

RNotZ

Rheinische Notar-Zeitschrift

Herausgeber

Rheinische Notarkammer, Köln

Herausgeberbeirat

Notar Dr. Wolfgang Baumann, Wuppertal
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Blumberg,
Oberhausen
Notar Dr. Thomas Knoche, LL. M., Ratingen
Notar Dr. Martin Lohr, Neuss
Notar Dr. Klaus Piehler, LL. M., Köln
Rechtsanwalt und Notar Rüdiger Reiche, Duisburg
Notar Dr. Karl-Oskar Schmittat, Siegburg
Notar Dr. Robert Schumacher, LL. M., Aachen
Notar Dr. Marcus Sommer, Wuppertal
Notar Dr. Ulrich Sostmann, Velbert

Schriftleitung

Notarassessor Dr. Ulrich Bous, Bonn
Notarassessorin Dr. Viola Kruse, Bonn

Homepage

<http://www.notare.nrw.de>

RNotZ jetzt auch
online:
www.rnotz.de

Heft 1-2/2006

S. 1-76

Inhaltsverzeichnis für 2005 ist beigeheftet

Einbanddecken für 2005 können ab sofort bestellt werden

Aus dem Inhalt

Beiträge

Fetsch
Auslandsvermögen im Internationalen Erbrecht 1

Schippers
10-Jahres-Frist und Nießbrauchsvorbehalt beim Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers (§§ 528, 529 BGB) – Kann eine zeitliche „Schwelle“ sich zur „Hürde“ wandeln? 42

Schmellenkamp
Die nicht zum Ziel führende Beratungstätigkeit des Notars – eine Betrachtung aus kostenrechtlicher Sicht 000

Rechtsprechung

Beschränkte Prüfungskompetenz des GBA in Bezug auf vom Notar getroffene Identitätsfeststellung (*OLG Celle*) 58

Variable Grundschuldzinsen (*OLG Hamm*) 60

Löschung einer Zwangssicherungshypothek zugunsten einer Wohnungseigentümergeinschaft (*LG Frankfurt a. M.*) 63

Anfechtbarkeit der Versäumung der Ausschlagungsfrist (*OLG Hamm*) 64

Keine Vertretung des Minderjährigen durch Eltern bei Bestellung eines Großelternteils zum Geschäftsführer (*OLG Düsseldorf*) 68

Kostenrecht – Beurkundung einer AG-Gründung nebst Bestellung des ersten Aufsichtsrats in einer Urkunde (*OLG München*) 68

Abrufgebühren für Nutzung des automatisierten Grundbuchs als verauslagte Gerichtskosten (*LG Trier*) 70

Keine allgemeine Auskunftspflicht des Notars (*OLG Düsseldorf*) 71

Einseitiges Widerrufsrecht des Hinterlegers (*OLG Hamm*) 72

VI. Wiederholende einseitige Testamente

Lässt sich nicht sicher feststellen, ob der Erbvertrag bzw. das gemeinschaftliche Testament nach dem anwendbaren Recht wirksam ist, so ist zu empfehlen, vorsorglich noch zwei einseitige Testamente zu errichten.³²⁷ Dies kann auch dadurch geschehen, dass am Ende des Erbvertrages bzw. gemeinschaftlichen Testaments die gegenseitigen Verfügungen als einseitige wiederholt werden. Zusätzlich zu den unter V. gemachten Formulierungsvorschlägen könnte eine vorsorgliche Rechtswahl für das gesamte Vermögen („soweit bereits jetzt oder beim Erbfall rechtlich möglich“) aufgenommen werden und wäre an der Verfügung dann anzufügen.³²⁸

Soweit eine Nachlassspaltung eintritt, sollen die vorstehenden Verfügungen soweit wie möglich für alle Nachlassteile gelten.

Soweit nach dem anwendbaren Erbrecht eine erbvertraglich bindende [bzw.: gegenseitig bindende] Verfügung nicht zulässig ist, erklärt jeder von uns vorsorglich, dass die vorstehenden Verfügungen als einseitige testamentarische Verfügung eines jeden von uns gelten sollen

Soweit ein Erblasser bei einer vorstehend als erbvertraglich bindend vereinbarten Verfügung nicht oder nur

*eingeschränkt gebunden ist, ist auch der andere Erblasser hinsichtlich der entsprechenden Verfügung nicht oder nur eingeschränkt gebunden.*³²⁹

Denkbar ist auch, zwei einseitige Testamente zeitlich vor der gemeinsamen Verfügung errichten und in letzterer klarzustellen, dass die einseitigen Testamente wirksam sein sollen, falls die gemeinsame Verfügung unwirksam ist.

Wir widerrufen hiermit alle von uns bisher errichteten Verfügungen von Todes wegen, insbesondere unsere einseitigen Testamente vom ____ und _____. Wir stellen jedoch klar, dass diese einseitigen Testamente gelten sollen, wenn und soweit dieser Erbvertrag als unwirksam angesehen werden sollte.

– Fortsetzung des Beitrags im folgenden Heft –

327 Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch (2005), 7. Teil Rn. 316.

328 Nach Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch (2005), 7. Teil Rn. 317.

329 Dieser Absatz soll eine ungleiche Bindung verhindern, wenn ein Ehegatte Deutscher und ein Ehegatte Ausländer ist. Die Literatur geht zum Teil davon aus, dass die Bindung des deutschen Erblassers automatisch entfällt, wenn der ausländische Erblasser nicht gebunden ist; nach a. A. müsse hierüber das deutsche Recht entscheiden, somit ist die Verfügung auszulegen; vgl. Nachweise in Fn. 303.

10-Jahres-Frist und Nießbrauchsvorbehalt beim Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers (§§ 528, 529 BGB)

– Kann eine zeitliche „Schwelle“ sich zur „Hürde“ wandeln? –

(Von Notar Josef Christian Schippers, Aachen)

Angesichts zunehmender Lebenserwartung, steigender Krankheits- und Pflegekosten und leerer öffentlicher Kassen steht der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers (§§ 528f. BGB¹) im Fokus der gerichtlichen, behördlichen und notariellen Praxis. Ein Schwerpunkt lebzeitiger Vermögensnachfolge und damit des Rückforderungsanspruchs bildet die Immobilienübergabe mit Nutzungsvorbehalt (Nießbrauch/Wohnungsrecht). Der folgende Beitrag² zeigt, dass der Nutzungsvorbehalt das Anlaufen der Zehnjahresfrist in § 529 Abs. 1 Alt. 2 – anders als in § 2325 Abs. 3 – nicht hindert.

- A. Einleitung
- B. Die höchstrichterliche Rspr. zum Fristlauf in § 2325 Abs. 3
- C. Die bisherige Rspr. zum Fristlauf in § 529 Abs. 1 Alt. 2
- D. Klärung des Leistungsbegriffs und Fristbeginns in § 529 Abs. 1 Alt. 2
 - I. Wortsinn/-laut
 1. „ver-“/„ge-“schenkt
 2. Leistungsbegriff und Wortlaut
 - II. Systematik/Anspruchsstruktur
 1. Einheitlicher Vollzugs-/Leistungsbegriff in §§ 528 Abs. 1 und 529 Abs. 1
 2. Gesetzesaufbau

3. Schuldnerstruktur
4. Gläubigerstruktur
5. Rechtsfolgen

III. Genese

1. Gesetzesmaterialien zu § 2325 Abs. 3
2. Gesetzesentstehung und Gesetzesmaterialien bei § 529 Abs. 1 Alt. 2

IV. Gesetzeszweck der Ausschlussnormen

1. Gesetzeszweck der Frist in § 2325 Abs. 3 („zeitliche Hürde“)
2. Gesetzeszweck der Frist in § 529 Abs. 1 Alt. 2 („zeitliche Schwelle“)
 - a) Prinzipielle Schutzwürdigkeit des Beschenkten
 - b) Der „Verfestigungsgedanke“
 - c) Wirtschaftliche Eingliederung beim Beschenkten nicht konstitutiv
 - d) Wirtschaftliche Ausgliederung beim Schenker nicht konstitutiv
 - e) Zweck der Frist in § 529 Abs. 1 Alt. 2 („zeitliche Schwelle“)

1 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

2 Zur einschlägigen Problematik hat der Verfasser bereits in Mitt-RhNotK 1996, 197, 212f. („Aktuelle Fragen des Grundstücksnießbrauchs in der notariellen Praxis“) am Rande (cursorisch) Stellung genommen; der nachfolgende Beitrag dient der Erweiterung und Vertiefung.

- V. Gesetzeszweck der Anspruchsnormen
1. Zweck des Pflichtteilsergänzungsanspruchs
 2. Zweck des Rückforderungsanspruchs
 - a) Originärer Zweck
 - b) Nachträgliche Zweckänderung
 - aa) Bisherige Ausweitungen im Tatbestandsbereich des § 528 Abs. 1
 - bb) Sozialleistungsrechtlicher Nachrangigkeitsgrundsatz
 - cc) Keine Auslegungsregel „*in dubio pro fisco*“
 - dd) Entlastung der Allgemeinheit als Normzweck?
 - ee) „Missbrauchs-/Umgehungs“-aspekte
 - ff) Drittschutz versus Bestandschutz
 - gg) Drittschutz und Selbstschutz (Eigenvorsorge)
 - hh) Ungewissheit der Zweckänderung
 - ii) Aushöhlung der Zehnjahresfrist
 - jj) Rechtsklarheit und Rechtssicherheit

E. Exkurs: Verjährung des Rückforderungsanspruchs

F. Resümee

G. Ergebnis

H. Empfehlung

A. Einleitung

Nach § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 bleibt beim Pflichtteilsergänzungsanspruch die Schenkung unberücksichtigt, wenn „zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstands“ verstrichen sind. Der BGH³ hat hierzu unlängst entschieden, dass diese Frist jedenfalls⁴ dann *nicht* anläuft, wenn sich der Erblasser (Schenker) bei der Schenkung eines Grundstücks den Nießbrauch uneingeschränkt vorbehält.

Nach der Parallelbestimmung des § 529 Abs. 1 Alt. 2 ist der Anspruch des verarmten Schenkers auf Herausgabe des Geschenks (§ 528) ausgeschlossen, wenn „zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre“ verstrichen sind. Ob auch hier der Nießbrauchsvorbehalt den Lauf der Frist hindert, ist in der Rspr. bislang nicht geklärt.

In der notariellen Praxis wird vereinzelt die Erwartung⁵ oder gar Befürchtung⁶ geäußert, dass die zu § 2325 Abs. 3 ergangene Rspr. auf § 529 Abs. 1 Alt. 2 übertragen werden könnte. In der Tat suggeriert der parallel formulierte Wortlaut dies auf den ersten Blick.

Literatur dazu ist erstaunlich spärlich. Erste vorsichtig tastende Stimmen⁷ sprechen sich *gegen* die Übertragbarkeit aus, allerdings ohne vertiefte Auseinandersetzung.

Angesichts der Möglichkeit des Sozialleistungsträgers, den Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers

aus § 528 zum Zwecke des Sozialleistungsregresses nach § 93 SGB XII⁸ durch Verwaltungsakt auf sich überzuleiten, ist damit zu rechnen, dass die Gerichte in nicht allzu ferner Zukunft mit der dargestellten Problematik befasst sein werden.

Im Folgenden wird untersucht, ob die Rspr. zum Fristlauf in § 2325 Abs. 3 auf § 529 Abs. 1 Alt. 2 übertragen werden kann.

B. Die höchstrichterliche Rspr. zum Fristlauf bei § 2325 Abs. 3

Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn in § 2325 Abs. 3 und § 529 Abs. 1 Alt. 2 ist der Begriff der „Leistung“. Dieser Begriff hat sich in der Rspr.⁹ zu § 2325 Abs. 3 wie folgt entwickelt:

Die ältere Rspr.¹⁰ stellte zunächst auf die Vornahme der *Leistungshandlung* ab. Hiernach sollte die Leistung mit der Folge des Fristbeginns bereits dann erfolgt sein, wenn der Schenker von seiner Seite aus alles getan hat, was für den Erwerb durch den Beschenkten erforderlich ist.

Den *Wandel* der höchstrichterlichen Rspr. markiert das Grundsatzurteil vom 17. 9. 1986¹¹. Aus der Gesetzesbegründung zu § 2325 Abs. 3 folgerte der BGH, dass die Zehnjahresfrist erst dann beginnt, wenn der Erblasser einen Zustand geschaffen hat, dessen Folgen er selbst noch zehn Jahre lang zu tragen hat und der schon im Hinblick auf diese Folgen von einer „bösischen“ Schenkung abhalten kann. Dazu bedürfte es einer wirtschaftlichen Ausgliederung des Geschenks aus dem Vermögen des Erblassers. Ansonsten könnte der Erblasser sein Vermögen zum Nachteil der Pflichtteilsberechtigten planmäßig am Nachlass vorbei ohne für ihn fühlbares eigenes Vermögensopfer weiterleiten. Dies gefährde das vom Senat besonders geachtete und in gewissem Umfang

3 BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791; aus der obergerichtlichen Rspr. zuletzt etwa: OLG Köln ZEV 2005, 398, 399; OLG Bremen NJW 2005, 1726; aus der Lit. zuletzt etwa: Link, ZEV 2005, 283 ff.; Schindler, ZEV 2005, 290 ff.

