanspruch; insbesondere ergibt sich kein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, weil der ggf. bezweckte Erfolg eingetreten ist. Tatsachen, aus denen etwas anderes ableitbar wäre, sind weder vom FG festgestellt noch von der Kl. – als Gegenrüge – vorgetragen worden. Auch der Umstand, daß die Kl., wie sie vorträgt, Leistungen tatsächlich erbracht hat, genügt nicht, ein durch schlüssiges Verhalten zustande gekommenes Dienstverhältnis anzunehmen (BAG NJW 1974, 380 = DB 1974, 36; BFH BStBl. II 1988, 1006 = DB 1988, 2546).

3. Der Vorentscheidung kann auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie Aufwendungsersatzansprüche des Ehemanns, die im einzelnen auch nicht substantiiert worden sind, in die Berechnung der nach Auffassung des FG von der Kl. erbrachten „Vorleistungen“ einbezogen hat. Es ist offenkundig, daß Aufwendungsersatzansprüche Dritter nicht zu den Aufwendungen des Erben für seine Erbeinsetzung i.S.d. § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG 1974 zählen. Auch derartige Aufwendungen wären nur als Nachlaßverbindlichkeiten i.S.d. §§ 1967 BGB, 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG 1974 zu berücksichtigen. Dies setzt aber nicht nur voraus, daß dem Dritten (im Streitfall dem Ehemann der Kl.) aus Rechtsgründen etwa aufgrund eines (unentgeltlichen) Auftragsverhältnisses (§§ 662, 670 BGB) oder aufgrund eines (entgeltlichen) Geschäftsbesorgungsvertrags (§ 675 BGB) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) solche Ansprüche erwachsen sind, sondern auch, daß der Dritte diese Ansprüche gegen den Erblasser (im Streitfall gegen die Kl.) geltend gemacht hat. Hierfür ergeben sich weder aus dem FG-Urteil selbst noch aus den Einlassungen der Kl. in der mündlichen Verhandlung und der Einvernahme des Ehemanns als Zeugen auch nur die geringsten Anhaltspunkte.

4. Danach hat das FA zutreffend die von der Kl. geltend gemachten Unterhalts- und Pflegeleistungen lediglich gem. § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG 1974 mit 2.000,- DM berücksichtigt. Die Begrenzung der ErbSt-Befreiung auf diesen Betrag ist verfassungsgemäß (Beschuß des BVerfG vom 26. 3. 1984 – 1 BvR 803/82 – HFR 1984, 436).

## Mitteilungen

### 1. Steuerrecht/Einkommensteuer – Einkommensteuerliche Behandlung von Einnahmen für häusliche Pflegeleistungen (BMF, Schreiben vom 28. 4. 1995 – IV B 1 – S 2000 – 84/95)

Ab 1. 4. 1995 werden Leistungen aus der Pflegeversicherung gewährt. Nach § 37 des Elften Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGV XI) können pflegebedürftige Personen anstelle der häuslichen Pflegehilfe ein Pflegegeld erhalten, wenn sie die erforderliche Grundpflege sowie die hauswirtschaftliche Versorgung (häusliche Pflege) durch eine Pflegeperson selbst sicherstellen.

Im Vorgriff auf eine gesetzliche Regelung im Jahressteuergesetz 1996 sind Einnahmen der Pflegeperson für Leistungen zur Grundpflege oder hauswirtschaftlichen Versorgung bis zur Höhe des dem Pflegebedürftigen nach § 37 SGB XI gewährten Pflegegeldes steuerfrei zu belassen, wenn diese Leistungen von Angehörigen des Pflegebedürftigen oder von anderen Personen erbracht werden, die damit eine sittliche Verpflichtung i.S.d. § 33 Abs. 2 EStG gegenüber dem Pflegebedürftigen erfüllen. Entsprechendes gilt für diese Einnahmen, wenn der Pflegebedürftige Pflegegeld aus privaten Versicherungsverträgen, zu deren Abschluß er nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 23 Abs. 1 SGB XI (private Pflegepflichtversicherung) verpflichtet ist, oder eine Pauschalbeihilfe nach Beihilfavorschriften für

häusliche Pflege erhält. Diese Regelung ist auf Einnahmen für Pflegeleistungen, die ab dem 1. 4. 1995 erbracht werden, anzuwenden.

### 2. Steuerrecht/Erbschaft- und Schenkungsteuer – Berücksichtigung von am Stichtag bereits erwirtschafteten, aber noch nicht ausgeschütteten Gewinnansprüchen beim Erwerb von GmbH-Anteilen (FinSen. Berlin, Erlaß vom 7. 10. 1994 – III C 2 – S 3811 – 3/93)

Zur Frage, ob beim Erwerb von Anteilen an einer GmbH am Stichtag bereits erwirtschaftete, aber noch nicht ausgeschüttete Gewinnbezugsansprüche gesondert zu erfassen sind, gilt folgende Auffassung:

#### 1) Erwerb von Todes wegen a) Zur Rechtslage nach GmbHG

Gem. § 15 Abs. 1 GmbHG sind Geschäftsanteile veräußerlich und vererblich. Die Erben treten in die Rechtsstellung ein, die der Erblasser als Gesellschafter der GmbH am Todestag hatte. Ihnen kann beim Erwerb von Todes wegen nicht mehr zustehen, als dem Erblasser selbst zu diesem Zeitpunkt zustanden hätte.