

45

Zur Frage, inwieweit aus Mitteln des Nachlasses finanzierte Maßnahmen des befreiten Vorerben zur Sanierung einer GmbH, deren einziger Geschäftsanteil zum Nachlaß gehört, eine unentgeltliche Verfügung i.S. von § 2113 Abs. 2 BGB sein können.

BGH, Urt. vom 23. November 1983 - IVa ZR 147/81 - OLG Hamm  
LG Essen

40

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 147/81

### URTEIL

Verkündet am

23. November 1983

Mutterer

Justizangestellte

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Ka[REDACTED] Kr[REDACTED]-Handelsgesellschaft mbH, ver-  
treten durch ihren Geschäftsführer, Herrn Helmut  
K[REDACTED], F[REDACTED] Straße [REDACTED], E[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],  
[REDACTED] und [REDACTED] -

g e g e n

den Diplom-Kaufmann Friedrich M[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED],  
H[REDACTED], als Testamentsvollstrecker der am 12. Oktober 1964  
verstorbenen Frau Erna P[REDACTED], geb. M[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Rassow auf die mündliche Verhandlung vom 12. Oktober 1983

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 11. Juni 1981 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Der Kläger ist Testamentsvollstrecker der am 12. Oktober 1964 verstorbenen Frau Erna P., geborene M. Befreiter Vorerbe der Erblasserin war ihr Ehemann, der im September 1970 verstorbene Kaufmann Hans P. Nacherben sind die Geschwister der Erblasserin. Für die Zeit nach Eintritt des Nacherbfalles ist der Kläger Testamentsvollstrecker. Zum Nachlaß der Erblasserin gehörten der einzige Geschäftsanteil an der beklagten GmbH im Nennwert von 220.000,- DM und Grundbesitz.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Durch notariellen Vertrag vom 31. Mai 1968 bildete der Vorerbe aus dem Geschäftsanteil der Beklagten zwei Geschäftsanteile im Nennwert von 200.000,- DM und 20.000,- DM und veräußerte den größeren Anteil für 1.000,- DM an den Kaufmann Ha[REDACTED]. In diesem Vertrag ist als Erklärung des Vorerben u.a. beurkundet:

"...

Es steht fest, daß die Firma stark überschuldet ist, sodaß an sich Konkurs angemeldet werden müßte.

...

Das genaue Ausmaß der Verschuldung steht zur Zeit noch nicht fest. ...

Um den Zusammenbruch der Firma zu verhindern und insbesondere zu verhindern, daß die zum Teil seit Jahrzehnten bei der Firma beschäftigten Angestellten und Arbeiter ihren Arbeitsplatz verlieren, habe ich mich heute entschlossen, den mir gehörigen Grundbesitz zu verkaufen, um den Erlös, soweit erforderlich, zur Abdeckung der Überschuldung der Firma zu verwenden.

Ich verpflichte mich also, dem Erschienenen zu 2) (Heinrich Ha[REDACTED]) gegenüber, welcher im nachfolgenden einen Teil meines Geschäftsanteils in Höhe von 200.000,- DM käuflich erwerben wird, die Überschuldung der Firma zu beseitigen.

...

Ich erkläre ausdrücklich, daß diese Verpflichtung sich nur auf die Beseitigung der Überschuldung, nicht aber auf die Auffüllung des Geschäftsanteils bezieht.

...

Ich verkaufe hiermit den ... Geschäftsanteil von 200.000,- DM an den Erschienenen zu 2). Da dieser Geschäftsanteil, auch wenn die Überschuldung beseitigt ist, keinen besonderen Wert darstellt, denn es wird ja nicht der Vereinbarung entsprechend der Geschäftsanteil aufgefüllt, beträgt der Kaufpreis lediglich eine Anerkennungsgebühr von 1.000,- DM."

Durch einen weiteren notariellen Vertrag vom 31. Mai 1968 veräußerte der Vorerbe den vorgenannten Grundbesitz zum Preis von 1.601.000,- DM an den Kaufmann J. [REDACTED] in D. [REDACTED]. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm J. [REDACTED] einen Teil der auf dem Grundbesitz lastenden Hypotheken und Grundschulden einschließlich der persönlichen Haftung für die durch diese Grundschulden abgesicherten Forderungen und verpflichtete sich, den verbleibenden Restkaufpreis in bar zu entrichten. Die Kaufpreisforderung trat der Vorerbe "in der zur Beseitigung der Überschuldung erforderlichen Höhe" an die Beklagte ab. Ein Teil der eingetragenen Belastungen, nämlich die im Grundbuch des Amtsgerichts E. [REDACTED] Blatt [REDACTED] 49 in Abteilung III unter lfd. Nr. 5 - 8 zugunsten der N. [REDACTED] AG, der S. [REDACTED] E. [REDACTED] und der Firma A. [REDACTED]-U. [REDACTED] L. [REDACTED] mit einem Betrag von insgesamt 450.000,- DM eingetragenen Grundschulden sollte der Absicherung von Gesellschaftsschulden der Beklagten dienen.