4 Zur sprachlichen Vereinfachung wird nur der Nießbrauchsvorbehalt behandelt. Selbstverständlich gelten die Ausführungen auch für alle sonstigen dinglichen und schuldrechtlichen Nutzungsvorbehalte und sonstige Ausweitungen, die unter den gewandelten Leistungsbegriff i. S. d. § 2325 Abs. 3 fallen; vgl. dazu Schindler, ZEV 2005, 290, 292.

5 Jörg Mayer, Der Übergabevertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis – Die Übertragung von Privatvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, 2. Aufl. 2001, Rn. 44; Littig/Mayer, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, 1999, Rn. 76.

6 Langenfeld/Günther, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge, 5. Aufl. 2005, Rn. 324.

7 Schippers, MittRhNotK 1996, 197, 212 f.; Krauß, ZEV 2001, 417, 423; ders. in: DAI-Skript – Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (2005), Rn. 58; ders. (ohne eigene Stellungnahme) in: MittBayNot 2005, 349, 350 in Fn. 8; Rundel, MittBayNot 2003, 177, 179 f.; Waldner, Vorweggenommene Erbfolge, 2004, Rn. 121; jurisPK-BGB/Sefrin, BGB, 2. Aufl. 2004, § 529 BGB, Rn. 7; DNotI-Gutachten Nr. 11 060 (Stand Juli 1999), nicht veröffentlicht; vgl. auch (ohne eigene Stellungnahme) Ruby, ZEV 2005, 102, 103; vgl. ferner Bengel, MittBayNot 2003, 270, 271, der von einem unterschiedlichen Fristbeginn in § 529 Abs. 1 und § 2325 Abs. 3 ausgeht.

8 Bis zum 1. 1. 2005: § 90 BSHG.

9 Vgl. zur Entwicklung der Rspr.: Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 159 ff.; Nieder, DNotZ 1987, 319 f.

10 BGH NJW 1970, 1638; vorsichtig abrückend: BGH NJW 1974, 2319.

11 BGHZ 98, 226 = NJW 1987, 122.

unter dem Schutz des Art. 14 GG stehende Recht des Pflichtteilsberechtigten auf eine angemessene Beteiligung am Nachlass in einem Ausmaß, das schwerwiegende Fehlentwicklungen befürchten ließe.

Im Folgejahr (1987) entschied der BGH¹² im Fall einer Grundstücksschenkung *ohne Nutzungsvorbehalt*, dass für den Fristbeginn der *rechtliche Leistungserfolg*, also der Eigentumsübergang nach Umschreibung im Grundbuch, erforderlich sei.

Schließlich stellte der BGH im Jahre 1994¹³ im Fall einer Grundstücksschenkung *mit Nießbrauchsvorbehalt* rigoros klar, dass eine Leistung i. S. von § 2325 Abs. 3 erst dann gegeben ist, wenn der Erblasser (Schenker) nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltener dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen. Behalte sich der Erblasser bei der Schenkung eines Grundstücks den Nießbrauch uneingeschränkt vor, gebe er den Genuss des verschenkten Gegenstands nicht auf, so dass trotz Umschreibung im Grundbuch keine Leistung vorliege.

C. Die bisherige Rspr. zum Fristlauf in § 529 Abs. 1 Alt. 2

Zum Begriff der „Leistung“ in § 529 Abs. 1 Alt. 2 existiert nur das Urteil des OLG Köln aus dem Jahre 1985¹⁴. Hierin stellt das Gericht für den Fristbeginn – wie die ältere Rspr. zu § 2325 Abs. 3 – auf die Vornahme der *Leistungshandlung* ab. Es führt aus, dass der Leistung i. S. des § 529 – ebenso wie in §§ 519, 2325 – der Vollzug der Schenkung gleichstehe, der schon dann anzunehmen sei, wenn der Schenker alles getan habe, was er für den Vollzug tun müsse. Dieser Zeitpunkt trete ein, wenn ein entsprechender Antrag auf Eintragung der Rechtsveränderung beim Grundbuchamt eingehe; es komme nicht auf den Zeitpunkt des Leistungserfolges an.

Fraglich ist, welche Bedeutung dieses Urteil im Lichte des Wandels der Rspr. zu § 2325 Abs. 3 hat.

In der Literatur¹⁵ zu § 529 findet sich zu diesem Urteil die Aussage, dass die für den Fristbeginn maßgebende Leistung ebenso zu verstehen sei wie in der Parallelvorschrift des § 2325 Abs. 3.

Dazu ist anzumerken, dass das Urteil des OLG Köln aus der Zeit *vor* dem Wandel der Rspr. in § 2325 Abs. 3 stammt und mithin den dortigen Wandel des Leistungsbegriffs nicht berücksichtigt¹⁶. Die Frage der Übertragbarkeit ist deshalb ungeklärt¹⁷.

Bemerkenswert ist jedoch, dass das OLG Köln ausweislich der Urteilsgründe über eine Grundstücksschenkung *mit Nießbrauchsvorbehalt* zu entscheiden hatte, dieser Nießbrauchsvorbehalt das Gericht im Kontext der §§ 528, 529 aber nicht dazu veranlasste, sich mit dem (herkömmlichen) Leistungsbegriff der älteren Rspr. – quasi in Antizipation des bevorstehenden Wandels der Rspr. zu § 2325 Abs. 3 – auseinander zu setzen.

D. Klärung des Leistungsbegriffs und Fristbeginns in § 529 Abs. 1 Alt. 2

Da es weder im allgemeinen noch im juristischen Sprachgebrauch einen feststehenden Begriff der *Leistung* gibt, ist dessen Bedeutung im jeweiligen Regelungszusammenhang mit den rechtswissenschaftlichen Methoden der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung¹⁸ zu klären.

I. Wortsinn/-laut

1. „ver-“/„ge-“schenkt

Wie eingangs erwähnt, scheint der parallel formulierte Wortlaut in den §§ 2325 Abs. 3 und 529 Abs. 1 Alt. 2 für einen einheitlichen Leistungsbegriff zu sprechen. Bei näherer Betrachtung ist aber bereits im Wortlaut eine Diskrepanz festzustellen, die auch auf eine inhaltliche Abweichung schließen lässt.

Während der Wortlaut des § 2325 Abs. 3 an die Leistung des „ver-“schenkten Gegenstands anknüpft, ist im Wortlaut des § 529 Abs. 1 Alt. 2 von der Leistung des „ge-“schenkten Gegenstands die Rede. Dieser zunächst unscheinbare Unterschied in der Vorsilbe offenbart jedoch bei näherer Betrachtung einen Perspektivwechsel. Ebenso wie das Begriffspaar „verkauft“/„gekauft“ die beiden Seiten des Kaufvertrages kennzeichnet, verweist das Begriffspaar „verschenkt“/„geschenkt“ auf die beiden Seiten des Schenkungsvertrages. In dem Wortspiel „Verschenkt ist verschenkt!“ und „Geschenkt ist geschenkt!“ kommt im ersteren Fall die Endgültigkeit des Vermögensverlustes beim Schenker, im letzteren Fall die Rechtsbeständigkeit des Vermögenserwerbs beim Beschenkten zum Ausdruck.

Dieser Befund im Wortlaut entspricht in § 2325 Abs. 3 dem Blickwinkel der Rspr., die bei der Bestimmung des Leistungsbegriffs auf den Erblasser bzw. Schenker (wirtschaftliche Ausgliederung/Vermögensopfer/Genussverzicht) abstellt. Die abweichende Formulierung in § 529 Abs. 1 Alt. 2 deutet indes darauf hin, dass der Leistungsbegriff sich dort aus der abweichenden Perspektive des Beschenkten bestimmt.

12 BGHZ 102, 289, 291 = NJW 1988, 821, 822.

13 BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791.

14 FamRZ 1986, 988.

15 MünchKomm/Kollhossler, BGB, 4. Aufl. 2004, § 529 BGB, Rn. 3; ähnlich Soergel/Mühl/Teichmann, BGB, 12. Aufl. 1997, § 529 BGB, Rn. 3; Seyfarth, Schenkungsrückforderung wegen Notbedarfs, 1998, S. 34 in Fn. 190; diese Autoren nehmen Bezug auf das Urteil des OLG Köln und verweisen auf den Leistungsbegriff des § 2325 Abs. 3, ohne sich mit der Problematik des Wandels der Rspr. in § 2325 Abs. 3 auseinander zu setzen; deshalb bleibt letztlich unklar, ob diese Autoren den vom OLG Köln vertretenen Leistungsbegriff (Leistungshandlung) oder den gewandelten Leistungsbegriff des § 2325 Abs. 3 (wirtschaftliche Ausgliederung) befürworten; vgl. vorsichtiger: Staudinger/Cremer, BGB, 13. Aufl. 1995, § 529 BGB, Rn. 1; Bamberger/Roth-Gehrlein, BGB, § 529 BGB, Rn. 1, die dem vom OLG Köln vertretenen Leistungsbegriff (Leistungshandlung) folgen, ohne den Bezug zum Leistungsbegriff des § 2325 Abs. 3 zu erwähnen; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 64. Aufl. 2005, § 529 BGB, Rn. 2, der für den Leistungsbegriff auf den Vollzugsbegriff des § 518 verweist.

16 So bereits Schippers, MittRhNotK 1996, 197, 212.

17 Ebenso Rundel, MittBayNot 2003, 177, 179.

18 Vgl. dazu nur Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, insbes. S. 312 ff. und 366 ff.

2. Leistungsbegriff und Wortlaut

§ 529 Abs. 1 Alt. 2 knüpft den Fristbeginn an die „*Leistung des geschenkten Gegenstandes*“ an. Es fragt sich, welche Bedeutung dieser Wortlaut für den Inhalt des Leistungsbegriffs hat.

Der Wortlaut verlangt für den Fristbeginn jedenfalls mehr als das bloße Leistungsversprechen¹⁹ bzw. die bloße Leistungspflicht²⁰.

Nach dem Wortlaut geht es um die *Erfüllung* der im Schenkungsvertrag festgelegten (Haupt-)Leistungspflicht und damit um die Vornahme bzw. Vollendung des *Erfüllungs- bzw. Verfügungsgeschäfts*; mit anderen Worten: es kommt auf die Vornahme der geschuldeten *Leistungshandlung* bzw. die Herbeiführung des geschuldeten *Rechtserfolgs* an.

Ist eine Immobilie geschenkt, so ist diese durch Verfügungsgeschäft nach den §§ 873, 925 an den Beschenkten zu übereignen. Ist eine Immobilie *mit Nutzungsvorbehalt* geschenkt, ändert sich der Gegenstand der Leistung nur insofern, als bei einer Gesamtschau der schuldrechtlichen Leistungspflichten von vornherein nur *belastetes Eigentum* (also ein „*Minus*“) geschuldet ist. Der Gegenstand der Leistung ist auch in diesem Fall mit Vornahme, spätestens mit Vollendung der Erfüllungs- bzw. Verfügungsgeschäfte geleistet. Denn damit ist das schuldrechtliche Leistungsprogramm rechtlich erfüllt. Irrelevant ist, auf welchem rechtstechnischen Weg die Belastung begründet wird, ob vor der Übereignung (als Eigentümerrecht) durch den Schenker oder nach der Übereignung (als Fremdrecht) durch den Beschenkten.

Dagegen kann als Gegenstand der Leistung im Fall der Schenkung mit Nießbrauchsvorbehalt nicht das (mit fortschreitender Dauer des Nießbrauchs erstarkende) *unbelastete Eigentum* angesehen werden. Dies würde zur Vorstellung eines „*gestreckten Erwerbs*“ führen, der sich in der Nießbrauchsphase nach und nach vollzieht und erst mit Erlöschen des Nießbrauchs voll endet²¹. Abzulehnen ist auch die Vorstellung eines gespaltenen (zweistufigen) Schenkungsvollzugs in dem Sinne, dass bei der Schenkung zunächst das nackte (nutzungsentkleidete) Eigentum und erst beim Ende des Nießbrauchs die isolierte Nutzungsbefugnis an den Beschenkten geleistet ist²².

Der Gegenstand der Leistung kann nicht aus den wirtschaftlichen Folgen hergeleitet werden, die sich nach dem rechtlichen Vollzug der Schenkung realisieren.

Zu den wirtschaftlichen Folgen der vollzogenen Schenkung gehören sowohl die während der Dauer des Nießbrauchs dem Nießbraucher und nach dessen Ende dem Eigentümer *zufließenden Nutzungen* als auch der in der Nießbrauchsphase voranschreitende *Wertverlust* des Nießbrauchs und *Wertzuwachs* des Eigentums.

Rechtlich betrachtet sind die nach dem Ende des Nießbrauchs dem Eigentümer (Beschenkten) *zufließenden Nutzungen* bereits im Zeitpunkt des Eigentumswechsels als im Eigentum *inbegriffenes künftiges (Rest-)Nutzungspotential* an den Eigentümer (Beschenkten) geleistet. Rechtlich betrachtet sind auch die während der Dauer des Nießbrauchs dem Nießbraucher (Schenker) *zufließenden Nutzungen* bereits im Zeitpunkt der Ent-

stehung des Nießbrauchs als im Nießbrauchsrecht *inbegriffenes künftiges (Teil-)Nutzungspotential* an den Schenker geleistet. Rechtlich betrachtet sind schließlich die eintretenden Wertbewegungen bereits im Zeitpunkt der Verfügungsgeschäfte als im Eigentum bzw. Nießbrauchsrecht *inbegriffenes künftiges Wertzuwachs-/Wertverlustpotential* an den Beschenkten bzw. Schenker geleistet.

Nach dem Wortlaut des § 529 Abs. 1 Alt. 2 kommt es somit auf die Vornahme der geschuldeten Leistungshandlung bzw. die Herbeiführung des geschuldeten Rechtserfolgs an, nicht jedoch auf die sich hieraus ergebenden wirtschaftlichen Folgen.

Zu Recht ordnet Siegmann²³ – zum Wortlaut des § 2325 Abs. 3 – deshalb den dortigen Wandel der Rspr. aus methodologischer Sicht nicht mehr als (vom Wortlaut noch gedeckte) Gesetzesauslegung ein, sondern als richterliche Rechtsfortbildung durch *teleologische Reduktion* des Wortlauts des § 2325 Abs. 3 im Hinblick auf dessen eigene ratio.

II. Systematik/Anspruchsstruktur

Hinweise auf den Inhalt des Leistungsbegriffs ergeben sich ferner aus der Gesetzessystematik der §§ 516 ff., 528 ff. sowie aus einem Vergleich der Anspruchsstrukturen.

1. Einheitlicher Vollzugs-/Leistungsbegriff in §§ 528 Abs. 1 und 529 Abs. 1

Der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers setzt in § 528 Abs. 1 voraus, dass der Schenker *nach*

19 Vgl. zu § 2325 Abs. 3 ebenso: BGHZ 102, 289, 291 = NJW 1988, 821, 822.

20 Die in der weiteren Parallelvorschrift des § 1375 Abs. 3 enthaltene güterrechtliche Zehnjahresfrist beginnt dagegen nach h.M. bereits im Zeitpunkt der wirksamen Eingehung einer Verpflichtung: Palandt/Brudermüller (Fn. 15), § 1375 BGB, Rn. 29; Bamberger/Roth-Mayer (Fn. 15), § 1375 BGB, Rn. 22 m. w. N.

21 So aber: Reiff, Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und ihre Auswirkungen auf die Ergänzung des Pflichtteils und die Schenkungsteuer, 1989, S. 108 ff.; ders., NJW 1992, 2857, 2860 f.; ders., ZEV 1998, 241; ebenso Meyerding, ZEV 1994, 202, 205; Leipold, JZ 1994, 1121, 1123; alle zur Problematik der Abzugsfähigkeit des Nießbrauchsrechts im Rahmen des § 2325 Abs. 2; a. A. Link, ZEV 2005, 283, 285 m. w. N. und Übersicht zum Meinungsstand.

22 Nach Lüttig/Mayer (Fn. 5), Rn. 76 in Fn. 163; Mayer (Fn. 5), Rn. 44 in Fn. 111; Krauß, ZEV 2001, 417, 423; Rundel, MittBayNot 2003, 177, 180, könne für die Gleichbehandlung mit § 2325 Abs. 3 eventuell angeführt werden, dass – jedenfalls bei ertragbringenden Werten – auch der Nießbrauch selbst einen Vermögenswert darstellt, so dass erst mit dessen Wegfall die Verarmung im Kern vorbereitet sei (unklar ist, ob diese Autoren nur mit diesem Gedanken quasi als „advocatus diaboli“ spielen oder diesem zustimmen). Nach hier vertretener Ansicht kommt es für § 529 Abs. 1 Alt. 2 nicht darauf an, wann die Verarmung im Kern vorbereitet ist (= Vermögensverlust beim Schenker), sondern wann der „*Vermögenserwerb*“ beim Beschenkten erfolgt ist, da diese Ausschlussnorm dem Schutz des Interesses des Beschenkten an der Rechtsbeständigkeit des *Vermögenserwerbs* dient, also auf dem „*Vermögenserwerb*“ durch den Beschenkten (und nicht dem „*Vermögensverlust*“) aufbaut. Im Übrigen kommt es auch für die Anspruchsnorm des § 528 Abs. 1 nicht auf einen (kausalen oder irgendwie gearteten) Zusammenhang zwischen dem Vermögensverlust und dem Eintritt der Bedürftigkeit beim Schenker an, unstr.: BGH NJW 2005, 670, 671; Staudinger/Cremer (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 3. Dann kann es konsequenterweise für den Fristbeginn auch nicht darauf ankommen, wann die potentielle Vermögensgefährdung beim Schenker ihren Anfang oder ihren Höhepunkt erreicht hat.

23 DNotZ 1994, 787, 789.

Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen Notbedarf zu decken. Vor Vollzug steht dem Schenker die Notbedarfseinrede des § 519 zu.

Aus dem Zusammenhang zwischen Leistungsverweigerungsrecht vor Vollzug (§ 519) und Rückforderungsanspruch nach Vollzug (§ 528) ergibt sich, dass Vollzug i. S. dieser Vorschriften mit Erreichen eines gewissen (rechtlichen) Erfüllungsstadiums, jedenfalls mit Eintritt des Erfüllungserfolgs gegeben ist, da von diesem Zeitpunkt an das Leistungsverweigerungsrecht dem Schenker keinen Schutz mehr bieten kann und das Rückforderungsrecht diesen Schutz (ohne zeitliche Lücke) übernimmt.

Auf diesem Hintergrund ist es systemgerecht, wenn die Nahtstelle zwischen Leistungsverweigerungsrecht und Rückforderungsanspruch zugleich den Beginn der Zehnjahresfrist markiert. Von diesem Zeitpunkt an kann der mögliche Rückforderungsanspruch des Schenkers entstehen. Von da an richtet sich der Beschenkte darauf ein, dass der Vermögenserwerb (seiner Substanz nach) bereits fester Bestandteil seines Vermögens ist. Von da an hat der Beschenkte eine unabhängige Erwerbsposition erlangt, deren Fortbestand der Ungewissheit bzw. Unsicherheit über die Entstehung des Rückforderungsanspruchs ausgesetzt ist. § 529 Abs. 1 will den Schwebezustand zeitlich auf zehn Jahre begrenzen. Dem entspricht es, wenn Vollzugs- und Leistungsbegriff i. S. der §§ 528 Abs. 1 und 529 Abs. 1 übereinstimmen²⁴.

2. Gesetzesaufbau

Beim Rückforderungsanspruch ist die Ausschlussfrist in einem eigenen Paragraphen (§ 529) getrennt von der Anspruchsnorm (§ 528) geregelt, während die Frist beim Pflichtteilergänzungsanspruch lediglich im selben Paragraphen als Absatz 3 der Anspruchsnorm angefügt ist. Dies mag redaktionelle Gründe haben. Dennoch deutet dies zusammen mit dem Umstand, dass § 529 in Abs. 1 Alt. 1 (Grobes Verschulden des Schenkers) und in Abs. 2 (Notbedarf des Beschenkten) zwei weitere (eigenständige) einschränkende Tatbestände enthält, darauf hin, dass der Gesetzgeber beim Rückforderungsanspruch des Schenkers dem Schutz des Beschenkten größeres Eigengewicht beigemessen hat.

3. Schuldnerstruktur

Schuldner des Pflichtteilergänzungsanspruchs (§ 2325) ist primär der *Erbe des Erblassers (Schenkers)*, nur subsidiär gemäß § 2329 auch der Beschenkte. Der primär verpflichtete Erbe, der mit dem Beschenkten nicht identisch ist, ist selbst an der Schenkung nicht beteiligt. Mangels eigenen Vermögenserwerbs ist bei ihm ein Bestandsinteresse nicht zu berücksichtigen. Ein solches kommt allein beim subsidiär verpflichteten Beschenkten in Betracht.

Schuldner des Rückforderungsanspruchs (§ 528) ist der *Beschenkte*, nach seinem Tod dessen Erbe und im Falle einer Weiterschenkung ggf. der Zweitbeschenkte (§ 822)²⁵. Der Anspruchsschuldner des Rückforderungsanspruchs ist mithin stets an der Schenkung und damit am Vermögenserwerb beteiligt, und zwar entweder un-

mittelbar selbst als Beschenkte (Zweitbeschenkte) oder mittelbar als Erbe des Beschenkten und damit als dessen Vermögensnachfolger. Wegen des erfolgten Vermögenserwerbs ist bei ihm ein Bestandsinteresse stets zu berücksichtigen.

4. Gläubigerstruktur

Gläubiger des Pflichtteilergänzungsanspruchs ist der *Pflichtteilsberechtigte*. Dem Anspruch liegt damit von vornherein eine „tripolare“²⁶ Struktur aus Erblasser (Schenker), Beschenktem und Pflichtteilsberechtigtem zugrunde. Er bezweckt ausschließlich den Schutz eines am Schenkungsvertrag nicht beteiligten Dritten. Es geht bei ihm von vornherein allein um *Drittschutz*.

Gläubiger des Rückforderungsanspruchs ist der *Schenker*, mithin eine am Schuldverhältnis selbst beteiligte Vertragspartei. Der Anspruch geht von einer „bipolaren“ Struktur aus Schenker und Beschenktem aus. Er entspringt dem vertraglichen Schuldverhältnis zwischen Schenker und Beschenktem. Es geht bei ihm – jedenfalls von seiner zivilrechtlichen Ausgangslage her – primär um den Interessenausgleich *inter partes*. Nur *dann* und nur *soweit* der Notbedarf des Schenkers durch Dritte (Sozialleistungsträger/Private) gedeckt wird, kommen Drittinteressen ins Spiel.

5. Rechtsfolgen

Der Pflichtteilergänzungsanspruch richtet sich lediglich auf eine wertmäßige Beteiligung des Pflichtteilsberechtigten am Schenkungsgut in Höhe der jeweiligen Pflichtteilsquote, d. h. der *Hälfte* des Wertes des gesetzlichen Erbteils, maximal also von 50 % des Schenkungswertes. Der Beschenkte haftet dabei gemäß § 2329 nur subsidiär (soweit der Erbe nicht verpflichtet ist) wegen des fehlenden Betrags.

Der Rückforderungsanspruch kann hingegen bis zum *vollen* Wert des Geschenks geltend gemacht werden²⁷. Aus dem drohenden wirtschaftlichen *Totalverlust* ergibt sich für den Beschenkten eine größere Schutzbedürftigkeit als aus dem möglichen *Teilverlust* beim Pflichtteilergänzungsanspruch.

III. Genese

Ein Blick auf die Gesetzesentstehung und die Gesetzesmaterialien gibt weiteren Aufschluss über den Leistungsbegriff.

24 Vgl. auch Seyfarth (Fn. 15), S. 37 in Fn. 204, der einen einheitlichen Vollzugs- und Leistungsbegriff in den §§ 528 Abs. 1 und 529 Abs. 1 vertritt, jedoch auf Seite 34 in Fn. 190 davon ausgeht, dass der Vollzugsbegriff i. S. d. § 529 Abs. 1 ebenso wie in § 2325 Abs. 3 zu verstehen sei. Allerdings bleibt hierbei unklar, ob Seyfarth der Übertragung des gewandelten Leistungsbegriffs in § 2325 Abs. 3 auf § 529 Abs. 1 zustimmt (insoweit wohl nur referierend ohne eigene Stellungnahme).

25 Vgl. MünchKomm/Kollhosser (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 7.

26 Das treffende Begriffspaar „bipolar“ und „tripolar“ wird in diesem Zusammenhang eingeführt von Krauß, ZEV 2001, 417 ff.

27 Ständige Rspr.: BGH NJW 2005, 670, 671; BGHZ 155, 57 = NJW 2003, 2449, 2450; BGHZ 125, 283, 284 = NJW 1994, 1655; BGHZ 96, 380, 381 = NJW 1986, 1606; BGHZ 94, 141, 142 = NJW 1985, 2419.

1. Gesetzesmaterialien zu § 2325 Abs. 3

Beim Wandel der Rspr. zu § 2325 Abs. 3 konnte der BGH²⁸ auf den Willen des historischen Gesetzgebers rekurrieren.

Aus den Gesetzesmaterialien zu § 2325 Abs. 3 gehen explizit folgende Gründe für die Einführung der dortigen Frist hervor: die billige Rücksicht auf den Beschenkten, dessen Recht nicht zu lange im Schwebezustand gehalten werden dürfe, die Eingewöhnung des Erblassers (Schenkers) und des Pflichtteilsberechtigten in die eingetretene Vermögensminderung und *die Tragung der (Schenkungs-)Folgen durch den Erblasser (Schenker) auf längere Zeit als Sicherheit dafür, dass der Erblasser (Schenker) bei der Vornahme der Schenkung sich von guten Gründen und nicht von der Benachteiligungsabsicht habe leiten lassen.* Dem letzten Aspekt (Tragung der Folgen) misst der BGH entscheidende Bedeutung zu.

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, dass dieser Aspekt (Tragung der Folgen) auch als Gesetzesbegründung der Sonderregelung für Schenkungen unter Ehegatten (§ 2325 Abs. 3 Halbs. 2) zugrunde liegt. In den Protokollen²⁹ heißt es hierzu, dass bei Schenkungen unter Ehegatten der verschenkte Gegenstand tatsächlich gemeinschaftliches Vermögen bleibe, der Schenker also während der Ehe auch nach der Schenkung den Genuss desselben nicht zu entbehren habe. Der Aspekt des Genussverzichts (= Tragung der Folgen) durch den Schenker liegt mithin beiden Halbsätzen des § 2325 Abs. 3 als *einheitliche* gesetzgeberische Begründung zugrunde.

Läge diese Erwägung auch dem § 529 Abs. 1 Alt. 2 zugrunde, so hätte der Gesetzgeber die Sonderregelung für Schenkungen unter Ehegatten (§ 2325 Abs. 3 Halbs. 2) folgerichtig auch in § 529 Abs. 1 Alt. 2 anfügen müssen, was jedoch (angesichts des parallel formulierten Wortlauts wohl bewusst) nicht geschehen ist. Dies lässt darauf schließen, dass die für § 2325 Abs. 3 maßgebliche gesetzgeberische Erwägung (Genussverzicht/Tragung der Folgen) nicht auf § 529 Abs. 1 Alt. 2 übertragbar ist.

2. Gesetzesentstehung und Gesetzesmaterialien bei § 529 Abs. 1 Alt. 2

Der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers wurde erst bei den Schlussberatungen zum BGB (quasi in allerletzter Minute) in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt.

Zuvor war bei den Beratungen zum Dresdner Entwurf von 1866 ein beschränktes Widerrufsrecht für den in Armut geratenen Schenker abgelehnt worden³⁰. Bei den Beratungen der Ersten Kommission (1881–1889) fand bereits die Notbedarfseinrede des verarmten Schenkers keine Mehrheit, so dass sich die Frage nach einem Rückforderungsanspruch gar nicht mehr stellte³¹. Die Vorcommission des Reichsjustizamtes (1890–1893) akzeptierte zwar die Notbedarfseinrede, lehnte jedoch den beantragten Rückforderungsanspruch ab, da *man es mit Rücksicht auf die Lage des Beschenkten und seiner Angehörigen für unvereinbar hielt, diese der Gefahr der Entziehung des Geschenks auszusetzen*³². Auch die Zweite Kommission (1891–1896) gewährte dem verarmten Schenker die Notbedarfseinrede, wies jedoch mehr-

heitlich den Rückforderungsanspruch *im Interesse des Beschenkten zurück, der damit rechnen dürfe, dass das Geschenk zu seinem Vermögen gehöre und darin verbleiben werde*³³.

Erst die Reichstagskommission (1896) stimmte mehrheitlich der Einführung eines Rückforderungsanspruchs des verarmten Schenkers zu, wobei allerdings einzelne Mitglieder der Kommission ihre Zustimmung von einer Einschränkung der Tatbestandsvoraussetzungen des Rückforderungsanspruchs abhängig machten. Man verständigte sich darauf, neben weiteren Einschränkungen eine zehnjährige Ausschlussfrist einzuführen³⁴. Nach dem Bericht von Heller³⁵ erschien es der Reichstagskommission ratsam, „*die Geltendmachung des Rückforderungsrechts auf eine bestimmte Frist – etwa zehn Jahre seit der Schenkung – einzuschränken*“. Die genaue sprachliche Fassung und sachliche Ausgestaltung überließ man der Redaktorenkommission, über deren Arbeit keine Zeugnisse existieren³⁶.

Zu resümieren ist, dass sich bei den Schlussberatungen zum BGB zwar der Rückforderungsanspruch durchsetzte, man bei der Ausgestaltung dieses Anspruchs aber bemüht war, auch den Interessen des Beschenkten an der Beständigkeit des unentgeltlichen Vermögenserwerbs in erhöhtem Maße Rechnung zu tragen, so dass man die Geltendmachung des Anspruchs in engen Grenzen halten wollte³⁷. Die Gesetzesentstehung und die Gesetzesmaterialien bestätigen damit, dass der historische Gesetzgeber dem Bestandsinteresse des Beschenkten gegenüber dem Unterhaltsinteresse des Schenkers einen eigenen Stellenwert einräumen wollte.

IV. Gesetzeszweck der Ausschlussnormen

Zur Klärung des Leistungsbegriffs ist im nächsten Schritt (vorrangig) der Zweck bzw. die *ratio legis* der *Ausschlussnormen* (§§ 2325 Abs. 3 und 529 Abs. 1 Alt. 2) zu untersuchen. Erst im nächsten Schritt ist dann der Gesetzeszweck der *Anspruchsnormen* (§§ 2325 Abs. 1 bzw. § 528 Abs. 1) und etwaige hieraus folgende Rückschlüsse auf den Leistungsbegriff zu eruieren.

1. Gesetzeszweck der Frist in § 2325 Abs. 3 („zeitliche Hürde“)

Der Leistungsbegriff des § 2325 Abs. 3 wurde von der Rspr. unmittelbar aus dem gesetzgeberischen Zweck dieser *Ausschlussnorm* erschlossen und entwickelt. Dabei konnte sie auf den in den Gesetzesmaterialien explizit zum Ausdruck gekommenen Willen des historischen Gesetzgebers zurückgreifen.

28 BGHZ 98, 226 = NJW 1987, 122, 124 mit Bezug auf die Protokolle V 587, 588.

29 Protokolle V 587, 588.

30 Seyfarth (Fn. 15), S. 18.

31 Seyfarth (Fn. 15), S. 19.

32 Seyfarth (Fn. 15), S. 19/20.

33 Seyfarth (Fn. 15), S. 20/21.

34 Seyfarth (Fn. 15), S. 22.

35 Abgedruckt in Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse II, 1980, S. 401.

36 Seyfarth (Fn. 15), S. 30 und 138.

37 Seyfarth (Fn. 15), S. 24; Knütel, JR 1989, 378.

Der Zweck der Frist des § 2325 Abs. 3 besteht somit darin, als „zeitliche Hürde“ der Schmälerung (Aushöhlung) des außerordentlichen Pflichtteils infolge lebzeitiger Schenkungen entgegen zu wirken. Diese Hürde könnte mühelos durch den Schenker unter- oder umlaufen werden, wenn sie nicht nach unten und zur Seite hin geschlossen wird. Aus dem Zweck der Hürde selbst ergibt sich, dass diese überwunden werden soll, was nicht ohne Mühe (wirtschaftliche Ausgliederung/Vermögensopfer/Genussverzicht) geht.

2. Gesetzeszweck der Frist in § 529 Abs. 1 Alt. 2 („zeitliche Schwelle“)

Entstehungsgeschichte und Gesetzesmaterialien haben gezeigt, dass der gesetzliche Zweck der Frist in § 529 Abs. 1 Alt. 2 darin besteht, das Interesse³⁸ des Beschenkten an der Rechtsbeständigkeit des Vermögenserwerbs zu schützen³⁹.

a) Prinzipielle Schutzwürdigkeit des Beschenkten

Um die Bedeutung dieses Schutzzwecks zu erkennen, ist von folgender Grundüberlegung auszugehen.

§ 528 erhebt die an sich nur *sittliche* Verpflichtung des Beschenkten zur Unterstützung des verarmten Schenkers zu einer Rechtspflicht⁴⁰. Diese Rechtspflicht stellt eine *Vertragsdurchbrechung* dar⁴¹. Für den Beschenkten fällt mithin das Vertragsprinzip „*pacta sunt servanda*“ und das dadurch geschützte Interesse an der Rechtsbeständigkeit des Erwerbs als schwergewichtiges Pfund in die Waagschale. Daraus folgt, dass das Bestandsinteresse des Beschenkten gegenüber dem Unterhaltsinteresse des Schenkers *prinzipiell* schutzwürdig ist. Die gemeinhin bekannten gesetzlichen Schwächen des unentgeltlichen Erwerbs dürfen nicht den Blick für die prinzipielle Schutzwürdigkeit des Bestandsinteresses des Beschenkten verstellen⁴².

In diesem Zusammenhang hebt Zeranski⁴³ zutreffend hervor, dass Schenkungen nicht im beziehungslosen Raum erfolgen. Sie haben stets eine Vorgeschichte. Mit der Schenkung will der Schenker oftmals besondere Leistungen oder Verdienste des Beschenkten honorieren⁴⁴. Der Schenkung liegt zumeist eine persönliche Beziehung, langjährige Freundschaft oder familiäre Verbundenheit zugrunde⁴⁵. Sie ist nicht selten Dankesschuld, etwa für eine aufopferungsvolle Pflege⁴⁶ oder Betreuung⁴⁷. Das Sprichwort „*Es wird einem nichts geschenkt*“ ist unmittelbarer Ausdruck dieser Erkenntnis⁴⁸. Die Grenzen zwischen einer (unentgeltlichen) Belohnung und einer (entgeltlichen) Entlohnung sind fließend und in der Praxis oft nur schwer auszumachen.

b) Der „Verfestigungsgedanke“

Hinzu kommt die zeitliche Dimension des *Vermögens-/Eigentumserwerbs*. Sobald der Vermögenserwerb erfolgt ist, richtet sich der Beschenkte auf die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs ein⁴⁹, so dass sich sein Bestandsinteresse im Laufe der Zeit verfestigt⁵⁰.

Mit Rücksicht auf den erfolgten Vermögenserwerb wird der Beschenkte u. U. ein Erhaltungsinteresse entwickeln und – ohne hierzu rechtlich verpflichtet zu sein – Investitionen in die Substanz des geschenkten Gegenstands

tätigen. Er wird ggf. im Hinblick auf seinen Erwerb – freiwillige – persönliche oder finanzielle Leistungen erbringen, insbesondere den Schenker oder dessen Angehörige pflegen, oder von der Geltendmachung innerfamiliärer Ansprüche absehen, etwa von Ausgleichs-, Abfindungs-, Pflichtteils- oder Unterhaltsansprüchen.

Aber auch, wenn der Beschenkte keine besonderen Dispositionen mit Rücksicht auf seinen Erwerb vornimmt oder unterlässt, so wird er möglicherweise allgemein seine Lebensplanung und Lebensführung auf den erfolgten Vermögenserwerb einstellen. Er wird evtl. wegen des Erwerbs und in Erwartung des Erlöschens des Nießbrauchs davon absehen, anderweitig Vermögen zur Sicherung seines Wohnbedürfnisses, zur Schaffung einer Einkunftsquelle oder zur eigenen Altersvorsorge zu bilden. Er wird womöglich einen aufwändigeren Lebensstil führen und keine oder geringere Vermögensreserven bilden.

Je mehr Zeit vergeht, desto schutzbedürftiger und schutzwürdiger ist das Bestandsinteresse des Beschenkten.

38 Dem Bestandsinteresse des Beschenkten wird von der h. M. nur im Rahmen der §§ 529, 534 und 818 Abs. 3 Rechnung getragen; ein darüber hinausgehendes Bedürfnis nach Vertrauensschutz soll hiernach nicht anzuerkennen sein: BGH NJW 2001, 2084, 2086; BGH NJW 1995, 2287, 2288; OLG Karlsruhe FamRZ 1994, 1319, 1321; LG Karlsruhe NJW 1994, 137; MünchKomm/Kollhossler (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 18 m. w. N.; a. A. OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 887, 890; m. E. sollte in diesem Zusammenhang nicht vom „Vertrauensschutz“, sondern vom „Bestandschutz“ des Beschenkten gesprochen werden, da es auf das materielle Interesse des Beschenkten am Bestand des Erwerbs ankommt und nicht auf Rechtsscheinstatbestände oder subjektive Kriterien beim Beschenkten.

39 Unstr.: nur MünchKomm/Kollhossler (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 1 und § 529 BGB, Rn. 1; nach BGH ZEV 2003, 114, 116, soll auch der Sinn und Zweck des § 529 Abs. 1 Alt. 1 darin bestehen, einen Ausgleich zwischen dem Unterhaltsbedürfnis des Schenkers und dem Vertrauen des Beschenkten auf die Rechtsbeständigkeit des schenkweisen Erwerbs zu schaffen.

40 LG Karlsruhe NJW 1994, 137; Hörbacher, ZEV, 2002, 205; Zeranski, Der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers, 1998, S. 61, Willenkemper, JR 1988, 353, 357.

41 Vgl. auch BGH ZEV 2003, 114, 116 und BGH NJW 2001, 2084, 2085 („Eingriff in den Bestand der vollzogenen Schenkung“); vgl. auch Koch, JR 1993, 313, 314, wonach der in § 528 normierte Rückforderungsanspruch ein grundlegendes Prinzip des Vertragsrechts, den Bestands- und Vertrauensschutz in ein vollzogenes Rechtsgeschäft, aus Billigkeitserwägungen außer Kraft setze.

42 So richtig Zeranski (Fn. 40), S. 58; demgegenüber betont Seyfarth (Fn. 15), S. 32 f., dass im Schenkungsrecht dem Schenker besondere Schutzbedürftigkeit angediehen sei, weist jedoch selbst auf das Vertragsprinzip „*pacta sunt servanda*“ und darauf hin, dass § 519 (*anders als § 528!*) auf das Vertrauen des Beschenkten in die Rechtsbeständigkeit des Vermögenserwerbs keine Rücksicht nehmen müsse und nicht den Beschränkungen der §§ 529 und 534 unterliege.

43 Zeranski (Fn. 40), S. 58 f.

44 Zeranski (Fn. 40), S. 58.

45 Zeranski (Fn. 40), S. 58, 59.

46 Vgl. BGH NJW 1998, 537, wonach dem Rückforderungsanspruch aus § 528 grundsätzlich der Aufwand für freiwillige Pflege- oder Betreuungsleistungen gegenüber dem Schenker *nicht* entgegen gehalten werden kann; insoweit ist der Beschenkte somit nur im Rahmen der Ausschlussstatbestände, insbesondere nach Ablauf der Zehnjahresfrist (vor Enttäuschungen) geschützt.

47 Zeranski (Fn. 40), S. 59.

48 Zeranski (Fn. 40), S. 59 in Fn. 115.

49 Vgl. MünchKomm/Kollhossler (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 1.

50 Vgl. Seyfarth (Fn. 15), S. 35, nach dem der Sinn und Zweck des § 529 nur darin bestehen kann, den Beschenkten, dessen vermögensmäßige Beziehung sich zu dem geschenkten Gegenstand mit fortlaufender Zeit mehr und mehr verfestigt, mit Ablauf der Zehnjahresfrist umfassend vor einer Inanspruchnahme zu schützen.

c) Wirtschaftliche Eingliederung beim Beschenkten nicht konstitutiv

Die aus dem Vertragsprinzip und dem Verfestigungsgedanken begründete prinzipielle Schutzwürdigkeit des Beschenkten basiert auf seinem *Vermögens-/Eigentumserwerb*, dessen Rechtsbeständigkeit durch die mögliche Rückforderung in Frage gestellt wird. Entscheidend ist damit, dass der Gegenstand der Schenkung seiner Substanz nach *rechtlich* fester Bestandteil des Vermögens des Beschenkten wird. Nicht konstitutiv für die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit des Beschenkten ist damit die *wirtschaftliche Eingliederung* des Erwerbs in das Vermögen des Beschenkten. Nicht erforderlich ist insbesondere, dass der Beschenkte zugleich mit dem Vermögenserwerb dessen Nutzungen ziehen kann⁵¹, dessen Lasten tragen muss oder dessen Substanz sofort wirtschaftlich verwerten kann.

Auch die Schenkung ertraglosen Vermögens, wie etwa einer Brachfläche, gewährt dem Beschenkten keine laufenden Nutzungen und sofortige wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeiten, ohne dass dies die grundsätzliche Schutzwürdigkeit seines Interesses an der Rechtsbeständigkeit des Erwerbs in Frage stellt.

d) Wirtschaftliche Ausgliederung beim Schenker nicht konstitutiv

Da die Schutzbedürftigkeit und die Schutzwürdigkeit des Beschenkten sich aus seinem *Vermögenserwerb*⁵² ableiten, kommt es für den Leistungsbegriff auf die Person des Beschenkten (auf dessen Perspektive) und nicht auf den Schenker an. Die wirtschaftliche Ausgliederung (Vermögensopfer/Genussverzicht) beim Schenker ist deshalb für den Leistungsbegriff in § 529 Abs. 1 Alt. 2 ebenfalls nicht konstitutiv⁵³.

e) Zweck der Frist in § 529 Abs. 1 Alt. 2 („zeitliche Schwelle“)

Das Bestandsinteresse des Beschenkten steht dem Unterhaltsinteresse des Schenkers somit als *eigenständiges Schutzgut* entgegen⁵⁴.

Die Frist des § 529 Abs. 1 Alt. 2 hat danach nicht den Zweck einer „zeitlichen Hürde“ zur Verstärkung des Drittschutzes, sondern den Zweck einer „zeitlichen Schwelle“, bei deren Überschreiten das Bestandsinteresse des Beschenkten Vorrang hat vor dem Unterhaltsinteresse des Schenkers.

Mit Einführung der Frist hat der Gesetzgeber die Interessen von Schenker und Beschenktem in bestimmter Weise gewichtet. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist zu respektieren. Sie kann nicht unter Berufung auf das (originäre) Unterhaltsinteresse des Schenkers oder daran anschließender (derivativer) Interessen Dritter geändert werden. In diesem Sinne ist die Frist als „zeitliche Schwelle“ fest gegründet. Nur vom Gesetzgeber selbst kann sie verrückt werden (z. B. durch Verlängerung oder Verkürzung der Dauer). *Erst recht (a maiore ad minus)* kann die Frist nur vom Gesetzgeber von einer „zeitlichen Schwelle“ in eine „zeitliche Hürde“ verwandelt werden.

Eine richterliche Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des Leistungsbegriffs in § 529 Abs. 1 Alt. 2 ist

damit ausgeschlossen, da dieser Ausschlussnorm kein Zweck innewohnt, der eine Einschränkung des Wortlauts gebietet. Vielmehr stimmen Wortlaut (Vornahme oder Vollendung des Verfügungsgeschäfts als „Leistung“) und Zweck („zeitliche Schwelle“) überein.

V. Gesetzeszweck der Anspruchsnormen

Es bleibt zu klären, welche Zwecke die jeweiligen Anspruchsnormen verfolgen und ob sich hieraus Rückschlüsse oder Rückwirkungen auf den Leistungsbegriff der jeweiligen Fristvorschrift ergeben.

1. Zweck des Pflichtteilergänzungsanspruchs

Der Normzweck des Pflichtteilergänzungsanspruchs (§ 2325 Abs. 1) besteht darin, die durch das Pflichtteilsrecht garantierte Mindestbeteiligung des Pflichtteilsberechtigten gegen eine Aushöhlung des Nachlasses durch lebzeitige Schenkungen des Erblassers abzusichern⁵⁵. In enger innerer Verbindung damit steht der vom historischen Gesetzgeber verfolgte und in der Rspr. zum Durchbruch gekommene Zweck der angegliederten Frist (Hürde gegen Schmälerung des außerordentlichen Pflichtteils durch lebzeitige Schenkungen).

Anspruchsnorm und Ausschlussnorm bezwecken damit (gleichgerichtet) die Verstärkung des Schutzes des Pflichtteilsberechtigten. Sie dienen aus Sicht des Schenkungsvertrages somit vor allem dem Schutz von *Drittinteressen*. Da der Dritte (Pflichtteilsberechtigte) auf die Schenkung keinen Einfluss hat, sind dessen Interessen in besonderem Maße schutzbedürftig und schutzwürdig. Der Schutz des Pflichtteilsberechtigten vor fremder Einflussnahme erfordert strengere Maßstäbe als der gesetzliche Schutz des Schenkers vor der eigenen Entscheidung⁵⁶.

51 Ebenso jurisPK-BGB/Sefrin, (Fn. 7) § 529 BGB, Rn. 7.

52 Im Zusammenhang mit § 528 Abs. 2 (Posterioritätsprinzip) legt der BGH NJW 1991, 1824, 1825 allerdings den Gedanken zugrunde, dass früher vollzogene Schenkungen des inzwischen verarmten Schenkers dessen geschützte (Unterhalts-)Interessen im allgemeinen weniger einschneidend beeinträchtigen als die späteren; jedenfalls nach Ablauf der Frist des § 529 Abs. 1 sollen sie dem Beschenkten erhalten bleiben; nach der hier vertretenen Ansicht kommt es für den Fristbeginn in § 529 Abs. 1 Alt. 2 nicht auf den Vermögensverlust bzw. die Vermögensgefährdung beim Schenker und einen etwaigen Zusammenhang dessen mit dem späteren Eintritt der Bedürftigkeit an, sondern allein auf den Vermögens-/Eigentumserwerb beim Beschenkten.

53 Nach Krauß, ZEV 2001, 417, 423 soll es bei § 529 zwar nicht auf ein lebzeitig zu spürendes Opfer ankommen, sondern auf den die „Verarmung“ im Kern vorbereitenden Vorgang des „Vermögensverlustes“; ähnlich Rundel, MittBayNot 2003, 177, 180 („Grundstein für die spätere Verarmung“); nach der hier vertretenen Ansicht ist für § 529 hingegen der „Vermögenserwerb“ durch den Beschenkten maßgeblich. Sein Schutz baut nicht auf dem „Vermögensverlust“ des Schenkers, sondern auf dem Vermögens-/Eigentumserwerb des Beschenkten auf. Im Übrigen ist auch für § 528 ein (kausaler oder irgendeiner gearteter) Zusammenhang zwischen dem Vermögensverlust und dem Eintritt der Bedürftigkeit beim Schenker nicht erforderlich, unstr.: nur BGH NJW 2005, 670, 671; Staudinger/Cremer, (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 3. Dann kann es konsequenterweise für den Fristbeginn nicht darauf ankommen, wann die potenzielle Vermögensgefährdung beim Schenker ihren Anfang oder ihren Höhepunkt erreicht hat.

54 So bereits Schippers, MittRhNotK 1996, 197, 213.

55 Nur: Palandt/Edenhofer (Fn. 15), § 2325 BGB, Rn. 1.

56 Nieder, Handbuch der Testamentgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rn. 164; Rütters/Henssler, JuS 1984, 953, 957.

2. Zweck des Rückforderungsanspruchs

a) Originärer Zweck

§ 528 soll den verarmten Schenker in die Lage versetzen, seinen Unterhalt *selbst* zu bestreiten sowie seine gesetzlichen Unterhaltspflichten gegenüber bestimmten Personen *selbst* zu erfüllen⁵⁷. Bei diesem (originären) Normzweck geht es zunächst allein um den Ausgleich der Interessen zwischen Schenker und Beschenktem. Im „bipolaren“ Verhältnis spielen Drittinteressen keine Rolle, so dass insoweit für eine Übertragung der Rspr. zu § 2325 Abs. 3 jegliche Grundlage fehlt.

b) Nachträgliche Zweckänderung

Sobald allerdings Dritte (Sozialleistungsträger/Private) den Notbedarf des Schenkers decken, tritt nach h. M.⁵⁸ eine Zweckänderung des Anspruchs ein. Von nun an schützt der Rückforderungsanspruch allein das *Regressinteresse* des in Vorleistung getretenen Dritten. An die Stelle des ursprünglichen Bedarfsdeckungszwecks tritt in diesem Falle der Regresszweck. Mit der Bedarfsdeckung durch Dritte erfolgt somit der Übergang vom „bipolaren“ in das „tripolare“ Verhältnis⁵⁹. Von da an kommen Drittinteressen ins Spiel.

Fraglich ist, ob im Hinblick auf eine solche mögliche Zweckänderung die Rspr. zu § 2325 Abs. 3 auf § 529 Abs. 1 Alt. 2 übertragen werden kann.

aa) Bisherige Ausweitungen im Tatbestandsbereich des § 528 Abs. 1

Die Ausdehnung des Rückforderungszwecks auf den Regresszweck hat im Tatbestandsbereich des § 528 Abs. 1 zu erheblichen Ausweitungen geführt⁶⁰. Insbesondere wurde durch die Rspr.⁶¹ entschieden, dass der Rückforderungsanspruch bei Bedarfsdeckung durch Dritte nicht durch den Tod des Schenkers erlischt, sondern auch noch nach dessen Tod zu Regresszwecken vom Sozialleistungsträger übergeleitet oder von (nachrangig leistenden) Privaten geltend gemacht werden kann.

Diese Ausweitungen im Tatbestand des § 528 haben sich in Bereichen ergeben, wie etwa der Vererblichkeit, Abtretbarkeit, Verpfändbarkeit, Aufhebbarkeit, in denen das Gesetz keine ausdrückliche Regelung enthält. Der Ausweitung der Anspruchsnorm sind jedoch dort Grenzen gesetzt, wo das Gesetz selbst eine ausdrückliche Einschränkung der Anspruchsnorm vorsieht⁶². Eine solche Ausschlussnorm enthält § 529 Abs. 1 Alt. 2, deren eigener (anspruchsbegrenzender) Schutzzweck nicht durch Berufung auf den Schutzzweck der Anspruchsnorm eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann.

bb) Sozialleistungsrechtlicher Nachrangigkeitsgrundsatz

Mit den Ausweitungen im Tatbestandsbereich des § 528 Abs. 1 in Zusammenhang gebracht wird der *sozialleistungsrechtliche Nachrangigkeitsgrundsatz* (Subsidiaritätsgrundsatz), wie er in den §§ 2, 82 ff. und 93 ff. SGB XII seine einfach-gesetzliche Ausprägung erhalten hat⁶³.

Nach diesem Grundsatz erhält keine Sozialleistungen, wer sich selbst helfen kann oder wer von anderen die erforderlichen Leistungen erhält (§ 2 Abs. 1 SGB XII).

Leistet der Sozialleistungsträger dennoch (vor), kann er im Rahmen der §§ 82 ff., 93 ff. SGB XII Regress nehmen, insbesondere Ansprüche des Sozialleistungsempfängers gegen andere nach § 93 SGB XII auf sich überleiten⁶⁴.

Dieser (öffentlich-rechtliche) Nachrangigkeitsgrundsatz hat als einfach-gesetzliches Bundesrecht den gleichen gesetzlichen Rang wie die Bestimmungen des BGB. Ihm kommt kein Verfassungsgrad zu⁶⁵.

Der Nachrangigkeitsgrundsatz regelt inhaltlich lediglich in Art einer *Kollisionsregel* das Verhältnis zwischen verschiedenen Ansprüchen. Ansprüche gegen den Sozialleistungsträger scheiden aus, wenn und soweit Ansprüche gegen andere bestehen. Er setzt damit *a priori* den Bestand von Ansprüchen gegen andere voraus, kann solche Ansprüche indes nicht selbst begründen oder Einwendungen oder Einreden gegen solche einschränken oder ausschließen.

Demnach kann ein zivilrechtlicher Anspruch nach § 93 SGB XII *nur dann* übergeleitet werden, wenn er nach den zivilrechtlichen Normen besteht, und *nur mit dem Inhalt* übergeleitet werden, mit dem er nach dem Zivilrecht besteht⁶⁶. Der Anspruch erfährt durch die Überleitung keine Inhaltsänderung.

Die Ausweitungen im Tatbestandsbereich des Rückforderungsanspruchs beruhen deshalb nicht auf der Anwendung des sozialleistungsrechtlichen Nachrangigkeitsgrundsatzes⁶⁷, sondern ergeben sich *unmittelbar* aus § 528 Abs. 1, der den Schenker in die Lage versetzen soll, den Notbedarf (vorrangig) *selbst* zu decken⁶⁸. Deckt der Schenker aber den Notbedarf selbst, entfällt dessen Bedürftigkeit und damit die Grundlage für die Leistungspflicht anderer. Die Nachrangigkeit anderer Ansprüche wohnt daher dem Tatbestand und dem Gesetzeszweck des Rückforderungsanspruchs selbst un-

57 BGH ZEV 2003, 114, 116; BGH NJW 2001, 2084, 2085; BGH NJW 1995, 357; BGH NJW 1986, 537; Palandt/Weidenkaff (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 1; MünchKomm/Kollhosser (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 6.

58 BGH NJW 2001, 2084, 2085; MünchKomm/Kollhosser (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 11 ff.; ders. ZEV 1995, 391; ders. ZEV 2001, 298; Krauß, ZEV 2001, 417, 818 f.

59 Vgl. Krauß, ZEV 2001, 417 ff.

60 Vgl. nur MünchKomm/Kollhosser (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 7 ff., insbes. 16 ff.

61 BGH NJW 2001, 2084, 2086 = ZEV 2001, 241; BGH NJW 1995, 2087, 2088; OLG Karlsruhe NJW-RR 1995, 571, 572.

62 Vgl. Seyfarth (Fn. 15), S. 74.

63 Vgl. MünchKomm/Kollhosser (Fn. 15) § 528 BGB, Rn. 26 und 28; jurisPK-BGB/Sefrin (Fn. 7), § 528 BGB, Rn. 30.

64 Vgl. dazu zuletzt Hußmann, ZEV 2005, 54 ff. und 248 ff.

65 So richtig Seyfarth (Fn. 15), S. 75 f. m. w. N. auch zur Gegenansicht.

66 Nach der Rspr. erfasst die Überleitung den Anspruch so, wie er im Zeitpunkt der Überleitung bestanden hat: BGHZ 155, 57 = NJW 2003, 2449, 2450; BGHZ 96, 380, 381 = NJW 1986, 1606; BGHZ 94, 141, 142 = NJW 1985, 2419; OLG Frankfurt NJW 1994, 1805, 1806; vgl. auch: MünchKomm/Kollhosser (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 27; jurisPK-BGB/Sefrin, (Fn. 7), § 528 BGB, Rn. 38; Seyfarth (Fn. 15), S. 76; Hußmann, ZEV 2005, 54, 56.

67 Die Rspr. geht davon aus, dass die Überleitung des Anspruchs durch den Sozialleistungsträger der Durchsetzung des Grundsatzes der Nachrangigkeit der Sozialhilfe dient, etwa in BGHZ 155, 57 = NJW 2003, 2449, 2450; etwas ganz anderes ist aber die Frage, ob der sozialleistungsrechtliche Nachrangigkeitsgrundsatz zur Ausweitung des Rückforderungsanspruchs aus § 528 herangezogen werden kann.

68 Vgl. BGH NJW 1995, 323, wonach der Zweck des § 528 darin liegen soll, das verschenkte Vermögen des bedürftig gewordenen Schenkers für dessen Unterhalt zu verwerten; der nachträgliche Regresszweck des Rückforderungsanspruchs liegt m. E. noch im Rahmen des ursprünglichen Selbstdeckungszwecks.

mittelbar inne. Zur Auslegung des § 528 Abs. 1 ist ein Rückgriff auf den sozialleistungsrechtlichen Nachrangigkeitsgrundsatz daher weder erforderlich noch rechtlich zulässig⁶⁹.

Der sozialleistungsrechtliche Nachrangigkeitsgrundsatz taugt deshalb nicht als „Allzweckwaffe“⁷⁰ zur Ausdehnung zivilrechtlicher Anspruchsnormen oder zur Einschränkung zivilrechtlicher Ausschlussnormen⁷¹.

Das Schenkungsrecht einerseits und das Sozialleistungsrecht andererseits bilden in sich geschlossene Regelungssysteme mit unterschiedlich ausgestalteten und an unterschiedlichen Maßstäben ausgerichteten Billigkeitsregelungen⁷². Ebenso wie die sozialleistungsrechtlichen Bestimmungen z. B. über das Schonvermögen (§ 90 SGB XII) nicht zur Einschränkung des Rückforderungsanspruchs aus § 528 herangezogen werden können⁷³, ist es ausgeschlossen, den sozialleistungsrechtlichen Nachrangigkeitsgrundsatz zur Ausweitung des Rückforderungsanspruches heranzuziehen.

cc) Keine Auslegungsregel „in dubio pro fisco“

Nach einer Ansicht⁷⁴ soll bei der Auslegung der §§ 528 ff. die veränderte *sozialstaatliche Wirklichkeit* zu berücksichtigen sein. Sei früher der Verbleib des Geschenks beim Beschenkten zu Lasten des Schenkers gegangen, so gehe dies heute wegen bestehender Sozialleistungsansprüche zu Lasten der Allgemeinheit. Im Zweifel erscheine die Rückgabe des Geschenks durch den Beschenkten *angemessener* als der Ausgleich der Schenkungsfolgen durch die Allgemeinheit.

Nicht zu leugnen ist, dass sich Veränderungen in der sozialstaatlichen oder gesellschaftlichen Wirklichkeit auf die Gesetzesauslegung auswirken können. Eine Auslegungsregel „in dubio pro fisco“ ist dem Zivilrecht aber fremd und als solche abzulehnen⁷⁵.

Auslegungszweifel sind unter Ausschöpfung aller rechtswissenschaftlichen Methoden der Gesetzesauslegung im jeweiligen Gesetzeskontext zu klären. Eine Auslegungsregel „in dubio pro fisco“ würde den Gesetzesanwender vorzeitig der Mühe entheben, unter Ausschöpfung aller juristischen Methoden sich selbst zu einem abschließenden Auslegungsergebnis durchzuringen, das der einschlägigen Norm gerecht wird. Ferner beruht die genannte Auslegungsregel auf bloßen (subjektiven) Angemessenheitserwägungen und entbehrt damit der rechtlichen (objektiven) Fundierung. Man könnte ebenso fragen, ob es nicht einer bürgerlichen (freiheitlichen) Privatrechtsordnung angemessener ist, von der gegenteiligen Regel „in dubio pro cive“ auszugehen. Zivilrechtliche Normen sind nicht per se „staatsfreundlich“ oder „bürgerfreundlich“ auszulegen, sondern gemäß den Wertungen des Gesetzes, wie sie sich aus Wortlaut, Systematik, Genese und Teleologie erschließen. Schließlich führt die genannte Auslegungsregel zu einseitigen Ergebnissen, die letztlich einer rechtlichen Begründung entbehren.

Würde eine solche Auslegungsregel existieren, so könnte diese in der Tat als „Allzweckwaffe“⁷⁶ eingesetzt werden, um in Zweifelsfällen im Regressinteresse des Staates die Anspruchsnorm extensiv und die Ausschlussnorm restriktiv auszulegen. Dies könnte zu einer „Denaturierung“ (Entstellung der zivilrechtlichen Natur) der Nor-

men des Privatrechts und der in ihnen enthaltenen spezifisch zivilrechtlichen Wertungen führen. Zivilrechtliche Normen sind nicht deshalb anders auszulegen, weil sie in einen sozialleistungsrechtlichen Kontext geraten können oder weil von ihnen *tatsächlich* (mittelbar) entlastende Wirkungen für die Allgemeinheit ausgehen können. Das Sozialleistungsrecht kann auf einen Anspruch nur mit dem Inhalt zugreifen, der nach dem Zivilrecht besteht. Sollen staatliche Zugriffsmöglichkeiten erweitert werden, so bedarf es dazu einer Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch den Gesetzgeber oder nach dem öffentlich-rechtlichen Grundsatz vom *Vorbehalt des Gesetzes*⁷⁷ einer Änderung der sozialleistungsrechtlichen Gesetze⁷⁸. Eine ungeschriebene Auslegungsregel reicht hierzu nicht.

Im Übrigen könnte eine solche Auslegungsregel – würde man ihre Geltung unterstellen – nur in Zweifelsfällen gelten, keinesfalls aber in Fällen, in denen – wie in § 529 Abs. 1 Alt. 2 – eine ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht.

dd) Entlastung der Allgemeinheit als Normzweck?

In der Rspr.⁷⁹ wird als weiterer Zweck des § 528 der Entlastungseffekt genannt. Dadurch, dass § 528 dem Schenker die Bedarfsdeckung aus eigenen Mitteln ermögliche, solle zugleich eine Inanspruchnahme der Allgemeinheit für den Notbedarf des Schenkers verhindert werden.

In der Tat entlastet der Rückforderungsanspruch wegen seiner ihm inhärenten Vorrangigkeit den Sozialleistungsträger und private Unterhaltsschuldner von deren Leistungspflichten. Aus dieser *tatsächlichen* (mittelbaren) Entlastungswirkung kann m. E. aber kein eigen-

69 Vgl. Koch, JR 1993, 313, 314 und 316.

70 Vgl. zu diesem Begriff: Heiter, JR 1995, 316 in Fn. 35; Seyfarth (Fn. 15), S. 135.

71 Im Ergebnis ebenso: Keim, ZEV 1998, 375, 376.

72 So jetzt ausdrücklich: BGH NJW 2005, 670, 671.

73 BGH NJW 2005, 670, 671.

74 OLG Karlsruhe NJW-RR 1995, 571, 572; LG Karlsruhe NJW 1994, 137; MünchKomm/Kollhosser (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 3 m. w. N.; juris-PK-BGB/Sefrin (Fn. 7), § 528 BGB, Rn. 7; Hörlbacher, ZEV 1995, 202, 205; Brähler-Boyan/Mann, NJW 1995, 1866, 1870; Knüttel, NJW 1989, 2504; zuneigend, jedoch einschränkend: Seyfarth (Fn. 15), S. 74; vgl. auch Zeranski (Fn. 40), S. 24, insbes. in Fn. 52, der unter Anwendung dieser Auslegungsregel die Ausschlussnorm des § 529 Abs. 1 Alt. 1 restriktiv auslegen will.

75 Ebenso Keim, ZEV 1998, 375, 376; kritisch auch BGH NJW 2001, 1207, 1208; nach diesem Urteil ist es für § 529 Abs. 2 (Einrede des Notbedarfs des „Beschenkten“) unerheblich, wann und wodurch der Notbedarf des Beschenkten entstanden ist; dies werde durch das seit Einführung des BGB geschaffene „Sozialstaatssystem“ nicht in Frage gestellt. Eine im Zweifel anspruchsgünstige Auslegung der §§ 528 ff. gehe im Falle des § 529 Abs. 2 auch zu Lasten der Allgemeinheit, weil dann der Beschenkte – statt des Schenkers – Sozialleistungen beanspruchen könne.

76 Vgl. zu diesem Begriff: Heiter, JR 1995, 316 in Fn. 35; Seyfarth (Fn. 15), S. 135.

77 Vgl. dazu nur Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 6 Rn. 3 ff.

78 Ebenso Koch, JR 1993, 313, 314, wonach es verfassungsrechtlich bedenklich erscheint, das Schenkungsrecht im Interesse des Sozialhilfeträgers extensiv auszulegen, weil dadurch mit den Normen des BGB einem Hoheitsträger Zugriffsmöglichkeiten auf die Eigentumspositionen Dritter eröffnet werden, deren Zulässigkeit als öffentlich-rechtliche Regelung im Hinblick auf Art. 14 GG äußerst fraglich wäre.

79 BGH ZEV 2003, 114, 117; BGH NJW 2001, 2084, 2085; BGH NJW 1998, 537.

ständiger Gesetzeszweck abgeleitet werden, der es rechtfertigen würde, die Anspruchsnorm auszuweiten und die Ausschlussnorm einzuschränken. Dem stehen die in den vorstehenden Abschnitten aa) bis cc) genannten Gründe entgegen.

Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – aufgrund der geänderten sozialstaatlichen Wirklichkeit die Entlastung der Allgemeinheit als weiteren (nachträglich hinzu gekommenen) Gesetzeszweck des § 528 Abs. 1 anerkennen würde, ändert dies nichts am eigenständigen Schutzzweck der Frist in § 529 Abs. 1 Alt. 2, der einer Einschränkung entgegen steht.

An der *prinzipiellen* Schutzwürdigkeit des Interesses des Beschenkten an der Rechtsbeständigkeit des Erwerbs hat sich seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Wesentlichen nichts geändert. Zwar ist der allgemeine Wohlstand der Bevölkerung seither im Durchschnitt gewachsen. Doch bildet auch heute noch oftmals die selbst genutzte Immobilie den Kern des Familienvermögens, die auch Vermögensbasis und Armutspuffer für die nachfolgende Generation ist und deren Rückforderung auch heute prinzipiell schutzwürdige Interessen des Beschenkten beeinträchtigt.

ee) „Missbrauchs-/Umgehungs-“aspekte

Die Grundstücksschenkung mit Nießbrauchsvorbehalt kann auf den verschiedensten Motiven beruhen⁸⁰. Es kann deshalb nicht generell unterstellt werden, dass es sich dabei um eine Gestaltung zur missbräuchlichen Abwälzung privater Unterhaltslasten auf die Allgemeinheit bzw. zur Umgehung des Nachrangigkeitsgrundsatzes handelt.

Sieht man den Vorbehaltsnießbrauch als fristschädlich an, so fördert dies in Fällen, in denen das Motiv der Erhaltung des Familienvermögens in der Generationenfolge vor dem Zugriff des Sozialleistungsträgers im Vordergrund steht, die Neigung, von der Vereinbarung zivilrechtlich interessengerechter und aus sozialrechtlicher Sicht zu begrüßender (weil unterhaltssichernder) Nutzungsvorbehalte gänzlich abzusehen oder auf fristschädliche (aber dem Geschäftswillen und Sicherheitsbedürfnis nicht voll gerecht werdende) Gestaltungen auszuweichen.

Hinzu kommen folgende Gesichtspunkte: Der Tod des Erblassers (Schenkers) ist *gewiss*, der Eintritt der Bedürftigkeit des Schenkers dagegen *ungewiss*. Ein gewisses Ereignis wird den Schenker eher zum Tätigwerden veranlassen als ein ungewisses Ereignis. In dieser Hinsicht wird der *Anreiz* zu Missbrauch und Umgehung beim Pflichtteilergänzungsanspruch größer sein als beim Rückforderungsanspruch des Schenkers. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Schenker durch die Schenkung seine (eigenen) Unterhaltsinteressen selbst gefährdet und bereits sein Eigeninteresse ihn tendenziell davon abhalten wird, sich durch die Schenkung selbst in eine Notlage zu bringen.

ff) Drittschutz versus Bestandsschutz

Mit dem Übergang vom „*bipolaren*“ in das „*tripolare*“ Verhältnis kommt der Aspekt des Drittschutzes ins Spiel,

der – wie beim Pflichtteilergänzungsanspruch – als Begründung für die Einschränkung des Leistungsbegriffs dienen könnte.

Ein Blick auf die beim Dritten betroffenen Schutzgüter ergibt jedoch Folgendes: Während das Schutzgut des Dritten (Pflichtteilsberechtigten) beim Pflichtteilergänzungsanspruch in der Garantie einer gewissen Mindestbeteiligung am Nachlass liegt, bestünde das Schutzgut des Dritten (Sozialleistungsträger/Privater) beim Rückforderungsanspruch in dem Interesse, nur *nachrangig* in Anspruch genommen zu werden. Geht es damit beim einen um die Verstärkung des Pflichtteilsrechts, ginge es beim anderen um die Verstärkung des (öffentlichen oder privaten) Nachrangigkeitsgrundsatzes.

Der Nachrangigkeitsgrundsatz ist aber nur geschützt als inhärenter Bestandteil des Tatbestandes des § 528 Abs. 1. Mit ihm können Ausweitungen der Anspruchsnorm nur begründet werden, soweit dem nicht andere gesetzliche Regelungen entgegen stehen. Eine solche Regelung enthält aber unter anderem § 529 Abs. 1 Alt. 2. Dessen Wortlaut, Systematik, Genese und Teleologie haben ergeben, dass diese Fristbestimmung nicht die bloße Funktion einer „*zeitlichen Hürde*“ gegen Beeinträchtigung von Drittinteressen hat, sondern einer „*zeitlichen Schwelle*“, bei deren Überschreiten das Bestandsinteresse des Beschenkten Vorrang hat vor den (originären) Unterhaltsinteressen des Schenkers und vor den hieran anschließenden (derivativen) Regressinteressen Dritter.

gg) Drittschutz und Selbstschutz (Eigenvorsorge)

Mit Blick auf den originären Zweck des Rückforderungsanspruchs (eigene Bedarfsdeckung durch den Schenker) und auch mit Blick auf die Interessen nachrangig zur Leistung verpflichteter Dritter (Sozialleistungsträger/Private) ist es zu begrüßen, dass der Schenker sich bei der Grundstücksschenkung den Nießbrauch vorbehält. Mit dem Nutzungsvorbehalt sorgt der Schenker selbst dafür, dass er nicht in eine Notlage gerät. Die vorbehaltenen Nutzungen stützen und verbessern dauerhaft und nachhaltig seine Unterhaltssituation⁸¹. Eine reine Schenkung ohne Vorbehaltsrechte gefährdet demgegenüber die Unterhaltsbasis des Schenkers in weit stärkerem Maße und erhöht die Gefahr des Notbedarfs und der Inanspruchnahme Dritter.

Auf diesem Hintergrund läge ein gravierender Wertungswiderspruch vor, wenn der Schenker (und der Dritte) im Falle einer mit geringem Selbstgefährdungspotenzial verbundenen Schenkung *mit* Nutzungsvorbehalt stärker geschützt wäre (= kein Lauf der Zehnjahresfrist) als im Falle einer reinen mit großem Selbstgefährdungspotenzial verbundenen Schenkung *ohne* Vorbehaltsrechte (Lauf der Zehnjahresfrist), oder kürzer, wenn der Schenker bei der risikoarmen (eingeschränkten)

⁸⁰ Vgl. zu den einzelnen Motiven nur: Langenfeld/Günther, (Fn. 6), Rn. 6 ff; vgl. auch Bengel, MittBayNot 2003, 270, 276, nach dessen Umfrage das Motiv der Vermeidung eines künftigen Sozialhilferegresses bei 21,3 % relevant sei.

⁸¹ Vgl. BGH ZEV 2003, 114, wo hervorgehoben ist, dass durch die Ausübung des Nießbrauchs der Unterhaltsbedarf des Schenkers teilweise – soweit es um den Wohnbedarf geht – gedeckt wird.

Schenkung unbefristet, indes bei der risikoreichen (uneingeschränkten) Schenkung nur befristet geschützt wäre⁸².

Der Umstand, dass es bislang im Bereich des § 529 Abs. 1 Alt. 2 – außer vom OLG Köln – keine (veröffentlichten) Gerichtsentscheidungen zum Fristlauf bei Schenkung mit Nutzungsvorbehalt gibt, lässt darauf schließen, dass bei Vermögenübertragungen auch im Kern des Familienvermögens (selbst genutztes Eigenheim) der Nutzungsvorbehalt in aller Regel ausreicht, um den Schenker vor einer Notlage zu sichern. Weil der Schenker regelmäßig aus eigenem Interesse hinreichende Eigenvorsorge treffen wird, sind im Bereich der §§ 528 ff. wegen der Schenkungen mit Nutzungsvorbehalt keine schwerwiegenden Fehlentwicklungen zu erwarten, die eine Einschränkung der Zehnjahresfrist rechtfertigen könnten.

Die im deutschen Sprichwort „*Wer mehr schenkt als er kann, ist bald ein armer Bettelmann*“⁸³ liegende Warnung vor allzu freigebigem Verhalten dürfte im Bewusstsein der Bevölkerung durchaus lebendig sein.

hh) Ungewissheit der Zweckänderung

Während Schenkungen den Pflichtteilergänzungsanspruch *per se* beeinträchtigen, ist beim Rückforderungsanspruch zunächst ungewiss, ob es überhaupt zum Übergang vom „*bipolaren*“ in das „*tripolare*“ Verhältnis kommt und damit Drittinteressen involviert sind.

Nach Eintritt der Bedürftigkeit besteht nämlich die Möglichkeit, dass der Schenker den Rückforderungsanspruch selbst geltend macht (1. Fall) oder den Notbedarf quasi am eigenen Leib erduldet (2. Fall) oder Leistungen Dritter in Anspruch nimmt (3. Fall). Nur im 3. Fall kommen Drittinteressen ins Spiel, nicht dagegen im 1. und 2. Fall.

Da § 528 BGB einen *einheitlichen* Anspruch enthält, besteht die Notwendigkeit, die Frist des § 529 Abs. 1 Alt. 2 in allen drei Fällen *einheitlich* zu bestimmen. Würde man wegen der bloßen *Möglichkeit* einer späteren Zweckänderung (3. Fall) den Nießbrauchsvorbehalt einheitlich für alle drei Fälle als fristschädlich ansehen, so könnte der Schenker, der den Rückforderungsanspruch selbst geltend macht (1. Fall), dies auch dann noch tun, wenn seine Bedürftigkeit erst mehr als zehn Jahre nach dem Vollzug der Schenkung eintritt. Dies ist nicht zu rechtfertigen. Deshalb ist für die einheitliche Fristbestimmung das primäre Verhältnis zwischen Schenker und Beschenktem zugrunde zu legen auf das die Rspr. zu § 2325 Abs. 3 nicht übertragen werden kann.

ii) Aushöhlung der Zehnjahresfrist

Im Bereich lebzeitiger Vermögensnachfolge bildet die Immobilienübergabe mit Nutzungsvorbehalt einen Schwerpunkt. Insbesondere bei Schenkungen im Kern des Familienvermögens (selbst genutztes Eigenheim) behält sich der Übergeber in der Praxis *regelmäßig* Nutzungsrechte (Nießbrauch/Wohnungsrecht) vor.

Schließt man diesen traditionellen Übergabebereich vom Lauf der Zehnjahresfrist aus, entzieht man der Fristvorschrift des § 529 Abs. 1 Alt. 2 den Hauptanwendungsbe-

reich. Dies widerspricht der Intention des historischen Gesetzgebers und dem eigenständigen Schutzzweck dieser Ausschlussnorm⁸⁴.

jj) Rechtsklarheit und Rechtssicherheit

Gerade bei Fristbestimmungen, insbesondere Ausschlussfristen, ist das Bedürfnis nach *Rechtssicherheit* und *Rechtsklarheit* von besonderer Bedeutung⁸⁵.

Diesem Bedürfnis entspricht es, den Fristbeginn an eher formale Umstände anzuknüpfen. Die in der Rspr. zu § 2325 Abs. 3 verwendeten Kriterien der wirtschaftlichen Ausgliederung, des Vermögensopfers und des Genussverzichts stellen dagegen die gerichtliche und notarielle Praxis vor zahlreiche Auslegungs-, Abgrenzungs- und Gestaltungsfragen und erhöhen das Potenzial gerichtlicher Rechtsstreitigkeiten⁸⁶. Überträgt man die Rspr. zu § 2325 Abs. 3 auf § 529 Abs. 1 Alt. 2, so öffnet man auch dort die „*Büchse der Pandora*“ und ein „*weite(re)s Feld*“ für gerichtliche Streitigkeiten.

E. Exkurs: Verjährung des Rückforderungsanspruchs

Nach § 195 a. F. unterlag der Rückforderungsanspruch des Schenkers aus § 528 der regelmäßigen Verjährungsfrist von *dreißig* Jahren, auch wenn er – wie in der Regel – nach § 818 Abs. 2 auf Wertersatz in wiederkehrenden Teilleistungen gerichtet ist⁸⁷.

Ab dem 1. Januar 2002 beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 195 n. F. nur noch *drei* Jahre und beginnt nach § 199 Abs. 1 mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger (Schenker) die anspruchsbegründenden Umstände und die Person des Schuldners (Beschenkten) kannte oder grob fahrlässig nicht kannte. Spätestens tritt Verjährung nach § 199 Abs. 4 n. F. in zehn Jahren ab der Entstehung des Anspruchs ein. Der Rückforderungsanspruch entsteht i. S. von § 199 Abs. 1 Nr. 1 n. F. mit dem Eintritt der Bedürftigkeit⁸⁸. Für die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis kommt es nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 n. F. auf die Person des Gläubigers (Schenkers) an. Nach § 852 a. F., dem § 199 Abs. 1 Nr. 2 nachgebildet ist, musste sich ein neuer Gläubiger den Kenntnisstand des alten Gläubigers

82 So bereits Schippers, MittRhNotK 1996, 197, 213.

83 Zitiert nach Seyfarth (Fn. 15), S. 1.

84 Vgl. zum Aushöhlungsgedanken BGH NJW 2000, 728, 729; nach diesem Urteil soll für den Eintritt der Bedürftigkeit innerhalb der Frist nicht das Vorliegen von Umständen ausreichen, aus denen sich (früher oder später) eine Erschöpfung des Vermögens des Schenkers ergeben kann oder voraussichtlich ergeben wird, sondern es muss die Erschöpfung des Vermögens innerhalb der Frist eingetreten sein; anderenfalls würde die Fristregelung des § 529 Abs. 1 selbst in typischerweise vorkommenden Fällen weitgehend ausgehöhlt.

85 Vgl. Nieder (Fn. 56), Rn. 162; ders., DNotZ 1987, 319, 320.

86 Vgl. hierzu die eindrucksvolle Zusammenstellung von Schindler, ZEV 2005, 290 ff.

87 BGH NJW 2001, 1063.

88 In der Entscheidung BGH ZEV 2004, 380, 381 = VIZ 2004, 199, 200 ging es im Rahmen des Art. 232 § 1 EGBGB um die Entstehung des „*Schuldverhältnisses*“. Eine Aussage über die Entstehung des *Rückforderungsanspruchs* i. S. von § 199 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4 ist hieraus nicht zu entnehmen.

zurechnen lassen⁸⁹. Hiernach würde der Rückforderungsanspruch nach neuem Recht in der Regel drei Jahre nach Ablauf des Jahres verjähren, in dem die Bedürftigkeit des Schenkers (und damit auch dessen Kenntnis) eintritt⁹⁰, unabhängig davon, wann der Sozialleistungsträger von der Schenkung bzw. Bedürftigkeit und der Person des Beschenkten Kenntnis erlangt oder hätte erlangen müssen⁹¹.

Aus den neuen Verjährungsvorschriften kann sich somit ergeben, dass der Rückforderungsanspruch bereits vor Ablauf der Zehnjahresfrist des § 529 Abs. 1 Alt. 2 nach den §§ 195, 199 verjährt.

E. Resümee

I. Aus dem Wortlaut des § 529 Abs. 1 Alt. 2 (Leistung des „ge-“schenkten Gegenstandes) geht hervor, dass der für den Beginn der Zehnjahresfrist maßgebliche *Leistungsbegriff* sich aus der Perspektive des Beschenkten bestimmt, ferner, dass es auf die Vornahme der geschuldeten *Leistungshandlung* bzw. die Herbeiführung des geschuldeten *Rechtserfolgs* ankommt, nicht jedoch auf die *wirtschaftlichen Folgen* der vollzogenen Schenkung⁹².

II. Dem gesetzessystematischen Zusammenhang zwischen der Notbedarfeinrede (§ 519) und dem Rückforderungsanspruch (§ 528 Abs. 1) entspricht es, die Nahtstelle zwischen beiden auch als maßgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Zehnjahresfrist anzusehen, was zu einem *einheitlichen* Vollzugs- und Leistungsbegriff i. S. der §§ 528 Abs. 1 und § 529 Abs. 1 Alt. 2 führt⁹³.

III. In der Gläubiger- und Schuldnerstruktur sowie den Rechtsfolgen der Ansprüche aus den §§ 2325 und 528 bestehen erhebliche Diskrepanzen, die im Bereich des Pflichtteilergänzungsanspruchs ein erhöhtes Schutzbedürfnis des Pflichtteilsberechtigten und im Bereich des Rückforderungsanspruchs ein erhöhtes Schutzbedürfnis des Beschenkten indizieren⁹⁴.

IV. Aus der Entstehungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien folgt, dass der historische Gesetzgeber die Frist in § 2325 Abs. 3 als „zeitliche Hürde“ gegen die Schmälerung des außerordentlichen Pflichtteils errichten wollte, während er die Frist des § 529 Abs. 1 Alt. 2 als „zeitliche Schwelle“ anlegen wollte, bei deren Überschreiten das Bestandsinteresse des Beschenkten Vorrang hat vor dem Unterhaltsinteresse des Schenkers⁹⁵.

V. Der Gesetzeszweck der Frist in § 529 Abs. 1 Alt. 2 besteht darin, das Interesse des Beschenkten an der Rechtsbeständigkeit des Vermögens-/Eigentumserwerbs zu schützen. Aus dem Vertragsgrundsatz „*pacta sunt servanda*“ sowie dem „*Verfestigungsgedanken*“ ergibt sich, dass das Interesse des Beschenkten an der Rechtsbeständigkeit des Vermögenserwerbs *prinzipiell* schutzwürdig ist und gegenüber dem Unterhaltsinteresse des Schenkers ein eigenes materielles Schutzgut darstellt, das dem (originären) Unterhaltsinteresse des Schenkers und sich daran anschließender (derivativer) Regressinteressen Dritter entgegen steht⁹⁶.

VI. Weder aus dem originären Gesetzeszweck des Rückforderungsanspruchs in § 528 Abs. 1 noch aus der möglichen Zweckänderung des Anspruchs nach Bedarfsdeckung durch Dritte (Sozialleistungsträger/Private) ist herzuleiten, dass die Rspr. zum Fristbeginn bei § 2325 Abs. 3 auf § 529 Abs. 1 Alt. 2 übertragbar ist. Vielmehr sprechen gravierende Gründe gegen deren Übertragbarkeit⁹⁷.

G. Ergebnis

Die gewandelte Rspr. zum Fristbeginn in § 2325 Abs. 3 ist *nicht* auf § 529 Abs. 1 Alt. 2 übertragbar.

Der Leistungsbegriff in § 529 Abs. 1 Alt. 2 stellt nicht auf den wirtschaftlichen Leistungserfolg ab. Er setzt weder eine wirtschaftliche Ausgliederung (Vermögensopfer/Genussverzicht) beim Schenker noch eine wirtschaftliche Eingliederung (Nutzen/Lasten/sofortige wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit) beim Beschenkten voraus. Vielmehr kommt es beim Leistungsbegriff auf den „*Vermögens-/Eigentumserwerb*“ (Substanzerwerb) beim Beschenkten nach Vornahme, spätestens nach Vollendung des Erfüllungs- bzw. Verfügungsgeschäfts an.

Aus dem systematischen Zusammenhang zwischen den §§ 519 und 528 folgt, dass der Leistungsbegriff des § 529 Abs. 1 Alt. 2 und der Vollzugsbegriff des § 528 Abs. 1 identisch sind. Danach ist der geschenkte Gegenstand – in Übereinstimmung mit dem Urteil des OLG Köln⁹⁸ – bereits dann geleistet, *wenn der Schenker alles getan hat, was er für den Vollzug tun muss*.

Maßgeblich für den Leistungsbegriff in § 529 Abs. 1 Alt. 2 ist somit nach der hier vertretenen Ansicht die Vornahme der *Leistungshandlung*, sofern sie zu einer *unabhängigen Erwerbsposition* beim Beschenkten geführt hat, was bei der Immobilienschenkungen spätestens mit der Entstehung eines auflassungs- oder vormerkungsgestützten Anwartschaftsrechts⁹⁹ anzunehmen ist.

89 Nur: Palandt/Thomas, BGB, 60. Aufl. 2001, § 852 BGB, Rn. 6 m. w. N.

90 Vgl. dazu Amann in: Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 284; Krauß, DAI-Skript (Fn. 7), Rn. 78; Erman/Herrmann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 529 BGB, Rn. 2; jurisPK-BGB/Sefrin (Fn. 7), § 528 BGB, Rn. 28; Bamberger/Rothmayer (Fn. 15), § 528 BGB, Rn. 3; Palandt/Heinrichs (Fn. 15), § 195 BGB, Rn. 5.

91 A. A. jurisPK-BGB/Sefrin (Fn. 7), § 528 BGB, Rn. 38, der unter Hinweis auf den heutigen Sinn und Zweck des § 528 es für „interessengerecht“ hält, die Verjährung erst mit Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Sozialleistungsträgers von Schenkung und Beschenktem beginnen zu lassen.

92 Siehe oben Abschnitt D. I.

93 Siehe oben Abschnitt D. II. 1.

94 Siehe oben Abschnitt D. II. 2. – 5.

95 Siehe oben Abschnitt D. III. und IV.

96 Siehe oben Abschnitt D. IV. 2.

97 Siehe oben Abschnitt D. V. 2.

98 FamRZ 1986, 988.

99 Ein Anwartschaftsrecht halten (wohl) für ausreichend: Rundel, MittBayNot 2003, 179; Krauß, ZEV 2001, 417, 423 und MittBayNot 1992, 77, 82; vgl. auch BGH MittBayNot 2000, 226, 227: „Das Berufungsgericht hat – von der Revision unbeanstandet – angenommen, dass die erste Schenkung mit Eingang des Umschreibungsantrags (...) vollzogen worden sei.“

H. Empfehlung

Solange zu der behandelten Frage jedoch noch keine Gerichtsentscheidungen vorliegen, ist der Praxis zu raten, den *sicheren Weg* zu wählen, also in Fällen, in denen es den Beteiligten gerade auf den Lauf der Frist nach § 529 Abs. 1 Alt. 2 ankommt, eine der im Bereich des § 2325 Abs. 3 (nach aktuellem Erkenntnisstand) fristun-

schädlichen Ausweichgestaltungen¹⁰⁰ in Betracht zu ziehen.¹⁰¹

100 Vgl. dazu Schindler, ZEV 2005, 290, 292 ff.; Schippers, MittRhNotK 1996, 197, 211; Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 164; Wegmann, MittBayNot 1994, 307, 308; Mayer, ZEV 1994, 325, 328.

101 Ebenso: Rundel, MittBayNot 2003, 177, 180; Krauß, ZEV 2001, 417, 423; Schippers, MittRhNotK 1996, 197, 213.

Die nicht zum Ziel führende Beratungstätigkeit des Notars – eine Betrachtung aus kostenrechtlicher Sicht

(Notar Dr. Egon Schmellenkamp, Leverkusen-Opladen)

Im Kostenrecht ist man vor Überraschungen offenbar nicht sicher. Die Novellierung der Kostenordnung ist nötig. Aber nicht allein der Gesetzeswortlaut ist ursächlich für die Häufigkeit von Überraschungen. Maßgeblichen Anteil daran hat die Vielzahl an kostenrechtlichen Entscheidungen. Gerade Notaren, die, wie ich, ihren Amtssitz unmittelbar an der Zuständigkeitsgrenze zwischen OLG Köln und OLG Düsseldorf haben, ist klar, wie kurios die Lage ist. Aber durch die seit dem 1. Januar 2002 neu geschaffene Zuständigkeit des BGH besteht Hoffnung¹.

§ 147 Abs. 2 KostO (bis zum 1. Januar 1987 war der heutige Absatz 2 Absatz 1 dieser Vorschrift, und zwar wortidentisch) ist als Auffangnorm ausgestaltet und zusammen mit Absatz 3 zu lesen. Es ist hilfreich, sich den genauen Wortlaut vor Augen zu führen:

(2) Soweit für eine im Auftrag eines Beteiligten ausgeübte Tätigkeit eine Gebühr nicht bestimmt ist, erhält der Notar die Hälfte der vollen Gebühr.

(3) Für die ein Geschäft vorbereitende oder fördernde Tätigkeit (z. B. Raterteilung, Einsicht des Grundbuchs, öffentlicher Register oder von Akten) erhält der Notar die Gebühr des Absatzes 1 oder 2 nur, wenn diese Tätigkeit nicht schon als Nebengeschäft (§ 35) durch eine dem Notar für das Hauptgeschäft oder für erfolglose Verhandlungen (§ 57) zustehende Gebühr abgegolten wird.

Der Notar erhält also die Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO für alle Tätigkeiten, die eine Gebühr auslösen, für die es aber in der Kostenordnung ansonsten keine besondere Regelung gibt. Dieser systematische Ansatz enthält die innere Logik, es müsse sich um praktisch eher unbedeutende Fallgestaltungen handeln, nämlich um solche, die den Vätern der Kostenordnung keiner besonderen Erwähnung wert waren. Dass dies auch für den Bereich „Beratung“ gilt, mag aus heutiger Sicht überraschen. Allerdings muss zugleich berücksichtigt werden, dass die Kostenordnung zunächst die gerichtlichen Gebühren regelt (wo „Beratung“ kein Tatbestand ist). Außerdem haben sich seit Inkrafttreten der Kostenordnung die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und damit die Schwerpunkte der notariellen Tätigkeit verschoben: Die Raterteilung hat im „Verbraucherzeitalter“ eine eigenständige Bedeutung. Für die nachfolgende Betrachtung bleibt es mithin dabei, dass es für notarielle Beratungstätigkeiten in der Kostenordnung keine eigene Regelung

gibt, diese also der Auffangnorm des § 147 Abs. 2 unterfallen.²

Wie ist folgender Sachverhalt kostenrechtlich zu bewerten?

Familie S erscheint zur Beurkundung einer Grundschuld, die der Sohn auf dem Hausgrundstück bestellen möchte, das er von den Eltern übertragen bekommen hat. Die Eltern sollen mit den vorbehaltenen Rechten zurücktreten und die Schwiegertochter, gemeinsam mit dem Besteller, die persönliche Haftung übernehmen. Noch vor Fertigung und Aushändigung eines Entwurfs beehrt der Notar über die Bedeutung. Es ergibt sich eine Diskussion, fast ein Streit. Die Erläuterungen und Vermittlungsversuche des Notars bleiben erfolglos. Der Termin platzt, und zwar endgültig.

Weil Entwürfe nicht ausgehändigt wurden, kommt die Anwendung von § 145 KostO nicht in Betracht. Freilich hat der Notar beraten, insbesondere über Risiken belehrt und rechtlich aufgeklärt. Kann ein Notar in derartigen Fällen § 147 Abs. 2 KostO in Ansatz bringen? Wegen § 57 Abs. 2 KostO, der in Fällen dieser Art einschlägig ist, lautet die Antwort: Nein! Die ja lediglich subsidiäre Vorschrift des § 147 Abs. 2 KostO wird durch § 57 Abs. 2 KostO verdrängt. Letztlich kann dieses Ergebnis akzeptiert werden: Die Beratungstätigkeit stand nicht im Vordergrund, sie hatte lediglich begleitende Funktion. Entfaltet der Notar in derartigen Fällen eine Tätigkeit, die in den Bereich der Mediation gehört, dann sollte schon durch Vereinbarung eines zweiten Termins für ein solches Gespräch die Anwendung von § 57 Abs. 2 KostO ausgeschlossen werden.

Nun zu einer anderen Sachverhaltsgestaltung:

Ein Notar sucht eine ältere Dame, die ihr Testament machen möchte, in deren Wohnung auf. Aus der Sicht der Klientin dient der Termin nicht der Beratung. Die vermögende alte Dame möchte dem Notar vielmehr erläutern, was im Testament stehen soll. Um den sonst vorprogrammierten Streit zwischen ihren Kindern möglichst zu vermeiden, soll die Verteilung der vorhandenen Werte nach dem Tod der Mutter geordnet werden. Im Grunde gibt es einen Beurkundungsauftrag. Der Notar kommt

1 Vgl. den Beschluss des 5. Senates vom 12. Mai 2005, RNotZ 2005, 498.

2 Vgl. Korintenberg/Bengel/Tiedtke, KostO, 16. Aufl. 2005, § 147 Rn. 30 a.