Dieser Kaufvertrag ist durch einen weiteren notariellen Vertrag vom 28. Juni 1968 dahin abgeändert worden, daß der Käufer J. [REDACTED] lediglich die im Grundbuch unter lfd. Nr. 2/4, 3 eingetragenen dinglichen

Belastungen unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen sollte. Ferner sollte er aufgrund der bereits im Vertrag vom 31. Mai 1968 erfolgten Abtretungserklärung des Vorerben einen Teilbetrag in Höhe von 709.113,- DM an die Beklagte auszahlen. Der Käufer verpflichtete sich in dem Vertrag schließlich noch, zur Abgeltung des dann noch verbleibenden Restkaufpreises an den Vorerben eine monatliche Leibrente von 4.000,- DM zu zahlen.

Der Kläger ist der Ansicht, die von dem Vorerben erklärte Abtretung eines Teils des Kaufpreisanspruchs sei unentgeltlich erfolgt und daher gemäß § 2113 Abs. 2 BGB unwirksam. Er begehrt daher von der Beklagten Zahlung von 709.113,- DM.

Die Beklagte bestreitet, daß die Forderungsabtretung unentgeltlich erfolgt sei. Sie meint, die Gegenleistung habe darin bestanden, daß der Vorerbe von Verbindlichkeiten in Höhe von 709.574,39 DM befreit worden sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Das Berufungsgericht hat die Klage als begründet angesehen, weil die Abtretung des Kaufpreisanspruchs in Höhe von 709.113,- DM an die Beklagte eine nach § 2113 Abs. 2 BGB gegenüber den Nacherben unwirksame unentgeltliche Verfügung des Vorerben gewesen sei. Hierzu hat es ausgeführt:

Selbst wenn die Beklagte den durch die Abtretung erlangten Betrag zur Abdeckung von Verpflichtungen verwendet habe, für deren Erfüllung sich teils schon die Erblasserin, teils aber der Vorerbe verbürgt habe, liege hierin keine von der Beklagten erbrachte Gegenleistung. Die Beklagte habe in diesem Falle zwar durch Erfüllung ihrer von der Erblasserin und dem Vorerben verbürgten Verpflichtungen auch die Bürgschaftsverpflichtungen zum Erlöschen gebracht. Dasselbe Ergebnis wäre jedoch auch dann eingetreten, wenn der Vorerbe die Kaufpreisforderung, anstatt sie an die Beklagte abzutreten, selbst eingezogen und damit die Bürgschaftsverpflichtungen direkt bei den Gläubigern abgedeckt hätte. Im letztgenannten Fall wären jedoch die Gläubigerforderungen gemäß § 774 BGB auf den Vorerben übergegangen.

Auch die Auffassung der Beklagten, der Vorerbe habe bei direkter Befriedigung der Gläubiger als Bürge eine Rückgriffsforderung nach § 774 BGB nicht erlangen können, weil sie, die Beklagte, überschuldet gewesen sei und er deshalb zunächst das haftende Stammkapital wieder habe auffüllen müssen, gehe im vorliegenden Falle fehl. Zwar könnten Darlehen und ähnliche Leistungen, die ein Gesellschafter einer sonst nicht mehr lebensfähigen GmbH anstelle von Eigenkapital zuführt oder beläßt, wie gebundenes Stammkapital zu behandeln sein. Das ändere aber nichts daran, daß ein Gesellschafter, der sich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft verbürgt hat, aufgrund gesetzlichen Rechtsüberganges nach § 774 BGB Inhaber der Forderungen gegen die Gesellschaft werde, wenn er als Bürge deren Gläubiger befriedige.

Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, daß die Rechtsfolge des § 774 BGB durch den Vertrag zwischen dem Vorerben und dem Kaufmann Ha [REDACTED] (H) vom 31. Mai 1968 abbedungen worden sei. Zwar habe sich der Vorerbe in dem genannten Vertrag gegenüber H verpflichtet, die Überschuldung der Beklagten zu beseitigen. Diese Verpflichtung stelle aber im Verhältnis der Beklagten zu den Nacherben eine unentgeltliche Verfügung dar, weil sich aus dem Zusammenhang mit den übrigen Verträgen ergebe, daß zur Erfüllung dieser Verpflichtung der zum Vorerbschaftsvermögen gehörende Grundbesitz herangezogen werden sollte, ohne daß von seiten der Beklagten eine entsprechende Gegenleistung zu erbringen gewesen sei. Die Übernahme dieser Verpflichtung verstoße insoweit gegen § 2113 Abs. 2 BGB und sei daher gegenüber den Nacherben unwirksam.

Dasselbe gelte auch hinsichtlich der Haftung des Vorerben für Steuerschulden und Sozialversicherungsbeiträge. Da die Haftung des Vorerben als Geschäftsführer der GmbH für diese Verbindlichkeiten gegenüber der Haftung der Beklagten als Gesellschaft subsidiär gewesen sei, hätte er ebenfalls Ausgleichsansprüche gegen die Beklagte erlangt, wenn er, anstatt der Beklagten das Geld für die Tilgung der Verbindlichkeiten zu geben, diese Verpflichtungen selbst beglichen hätte. Deshalb könne darin, daß die Beklagte durch Zahlung der Schulden zugleich den Vorerben von der persönlichen Haftung freigestellt hat, keine echte Gegenleistung gesehen werden. Etwas anderes gelte lediglich hinsichtlich der Befreiung des Vorerben von einer gegen ihn verhängten Steuerstrafe in Höhe von 1.056,- DM, die aber schon vom Betrage her keine adäquate Gegenleistung für die Kaufpreisabtretung in Höhe von 709.113,- DM darstelle.

Diese Abtretung an die Beklagte stelle auch subjektiv eine unentgeltliche Verfügung dar, denn nach dem Inhalt der abgeschlossenen Verträge sei dem Vorerben und den übrigen Beteiligten klar gewesen, daß der Kaufpreisabtretung keine echte Gegenleistung der Beklagten gegenübergestanden habe, es dem Vorerben vielmehr darum gegangen sei, auf diese Weise sein "Lebenswerk" zu retten und Arbeitsplätze zu erhalten.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts können die von den Vorinstanzen ausgesprochene Verurteilung der Beklagten nicht tragen.

1. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt in erster Linie davon ab, ob die Abtretung des Teils der Kaufpreisforderung für das zum Vorerbschaftsvermögen gehörende Grundstück durch den Vorerben als eine unentgeltliche Verfügung im Sinne von § 2113 Abs. 2 BGB anzusehen ist.

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (RGZ 81, 364; 105, 284; 117, 97, 125, 242, 245; BGHZ 5, 173, 182; 7, 274, 278 f; BGH Urteil vom 15.2.1971 - III ZR 217/69 = FamRZ 1971, 643, 645), die auch in der Literatur überwiegend Zustimmung gefunden hat (vgl. Soergel/Harder, BGB 11. Aufl. § 2113 Rdn. 12 m.w.N.) liegt eine unentgeltliche Verfügung im Sinne von § 2113 Abs. 2 BGB vor, wenn der Vorerbe - objektiv - ohne gleichwertige Gegenleistung Opfer aus der Erbmasse bringt und - subjektiv - entweder weiß, daß dem Opfer keine gleichwertige Gegenleistung an die Erbmasse gegenübersteht, oder doch bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Masse unter Berücksichtigung seiner Pflicht, die Erbschaft an den Nacherben herauszugeben, das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen. Soweit hierzu in der Literatur abweichende Ansichten geäußert werden, betreffen diese überwiegend die Fragen, ob zwischen den Beteiligten Einigkeit über die Unentgeltlichkeit bestehen muß, der Verfügende positive Kenntnis von der Unentgeltlich-

keit der Verfügung haben und auch der Empfänger die Pflichtverletzung des Verfügenden erkannt haben muß (vgl. Spellenberg, FamRZ 1974, 350 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 8). Soweit dies bejaht wird, kann der Senat dem nicht folgen, weil dabei der bei § 2113 BGB im Vordergrund stehende Schutz des Nacherben nicht hinreichend berücksichtigt wird (vgl. BGH NJW 1963, 1613, 1614).

2. Bei Prüfung der Frage, ob im vorliegenden Fall objektiv ohne gleichwertige Gegenleistung Opfer aus der Erbmasse erbracht worden sind, ist zunächst zu berücksichtigen, daß sich der Vorerbe in dem Vertrag vom 31. Mai 1968 anlässlich des Verkaufs des Geschäftsanteils im Nennwert von 200.000,- DM an H diesem gegenüber verpflichtet hat, die Überschuldung der GmbH zu beseitigen. Demgemäß erfolgte die Abtretung des Teils des Kaufpreises aus dem Verkauf des zur Vorerbschaft gehörenden Grundbesitzes in Erfüllung der von dem Vorerben in der genannten Urkunde eingegangenen Verpflichtung. Das Berufungsgericht hat die Abtretung deshalb als unentgeltliche Verfügung angesehen, weil die ihr zugrunde liegende Verpflichtung des Vorerben gegenüber H unentgeltlich eingegangen worden sei. Zur Begründung hat es ausgeführt, aus dem Zusammenhang mit den übrigen Verträgen ergebe sich, daß zur Erfüllung dieser Verpflichtung der zum Vorerbschaftsvermögen gehörende Grundbesitz herangezogen werden sollte, ohne daß von seiten der Beklagten eine entsprechende Gegenleistung zu erbringen gewesen sei. Dem kann nicht gefolgt werden, weil das Berufungsgericht die Besonder-

heiten des vorliegenden Falles nicht hinreichend gewürdigt hat.

Da die Abtretung in Erfüllung der von dem Vorerben gegenüber H eingegangenen Verpflichtung erfolgte, kann es nur darauf ankommen, ob für die Verpflichtung des Vorerben zur Beseitigung der Überschuldung der GmbH eine gleichwertige Gegenleistung in den Nachlaß geflossen ist. Diese Frage kann bei dem bisherigen Sach- und Streitstand nicht von dem Revisionsgericht entschieden werden.

a) Die Übernahme der Verpflichtung des Vorerben zur Entschuldung der GmbH erfolgte im Zusammenhang mit dem Erwerb des Geschäftsanteils im Nennwert von 200.000,- DM durch H zum Preis von 1.000,- DM. Dieser Kaufpreis kann auch dann nicht als entsprechende Gegenleistung für die Verpflichtung zur Beseitigung der Überschuldung der GmbH, die nach dem Vorbringen der Beklagten 709.113,- DM betragen haben soll, angesehen werden, wenn mit dem Berufungsgericht davon ausgegangen wird, der Vorerbe sei von einer gegen ihn verhängten Steuerstrafe in Höhe von 1.056,- DM befreit worden.

b) Daraus läßt sich jedoch noch nicht entnehmen, daß es sich objektiv um eine unentgeltliche Zuwendung i.S. von § 2113 Abs. 2 BGB gehandelt hat. Dem Kläger ist zwar zuzugeben, daß durch die Verpflichtung des Vorerben zur Entschuldung der GmbH der Erbmasse außer dem Kaufpreis von 1.000,- DM kein Bargeld zugeflossen

ist. Damit ist jedoch über die Unentgeltlichkeit der von dem Vorerben eingegangenen Verpflichtung zur Entschuldung der GmbH noch nichts ausgesagt. Denn außer dem Kaufpreis von 1.000,- DM und der von dem Berufungsgericht erwähnten Befreiung des Vorerben von einer gegen ihn verhängten Steuerstrafe in Höhe von 1.056,- DM muß berücksichtigt werden, in welcher Höhe der Nachlaß von Verbindlichkeiten befreit wurde. Dazu gehören zunächst die Verbindlichkeiten der Erblasserin aus den von ihr abgegebenen Bürgschaftserklärungen für die Verbindlichkeiten der GmbH. Ferner gehören dazu die Verbindlichkeiten, von denen der befreite Vorerbe entlastet wurde. Denn bei befreiter Vorerbschaft wird allgemein angenommen, daß die Verfügung auch dann entgeltlich ist, wenn die Gegenleistung in das Vermögen des Vorerben fließt (BGHZ 69, 47, 51; Johannsen WM 1979, 598, 606; MK Grunsky § 2113 Rdn. 23 mit weiteren Nachweisen). Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß der befreite Vorerbe die Verbindlichkeiten im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist, da anderenfalls die auch für ihn geltende Schranke des § 2113 Abs. 2 BGB unterlaufen werden könnte. Unter der genannten Voraussetzung sind die betreffenden Verbindlichkeiten auch Nachlaßverbindlichkeiten (BGHZ 32, 60). Ob das hier der Fall war, wird das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen haben. Gegebenenfalls würde folgendes gelten:

Die Beklagte hat vorgetragen, die Verbindlichkeiten der GmbH, für die sich die Erblasserin und der Vorerbe verbürgt oder die persönliche Schuld übernommen hatten,

hätten sich auf insgesamt 709.574,39 DM belaufen. Wenn diese Behauptung zutrifft, kann in der Übernahme der Verpflichtung zur Schuldbefreiung der GmbH in Höhe von 709.113,- DM kein unentgeltliches Geschäft erblickt werden, weil der Vorerbe in diesem Fall eine entsprechende Schuldbefreiung hinsichtlich des Nachlasses und seiner eigenen Person erreicht hat.

c) Der Ansicht des Berufungsgerichts, daß es hierauf nicht ankomme, weil der Vorerbe auf Rückgriffsansprüche gegen die GmbH gemäß § 774 BGB verzichtet hat, kann nicht gefolgt werden. Die Beklagte hat behauptet, daß die GmbH in Höhe des an sie abgetretenen Betrages überschuldet gewesen sei. Wenn diese Behauptung zutrifft, waren die Rückgriffsansprüche des Vorerben gegen die GmbH wertlos. Denn wegen der Überschuldung der GmbH hätte der Vorerbe als ihr Geschäftsführer unverzüglich Konkursantrag stellen müssen (§ 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Im Konkurs wären aber wegen der Überschuldung der GmbH die Rückgriffsansprüche des Vorerben nicht zu realisieren gewesen, weil die Bürgschaften als kapitalersetzende Maßnahmen eines Gesellschafters anzusehen gewesen wären und daher die Rückgriffsansprüche hinter sämtlichen Verbindlichkeiten der GmbH rangiert hätten (BGH Urteil vom 13. Juli 1981 - II ZR 256/79 = WM 1981, 870, 872). Ein Verzicht auf eine wertlose Forderung stellt jedoch keine unentgeltliche Verfügung im Sinne von § 2113 Abs. 2 BGB dar und kann auch nicht zu einer Vereitelung oder Beeinträchtigung des Rechts des Nacherben im Sinne von § 2113 Abs. 1 BGB führen.

3. Das Berufungsgericht hätte daher in erster Linie prüfen müssen, ob die von dem Vorerben eingegangenen Verbindlichkeiten im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses begründet wurden und ob die unter 2 b erwähnte Behauptung der Beklagten zutrifft. Die Beweislast für die Unentgeltlichkeit trägt der Kläger. Da das Berufungsgericht diese Prüfung unterlassen hat, mußte der Rechtsstreit unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

4. Falls das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt, daß der Vorerbe objektiv keine entsprechende Gegenleistung für seine Verpflichtung zur Entschuldung der GmbH erlangt hat, kommt es darauf an, ob er dies erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Dabei wird zu beachten sein, daß der bei Abschluß der Verträge 81 Jahre alte Vorerbe sich offenbar vor die Entscheidung gestellt sah, entweder die GmbH, die er und möglicherweise auch seine Ehefrau als ihr Lebenswerk ansahen, sofort in Konkurs gehen zu lassen mit der Folge, daß auch das zum Nachlaß gehörende Grundstück wegen seiner Belastung für Verbindlichkeiten der GmbH verloren ging und daher möglicherweise weder für ihn noch für die Nacherben etwas übrig blieb, oder durch Veräußerung eines Geschäftsanteils von 200.000,- DM wenigstens noch einen Geschäftsanteil von 20.000,- DM sowie weitere Forderungen, die von der Beklagten in Höhe von 348.173,59 DM angegeben werden (Bl. 226 GA), für sich und die Nacherben zu retten und sich vor dem

Odium des Konkurses eines von ihm als Geschäftsführer geleiteten Unternehmens und einer Strafverfolgung wegen unterlassener Konkursantragsstellung (§ 84 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG) zu bewahren.

Außerdem wird für den Fall, daß es an einer adäquaten Gegenleistung fehlen sollte, zu prüfen sein, ob es sich um eine Schenkung zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht im Sinne von § 2113 Abs. 2 Satz 2 BGB gehandelt hat. Dabei werden gegebenenfalls die Erklärungen der Erblasserin in ihrem Testament vom 3. Juli 1956 zu berücksichtigen sein. Die Revision rügt mit Recht, daß dem Berufungsurteil insoweit jegliche Erwägungen fehlen.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow