

Festschrift für Dieter Reuter
zum 70. Geburtstag



Dieter Renker

Festschrift für
DIETER REUTER
zum 70. Geburtstag
am 16. Oktober 2010

herausgegeben von

Michael Martinek
Peter Rawert
Birgit Weitemeyer

De Gruyter

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Bucerius Law School,
Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg, des Notariats Ballindamm, Hamburg
sowie der ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius, Hamburg.

ISBN 978-3-89949-684-0
e-ISBN 978-3-89949-685-7

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/New York

Datenkonvertierung/Satz: Werksatz Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen
Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Dieter Reuter
zum 16. Oktober 2010

ARND ARNOLD
FRANK BAYREUTHER
PETER BENIGSDORF
ANDREAS BERGMANN
ROLF BIRK
ULRICH BURGARD
JAN BUSCHE
PER CHRISTIANSEN
DOROTHEE EINSELE
VOLKER EMMERICH
MICHAEL FISCHER
GERRIT FORST
MARTIN FRANZEN
MARKUS GEHRLEIN
ANNA KATHARINA GOLLAN
JOACHIM W. HABETHA
WALTHER HADDING
PETER HANAU
HANS HATTENHAUER
ELKE HERRMANN
OLAF HOEPNER
ANDREAS HOYER
RAINER HÜTTEMANN
GERHARD IGL
MATTHIAS JACOBS
DOMINIQUE JAKOB
JOACHIM JICKELI
DETLEV JOOST
ABBO JUNKER
RALF KATSCHINSKI
HEINRICH KIEL
SEBASTIAN KLAUSCH
THOMAS KOLLER
HORST KONZEN
RÜDIGER KRAUSE
PETER KREUTZ

CHRISTOPHER KROIS
THOMAS LOBINGER
MANFRED LÖWISCH
STEFAN LUNK
MICHAEL MARTINEK
HANS-CHRISTOPH MATTHES
ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER
RUDOLF MEYER-PRITZL
WERNHARD MÖSCHEL
KARLHEIZ MUSCHELER
JÜRGEN OECHSLER
HARTMUT OETKER
MARIAN PASCHKE
PETER PICHT
EDUARD PICKER
HENNING PLÖGER
WOLFGANG PORTMANN
HANS-JOACHIM PRIESTER
MARTIN PROBST
HANNS PRÜTTING
PETER RAWERT
HERMANN REICHOLD
GERHARD REINECKE
CHRISTOPH REYMANN
REINHARD RICHARDI
ANDREAS RICHTER
VOLKER RIEBLE
CHRISTIAN ROLFS
ANNE RÖTHEL
FRANZ JÜRGEN SÄCKER
HAIMO SCHACK
KARSTEN SCHMIDT
EDZARD SCHMIDT-JORTZIG
WERNER SCHUBERT
NORBERT SENNHAUSER
STEFAN SMID

SIEGMAR STRECKEL
GREGOR THÜSING
ALEXANDER TRUNK
WINFRIED VEELKEN
KLAUS VIEWEG
TORSTEN VOLKHOLZ
ROLF WANK

BIRGIT WEITEMEYER
OLAF WERNER
HARM PETER WESTERMANN
STEPHAN WETH
HERBERT WIEDEMANN
GÜNTHER WIESE

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	XV
-------------------	----

A. Allgemeines Privatrecht

ARND ARNOLD	
Satzungsvorbehalt für die Vorstandsvergütung bei Vereinen und Stiftungen?	3
ANDREAS BERGMANN	
In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus – Tatbestandsteilung und Pendenz im Oblationenrecht	17
ULRICH BURGARD	
Ist § 31a BGB im Stiftungsrecht zwingend oder dispositiv? – Zur Auslegung von § 86 S. 1 Hs. 2 BGB	43
DOROTHEE EINSELE	
Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Zahlungen wegen falscher Kontoangabe	53
MICHAEL FISCHER	
Dogmatik des unselbständigen Stiftungsgeschäfts unter Lebenden und Steuerrecht	73
WALTHER HADDING	
„Modernisierung des Vereinsrechts“ – Zum Gesetzesentwurf des Landes Baden-Württemberg vom 3.2.2006	93
OLAF HOEPNER	
De Senectute	111
RAINER HÜTTEMANN	
Der Stiftungszweck nach dem BGB	121
DOMINIQUE JAKOB und PETER PICHT	
Trust und Nachlassplanung in der Schweiz nach der Ratifikation des HTÜ	141

DETLEV JOOST	
Besitzschutz und Nutzungsinteresse	157
MICHAEL MARTINEK	
Schenkkreise und Konditionssperre – Ein Lehrstück zur Regelung des § 817 S. 2 BGB als einer „integrierten Ausgleichsnorm“ . . .	171
RUDOLF MEYER-PRITZL	
Aufgabe und Notwendigkeit der Präzisierung der Testierfreiheit angesichts der Herausforderungen durch das Sozialrecht und den Antidiskriminierungsschutz	205
KARLHEINZ MUSCHELER	
Der Notvorstand in Verein und Stiftung	225
JÜRGEN OECHSLER	
Das Abstraktionsprinzip und der Bereicherungsausgleich im Urheberrecht	245
HANNS PRÜTTING	
Der nichtrechtsfähige Verein im Zivilprozess, in der Zwangsvollstreckung und Insolvenz sowie im Grundbuch	263
CHRISTOPH REYMANN	
Rechtsscheinhaftung und Bereicherungsausgleich beim Gutgläubenserwerb nach § 899a BGB	271
ANNE RÖTHEL	
Erbrechtliche Wirkungsgrenzen (§§ 2109, 2210 BGB) als Intentionalitätsgarantien	307
FRANZ JÜRGEN SÄCKER	
Kollektivklagen bei Verstößen gegen Wettbewerbs- und Verbraucherschutzvorschriften nach dem Opt-in- und Opt-out-Modell	325
KARSTEN SCHMIDT	
Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen in gegliederten Vereinen – Nachlese zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2.7.2007	345

WERNER SCHUBERT

- Die Unterschrift mit dem Namen des Vertretenen durch den
bevollmächtigten Vertreter. Die Durchsetzung der weiten
Auslegung des § 126 BGB durch die Vereinigten Zivilsenate
des Reichsgerichts vor hundert Jahren 365

ALEXANDER TRUNK

- Stiften in Russland? Eine Skizze zum russischen Stiftungsrecht . . 383

KLAUS VIEWEG

- Vormitgliedschaftliche Rechtsverhältnisse eingetragener Vereine . 395

TORSTEN VOLKHOLZ

- PIK-Darlehen und das Zinseszinsverbot 413

OLAF WERNER

- Der Verein als Stifter 431

B. Arbeitsrecht

FRANK BAYREUTHER

- Krankheit als Behinderung im deutschen und amerikanischen
Diskriminierungsrecht 453

ROLF BIRK

- Der schweigende Arbeitnehmer 469

MARTIN FRANZEN

- Über den Sozialplanstreik 479

PETER HANAU

- Typisierte Differenzierungsgründe in der Arbeitsrechtsprechung . . 495

HANS HATTENHAUER

- Das Wort ‚Arbeitsrecht‘ 511

ELKE HERRMANN

- Von einem verschwiegenen Landstrich, einem Schlüsselbegriff
und Typenproblemen 525

ANDREAS HOYER

- Strafbares Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen in der
Unternehmenskrise 541

MATTHIAS JACOBS/CHRISTOPHER KROIS

- Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie 555

ABBO JUNKER

- Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses nach dem Recht
der Republik Südafrika 571

HEINRICH KIEL

- Die unzulässige Austauschkündigung als Umgehungstatbestand . . 589

HORST KONZEN

- Kampfmittelfreiheit und Flash mob-Aktionen 603

RÜDIGER KRAUSE

- Vertragsstrafen in der arbeitsrechtlichen Klauselkontrolle 627

PETER KREUTZ

- Betriebsautonomie als Verbandsautonomie? 643

THOMAS LOBINGER

- Betriebliche Bündnisse für Arbeit vor der AGB-Kontrolle? –
Zugleich zur Anwendbarkeit von § 310 Abs. 4 S. 1 u. 3 BGB
auf die sog. Regelungsabrede 664

MANFRED LÖWISCH

- Tarifrecht und Landesarbeitsrecht 681

STEFAN LUNK

- Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 689

HANS-CHRISTOPH MATTHES

- Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei freiwilligen Leistungen . . 707

EDUARD PICKER

- Arbeitskampffreiheit und privatautonomes Verhandeln –
Zu einem unausgetragenen Streit 723

WOLFGANG PORTMANN

- Der sachliche Kündigungsschutz im Licht des Rechts auf freie
Wahl des Arbeitsplatzes 739

HERMANN REICHOLD	
Entmachtung des Tarifkartells durch neues Kartellrecht?	759
GERHARD REINECKE	
Zum Grundsatz, dass verdienter Lohn nicht entzogen werden darf	779
REINHARD RICHARDI	
Leitprinzipien des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs der katholischen Kirche	791
VOLKER RIEBLE	
Der gewerkschaftshörige Arbeitgeberverband	805
CHRISTIAN ROLFS	
Die Inhaltskontrolle arbeitsrechtlicher Beendigungsvereinbarungen	825
SIEGMAR STRECKEL	
Der Wunsch nach Verteilung der Arbeitszeit gem. § 8 TzBfG – Interessenkonflikte innerhalb der Belegschaft	839
GREGOR THÜSING/GERRIT FORST	
Kündigung und Kündigungsschutz von Arbeitnehmervertretern in der SE	851
STEPHAN WETH	
Zu Risiken und Nebenwirkungen im Kündigungsschutzprozess . .	867
HERBERT WIEDEMANN	
Blitzaustritt und Tarifflicht	889
GÜNTHER WIESE	
Zur Kommunikation des Arbeitgebers mit Arbeitnehmern	903
ROLF WANK	
Der EuGH und das Urlaubsrecht	921

C. Wirtschaftsrecht

JAN BUSCHE	
Die Information der Aktionäre über Angelegenheiten der Gesellschaft	939
VOLKER EMMERICH	
Die Auswirkungen der UWG-Reform auf die Banken	957

MARKUS GEHRLEIN

- Wahrung der Frist des § 246 Abs. 1 AktG durch Anrufung eines
unzuständigen Schiedsgerichts? 967

JOACHIM W. HABETHA

- Überwindung von Übertragungshindernissen bei auf Kranken-
häuser bezogenen M & A. 985

GERHARD IGL

- Bereiche, Funktionen und Berechtigung gesetzlicher Höchst-
altersgrenzen 1009

JOACHIM JICKELI

- Kartellrechtliche Grenzen des Einplatzprinzips im Verbands-
recht 1027

RALF KATSCHINSKI

- Die analoge Anwendung des § 307 AktG im GmbH-Vertrags-
konzern – Steuerfalle oder Scheinproblem 1043

THOMAS KOLLER/NORBERT SENNHAUSER

- Das EuGH-Urteil PERSCHE aus der Sicht von Drittstaaten,
insbesondere der Schweiz 1061

WERNHARD MÖSCHEL

- Alleinige Zuständigkeit der Bundesbank zur Bankenaufsicht? . . . 1083

HARTMUT OETKER

- Aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsrats-
mitglieder öffentlicher Unternehmen und freier Zugang
zu Informationen 1091

MARIAN PASCHKE

- Herabsetzung der Vergütung von Geschäftsleitern und Führungs-
kräften in der Krise 1107

HENNING PLÖGER

- Zwangslizenzen in Kartell- und Patentrecht 1123

HANS-JOACHIM PRIESTER

- Der Stimmrechtspool – Schnittstelle von Kapital- und Personen-
gesellschaftsrecht 1139

ANDREAS RICHTER/ANNA KATHARINA GOLLAN	
Die Besteuerung der Kapitalerträge von Familienstiftungen	1155
HAIMO SCHACK	
Täter und Störer: Zur Erweiterung und Begrenzung der Verantwortlichkeit durch Verkehrspflichten im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht	1167
STEFAN SMID	
Rechtsfolgen rechtswidriger Verwertungsmaßnahmen durch den Sicherungseigentümer	1183
BIRGIT WEITEMEYER	
Spenden als verdeckte Gewinnausschüttungen?	1201
HARM PETER WESTERMANN	
Der zum Ausscheiden aus einer Immobilienfonds-Gesellschaft gedrängte Gesellschafter	1219
D. Varia	
PETER BENGELSDORF	
Die Freiheitsethik und das allgemeinverbindliche absolute Alkohol-/Drogenverbot durch Weisung	1237
PER CHRISTIANSEN	
Recht in einer technisierten Welt	1267
SEBASTIAN KLAUSCH	
Richterliche Entscheidungsfindung zwischen Dogmatik und Folgenberücksichtigung	1279
ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER	
Der gestrandete Leviathan. Über Gedanken- und Religionsfreiheit in der bürgerlichen Gesellschaft	1293
MARTIN PROBST	
Mediation, Recht und Justiz – Gegeneinander, Nebeneinander, Miteinander?	1309

PETER RAWERT

Grundrecht auf Stiftung?	1323
------------------------------------	------

EDZARD SCHMIDT-JORTZIG

Verfassungsrechtlicher Bestandsschutz für Stiftungen? Die niedersächsische Traditionsklausel: Konstitutionelle Strukturfestschreibung versus notwendige Veränderungs- möglichkeit	1339
--	------

WINFRIED VEELKEN

Vergaberechtliche Fragen der rechtlichen Verselbständigung der Universitätsklinik	1355
--	------

Verzeichnis der Schriften	1385
-------------------------------------	------

Autorenverzeichnis	1401
------------------------------	------

Vorwort

Dieter Reuter wurde am 16.10.1940 in der kleinen Ortschaft Dahlbruch im katholisch geprägten Siegerland geboren. Eine akademische Laufbahn war ihm nicht in die Wiege gelegt. Früh jedoch erkannte man seine besondere Begabung. So kam er in die Obhut der Spiritaner im Kloster Knechtsteden in Dormagen und setzte seine Schullaufbahn während der Oberstufe am Städtischen Gymnasium in Siegen fort. Das Abitur entsprach den großen Hoffnungen, die der gescheite Schüler geweckt hatte.

Nach seinem Wehrdienst nahm *Dieter Reuter* im Jahre 1961 das Studium der Rechtswissenschaft in Münster auf. Er schloss es Anfang 1965 mit ausgezeichnetem Ersten Examen ab. Zwischendrin hatte es ihn aus dem beschaulichen Münsterland eine Weile nach Berlin gezogen. Den juristischen Vorbereitungsdienst und das Assessorexamen absolvierte er allerdings wieder in der Bischofsstadt – nebenbei bemerkt mit der Note „gut“. Das ist gewiss eher ungewöhnlich für jemanden, der sich am liebsten mit grundlegenden Fragen des Rechts auseinander setzt und der die praktische Bewältigung des juristischen Alltags anderen überlässt. Und trotzdem: Dass er die Praxis ebenso souverän beherrscht wie die Wissenschaft, davon können seine Richterkollegen aus seiner zwanzigjährigen Zeit als Richter am Oberlandesgericht in Schleswig berichten.

Wie sehr sich *Dieter Reuter* für eine akademische Laufbahn eignete, zeigte sich schnell. Während seiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl seines Doktorvaters *Dieter Nörr* in Münster entstand bis 1967 die Dissertation „Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt“. Die Arbeit nahm sich tiefschürfend des Spannungsverhältnisses zwischen dem grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht des Kindes und den Grundrechten der Eltern an. Sie lieferte damit einen Beitrag zur Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, der den Ehrgeiz des Autors belegte, Ewigkeitsfragen des Rechts anzupacken. Die neuesten Entscheidungen des EuGH zum Sorgerecht der Eltern für ihre Kinder belegen das eindrucksvoll. Kein Wunder, dass die Dissertation eines *summa cum laude* und des Fakultätspreises der Juristischen Fakultät der Universität Münster für würdig befunden wurde.

Entscheidend prägen sollte *Dieter Reuter* seine vierjährige Assistentenzeit von 1968 bis 1972 an der Reformuniversität Bielefeld unter *Ernst-Joachim Mestmäcker*, eines Lehrers also, der auf der Grundlage eines klaren ordnungspolitischen Bekenntnisses Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht in Deutschland entscheidend prägte. Heute noch schildert *Dieter Reuter* begeistert, wie er seine ersten beiden Assistentenjahre damit verbracht hat,

sich die Gedankenwelt von *Franz Böhm*, *Walter Eucken* und *Friedrich August von Hayek* zu erschließen. Seine eigene und die Thesen dieser großen ordoliberalen Denker aufnehmende Habilitationsschrift mit dem Titel „Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen – Ein Beitrag zum Problem der Gestaltungsfreiheit im Recht der Unternehmensformen“ schloss er 1973 nach nur dreijähriger Schreibaarbeit ab. Gleichzeitig erhielt er die *venia legendi* für Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Arbeitsrecht. Nach damaligem Brauch galt übrigens das Gesellschaftsrecht noch als Teil des Handelsrechts.

Zum Wintersemester 1974 nahm *Dieter Reuter* einen Ruf an die Freie Universität Berlin an, auf den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht. Er wurde Nachfolger von *Wilhelm Dütz*. Einen Ruf an die Universität Göttingen auf den Lehrstuhl von *Horst Neumann-Duesberg*, dem Erfinder der Rechtsfigur der „Relativen Person der Zeitgeschichte“, lehnte er 1978 zugunsten der Universität Tübingen ab. Dort hatte man ihm den Lehrstuhl von *Josef Esser* angeboten. Dem Vernehmen nach soll *Esser* anfangs von der Besetzung seiner Nachfolge nicht begeistert gewesen sein. Er wurde jedoch bald eines Besseren belehrt, denn in die sechs Jahre der Tübinger Zeit *Dieter Reuters* fielen nicht nur rasch das Amt des Dekans der juristischen Fakultät (1981 bis 1982), sondern auch die Übernahme von Prüfungen für Wirtschaftsprüfer und zahlreiche schwergewichtige wissenschaftliche Publikationen: Sechs Monographien, zwei Auflagen der Kommentierungen zum Vereins- und Stiftungsrecht im Münchener Kommentar zum BGB, 22 Aufsätze, zahlreiche Urteilsanmerkungen und die Rechtsprechungsübersicht in der Juristischen Schulung zum Arbeitsrecht. Die Tübinger Jahre stehen überdies für eine besondere Arabeske in *Dieter Reuters* Karriere: Im Fernsehen konnte man ihn in dieser Zeit bewundern, wo er im Auftrag von ZDF und SWF eine Serie zur Einführung in das Familienrecht moderierte. Das gleichnamige Begleitbuch von 1980 lässt sich heute noch nachlesen. *Dieter Reuter* hat gesagt, er habe diese Aufgabe nicht übernommen, um Medienpräsenz zu zeigen – ein Motiv, das ihm in der Tat gänzlich fremd ist. Er habe vielmehr seiner Mutter beweisen wollen, dass man es auch als Wissenschaftler zu etwas bringen kann.

1984 erhielt *Dieter Reuter* seinen Ruf an die Universität Kiel. Er nahm ihn an und wurde Nachfolger von *Werner Thiele*. Kiel sollte seine wahre persönliche und fachliche Heimat werden. Den besonders ehrenvollen Ruf an die frühere Wirkungsstätte Bielefeld auf die Nachfolge von *Peter Hommelhoff* lehnte er daher trotz verheißungsvoller Perspektiven ab. In Kiel wurde *Dieter Reuter* Richter am Oberlandesgericht in Schleswig im zweiten Hauptamt, stellvertretender Vorsitzender des Justizprüfungsamts Schleswig-Holstein, Mitglied der renommierten Joachim-Jungius-Gesellschaft in Hamburg und Fachgutachter für die Deutsche Forschungsgemeinschaft. Gleich zweimal war er für den Deutschen Juristentag tätig: 1984 als Gutachter der wirt-

schaftsrechtlichen Abteilung zur Frage „Welche Maßnahmen empfehlen sich, insbesondere auf gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichem Gebiet, um die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen nachhaltig zu verbessern?“ und im Jahr 1996 als Referent in der Arbeitsrechtlichen Abteilung mit dem Thema: „Empfiehl es sich, die Regelungsbedürfnisse der Tarifparteien im Verhältnis zu den Betriebsparteien neu zu ordnen?“. Zugleich war er 1996 Sachverständiger in Sachen Deregulierung des Arbeitsmarkts bei der Monopolkommission und bald darauf auch zur Reform des Stiftungsrechts beim Innenausschuss und der Enquetekommission des Bundestags.

Die ganze Bandbreite des wissenschaftlichen Werks von *Dieter Reuter* ist damit freilich nur angedeutet. Neben dem klassischen Bürgerlichen Recht mit Schwerpunkten im Vereins- und Stiftungsrecht, im Bereicherungsrecht und im Maklerrecht deckt es das Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht ab. Mit der Zeit entwickelte sich überdies das Arbeitsrecht zu einem gewichtigen Topos des Jubilars. Bedeutsame und ständig aktualisierte Kommentierungen zum Vereins- und Stiftungsrecht (Münchener Kommentar), zum Maklerrecht, zur Verwahrung, zu Leihe und Pacht (Staudinger) lassen das Pensum erahnen, das *Dieter Reuter* sich noch immer auferlegt. Dabei ist jede seiner Kommentierungen ein abgerundetes wissenschaftliches Werk für sich. Es handelt nicht nur Einzelfragen ab, sondern durchdringt das jeweilige Rechtsgebiet umfassend und seine Grundfragen in monographischer Tiefe. Kein Nachfolger wird diese Werke in vergleichbarer Weise fortführen können. Und immer streitet *Reuter* auf der Grundlage klarer ordnungspolitischer Prinzipien für den Schutz einer im Kern freien und nur wo es notwendig ist auch eingeehten Marktwirtschaft, mithin etwa für eine Deregulierung des Arbeitsrechts, gegen die Perpetuierung von Unternehmen – auch in Form von Unternehmensstiftungen – und gegen übermäßige wirtschaftliche Betätigungen in Idealvereinen. *Dieter Reuters* Beitrag zu einer auf klaren ordnungspolitischen Befunden basierenden Freiheitsethik und sein Plädoyer gegen eine moralisierende Verantwortungsethik sind zu seinem 65. Geburtstag 2005 in Kiel mit einem eindrucksvollen Symposium gewürdigt worden.

2006 hat man *Dieter Reuter* emeritiert. Lange Zeit hatte er nicht, um sich mit voller Kraft in seine geliebte wissenschaftliche Arbeit am Schreibtisch und in der Bibliothek zu stürzen. Nachdem der von ihm geschätzte *W. Rainer Walz* durch seinen plötzlichen Tod aus der Leitung des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen an der Bucerius Law School in Hamburg gerissen worden war, war *Dieter Reuter* auf Bitten der Bucerius Law School umgehend bereit, das Institut in der Zeit der Vakanz von Oktober 2006 bis März 2007 zu führen. Er übernahm umfangreiche organisatorische Aufgaben, die mit dieser Position verbunden waren, leitete die Hamburger Tage zum Stiftungs- und Non-Profit-Recht, organisierte Länderabende zu ausländischen Stiftungsrechtsordnungen, brachte das vom Institut edierte Non Profit Law Yearbook heraus, betreute eine Vielzahl ver-

waister Doktoranden und konzipierte eine völlig neue Vorlesung zum Recht der Non-Profit-Organisationen. Wer seine Leistungen aus einem halben Jahr in Hamburg betrachtet, muss bezweifeln, ob *Dieter Reuters* Selbsteinschätzung, er eigne sich nicht für Aufgaben mit Managementcharakter, wirklich richtig ist.

Generationen von Mitarbeitern haben *Dieter Reuter* und seine vorbildhafte Arbeitsdisziplin, seine intellektuelle Schärfe, seinen von Außenstehenden häufig völlig unterschätzten Humor und seine uneitle, nicht hierarchische Führungskultur schätzen und auch lieben gelernt. Seine stets sorgfältig vorbereiteten Vorlesungen, die den jeweiligen Stoff systematisch durchdrangen und gleichzeitig mit einer Fülle von Beispielsfällen die praktische Arbeitstechnik einübten, verlangten nicht wenig an Konzentrationsfähigkeit. Vorlesungen im Plauder- oder Repetitorstil waren nie die Sache von *Dieter Reuter*. Aber Studierende, die sich auf die stringent entwickelten Gedankengänge einließen, hatten neben vielen Details auch immer den Kern einer Rechtsfrage verstanden und damit mehr gelernt als zunächst angenommen. Die Mitarbeiter seines Kieler Lehrstuhls, die durch die Bank hervorragende Ergebnisse in den Staatsexamina erreichten und in vielen Bereichen als Juristen Karriere gemacht haben, erzählen gerne, sie hätten in der täglichen Teerunde mit ihrem Lehrer in *Edeltraut Strzeleckis* Sekretärinnenbüro mehr gelernt als bei jedem auch noch so guten Repetitor.

Trotz sieben vollendeter Lebensjahrzehnte hat *Dieter Reuter* sich weiter viel vorgenommen. Dem Jubilar sei dabei Freude gewünscht. Die Fachwelt darf weiter Schwergewichtiges erwarten.

Michael Martinek

Peter Rawert

Birgit Weitemeyer

A. Allgemeines Privatrecht

Satzungsvorbehalt für die Vorstandsvergütung bei Vereinen und Stiftungen?

ARND ARNOLD

I. Einleitung

Auch im Vereins- und Stiftungsrecht, zu dessen Fortentwicklung der Jubilar maßgeblich beigetragen hat, sind zuletzt die Vorstandsvergütungen in die Diskussion geraten. Den Anlass bilden dabei – wie so häufig im Recht der Non-Profit-Organisationen – die Vorschriften über die steuerliche Gemeinnützigkeit: Nach dem durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements¹ eingeführten § 3 Nr. 26 a EStG sind Einnahmen aus einer nebenberuflichen Tätigkeit im Dienst oder Auftrag einer unter § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG fallenden Einrichtung zur Förderung gemeinnütziger, mildtätiger und kirchlicher Zwecke (§§ 52–54 AO) bis zu einer Höhe 500 Euro von der Einkommensteuer befreit. Diese Regelung erweckt den Eindruck, gemeinnützige Vereine und Stiftungen könnten nunmehr ihren Vorständen unproblematisch steuerfrei eine Vergütung in entsprechender Höhe zahlen. Dieser Auffassung hat jedoch das Bundesfinanzministerium in mehreren Schreiben widersprochen. Dabei hat es zunächst ausgeführt, dass die Zahlung von Vergütungen nicht mit dem Gebot, sämtliche Mittel für die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke zu verwenden (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 AO), vereinbar und damit schädlich für die Gemeinnützigkeit sei, wenn der Vorstand nach der Satzung ehrenamtlich tätig sei.² In einem weiteren Schreiben³ hat das Bundesfinanzministerium sogar einen noch restriktiveren Standpunkt eingenommen: Nach den für Vereine geltenden zivilrechtlichen Vorschriften habe der Vorstand sein Amt ehrenamtlich auszuüben. Die Gewährung von Vergütungen bedürfe einer ausdrücklichen Erlaubnis in der Satzung. Zahle ein Verein dem Vorstand ohne eine derartige Satzungsbestimmung eine Vergütung, verstoße er gegen das Gebot der Selbstlosigkeit und könne nicht als gemeinnützig behandelt werden.

¹ BGBl. I 2007, 2332.

² BMF, Schreiben v. 25.11.2008, IV C 4 – S 2121/07/0010, DStR 2008, 2479.

³ BMF, Schreiben v. 22.4.2009, IV C 4 – S 2121/07/0010, DB 2009, 987; dazu *Hüttemann* DB 2009, 1205 ff.

Die Praxis wird auf diese Entwicklung mit entsprechenden Änderungen der Vereinssatzungen reagieren, soweit diese eine Vergütung des Vorstands noch nicht ausdrücklich erlauben. Da das Bundesfinanzministerium bei der Zahlung von Vergütungen ohne eine entsprechende Satzungsgrundlage zwischen dem 10.10.2007 – dem Tag der Ausfertigung des Gesetzes zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements – und dem 31.12.2009 aus Billigkeitsgründen von einer Aberkennung der Gemeinnützigkeit absehen will, wenn die Leistungen nicht unangemessen hoch waren⁴, scheinen die Konsequenzen für die Praxis auf den ersten Blick erträglich. Dies gilt freilich nicht, soweit eine entsprechende Satzungsänderung in der Mitgliederversammlung scheitert, weil die nach § 33 Abs. 1 BGB erforderliche Drei-Viertel-Mehrheit verfehlt wird. Zweifelsfragen ergeben sich zudem im Hinblick auf bislang ohne eine entsprechende Satzungsgrundlage erfolgte Zahlungen, auch wenn die Finanzverwaltung diese nicht zum Anlass für eine Aberkennung der Gemeinnützigkeit nehmen will. Wären derartige Vergütungen zivilrechtlich unzulässig, müssten die betroffenen Vorstände die Zahlungen den Vereinen zurückzahlen, und die handelnden Personen könnten sich wegen Untreue (§ 266 StGB) strafbar gemacht haben. Zuletzt wirkt es befremdlich, wenn sich die Finanzverwaltung nunmehr auch zur Auslegung des Zivilrechts berufen fühlt.

Im Folgenden soll daher überprüft werden, ob die Zahlung von Vergütungen an Vereinsvorstände tatsächlich eine entsprechende Regelung in der Satzung voraussetzt. Ferner soll auch die Rechtslage bei der Stiftung untersucht werden; denn auch wenn sich die Ausführungen der Finanzverwaltung nur auf Vereine beziehen, stellen sich für Stiftungen die gleichen Fragen.

II. Die Vergütung von Vereinsvorständen

1. *Das Fehlen eines gesetzlichen Vergütungsanspruchs*

Die §§ 21–79 BGB regeln die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vereinsvorstand Anspruch auf eine Vergütung hat, nicht ausdrücklich. Allerdings bestimmt § 27 Abs. 3 BGB, dass sich das Rechtsverhältnis der Vorstandsmitglieder zum Verein nach den §§ 664–770 BGB bestimmt. Ein Anspruch des Vorstands auf Vergütung besteht damit grundsätzlich nicht⁵; denn die §§ 664–670 BGB sehen einen derartigen Anspruch nicht vor. Vielmehr

⁴ Schreiben des BMF v. 22.4.2009 (Fn. 3), DB 2009, 987; siehe auch die vorherigen Übergangsregeln im Schreiben des BMF v. 9.3.2009, IV C 4 – S 2121/07/0010, DStR 2009, 585 und das Schreiben des BMF v. 25.11.2008 (Fn. 2), DStR 2008, 2479, 2480.

⁵ Siehe nur OLG Celle Nds. Rpfl. 1993, 244, 245; JurisPK-BGB/Otto, 4. Aufl. 2008, § 27 Rn. 34; Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Aufl. 2004, Rn. 309; Reuter EWiR 1988, 427.

kann der Vorstand nach §§ 27 Abs. 3, 670 BGB nur den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann. Damit hat der Vorstand einen Anspruch auf Ersatz seiner tatsächlich angefallenen Auslagen, insbesondere für Reisekosten, Post- und Telefonspesen, zusätzliche Beherbergungs- und Verpflegungskosten etc., wenn sie für die Ausführung der übernommenen Tätigkeit erforderlich sind und sich in einem angemessenen Rahmen halten; er kann aber keine Entschädigung für eingesetzte Arbeitszeit und Arbeitskraft verlangen.⁶ Dabei sind sämtliche Pauschalen, die nicht tatsächlich entstanden und belegbaren Aufwand abdecken oder Ersatz für Kosten sind, die mit der in Frage stehenden Tätigkeit typischerweise für den Beauftragten verbunden sind und in dieser Höhe üblicherweise pauschal ohne Einzelnachweis erstattet werden, verdeckte Vergütungen.⁷

2. Die Zulässigkeit von Vergütungen

a) Meinungsstand

Aus der fehlenden gesetzlichen Regelung eines Vergütungsanspruchs folgt aber nicht, dass eine Vergütung ausgeschlossen wäre. Vielmehr wird die Zulässigkeit einer Entschädigung des Vorstands für die von ihm aufgewandte Arbeitskraft bereits in § 27 Abs. 2 BGB vorausgesetzt. Dort heißt es, dass die Bestellung *unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsgemäße Vergütung* jederzeit widerruflich ist. Zudem setzt auch der neue § 31a BGB, der für unentgeltlich oder für eine geringe Vergütung tätige Vorstände eine Haftungsprivilegierung vorsieht⁸, die Zulässigkeit derartiger Gehaltszahlungen voraus. Begründet wird ein derartiger Anspruch durch Abschluss eines entsprechenden Anstellungsvertrags mit dem Vorstand. Dieser bedarf keiner Form, sondern kann auch stillschweigend abgeschlossen werden.⁹ Darüber hinaus wird freilich im vereinsrechtlichen Schrifttum im Einklang mit den Ausführungen des Bundesfinanzministeriums vielfach eine Regelung in der Satzung, die eine Vergütung erlaubt, für erforderlich gehalten.¹⁰ Zur Begrün-

⁶ BGH NJW-RR 1988, 745, 746; Reichert, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl. 2010, Rn. 1217 ff.; Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 9. Aufl. 2004, Rn. 310 f.; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 18. Aufl. 2006, Rn. 288.

⁷ BGH NJW-RR 1988, 745, 746.

⁸ Zu dieser Regelung siehe nur Reuter NZG 2009, 1368 ff. und Arnold in: Non Profit Law Yearbook 2009, S. 89 ff.

⁹ Reichert (Fn. 6), Rn. 1217; Hüttemann DB 2009, 1205, 1207.

¹⁰ Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl. 2010, § 27 Rn. 5; jurisPK-BGB/Otto (Fn. 5), § 27 Rn. 45; Hüffer WuB II L § 27 BGB 1.88; Hüttemann, DB 2009, 1205, 1207. Unklar Stöber (Fn. 6), Rn. 309, nach dem ein Vergütungsanspruch nur besteht, wenn die Satzung dies vorsieht oder ein besonderer Verpflichtungsgrund insbesondere in Form eines schuldrechtlichen Anstellungsvertrags besteht, der dann aber feststellt, dass der Vorstand grundsätzlich ehrenamtlich zu arbeiten habe, soweit eine entsprechende Satzungsbestimmung fehle.

dung dieser Auffassung wird darauf verwiesen, dass der Vorstand nach der gesetzlichen Regelung ehrenamtlich tätig werde. Daher müsse eine abweichende Bestimmung nach § 40 BGB in der Satzung getroffen werden. Im Übrigen wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass dies auch die Auffassung des BGH sei.

Indes ist der Standpunkt der Rechtsprechung keineswegs so eindeutig, wie es diese Ausführungen in der Literatur vermuten lassen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das in diesem Zusammenhang immer wieder zitierte Urteil des BGH vom 14.12.1987¹¹, in dem dieser über die Rechtmäßigkeit von Vergütungen von Vorstandsmitgliedern und der Mitglieder eines von der Satzung als weiteres Organ vorgesehenen Verwaltungsrats zu entscheiden hatte. Dabei sah die Satzung des Vereins vor, dass dem Verwaltungsrat des Vereins die eventuelle Festsetzung einer angemessenen Vergütung für den Vorstand oblag. Im Hinblick auf die Mitglieder des Verwaltungsrats fehlte eine entsprechende Regelung. In seiner Entscheidung vertrat der BGH zunächst die Auffassung, dass das in der Satzung verankerte Tatbestandsmerkmal der „angemessenen Vergütung“ gerichtlich voll nachprüfbar sei.¹² Die Zahlung von Vergütungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats als weiteres satzungsmäßiges Organ des Vereins hielt der BGH für unzulässig. Da die Satzung den Verwaltungsrat nur zur Festsetzung einer angemessenen Vergütung für den Vorstand ermächtigte und für die Festsetzung von Vergütungen von Verwaltungsratsmitgliedern eine entsprechende Satzungsbestimmung fehle, folge daraus im Umkehrschluss, dass dem Verwaltungsrat keine Vergütung zustehen solle, sondern dass er seine Tätigkeit ehrenamtlich auszuüben habe.¹³ Der BGH hat also den Satzungsvorbehalt allein aus der Auslegung der konkreten Vereinssatzung abgeleitet. Die Aussage, dass eine Vergütung als Abweichung vom gesetzlichen Regelfall der ehrenamtlichen Tätigkeit generell einer Festsetzung in der Satzung bedürfe, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen.

Nach dieser Entscheidung hat der BGH nochmals 2007 Stellung zu der Frage genommen, unter welchen Voraussetzungen eine Vergütung von Vereinsvorständen zulässig ist. Hierbei hat er seine Entscheidung aus dem Jahr 1987 ausdrücklich bestätigt und die im konkreten Fall gezahlten Vergütungen als „satzungswidrig“ angesehen, „weil nach der Satzung des Vereins die Vorstandsmitglieder ihre organschaftliche Tätigkeit ehrenamtlich auszuüben haben und die Satzung eine Vergütung der aufgewendeten Arbeitszeit und Arbeitskraft gerade nicht vorsieht“.¹⁴ Damit hat der BGH die Unzulässigkeit einer Vergütung erneut nicht mit § 27 Abs. 3 BGB begründet, sondern den

¹¹ BGH NJW-RR 1988, 745 ff.

¹² BGH NJW-RR 1988, 745, 746.

¹³ BGH NJW-RR 1988, 745, 747.

¹⁴ BGH WM 2008, 736.

Satzungsvorbehalt für derartige Zahlungen allein aus der Satzung selbst abgeleitet, die eben eine ehrenamtliche Tätigkeit vorgesehen habe. Woraus sich in der Satzung ergab, dass der Vorstand ehrenamtlich tätig werden sollte, bleibt freilich offen, da die Entscheidung die fraglichen Bestimmungen der Satzung nicht wiedergibt.¹⁵

Festzuhalten ist damit: Aus der Rechtsprechung des BGH ergibt sich bislang keineswegs eindeutig, dass die Vergütung von Vereinsvorständen eine Regelung in der Satzung voraussetzt.

Allerdings finden sich in der Rechtsprechung der Instanzgerichte zwei Entscheidungen, die für die Notwendigkeit einer Satzungsregelung sprechen.¹⁶ So hat das LG München I¹⁷ die Auffassung vertreten, dass ein Mitglied des Vorstands eines eingetragenen Vereins nach seinem Ausscheiden aus dem Vorstand keinen Anspruch auf Übertragung einer vom Verein zu seinen Gunsten abgeschlossenen Lebensversicherung habe, wenn eine entsprechende Vergütung über den ihm für seine Tätigkeit zustehenden Aufwendersersatz hinaus nicht satzungsgemäß beschlossen worden sei. Ausdrücklich bejaht wurde die Erforderlichkeit einer entsprechenden Satzungsregelung schließlich vom FG Hamburg.¹⁸ Zur Begründung verwies es auf die genannten Entscheidungen des BGH und führte weiter aus, Finanzierungen von umfangreichen Leistungen an die Mitglieder eines Vereins wie die Gewährung einer Vergütung an den Vorstand fielen unter die wesentlichen Grundentscheidungen, die einer satzungsmäßigen Grundlage bedürften.

b) Kritische Analyse

aa) Der Wortlaut

Gegen die Notwendigkeit einer Regelung der Vorstandsvergütung in der Satzung spricht indes bereits der Wortlaut des § 27 Abs. 3 BGB. Dieser verweist nur auf die §§ 664–670 BGB. Auf § 662 BGB, der die Unentgeltlichkeit des Auftrags regelt, wird also gerade nicht Bezug genommen. Freilich wird teilweise auch mit § 40 BGB argumentiert: Da nach dieser Vorschrift § 27 Abs. 3 BGB nur dann keine Anwendung finde, wenn die Satzung etwas anderes bestimme, und §§ 27 Abs. 3, 664–670 BGB nur einen Anspruch auf

¹⁵ Die vorhergehende Entscheidung des Kammergerichts in der Sache ist nicht verfügbar.

¹⁶ Die teilweise in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des OLG Celle Nds. RpfL 1993, 244, 245 betrifft nur den Aufwendersersatzanspruch ehrenamtlich tätiger Vorstandsmitglieder oder besonderer Vertreter und enthält im Hinblick auf die hier behandelte Frage lediglich die selbstverständliche Feststellung, dass Vorstandsmitglieder, soweit keine abweichende *Vereinbarung* bestehe, ihr Amt ehrenamtlich zu führen und nur einen Anspruch auf Aufwendersersatz nach §§ 27 Abs. 3, 670 BGB hätten.

¹⁷ LG München I VersR 2008, 1703.

¹⁸ FG Hamburg v. 19.6.2008, 5 K 165/06, Rn. 151 (Juris).

Aufwendungsersatz, nicht aber auf ein Gehalt vorsähen, erfordere die Zahlung einer Vergütung an den Vorstand eine entsprechende Satzungsregelung.¹⁹ Damit wird freilich vorausgesetzt, dass die §§ 27 Abs. 3, 664–670 BGB das Rechtsverhältnis zwischen Vorstand und Verein abschließend regeln. Dies erscheint indes schon im Hinblick auf die eher rudimentäre Regelung der §§ 664–670 BGB fraglich. Dies gilt umso mehr, da § 27 Abs. 2 BGB bereits davon ausgeht, dass dem Vorstand durch Vertrag eine Vergütung gewährt werden kann. Schließlich steht die Einräumung eines Anspruchs auf Aufwendungsersatz der Zahlung einer Vergütung keineswegs zwangsläufig entgegen, wie bereits das Beispiel der entgeltlichen Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) zeigt. Insgesamt lässt sich damit aus dem Gesetzeswortlaut nicht ableiten, dass Vereinsvorstände nur dann ein Gehalt beziehen dürfen, wenn dies in der Satzung vorgesehen ist.

bb) Das Konzept des historischen Gesetzgebers

Dieser Befund wird auch durch den Blick in die Gesetzesmaterialien gestützt. Vorläufer des § 27 Abs. 3 BGB im ersten Entwurf des BGB war § 44 BGBG-E I.²⁰ Nach dieser Vorschrift fanden auf die Rechte und Pflichten des Vorstands gegenüber der Körperschaft die „Vorschriften der §§ 585, 588 bis 596 entsprechende Anwendung“.²¹ Auch im ersten Entwurf wurden damit die Rechte und Pflichten des Vorstands in Anlehnung an das Auftragsrecht geregelt. Dabei entsprachen die §§ 588–595 BGB-E I weitgehend den heutigen §§ 664–670 BGB. § 585 BGB-E I war der Vorläufer des heutigen § 662 BGB. Anders als dieser setzte die Regelung aber nicht voraus, dass der Auftrag unentgeltlich auszuführen war. Vielmehr sah § 596 BGB-E I, auf den § 44 BGB-E I für den Vereinsvorstand gleichfalls Bezug nahm, ausdrücklich vor, dass der Auftraggeber sich verpflichten könne, für die Ausführung des Auftrags dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren. Eine solche sollte als stillschweigend vereinbart anzusehen sein, wenn die Ausführung des Auftrags nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. Der Gesetzgeber ging also nicht davon aus, dass der Vorstand in der Regel ehrenamtlich tätig wird. Vor diesem Hintergrund kam es auf § 44 Abs. 7 BGB-E I, nach dem die Verweisung auf das Auftragsrecht nur galt, „als nicht die Verfassung ein Anderes bestimmt“, im Hinblick auf die Vergütung gar nicht mehr an. Schon nach den in Bezug genommenen Vorschriften des Auftragsrechts konnte eine Vergütung vereinbart werden.

¹⁹ So *Hüttemann* DB 2009, 1205, 1207, 1209.

²⁰ Die Vorschrift ist abgedruckt bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, S. LX.

²¹ Die Vorschriften sind abgedruckt bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. XCV ff.

An dieser Lösung wollte auch die zweite Kommission nichts ändern. Sie hielt inhaltlich am ursprünglichen § 44 BGB-E I zunächst fest.²² Im weiteren Verlauf der Beratungen wurde dann § 596 BGB-E I gestrichen und § 585 BGB-E I dahingehend geändert, dass die Unentgeltlichkeit zum Wesen des Auftrags gehören sollte. Als Konsequenz wurde im Hinblick auf die Rechte und Pflichten des Vereinsvorstands nicht nur die Verweisung auf den gestrichenen § 596 BGB-E I, sondern auch auf den geänderten § 585 BGB-E I beseitigt. Dazu heißt es in der Begründung:

„Nachdem § 585 des Entwurfs dahin abgeändert worden sei, dass die Unentgeltlichkeit ein Begriffsmerkmal für den Auftrag bilde, passe § 585 nicht mehr auf die Rechtsbeziehungen, welche zwischen dem Vorstande einer jur. Person und dieser selbst bestehen. Es könne nicht als der Normalfall hingestellt werden, dass der Vorstand einer Körperschaft seine Funktionen ohne jede Vergütung besorge, möge auch bei den Vereinen mit idealen Tendenzen die Unentgeltlichkeit die Regel bilden. Jedenfalls sei der § 585 insoweit entbehrlich, als er, auf den Vorstand einer jur. Person angewendet, nur ausspreche, dass der Vorstand, wenn er die Wahl angenommen habe, das Amt auch führen müsse; denn dies sei selbstverständlich. Anlangend den Ausfall des § 596, so entstehe dadurch keine Lücke, da der Abs. 1 selbstverständlich sei und bezüglich der Vergütung des Vorstands, sei es im Statute, sei es im besonderen Verträge, Vorsorge getroffen sein werde, die Rechtssätze des Abs. 2 aber auch im Wege der Analogie gefunden werden würden.“²³

Ein weitergehender Antrag, die Verweisung auf das Auftragsrecht ganz zu streichen, da erst der Untersuchung des konkreten Falls entnommen werden könne, ob ein Auftragsverhältnis, ein Dienstvertrag oder ein nach der Geschäftsführung des Gesellschafters zu beurteilendes Rechtsverhältnis vorliege, wurde abgelehnt. Die in Bezug genommenen Vorschriften stellten keine besonderen Grundsätze des Auftragsrechts dar, sondern würden in allen Fällen zutreffen, in denen eine Geschäftsbesorgung in Frage komme. Mit dem Verweis solle nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass das Rechtsverhältnis zwischen Vorstand und Verein allein nach Maßgabe der für den Auftrag geltenden Vorschriften zu behandeln sei.²⁴

²² Protokolle S. 1025–1027, zitiert nach *Mugdan* (Fn. 20), S. 609 f.

²³ Protokolle S. 2338, zitiert nach *Mugdan* (Fn. 20), S. 611 = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 2, 1898, S. 378 (mit geringen sprachlichen Änderungen). Zu diesen sprachlichen Glättungen bei der Herausgabe der Protokolle siehe die Einführung von *Schubert* zu Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 1, 1897, Neudruck 1983.

²⁴ Protokolle S. 2339, zitiert nach *Mugdan* (Fn. 20), S. 612.

Damit zeigt sich, dass der historische Gesetzgeber gerade nicht davon ausgegangen ist, dass der Vereinsvorstand in der Regel unentgeltlich tätig wird. Für eine Vergütung des Vorstands sollte vielmehr, wie die zitierte Passage zeigt, ein entsprechender Vertrag genügen.

cc) Regelung der Vergütung als zwingender Bestandteil der Vereinsverfassung?

Die Notwendigkeit einer Regelung der Vorstandsvergütung in der Satzung ließe sich allerdings noch teleologisch begründen, wenn es sich bei der Entscheidung, ob die Vereinsorgane entgeltlich tätig werden, um eine Grundfrage der Vereinsverfassung handelte, die einer Regelung in der Satzung bedarf (§ 25 BGB). Wäre dies zu bejahen, müsste ein „Schweigen“ der Satzung zur Frage der Vorstandsvergütung als Entscheidung für eine unvergütete Tätigkeit verstanden werden.

Grundsätzlich gilt, dass die Vereinssatzung alle für das Vereinsleben bestimmenden Grundentscheidungen über die Organisation und die Mitgliedschaft zu enthalten hat.²⁵ Als „wesentliche Grundentscheidungen“, die in der Satzung getroffen werden müssen, sind dabei von der Rechtsprechung etwa Bestimmungen zum Ausschluss von Mitgliedern und zu sonstigen Vereinsstrafen angesehen worden.²⁶ Für einen Spitzenverband von Kreditgenossenschaften hat sie ferner Satzungsregelungen zur Beitragspflicht der Mitgliedsbanken und zu deren Ansprüchen auf Unterstützungsleistungen in der Unternehmenskrise als erforderlich angesehen.²⁷ Weitergehend wird in der Literatur vertreten, auch die Zusammensetzung und Wirkungsweise von Vereinsorganen sowie die Bestellung der Organmitglieder unterliege „in Grundsätzen“ – nicht dagegen in den technischen Details (Kopfzahl, Durchführung der Wahlen) – dem Satzungszwang.²⁸

Maßgeblich für die Einordnung der genannten Regelungen als „wesentliche Grundentscheidung“ war für die Rechtsprechung in den genannten Fällen regelmäßig der Gedanke des Mitgliederschutzes, während in der Literatur teilweise auf die „Sicherung der Integrationsfunktion der Satzung“ abgestellt wird.²⁹ Weder diese abstrakten Kriterien noch die genannten Fallgruppen legen jedoch den Schluss nahe, dass es sich auch bei der Vergütung der Organe um eine wesentliche Grundentscheidung handelt, die in der Satzung geregelt werden müsste. Insbesondere kann man nicht – wie das FG

²⁵ BGHZ 88, 314, 316; 105, 306, 313; Palandt/*Ellenberger* (Fn. 10), § 25 Rn. 2; Soergel/*Hadding*, BGB, 13. Aufl. 2001, § 25 Rn. 21.

²⁶ Siehe nur BGHZ 47, 172, 177.

²⁷ BGHZ 105, 306, 313.

²⁸ MünchKommBGB/*Reuter*, 5. Aufl. 2006, § 25 Rn. 5.

²⁹ MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 28), § 25 Rn. 5 m.w.N.

Hamburg³⁰ – darauf abstellen, dass die Finanzierung von umfangreichen Leistungen an die Mitglieder eines Vereins einer satzungsmäßigen Grundlage bedürfe. Zwar liegt es nahe, für einen derartigen Grundsatz, der bislang vom BGH noch nicht allgemein formuliert worden ist, den Gedanken des Mitgliederschutzes anzuführen, und darauf zu verweisen, dass Zahlungen an die Organe das Vereinsvermögen schmälern. Indes können die Mitglieder ohnehin nicht auf das Vereinsvermögen zugreifen. Ein allgemeiner Grundsatz, dass jede erhebliche Schmälerung des Vereinsvermögens zum Schutz der Mitglieder einer satzungsmäßigen Grundlage bedarf, wäre auch kaum praktikabel und könnte zudem einer Vorstandsvergütung ohne Satzungsgrundlage nicht generell entgegenstehen, sondern würde nur Zahlungen ab einer bestimmten Höhe ausschließen. Zuletzt spricht gegen die Einordnung der Frage der Organvergütung als wesentliche, der Regelung in der Satzung bedürftige Grundentscheidung der Vergleich mit anderen Körperschaften wie etwa der GmbH, bei der ein Satzungsvorbehalt für die Zahlung von Vergütungen nicht bekannt ist, obwohl auch hier eine unentgeltliche Tätigkeit grundsätzlich möglich ist.³¹ Auch aus dem Grundsatz, dass die Satzung die wesentlichen Grundentscheidungen selbst regeln muss, folgt damit nicht, dass die Vergütung des Vorstands in der Satzung geregelt werden muss.

c) Ergebnis

Festzuhalten ist damit: Weder aus dem Wortlaut, aus den Gesetzesmaterialien noch mit teleologischen Erwägungen lässt sich begründen, dass die Zahlung einer Vergütung an den Vereinsvorstand eine entsprechende Regelung in der Satzung voraussetzt. Die Satzung steht derartigen Zahlungen vielmehr nur entgegen, wenn sie eine unvergütete Tätigkeit des Vorstands vorsieht.

3. *Praktische Konsequenzen*

Praktisch folgt hieraus, dass die Zahlung einer Vergütung an den Vorstand nur dann eine Änderung der Satzung voraussetzt, wenn diese bislang eine unentgeltliche Tätigkeit des Vorstands vorsieht. Dabei kann eine Satzungsänderung insbesondere bei Satzungen erforderlich werden, die eine „ehrenamtliche“ Tätigkeit des Vorstands vorsehen. Zwar bedeutet „Ehrenamtlichkeit“ nicht zwangsläufig „Unentgeltlichkeit“, sondern es bedarf einer Auslegung der konkreten Satzung, um den Bedeutungsgehalt des Begriffs im Einzelfall zu bestimmen.³² In der Praxis wird aber regelmäßig aus der Anordnung einer

³⁰ FG Hamburg v. 19.6.2008, 5 K 165/06, Rn. 151 (Juris).

³¹ Siehe für den GmbH-Geschäftsführer nur Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 Rn. 63.

³² BFH/NV 2001, 1536, 1538; Hüttemann DB 2009, 1205, 1207 f. Gegen eine Gleichsetzung auch das Schreiben des BMF v. 22.4.2009 (Fn. 3), DB 2009, 987.

„ehrenamtlichen“ Tätigkeit gefolgt werden, dass dem Vorstand keine Vergütung gezahlt werden darf.³³

Sieht die Satzung keine unentgeltliche Tätigkeit des Vorstands vor, ist die Zahlung einer Vergütung bereits dann wirksam, wenn ein entsprechender Anstellungsvertrag geschlossen wurde. Zuständig für den Abschluss des Anstellungsvertrags mit dem Vorstand ist im Verein nach herrschender Meinung beim Fehlen abweichender statutarischer Regeln das Organ, dem auch die Bestellung des Vorstands obliegt.³⁴ Vorbehaltlich abweichender Satzungsregelung ist damit die Mitgliederversammlung nicht nur zur Bestellung des Vorstands berufen (§ 27 Abs. 1 BGB), sondern auch zum Abschluss des Anstellungsvertrags. Ausreichend ist dabei aber nach § 32 Abs. 1 S. 3 BGB ein mit einfacher Mehrheit gefasster Beschluss. Ist die Bestellung des Vorstands durch die Satzung einem Präsidium oder erweiterten Vorstand zugewiesen worden, ist dieses Organ vorbehaltlich abweichender Satzungsregelung auch für den Abschluss des Anstellungsvertrags zuständig und hat im Rahmen dieser Kompetenz darüber zu befinden, ob der Vorstand eine Vergütung erhält und welche Höhe diese haben soll. Wird dabei eine überhöhte Vergütung gewährt, kommt eine Haftung der Mitglieder eines solchen Organs gegenüber dem Verein auf Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens in Betracht.³⁵

Konsequenzen hat die Entbehrlichkeit einer Satzungsbestimmung zur Vorstandsvergütung auch für das Steuerrecht. Entgegen der Auffassung des Bundesfinanzministeriums³⁶ liegt ein Verstoß gegen das Gebot der Selbstlosigkeit nicht bereits dann vor, wenn der Verein dem Vorstand eine Vergütung zahlt, obwohl die Satzung dies nicht ausdrücklich vorsieht. Gemeinnützigkeitsschädlich ist vielmehr erst die Zahlung von Vergütungen, falls die Satzung vorsieht, dass der Vorstand unentgeltlich tätig ist; denn in diesem Fall verstößt der Verein mit der Gewährung von Vergütungen gegen das aus § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO folgende Verbot, sämtliche Mittel allein für die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke zu verwenden.³⁷

³³ Vgl. BGH WM 2008, 736 und OLG Köln OLGZ 1990, 233, 234 f.

³⁴ BGHZ 113, 237, 241 ff.; *Sauter/Schweyer/Waldner* (Fn. 6), Rn. 263; *Soergel/Hadding* (Fn. 25), § 27 Rn. 13; kritisch *MünchKommBGB/Reuter* (Fn. 28), § 27 Rn. 9.

³⁵ Siehe zur Haftung solcher durch die Satzung geschaffenen Organe nur *Arnold* in: *Non Profit Law Yearbook* 2009, S. 89, 90 und *Erman/H. P. Westermann*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 27 Rn. 7.

³⁶ Schreiben des BMF v. 22.4.2009 (Fn. 3), DB 2009, 987. Wie hier dagegen noch Schreiben des BMF v. 25.11.2008 (Fn. 2), DStR 2008, 2479, 2480.

³⁷ Siehe dazu BFH/NV 2001, 1536, 1538; Schreiben des BMF v. 25.11.2008 (Fn. 2), DStR 2008, 2479.

III. Die Vergütung von Stiftungsvorständen

1. Die Bedeutung landesrechtlicher Regelungen

Angesichts der Diskussion über die Zulässigkeit der Vergütung von Vereinsvorständen liegt die Frage nahe, ob im Stiftungsrecht vergleichbare Probleme bestehen.³⁸ Dies gilt umso mehr, als § 27 Abs. 3 BGB gemäß § 86 BGB für Stiftungen entsprechend gilt. Allerdings könnten hier zusätzlich Regelungen der Landesstiftungsgesetze zu beachten sein. Diese enthalten üblicherweise die Vorgabe, dass Erträge nur zur Erfüllung des Stiftungszwecks verwendet werden dürfen.³⁹ In der Regel findet sich dabei die – selbstverständliche – Ergänzung, dass auch eine Verwendung für die notwendigen Verwaltungskosten zulässig ist. Klare Vorgaben für die Zulässigkeit von Organvergütungen lassen sich diesen allgemeinen Regelungen nicht entnehmen. Nur wenige Landesstiftungsgesetze sprechen die Frage der Vorstandsvergütung ausdrücklich an. So heißt es etwa in § 6 Abs. 3 BremStiftG, § 6 Abs. 4 NiedeStiftG und § 5 Abs. 2 SaarlStiftG, dass die Mitglieder der Stiftungsorgane Anspruch auf Ersatz angemessener Auslagen hätten; bei entgeltlicher Tätigkeit seien Art und Umfang der Dienstleistungen und der Vergütung vor Aufnahme der Tätigkeit schriftlich zu regeln. Eine Regelung *in der Satzung* wird damit aber nicht verlangt. Zudem soll der Verstoß gegen dieses Formerfordernis nicht die Nichtigkeit entsprechender Vereinbarungen zur Folge haben, da dem Landesgesetzgeber hierfür die Kompetenz fehle.⁴⁰

Einzig § 4 Abs. 6 SchlHolstStiftG bestimmt, dass die Satzung für nicht hauptamtliche Mitglieder der Stiftungsorgane den Ersatz notwendiger Auslagen und des entgangenen Arbeitsverdienstes sowie die Gewährung einer angemessenen Aufwandsentschädigung vorsehen könne. Indes bleibt die Aussage dieser Vorschrift rätselhaft.⁴¹ Sie legt den Umkehrschluss nahe, dass hauptamtliche Mitglieder der Stiftungsorgane überhaupt gar keine Vergütung erhalten dürfen. Dies wäre indes kaum ein sinnvolles Ergebnis. Tatsächlich ging auch der Landesgesetzgeber bereits davon aus, dass bei größeren Stiftungen eine hauptberufliche Verwaltungstätigkeit erforderlich sein könne.⁴² Würde man umgekehrt aus der Vorschrift ableiten, dass die Vergütung hauptamtlicher Organmitglieder keine Regelung in der Satzung voraussetzt, bliebe unklar, weshalb die Vorschrift gerade bei ehrenamtlicher Tätigkeit eine ent-

³⁸ Vgl. zur Unsicherheit in der Praxis nur *Mecking Stiftung & Sponsoring* 4/2009, 43 f.

³⁹ Art. 7 Abs. 3 BayStiftG; § 7 Abs. 3 BremStiftG; § 4 Abs. 3 HambStiftG; § 6 Abs. 3 HessStiftG; § 6 Abs. 2 NiedeStiftG; § 4 Abs. 3 NWStiftG; § 7 Abs. 3 RhPfStiftG; § 6 Abs. 2 SaarlStiftG; § 4 Abs. 2 SchlHolstStiftG; § 8 Abs. 2 ThürStiftG.

⁴⁰ Siegmund-Schultze, NiedeStiftG, 9. Aufl. 2005, § 6 Anm. 5.

⁴¹ Wenig ergiebig dazu *Lehmann*, SchlHolstStiftG, 2. Aufl. 2002, § 4 Anm. 4.3.

⁴² Vgl. LT-Drucks. 7/169, S. 14.

sprechende Satzungsbestimmung verlangt.⁴³ Zudem widerspricht die Regelung den §§ 86, 27 Abs. 3, 670 BGB, die einen Anspruch auf Aufwendersersatz unabhängig von einer entsprechenden Satzungsregelung vorsehen. Die insoweit vereinzelt vertretene Auffassung, § 4 SchlHolstStiftG verdränge als Spezialvorschrift die BGB-Vorschriften⁴⁴, ist kaum vertretbar. Vielmehr wird man annehmen müssen, dass der Bundesgesetzgeber mit §§ 86, 27 Abs. 3 BGB die Rechtsstellung des Stiftungsvorstands abschließend geregelt hat und den Ländern für eigene Regelungen in diesem Bereich die Gesetzgebungskompetenz fehlt.⁴⁵ Damit kann es für die Zulässigkeit von Vorstandsvergütungen bei Stiftungen von vornherein nicht auf landesrechtliche Regelungen ankommen, und § 4 Abs. 6 SchlHolstStiftG ist obsolet.

2. Der Bedeutung des § 86 BGB

Maßgeblich für die Zulässigkeit von Vorstandsvergütungen ist folglich allein § 86 BGB, nach dem § 27 Abs. 3 BGB auf Stiftungen entsprechende Anwendung findet, soweit „sich nicht aus der Verfassung, insbesondere daraus, dass die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, ein anderes ergibt“. Diese Regelung wird allgemein so verstanden, dass die entsprechende Anwendung des § 27 Abs. 3 BGB durch die Satzung ausgeschlossen werden kann.⁴⁶ Angesichts dieser Parallele zu § 40 BGB sollte man erwarten, dass auch im Stiftungsrecht die Zahlung einer Vergütung an den Vorstand von einer ausdrücklichen Regelung in der Satzung abhängig gemacht wird. Tatsächlich wird diese Auffassung aber eher selten vertreten.⁴⁷ Stattdessen wird es vielfach für ausreichend gehalten, dass sich die Zulässigkeit einer Vorstandsvergütung durch Auslegung der Satzung ergibt; auf das Erfordernis einer ausdrücklichen Regelung wird also verzichtet.⁴⁸ Dabei sollen bei der Auslegung insbesondere die Art und der Umfang der vom Stifter vorgesehenen Stiftungstätigkeit zu berücksichtigen sein. Bei Anstaltsstiftun-

⁴³ Die Gesetzesbegründung, LT-Drucks. 7/169, S. 14, verweist nur darauf, dass die Tätigkeit bei Stiftungen möglichst unentgeltlich sein sollte.

⁴⁴ So *Gebel/Hinrichsen*, SchlHolstStiftG, 1994, § 4 Anm. 5.3.

⁴⁵ *Hüttemann/Rawert* ZIP 2002, 2019, 2022 f.

⁴⁶ BeckOK BGB/Schwarz/Backert, Stand 1.2.2007, § 86 Rn. 5; Palandt/Ellenberger (Fn. 10), § 86 Rn. 1; Soergel/Neuhoff, BGB, 13. Aufl. 2001, § 86 Rn. 12; Staudinger/Rawert BGB, Bearbeitung 1995, § 86 Rn. 12. A. A. für die Vorstandshaftung unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift MünchKommBGB/Reuter (Fn. 28), § 86 Rn. 20. Dagegen aber *Hüttemann/Herzog* in: Non Profit Yearbook 2006, S. 33, 45 f.; *Schwintek* ZSt 2005, 108, 112 und *Arnold* in: Non Profit Law Yearbook 2009, S. 89, 93 ff. mit eingehender Analyse der Gesetzesmaterialien.

⁴⁷ In diesem Sinne *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 232. Unklar *Feick*, ZSt 2007, 152 ff.

⁴⁸ *Schwintek*, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, S. 375; *Hüttemann* DB 2009, 1205, 1207.

gen und Stiftungen mit großem Kapitalvermögen sei daher regelmäßig von der Zulässigkeit einer Vergütung auszugehen.⁴⁹

Zudem nehmen viele Autoren an, dass das Anstellungsorgan nach pflichtgemäßem Ermessen über die Gewährung einer Vergütung entscheiden könne, wenn die Stiftungssatzung zur Frage der Vergütung schweige und auch eine Auslegung des Stiftungsgeschäfts zu keinem Ergebnis führe.⁵⁰ Ein Satzungsvorbehalt soll also nicht bestehen. Begründet wird diese Abweichung gegenüber der im Vereinsrecht herrschenden Auffassung damit, dass der vereinsrechtliche Satzungsvorbehalt des § 40 BGB für die Stiftung mangels Verweisung in § 86 BGB nicht gelte.⁵¹ Zudem stelle die Frage der Organvergütung keine identitätsbestimmende Grundentscheidung dar und unterliege daher nicht dem Vorbehalt des Stiftungsgeschäfts.⁵²

Dieser liberalere Ansatz im Stiftungsrecht ist schon angesichts der besonderen Hürden bei der Änderung von Stiftungssatzungen verständlich. Auch überzeugt die These, dass sich die Zulässigkeit einer Vergütung nicht nur aus einer ausdrücklichen Satzungsregelung, sondern auch aufgrund einer Auslegung des Stiftungsgeschäfts ergeben kann. Die in der vereinsrechtlichen Literatur anklingende Forderung nach einer ausdrücklichen Regelung wird dort letztlich nicht begründet. Dagegen ist es unter Berücksichtigung der im Schrifttum überwiegenden Auffassung zu §§ 27, 40 BGB nicht verständlich, weshalb im Stiftungsrecht das Anstellungsorgan bei Fehlen einer Satzungsbestimmung berechtigt sein soll, nach pflichtgemäßem Ermessen über die Gewährung einer Vergütung zu entscheiden. Insbesondere kann nicht mit der fehlenden Anwendbarkeit des § 40 BGB argumentiert werden; denn im Hinblick auf § 27 Abs. 3 BGB enthält das Stiftungsrecht mit § 86 BGB einen § 40 BGB entsprechenden Satzungsvorbehalt. Indes erweist sich die h.L. im Stiftungsrecht vor dem Hintergrund der oben für den Verein gefundenen Lösung im Ergebnis als richtig. Da aus § 27 Abs. 3 BGB nicht folgt, dass der Vorstand im Regelfall unentgeltlich tätig zu werden hat, setzt auch bei der Stiftung die Gewährung eines Gehalts keine Regelung in der Satzung voraus.

3. Ergebnis

Auch im Stiftungsrecht ist damit die Zahlung einer Vergütung an den Vorstand zulässig, soweit die Satzung keine unentgeltliche Tätigkeit vorsieht.

⁴⁹ Hüttemann DB 2009, 1205, 1207.

⁵⁰ MünchKommBGB/Reuter (Fn. 28), § 86 Rn. 6; Lüke, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Bd. 5: Verein, Stiftung, 3. Aufl. 2009, § 92 Rn. 41; Hüttemann DB 2009, 1205, 1207; Lunk/Rawert in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91, 92.

⁵¹ Hüttemann DB 2009, 1205, 1207.

⁵² MünchKommBGB/Reuter (Fn. 28), § 86 Rn. 6; Hüttemann DB 2009, 1205, 1207; Lunk/Rawert in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91, 92.

Notwendig ist lediglich der Abschluss eines entsprechenden Anstellungsvertrags. Regelt die Satzung die Frage der Vergütung nicht, so hat das Anstellungsorgan⁵³ nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob dem Vorstand ein Gehalt gezahlt wird.

IV. Zusammenfassung

Nach § 27 Abs. 3 BGB finden auf die Geschäftsführung des Vereinsvorstands die §§ 664–670 BGB entsprechende Anwendung. Einen Anspruch des Vorstands auf eine Vergütung für seine Tätigkeit sehen diese Vorschriften nicht vor. Hieraus folgt aber nicht, dass das Gesetz eine unentgeltliche Vorstandstätigkeit als Regelfall ansieht. Daher setzt die Zahlung eines Gehalts nicht voraus, dass die Vereinsatzung dies ausdrücklich erlaubt. Vielmehr sind Vergütungen zulässig, soweit die Satzung nicht eine unentgeltliche Tätigkeit des Vorstands vorsieht. Zur Begründung von Vergütungsansprüchen genügt daher regelmäßig der Abschluss eines entsprechenden Anstellungsvertrags.

Für die Stiftung ergibt sich wegen der Verweisung des § 86 BGB auf § 27 Abs. 3 BGB das gleiche Ergebnis. Etwaige Regelungen der Landesstiftungsgesetze sind unbeachtlich, da den Ländern in diesem Bereich die Gesetzgebungskompetenz fehlt.

⁵³ Zum Bestellungs- und Anstellungsorgan bei Stiftungen siehe MünchKommBGB/Reuter (Fn. 28), § 86 Rn. 4; Lunk/Rawert in: Non Profit Law Yearbook 2001, S. 91, 93 ff.

In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus

Tatbestandsteilung und Pendenz im Obligationenrecht

ANDREAS BERGMANN

Inhaltsübersicht

I. Konzentration und Tatbestandsteilung	17
II. Tatbestandswirkung und Pendenzwirkung	20
III. Notwendige und fakultative Pendenzwirkungen	21
IV. Die sekundärrechtliche Vollwirkung des § 160 Abs. 1 BGB	23
V. Die tradierten Erklärungsversuche der Pendenzwirkungen	24
1. Pendenz- und Rückwirkung in den römischen Quellen	24
2. In contractibus conditiones retro trahuntur ad initium et non in legatis	27
3. Duo vincula ligant plus quam unum	29
4. Pothier und der Code civil	30
5. Von der Rückwirkung zur Rückziehung	32
VI. Die Unentbehrlichkeit des Rückwirkungsgedankens	35
1. Windscheids Theorie der Willensbindung und das BGB	36
2. Die Vorwirkung	38
3. Die passive Wirkung der Rechte	40
VII. Anwendungsbereich	41

I. Konzentration und Tatbestandsteilung

Rudolph v. Jhering sah im älteren römischen Recht den Gedanken der Konzentration des Rechtsgeschäfts verwirklicht:¹ Entstehung und Wirkung eines Rechtsgeschäfts konzentrierten sich im Zeitpunkt seiner Vornahme; das Davor und das Danach sei ohne Bedeutung. Diesen Gedanken der punktuellen Konzentration des Rechtsgeschäfts zeichnete er in drei Richtungen: der Simultaneität des Aktes, des Tatbestandes und der Wirkung. Der *Akt des Vertragsschlusses* müsse ein „einiger“ sein; er dürfe nicht aufgespalten und stückchenweise zu verschiedenen Zeiten an verschiedenen Orten vorgenom-

¹ *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts III⁸, 1954, S. 151 ff.

men werden.² Auch die übrigen, über den Willenskonsens hinausgehenden *Tatbestandsmerkmale* des Rechtsgeschäfts müssen zum Zeitpunkt des Willensaktes vorliegen. „Was nützt es dem Jäger, der im Moment, wo er schießen soll, zwar ein Gewehr, aber kein Pulver hat, daß er früher Pulver gehabt hat oder es später bekommen wird“. Der dritte Punkt des Konzentrationsgedankens ist die Simultanität der *Wirkungen*: ist das Rechtsgeschäft abgeschlossen und sein übriger Tatbestand vollendet, so existiert und wirkt es. Ein leerer Zwischenraum zwischen dem Abschluss des Rechtsgeschäfts und der Entstehung des Rechts ist ebenso unmöglich „wie eine Geburt, bei der das Leben erst nach einiger Zeit beginnen soll“.

Die Vorstellung eines Simultanitätsgebots für den Gründungsakt eines aus mehreren Stücken bestehenden Tatbestands ist heute – trotz seiner inhärenten Einfachheit – überwunden und wurde letztlich auch im älteren römischen Recht, wie die Zulassung der *condicio* zeigt, niemals mit Ausschließlichkeitsanspruch gehandhabt. Die sukzessive Realisierung, d.h. die sich über einen längeren Zeitraum erstreckende Verwirklichung eines Gesamttatbestands – ein Vorgang, den ich Anlehnung an die Terminologie *Kühnes* als *Tatbestandsteilung* bezeichnen möchte³ – ist eine nicht weiter hinterfragte Selbstverständlichkeit.⁴ Beim Vertragsschluss etwa können Angebot und Annahme zeitlich wie räumlich auseinander fallen (§ 147 Abs. 2 BGB). Mit Umsetzung des letzten, noch fehlenden Tatbestandstücks tritt *Vollwirkung* ein, d.h. die Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung an die (vollständige) Erfüllung des Tatbestandes knüpft, treten in Geltung.

Die Zulassung der Tatbestandsteilung wird von einem weiteren Phänomen begleitet. Den Parteien wird nämlich nicht nur die Möglichkeit an die Hand gegeben, die verschiedenen vom Gesetz vorgegebenen Tatbestandsmerkmale (Rechtsbedingungen iW.S.) innerhalb eines weitgesteckten Raum-Zeit-Fensters zu erfüllen⁵, sondern ihnen wird auch die eigentümliche Rechtsmacht einge-

² Die Ausläufer dieses Grundsatzes lassen sich in der Tat noch lange im römischen Recht nachzeichnen: man denke nur an die Trennung von *pactum ex continenti* und *pactum ex intervallo*; vgl. *Papinian*, Dig. 18, 1, 72 pr. (de contr. empt.); *Ulpian*, Dig. 2, 14, 7, 5–6 (de pactis).

³ *Kühne*, Tatbestandsteilung, 1936, S. 6 ff.; vgl. *Blomeyer*, Studien zur Bedingungslehre I, 1938, S. 1 f.

⁴ Nur noch in seltenen Ausnahmefällen, wie etwa der Eheschließung, die unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Ehepartner und ohne Bedingung erfolgen muss, ist eine Tatbestandsteilung nicht möglich. Allerdings handelt es sich beim fallweisen Verbot der Tatbestandsteilung um eine Wertentscheidung des Gesetzgebers, die mal so, mal so ausfallen kann, wie etwa die Behandlung der bedingten Eheschließung im kanonischen Recht beweist (dazu: *Weigand*, Die bedingte Eheschließung im kanonischen Recht, Band I, 1963, S. 88 ff., Band II, 1980, S. 3 ff.).

⁵ Der Anwendungsbereich von Parteibedingung und Rechtsbedingung wird durch den Stand der Gesetzgebung bestimmt. Was früher ausdrücklich oder stillschweigend als Parteibedingung vereinbart worden ist, wird häufig von der nachfolgenden Gesetzgebung als dispositives Gesetzesrecht angeordnet (*Blomeyer*, Studien zur Bedingungslehre I, 1938, S. 3).

räumt, nach eigenem Gutdünken den Eintritt der Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts an noch ausstehende, privatautonom gesetzte zusätzliche Tatbestandsstücke (*rechtsgeschäftliche Bedingungen* oder *Parteibedingungen*) zu knüpfen.⁶ Die Notwendigkeit einer verlässlichen Organisation der kurz- und mittelfristigen Zukunft in einer arbeitsteiligen Welt hat die Anerkennung des freihändigen Setzens von Parteibedingungen erzwungen. Auch in einer noch so einfachen Warenwirtschaft kann sich der ordentliche Kaufmann nicht alleine auf die Umstände der Gegenwart beschränken. Seine Dispositionen wirken in die Nachzeit und hängen in ihrem Erfolg von künftigen, noch ungewissen Tatsachen ab. Die rechtsgeschäftliche Vereinbarung von Bedingungen ermöglicht es vorausdenkenden Parteien, die Vollwirkungen ihres Geschäfts durch die Verknüpfung mit einem weiteren Tatbestandselement den verschiedenen Gestaltungen der Zukunft, deren Möglichkeiten sie zwar voraussehen aber nicht sicher bestimmen können, anzupassen.⁷ Dementsprechend hat auch schon das ältere römische Recht bei den bedingten Obligationen eine Ausnahme vom Grundsatz der Simultanität des Entstehungsaktes gemacht.⁸

⁶ In der Pandektistik war das „Wesen der bedingten Willenserklärung“ bzw. des „bedingten Rechtsgeschäfts“ höchst umstritten: Das Meinungsspektrum reichte von der Auffassung, dass (a) der Wille als psychologische Faktum selbst durch die Bedingung in Frage gestellt (*Fitting*, Ueber den Begriff der Bedingung, AcP 39 [1856], 305 [307 f., 349]) oder doch zumindest in irgendeiner Weise beschränkt werde (*v. Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts III, 1840, S. 120; *Scheurl*, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 3; aA: *Eisele*, Das Dogma der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensiv-Bedingung, AcP 50 [1867], 253 [262 f.]) bis hin zur Lehre, dass (b) auch der „bedingte Wille“ ein Wollen sei, der sich eben dadurch auszeichne, dass er die anvisierte Rechtsfolge nicht durch sich alleine, sondern nur im Verein mit einem anderen Ereignis in Kraft setzen wolle; oder mit anderen Worten: auch durch die „bedingte“ Willenserklärung komme ein Rechtsgeschäfts zustande, nur die Wirkungen des Rechtsgeschäfts seien an den Eintritt der Bedingung gebunden (*Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I⁹, 1906, § 86 = S. 452 Fn. 3a; teilw. anders: *Karlowa*, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877, S. 77 ff.: zwar sei ein echter Wille gesetzt, aber das Rechtsgeschäft als solches, und nicht wie *Windscheid* meint, die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts, seien bedingt). Der Auffassung (b) liegt dem BGB zugrunde (*Gebhard*, in: Schubert [Hrsg.], Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Allgemeiner Teil 2, S. 227 f. mit Fn. 1 aE). Sie entspricht auch der heute hM (BGHZ 20, 88 [97], Urt. v. 22.2.1956 – IV ZR 164/55; *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴, 1992, § 38 4 b = S. 689, 691; *Staudinger/Bork* [2003] Vorbem 6 zu §§ 158–163). Vgl. auch den rechtsvergleichenden Überblick über die verschiedenen Konstruktionsversuche bei: *Schwarz*, Bedingung, in: Schlegelberger (Hrsg.), Rechtsvergleichen des Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht II, 1929, S. 391 (393 f.).

⁷ *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴, 1992, § 38 6 = S. 699; *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/2, 1918, § 80 I = S. 271.

⁸ Vgl. *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts III⁸, 1954, S. 166 ff.

II. Tatbestandswirkung und Pendenzwirkung

Eine Rechtsordnung kann höchst unterschiedlich auf die Realisierung eines Teiltatbestandes reagieren. Eine Folge immerhin kann mit Notwendigkeit aus der Idee der Tatbestandsteilung als solcher gezogen werden. Jedem verwirklichten Tatbestandsstück kommt *Tatbestandswirkung* zu: ist ein Tatbestandselement einmal gesetzt, so muss es nicht erneut gesetzt werden.⁹ Insoweit ist die Tatbestandswirkung eine schwache Rechtswirkung, in ihrer Wirkung allerdings vollkommen verschieden zur Vollwirkung des durch Verwirklichung aller Tatbestandsstücke entstandenen Primäranspruchs. Keine Antwort gibt die Tatbestandswirkung auf die Frage, ob auch dem willentlich gesetzten Tatbestandsmerkmal, wie etwa der Abgabe der Willenserklärung oder einer erreichten Willenseinigung eine darüber hinausgehende Rechtswirkung im Sinne einer *Unwiderruflichkeit* zukommt. Ein notwendiger Schluss besteht nicht. Maßgebend ist der Befehl der Rechtsordnung. Das deutsche Recht geht bei der Anordnung der Unwiderruflichkeit sehr weit und bindet den Offerenten schon vor Annahme an sein Angebot (§ 145 BGB). Der Gesetzgeber könnte aber auch anders entscheiden. Dürfen die volitiven Tatbestandsstücke frei widerrufen werden, so taugt erst die vollständige Tatbestandsvollendung zur Begründung weiterer, über die Tatbestandswirkung hinausgehender Rechtswirkungen. Bis dahin ist die Aussicht jeder Vertragspartei auf einen Rechtserwerb eine völlig unsichere, jederzeit grundlos und willkürlich vernichtbare Hoffnung.¹⁰ Ist dagegen eine einseitige Rückgängigmachung des bisher Erreichten nicht möglich, so bleibt zwar auch hier das Eintreten des Resttatbestandes im Ungewissen, aber die Situation ist doch qualitativ verschieden. Die Unwiderruflichkeit ist die notwendige Voraussetzung dafür, an die Verwirklichung eines Tatbestandsstücks über die einfache Tatbestandswirkung (Bindung an den bisherigen Tatbestand) hinaus weitere, verstärkte *Zwischen-* bzw. *Pendenzwirkungen* zu knüpfen. Zwar rechtfertigt ein Teiltatbestand immer noch nicht den Eintritt der Vollwirkung, aber doch unter Umständen eine Sicherung des künftigen Rechts.¹¹ So ermächtigt etwa art. 1180 Code civil den Gläubiger eines bedingten Anspruchs auch schon vor Eintritt der Bedingung „exercer tous les actes conservatoires de son droit“.¹²

⁹ Vgl. Kühne, Tatbestandsteilung, 1936, S. 14 ff., 34.

¹⁰ Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre I, 1938, S. 2.

¹¹ Kühne, Tatbestandsteilung, 1936, S. 32, 34.

¹² Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Les Obligations², 2005, n° 1238.

III. Notwendige und fakultative Pendenzwirkungen

Die eingehendste gesetzliche Regelung hat die Tatbestandsteilung im Bereich der bedingten Rechtsgeschäfte (vgl. §§ 158 ff. BGB) gefunden.¹³ Ihr soll im Folgenden ganz unsere Aufmerksamkeit gelten, denn sicherlich kommt den Vorschriften über die bedingte Obligation als Modellregelung der Tatbestandsteilung besondere Bedeutung zu.¹⁴ Die Parteien des bedingten Rechtsgeschäfts haben zwar schon den grundlegenden Konsens erzielt, vor Eintritt der Bedingung ist das letzte Tatbestandsstück aber noch nicht erfüllt. Die primären Vollwirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts treten noch nicht ein: der bedingt berechnigte Gläubiger kann die Leistung noch nicht fordern.¹⁵ Und dennoch finden wir verstärkte Schwebewirkungen. An zentraler Stelle: das bedingte Rechtsgeschäft ist unwiderruflich (§ 158 BGB).¹⁶ Daneben finden wir auch die eigentümliche Regelung des § 160 Abs. 1 BGB: vereitelt oder beeinträchtigt der unter einer aufschiebenden Bedingung Verpflichtete schuldhaft den von der Bedingung abhängigen Leistungsanspruch, so haftet er *bei Bedingungseintritt* auf Schadensersatz. So große Schwierigkeiten diese Vorschrift der Theorie auch bereitet, sie hebt sich von allen anderen verstärkten Schwebewirkungen ab. Sie ist – ebenso wie die Tatbestandswirkung eine zwingende Folge der Tatbestandsteilung ist – eine notwendige Folge der Unwiderruflichkeit des bisherigen Tatbestandsstücks. Denn die Unwiderruflichkeit wäre nichts wert, wenn der Schuldner vor Vollendung des Gesamttatbestands folgenlos den bedingten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen könnte.

Aus den allgemeinen Regeln lässt sich der in § 160 Abs. 1 BGB positivierte Anspruch nicht – jedenfalls nicht ohne dogmatische Verrenkungen – herlei-

¹³ Vgl. *Adickes*, Zur Lehre von den Bedingungen, 1876, S. 109 ff., 123 ff.

¹⁴ Grundsätzlich keine Beachtung soll im Weiteren das bedingte Verfügungsgeschäft (Anwartschaftsrecht) finden. Hierfür haben sich Sonderrechtssätze herausgebildet, die das Anwartschaftsrecht weitgehend als dingliches Recht behandeln. Sie sind auf die bedingte Obligation kaum übertragbar.

¹⁵ Vgl. *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/2, 1918, § 81 I 1 = S. 292 f. Das entspricht schon der Rechtslage im römischen Recht. Beim bedingten Forderungsrecht steht dem bedingten Gläubiger vor Eintritt der Bedingung keine Klage zu (*Ulpian*, Dig. 50, 16, 54 [de V.S.]; *ders.*, Dig. 44, 7, 42 pr. [de O. et A.]; *Marcian*, Dig. 20, 1, 13, 5 [de pign.]; Inst 3, 15, 4 [de V.O.]). Vor Bedingungseintritt können sogar während der Schwebzeit erfolgte Zahlungen zurückgefordert werden; erst der Bedingungseintritt schließt die Rückforderung aus (*Pomponius*, Dig. 12, 6, 16 pr. [de cond. ind.]). Hiervon gab es aber eine wichtige Ausnahme: war mittlerweile klar, dass die Bedingung auf jeden Fall eintreten wird, so konnte das Geschuldete nicht mehr zurückgefordert werden (*Ulpian*, Dig. 12, 6, 18 [de cond. ind.]; vgl. *Glück*, Ausführliche Erläuterungen der Pandecten XIII, 1811, S. 78). Siehe auch art. 1181 al. 2 Code civil.

¹⁶ *Mugdan* I, S. 494 (Motive); *Gebhard*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Allgemeiner Teil 2, S. 235 f.; MünchKomm⁵/H. P. *Westermann*, BGB⁵, 2006 § 158 Rn. 39.

ten. Ein Anspruch aus §§ 280, 281, 283 BGB wegen schuldhafter Verletzung einer primären Leistungspflicht lässt sich nicht ohne weiteres begründen: vor Bedingungseintritt war der vollständige Tatbestand des Schuldverhältnisses noch nicht erfüllt; irgendeine Leistungspflicht, die verletzt werden könnte, bestand ja gerade noch nicht. Auch auf anderen Wegen lassen sich Sorgfalts-pflichten bzgl. des Leistungsgegenstandes nicht recht begründen. § 311a Abs. 2 BGB ist nicht einschlägig;¹⁷ diese Vorschrift knüpft an der Verletzung von Aufklärungspflichten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, aber nicht an der Vereitelung der künftigen Leistung an.¹⁸ Gleiches gilt für einen Anspruch aus *culpa in contrahendo*: hier geht es doch in erster Linie um einen Schutz von „Rechten, Rechtsgütern und Interessen“ und damit originär des Integritätsinteresses des anderen Teils (§ 241 Abs. 2 BGB).¹⁹ Erst der Federstrich des Gesetzgebers in § 160 Abs. 1 BGB ordnet für den *Fall des Bedingungseintritts* eine besondere Haftung für ein vorwerfbares Verhalten während der Schwebezeit an.

Ebenfalls zu den notwendigen Folgen der Unwiderruflichkeit der gesetzten Tatbestandsstücke gehört wohl die Regelung des § 162 BGB. Die treuwidrige Vereitelung der Vollendung des Gesamttatbestandes gilt als dessen Vollendung und löst damit die Vollwirkungen aus. Dagegen sind weitere Pendenzwirkungen wie etwa Sicherungsrechte nach Vorbild des art. 1180 Code civil, die Übertragbarkeit der bedingten Forderung, die rangwahrende Sicherungsfähigkeit durch Bürgschaft oder Hypothek oder die Teilnahme am Insolvenzverfahren des Schuldners vielleicht zweckdienlich, aber nicht notwendig vorgegeben. In der Pandektistik entsprach etwa das vollständige Fehlen materiellrechtlicher (Sicherungs-)Ansprüche während der Schwebezeit einer weit verbreiteten Lehre.²⁰ Es steht dem Gesetzgeber auch frei, sie an weitere Voraussetzungen zu knüpfen. So wollte etwa § 133 des ersten Entwurfs zum BGB dem Berechtigten bei Gefahr der Vereitelung seines Anspruchs einen materiellrechtlichen Anspruch auf Sicherheitsleistung geben; allerdings unter der Voraussetzung, dass dem bedingten Anspruch überhaupt ein Vermögenswert zukommt, woran es fehlt, wenn nur eine entfernte Mög-

¹⁷ Grundsätzlich kommen natürlich auch bei einem aufschiebend bedingt abgeschlossenen Vertrag Ansprüche aus *culpa in contrahendo* in Betracht (BGH, BB 1967, 811, Urt. v. 7.6.1967 – VIII ZR 259/64).

¹⁸ AA: Erman/*Kindl*, BGB¹², 2008, § 311a Rn. 6 m.w.N.: Haftungsgrund sei die Nichterfüllung eines wirksamen Leistungsversprechens. Das ist unzutreffend, wie schon die Bezugnahme der Exkulpationsmöglichkeit des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB auf die Kenntnis der Leistungsfähigkeit zeigt.

¹⁹ AA: *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹, 2004, § 50 Rn. 49; MünchKomm/H. P. *Westermann*, BGB⁵, 2006, § 160 Rn. 3; § 160 BGB sei ein besonders geregelter Anwendungsfall der §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.

²⁰ Vgl. *Scheurl*, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, 1871, S. 132 f.; *Wendt*, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, 1872, S. 42 ff.

lichkeit des Bedingungseintritts besteht.²¹ Zwar hat der Gesetzgeber schließlich davon abgesehen, dem Gläubiger einen materiellrechtlichen Anspruch zu geben; allerdings hat er ausdrücklich in § 916 Abs. 2 ZPO klargestellt, dass der Gläubiger auch einen bedingten Anspruch durch Arrest oder einstweilige Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO) sichern kann: unter der eben genannten Voraussetzung einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts.²²

IV. Die sekundärrechtliche Vollwirkung des § 160 Abs. 1 BGB

Die vielleicht eigentümlichste, wenn auch notwendige Pendenzwirkung umschreibt § 160 BGB. Denn die Rechtsfolge des § 160 Abs. 1 BGB wegen Beeinträchtigung oder Vereitelung des bedingten Anspruchs ist identisch mit der Haftung des Schuldners nach Bedingungseintritt gem. §§ 280, 281, 283 BGB wegen Nicht- oder Schlechtleistung. Die Zwischenwirkung entspricht der Vollwirkung.²³ Aber nicht nur das: auch der Tatbestand beider Normen ist annähernd identisch; denn der Schadensersatzanspruch des § 160 Abs. 1 BGB verlangt mehr als nur den Abschluss des bedingten Vertrages als notwendiges Tatbestandsstück: die zunächst schwebende Bedingung muss eingetreten, der Gesamttatbestand also vollendet sein. Das ist mehr als eine Zufälligkeit. Weder der Gesetzgeber bei der Fixierung von Rechtsbedingungen iW S noch die Parteien bei der Aufstellung von zusätzlichen Parteibedingungen gehen willkürlich vor. Erst der vollständige Tatbestand rechtfertigt den Eintritt der Vollwirkungen.²⁴ Oder anders gewendet: (sekundärrechtliche) Vollwirkungen verlangen den Gesamttatbestand. Diese Parallelität der notwendigen Pendenzwirkung des § 160 Abs. 1 BGB zu Gesamttatbestand und Vollwirkung werfen ein anderes Licht auf die Lehre der Tatbestandsteilung und der verstärkten Schwebewirkungen. Dies rechtfertigt es, die überkommenen Erklärungsversuche der Pendenzwirkungen zu rekapitulieren.

²¹ Vgl. dazu Mugdan I, S. 494 f. (Motive). So auch schon § 51 Abs. 3 des Vorentwurfs von *Gebhard*.

²² *Schubert/Jakobs* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil 2, S. 862 f., 865 f. (Beratungen der Vorkommission des Reichsjustizamtes und der Zweiten Kommission). Bedingte Ansprüche sind auch durch einstweilige Verfügung sicherbar (MünchKomm/Drescher, ZPO³, 2007, § 935 Rn. 12.). Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung bei Gefährdung der Erfüllung eines bedingten Anspruchs in den §§ 1986 Abs. 2, 2128 Abs. 1, 2217 BGB betreffen Sonderkonstellationen.

²³ Vgl. zur „inhaltlichen Gleichartigkeit“ von Zwischenwirkung und Vollwirkung: *Blo-meyer*, Studien zur Bedingungslehre I, 1938, S. 39 ff.; *Kühne*, Tatbestandsteilung, 1936, S. 29.

²⁴ Vgl. *Kühne*, Tatbestandsteilung, 1936, S. 2, 22.

V. Die tradierten Erklärungsversuche der Pendenzwirkungen

1. Pendenz- und Rückwirkung in den römischen Quellen

Die Möglichkeit der Parteien, den Eintritt von Rechtswirkungen von einem künftigen, ungewissen Ereignis (*condicio*) abhängig zu machen, war – als Ausnahme vom Konzentrationsgedanken – schon dem älteren römischen Recht bekannt und lässt sich bis zu den XII Tafeln zurückverfolgen.²⁵ Die teilweise recht eigenartigen, über die einfache Tatbestandswirkung hinausgehenden Pendenzwirkungen des bedingten Geschäfts für den Zeitraum, in dem noch ungewiss ist, ob die Bedingung eintritt (*existere*) oder ausfällt (*deficere*), die Bedingung also mit anderen Worten noch schwebt (*condicio pendet*), wurden im römischen Recht ausgebildet. Den Begriff der „Pendenzwirkung“ muss für das römische Recht mit Bedacht benutzt werden. Den Römern war ein derartiger Systembegriff wie überhaupt eine allgemeine Bedingungslehre fremd.²⁶ Wenn die Quellen auf den Gedanken der Pendenz rekurren, dann nicht um eine juristische Konstruktion auszudrücken, sondern um die Verhältnisse zu veranschaulichen.²⁷ Und doch schien für die nachkommenden Juristen vieler Jahrhunderte ein Begründungselement hinter den Quelltexten immer wieder aufzublitzen und das Konglomerat der Pendenzwirkungen zu erklären: der Gedanke der *Rückwirkung* der eingetretenen Bedingung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. In der Tat gibt es zahlreiche Stellen, die mehr oder weniger deutlich von einer Rückwirkung des Bedingungseintritts sprechen²⁸. Häufig ist die Wendung: „in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus“. Gestützt auf diese Worte wird *Bigot de Préaménau* im Anschluss an *Pothier* die Rückwirkung der erfüllten Bedingung (*effet rétroactif*) für den Code civil begründen²⁹. Die Position der modernen Romanistik zu dieser Frage ist gespalten: die einen glauben, dass die römischen Juristen grundsätzlich eine Rückwirkung der erfüllten Bedin-

²⁵ Allgemein zur römischen Bedingungslehre: *Archi*, Condizione (dir. rom.), in: Marchette (Red.), *Enciclopedia del diritto* VIII, 1961, p. 743 ss.; *Kaser*, Das römische Privatrecht I², 1971, § 61 = S. 252 ff. Allgemein zu Pendenzverhältnissen im klassischen römischen Recht außerhalb der Bedingungslehre: *Kurz*, Vor- und Rückwirkungen im klassischen römischen Recht, 1971, S. 11 ff.

²⁶ *Kaser*, Das römische Privatrecht I², 1971, § 61 I 4 = S. 255; *Schiemann*, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung, 1973, S. 13 ff.

²⁷ *Siber*, Römisches Recht II, 1928, § 125 2 a γ = S. 420 f.; *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, p. 724.

²⁸ *Paulus*, Dig. 45, 1, 78 pr. (de V.O.): „[...] quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus“; *ders.*, Dig. 50, 17, 144, 1 (de R.J.): „In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus“; *ders.*, Dig. 18, 6, 8 pr. (de peric.): „Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum“. Vgl. dazu: *Schiemann*, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung, 1973, S. 15 ff.

²⁹ Exposé de motifs, bei: *Locré*, Législation civile, commerciale et criminelle VI, 1836, p. 158 (n° 65).

gung angenommen haben; andere dagegen meinen, dass bei den klassischen Juristen die erfüllte Bedingung nur Folgen *ex nunc* ausgelöst habe, die Idee der „generellen“ Rückwirkung vielmehr eine Erfindung der byzantinischen Juristen sei³⁰. Die wohl überwiegende Meinung geht heute davon aus, dass weder die Klassiker noch *Iustinian* dem Bedingungseintritt im Allgemeinen eine Rückwirkung zuerkannt hätten³¹. Die Wahrheit wird irgendwo in der Mitte liegen. Unter den Klassikern waren viele Einzelfragen umstritten. Ihnen wird der Rückwirkungsgedanke nicht vollkommen fremd gewesen sein, allerdings nicht als allgemeine Lehre sondern als kasuistische Grundlage der Entscheidung des konkreten Falles. Den modernen Versuchen einer annähernd vollständigen Bereinigung der klassischen Jurisprudenz vom Rückwirkungsgedanken kann man durchaus misstrauisch gegenüberstehen. Argumentation und Quellenanalyse der betreffenden Autoren ist teilweise doch sehr spitzfindig. Allzu schnell erliegt man der Versuchung eigene oder fremde Überzeugungen in die Quellen hineinzuzinterpretieren; und der Rückwirkungsgedanke ist seit dem Wirken der deutschen Pandektisten in Europa seit annähernd 150 Jahren auf dem Rückzug.

Lösen wir uns aber schnell von der für unsere Zwecke unergiebigsten Kontroverse, ob vorhandene oder vermeintliche Rückwirkungsbezüge in den Quellen ausschließlich das Werk „rückwirkungshöriger Kompilatoren“ sind, sondern versuchen wir die verstärkten Pendenzwirkungen in den iustinianischen Quellen zu überblicken. Es kommt nach unseren Vorüberlegungen nicht unerwartet, dass uns die beiden notwendigen Pendenzfolgen des unwiderruflichen Geschäfts schon im römischen Recht begegnen: zum einen haftet der Schuldner *mit Bedingungseintritt* für eine in der Schwebezeit schuldhaft herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung (vgl. § 160 Abs. 1 BGB);³² zum anderen darf niemand einen ihm nachteiligen Bedingungseintritt vereiteln: andernfalls gilt die vereitelte Bedingung als eingetreten (vgl. § 162 BGB).³³ Aber auch sonst werden wir fündig: Die bedingte Vertragsobligation – nicht das bedingte Legat – ist *vererblich*.³⁴ Beachtlich ist die

³⁰ So insbesondere *Siber*, Römisches Recht II, 1928, § 125 2 b α = S. 422 Fn. 18. Zum Meinungsstreit: *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, p. 727 m.w.N.

³¹ Eingehend: *Masi*, Studi sulla condizione nel diritto romano, 1966, p. 109 ss, 195 ss.; auch: *Kaser*, Das römische Privatrecht I², 1971, § 61 I 4 = S. 256; *ders.*, Das römische Privatrecht II², 1975, § 203 II 1 = S. 96; *Schiemann*, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung, 1973, S. 13 ff., 23.

³² So: *Siber*, Römisches Recht II, 1928, § 125 2 a γ = S. 421; siehe insbesondere: *Pomponius*, Dig. 18, 1, 8 pr. (de contr. empt.). Vgl. aber auch *Paulus*, Dig. 18, 6, 8 pr. (de peric.).

³³ Eingehend: *Masi*, Studi sulla condizione nel diritto romano, 1966, p. 211 ss.

³⁴ Dies ist spätestens seit *Iustinian* anerkannt. Es wird bis heute äußerst kontrovers beurteilt, ob schon die Klassiker die Vererblichkeit bedingter Rechtsgeschäfte *inter vivos* anerkannten (eingehend: *Masi*, Studi sulla condizione nel diritto romano, 1966, p. 19 ss.). Zur Frage, warum die Klassiker bedingtes Legat und Stipulation verschieden behandelten: *Masi*, cit., p. 71 ss.

Argumentation von *Iustinian*: aus einer bedingten Stipulation entspringe zwar lediglich die Hoffnung auf eine künftige Schuld (*spes debitum iri*); aber genau diese Hoffnung könne auf den Erben übertragen werden.³⁵ Der Gedanke der Rückwirkung spielt keine Rolle. Allerdings wird in einem Paulusfragment an anderer Stelle die (passive) Vererblichkeit der bedingten Obligation mit dem Rückwirkungsgedanken begründet: „Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum“.³⁶ Und auch noch an einer anderen Stelle spielt der Rückwirkungsgedanke eine herausgehobene Rolle. Schon die römischen Juristen sprachen sich dafür aus, dass die bedingte Forderung durch Pfandbestellung gesichert werden kann. Der Sicherungswert des Pfands für eine bedingte Forderung hängt davon ab, ob sich die bedingte Forderung bei einer Mehrfachverpfändung durchsetzt. In dem Sachverhalt, der dem Fragment *Gaius*, Dig. 20, 4, 11, 1 (qui pot.) zugrundeliegt, sicherte ein besitzloses Pfand (Hypothek) eine bedingte Forderung.³⁷ Später wurde dieselbe Sache zum besitzlosen Pfand für die unbedingte Forderung eines anderen Gläubigers gestellt. Nachdem die Bedingung eingetreten war, drängte die Frage nach dem Rang der Hypotheken. *Gaius* wies entsprechend der zeitlichen Priorität der Bestellsungsakte dem Gläubiger der bedingten Forderung den ersten Rang zu. Er begründet das mit der Rückwirkung des Bedingungseintritts auf den Zeitpunkt des Abschlusses der bedingten Forderung: „cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset“. Ist die Bedingung eingetreten, so ist es, als wenn die Stipulation zu der Zeit, zu der sie abgeschlossen wurde, ohne die Bedingung vereinbart wurde. Allerdings gibt es auch Stellen, in denen die Römer auf eine Betrachtung *ex nunc* abstellen: ob eine Leistung rechtlich möglich ist oder nicht wurde in den Fällen der Stipulation oder des Kaufs einer eigenen Sache nach dem Zeitpunkt des Bedingungseintritts bestimmt.³⁸ Und ab und zu treten Meinungsverschiedenheiten zwischen den klassischen Juristen

³⁵ Inst 3, 15, 4 (de V.O.).

³⁶ *Paulus*, Dig. 18, 6, 8 pr. (de peric.).

³⁷ Auch eine „insolvenzrechtliche“ Berücksichtigung bedingter Forderungen bestand: Nach der *lex Aelia Sentia* waren Sklavenfreilassung zur Benachteiligung von Gläubigern unwirksam (Gai. 1, 37 und 47); der Schuldner konnte also nicht einfach durch Freilassung eines Sklaven sein Vermögen schmälern. Dies galt auch zugunsten des Gläubigers bedingter Forderungen (*African*, Dig. 40, 9, 8 [qui et a quib. manum.]; *Hermogen*, Dig. 40, 9, 27 pr. [qui et a quib. manum.]). Der freigelassene Sklave war mithin ein bedingt freigelassener Sklave in dem Sinne, dass seine Freiheit vom Eintritt oder Ausfall der Bedingung abhing (*Paulus*, Dig. 40, 9, 16, 4 [qui et a quib. manum.]).

³⁸ *Pomponius*, Dig. 45, 1, 31 (de V.O.); *Marcellus*, Dig. 18, 1, 61 (de contr. empt.); *ders.*, Dig. 45, 1, 98 pr. (de V.O.); *Mitteis*, Römisches Privatrecht, 1908, § 11 I 4 b = S. 175; *Siber*, Römisches Recht II, 1928, § 125 2 b β = S. 423; *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, p. 726.

offen zu Tage. So war unter den klassischen Juristen streitig, ob die Wirksamkeit eines bedingten Damnsationslegats nach dem Errichtungszeitpunkt oder dem Bedingungseintritt beurteilt werden sollte.³⁹ Und selbst die Frage der Gefahrtragung beim bedingten Kauf scheint kontrovers beurteilt worden zu sein: während einige die Gefahr offenbar schon mit Vertragsschluss übergehen lassen wollten, lassen spätere die Gefahr erst mit Bedingungseintritt auf den Käufer übergehen.⁴⁰

2. In contractibus conditiones retro trahuntur ad initium et non in legatis

Den römischen Quellen waren die Pendenzwirkungen – notwendige wie fakultative – als solche bekannt; eine einheitliche Theorie entwickelten sie nicht. Dies versuchen auch die Glossatoren noch nicht. Sie beschränkten sich darauf, die iustinianischen Quellen zu rekapitulieren und suchten nach punktuellen Erklärungen.⁴¹ Erst *Bartolus* präsentierte die erste allgemeine, dann aber bis weit in das 19. Jahrhundert hinein wirkungsmächtigste Theorie der Zwischenwirkungen. Dabei steht die Bedingungslehre nicht für sich selbständig alleine. Sie wird von *Bartolus* eingebunden in eine große Gesamtkonzeption der *fictio iuris*.⁴² Heute versteht man unter einer Fiktion die gesetzliche Anweisung, zwei Sachverhalte trotz ihrer Verschiedenheit gleich zu behandeln.⁴³ *Bartolus* definierte ungewohnt ausführlich: „*fictio est in re certa eius quod possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio*“.⁴⁴ Nicht alle Stücke des Definiens erschließen sich sofort. Die „*res certa*“ bezeichnet die Abgrenzung zur Präsumtion: die Präsumtion findet über etwas statt, das zweifelhaft ist; die Fiktion über einen Sachverhalt, der eindeutig „falsch“ ist (*contra veritatem*): das zweifelsfrei Falsche wird – und das ist die Rechtsfolge der Fiktion – als wahr (*pro veritate*) genommen. Nicht ohne weiteres verständlich ist auch die zusätzliche Wendung „*eius quod possibile*“,

³⁹ Kaser, Das römische Privatrecht I², 1971, § 61 I 4 = S. 256.

⁴⁰ Kaser, Das römische Privatrecht I², 1971, § 61 I 4 = S. 256 m.w.N.; Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, p. 284 n. 76.

⁴¹ Vgl. Maffei, Condizione (dir. interm.), in: Marchette (Red.), Enciclopedia del diritto VIII, 1961, p. 760 (§ 1); Schiemann, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung, 1973, S. 26 ff.

⁴² Die grundlegende Darstellung des *Bartolus* in seinen *commentaria ad l. si is qui pro emptore* (Dig. 41, 3, 15 [de usurp.]) gilt heute als der Endpunkt der mittelalterlichen Fiktionslehre, die von nachfolgenden Autoren vielfach einfach übernommen und kopiert wurde. Zur Fiktionslehre des Mittelalters: Thomas, Rechtsfiktion und Natur, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, S. 1 (6 ff.). Zum Gebrauch von Fiktionen im römischen Recht: Demelius, Die Rechtsfiktion, 1858, S. 25 ff.

⁴³ Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶, 1991, S. 262; Staudinger/Coing/Honsell (2004) Einl 117 zum BGB.

⁴⁴ *Bartolus*, Comm. § 21 ad l. si is qui pro emptore (Dig. 41, 3, 15 [de usurp.]).

mit der *Bartolus* über die damalige Standarddefinition des *Cinus de Postoia* („fictio est in re certa contrariae veritatis pro veritate“) hinausging. *Bartolus* hat an dieser Stelle zur Vervollständigung seiner Fiktionslehre einen klassisch gewordenen Satz des *Aristoteles* aufgegriffen: *ars imitatur naturam*.⁴⁵ Die Fiktion muss sich auf etwas erstrecken, dass der Natur nach möglich ist: „[...] eius quod est possible, hoc dici, quia super eo quod est impossible, non potest fingi [...]. Probatur per rationem, Ars enim semper imitatur naturam, & id quod est impossible secundum naturam, est impossible secundum artem“. ⁴⁶ Oder vielleicht etwas einprägsamer formuliert: „fictio ergo imitatur naturam, ergo fictio habet locum, ubi potest habere locum veritas“. ⁴⁷ Ein Beispiel kann das Gemeinte besser erläutern: eine Adoption lässt sich verstehen als die fingierte biologisch begründete Kindschaft (*ars imitatur naturam*); da sich eine Rechtsfiktion nicht auf etwas erstrecken kann, das nach der Natur unmöglich ist, kann der von Geburt an Zeugungsunfähige nicht adoptieren. ⁴⁸

Die mittelalterlichen Fiktionstheorien zeichnen sich durch einen hervorstechenden ontologischen Einschlag aus. In erkennbarer Anlehnung an die *aristotelische* Kategorienlehre mit ihrem markanten Rangunterschied zwischen der Kategorie der Substanz (*substantia*) und den übrigen Prädikaten wie Ort und Zeit, ⁴⁹ versucht *Bartolus* die überlieferten Anwendungsfälle römischer Rechtsfiktion in eine dreiteilige Ordnung zu bringen: die positive, die negative und die translativ bzw. exentensive Fiktion. Fiktionen der ersten beiden Gruppen beziehen sich auf die Überkategorie der Substanz und behaupten etwas, das nicht ist, bzw. negieren etwas, das ist. Die translativ oder extensive Fiktion (*fictio translativa sive extensiva*) dagegen bezieht sich nicht auf das Sein, sondern auf dessen verschiedene Modi und hat verschiebende Wirkung, in dem sie eine Handlung oder eine Sache von einem Zeitpunkt, von einer Person, von einem Gegenstand oder von einem Ort an einen jeweils anderen versetzt:

„[...], quid sit fictio translativa? [...] est in re certa uno modo existenti, pro existenti, alio modo possibili, a iure facta assumptio. [...] rem seu actum transfert, seu extendit [...] de uno tempore ad aliud tempus, [...] de una persona ad aliam personam, [...] de una re ad aliam rem, [...] de uno loco ad aliud locum“. ⁵⁰

⁴⁵ *Aristoteles*, *Physica* II 2 [194a]; *Thomas Aquinas*, *Commentaria in octo libros Physicorum*, lib. 2 l. 4 n. 5 seq.; vgl. dazu: *Kirshner*, *Ars imitatur natura*, 5 *Viator* (1974), 289, 313 seqq.; *Kriechbaum*, *Philosophie und Jurisprudenz bei Baldus de Ubaldis*, *Ius Commune* 27 (2000), 299 (310 ff., 329 ff., 336 ff.); *Thomas*, *Rechtsfiktion und Natur*, in: *Kervégan/Mohnhaupt*, *Recht zwischen Natur und Geschichte*, 1997, S. 1 (18 ff.).

⁴⁶ *Bartolus*, *Comm.* § 22 seqq. ad l. si is qui pro emptore (Dig. 41, 3, 15 [de usurp.]).

⁴⁷ *Baldus*, *Comm.* § 2 ad l. ea vero (Dig. 17, 2, 3 [pro socio]).

⁴⁸ Vgl. *Baldus*, *Comm.* § 1 ad l. generalis § illud (Dig. 1, 7, 2, 1 [de adopt.]).

⁴⁹ *Aristoteles*, *Categoriae*; vgl. zur Kategorienlehre: *Höffe*, *Aristoteles*³, 2006, S. 166 ff.

⁵⁰ *Bartolus*, *Comm.* § 43 ad l. si is qui pro emptore (Dig. 41, 3, 15 [de usurp.]).

Damit hat *Bartolus* den metadogmatischen Boden bereitet, das Phänomen der Rückwirkung als translativ Fiktion *de tempore ad tempus* zu erfassen.⁵¹ Von hieraus lässt sich eine allgemeine Rückwirkungslehre für den Bedingungseintritt entfalten: *conditio in contractibus conditionalibus trahitur retro ad tempus celebrati contractus*.⁵² *Bartolus* versteht die Rückwirkung dabei grundsätzlich umfassend. Die Verhältnisse hat man sich so zu denken, wie sie bestehen würden, wenn der Vertrag von Anfang an wirksam gewesen wäre; allerdings mit wichtigen Ausnahmen: einmal wird der Eigentumsübergang nicht von der Rückwirkung erfasst, da dieser notwendig die Übergabe der verkauften Sache voraussetzt; zum anderen kommt den Potestativbedingungen keine Rückwirkung zu. Dies begründet *Bartolus* mit der fehlenden *aequitas*, denn schließlich habe es der Berechtigte in der Hand, den Eintritt selbst herbeizuführen: „Nam deficit aequitas, cum in sua potestate fuerit ante implere“. Die *aequitas* aber ist für *Bartolus* der tragende Gedanke der Fiktion überhaupt: „causa fictionis est aequitas“. Es ist die *aequitas*, die die Gleichstellung verschiedener Sachverhalte verlangt. Ohne *aequitas* aber gibt es keine Fiktion: „[...] cessante aequitate, fictio cessat“.⁵³ Auch wenn wir uns auf die bedingte Vertragsobligation konzentrieren, so müssen wir doch – um die folgenden Argumentationsmuster nachkommender Juristengenerationen besser zu verstehen – eine bemerkenswerte Erscheinung im Hinterkopf behalten: überhaupt ausgenommen von der Rückwirkung hat *Bartolus* das bedingte Legat: „in legatis conditionalibus, nam adveniente conditione, legatum non trahitur retro ad tempus mortis“.⁵⁴ Dies entsprach der Quellenlage, wonach ein bedingtes Legat in sich zusammenfällt, wenn der Legatar vor Bedingungseintritt stirbt.⁵⁵

3. *Duo vincula ligant plus quam unum*

Die Regel „in contractibus conditiones retro trahuntur ad initium et non in legatis“ wurde schnell allgemein akzeptiert und zur *vulgata doctrina*. Allerdings lässt sich der Lehre des *Bartolus* vorwerfen, dass sie mit der Rückwirkungsfiktion vielleicht die dogmatische Begründung der Pendenzwirkungen geliefert hat, aber den materiellen Grund der Rückwirkungsfiktion schuldig geblieben sei. Dies wurde von nachfolgenden Juristengenerationen nachgeholt. Den Anknüpfungspunkt fand man in der besonderen Kraft der vertrag-

⁵¹ *Bartolus*, Comm. §§ 43 seqq. ad l. si is qui pro emptore (Dig. 41, 3, 15 [de usurp.]).

⁵² *Bartolus*, Comm. § 46 seq. ad l. si is qui pro emptore (Dig. 41, 3, 15 [de usurp.]); § 2 ad l. necessario § quod (Dig. 18, 6, 8 pr. [de peric.]).

⁵³ *Bartolus*, Comm. § 67 ad l. si is qui pro emptore (Dig. 41, 3, 15 [de usurp.]); vgl. zur Theorie der *aequitas* bei *Baldus*: *Horn*, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, 1968, S. 7 ff.

⁵⁴ *Bartolus*, Comm. § 47 ad l. si is qui pro emptore (Dig. 41, 3, 15 [de usurp.]).

⁵⁵ Eingehend zur Quellenlage: *Masi*, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, 1966, p. 71 ss.

lichen Einigung, die nicht mehr einseitig, sondern nur durch gemeinsamen Konsens der Parteien wieder aufgegeben werden konnte. Nicht anders als wir soeben, fanden sie damit das entscheidende Moment in der *Unwiderruflichkeit*. Von hieraus lässt sich einfach die fehlende Rückwirkung beim bedingten Legat erklären.⁵⁶ Denn dahinter steht lediglich eine einseitige, jederzeit widerrufliche Willenserklärung, die zudem dadurch geschwächt ist, dass das Legat nicht auf die Erben des Legatars übergeht.⁵⁷ Es bürgerte sich daher die Formel ein: „duo vincula ligant plus quam unum“. Im Gewand der Windscheidschen Lehre von der Willensgebundenheit wird uns dieser Gedanke wieder begegnen; allerdings wird *Windscheid* die zentrale Bedeutung des Bedingungseintritts für die notwendigen Pendenzfolgen nicht mehr besonders betonen.

4. Pothier und der Code civil

Damit ist der Diskussionsstand für die kommenden Jahrhunderte im Wesentlichen umschrieben. Allerdings tritt der Rückwirkungsgedanke in den nachfolgenden Darstellungen der Pendenzwirkungen zunehmend zurück.⁵⁸ Man argumentierte weniger theorielastig und stützte die Schwebewirkungen unmittelbar auf die iustinianischen Quellen.⁵⁹ Zeitenössische Erläuterungen gingen auch zunehmend dazu über, die Wirkungen der schwebenden und der erfüllten Bedingung getrennt zu besprechen.⁶⁰ Aber der Rückwirkungsgedanke als solcher wurde keinesfalls verdrängt oder das Theorievakuum durch ein anderes Modell gefüllt; er liefert weiterhin das zuverlässige Argumentationsmuster, wenn es etwa darum ging, die rangwahrende Hypothekenbestellung zugunsten einer bedingten Verbindlichkeit oder die grundsätzliche Vererblichkeit der bedingten Vertragsobligation zu erklären. In dieser enttheorisierten Gestalt hält sich die Rückwirkungslehre insbesondere in Deutschland bis weit in das 19. Jahrhundert hinein und wurde endlich als selbstverständlich von Schriftstellern wie *Glück* oder *Höpfner* und auch noch

⁵⁶ Mit diesem Erklärungsmuster lässt sich auch die fehlende Rückwirkung der Potestativbedingung gut erklären: hier ist nichts fest und stabil.

⁵⁷ *Zasius*, §§ 8 seq. ad. l. Si filius fam. sub condicione (Dig. 45, 1, 78 pr. [de V.O.]) im Anschluss an *Raphael Cumanus* und *Jason de Mayno*.

⁵⁸ Dies deckt sich weitgehend mit den Beobachtungen von *Schiemann*, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung, 1973, S. 36 ff.

⁵⁹ *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten IV, 1796, S. 493 f.; *Höpfner*, Theoretisch-practischer Commentar über die heineccischen Institutionen⁶, 1798, § 740 = S. 757.

⁶⁰ Vgl. etwa die für lange Zeit umfassendste und maßgebliche Darstellung der bedingten Rechtsgeschäfte: *Brussel*, De conditionibus libri quatuor, Ausgabe von 1560, Lib. II Cap. 1 (de pedentis conditionis effectus), Lib. II Cap. 3 (de existentis conditionis effectus). Siehe aber etwa auch *Sell*, Ueber bedingte Traditionen, 1839, S. 101 f., der von einer Verschmelzung der Zustände vor Bedingungseintritt und nach Bedingungseintritt spricht.

v. Savigny vertreten.⁶¹ Im *usus modernus pandectarum* hatte sich allgemein die Formel eingeschliffen: „Existentia enim conditionis retrotrahitur ad tempus conventionis, ita, ut illico intelligatur evenisse, vel pure ab initio conventum esse“.⁶² Letzte Ausläufer der Rückwirkungslehre lassen sich in der Pandektistik bis zum Ende des 19. Jahrhunderts nachweisen.⁶³

Der Schwund des Interesses an den theoretischen Grundlagen der Bedingungslehre wurde für den romanischen Rechtsraum durch *Pothier* gestoppt. Er stellte in den Rückwirkungsgedanken wieder ganz in den Mittelpunkt der Bedingungslehre:⁶⁴ „Cet accomplissement de la condition a un effet rétroactif au temps que l’engagement a été contracté ; & le droit qui résulte de l’engagement, est censé avoir été acquis à celui envers qui il a été contracté, dès le temps du contrat“.⁶⁵ Den Rückwirkungsgedanken selbst begründet er nach tradiertem Vorbild mit der *Unwiderruflichkeit* des Vertrages. Die Rückwirkungslehre *Pothiers* wurde vom Code civil annähernd eins zu eins übernommen und gilt – wenn auch nicht unangefochten – bis heute. Erst jüngst hat sich der Avant-Projet de Réforme du droit des obligations deutlich für eine grundsätzliche Beibehaltung der *rétroactivité* ausgesprochen;⁶⁶ man widerstand damit der Versuchung, sich die modischen Vorschläge von Modellregelungen wie Art. 16: 103 (1) PECL oder Art. III – 1: 107 (2) des Draft Common Frame of Reference (DCFR) zu eigen zu machen, die glauben, auf das Prinzip der Rückwirkung verzichten zu können. Und so heißt es nach wie vor in art. 1179 Code civil:

Art. 1179 Code Civil. La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l’engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l’accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.

⁶¹ Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten IV, 1796, S. 497 mit Fn. 94; Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die heineccischen Institutionen⁶, 1798, § 740 = S. 758; v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts III, 1840, S. 150 ff.; Sell, Ueber bedingte Traditionen, 1839, S. 100 ff.

⁶² Lauterbach, Collegium pandectarum theoretico-practicum I, Ausgabe von 1714, L. II Tit. XIV § LXXXI; Stryk, Usus modernus III, Ausgabe von 1745, Lib. XVIII Tit. I § XXIIIX; Vinnius/Heineccius, In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis II, Ausgabe von 1704, Lib. III Tit. XVI, De conditione, Comment. § 6.

⁶³ Siehe etwa: v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten I⁷, 1863, § 95 Anm. II 1 = S. 142 ff.

⁶⁴ Pothier, Traité des Obligations I, Ausgabe von 1764, n° 198 et suiv., 218 et suiv. Auch Pothier hält an der Regel fest: keine Rückwirkung bei Legaten. Die begründet er so: wer einen Vertrag – auch unter einer Bedingung – geschlossen hat, ist daran gebunden – auch gegenüber den Erben; ein Legat sei dagegen ausschließlich zugunsten des Legatar gegeben.

⁶⁵ Pothier, Traité des Obligations I, Ausgabe von 1764, n° 220.

⁶⁶ Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006, p. 66: „la rétroactivité se justifie à la fois sur un plan rationnel et sur un plan pratique“. Insofern wendet man sich von gegenläufigen Vorschlägen der Commission de Réforme du Code Civil ab. Das ist eine bemerkenswerte Entscheidung, gehört doch die *rétroactivité* zu den in der heutigen Diskussion am meisten diskutierten Fragen des französischen Bedingungsrechts (vgl. Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Les Obligations², 2005, supra n° 1237).

Der historische Code civil versteht diese Vorschrift als Programmnorm. Im Gesetzgebungsverfahren stellt *Bigot de Préaménau* den *effet rétroactif* in das Zentrum der Bedingungslehre des Code civil. Der *effet rétroactif* sei die Grundregel, aus der sich alle Rechtsfolgen des Bedingungsrechts ableiten ließen „Les règles particulières aux conditions suspensives [...] ne sont que des déductions de ces principes généraux“.⁶⁷ Hier ist nicht der Platz, die konsistente Durchführung des Rückwirkungsprinzips im französischen Recht und seine scheinbaren oder tatsächlichen Durchbrechungen zu untersuchen.⁶⁸ Hier zählt zunächst alleine die Beobachtung, dass die Rückwirkungsfiktion des Bedingungseintritts die Haftung des Schuldners wegen schuldhafter Beeinträchtigung oder Vereitelung des bedingten Anspruchs ohne Schwierigkeiten erklären kann (vgl. art. 1182 al. 3, 4 Code civil). Denn die Rückwirkung des Bedingungseintritts vergegenwärtigt die Notwendigkeit der vollständigen Erfüllung des Gesamttatbestandes, ohne den die Vereitelung oder Beeinträchtigung des Anspruchs folgenlos bliebe. Mit anderen Worten: die Rückwirkung des Gesamttatbestandes verdeutlicht, dass auch die sekundärrechtlichen Vollwirkungen die Erfüllung des Gesamttatbestandes voraussetzen.

5. Von der Rückwirkung zur Rückziehung

Bisher verstand man die Rückwirkung des Bedingungseintritts als Fiktion. Doch von einigen Schriftstellern wurde die tradierte Rückwirkungslehre, die im Kern immer noch der Lehre des *Bartolus* entsprach, zu einer Lehre der *Rückziehung* fortentwickelt.⁶⁹ Den Beginn der Rückziehungslehre lässt sich an einer frühen Arbeit des jungen *Leibniz* festmachen. *Leibniz* hat sich in mehreren Arbeiten mit dem Rechte der Bedingung beschäftigt.⁷⁰ Dort kommt er – allerdings mehr am Rande – auch auf die Rückwirkung der eingetretenen Bedingung zu sprechen. *Leibniz* nähert sich der Bedingungslehre von einem zunächst recht eigentümlichen Standpunkt. Die Wirksamkeit eines bedingten Vertrages ist einzig noch abhängig von der Wahrheit der zur Bedingung gestellten Tatsache. Der Faktor Zeit spiele für die Wahrheit der Bedingung als solche aber keine Rolle. Der verstreichende Zeitraum zwischen bedingtem Vertragsschluss und Bedingungseintritt sei lediglich die Folge der Schwierigkeit, die von Anfang an bestehende Wahrheit zu erken-

⁶⁷ Exposé de motifs, bei: *Locré, Législation civile, commerciale et criminelle* VI, 1836, p. 158 (n° 66).

⁶⁸ Vgl. insoweit *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Les Obligations*², 2005, n° 1237 et suiv.

⁶⁹ Ich verwende an dieser Stelle den von *Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 6, 19 begründeten Begriff der Rückziehung.

⁷⁰ Siehe die *Disputatio juridica de conditionibus* vom 14. Juli 1665, die *Disputatio juridica posterior de conditionibus* vom 17. August 1665 und seine *Specimina juris* von 1669, allesamt abgedruckt in: *Preußische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), *Gottfried Wilhelm Leibniz, Sämtliche Schriften und Briefe* VI/1, S. 97 ff., 125 ff., 365 ff.

nen. Dies entspricht im Duktus schon *Leibniz' Determinismus* und seiner *Theorie des vollständigen Individualbegriffs*.⁷¹ Nach dieser Lehre ist die Einzelsubstanz gekennzeichnet durch einen vollständigen Begriff ihrer individuellen Substanz. Dieser Begriff der Substanz schließt alle vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Prädikate ein: „Notio completa seu perfecta substantiae singularis involvit omnia ejus praedicata praeterita praesentia ac futura“.⁷² Mithin ist daher schon jetzt die Aussage wahr (oder falsch), dass sich ein Prädikat künftig einstellen wird: „Utique enim praedicatum futurum esse futurum jam nunc verum est, itaque in rei notione continetur“. Diese Aussage führt geradewegs zur charakteristischen Aussage des Determinismus: es ist im Voraus ebenso gewiss, dass ein Ereignis geschehen wird, wie es nachher gewiss sein wird, dass es geschehen ist.⁷³ Damit wird die übliche Fiktion der Rückwirkung der Bedingung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses überflüssig. Die „Rückwirkung“ ist die anfängliche Wirkung der wahren Tatsache, die zunächst nur deswegen noch keine Vollwirkung ist, weil den Beteiligten die Wahrheit der Bedingung noch nicht offenkundig ist. Mit anderen Worten: das Recht und die Forderung aus dem Rechtsgeschäft (Vollwirkung) entstehen sofort mit Vertragsschluss, weil zu diesem Zeitpunkt der Eintritt oder Nichteintritt der tatsächlichen Bedingung schon feststeht. Nur ist den Beteiligten das Bestehen der Forderung nicht sofort bewusst, weil sie noch keine Kenntnis von der Wahrheit der Bedingung haben. Der Bedingungseintritt ist also nicht Wirkungsvoraussetzung sondern nur Erkenntnisvoraussetzung für das durch das bedingte Recht entstandene Recht.⁷⁴ *Leibniz* verdeutlicht das Gemeinte mit einem hübschen Bild: gäbe es im Land einen Propheten, der schon bei Vertragsschluss sicher sagen könnte, ob die Bedingung eintritt, so könnte der Berechtigte sofort Erfüllung verlangen.⁷⁵ Man denke an die berühmte deterministische Figur des Laplaceschen Dämons, der unter der Kenntnis sämtlicher Naturgesetze und aller Initialbedingungen jeden vergangenen und jeden zukünftigen Zustand berechnen kann.⁷⁶ Für

⁷¹ Vgl. dazu: *Liske*, Gottfried Wilhelm Leibniz, 2000, S. 64 ff., 108 ff.

⁷² *Leibniz*, Principia logico-methapysica, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Gottfried Wilhelm Leibniz, Sämtliche Schriften und Briefe VI/4, 1999, S. 1643 (1646).

⁷³ Vgl. *Leibniz*, Essais de theodicée I, Ausgabe von 1760, Essais sur la bonté de Dieu, Part. I § 36.

⁷⁴ *Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 118; vgl. auch *Blomeyer*, Studien zur Bedingungslehre I, 1938, S. 50 ff., insb. 54.

⁷⁵ Vgl. *Leibniz*, Specimina Juris, Exhibitum in doctrina conditionum, in: Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Gottfried Wilhelm Leibniz, Sämtliche Schriften und Briefe VI/1, S. 367 ff., Cap. X Def. 79 = S. 421, The 68 = S. 426 ff.; vgl. *Schiemann*, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung, 1973, S. 65 ff.; *Schneider*, Justitia universalis, 1967, S. 35 ff.

⁷⁶ Vgl. *Frey*, Determinismus/Indeterminismus, in: Hist. Wb. Philos. 2, 1972, S. 150 (155 ff.); *Drieschner*, Weltformel, in: Hist. Wb. Philos. 12, 2004, S. 470.

diesen Dämon ist der Eintritt oder Ausfall der Bedingung schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektive Gewissheit. Zu Schwierigkeiten kann diese Auffassung bei den Potestativbedingungen führen, sofern man von keiner vollständigen Determinierung des menschlichen Willens ausgeht. Aber dieses Problem muss sich nicht stellen, wenn man im Anschluss an *Bartolus* die Potestativbedingung von der Rückwirkung bzw. Rückziehung ausnimmt.

Maffei weist *Leibniz* Arbeiten zur Bedingungslehre grundlegende Bedeutung für das weitere Verständnis der Bedingungslehre zu.⁷⁷ Dieses Urteil scheint mir mehr der Person *Leibniz* und der Qualität seiner hier in Frage stehenden Abhandlungen als ihrer tatsächlichen Verbreitung geschuldet. Denn einen Eingang in die weitere Diskussion fanden die Thesen *Leibniz* – soweit ich das überblicke – zunächst nicht. *Fitting* hat die Schrift *Leibniz* im 19. Jahrhundert wiederentdeckt. In seiner zentralen, allerdings nicht auf die Bedingung beschränkten Rückziehungslehre⁷⁸ nimmt er aber keinen Bezug auf sie und betont an anderer Stelle, dass er unabhängig von *Leibniz* – den er jetzt als Zeugen seiner Lehre aufruft – zu seinem gleichlautenden Rückziehungsbegriff gekommen sei.⁷⁹ Zumindest als gleichberechtigter Gründer der Rückziehungslehre kann daher *Fitting* gelten.⁸⁰ Wirkungslos war die Rückziehungslehre für die akademische Diskussion keinesfalls. *Enneccerus* wird sie noch am Ende des 19. Jahrhunderts in Rahmen seiner Pendenztheorie vertreten.⁸¹ *Enneccerus* versucht überdies, die originären ex-tunc-Wirkungen der Rückziehung mit partiellen ex-nunc-Wirkungen des Bedingungsseintritts, die den römischen Quellen nicht per se unbekannt sind, zu versöhnen. Dazu greift er in die juristische Trickkiste und bemüht den nicht ausgesprochenen Parteiwillen. In der Parteibedingung liege regelmäßig zugleich die (stillschweigende) Vereinbarung eines *dies*.⁸² Mit anderen Worten: der nach-

⁷⁷ *Maffei*, *Condizione* (dir. interm.), in: Marchette (Red.), *Enciclopedia del diritto* VIII, 1961, p. 761 (§ 3): „[...] una opera fondamentale nella storia della dottrina moderna della condizione“; vgl. auch *Schneider*, *Justitia universalis*, 1967, S. 36 f.

⁷⁸ *Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856.

⁷⁹ *Fitting*, Ueber den Begriff der Bedingung, *AcP* 39 (1856), 305 (306). Eine Bezugnahme findet sich nur auf den Seiten 331 Fn. 46 und 336 Fn. 55.

⁸⁰ *Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 6, 19, 48 ff.

⁸¹ *Enneccerus*, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Band I, 1888, S. 249 ff., 268, Band II, 1889, S. 335 ff., 379 ff.: der bedingte Vertrag erzeuge sofort eine pendente Obligation; trete die Bedingung ein, sei nunmehr klar, dass von Anfang an eine Obligation vorhanden war; falle die Bedingung aus, so zeige sich, dass nie eine Obligation vorhanden war.

⁸² Eine zunehmende Betonung des Parteiwillens in diesem Sinne lässt sich schon bei *Sell* oder *v. Savigny* nachweisen (*v. Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts* III, 1840, S. 150 ff.; besonders deutlich *Sell*, *Ueber bedingte Traditionen*, 1839, S. 100 ff.). Ihren vorläufigen Höhepunkt findet diese Entwicklung bei *Windscheid*. In willenstheoretischer Manier überlässt er die grundsätzliche Beantwortung der Frage, ob dem Bedingungsseintritt Rückwirkung zukommt, ganz dem Parteiwillen: „[...] hat die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft oder nicht? Die Quelle der Entscheidung dieser Frage kann nur der Wille

folgende Bedingungseintritt macht deutlich, dass von Anfang an eine Obligation bestanden hat (Rückziehung), eben mit dem Inhalt (Zeitbestimmung), dass erst zum Tag des Bedingungseintritts zu leisten ist. Habe ich dir etwa am 1. Januar 2008 versprochen, für den Fall, dass ich meinen Onkel beerbe, 100 € zu zahlen, und beerbe ich meinen Onkel am 1. Januar 2010, so habe ich dir letztlich – von Anfang an wirksam – versprochen, am 1. Januar 2010 die 100 € zu zahlen.⁸³

VI. Die Unentbehrlichkeit des Rückwirkungsgedankens

Dem Gedanken der Rückwirkung des Bedingungseintritts auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses gelingt es ohne weiteres, die sekundärrechtlichen Vollwirkungen der Vereitelung oder Beeinträchtigung des bedingten Rechts zu erklären (§ 160 Abs. 1 BGB). Da durch die Fiktion der gesamte, nunmehr vollendete *Gesamttatbestand* in die Vergangenheit übertragen wird, rechtfertigen sich *Vollwirkungen* auch für schädigende Handlungen vor Bedingungseintritt. Diese Erklärung wird heute nicht mehr als befriedigend angesehen. Dahinter steht ein allgemeines Unbehagen gegenüber Rechtsfiktionen: Fiktionen dienen häufig allein der Verschleierung einer theoretischen Schwäche.⁸⁴ Stellt man die Rückwirkungsfiktion zur Disposition, verspricht auch die Rückziehungslehre wenig Abhilfe. Denn es geht ihr gar nicht um die rechtliche Beurteilung eines Falles der zeitlichen Tatbestandsteilung. Das letzte Tatbestandsstück ist für diese Lehre nicht ein künftiges, ungewisses Ereignis, sondern das Ereignis steht bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses fest. Es gibt überhaupt keine objektive, sondern nur eine subjektive Ungewissheit über die Wahrheit. Damit ist der bekannte Fall der sog. Unterstellung (*condicio in praesens vel praeteritum relata*) bezeichnet, in dem die Parteien den Eintritt von Rechtsfolgen daran binden, dass ein gegenwärtiges oder vielleicht schon in der Vergangenheit vorliegendes Ereignis besteht oder auch nicht besteht.⁸⁵ Eine Schwebephase der Un-

desjenigen sein, von dem das bedingte Rechtsgeschäft herrührt. Was hat er eigentlich mit der Bedingung gemeint?“ (*Windscheid*, Die Wirkung der erfüllten Bedingung, 1851, S. 1). Unter Hinweis auf den präsumtiven Willen der Parteien führt *Windscheid* aus: es sei eben im Zweifel anzunehmen, dass derjenige, der *für den Fall* einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse das Eintreten eines bestimmten rechtlichen Erfolges wolle, zugleich wolle, dass dieser Erfolg *erst dann* eintrete, wenn sich die verlangte Gestaltung der Verhältnisse entschieden habe. Mit anderen Worten: es ist im Zweifel anzunehmen, dass das privatautonome Setzen einer Bedingung zugleich eine Befristung beinhalte (*Windscheid*, cit., S. 4 ff.).

⁸³ *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Band I, 1888, S. 192 ff., Band II, 1889, S. 335 f.

⁸⁴ Grundlegend: *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen², 1969, S. 81 ff.

⁸⁵ Vgl. *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts II, 1889, § 114 Beil. II = S. 307 f.

gewissheit existiert überhaupt nicht: entweder ist das Geschäft sofort wirksam oder unwirksam.⁸⁶

1. Windscheids Theorie der Willensbindung und das BGB

Der deutsche Gesetzgeber hat sich § 158 Abs. 1 BGB ausdrücklich gegen die Rückwirkung des Bedingungseintritt entschieden;⁸⁷ eine Linie, der sich auch Art. III – 1: 107 (2) DCFR angeschlossen hat.⁸⁸ Moderne Schriftsteller arbeiten mit der Vorstellung, dass der Schuldner bei bedingtem Geschäft zwar noch nicht zur Primärleistung verpflichtet sei, ihn aber doch schon die echte Rechtspflicht treffe, dass bedingte Recht des Gläubigers nicht zu vereiteln.⁸⁹ In der Lehre hat sich hierfür der Begriff der *Vorwirkung* eingebürgert⁹⁰. Der Begriff – der auf *Fitting* zurückgeht⁹¹ – scheint mir falsch gebraucht. Er wird an dieser Stelle daher nicht weiter verwendet. Zurück geht die herrschende Auffassung auf die Lehre *Windscheids*: mit dem Geschäftsabschluss sei der Wille der Parteien schon vor Bedingungseintritt *gebunden*.⁹² Dies ist sicherlich zutreffend. Hoch problematisch ist aber die damit verbundene Vorstellung, *alleine* aus der Willensbindung – ohne Rekurs auf den Rückwirkungsgedanken – alle Pendenzfolgen ableiten zu können.⁹³ Die im Mittelpunkt unseres Interesses stehende Verpflichtung zum Schadensersatz bei Beeinträchtigung oder gar Vereitelung des bedingt begründeten Anspruchs kann sie gerade nicht vollständig erklären. Auch das deutsche Recht knüpft diesen Anspruch in § 160 Abs. 1 BGB ausdrücklich an den Eintritt der Bedingung. Die *sekundärrechtliche Vollwirkung* verlangt nach dem

⁸⁶ Staudinger/*Bork* (2003) Vorbem 28 zu §§ 158–163; *Schwarz*, Bedingung, in: Schlegelberger (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht II, 1929, S. 391 (398 f.).

⁸⁷ *Gebhard*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Allgemeiner Teil 2, S. 241 f.; Mugdan I, S. 492 (Motive).

⁸⁸ Im Anschluss an Art. 16: 103 (1) PECL.

⁸⁹ v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/2, 1918, § 81 I 1 = S. 294; Staudinger/*Bork* (2003) § 160 Rn. 1 f., 4, 6 f.

⁹⁰ Z.B. *Blomeyer*, Studien zur Bedingungslehre I, 1938, S. 40 f.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹, 2004, § 50 Rn. 45; v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/2, 1918, § 81 I = S. 292

⁹¹ *Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 21 f., 48.

⁹² *Windscheid*, Die Wirkung der erfüllten Bedingung, 1851, S. 17 ff. Eine Ausnahme gilt – selbstverständlich für die bedingten letztwilligen Verfügungen. Dem folgten die gesetzgeberischen Vorarbeiten zum BGB: *Gebhard*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Allgemeiner Teil 2, S. 235 f., 244; Mugdan I, S. 494 (Motive).

⁹³ Darin liegt der Unterschied zu der von dem Humanisten *Zasius*, §§ 8 seq. ad l. Si filius fam. sub condicione (Dig. 45, 1, 78 pr. [de V.O.]) formulierten Lehre, die mit der besonderen Willensbindung der Vertragsparteien die Rückwirkung des Bedingungseintritts begründete: bei *Zasius* steht die Willensbindung nicht alleine, sondern bewirkt nur zusammen mit dem Bedingungseintritt die vollwirkungsgleiche Haftung.

Gesamtatbestand: Schadensersatz ist nur im Fall der Verwirklichung des noch fehlenden Tatbestandsteils zu leisten. Die herrschende Lehre erschafft zur Sicherung des noch nicht bestehenden Anspruchs auf Primärleistung (Vollwirkung) nur nach eigenen Worten eine Rechtspflicht, den Anspruch nicht zu vereiteln; aber auch sie muss letztlich anerkennen, dass für den Fall des Ausfalls der Bedingung eben doch – und zwar letztlich von Anfang an – keine Verpflichtung bestanden hat. So heißt es im Vorentwurf *Gebhards* und in den Motiven der Ersten Kommission:⁹⁴

„Die aufschiebende Bedingung schiebt den Eintritt der dem Rechtsgeschäft an sich zukommenden Wirkung hinaus. Solange sie schwebt, ist Recht und Belastung noch nicht existent. [...] Gleichwohl kommt dem den Grund zur Entstehung des zukünftigen Rechts legenden Rechtsgeschäft schon während der Schweben *eine bestimmte Wirksamkeit* (Anm.: insbesondere ist damit gemeint, dass Handlungen, die den Gegenstand der bedingten Verpflichtung schädigen, zu unterlassen sind) zu; es hat bindende Kraft. Der Eintritt oder Nichteintritt der *rechtlichen Wirkung* ist *alleine von dem Ausgang der Bedingung abhängig*“.

Bei der Pflicht, den bedingten Anspruch nicht zu beeinträchtigen oder zu vereiteln, handelt es sich eben auch um eine *bedingte Pflicht*;⁹⁵ die Pflicht wird rückwirkend aktiviert, wenn der Gesamtatbestand eingetreten ist. Es bleibt dabei: die Haftung wegen Beeinträchtigung oder Vereitelung ist keine ausschließlich auf die Willenseinigung (Tatbestandsstück) zurückzuführende Haftung. Notwendig ist der Gesamtatbestand.⁹⁶ Soll sie an einer schädigenden Handlung des Schuldners vor Bedingungseintritt anknüpfen, bedarf es des Gedankens der Rückwirkung des Bedingungseintritts (Gesamtatbestand). Den Spagat versuchte *Adickes*, der die Rückwirkungsfiktion dadurch „abmildern“ wollte, dass er zwar anerkannte, dass die Haftpflicht des Schuldners erst mit Bedingungseintritt entstehe, aber aufgrund des Parteiwillens – und nicht aufgrund einer rückwirkenden Kraft des Bedingungseintritts – auch vor Bedingungseintritt begangene Sorgfaltsverstöße erfasse.⁹⁷

⁹⁴ *Gebhard*, in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Allgemeiner Teil 2, S. 235; Mugdan I, S. 494 (Motive). Hervorhebungen vom Verfasser.

⁹⁵ So zutreffend: *Arndts*, Lehrbuch der Pandekten¹¹, 1883, § 71 Anm. 4 = S. 104; *Blo-meyer*, Studien zur Bedingungslehre I, 1938, S. 39 ff.

⁹⁶ Dies spricht dagegen, eine (auf den Ausfall der Bedingung) auflösend bedingte Leistungstreuepflicht anzunehmen. Zumal eine stringente Argumentation mit einer auflösend bedingten Leistungstreuepflicht nur dann möglich ist, wenn man jedenfalls insoweit Rückwirkung annimmt.

⁹⁷ *Adickes*, Zur Lehre von den Bedingungen, 1876, S. 125: „die Haftpflicht entstehe jetzt (Anm.: Eintritt der Bedingung) mit dem Inhalte, den sie haben würde, wenn sie früher entstanden wäre“.

2. Die Vorwirkung

Viele Missverständnisse sind mit dem Begriff der Vorwirkung verbunden. *Fitting* entwickelte den allgemeinen Begriff der Vorwirkung, den er dem Begriff der Rückziehung gegenüberstellte. Es geht ihm zunächst nur um begriffliche Klarheit. Die Lehre der Vor- und Rückziehung ist für ihn ein Allgemeiner Teil einer nachfolgenden Bedingungslehre. Mit Klärung der gegensätzlichen Begriffe Rückziehung (Wirkung *ex tunc*) und Vorwirkung (Wirkung *ex nunc*) ist noch keine Entscheidung darüber gefallen, wie die bedingten Obligationen oder die bedingten Verfügungen in diesen Kanon einzuordnen sind. Ein klarer Fall der Vorwirkung ist etwa entsprechend der hergebrachten Doktrin das bedingte Legat.⁹⁸ Mit der Einordnung des bedingten Schuldvertrags hat sich *Fitting* dagegen erkennbar schwer getan.⁹⁹ Zunächst hat er die bedingte Vertragsobligation entsprechen der tradierten Auffassung zur Rückwirkung dem Bereich der Rückziehung zugewiesen;¹⁰⁰ später sind ihm im Rahmen anderer Arbeiten Zweifel gekommen,¹⁰¹ bis er letztlich zu der Überzeugung gelangt ist, wie er später beiläufig anmerkt, dass die Frage der Rückziehung im iustinianischen Recht wohl umstritten war, die Mehrzahl der Juristen dem Geschäft aber mit Bedingungeintritt eher *ex nunc* Wirkung (Vorwirkung) zugewiesen habe.¹⁰² Der aufschiebend bedingten Übereignung schließlich weist *Fitting* nur Vorwirkungen zu.¹⁰³

Den Verdienst *Fittings* sieht man heute in der Entdeckung der Vorwirkung.¹⁰⁴ Die Ausgangssituation für Rückziehung und Vorwirkung ist identisch. Nach der Verwirklichung eines Tatbestandsstücks besteht Ungewissheit über den Resttatbestand, die erst durch ein nachfolgendes Ereignis beseitigt wird. Bei der Rückziehung bezieht sich die Ungewissheit auf die Vergangenheit; der Resttatbestand ist bereits verwirklicht, nur können die Parteien dies noch nicht erkennen. Bei der Vorwirkung bezieht sich die Ungewissheit nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Zukunft. Der künftige Umstand entscheidet nicht darüber, ob ein Rechtsverhältnis war oder ist, sondern ob es *wird*. Nicht die Vergangenheit wird erkannt, sondern die Zukunft gestaltet. Mit anderen Worten: bei der Rückziehung zeigt der Umstand, dass jemand schon Gläubiger war; bei der Vorwirkung bewirkt der künftige Umstand,

⁹⁸ *Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 31 ff., 119 f.

⁹⁹ Überhaupt schien *Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 58 f., 62 den Unterschied zwischen Vor- und Rückwirkung bei Forderungsrechten nicht für sonderlich groß zu halten. Seine Bedeutung zeige sich bei den dinglichen Rechten.

¹⁰⁰ Vgl. *Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 52 mit Fn. 84.

¹⁰¹ *Fitting*, Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder Besicht, ZHR 2 (1859), 203 (255) Fn. 79 aE.

¹⁰² *Fitting*, Das Castrense Peculium, 1871, S. 265 Fn. 2.

¹⁰³ *Fitting*, Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder Besicht, ZHR 2 (1859), 203 (255) Fn. 79.

¹⁰⁴ *Schiemann*, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung, 1973, S. 101.

dass jemand – nur für die Zukunft – Gläubiger wird.¹⁰⁵ Vereinfacht ausgedrückt geht es der Unterscheidung zwischen Rückziehung und Vorwirkung darum, ob das erwartete Ereignis *ex nunc* oder *ex tunc* wirkt. Streng genommen verhält sich die Lehre von der Vorwirkung gar nicht über die Zwischenwirkungen vor Eintritt des künftigen Umstandes.

Die eingehendste Betrachtung hat die Unterscheidung zwischen Vorwirkung und Rückziehung bei *Fitting* am Beispiel des Eigentums und der Problematik der Zwischenverfügung gefunden. Bei der Rückziehung zeigt der nachfolgende Umstand, dass die eine oder andere Seite schon Eigentümer war (*ex tunc*); bei der Vorwirkung erwirbt die eine Seite das Eigentum mit Eintritt des Umstandes, während die andere Seite das Eigentum verliert (*ex nunc*). Schwierigkeiten bereitet der Vorwirkungslehre die Behandlung von Zwischenverfügungen, wenn man das gewünschte Ergebnis erreichen will: die Unwirksamkeit der Zwischenverfügungen. Keine Schwierigkeiten hat die Rückziehungslehre: Zwischenverfügungen sind entsprechend der Grundregel *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* ohne Wirkung; denn das eingetretene Ereignis hat ja gezeigt, dass der Verfügende gar nicht Eigentümer war, also auch nicht wirksam verfügen konnte. Diese Argumentation greift bei der Vorwirkung nicht: denn hier war der Verfügende ja noch Eigentümer; er hat dies erst *ex nunc* zum Zeitpunkt der Tatbestandsvollendung erworben.

Im *usus modernus* war – für den Sonderfall des bedingten Geschäfts – allmählich erkannt worden, dass das bedingte Recht, die *spes*, ein Vermögenswert des Gläubigers ist.¹⁰⁶ Zur Verdeutlichung der Position des bedingt Berechtigten verwandte man das Bild des gezeugten, aber noch nicht geborenen Kindes. Solange die Bedingung schwebt, liegt eine konzipierte (gezeugte), aber noch nicht geborene Obligation vor!¹⁰⁷

„Ex quibus omnibus satis apparet, etiam pendente conditione aliquid subesse, quod conventionem quodammodo verificat & sustentat [...] ac obligationem nondum quidem natam, conceptam tamen esse, illamque tanquam in utero materno latere. [...] Unde etiam conditionales conventiones ex praesenti vires accipere dicuntur“.

Dieses Bild ist haften geblieben.¹⁰⁸ Selbst im französischen Recht spricht man mit Blick auf das bedingte Recht gerne von einem *germe de droit*.¹⁰⁹ *Fitting*

¹⁰⁵ *Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 21 f., 48, 51 ff.

¹⁰⁶ *Lauterbach*, Collegium pandectarum theoretico-practicum I, Ausgabe von 1714, L. II Tit. XIV § LXXVIII.

¹⁰⁷ *Lauterbach*, Collegium pandectarum theoretico-practicum I, Ausgabe von 1714, L. II Tit. XIV § LXXIX; *Stryk*, *Usus modernus* III, Ausgabe von 1745, Lib. XVIII Tit. I § XXVII.

¹⁰⁸ Z.B. v. *Jhering*, Passive Wirkungen der Rechte, *JherJb* 10 (1871), 387 (461).

¹⁰⁹ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, *Les Obligations*², 2005, n° 1238.

greift diesen Gedanken auf: das Eigentum ist von Anfang an „objektiv belastet“. „In allen Fällen des vorauslöslichen Eigentums trägt die Sache selbst den Keim in sich, beim Eintritt eines späteren Umstandes in das Eigentum eines anderen überzugehen. Es wird also durch die ursprünglich den späteren Eigentumsübergang begründende rechtliche Thatsache die Sache, das Eigentum selbst ergriffen in dem Umfang, in dem es beim Eintritt der jener Tatsache dem Verfügenden zustand“.¹¹⁰

Das Bild des gezeugten, aber noch nicht geborenen Kindes ist stark. Und dennoch zeigt sich gerade in ihm, dass damit der Tatbestand zur Begründung von sekundärrechtlichen Vollwirkungen wegen Beeinträchtigung des bedingten Anspruchs nicht abschließend umschrieben ist. Denn wenn die Bedingung nicht eintritt, also die Geburt des Kindes ausbleibt, kann ich mich folgenlos am Embryo vergehen. Erst die Geburt des Kindes – also die Vollendung des Gesamttatbestandes – verpflichtet mich zusammen mit meinem vorangehenden Verhalten zum Schadensersatz. Ohne die „Rückwirkung“ des Bedingungseintritts ist der Embryo in der Vergangenheit „schutzlos“.

3. Die *passive Wirkung der Rechte*

v. Jhering versuchte die Schwebewirkungen damit zu erklären, dass ein Recht bereits *passive* Wirkungen äußern könne, bevor es als solches überhaupt existiert. Im Normalfall korrelierten die passive und aktive Seite (Berechtigung) eines Rechts; in bestimmten Situationen könne aber die aktive Seite zunächst fehlen. Dieses zeitige Fehlen eines berechtigten Subjekts schließe zwar die Annahme eines bestehenden subjektiven Rechts aus, nicht aber die Möglichkeit der (passiven) Sicherung seiner baldigen Entstehung: es falle der schon bestehenden passiven Seite des Rechts zu, den alsbaldigen Eintritt des berechtigten Subjekts in den unversehrten Bestand des Rechts zu ermöglichen und sicherzustellen.¹¹¹ *v. Jhering* bedient sich zur Verdeutlichung eines Bildes. Obwohl das Recht noch nicht entstanden sei und ein Tatbestandsteil noch ausstehe, werde dem künftig Berechtigten bereits ein Bett aufgeschlagen und gesichert. „Das Bett ist freilich zur Zeit noch leer, aber es ist bereits belegt, dem Unberechtigten verschlossen“. Es bedarf nur des Erscheinens des Berechtigten. Auf den Rückwirkungsgedanken glaubt *v. Jhering* verzichten zu können: die passiven Wirkungen seien immer gegenwärtige Wirkungen.¹¹²

In der Lehre wird die Vorstellung einer passiven Seite eines Rechts ohne korrelierende aktive Seite kritisiert: eine passive Seite eines Rechts ohne

¹¹⁰ *Fitting*, Ueber den Begriff der Rückziehung, 1856, S. 64 ff.

¹¹¹ *v. Jhering*, Passive Wirkungen der Rechte, JherJb 10 (1871), 387 (390 f., 392 ff.).

¹¹² Vgl. *v. Jhering*, Passive Wirkungen der Rechte, JherJb 10 (1871), 387 (527 ff., insb. 534 f.).

aktive Seite sei wie ein Belastetsein ohne Last, wie eine Wirkung ohne Ursache.¹¹³ Ich halte die Vorstellung *v. Jherings* von der Möglichkeit eines passiven Rechts an sich nicht für unpassend. Denn es erklärt tatsächlich den immer wieder vorkommenden Fall, dass ein Schuldner zwar gehalten ist – um das Wort „verpflichtet“ zu vermeiden –, ein bestimmtes Verhalten zu vermeiden, dieser passiven Wirkung aber keine durchsetzbaren (klagbaren) materiellrechtlichen Ansprüche des Gläubigers auf Sicherung seines Rechts korrespondieren. Man denke nur an die Rücksichtnahmepflichten des § 241 Abs. 2 BGB. Diese sind grundsätzlich nicht klagbar.¹¹⁴ Der Gläubiger kann sie nicht im Einzelfall durchsetzen, sondern ist auf Schadensersatzansprüche für den Fall ihrer Verletzung beschränkt (§ 280 Abs. 1 BGB ggf. iVm § 311 Abs. 2 BGB).¹¹⁵ Das Rückwirkungsdogma kann allerdings auch die Lehre von der passiven Wirkung der Rechte nicht ersetzen.¹¹⁶ Schadensersatz wegen oder Beeinträchtigung oder Vereitelung des Anspruchs ist nicht alleine deswegen zu leisten, weil der Hotelier das für den Gast gemachte Bett durchwühlt hat, sondern erst, wenn der Gast durch die Zimmertür geht (Tatbestandsvollendung) und nur das ungemachte Bett vorfindet. Bleibt er zuhause, bleibt das unordentliche Gastzimmer folgenlos.

VII. Anwendungsbereich

Die Schwelle zwischen einfachen Tatbestandswirkungen und den verstärkten Pendenzwirkungen ist in dem Zeitpunkt überschritten, in dem ein Zurückgehen hinter den bereits erfüllten Teiltatbestand für die Parteien nicht

¹¹³ *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin II, 1889, S. 413 f.; siehe aber auch: *Blomeyer*, Studien zur Bedingungslehre I, 1938, S. 7.

¹¹⁴ Rücksichtnahmepflichten sind nach hM nur dann ausnahmsweise klagbar, wenn eine Rechtsverletzung unmittelbar bevorsteht und sich die Schutzpflicht auf ein bestimmtes Verhalten konkretisieren lässt (Staudinger/*Olzen* (2009) § 241 Rn. 544 ff.).

¹¹⁵ Schon *v. Jhering*, Passive Wirkungen der Rechte, *JherJb* 10 (1871), 387 (463) Fn. 80 hat auf die enge Beziehung zwischen der Lehre von der passiven Wirkung entstehender Rechte und der *culpa in contrahendo* hingewiesen.

¹¹⁶ Selbstverständlich können auch bei einem bedingten Vertragsverhältnis unabhängig vom Bedingungseintritt Schutzpflichten iSd § 241 Abs. 2 BGB verletzt werden (BGH, NJW 1992, 2489 [2490], Urt. v. 30.4.1992 – VII ZR 78/91; BGH, BB 1967, 811, Urt. v. 6.6.1967 – VIII ZR 259/64). Verletzungen verpflichten gem. § 280 BGB zum Schadensersatz. Schutzpflichten kommen sogar dann noch in Betracht, wenn die Bedingung ausgefallen ist. Ist der Vertrag etwa gescheitert, so kann eine Partei nicht mehr auf Vollziehung verlangen und entsprechende Maßnahmen ergreifen (BGH, NJW 1990, 507 [508], Urt. v. 29.9.1989 – V ZR 198/87). Ihr Erfüllungsinteresse kann eine Partei aber nur liquidieren, wenn die Bedingung eingetreten ist oder als eingetreten gilt. So kann eine Partei vor Bedingungseintritt wegen Erfüllungsverweigerung Schadensersatz nur verlangen, wenn die andere Seite gleichzeitig den Eintritt der Bedingung zurechenbar verhindert (vgl. BGHZ 90, 302 [308], Urt. v. 14.3.1984 – VIII ZR 284/82; BGH, MDR 1969, 1001, Urt. v. 28.5.1969 – VIII ZR 135/69).

mehr einseitig möglich ist. Sicherlich wird nun nicht jedes in der Vergangenheit verwirklichte Tatbestandsstück unwiderruflich sein und über die einfache Tatbestandswirkung hinaus verstärkte Schwebewirkungen hervorrufen. Es sind also diejenigen Teile eines Tatbestandes, die verstärkte Schwebewirkungen hervorbringen, abzugrenzen von solchen Tatbestandsstücken, an die sich nur Rechtshoffnungen und unbeachtliche Rechtsaussichten knüpfen, also jeder Partei für die Schwebezeit größtmögliche Freiheit lässt. Die Entscheidung zwischen einfacher Tatbestandswirkung und verstärkten Pendenzwirkungen, zwischen Freiheit und faktischer Bindung trifft der Gesetzgeber. Im Einzelfall kann ein starkes Verkehrsbedürfnis die weitgehende *Absicherung* der Tatbestandsteilung verlangen: könnte sich etwa eine Partei eines bedingten Vertrages vor Eintritt der Bedingung die Erfüllung seines Leistungsversprechens durch Widerruf verhindern oder über den Vertragsgegenstand faktisch anderweitig verfügen, so wäre es mit dem praktischen Wert eines solchen Vertrages dahin.¹¹⁷ Der deutsche Gesetzgeber geht hier sehr weit. Bereits der Antrag auf Vertragsschluss ist grundsätzlich bindend und nicht einseitig widerruflich (§ 145 BGB). Daraus kann man den allgemeinen Satz folgern: die Grenze zu den verstärkten Schwebewirkungen ist im deutschen Recht überschritten, wenn der zu Verpflichtende seine Verpflichtungserklärung abgegeben hat. Da insbesondere die §§ 160 ff. BGB das zwingende Minimalprogramm für den Fall der Unwiderruflichkeit eines Tatbestandsstückes regeln, sind die Vorschriften grundsätzlich als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens entsprechend anwendbar.¹¹⁸ Ich will ein Beispiel geben: Zerstört der Verkäufer nach Antrag auf Abschluss eines Kaufvertrages den Vertragsgegenstand, so haftet er entsprechend § 160 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz; allerdings unter der Voraussetzung, dass der Käufer die Vertragsofferte annimmt: denn die sekundärrechtliche Vollwirkung verlangt Erfüllung des Gesamtatbestandes. Ein einziges Bedenken mag dieser Lösung entgegenstehen. *Bartolus* nahm die Potestativbedingung ausdrücklich von der Rückwirkung aus. Da die Annahme der Vertragsofferte in der Willkür des Akzeptanten liegt, ließe sich dieses Bedenken vielleicht auf unseren Fall übertragen. Nehmen wir dagegen Anleihen an der hier ausgeblendeten, weil im Obligationenrecht nicht ohne weiteres weiterführenden Diskussion um die quasidinglichen Anwartschaftsrechte, so mag die subjektive Abhängigkeit der Entstehung des Anspruchs vom Willen des Akzeptanten deutlich für die Anwendung des § 160 Abs. 1 BGB sprechen.

¹¹⁷ v. Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, JherJb 10 (1871), 387 (458 ff., 462 ff., 470 f.).

¹¹⁸ Vgl. Kühne, Tatbestandsteilung, 1936, S. 24 ff., 38 ff., insb. 72 ff.

Ist § 31a BGB im Stiftungsrecht zwingend oder dispositiv?

Zur Auslegung von § 86 S. 1 Hs. 2 BGB

ULRICH BURGARD

Dieter Reuter hat die Entwicklung des deutschen Stiftungsrechts wie kaum ein Zweiter geprägt. Seine Erläuterungen setzen den Maßstab, an dem sich alle anderen Autoren messen müssen, auch und gerade wenn sie – wie der Verfasser – ganz andere Grundauffassungen vertreten¹. Zudem schließen abweichende Grundauffassungen Übereinstimmungen in vielen Detailfragen keineswegs aus. Für den Verfasser ist es daher eine besondere Freude, den Jubilar mit einem kleinen Beitrag ehren zu dürfen.

I. Das Problem

Jüngst hat der Gesetzgeber in seinem überbordenden Reformdrang § 31a BGB eingeführt. Durch diese Bestimmung soll die Haftung von ehrenamtlichen Vereinsvorständen gemildert, nämlich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden. Dass diese Bestimmung völlig verfehlt ist, wurde bereits an anderer Stelle von dem Jubilar² und dem Verfasser³ dargelegt. Völlig verfehlt ist auch, dass nach § 40 S. 1 BGB n.F. § 31a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB zwingend sein soll.⁴ Und damit nicht genug: Gutgemeinter Lobbyarbeit ist es zu „danken“, dass § 86 S. 1 Hs. 1 BGB den Anwendungsbereich von § 31a BGB auf Vorstandsmitglieder von Stiftungen erstreckt. Das läuft einem Hauptanliegen des Stiftungsrechts, nämlich dem Schutz der Stiftung und ihres Vermögens vor einer fehlerhaften Verwaltung durch den Vorstand, „diametral zuwider“.⁵ Allerdings verweist § 86 S. 1 Hs. 1 BGB nicht auch auf § 40 BGB. Hieraus hat der Verfasser gefolgert⁶, dass § 31a BGB im Stiftungs-

¹ S. Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, etwa S. 61 ff., 127 ff., 188 ff., 349 ff.; dagegen Reuter, AcP 207 (2007), 1, 6 f., 12 ff.

² Reuter, NZG 2009, 1368, 1369 ff.

³ Burgard, ZIP 2010, 358 ff.

⁴ Burgard, ZIP 2010, 358, 363 f.

⁵ Reuter, NZG 2009, 1368, 1369.

⁶ Burgard, ZIP 2010, 358, 364.

recht dispositiv ist.⁷ Dieser Ansicht ist allerdings *Arnold* unter Hinweis auf § 86 S. 1 Hs. 2 BGB jüngst entgegengetreten.⁸ *Arnold* versteht § 86 S. 1 Hs. 2 BGB als Parallelvorschrift zu § 40 BGB und begründet dies mit dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Und eben dies wird im Folgenden näher zu untersuchen sein.

II. Der Wortlaut von § 86 BGB

Vergleicht man den Wortlaut von § 86 S. 1 Hs. 2 BGB mit dem Wortlaut von § 40 S. 1 BGB, so kann man sich in der Tat einer gewissen Übereinstimmung nicht verschließen. Allerdings ist für die Auslegung der gesamte Wortlaut der Vorschriften aufschlussreich, weswegen sie hier vollständig zitiert und die Übereinstimmungen hervorgehoben werden.

§ 86 BGB lautet: *„Die Vorschriften der §§ 26 und 27 Absatz 3 und der §§ 28 bis 31a und 42 finden auf Stiftungen entsprechende Anwendung, die Vorschriften des § 26 Absatz 2 Satz 1, des § 27 Absatz 3 und des § 28 jedoch nur insoweit, als sich aus der Verfassung, insbesondere daraus, dass die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, ein anderes ergibt. Die Vorschriften des § 26 Absatz 2 Satz 2 und des § 29 finden auf Stiftungen, deren Verwaltung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, keine Anwendung.“*

In § 40 BGB heißt es: *„Die Vorschriften des § 26 Absatz 2 Satz 1, des § 27 Absatz 1 und 3, der §§ 28, 31a Abs. 1 Satz 2 sowie der §§ 32, 33 und 38 finden insoweit keine Anwendung als die Satzung ein anderes bestimmt. Von § 34 kann auch für die Beschlussfassung des Vorstands durch die Satzung nicht abgewichen werden.“*

§ 86 S. 1 Hs. 1 BGB erklärt also eine Reihe von Vorschriften des Vereinsrechts zunächst einmal für entsprechend anwendbar, um sodann in Hs. 2 einen Teil dieser Vorschriften einem Verfassungsvorbehalt zu unterwerfen. Dabei wird die Verfassung einer Stiftung gemäß § 85 BGB durch das Stiftungsgeschäft bestimmt, soweit sie nicht auf Bundes- oder Landesgesetz beruht. Und das Stiftungsgeschäft besteht gemäß § 81 Abs. 1 BGB aus einer Vermögenswidmung und (regelmäßig) einer Stiftungssatzung. Der Verfassungsvorbehalt des § 86 S. 1 Hs. 2 BGB bedeutet also, dass von den dort genannten Vorschriften durch Landesgesetz oder durch das Stiftungsgeschäft und damit in der Regel durch die Stiftungssatzung abgewichen werden kann.

⁷ Dass § 40 BGB mangels Verweisung in § 86 BGB für die Stiftung nicht gilt, betont auch *Hüttemann*, DB 2009, 1205, 1207.

⁸ *Arnold*, Die Organhaftung in Verein und Stiftung (unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 31a BGB) in *Hüttemann/Rawert/K. Schmidt/Weitemeyer* (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook 2010 (erscheint 2011), Manuskript, S. 21.

Das wiederum legt den Umkehrschluss nahe, dass von den Vorschriften, die nicht in § 86 S. 1 Hs. 2, sondern nur in Hs. 1 der Vorschrift genannt sind, nicht durch Landes- oder Satzungsrecht abgewichen werden kann. Zwingend wären danach §§ 26 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, 29 bis 31a sowie § 42 BGB (wobei nach § 86 S. 2 BGB bei einer behördlichen Stiftungsverwaltung zudem §§ 26 Abs. 2 und 29 BGB außer Anwendung bleiben). Und für ein solches Verständnis spricht schließlich auch der Vergleich mit § 40 S. 1 BGB, der allgemein so verstanden wird, dass grundsätzlich nur die dort angegebenen Vorschriften satzungsdispositiv sind, wenn nicht bereits der Wortlaut der Vorschrift – wie bei § 30 BGB – Gestaltungsfreiheit einräumt.⁹ Allerdings stimmen die in § 40 S. 1 BGB aufgeführten Vorschriften nur teilweise mit den in § 86 S. 1 Hs. 2 BGB Genannten überein. Die Abweichungen erklären sich jedoch samt und sonders aus der Mitgliederlosigkeit der Stiftung. Auch materiell bestehen keine Bedenken dagegen, dass §§ 26 Abs. 1 S. 1 und 2, 29, 31, 42 sowie mit Ausnahme behördlich verwalteter Stiftungen §§ 26 Abs. 2 Satz 2 und 29 BGB zwingend sein sollen. Bedenken bestehen insoweit nur hinsichtlich von § 31a BGB. Bemerkenswert ist allerdings ferner, dass §§ 26 Abs. 1 S. 3, 30 BGB nicht zwingend sind, wie sich schon aus dem Wortlaut der Vorschriften ergibt, obwohl sie nur in § 86 S. 1 Hs. 1 und nicht auch in Hs. 2 genannt sind. Das lässt immerhin erste Zweifel aufkommen, ob § 86 S. 1 Hs. 2 BGB den gleichen Umkehrschluss zulässt wie § 40 S. 1 BGB.

III. Entstehungsgeschichte von § 86 BGB

Vorläufer des heutigen § 86 BGB war § 61 BGB-E 1, der bestimmte vereinsrechtliche Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärte. Hierzu lagen zahlreiche Änderungsanträge vor,¹⁰ so dass beschlossen wurde im Einzelnen zu prüfen, ob und inwieweit vereinsrechtliche Vorschriften auf die Stiftung entsprechend Anwendung finden sollten¹¹. Der Schwerpunkt der Diskussion lag dabei eindeutig bei der Frage, ob die vorgeschlagenen Verweisungen auch für solche Stiftungen sachgerecht seien, deren Verwaltung von einer öffentlichen Behörde geführt wird. Das kommt noch heute im Wortlaut des § 86 BGB deutlich zum Ausdruck. Betont wurde ferner die dispositive Natur des § 44 Abs. 2 BGB-E 1 (heute § 27 Abs. 3 BGB),¹² des § 44 Abs. 4

⁹ *Reuter* in Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2006, § 40 Rdn. 1; *Hadding* in Soergel, BGB, 13. Auflage 2000, § 40 Rn. 2; *Schwarz/Schöpfung* in Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, 2. Auflage 2007, § 40 Rn. 2; *Weick* in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2005, § 40 Rn. 1.

¹⁰ Protokolle, S. 1194 f., zitiert nach *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, S. 666.

¹¹ Protokolle, S. 1196 ff., zitiert nach *Mugdan* (Fn. 10), S. 666 ff.

¹² Protokolle, S. 1198, 1202 f., zitiert nach *Mugdan* (Fn. 10), S. 667, 668.

BGB-E 1 (heute § 26 Abs. 1 S. 3 BGB),¹³ des § 44 Abs. 5 BGB-E 1 (heute § 26 Abs. 2 S. 1 BGB)¹⁴ sowie des § 45a BGB-E 1 (heute § 30 BGB).¹⁵ Von der zwingenden Natur einer der Verweisungen ist in den Materialien hingegen nicht die Rede. Den Materialien kann daher nicht entnommen werden, welche Vorschriften des Vereinsrechts für die Stiftung zwingend sein sollen, sondern nur, welche Vorschriften dispositiv sind. Mehr besagen allerdings auch die Ausführungen von *Arnold* zu dieser Frage nicht.¹⁶

IV. Der Sinn und Zweck von § 86 BGB

Der Sinn und Zweck von § 86 BGB erschließt sich aus einer Zusammenschau mit § 85 BGB. Danach wird die Verfassung einer Stiftung in erster Linie durch das Bundesrecht, in zweiter Linie durch das Landesrecht und (erst) in dritter Linie, d.h. soweit das Bundes- und Landesrecht keine zwingenden Vorgaben machen, durch das Stiftungsgeschäft, insbesondere die Stiftungssatzung bestimmt. Dementsprechend musste der Reichsgesetzgeber für den Fall Vorsorge treffen, dass weder das Landesrecht noch das Stiftungsgeschäft hinreichende Regelungen der Stiftungsverfassung enthalten. Im Blick hierauf gewährleisten die in § 86 S. 1 Hs. 1 BGB aufgeführten Verweise auf das Vereinsrecht eine Minimalverfassung und damit die Verkehrsfähigkeit der Stiftung. Dabei galt es allerdings eine Kollision mit dem Landesrecht zu vermeiden; denn der historische Gesetzgeber sah das Stiftungsrecht vornehmlich als öffentlich-rechtliche Materie an,¹⁷ die zu regeln daher den Landesgesetzgebern weitgehend vorbehalten bleiben musste. Nach den historischen Vorstellungen konnte der Landesgesetzgeber zudem die Verwaltung einer Stiftung durch eine öffentliche Behörde erzwingen.¹⁸ Das machte eine Berücksichtigung dieser Gestaltung unumgänglich, führte zu den vorgenannten (o. III.) Diskussionen und mündete in der Fassung des § 86 S. 1 Hs. 2, S. 2 BGB. Gestellt und von § 86 S. 1 Hs. 2, S. 2 BGB beantwortet wurde also nur die Frage, welche der in § 86 S. 1 Hs. 1 BGB genannten Bestimmungen auch dann gelten sollen, wenn die Stiftung von einer öffentlichen Behörde verwaltet wird. In diesem Rahmen wurde auch die Abdingbarkeit einzelner Bestimmungen betont. Die Frage der zwingenden Natur wurde dagegen gar nicht gestellt (o. III.).

¹³ Protokolle, S. 1199, zitiert nach *Mugdan* (Fn. 10), S. 667.

¹⁴ Protokolle, S. 1201, 1202 f., zitiert nach *Mugdan* (Fn. 10), S. 668.

¹⁵ Protokolle, S. 1203, zitiert nach *Mugdan* (Fn. 10), S. 668.

¹⁶ *Arnold* (Fn. 8), S. 7.

¹⁷ Protokolle, S. 1167 f., zitiert nach *Mugdan* (Fn. 10), S. 657 f.; *Reuter* (Fn. 9), Vor § 80 Rdn. 3.

¹⁸ Motive, S. 121, zitiert nach *Mugdan* (Fn. 10), S. 419. Tatsächlich gab es solche Bestimmungen noch bis in die 1970er Jahre, s. *Reuter* (Fn. 9), § 86 Rn. 2 m.w.N.

§ 86 S. 1 Hs. 2 BGB ist daher zuvörderst als Konzession des historischen Gesetzgebers an das heute nicht mehr bestehende Recht des Landesgesetzgebers zu verstehen, Stiftungen in die öffentliche Verwaltung zu integrieren. Das hat bereits der Jubilar zutreffend ausgeführt.¹⁹ Aus § 86 S. 1 Hs. 2 BGB können daher keine Folgerungen hinsichtlich des zwingenden Charakters der dort nicht genannten Vorschriften gezogen werden,²⁰ was im Blick auf §§ 26 Abs. 1 S. 3, 30 BGB ja auch unzutreffend wäre (o. II. a.E.). Tatsächlich wird dieser Umkehrschluss, soweit dem Verfasser bekannt, bisher nur von *Arnold* vertreten. In der Kommentarliteratur zu § 86 BGB wird dagegen stets nur betont, dass hinsichtlich der Anwendbarkeit der vereinsrechtlichen Vorschriften danach zu unterscheiden ist, ob die Stiftung von einer öffentlichen Behörde verwaltet werde oder nicht.²¹

V. Unanwendbarkeit von § 31a BGB bei behördlich verwalteten Stiftungen

Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Gesetzeszweck sprechen also gegen den von *Arnold* vertretenen Umkehrschluss, wonach die in § 86 S. 1 Hs. 2 BGB nicht genannten Vorschriften zwingend sein sollen. Allerdings wäre dieser Umkehrschluss auch weitgehend unschädlich, wenn er nicht auch den neu eingefügten § 31a BGB betreffen würde; denn die übrigen in § 86 S. 1 Hs. 2 BGB nicht genannten Vorschriften sind entweder tatsächlich zwingend (so §§ 26 Abs. 1 S. 1 und 2, 29, 31, 42 sowie mit Ausnahme behördlich verwalteter Stiftungen §§ 26 Abs. 2 Satz 2 und 29 BGB) oder aufgrund ihres Wortlauts offensichtlich dispositiv (so §§ 26 Abs. 1 S. 3, 30 BGB). Wäre § 31a BGB zwingend hätte dies dagegen nicht nur die im Stiftungsrecht besonders missliche Folge, dass die Vorschrift nicht abdingbar wäre (dazu VI.). Vielmehr müsste man annehmen, § 31a BGB solle auch für behördlich verwaltete Stiftungen gelten; denn die Repräsentanten der Behörde, die den Vorstand der Stiftung bilden, werden als solches unentgeltlich tätig. Und auch ihre Anstellungskörperschaft bzw. -anstalt erhält für die Verwaltung der Stiftung regelmäßig kein Entgelt. Eine Anwendung von § 31a BGB auf behördlich verwaltete Stiftungen ist indes unhaltbar.

¹⁹ *Reuter* (Fn. 9), § 86 Rn. 20.

²⁰ Die Folgerung von *Reuter* (Fn. 9), § 86 Rn. 20, wegen des historisch beschränkten Zwecks von § 86 S. 1 Hs. 2 enthalte die Vorschrift keinen generellen Verfassungsvorbehalt, ist freilich ebenfalls nicht haltbar. Dagegen sprechen nicht nur der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, sondern auch die Folge, dass danach alle Vorschriften, auf die § 27 Abs. 3 BGB verweist, zwingend wären, insoweit zutr. *Arnold* (Fn. 8), S. 6 f.

²¹ Paradigmatisch *Rawert* in Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung 1995, § 86 Rn. 1; *Schwarz/Backert* in Bamberger/Roth (Fn. 9), § 86 Rn. 1; *Werner* in Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 86 Rn. 1, 3.

Wird eine behördlich verwaltete Stiftung von einem Beamten der sie verwaltenden Körperschaft oder Anstalt geschädigt, richtet sich ihr Schadensersatzanspruch nach Art. 34 GG, § 839 BGB. Das ist allgemeine Meinung.²² An dieser Rechtslage wollte und konnte der Gesetzgeber durch die Einführung von § 31a BGB nichts ändern. Vielmehr wurde auch diese Frage übersehen. Richtigerweise hätte daher in § 86 S. 1 Hs. 2 BGB ebenfalls ein Verweis auf § 31a BGB aufgenommen werden müssen.²³ Liest man aber in § 86 S. 1 Hs. 2 BGB auch einen Verweis auf § 31a BGB hinein, so steht auch diese Vorschrift unter dem Verfassungsvorbehalt und ist damit abdingbar.

VI. Stiftungsrechtliche Bedenken gegen die Unabdingbarkeit von § 31a BGB

Gegen die Unabdingbarkeit von § 31a BGB sprechen ferner schwere stiftungsrechtliche Bedenken. Dazu hat man sich zunächst vor Augen zu führen, dass keinerlei aner kennenswertes Bedürfnis für die Einführung von § 31a BGB bestand; denn im Bereich der Innenhaftung waren der Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern schon bisher erhebliche Grenzen gezogen.²⁴ Zudem besteht gerade bei der Stiftung ein strukturelles Durchsetzungsdefizit,²⁵ das durch § 31a BGB noch vertieft wird. Potentiell gefährlicher ist demgegenüber eine Außenhaftung, insbesondere im Blick auf die Verletzung von steuerrechtlichen (§§ 34 Abs. 1, 69 AO) und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB).²⁶ Hieran ändert § 31a BGB freilich nichts.²⁷ Zudem kommt eine Außenhaftung – z.B. auch wegen der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten²⁸ – regelmäßig nur zum Zuge, wenn bei der Stiftung nichts zu holen ist. Insolvenzen von Stiftungen sind aber erfreulicherweise außerordentlich selten.²⁹ Tatsächlich sind Stiftungs-

²² RGZ 161, 288, 294 f.; *Reuter* (Fn. 9), § 86 Rn. 27; *Rawert* (Fn. 21), § 86 Rn. 22; *Newhoff* in *Soergel* (Fn. 9), § 86 Rn. 6; *Schwarz/Backert* (Fn. 21), § 86 Rn. 8; *Werner* (Fn. 21), § 86 Rn. 3.

²³ In Betracht käme zwar auch ein Verweis in § 86 S. 2 BGB. Das wäre jedoch schon aus systematischen Gründen nur die zweitbeste Lösung; denn abseits von § 31a BGB richtet sich die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Stiftung nach § 86 S. 1 i.V.m. § 27 Abs. 3, 664 ff., 280 Abs. 1 BGB.

²⁴ Ausf. *Burgard* in: *Krieger/U. H. Schneider* (Hrsg.), *Handbuch Managerhaftung*, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 19, 30, 60, 156, 172 ff.

²⁵ Eindringlich *Reuter* in: *Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz* (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook* 2002, 2003, S. 157, 167 ff.

²⁶ *S. Burgard* (Fn. 24), § 6 Rn. 85, 89.

²⁷ *Burgard*, ZIP 2010, 358, 363.

²⁸ *S. Burgard*, ZIP 2010, 358, 359 m.w.N.

²⁹ *Röthel*, *Deutsche Stiftungen*, 2003, S. 48, konnte bei einer Umfrage unter Referenten deutscher Stiftungsbehörden lediglich zwei Stiftungen ermitteln, die in den letzten Jahren

vorstände daher nur geringen Haftungsrisiken ausgesetzt. Dementsprechend schwach ist die Handlungssteuerungsfunktion von Haftungsnormen bei der Stiftung ausgeprägt. Sie wird durch die Einführung von § 31a BGB weiter abgeschwächt, obwohl selbst große Stiftungen, deren Leitung und Überwachung größte Sorgfalt erfordern, oft von Ehrenamtlichen geführt werden. Zudem bewirkt die Vorschrift eine Verlagerung des Schadensrisikos auf die Stiftung.³⁰ Das ist deswegen besonders misslich, weil Stiftungen zur Zweckverfolgung auf eine ungeschmälerzte Erhaltung ihres Vermögens angewiesen sind. Ganz zu Recht hat *Reuter* daher darauf hingewiesen, dass § 31a BGB einem Hauptanliegen des Stiftungsrechts, nämlich dem Schutz der Stiftung und ihres Vermögens vor einer fehlerhaften Verwaltung durch den Vorstand, „*diametral zuwider*“ läuft.³¹ Hiervor muss sich die Stiftung schützen können. Auch dies spricht gegen die Unabdingbarkeit von § 31a BGB.

VII. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Unabdingbarkeit von § 31a BGB

An anderer Stelle wurde ausgeführt, dass § 40 BGB n.F. mit der von Art. 9 GG gewährleisteten Vereinsfreiheit insoweit nicht vereinbar ist als danach § 31a Abs. 1 S. 1 BGB sowie Abs. 2 dieser Vorschrift zwingend sein sollen.³² Auch die Stifterfreiheit ist grundgesetzlich geschützt.³³ Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit des Stifters müssen sich daher an dem Übermaßverbot messen lassen, d.h. sie müssen geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Vorliegend fehlt es bereits im Blick auf das Vereinsrecht an einem zureichenden Grund, der die zwingende Natur von § 31a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB rechtfertigen könnte.³⁴ Im Stiftungsrecht gilt das erst Recht, zumal der Gesetzgeber hier die Frage überhaupt nicht bedacht hat. Besteht schon kein aner kennenswertes Bedürfnis für die Einführung von § 31a BGB (o. VI.), so besteht erst Recht kein Bedürfnis für die Unabdingbarkeit der Vorschrift. Insbesondere vermag der Gedanke einer Förderung des ehrenamtlichen Engagements die Unabdingbarkeit nicht zu rechtfertigen, da § 31a

Insolvenz anmelden mussten. Zwei weitere Fälle schildern *Schulz*, ZSt 2005, 137 ff., und *Passarge*, NZG 2008, 605, s. ferner *Gregor Roth/Knof*, KTS 2009, 163 f. mit Fn. 1.

³⁰ Das merkte auch die Bundesregierung in ihrer kritischen Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates (BR-Ds. 399/08 = BT-Ds. 16/10120) an, auf dem § 31a BGB beruht, BT-Ds. 16/10120, Anlage 2, S. 10, näher zur Entstehungsgeschichte der Norm *Burgard*, ZIP 2010, 358, 360 f.

³¹ *Reuter*, NZG 2009, 1368, 1369.

³² *Burgard*, ZIP 2010, 358, 363 f.

³³ Anstelle anderer *Reuter* (Fn. 9), Vor § 80 Rdn. 26 ff.; *Burgard* (Fn. 1), S. 41 ff.

³⁴ *Burgard*, ZIP 2010, 358, 364; *Arnold* (Fn. 8), S. 21 f.

BGB die realen Haftungsgefahren nur marginal verringert und daher vor allem geeignet ist, uninformierte Vorstandsmitglieder zu einem (noch) sorgloseren Verhalten zu verführen, was dann allerdings für die betroffenen Stiftungen ein ernstes Problem sein kann.³⁵ Will ein Stifter dies vermeiden, kann er allerdings in der Stiftungssatzung vorsehen, dass die Vorstandsmitglieder ein Entgelt i.H.v. 501,- Euro pro Jahr erhalten. Für kleinere Stiftungen ist dieser Weg freilich prohibitiv teuer, und zwar noch teurer als der Abschluss einer D&O-Versicherung, zumal wenn sie vernünftigerweise mehrere Vorstandsmitglieder haben. Gegenüber einer Unabdingbarkeit von § 31a BGB wäre daher die Pflicht zum Abschluss einer D&O-Versicherung, wie sie von der Bundesregierung vorgeschlagen wurde,³⁶ bei Aufrechterhaltung einer Haftung für leichte Fahrlässigkeit das mildere Mittel. Nachdem dieser Weg jedoch nicht beschritten wurde, ist es auch ein Gebot verfassungskonformer Auslegung, § 86 S. 1 Hs. 2 BGB nicht so zu interpretieren, dass § 31a BGB zwingend ist.

VIII. Folgerungen der Abdingbarkeit von § 31a BGB für bestehende Stiftungen

Folgt man diesen Überlegungen, spricht alles dafür, dass § 31a BGB im Stiftungsrecht abdingbar ist. Das hat freilich nicht nur Folgen für die Errichtung neuer Stiftungen, sondern auch für bereits bestehende Stiftungen.

Bestimmt die Stiftungssatzung, dass Organmitglieder für eine (schuldhaft) Verletzung ihrer Pflichten einzustehen haben, so ist diese Bestimmung vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtslage grundsätzlich dahin zu interpretieren,³⁷ dass Organmitglieder auch für einfache Fahrlässigkeit haften. § 31a BGB bleibt in diesem Fall also außer Anwendung.

Enthält die Stiftungssatzung hingegen keine Bestimmung über die Haftung der Stiftungsorgane, so stellt sich die Frage, ob bestehende Stiftungen, deren Vorstandsmitglieder ehrenamtlich tätig sind, den bisherigen Rechtszustand durch Satzungsänderung wieder herstellen müssen. Hatte der Stifter nämlich keine Haftungsregelung getroffen, insbes. keine § 31a BGB entsprechende Haftungsmilderung vorgesehen, dann bewirkt das Inkrafttreten dieser Vorschrift eine erhebliche Veränderung der Haftungsverfassung der Stiftung, weil Schadensrisiken auf die Stiftung verlagert und mit der Haftungsdrohung zugleich die Handlungssteuerungsfunktion weiter geschwächt wird. Ersteres ist besonders bedenklich, weil Stiftungen zur Verfolgung ihres

³⁵ *Burgard*, ZIP 2010, 358, 365.

³⁶ BT-Ds. 16/10120, Anlage 2, S. 10.

³⁷ Eingehend zur Auslegung von Stiftungssatzungen, *Burgard* (Fn. 1), S. 192 ff. m.w.N.

Zwecks auf eine ungeschmälerte Erhaltung ihres Vermögens angewiesen sind. Und letzteres wiegt umso schwerer, als bei Stiftungen, wie gesagt, ohnehin ein strukturelles Durchsetzungsdefizit im Blick auf eine Innenhaftung besteht. Die Einführung von § 86 S. 1 i.V.m. § 31a BGB stellt daher eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse, nämlich der rechtlichen Rahmenbedingungen dar,³⁸ die die zuständigen Stiftungsorgane zu einer Satzungsänderung berechtigen³⁹. Ob zudem eine Handlungspflicht besteht, ist bisher wenig diskutiert und hängt, wenn in der Stiftungssatzung nichts geregelt ist, von dem mutmaßlichen Stifterwillen ab. Dieser wird im Zweifel darauf gerichtet sein, sowohl eine Verlagerung des Schadensrisikos auf die Stiftung als auch eine weitere Schwächung der Handlungssteuerungsfunktion zu vermeiden. Die zuständigen Stiftungsorgane müssen daher eine Satzungsänderung vornehmen, durch die § 31a BGB abbedungen wird. Das folgt richtigerweise aus § 86 S. 1 i.V.m. §§ 27 Abs. 3, 665 BGB.⁴⁰ Bleiben die Stiftungsorgane untätig, so ist die Stiftungsaufsichtsbehörde zum Einschreiten berechtigt und verpflichtet.⁴¹ Angesichts der wenig diskutierten Rechtslage und der Schwäche der Stiftungsaufsicht ist freilich bis auf weiteres kaum zu erwarten, dass dies in der Praxis geschieht.

IX. Zusammenfassung

§ 31a BGB ist im Stiftungsrecht abdingbar. Das folgt zum einen daraus, dass § 86 S. 1 Hs. 1 BGB nicht auch auf § 40 BGB verweist. Zum anderen ist § 86 S. 1 Hs. 2 BGB nicht als das stiftungsrechtliche Äquivalent von § 40 BGB anzusehen. Dagegen sprechen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte sowie der Sinn und Zweck der Vorschrift. Außerdem kann § 31a BGB für behördlich verwaltete Stiftungen nicht gelten, weswegen man in § 86 S. 1 Hs. 2 BGB eine Verweisung auf diese Vorschrift hineinlesen muss, so dass der Verfassungsvorbehalt auch für § 31a BGB gilt. Schließlich sprechen schwere stiftungsrechtliche und verfassungsrechtliche Bedenken gegen den zwingenden Charakter von § 31a BGB.

³⁸ Das gilt allerdings nicht für Stiftungen, die unter Geltung einer § 31a BGB entsprechenden Bestimmung der Landesstiftungsgesetze (so § 12 Abs. 2 SASStiftG sowie Art. 7 S. 2 BayStiftG a.F.) gegründet wurden, und zwar auch dann nicht, wenn man mit einer verbreiteten Meinung – etwa *Reuter* (Fn. 9), § 86 Rn. 20 m.w.N. – die Verfassungskonformität dieser Regelungen bestreitet.

³⁹ Vgl. etwa § 6 S. 2 BWStiftG, Art. 5 Abs. 4 BayStiftG, §§ 5 BlnStiftG, 10 BbgStiftG, 8 BreStiftG; aus der Rspr. BGH, WM 1976, 869; BGHZ 99, 344, 348 f.; aus der Lit. *Hof* in Seifart/v. Campenhausen (Hrsg.), Handbuch des Stiftungsrechts, 3. Aufl. 2009, § 10 Rn. 284 f.; *Rawert* (Fn. 21), § 87 Rn. 19 ff.; enger wohl *Reuter* (Fn. 9), § 85 Rn. 9.

⁴⁰ *Burgard* (Fn. 1), S. 335 ff.

⁴¹ Vgl. etwa § 6 S. 2 BWStiftG, Art. 12 Abs. 4 BayStiftG, §§ 9 Abs. 4 BlnStiftG, 8 Abs. 2 BbgStiftG, 13 Abs. 2 BreStiftG.

Die Abdingbarkeit von § 31a BGB kann zum einen bei Stiftungsneugründungen berücksichtigt werden. Sie ist zum anderen bei bestehenden Stiftungen zu beachten, die über statutarische Haftungsregeln verfügen. Legen diese den erforderlichen Verschuldensgrad nicht fest, so sind solche Bestimmungen vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtslage so zu verstehen, dass auch für leichte Fahrlässigkeit haftet wird. Enthält die Stiftungssatzung hingegen keine Haftungsbestimmungen, so stellt die Einführung von § 31a BGB eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse dar, die die zuständigen Stiftungsorgane zu einer Satzungsänderung berechtigen und verpflichten, durch die § 31a BGB abbedungen wird. § 31a BGB sollte im Stiftungsrecht daher keine Bedeutung erlangen. Ob die zuständigen Stiftungsorgane und die Stiftungsaufsicht diese Konsequenzen auch in der Praxis ziehen, darf freilich einstweilen bezweifelt werden. Bis dahin bleibt dem Verfasser nur zu hoffen, dass die vorstehenden Überlegungen wenigstens auf die Zustimmung des Jubilars treffen.

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Zahlungen wegen falscher Kontoangabe

DOROTHEE EINSELE

Das Recht des Zahlungsverkehrs wurde im Jahr 2009 mit dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie¹ sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht v. 29.7.2009² grundlegend umgestaltet.³ Mit der Zahlungsdiensterichtlinie soll ein voll harmonisierter rechtlicher Rahmen für einen einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraum (Single Euro Payments Area, abgekürzt SEPA) geschaffen werden.⁴ Der Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes betrifft indes nicht nur inländische und grenzüberschreitende Überweisungen zwischen Staaten des EWR. Vielmehr sind die Bestimmungen der §§ 675c bis 676c BGB im Grundsatz auch für Zahlungen in oder aus Drittstaaten maßgeblich.

Seit Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie ist für die ordnungsgemäße Ausführung eines Zahlungsauftrags und damit auch einer Überweisung nur noch die Kundenkennung maßgeblich, also die Kontonummer des Zahlungsempfängers und Bankleitzahl oder IBAN⁵ und BIC⁶. Der Zahlungsdienstleister⁷ (Bank) kommt somit seiner Pflicht zur Ausführung des Zahlungsauftrags bereits dann ordnungsgemäß nach, wenn er den Zahlungsbetrag der richtigen Kontonummer gutschreibt (Art. 74 Abs. 1 und 2 der Zahlungs-

¹ Genauer Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABl. EG Nr. L 319 v. 5.12.2007, S. 1 ff.

² BGBl. I 2009, 2355.

³ Dieses Gesetz trat in den hier relevanten Teilen (§§ 675a bis 676c BGB) am 31.10.2009 in Kraft, vgl. Art. 11 Abs. 2 des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht v. 29.7.2009, BGBl. I 2009, 2355.

⁴ Vgl. insbes. Art. 86 Abs. 1 der Zahlungsdiensterichtlinie sowie Erwägungsgrund 4.

⁵ International Bank Account Number.

⁶ Bank Identifier Code.

⁷ Vgl. zur Begriffsbestimmung § 1 Abs. 1 Gesetz zur Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie v. 25.6.2009 (BGBl. I, S. 1506). Danach handelt es sich bei Zahlungsdienstleistern im Wesentlichen um Unternehmen, die gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste erbringen (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG).

diensterichtlinie, §§ 675r, 675y Abs. 3 BGB). Entsprechend sieht Nr. 1.6 Abs. 3 der Bedingungen für den Überweisungsverkehr (Fassung Oktober 2009) ausdrücklich vor, dass die Bank berechtigt ist, den Überweisungsauftrag ausschließlich anhand der vom Überweisenden angegebenen Kundenkennung des Zahlungsempfängers auszuführen. Dies gilt auch dann, wenn der Kunde (Zahlungsdienstnutzer) weitere Angaben, wie die Nennung des Empfängernamens, gemacht hat, aus denen ein Fehler in der Kundenkennung erkennbar war. Von Seiten des Gesetzgebers wird diese Regelung mit den stark verkürzten Ausführungsfristen⁸ begründet, die nur bei einer voll automatisierten Bearbeitung ohne manuelle Intervention gewahrt werden könnten.⁹

Diese Regelung wirkt sich bei den verschiedenen Formen der bargeldlosen Zahlung indes in unterschiedlicher Weise aus: Vergleichsweise unproblematisch ist die Lage im Rahmen des Lastschriftverfahrens, bei dem der Zahlungsvorgang vom Empfänger initiiert wird. Gibt hier der Empfänger eine falsche Kundenkennung für den Zahlungspflichtigen an, hat der (wahre) Kontoinhaber die Belastung seines Kontos nicht autorisiert und kann dieser somit widersprechen. Im Grundsatz gilt dies auch für die Lastschrift im Abbuchungsauftragsverfahren, bei dem der Zahlungspflichtige seine Bank autorisiert, Lastschriften eines Zahlungsempfängers mit einer bestimmten Kundenkennung einzulösen; ist diese falsch oder gibt der Empfänger bei Vorlage der Lastschrift eine falsche Kundenkennung für den Zahlungspflichtigen an, wird allerdings bereits die Lastschrifteinlösung scheitern.

Problematisch ist diese Neuregelung jedoch bei der Überweisung. Zwar mag bei der IBAN die Gefahr deutlich verringert sein, dass durch einen bloßen Zahlendreher des Überweisenden der Zahlungsbetrag auf dem falschen Konto landet; denn insoweit bietet die Prüzfiffer jedenfalls dann einen gewissen Schutz für den Überweisenden,¹⁰ wenn – wie in Deutschland – der nationale Gesetzgeber wenigstens eine Kohärenzprüfung der Kundenkennung durch den Zahlungsdienstleister des Überweisenden verlangt (§ 675r Abs. 3 BGB).¹¹ Bei Überweisungen unter Angabe der nationalen Kontonummer ist aber absehbar, dass die alleinige Maßgeblichkeit der Kundenkennung zu einer nicht geringen Zahl an Überweisungen führen wird, die – aus Sicht des Überweisenden – auf dem falschen Konto gutgeschrieben werden. Mit dieser Neuregelung werden die seitherigen, in Deutschland höchststrichterlich entwickelten Grundsätze zu Lasten der Kunden verändert; denn bisher

⁸ Nämlich ab 1.1.2012 grundsätzlich nur noch ein Geschäftstag, vgl. hierzu § 675s BGB.

⁹ So die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 16/11643, S. 110.

¹⁰ Vgl. hierzu *Scheibengruber/Breidenstein* SEPA – Eine Zumutung für Verbraucher?, WM 2009, 1393–1401, 1398 f.

¹¹ Gem. Erwägungsgrund 48 der Zahlungsdiensterichtlinie ist es zulässig, aber nicht gefordert, dass der nationale Gesetzgeber eine solche Kohärenzprüfung verlangt.

wurde jedenfalls im Verhältnis zu Verbrauchern ein Kontonummer-Namensabgleich gefordert¹² und hiervon lediglich bei Nutzung der Datenfernübertragung bzw. des Datenträgeraustauschverfahrens durch Unternehmer eine Ausnahme gemacht.¹³ Welche Rechtsfolgen ergeben sich aber, wenn der Kunde bei Ausfüllung des Überweisungsformulars eine falsche Kontonummer oder Bankleitzahl angegeben hat? Dieser Frage soll hier nachgegangen werden.

I. Bereicherungsanspruch des Überweisenden gegen den Empfänger

1. Kondiktionsart

Da die Zahlung an den Empfänger der angegebenen Kontonummer rechtsgrundlos erfolgte, kann dem Zahlenden ein Bereicherungsanspruch zustehen. Nicht gänzlich unproblematisch ist aber die Frage, welche Kondiktionsart hier gegeben ist. Eine Leistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB würde eine bewusste, zweckgerichtete Mehrung des Vermögens des Empfängers durch den Zahlenden voraussetzen.¹⁴ Dies ist jedoch mehr als fraglich, weil der Zahlende mit der Überweisung das Vermögen des Namensträgers und nicht des tatsächlichen Empfängers des irrtümlich angegebenen Kontos mehrten will; auch verfolgt der Überweisende gegenüber dem Empfänger keinen Leistungszweck. Soweit ersichtlich, wird dies bisher jedoch anders gesehen. Bei alleiniger Maßgeblichkeit der Kontonummer soll danach die Kontonummer als Synonym für den Überweisungsempfänger stehen.¹⁵ Hieraus wird sodann gefolgert, der Zahlende habe gegen den Empfänger einen Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.¹⁶ Dies überzeugt jedoch nicht. Zwar lässt sich nach der Neuregelung (§§ 675r, 675y Abs. 3 BGB) die Kontonummer im Verhältnis zwischen dem Überweisenden und seiner Bank bzw. auch im Interbankenverhältnis als Synonym für den Empfänger ansehen. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass in dem hier untersuchten Valuta- bzw. Zuwendungsverhältnis der Überweisende nicht einer Kontonummer, sondern einer Person, und zwar (in aller Regel) der Person mit

¹² Vgl. BGH 14.1.2003, NJW 2003, 1389; BGH 15.11.2005, NJW 2006, 503, 504.

¹³ Vgl. BGH 15.11.2005, NJW 2006, 503, 504.

¹⁴ Vgl. statt vieler BGH 23.10.2003, NJW 2004, 1169; BGH 31.10.1963, BGHZ 40, 272, 277; BGH 24.2.1972, BGHZ 58, 184, 188; Kötter Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153 (1954) 193–239, 198, 200 f.; Reuter/Martinek Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 4 II 5 (S. 111–116); Staudinger-Lorenz Komm. z. BGB, 2007, § 812 Rn. 4 bis 8; Münchener Komm.-Schwab Komm. z. BGB, 5. Aufl. 2009, § 812 Rn. 41.

¹⁵ So BGH 15.11.2005, WM 2006, 28, 29; OLG Karlsruhe 31.8.2004, NJW-RR 2005, 1285, 1286; Nobbe Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Überweisungsverkehr, Beil. 4 zu WM 2001, S. 16; vgl. auch Casper Die fehlgeleitete Überweisung wegen falscher Kontonummer, in: FS Nobbe, 2009, S. 3–25, 22.

¹⁶ So im Ergebnis OLG Dresden 19.3.2007, WM 2007, 1023, 1024; Casper (Fn. 15) S. 23.

dem angegebenen Namen den Zahlungsbetrag zuwenden möchte. Im Übrigen beurteilt sich die Frage, ob eine Leistung mit einer bestimmten Zweckbestimmung vorliegt, im Zweifel nach dem objektiven Empfängerhorizont. Maßgeblich ist danach, wie ein Empfänger die Zuwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste und durfte.¹⁷ Für den Empfänger der Zahlung wird indes – zumindest in aller Regel – ersichtlich sein, dass der Zahlende nicht sein Vermögen, sondern das des Namensträgers zu dem auf dem Überweisungsträger angegebenen Verwendungszweck mehren wollte. Eine Leistung des Überweisenden liegt mithin nicht vor.

Welchen Kondiktionsanspruch kann der Überweisende aber dann geltend machen? In der Terminologie der hM ist hier an einen Anspruch des Überweisenden aus Aufwendungskondiktion zu denken. Und in der Tat opfert der Überweisende hier freiwillig Vermögen, ohne gegenüber dem tatsächlichen Empfänger der Zahlung einen Leistungszweck zu verfolgen.¹⁸ Keine sachlichen, sondern lediglich terminologische Divergenzen ergeben sich für den hier untersuchten Fall, wenn man der Einteilung der Kondiktionsstypen bei *Reuter/Martinek* folgt; denn dann handelt es sich vorliegend ebenfalls um eine Nichtleistungskondiktion in der Form der Abschöpfungskondiktion, deren Ziel die Beseitigung des unrechtmäßigen Habens aus fremdem Vermögen ist.¹⁹ Da der Zahlungsbetrag vor dem kondiktionsauslösenden Vorgang zum Vermögen des Bereicherungsgläubigers gehörte, stellt auch das Unmittelbarkeitserfordernis – trotz der Einschaltung der Banken als Leistungsmittler – hier kein Problem dar; der Überweisende hat daher – jedenfalls im Regelfall – einen Anspruch aus Nichtleistungskondiktion, und zwar nach herrschender Terminologie einen solchen aus Aufwendungskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB).

2. Anspruchsinhalt

a) Problematik der „aufgedrängten Bereicherung“

Der Empfänger hat – tatsächlich betrachtet – eine Gutschrift auf seinem (Giro-)Konto erlangt. Dies stellt nach zutreffender hM ein abstraktes Schuldanerkennntnis bzw. Schuldversprechen der Bank gegenüber ihrem

¹⁷ So BGH 21.10.2004, NJW 2005, 60 f.; *Reuter/Martinek* (Fn. 14) § 4 II 3 d) (S. 104); Münchener Komm.-*Schwab* (Fn. 14) § 812 Rn. 50; kritischer allerdings Staudinger-*Lorenz* (Fn. 14) § 812 Rn. 61.

¹⁸ Vgl. zu dieser Umschreibung der Aufwendungskondiktion in Münchener Komm.-*Schwab* (Fn. 14) § 812 Rn. 296; vgl. auch *Larenz/Canaris* Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, § 69 III 1 (S. 188–191); Bamberger/Roth-*Wendehorst* Online – Komm. z. BGB, Stand 1.10.2007, § 812 Rn. 145, 148.

¹⁹ So *Reuter/Martinek* (Fn. 14) § 3 III 2 (S. 58).

Kunden dar (§§ 780, 781 BGB).²⁰ Aufgrund der Kontokorrentabrede kann diese Gutschrift als solche nicht an den Bereicherungsgläubiger herausgegeben (abgetreten) werden. Denkbar ist aber ein Wertersatzanspruch des Überweisenden gem. § 818 Abs. 2 BGB, den der Empfänger durch Rücküberweisung des Zahlungsbetrags erfüllen kann. Indes hat die Qualifikation des Bereicherungsanspruchs als ein Fall der Nichtleistungskondiktion in Form der Aufwendungskondiktion bzw. – nach *Reuter/Martinek* – der Abschöpfungskondiktion auch Auswirkungen auf den Anspruchsinhalt. Denn im Rahmen dieser Kondiktionsart besteht im Ergebnis zu Recht Einigkeit darüber, dass ein Schutz des Bereicherungsschuldners vor aufgedrängter Bereicherung erforderlich ist,²¹ weil „der Erwerb ohne oder gar gegen den Willen des Bereicherten stattfindet“. ²² Im vorliegenden Zusammenhang wird dies insbesondere dann relevant, wenn das Konto des Empfängers debitorisch oder gepfändet ist, der Empfänger mithin zwar eine (Teil-)Befreiung von seinen Verbindlichkeiten, aber keine verfügbaren (und damit sofort rückzahlbaren) Geldmittel erlangt hat. In welcher Weise kann dem Empfänger hier aber ein Schutz vor „aufgedrängter Bereicherung“ gewährt werden? Abschlüsse vom Zahlungsbetrag wegen unzureichender Leistungsfähigkeit des Empfängers sind außerhalb des Insolvenzverfahrens generell problematisch, da man Geld zu haben hat; insbesondere aber wären solche Abschlüsse auch kaum bezifferbar. Denn einerseits entspricht der Wert der zurückgeführten Verbindlichkeiten auch vor dem Hintergrund der persönlichen Vermögensverhältnisse des Bereicherungsschuldners regelmäßig dem Nennbetrag der erfüllten Forderungen; andererseits würde ein (bloßer) Forderungsabschlag den Interessen des Bereicherungsschuldners ebenfalls nicht gerecht, weil dieser möglicherweise (zunächst) keinerlei flüssige Mittel hat, um den Anspruch des Überweisenden zu erfüllen.

²⁰ Vgl. statt vieler BGH 25.1.1988, BGHZ 103, 143, 146; BGH 11.10.1988, BGHZ 105, 263, 269; *Canaris* Bankvertragsrecht, Erster Teil, 3. Aufl. 1988, Rn. 415; *Schimansky* in: Bankrechtshandbuch, hrsg. v. Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 47 Rn. 52; Münchener Komm.-*Häuser*, Komm. z. HGB, Bd. 5, 2. Aufl. 2009, Zahlungsverkehr, B 402; *Kümpel* Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 4.22; *Escher-Weingart* in: Bankrecht und Bankpraxis, Stand Juni 2006, Rn. 6/203; *Baumbach/Hopt* HGB, 34. Aufl. 2010, (7) BankGesch C/14.

²¹ *Reuter/Martinek* (Fn. 14) § 15 III 2 b) (S. 546 f.); *Staudinger-Lorenz* (Fn. 14) Vorbem. zu § 812 Rn. 46; *Larenz/Canaris* (Fn. 18) § 72 IV (S. 286–294); Münchener Komm.-*Schwab* (Fn. 14) § 818 Rn. 201–207.

²² So *Reuter/Martinek* (Fn. 14) § 15 III 2 b) (S. 546), die das Problem dadurch lösen wollen, „dass man das Erlangte auf dem Hintergrund der speziellen wirtschaftlichen Verhältnisse (einschließlich der Planungen) des Erwerbers ermittelt“.

b) Stornierbarkeit der Gutschriftbuchung?

Möglicherweise könnte die Bereicherung des Empfängers und damit das gesamte Problem der Rückabwicklung von Zahlungen wegen falscher Kontoangabe auf andere Weise entfallen. Zu denken ist dabei an eine Stornobuchung der Empfängerbank, die diese etwa auf Betreiben der überweisenden Bank²³ vornimmt. Auch die Begründung des Regierungsentwurfs zur Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie erwähnt die Möglichkeit der Stornobuchung „oder Ähnliches“, fügt allerdings an, „vorausgesetzt, die rechtlichen Voraussetzungen sind dafür gegeben oder der Zahlungsempfänger stimmt der Belastung zu.“²⁴ Ist die Empfängerbank zur Stornierung bereit und der Empfänger hiermit einverstanden, ist dies zulässig, sofern nicht der Gutschriftbetrag von einer Kontopfändung bereits mit erfasst ist, wie dies etwa bei Pfändung des (künftigen) Tagesguthabens auf dem betreffenden Konto der Fall ist; denn in diesem Fall können Bank und Kunde sich nicht mehr völlig frei auf vertraglich nicht bereits vereinbarte Stornierungen zu Lasten des pfändenden Gläubigers einigen (vgl. auch § 357 S. 2 HGB). Daneben hat die Bank gem. Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken das Recht, auch ohne Einverständnis des Kontoinhabers fehlerhafte Gutschriften auf Kontokorrentkonten (zum Beispiel wegen einer falschen Kontonummer) bis zum nächsten (quartalsweise erfolgenden)²⁵ Rechnungsabschluss durch eine Stornobuchung rückgängig zu machen, soweit ihr ein Rückzahlungsanspruch zusteht.²⁶ Auf diese Weise kann die Bank ihren Anspruch im Wege der Selbsthilfe auf einfache Weise durchsetzen; außerdem vermeidet sie damit im Fall eines Bereicherungsanspruchs dessen Schwächen, die insbes. in § 818 Abs. 3 BGB liegen.²⁷ Denn Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken schließt ausdrücklich die Einwendung des Kunden aus, in Höhe der Gutschrift bereits verfügt zu haben.²⁸

²³ Vgl. hierzu die Pflicht der überweisenden Bank, sich um die Wiedererlangung des Zahlungsbetrags zu bemühen (§ 675y Abs. 3 S. 2 BGB).

²⁴ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, BT-Drucks. 16/11643, S. 117.

²⁵ Vgl. Nr. 7 Abs. 1 AGB-Banken, Nr. 7 Abs. 2 AGB-Sparkassen.

²⁶ Deutlich restriktiver ist indes das Stornorecht in Nr. 8 Abs. 1 AGB-Sparkassen gefasst: Danach darf die Sparkasse Gutschriften, die ohne einen verpflichtenden Auftrag gebucht werden (z.B. wegen Irrtums, Schreibfehlers) bis zum nächsten Rechnungsabschluss durch einfache Buchung rückgängig machen (Stornobuchung), soweit ihr ein Rückforderungsanspruch gegen den Kunden zusteht.

²⁷ Vgl. BGH 9.5.1983, BGHZ 87, 246, 252; *Bunte* in: Bankrechtshandbuch, hrsg. v. Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 13 Rn. 14.

²⁸ Allerdings hält *Canaris* (Fn. 20) Rn. 451 einen Anspruch des Empfängers auf Ersatz seines Vertrauensschadens gegen die Bank analog § 122 BGB für möglich (etwa dann, wenn der Empfänger im Vertrauen auf die Wirksamkeit einer Überweisung eine Sicherheit aufgegeben hat).

Allerdings setzt dieses Stornorecht voraus, dass die Gutschriftbuchung fehlerhaft ist und der Empfängerbank ein Rückzahlungsanspruch gegen den Überweisungsempfänger zusteht.²⁹ Beide Voraussetzungen liegen aber bei falscher Kontoangabe durch den Überweisenden gerade nicht oder jedenfalls nicht mehr vor. Denn die Empfängerbank hat grundsätzlich die Verpflichtung, dem Zahlungsempfänger den Zahlungsbetrag unverzüglich verfügbar zu machen, nachdem er auf ihrem Konto (also dem Konto der Empfängerbank) eingegangen ist (§ 675t Abs. 1 S. 1 BGB). Die Empfängerbank erbringt somit bei Gutschriftbuchung eine Leistung an den Empfänger, deren Rechtsgrund der Girovertrag mit dem Empfänger ist; aus dem Girovertrag ergibt sich im Übrigen bereits nach allgemeinen Grundsätzen des Geschäftsbesorgungsrechts die Pflicht der Bank, bei ihr zugunsten des Empfängers eingegangene Zahlungen diesem herauszugeben, also gutzuschreiben (vgl. §§ 675 Abs. 1, 667 Alt. 2 BGB).

Zwar könnte man sich die Frage stellen, ob mit dem Zahlungsempfänger wirklich nur die in der Überweisung angegebene Kontonummer oder aber doch (auch) der Träger des angegebenen Namens zu verstehen ist. Denn immerhin ist der Überweisungsauftrag nach der gesetzlichen Vorstellung offenbar bereits mit Eingang des Zahlungsbetrags beim Zahlungsdienstleister des Empfängers ausgeführt (§ 675y Abs. 1 S. 4 BGB); daher könnten die Bestimmungen zur Maßgeblichkeit der Kundenkennung für den letzten Teilakt der Überweisung, nämlich die Gutschriftbuchung auf dem Konto des Empfängers, eventuell nicht mehr relevant sein (§§ 675y Abs. 3 S. 1, 675y Abs. 1 S. 4 BGB). Allerdings hat grundsätzlich erst die Empfängerbank die Möglichkeit, einen Kontonummer-Namensabgleich vorzunehmen, so dass bei dieser Argumentation die §§ 675r, 675y Abs. 3 S. 1 BGB im Rahmen des Überweisungsrechts (weitgehend) leer liefen. Sollte hingegen (ausnahmsweise) die angegebene Kundenkennung bereits für die Bank des Überweisenden erkennbar keinem Konto zuzuordnen sein, ist bereits die Bank des Überweisenden verpflichtet, ihren Kunden zu unterrichten und den Zahlungsbetrag wieder herauszugeben (§ 675r Abs. 3 BGB); denkbar ist dies etwa, wenn keine Empfängerbank mit der angegebenen Bankleitzahl existiert, die IBAN nicht kohärent ist oder im Fall einer Hausüberweisung eine (Empfänger-)Kontonummer bei der überweisenden Bank angegeben wurde, die nicht existiert. Im Übrigen aber muss die Maßgeblichkeit der Kundenkennung gem. § 675r Abs. 1 BGB bei der Überweisung auch die Gutschriftbuchung auf dem Empfängerkonto erfassen. Dies lässt sich im Übrigen auch der Formulierung des § 675r Abs. 1 BGB entnehmen. Denn danach haben

²⁹ Vgl. BGH 9.5.1983, BGHZ 87, 246, 252; vgl. ausführlich zur Beschränkung des Stornorechts auf Fälle, in denen der Bank ein Rückzahlungsanspruch, insbes. Bereicherungsanspruch gegen den Kunden zusteht, Münchener Komm.-Häuser (Fn. 20) Zahlungsverkehr, B 453–461.

die beteiligten Zahlungsdienstleister nicht nur generell das Recht, Zahlungsvorgänge ausschließlich anhand der von dem Zahlungsdienstnutzer (hier dem Überweisenden) angegebenen Kundenkennung auszuführen; daneben findet sich der klarstellende Hinweis, ein Zahlungsauftrag, der in Übereinstimmung mit dieser Kundenkennung ausgeführt werde, gelte im Hinblick auf den durch die Kundenkennung bezeichneten Zahlungsempfänger als ordnungsgemäß ausgeführt (§ 675r Abs. 1 BGB).³⁰ Daher steht der Empfängerbank kein originär eigener Rückzahlungsanspruch und somit auch kein Stornorecht gegen den Empfänger zu, wenn sie den Zahlungsbetrag an die vom Überweisenden angegebene falsche Kontonummer weiterleitet.³¹

Das Stornorecht der Banken könnte indes noch anders begründbar sein. Dazu müsste der Überweisende seinen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger an die Empfängerbank abtreten, die diesen nunmehr eigenen, wenn auch derivativ erworbenen Anspruch qua Stornobuchung geltend machen könnte. Allerdings fehlt es auch hier an einer der Voraussetzungen des Stornorechts, nämlich einer fehlerhaften Gutschriftbuchung³² bzw. einer Gutschrift, die ohne einen verpflichtenden Auftrag vorgenommen wurde.³³ Zwar könnte man insoweit an eine extensive Auslegung des Stornorechts – ggf. auch dessen Erweiterung in den AGB der Kreditinstitute – denken, zumal dieser Fall vor der Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie von dem Stornorecht der Banken erfasst war. Allerdings gehen Zweifel bei der Auslegung von AGB generell zu Lasten des Verwenders (§ 305c Abs. 2 BGB), hier der Banken. Insbesondere aber setzt nicht nur der Wortlaut, sondern auch Sinn und Zweck dieser Regelung Fehler der Bank und nicht solche des Überweisenden voraus. Das (auch hinsichtlich der Rechtsfolgen privilegierte) Selbsthilferecht der Banken darf generell nicht zugunsten von Rückzahlungsansprüchen Dritter instrumentalisiert und die Banken so zu Inkassounternehmen umfunktioniert werden. Daher steht der Empfängerbank auch nach Abtretung des Bereicherungsanspruchs des Überweisenden kein Stornorecht zu.

³⁰ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucher kreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, BT-Drucks. 16/11643, S. 110, wonach zu den beteiligten Zahlungsdienstleistern i.S.d. § 675r Abs. 1 BGB die Zahlungsdienstleister von Zahler und Zahlungsempfänger sowie die zwischengeschalteten Stellen gerechnet werden, die nach der Begründung des Regierungsentwurfs alle nicht mehr zum Abgleich von Kontonummer bzw. Kundenkennung und Empfängername verpflichtet sind.

³¹ Im Ergebnis auch *Raubut* Fehlüberweisungen wegen falscher Kontodaten, ZBB 2009, 32–46, 43.

³² Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken.

³³ Nr. 8 Abs. 1 AGB-Sparkassen.

Im Übrigen wäre dem Überweisenden in den problematischen Fällen, insbesondere bei debitorischem Konto, durch ein Stornorecht der Empfängerbank allein noch nicht geholfen; vielmehr müsste dem Überweisenden auch ein Anspruch gegen die Empfängerbank zustehen, dieses Recht geltend zu machen. Dies dürfte indes kaum begründbar sein. Denn der Überweisende hat zwar gegen seine, die überweisende Bank einen Anspruch darauf, dass diese sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten darum bemüht, den Zahlungsbetrag wiederzuerlangen (§ 675 y Abs. 3 S. 2 BGB). Dieser Anspruch richtet sich aber nicht (unmittelbar) gegen die Empfängerbank, mit der der Überweisende vertraglich nicht verbunden ist. Im Übrigen besteht das Stornorecht gem. Nr. 8 Abs. 1 AGB-Banken ohnehin nur bis zum nächsten Rechnungsabschluss. Danach hat die Bank nur das Recht zu einer Berichtigungsbuchung gem. Nr. 8 Abs. 2 AGB-Banken.³⁴ Erhebt der Kunde gegen diese Berichtigungsbuchung Einwendungen, hat die Bank den Betrag dem Konto wieder gutzuschreiben und ihren Rückzahlungsanspruch gesondert geltend zu machen. Im Ergebnis lässt sich also die Problematik der Rückabwicklung von Zahlungen wegen falscher Kontoangabe des Überweisenden nicht über das Stornorecht der Banken lösen.

c) Zurückweisungsrecht des Empfängers

Die Lösung des Rückabwicklungsproblems könnte indes in einem Zurückweisungsrecht des Empfängers liegen. Danach könnte der Empfänger den bereits gutgeschriebenen Überweisungsbetrag mit der Folge zurückzuweisen, dass die Verrechnung des Gutschriftbetrags mit ex-tunc-Wirkung entfällt.³⁵ Allerdings ist für die Frage des Zurückweisungsrechts des Kontoinhabers nicht allein entscheidend, ob dieser im Zeitpunkt der Gutschrift ein Interesse an der konkreten Gutschriftbuchung hat; denn der Bank wurde das Gestaltungsrecht, Schuldversprechen bzw. -anerkenntnisse in Kraft zu setzen, bereits mit Abschluss des Girovertrags eingeräumt.³⁶ Die Frage, ob der Kontoinhaber ein Zurückweisungsrecht hat, entscheidet sich deshalb (auch) nach dem Inhalt des Girovertrags als Zahlungsdiensterahmenvertrag (vgl. § 675 f Abs. 2 BGB), der gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen ist. Dabei stehen weder die Zahlungsdiensterichtlinie noch deren Umsetzungsbestimmungen einer Auslegung des Girovertrags a priori entgegen, wonach der Kontoinha-

³⁴ Ebenso Nr. 8 Abs. 2 AGB-Sparkassen.

³⁵ Vgl. BGH 19.9.1989, WM 1989, 1560, 1562; *Canaris* (Fn. 20) Rn. 473; *Larenz/Canaris* (Fn. 18) § 72 IV 4 b) (S. 293).

³⁶ Vgl. hierzu *Einsele* Bank- und Kapitalmarktrecht – Nationale und Internationale Bankgeschäfte, 2006, § 3 Rn. 16.

ber – unter bestimmten (engen) Voraussetzungen – ein Zurückweisungsrecht hat.³⁷

Nun dürfte einerseits der Empfänger i.d.R. nur mit solchen Gutschriftbuchungen einverstanden sein, denen Zahlungen zugrundeliegen, die nach dem ausdrücklichen oder konkludent erklärten Willen des Kontoinhabers auf das betreffende Girokonto erfolgen sollten. Andererseits ist bei der Vertragsauslegung auch das Interesse der Bank an einem ungehinderten Giroverkehr und an der Kalkulierbarkeit des Tagessaldos als Grundlage für Dispositionen der Parteien mit zu berücksichtigen. Zudem hat die Bank keinen Einblick in die Vereinbarungen der Parteien des Valutaverhältnisses. Mit diesen Argumenten lehnte denn auch der BGH ein Zurückweisungsrecht für Gutschriften ab, die dem Empfänger materiell zustanden, aber auf ein Konto erfolgten, auf das die Zahlungen nicht bewirkt werden sollten.³⁸ Die Rechtsprechung des BGH ist aber durchaus uneinheitlich. Denn in einer früheren Entscheidung hatte er ein solches Zurückweisungsrecht des Kontoinhabers für (Fehl-)Überweisungen bejaht, die im Valutaverhältnis ohne Rechtsgrund erfolgten. Damals führte der BGH zur Begründung an, der Empfänger sei bei Fehlen eines Valutaverhältnisses einem Bereicherungsanspruch des Zahlenden (Überweisenden) gem. § 812 BGB ausgesetzt. Der Kunde könne aber nur durch eine Zurückweisung der Gutschrift verhindern, dass die Bank die Fehlüberweisung zur Verminderung seines Schuldsaldos auf dem Konto nutzt.³⁹

In der Tat kann in etlichen Fällen nur durch ein Zurückweisungsrecht des Kontoinhabers vermieden werden, dass letztlich die Bank durch kontokorrentmäßige Verrechnung den Vorteil aus einer Fehlüberweisung zieht. Insofern sind aber die beiden vom BGH entschiedenen Fälle nicht unterschiedlich gelagert;⁴⁰ vielmehr stellt sich dieses Problem gerade auch dann, wenn eine Überweisung – entgegen dem Willen des Gläubigers – auf ein debitorisches Konto erfolgt. Aber auch auf der Grundlage dieser Rechtsprechung müsste dem Empfänger hier ein Zurückweisungsrecht zustehen, weil

³⁷ Vgl. hierzu auch die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, BT-Drucks. 16/11643, S. 102, wonach bei den Zahlungsdiensterahmenverträgen (Girokonten) innerhalb des gesetzlichen Rahmens weitgehend Gestaltungsfreiheit besteht.

³⁸ BGH 6.12.1994, BGHZ 128, 135, 139; OLG Nürnberg 23.5.2007, OLGR Nürnberg 2008, 536; so auch *Schimansky* (Fn. 20) § 47 Rn. 21; zurückhaltend gegenüber einem Zurückweisungsrecht des Kontoinhabers *Nobbe* (Fn. 15) Beil. 4 zu WM 2001, S. 17 f., der allerdings (ausnahmsweise) ein solches Recht annehmen möchte, wenn ein Valutaverhältnis fehlt.

³⁹ BGH 19.9.1989, WM 1989, 1560, 1562; im Grundsatz ebenfalls für ein Zurückweisungsrecht *Canaris* (Fn. 20) Rn. 473; *Larenz/Canaris* (Fn. 18) § 72 IV 4 b) (S. 293); Münchener Komm.-*Häuser* (Fn. 20) Zahlungsverkehr, B 433 f.

⁴⁰ Gegen die vom BGH vorgenommenen Differenzierungen *Einsele* (Fn. 35) § 3 Rn. 19–21; Münchener Komm.-*Häuser* (Fn. 20) Zahlungsverkehr, B 447.

bei Gutschrift auf einem falsch angegebenen Konto ebenfalls ein Valutaverhältnis zwischen Überweisendem und Empfänger fehlt. Im Übrigen dürfte sich das bereicherungsrechtliche Problem (der aufgedrängten Bereicherung) nur befriedigend lösen lassen, wenn man dem Bereicherungsschuldner im Verhältnis zu seiner Bank ein Recht zur Zurückweisung des gutgeschriebenen Betrags gibt und dem Bereicherungsgläubiger einen Anspruch auf Ausübung dieses Rechts einräumt. Andererseits können dem Zurückweisungsrecht des Kontoinhabers die Rechte bzw. Interessen der Bank entgegenstehen (§§ 133, 157 BGB). Insbesondere hat die Bank ein schützenswertes Interesse an der Kalkulierbarkeit des Tagessaldos als Grundlage für eigene Dispositionen, so etwa, wenn die Bank im Hinblick auf die Gutschrift ihrem Kunden weiteren Kredit gewährt.⁴¹

Im Ergebnis wird indes bei Angabe einer falschen Kundenkennung jedenfalls in aller Regel ein Zurückweisungsrecht des Kontoinhabers bestehen. Denn anders als bei schlichten Fehlüberweisungen an die falsche Person mit deren (richtiger) Kontonummer kann die Empfängerbank hier den Fehler aufgrund der Divergenz zwischen Empfängername und Kontonummer an sich erkennen. Sie hat zwar das Recht, den Zahlungsbetrag dem Inhaber der Kontonummer gutzuschreiben, ist hierzu im Verhältnis zum Empfänger aber nicht verpflichtet, sondern kann nach wie vor einen Kontonummer-Namensabgleich durchführen. Dies gilt, obgleich im SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook – der Interbankenvereinbarung für Zahlungen in Euro – eine Bestimmung enthalten ist, wonach die Empfängerbank die Gutschriftbuchung nur anhand der Kundenkennung (IBAN) vornimmt.⁴² Denn diese Bestimmung gilt nur im Interbankenverhältnis und erzeugt keine Rechte und Pflichten im Verhältnis zu Dritten. Auch ist sowohl in den maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften (§§ 675r Abs. 1, 675y Abs. 3 S. 1 BGB) wie auch in den Bedingungen für den Überweisungsverkehr (Nr. 1.6 Abs. 2) jeweils (nur) von dem Recht der Zahlungsdienstleister die Rede, Zahlungsaufträge allein nach der Kundenkennung auszuführen, nicht aber von einer entsprechenden Pflicht. Dies muss auch gelten, soweit es um die Pflicht der Empfängerbank geht, dem Zahlungsempfänger den Zahlungsbetrag unverzüglich verfügbar zu machen, nachdem er auf ihrem Konto eingegangen ist (§ 675t Abs. 1 S. 1 BGB). Umgekehrt ist die Empfängerbank bei einem in sich unstimmigen Überweisungsauftrag auch nicht verpflichtet, den Zahlungsbetrag dem Kontoinhaber mit dem angegebenen Namen gutzuschreiben.⁴³ Erteilt die Empfängerbank deshalb keine Gutschriftbuchung, kann sie den Zahlungsbe-

⁴¹ Dies wurde in BGH 19.9.1989, WM 1989, 1560, 1562 zwar erwogen, im konkreten Fall aber abgelehnt.

⁴² Vgl. hierzu Nr. 5.8 SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (October 2009).

⁴³ In diesem Sinne auch bisher bereits für Überweisungen im Datenaustauschverfahren sowie bei Datenfernübertragung (DTA-/DFÜ-Überweisungen) *Casper* (Fn. 15) S. 23; aA *Rauhut* (Fn. 31) ZBB 2009, 42.

trag aber auch nicht behalten. Sie ist vielmehr aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag der mit ihr vertraglich verbundenen zwischengeschalteten Bank gem. §§ 675 Abs. 1, 667 BGB verpflichtet, den Zahlungsbetrag an ihren Vertragspartner herausgeben, den dieser dann weiter in der Kette bis zum Überweisenden zurückzuleitet. Die Empfängerbank kann also den Fehler in der Kundenkennung nicht nur feststellen, sondern auch entsprechend handeln und den Zahlungsbetrag an den Überweisenden zurückleiten. Daher dürften dem Zurückweisungsrecht des Empfängers im Regelfall keine schützenswerten Interessen der Bank entgegenstehen.⁴⁴ Nur im Ausnahmefall könnte die Empfängerbank den Einwand des Rechtsmissbrauchs⁴⁵ erheben, wenn sie weder von dem Empfänger noch dem Überweisenden bzw. dessen Bank (vgl. § 675y Abs. 3 S. 2 BGB) in angemessener Frist⁴⁶ über den Fehler informiert wurde und im Vertrauen auf den (mit Gutschrift) höheren Tagessaldo Dispositionen vornahm, also dem Empfänger etwa einen Kredit gewährte.⁴⁷ In diesem Fall verbleibt es dabei, dass der Überweisende einen Anspruch auf Rückzahlung des vollen Zahlungsbetrags gegen den Empfänger hat, der aber ggf. (teilweise) nicht eintreibbar ist.

II. Durchsetzung des Bereicherungsanspruchs gegen den Empfänger

1. Bemühenspflicht des überweisenden Zahlungsdienstleisters

Fraglich ist nun allerdings, wie der Überweisende diesen Anspruch durchsetzen kann. Denn aus seinen Überweisungs-/Kontoinformationen geht zwar die Kontonummer und Bankleitzahl des tatsächlichen Empfängers, nicht aber dessen Name hervor. Eine Anspruchsdurchsetzung gegen eine Kontonummer ist indes problematisch. Nun sieht allerdings § 675y Abs. 3

⁴⁴ Vgl. auch 4.6.1 (Identification AT-R 3) SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (Oktober 2009), wonach eine entsprechende Anweisung des Empfängers zur Rückgabe der Überweisung bzw. des Überweisungsbetrags führt.

⁴⁵ Vgl. zur Beschränkung von Rechten im Fall des Rechtsmissbrauchs Münchener Komm.-Roth Komm. z. BGB, 5. Aufl. 2007, § 242 Rn. 176 ff.

⁴⁶ Hierbei ließe sich in Anlehnung an die Widerspruchsfrist bei der SEPA-Lastschrift (§ 675x Abs. 4 BGB) an eine Frist von circa 8 Wochen nach der Belastungs- bzw. Gutschriftbuchung denken; vom BGH wurde in BGH 19.9.1989, WM 1989, 1560, 1562 die Frage offen gelassen, ob die Zurückweisung unverzüglich zu erfolgen hat (vgl. Nr. 11 Abs. 4 AGB-Banken) oder ob das Zurückweisungsrecht lediglich der Verwirkung unterliegt (so *Canaris* Die girovertragliche „Fakultativklausel“ im Lichte des AGB-Gesetzes, ZIP 1986, 1021, 1025).

⁴⁷ Vgl. auch Münchener Komm.-Häuser (Fn. 20) Zahlungsverkehr, B 436.

S. 2 BGB – ebenso wie auch Art. 74 Abs. 2 der Zahlungsdiensterichtlinie⁴⁸ – einen Anspruch des Überweisenden gegen seinen Zahlungsdienstleister vor, dass dieser sich im Rahmen seiner Möglichkeiten darum bemüht, den Zahlungsbetrag wiederzuerlangen. Aus dieser Bemühenspflicht lässt sich entnehmen, dass die Bank des Überweisenden versuchen muss, den Überweisungsbetrag in der Kette der Zahlungsdienstleister wieder zu erlangen. Auch lassen sich die Geschäftsbesorgungsverträge der Zahlungsdienstleister untereinander im Zweifel so auslegen, dass diese zur Mitwirkung bei Rückleitung des Zahlungsbetrags verpflichtet sind.⁴⁹ Denn ansonsten wäre die entsprechende Bemühung der überweisenden Bank von vornherein zum Scheitern verurteilt und ihre Verpflichtung hierzu würde nur auf dem Papier stehen. Beschreiten die Beteiligten diesen Weg, kann der Empfänger – so er sich denn mit einer Stornobuchung einverstanden erklärt bzw. den Zahlungsbetrag zurückweist – anonym bleiben.

Problematisch ist allerdings der Fall, dass der Empfänger sich nicht kooperativ zeigt. Zwar könnte der Überweisende seinen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger an die Empfängerbank zedieren oder diese zumindest zur Forderungseinziehung ermächtigen. Allerdings lässt sich aus der Bemühenspflicht der überweisenden Bank sicherlich nicht die Verpflichtung der Empfängerbank ableiten, den Überweisungsbetrag als eine Art Inkassounternehmen bei ihrem Kunden einzutreiben. Insbesondere kann die Empfängerbank – wie festgestellt – den Bereicherungsanspruch des Überweisenden nur dann per Stornobuchung durchsetzen, wenn sich der Empfänger hiermit einverstanden erklärt. Auch hat die Empfängerbank gerade in den kritischen Fällen eines debitorischen Empfängerkontos kein eigenes Interesse an der Durchsetzung des Bereicherungsanspruchs des Überweisenden; vielmehr ist ihr umgekehrt daran gelegen, dass der Überweisungsbetrag nicht zurückgeleitet wird.

2. *Auskunftsanspruch des Überweisenden*

a) Grundsatz: Auskunftsanspruch in der Kette der Zahlungsdienstleister

Denkbar ist indes ein Anspruch des Überweisenden auf Auskunft über den Namen und die Anschrift des Empfängers der Überweisung. Da in aller Regel nur die Empfängerbank über die nötigen Informationen verfügt, ist in erster Linie an einen Auskunftsanspruch des Überweisenden gegen die Empfängerbank zu denken. Zwar bestehen zwischen diesen Personen keine ver-

⁴⁸ Art. 74 Abs. 2 der Zahlungsdiensterichtlinie enthält folgende Formulierung: „Der Zahlungsdienstleister des Zahlers bemüht sich jedoch, soweit ihm dies vernünftigerweise zugemutet werden kann, den Geldbetrag, der Gegenstand des Zahlungsvorgangs war, wiederzuerlangen.“

⁴⁹ So auch *Scheibengruber/Breidenstein* (Fn. 10) WM 2009, 1400.

traglichen Beziehungen, doch könnte ein Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben gegeben sein. Voraussetzung hierfür wäre indes eine Sonderverbindung zwischen den Beteiligten.⁵⁰ Da sich die Ansprüche des Überweisenden aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis wegen ungerechtfertigter Bereicherung nicht gegen die Empfängerbank, sondern gegen den Empfänger richten, ist zwischen Überweisendem und Empfängerbank (zunächst) auch kein gesetzliches Schuldverhältnis erkennbar. Im Übrigen war schon bisher mehr als zweifelhaft, ob die Geschäftsbesorgungsverträge zwischen den Banken (hier also der Empfängerbank und der mit dieser vertraglich verbundenen zwischengeschalteten Bank) Schutzwirkung zugunsten Dritter (hier des Überweisenden) entfalten und hieraus ein Direktanspruch (hier direkter Auskunftsanspruch) abgeleitet werden kann.⁵¹ Noch fraglicher dürfte dies jedoch nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie sein, zumal Direktansprüche Dritter im SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook – der Interbankenvereinbarung für Zahlungen in Euro – in Übereinstimmung mit der Intention der Zahlungsdiensterichtlinie⁵² als ausgeschlossen angesehen werden müssen.⁵³

Immerhin hat aber der Überweisende aus dem Girovertrag einen allgemeinen, geschäftsbesorgungsrechtlichen Auskunftsanspruch gegen seine Bank (§§ 675 Abs. 1, 666 BGB). Zweifelhaft ist indes, in welchem Umfang sich der geschäftsbesorgungsrechtliche Auskunftsanspruch im Interbankenverhältnis weiter fort- und durchsetzt. Denn zwischen den Teilnehmern dieses Systems gilt für Zahlungen in Euro im Interbankenverhältnis das SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook. Dieses enthält zwar eine Reihe von Informationspflichten, sieht aber speziell für das Problem der (nicht durch eine Plausibilitätsprüfung erkennbaren) falschen Kontoangabe keinen ausdrücklich geregelten vertraglichen Auskunftsanspruch vor; im Übrigen gilt für dieses Interbankenverhältnis belgisches Recht.⁵⁴ Soweit hingegen für in Deutschland ansässige Banken/Zahlungsdienstleister (außerhalb des Anwendungsbereichs des SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook) deutsches Recht

⁵⁰ Vgl. hierzu BGH 5.11.2003, NJW 2003, 582, 584; BGH 13.11.2001, BGHZ 149, 165, 174 f.

⁵¹ Dagegen BGH 6.5.2008, WM 2008, 1252, 1254 (für den Überweisungs-, Lastschrift- und Scheckverkehr); vgl. zu dieser Problematik auch *Einsele* Haftung der Kreditinstitute bei nationalen und grenzüberschreitenden Banküberweisungen, AcP 199 (1999), 145–189, 149 ff., insbes. 158–161.

⁵² Vgl. Erwägungsgrund 47 der Zahlungsdiensterichtlinie, aus dem zu entnehmen ist, dass die Frage des Haftungs- und Rückgriffsrechts im Interbankenverhältnis einschließlich der praktischen Handhabung von Ansprüchen gegenüber dem Zahlungsdienstleister oder der zwischengeschalteten Stellen den einheitlichen Verträgen der Zahlungsdienstleister überlassen werden sollte.

⁵³ Vgl. Nr. 5.14 SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (October 2009).

⁵⁴ So Nr. 3.5 SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (October 2009).

maßgeblich ist,⁵⁵ bestehen im Interbankenverhältnis ebenfalls Geschäftsbesorgungsverträge, so dass die überweisende Bank ihrerseits einen Auskunftsanspruch gegen die nächste, mit ihr vertraglich verbundene zwischengeschaltete Stelle hat. Die überweisende Bank ist zur Geltendmachung ihres Auskunftsanspruchs auch verpflichtet, zumal der Überweisende nicht nur seinerseits einen Auskunftsanspruch gegen seine Bank hat, sondern er von dieser auch verlangen kann, dass sie sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten darum bemüht, den Zahlungsbetrag wiederzuerlangen (§ 675y Abs. 3 S. 2 BGB). Im Ergebnis besteht zwischen den jeweiligen Vertragspartnern bis zur Empfängerbank jedenfalls im Grundsatz ein Auskunftsanspruch, der in der Kette der Zahlungsdienstleister geltend zu machen ist. Damit ist aber noch nicht entschieden, ob dieser Auskunftsanspruch auch die Weitergabe des Namens und der Anschrift des betroffenen Kontoinhabers mit umfasst.

b) Inhalt des Auskunftsanspruchs

aa) Grundsatz: Bankgeheimnis

In der Tat liegt das Hauptproblem eines Auskunftsanspruchs in der Frage, ob die Empfängerbank dazu berechtigt und ggf. verpflichtet ist, über den Namen und die Anschrift des Inhabers des angegebenen Kontos Auskunft zu erteilen. Denn insoweit könnte die Verpflichtung der Empfängerbank zur Wahrung des Bankgeheimnisses entgegenstehen. Das Bankgeheimnis ist einerseits ausdrücklich vertraglich geregelt,⁵⁶ findet seine Rechtsgrundlage daneben aber auch im Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Teilaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG;⁵⁷ diese grundrechtliche Wertung ist im Rahmen des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. § 823 Abs. 1 BGB auch zivilrechtlich maßgeblich und schützt den Kunden vor der ungewollten Verbreitung personenbezogener Informationen.⁵⁸ Daneben⁵⁹ finden sich zum Schutz des allge-

⁵⁵ Insbes. gem. Artt. 4 Abs. 1 b), 19 Rom I-Verordnung (Genauer: Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EG Nr. L 177 v. 4.7.2008, S. 6), sofern nicht bereits eine ausdrückliche Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts vorliegt, vgl. Art. 3 Abs. 1 Rom I-Verordnung.

⁵⁶ Vgl. Nr. 2 AGB-Banken, Nr. 1 Abs. 1 S. 2 AGB-Sparkassen.

⁵⁷ BVerfG 15.12.1983, BVerfGE 65, 1, 41 f.; für einen verfassungsrechtlichen Schutz des Bankgeheimnisses auch *Canaris* (Fn. 20) Rn. 37; *Bruchner/Krepold* in: *Bankrechtshandbuch*, hrsg. v. Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 39 Rn. 5.

⁵⁸ Vgl. Münchener Komm.-Rixecker Komm. z. BGB, 5. Aufl. 2006, § 12 Anh Rn. 2 f.

⁵⁹ Vgl. auch § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG, wonach die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten oder von Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, unberührt bleiben.

meinen Persönlichkeitsrechts natürlicher Personen⁶⁰ allgemeine Vorschriften und Grenzen der zulässigen Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung im Bundesdatenschutzgesetz (insbes. § 28 BDSG). In der Tat unterfällt nach allgemeiner Ansicht bereits das bloße Bestehen einer Geschäftsverbindung mit der Bank dem Bankgeheimnis.⁶¹ Vergleichsweise unproblematisch ist zunächst der Fall, dass sich der Empfänger mit der Weitergabe seines Namens und seiner Anschrift einverstanden erklärt; da der Kunde insoweit Geheimnisherr ist,⁶² ist hier die Mitteilung dieser Daten durch die Empfängerbank zulässig.⁶³ Ansonsten aber kann nicht ohne Weiteres von der Berechtigung, geschweige denn Verpflichtung der Empfängerbank zur Datenweitergabe ausgegangen werden.

Dabei ist die Frage, ob eine Bank zur Mitteilung des Namens und der Anschrift ihres Kunden berechtigt bzw. verpflichtet ist, nicht völlig neu, sondern wurde bereits im Rahmen des kartengestützten Lastschriftverfahrens in der Form des Elektronischen Lastschriftverfahrens (bzw. früher sog. wilden Lastschriftverfahrens) erörtert. Bei diesem Verfahren unterschreibt der Zahlungspflichtige einen Beleg und erteilt hiermit seinem Vertragspartner (Händler) die Ermächtigung zum Einzug des geschuldeten Betrags; daneben weist der Zahlungspflichtige mit seiner Unterschrift seine Bank (unwiderruflich) an, dem Händler bei Nichteinlösung der Lastschrift oder bei Widerspruch gegen die Lastschrift seinen Namen und seine Anschrift mitzuteilen. Ganz hM ist aber, dass die Bank aufgrund der Einwilligung des Kunden zwar berechtigt, nicht jedoch verpflichtet ist, dem (Gläubiger-)Unternehmen bei Nichteinlösung der Lastschrift Name und Anschrift des Kunden mitzuteilen.⁶⁴ In der Tat kann auch eine unwiderrufliche Weisung des Kunden an seine Bank, im Fall der Nichteinlösung der Lastschrift seinen Namen und seine Adresse weiterzugeben, nur dann zu einer Verpflichtung der Bank

⁶⁰ Vgl. zur Begrenzung des Schutzbereichs des BDSG auf natürliche Personen und personenbezogene Daten § 3 Abs. 1 BDSG.

⁶¹ So *Bruchner/Krepold* (Fn. 57) § 39 Rn. 15; *Kümpel* (Fn. 20) Rn. 2.154; *Weber* in: *Bankrecht und Bankpraxis*, Stand Juni 1996, Rn. 2/844.

⁶² So *Weber* (Fn. 61) Rn. 2/844; *Bruchner/Krepold* in: *Bankrechtshandbuch*, hrsg. v. Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 39 Rn. 31; *Bunte* in: *Bankrechtshandbuch*, hrsg. v. Schimansky/Bunte/Lwowski, 3. Aufl. 2007, § 7 Rn. 8.

⁶³ Vgl. statt vieler *Bruchner/Krepold* (Fn. 57) § 39 Rn. 31; *Bunte* (Fn. 27) § 7 Rn. 8, 12; *Kümpel* (Fn. 20) Rn. 2.161, 2.163–2.167; *Weber* (Fn. 61) Rn. 2/844.

⁶⁴ So LG Wuppertal 23.12.1996, WM 1998, 122, 123; zustimmend *Werner* in: *Zahlungsverkehr*, hrsg. v. Langenbucher/Gößmann/Werner, 2004, § 2 Rn. 119; *ders.* in: *Bankrecht und Bankpraxis*, Stand April 2006, Rn. 6/1659; *Koch/Vogel* in: *Zahlungsverkehr*, hrsg. v. Langenbucher/Gößmann/Werner, 2004, § 5 Rn. 62; *Münchener Komm.-Häuser/Haertlein* Komm. z. HGB, Bd. 5, 2. Aufl. 2009, Zahlungsverkehr, E 100, 97; so auch *Staudinger-Martinek* Komm. z. BGB, 2006, § 676h Rn. 93.

führen,⁶⁵ wenn eine solche Namens- und Adressenweitergabe mit zum Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrags (Girovertrags) zwischen Bank und Kunde gehört. Dies lässt sich aber zumindest nicht generell annehmen.⁶⁶ Wird die Einwilligung hingegen widerrufen oder bereits die Abgabe der Einwilligungserklärung etwa mit der Begründung bestritten, die Karte sei missbräuchlich verwendet worden, wird die Bank nicht einmal für berechtigt gehalten, Name und Anschrift des Kunden weiterzugeben.⁶⁷

bb) Pflichtenkollision des Zahlungsdienstleisters des Empfängers?

Vorliegend könnte die Empfängerbank aber – zumindest im Grundsatz – vertraglich zur Auskunft über Name und Anschrift des Empfängers verpflichtet sein. Denn anders als beim Elektronischen Lastschriftverfahren bestehen bei der Überweisung in der Kette der Zahlungsdienstleister Geschäftsbesorgungsverträge, die jedenfalls im Grundsatz zu Auskunft- und Rechenschaftspflichten der jeweils Beauftragten führen (§§ 675 Abs. 1, 666 BGB). Diese Pflichten dienen der Information des Geschäftsherrn über den Stand der Geschäftsausführung und der vollständigen Abwicklung des Geschäftsbesorgungsvertrags im Innenverhältnis, insbesondere dazu, die Ansprüche des Geschäftsherrn gem. § 667 BGB sowie des Geschäftsführers gem. § 670 BGB vorzubereiten.⁶⁸ Allerdings beziehen sich die Auskunftspflichten auf den betreffenden Geschäftsbesorgungsvertrag bzw. die erteilte Weisung. Ein Überweisungsauftrag ist aber gem. §§ 675r, 675y Abs. 3 BGB bereits dann ordnungsgemäß ausgeführt, wenn der Zahlungsbetrag der richtigen Kontonummer gutgeschrieben wurde. Im Grundsatz ist damit die Per-

⁶⁵ So aber *Baumbach/Hefermehl/Casper* Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der kartengestützten Zahlungen, 23. Aufl. 2008, Kartenzahlungen Rn. 63 aufgrund der heutigen Formulierung der vom Kunden unterschriebenen Erklärung als (unwiderrufliche) Weisung an die Bank, den (eigenen) Namen und die Anschrift dem Händler mitzuteilen.

⁶⁶ Anders war dies allerdings bei dem (mittlerweile eingestellten) Lastschriftverfahren in Form des sog. Point of Sale ohne Zahlungsgarantie (POZ), bei dem die Banken zwar ebenfalls keine eigene Zahlungsverpflichtung (gem. §§ 780, 781 BGB) gegenüber dem Händler übernahmen, das aber von der Kreditwirtschaft immerhin insoweit unterstützt wurde, als unter der Voraussetzung der Einwilligung des Kunden in die Weitergabe seines Namens und seiner Anschrift sowie einer vorherigen Sperrdateiabfrage die Banken sich zur Mitteilung der Daten des Kunden verpflichteten, vgl. *Werner* in: *Zahlungsverkehr*, hrsg. v. *Langenbucher/Gößmann/Werner*, 2004, § 2 Rn. 116; *Münchener Komm.-Häuser/Haertlein* (Fn. 64) *Zahlungsverkehr*, E 98.

⁶⁷ So *Werner* in: *Zahlungsverkehr*, hrsg. v. *Langenbucher/Gößmann/Werner*, 2004, § 2 Rn. 117; *Harbeke* Die POS-Systeme der deutschen Kreditwirtschaft – Eine Darstellung unter rechtlichen Aspekten –, Beil. 1 zu WM 1994, S. 15; etwas anders *Gößmann* in: *Bankrechtshandbuch*, hrsg. v. *Schimansky/Bunte/Lwowski*, 3. Aufl. 2007, § 68 Rn. 14, der eine Weitergabe der Daten des Kunden durch das Kreditinstitut bei Widerruf der Einwilligung des Kunden nicht generell für unzulässig hält, sondern die Bank für verpflichtet hält, eine Interessenabwägung vorzunehmen.

⁶⁸ Vgl. statt vieler *Staudinger-Martinek* (Fn. 64) § 666 Rn. 8, 12.

son des Empfängers für die Information des Überweisenden über die Geschäftsausführung rechtlich nicht von Bedeutung; daher ist die Weitergabe von Name und Anschrift des Empfängers von dem Anspruch des Geschäftsherrn auf Auskunft und Rechenschaft zunächst nicht erfasst.

Überweisungen dienen jedoch der Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen der Zahlungsdienstnutzer untereinander; hierauf weist auch Erwägungsgrund 40 der Zahlungsdiensterichtlinie ausdrücklich hin. Diese Zahlungsverpflichtungen bestehen indes nicht gegenüber Kontonummern, sondern gegenüber Personen (mit bestimmten Namen). Die Zahlungsdienstleister können ihrer Funktion als Leistungsmittler somit nur gerecht werden, wenn dieser Umstand auch im Verhältnis eines Zahlungsdienstnutzers zu seiner Bank sowie im Interbankenverhältnis Berücksichtigung findet. Folgerichtig sieht das Gesetz nach (ordnungsgemäßer) Ausführung des Überweisungsauftrags die Bemühenspflicht der überweisenden Bank gem. § 675y Abs. 3 S. 2 BGB (Art. 74 Abs. 2 der Zahlungsdiensterichtlinie) vor. Damit anerkennt der Gesetzgeber – wenn auch in äußerst „weichen“ Formulierungen – das Interesse des Überweisenden, den Zahlungsbetrag bei falscher Kundenkennung wieder zu erlangen, sowie eine entsprechende Pflicht der Zahlungsdienstleister, ihn hierbei zu unterstützen. Dies entbindet die Empfängerbank zunächst zwar nicht von dem Bankgeheimnis und berechtigt sie nicht, Name und Anschrift des Empfängers weiterzugeben; vielmehr muss die Bank des Überweisenden in erster Linie versuchen, über die Kette der Zahlungsdienstleister und damit unter Wahrung der Anonymität des Empfängers den Überweisungsbetrag wieder zu erlangen. Scheitert dies aber an der mangelnden Kooperationsbereitschaft des Empfängers, kann der Überweisende seinen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger regelmäßig nur durchsetzen, wenn er dessen Name und Anschrift erhält. Immerhin diskutabel ist hier eine nachvertragliche Auskunftspflicht der Empfängerbank zum Zweck der vollständigen (Rück-)Abwicklung des Zahlungsvorgangs. Diese nachvertragliche Auskunftspflicht kollidiert dann zwar mit der Verpflichtung der Empfängerbank zur Wahrung des Bankgeheimnisses. Aufgrund der Divergenz von Kontonummer und Empfängername ist für die Empfängerbank aber ersichtlich, dass eine Zahlung an eine andere Person erbracht werden sollte und der Überweisende mit großer Wahrscheinlichkeit einen Rückzahlungsanspruch gegen den Empfänger hat. Sofern der Empfänger keine plausiblen Gründe vorbringen kann, warum er die Gutschrift nicht zurück(über)weist bzw. sich mit einer Stornobuchung einverstanden erklärt, können die Interessen des Überweisenden im Einzelfall überwiegen und dazu führen, dass die Empfängerbank den Namen und die Adresse ihres Kunden weiterzugeben hat.⁶⁹ Andererseits ist der Empfänger ohne sein

⁶⁹ So hat der BGH bereits mehrfach nach einer Interessenabwägung eine Warnpflicht der Bank im Rahmen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs angenommen: Bejaht wurde dies

Zutun in die Situation geraten, einem Bereicherungsanspruch des Überweisenden ausgesetzt zu sein. Im Regelfall wird daher die (vertragliche) Verpflichtung der Bank zur Wahrung des Bankgeheimnisses gegenüber ihrem Kunden einer solchen Auskunftsberechtigung bzw. -verpflichtung zur Wahrung von Drittinteressen entgegenstehen. Daher ist es für den Überweisenden im Ergebnis höchst unsicher, ob er seinen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger durchsetzen kann.

3. Grenzüberschreitende Überweisungen

Noch problematischer ist die Rechtslage, wenn es sich um grenzüberschreitende Überweisungen handelt. Wurde in diesen Fällen nicht die Geltung eines anderen Rechts vereinbart⁷⁰ (Art. 3 Abs. 1 Rom I-Verordnung), findet das Recht des (jeweiligen) Zahlungsdienstleisters Anwendung, der im konkreten Vertragsverhältnis die maßgebliche Dienstleistung, also die Weiterleitung des Zahlungsbetrags, erbringt (Art. 4 Abs. 1 b) Rom I-Verordnung). Entscheidend für Inhalt und Umfang der vertraglichen (Auskunfts-) Ansprüche, aber auch des Bankgeheimnisses, soweit es auf vertraglichen bzw. sonstigen privatrechtlichen Grundlagen beruht, ist deshalb letztlich die Rechtsordnung, in der die Empfängerbank ihre (Haupt-)Niederlassung hat (vgl. Art. 19 Rom I-Verordnung). Außerdem: Bei gewöhnlichem Aufenthalt des Empfängers im Ausland wird regelmäßig die Bereicherung in diesem Staat eingetreten sein, so dass auch der Bereicherungsanspruch des Überweisenden regelmäßig⁷¹ dem Recht dieses (Aufenthalts-)Staates unterliegt

etwa in einem Fall, in dem für die Bank objektiv evident war, dass von dritter Seite auf das Konto ihres Kunden eingezahlte Gelder von diesem veruntreut wurden, vgl. BGH 6.5.2008, WM 2008, 1252, 1253. Eine Warnpflicht der überweisenden Bank gegenüber dem Überweisenden wurde außerdem im Fall einer Hausüberweisung angenommen, in dem die Bank Kenntnis von der Zahlungseinstellung des Empfängers oder Kenntnis vom unmittelbaren Bestehen seines wirtschaftlichen Zusammenbruchs hatte, da dies zur Folge haben konnte, dass der (vorleistende) Überweisende mit seiner Gegenforderung im Konkurs des Empfängers ausfiel, vgl. BGH 29.9.1986, WM 1986, 1409, 1410; vgl. zu Aufklärungs- und Warnpflichten der Bank gegenüber ihrem Kunden nach Abwägung der Interessen ihres Geschäftspartners an der Geheimhaltung seiner Vermögensverhältnisse auch BGH 27.11.1990, WM 1991, 85 f.; vgl. zu dieser Interessenabwägung bei Pflichtenkollision der Bank *Canaris* (Fn. 20) Rn. 60 f.; *Kümpel* (Fn. 20) Rn. 2.168 f.; *Bruchner/Krepold* (Fn. 57) § 39 Rn. 88–92.

⁷⁰ Vgl. im Interbankenverhältnis für Euro-Zahlungen Nr. 3.5 SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (Oktober 2009), wonach belgisches Recht zur Anwendung kommt.

⁷¹ Vgl. zum Vorrang der (nachträglichen) Rechtswahl der Parteien (Art. 14 Rom II-Verordnung), des bei grenzüberschreitenden Überweisungen wohl kaum gegebenen gemeinsamen Aufenthaltsrechts von Bereicherungsschuldner und -gläubiger (Art. 10 Abs. 2 Rom II-Verordnung) sowie einer offensichtlich engeren Verbindung als gem. Art. 10 Abs. 2 bzw. 3 Rom II-Verordnung (Art. 10 Abs. 4 Rom II-Verordnung).

(Art. 10 Abs. 3 Rom II-Verordnung)⁷². Dies vervollständigt indes nur das bereits gefundene Ergebnis: Für den Überweisenden wird es außerordentlich schwierig, wenn nicht unmöglich sein, bei mangelnder Kooperationsbereitschaft des Empfängers wieder zu seinem Geld zu kommen.

III. Resümee

Nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie ist ein Überweisungsauftrag bereits dann ordnungsgemäß ausgeführt, wenn der Zahlungsbetrag der angegebenen Kundenkennung gutgeschrieben wird; ein Kontonummer-Namensabgleich ist nicht mehr gefordert (§§ 675r, 675y Abs. 3 BGB). Hat der Überweisende eine falsche Kundenkennung angegeben, steht ihm aber ein Bereicherungsanspruch gegen den tatsächlichen Empfänger gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB zu. Hingegen hat die Empfängerbank nicht das Recht, einseitig – ohne Einverständnis des Empfängers – ihre Gutschriftbuchung auf dem Empfängerkonto zu stornieren; dies gilt auch dann, wenn der Bereicherungsanspruch des Überweisenden an sie abgetreten wurde. Im Übrigen ist der Empfänger nach den Grundsätzen der „aufgedrängten Bereicherung“ geschützt und kann daher (bei fehlender Liquidität) solche Gutschriften gegenüber seiner Bank zurückweisen. Höchst problematisch ist allerdings die (tatsächliche) Durchsetzung des Bereicherungsanspruchs, da der Überweisende regelmäßig nur die Kontonummer des Empfängers kennen wird. Zwar hat sich die Bank des Überweisenden darum zu bemühen, den Überweisungsbetrag über die Kette der Zahlungsdienstleister – unter Wahrung der Anonymität des Empfängers – wieder zu erlangen (§ 675y Abs. 3 S. 2 BGB). Zeigt sich der Zahlungsempfänger jedoch nicht kooperativ, kann der Bereicherungsanspruch nur durchgesetzt werden, wenn die Empfängerbank Name und Anschrift des Empfängers mitteilt. Der Weitergabe dieser Daten wird aber regelmäßig die Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses entgegenstehen. Vollends unwahrscheinlich wird die Durchsetzung des Bereicherungsanspruchs bei grenzüberschreitenden Überweisungen. Die Neuregelung ist daher alles andere als kundenfreundlich. Im Übrigen führt sie dazu, dass die Zahlungsdienstleister in den relevanten Fällen – nach Prüfung einer Reihe ziemlich problematischer Rechtsfragen – ggf. doch manuelle Eingriffe in die Buchungsvorgänge vorzunehmen haben. Eine Änderung der Zahlungsdiensterichtlinie ist daher dringend geboten.

⁷² Genauer: Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, vgl. ABl. EG Nr. L 199 v. 31.7.2007, S. 40.

Dogmatik des unselbständigen Stiftungsgeschäfts unter Lebenden und Steuerrecht

MICHAEL FISCHER

I. Einleitung

Als unselbständige Stiftung bezeichnet man die Zweckzuwendung eines Stifters an einen anderen Rechtsträger (Stiftungsträger) mit der Maßgabe, die übertragenen Vermögenswerte als ein von dem übrigen Vermögen getrenntes Sondervermögen zu verwalten und zur Verfolgung eines vom Stifter festgelegten Zweckes zu nutzen.¹ Sie ist damit keine Stiftung i.S. der §§ 80 ff. BGB. Sie kann entweder durch Verfügung von Todes wegen oder durch Stiftungsgeschäft unter Lebenden begründet werden. Während für die Stiftungserrichtung von Todes wegen im Wesentlichen Einvernehmen herrscht, dass sie entweder durch Testament bzw. Erbvertrag oder als Vermächtnis mit Auflage errichtet werden kann², ist die Rechtsnatur des Stiftungsgeschäfts unter Lebenden umstritten.³ Die wohl heute vorherrschende Ansicht möchte die Einordnung des Gründungsvertrages von der konkreten Gestaltung der Parteien abhängig machen, hält also sowohl eine Auflagenschenkung als auch einen Treuhandvertrag für gestaltbar.⁴

Dieter Reuter hat sich in den letzten Jahren intensiv mit der Dogmatik des Stiftungsgeschäfts unter Lebenden bei der unselbständigen Stiftung, die er als „nicht anerkannte“ Stiftung bezeichnen möchte⁵, auseinandergesetzt.⁶ Interessant ist dabei, dass er seine grundsätzliche Position gegenüber der Aner-

¹ *Hof*, in: Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2009, § 36 Rz. 1; MünchKomm-BGB/*Reuter*, 5. Aufl., 2006, Vor § 80 Rz. 87; Staudinger/*Rawert* (1995), BGB, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB, Rz. 151.

² BayObLGZ 65, 77; *Hof* (Fn. 1), § 36 Rz. 102 ff. m.w.N.

³ Zum Meinungsstand: MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 87 ff. m.w.N.

⁴ *Hof* (Fn. 1), § 36 Rz. 30; *Plodeck*, ZSt 2007, 38, 41 unter zustimmendem Hinweis auf die unter juris veröffentlichte Entscheidung des OLG Oldenburg v. 18.11.2003, 12 U 60/03 und des BGH v. 26.1.2006, III ZR 388/03; *Rawert* (Fn. 1), Vorbem. §§ 80 ff. BGB Rz. 163; *Schwarz/Backert*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., 2007, Vorbem. zu §§ 80–88 BGB Rz. 22.

⁵ *Reuter*, FS Hadding, 2004, S. 231, 240.

⁶ MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 87 ff.; *Reuter*, in: v. Campenhausen/Kronke/Werner (Hrsg.), Stiftungen in Europa, 1998, S. 203 ff.; *ders.*, FS Hadding (Fn. 5), S. 231 ff.; *ders.*, AcP 207 (2007), 1 ff.; *ders.*, AcP 207 (2007), S. 673, 706 ff.

kennung einer unselbständigen Stiftung korrigiert hat. Seine grundlegende Prämisse besteht darin, die unselbständige Stiftung unter Lebenden – insbesondere auf der Basis des von der h.M. für zulässig gehaltenen Treuhandmodells – sei „unpassendes Recht“. Während er vor wenigen Jahren noch die Meinung vertrat, dass dieses unpassende Recht nicht korrekturbedürftig sei, weil dadurch die vom Gesetzgeber gewollte staatliche Beteiligung an der Entstehung und Tätigkeit von Stiftungen ausgehöhlt würde, hat er seinen Standpunkt wegen der aus seiner Sicht unzulänglichen Stiftungsreform aus dem Jahr 2002⁷, die aus der Unfähigkeit des Gesetzgebers resultiere, den Abschied vom Verwaltungsmodell gegen Stiftungsbürokratie und -lobby durchzusetzen, geändert.⁸ Denn sein früherer Standpunkt basierte darauf, dass die staatliche Beteiligung ihrerseits verfassungs- und sachgerecht sei, was *Dieter Reuter* inzwischen mit guten Gründen verneint.⁹ Er hat deshalb ein eigenständiges am Treuhandmodell des Investmentrechts für die Investmentfonds angelehntes Konzept entwickelt, um im Wege der Rechtsfortbildung „passendes Recht“ zu schaffen.¹⁰ Dieses Konzept führt nicht zu einer (Teil-) Rechtsfähigkeit der unselbständigen Stiftung. Allerdings ist zum (dinglichen) Schutz des Sondervermögens die Rechtsfortbildung – insoweit ist *Dieter Reuter* uneingeschränkt zuzustimmen – unerlässlich, um dem Sondervermögen der unselbständigen Stiftung eine über die Relativität von Schuldverhältnissen hinausgehende Drittwirkung im Außenverhältnis zu verleihen. Denn das im Eigentum des Stiftungsträgers stehende Sondervermögen soll nicht für die Verbindlichkeiten des Stiftungsträgers haften, soweit diese nicht für Rechnung des Sondervermögens eingegangen wurden. Dazu muss das Sondervermögen gesondert vom Vermögen des Stiftungsträgers verwaltet werden, und es muss durch eine effektive Kontrolle sichergestellt sein, dass eine Vermögensvermischung unterbleibt.

Im Ergebnis wird damit erreicht, dass das Sondervermögen vor einem Zugriff der Gläubiger des Stiftungsträgers, die nichts mit dem Sondervermögen zu tun haben, im Falle der Zwangsvollstreckung in das Sondervermögen oder im Falle der Insolvenz des Stiftungsträgers effektiv geschützt wird. Aus Gründen eines effektiven Gläubigerschutzes wird es allerdings schwierig, den Zugriff der Stiftungsgläubiger, die dem Sondervermögen zuzurechnen sind, auf das Eigenvermögen des Stiftungsträgers auszuschließen, obwohl der

⁷ Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts v. 15.7.2002, BGBl. I 2002, 2634; in Kraft getreten am 1.9.2002 (Art. 5).

⁸ *Reuter*, FS Hadding (Fn. 5), S. 231, 240 f.

⁹ Dazu ausführlich *Reuter*, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 139 ff.

¹⁰ Dazu näher MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 106. Der Verf. dankt für die freundliche Erwähnung in Fn. 401.

Stiftungsträger für Rechnung des Sondervermögens gehandelt hat.¹¹ Denn dies würde bedeuten, dass auch im Außenverhältnis offenkundig würde, der Stiftungsträger handle im Namen des Sondervermögens (vgl. § 164 BGB). Letzteres würde allerdings zu Ende gedacht voraussetzen, dass die unselbständige Stiftung als selbständige Teilnehmerin am Rechtsverkehr anerkannt und damit die Rechtsfähigkeit der unselbständigen Stiftung im Außenverhältnis bejaht würde. Eine diesbezügliche Notwendigkeit der Rechtsfortbildung scheint nicht ohne Weiteres begründbar, weil der Stiftungsträger, soweit er von Gläubigern, die dem Sondervermögen intern zuzurechnen sind, in Anspruch genommen wird, einen berechtigten Zugriff im Innenverhältnis auf das Sondervermögen haben muss. Der Stiftungsträger haftet zwar im Außenverhältnis, kann sich aber über ein Entnahmerecht zur Verwendung des Sondervermögens für die erforderlichen Aufwendungen im Innenverhältnis im wirtschaftlichen Ergebnis schadlos halten.

Es bleibt also dabei, dass nach dem gegenwärtigen Stand der zivilrechtlichen Diskussion eine Teilrechtsfähigkeit der unselbständigen Stiftung abzulehnen ist. Sie gründet sich auf dem Rechtsverhältnis zwischen dem Stifter und dem Stiftungsträger, ohne zum Rechtssubjekt zu werden. Der Stiftungsträger handelt im Außenverhältnis gegenüber Dritten folglich nicht als Organ der unselbständigen Stiftung, sondern im eigenen Namen in Erfüllung seiner im Innenverhältnis gegenüber dem Stifter bestehenden Verpflichtungen aus dem Stiftungsgeschäft.¹² Diese Sichtweise wird im Weiteren als Prämisse zugrunde gelegt. Einen noch weiter gehenden Ansatz hat *Stefan Koos*¹³ in seiner 2004 veröffentlichten Habilitationsschrift vertreten. *Koos* zielt darauf ab, im Wege der Rechtsfortbildung die unselbständige Stiftung als teilrechtsfähiges Zuordnungssubjekt einzuordnen.¹⁴ Dabei möchte er dem Stiftungsvermögen ein subjektives Recht mit beschränkt dinglichen Zügen einräumen, welches sich im Ergebnis an dem dem anglo-amerikanischen Trust eigenen und dem der deutschen Rechtsordnung unbekannten Eigentumsdualismus orientiert. Das von *Koos* vorgestellte Modell muss sich allerdings entgegenhalten lassen, dass es mit der Rechtsfähigkeit der Treuhand die erforderliche Rechtsfortbildung überdehnt.¹⁵

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, zur Klärung der dogmatischen Zweifelsfragen bei der unselbständigen Stiftung aus der Per-

¹¹ AA *Reuter*, FS Hadding (Fn. 5), S. 231, 247, wonach das Eigenvermögen des Stiftungsträgers nicht den Stiftungsgläubigern (der unselbständigen Stiftung) haften soll.

¹² *Hüttemann/Herzog*, DB 2004, 1001, 1002 m.w.N.

¹³ Fiduziarische Person und Widmung: das stiftungsspezifische Rechtsgeschäft und die Peronifikation treuhänderisch geprägter Stiftungen, 2004.

¹⁴ *Koos*, (Fn. 13), S. 248 ff., 354.

¹⁵ MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 104; *ders.*, AcP 207 (2007), 673, 706 f.

spektive des Steuerrechts beizutragen. Im Zusammenhang mit dem Steuerrecht hat *Dieter Reuter* angemerkt, die Forderung der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit nach Endgültigkeit der Vermögenswidmung vermöge sich nicht „gegen“, sondern nur „über“ das Zivilrecht durchzusetzen.¹⁶ Dagegen ist nichts einzuwenden, doch ist aus Sicht des Steuerrechts zum einen zu ergänzen, dass der Steuergesetzgeber seit mindestens 90 Jahren die unselbstständige Stiftung als Gegenstand des Steuerrechts erfasst hat. Im BGB findet sich nur die selbstständige Stiftung. Jedenfalls dann, wenn die Parteien das vereinbarte Rechtsverhältnis als „unselbstständige Stiftung“ bezeichnen, kann man also unterstellen, dass der Parteiwille darauf gerichtet ist, den steuerrechtlichen Vorgaben zu entsprechen. Das gilt umso mehr, wenn man als Regelfall davon ausgeht, dass sich die Parteien bei diesem sicherlich nicht alltäglichen, im BGB nicht geregelten und in seinen Rechtsfolgen nicht abschließend geklärten Konstrukt juristischen Rat einholen. Dann entspricht es wiederum sorgfältiger Praxis, die Beteiligten auch über die steuerrechtlichen Folgen ihres Handelns aufzuklären. Zum anderen legt die Existenz der unselbstständigen Stiftung in den Steuergesetzen ergebnisorientiert nahe, dass es auch eine zivilrechtlich funktionsfähige Dogmatik geben muss. Wenn das Vertragsrecht an seine Grenzen stößt, folgt der Auftrag zur Rechtsfortbildung aus dem Willen des (Steuer-)Gesetzgebers.

II. Die unselbstständige Stiftung als Gegenstand des Steuerrechts

1. Vorbemerkung

Das Steuerrecht kennt eine von der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit zu unterscheidende eigenständige Steuerrechtsfähigkeit.¹⁷ Jedes Einzelsteuergesetz muss im Tatbestand neben dem Steuerobjekt, der Bemessungsgrundlage und dem Tarif das Steuersubjekt benennen.¹⁸ Während etwa Personengesellschaften – trotz ihrer inzwischen auch für die Außen-GbR anerkannten zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit¹⁹ – weder ein Steuersubjekt des Einkommen- noch Körperschaftsteuerrechts sind, besteht an ihrer Unternehmerfähigkeit i.S.d. § 2 UStG kein Zweifel. Im Bereich der Gewerbe- und Grunderwerbsteuer ist die Personengesellschaft ein eigenständiges Steuersubjekt, obgleich die Abschirmwirkung der Personengesellschaft von der Sphäre der Gesellschafter durch bestimmte Normen (vgl. § 5 GrEStG) bzw. durch die Rspr.

¹⁶ MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 88; *ders.*, Stiftungen in Deutschland und Europa (Fn. 6), S. 203, 210 f.

¹⁷ *Lang*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 20. Aufl., 2010, § 6 Rz. 12.

¹⁸ Vgl. *Lang*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 17), § 7 Rz. 17 ff., 22.

¹⁹ BGH v. 28.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 344; einschränkend *Reuter*, AcP 207 (2007), 673, 681 ff.

des BFH²⁰ relativiert wird. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit die unselbständige Stiftung ein eigenständiges Steuersubjekt, bezogen auf bestimmte Einzelsteuergesetze, bildet.

2. Körperschaftsteuerrecht

Wenn in neueren wissenschaftlichen Veröffentlichungen²¹ sogar die Rechtsfähigkeit (Teilpersonifikation) der unselbständigen Stiftung gefordert wird, dann besitzt der Verweis auf das Steuerrecht – zumindest auf den ersten Blick – einen gewissen Charme, geht doch das Körperschaftsteuerrecht seit 1920²² in § 1 Satz 1 Nr. 2 KStG (heute: § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG) von einer Steuerrechtssubjektivität der unselbständigen Stiftung aus. Das KStG (1920) formuliert: „§ 1. Der Körperschaftsteuer unterliegen mit **ihrem** Einkommen: ... 2. **nichtrechtsfähige** Personenvereinigungen, Anstalten, **Stiftungen** und andere Zweckvermögen, soweit ihr Einkommen nicht unmittelbar nach diesem Gesetz oder nach dem Einkommensteuergesetz bei einem anderen Steuerpflichtigen steuerbar ist...“²³ Für Zwecke des Körperschaftsteuerrechts hat die unselbständige Stiftung seit 90 Jahren ein eigenes Vermögen und ein eigenes, jährlich zu versteuerndes Einkommen (vgl. § 8 Abs. 1 KStG i.V.m. §§ 2 ff. EStG), soweit nicht die objektive Steuerbefreiung des Gemeinnützigkeitsrechts (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG) eingreift. Aus dem körperschaftsteuerrechtlichen Trennungsprinzip folgt sogar, dass man zur eigenständigen Ermittlung des Einkommens nach Fremdvergleichsgrundsätzen fiktive Vertragsbeziehungen zwischen der unselbständigen Stiftung und dem Stiftungsträger unterstellt.²⁴ Deshalb, so stellt *Dieter Reuter* fest, seien Überlegungen zur „Rechtsfähigkeit“ der unselbständigen Stiftung „kein praxisfernes theoretisches Konstrukt“.²⁵

Letzterer Aussage kann man sich aus der Perspektive des Steuerrechts uneingeschränkt anschließen. Vor allem musste sich das Körperschaftsteuerrecht schon 20 Jahre vor der Geburt des Jubilars mit der Frage beschäftigen, was eine unselbständige Stiftung überhaupt „ist“. Der Reichsfinanzhof²⁶ hat

²⁰ Vgl. etwa zur Unternehmeridentität bei § 10a GewStG BFH v. 14.12.1989, IV R 117/88, BFHE 159, 528, 529 ff.; *Glanegger/Güroff*, GewStG, 7. Aufl., 2009, § 10a Rz. 93 m.w.N.

²¹ Vgl. *Koos*, (Fn. 13), S. 248 ff., 354.

²² Körperschaftsteuergesetz v. 20. März 1920, RGBl. 1920, S. 393.

²³ Hervorhebungen durch Verf.

²⁴ RFH v. 5.7.1938, VI a 9/37, RStBl. 1938, 827; *Blümich/Rengers*, KStG (Stand: September 2009), § 1 Rz. 108; *Hüttemann/Herzig*, DB 2004, 1001, 1007 f.; *Streck*, KStG, 7. Aufl., 2008, § 1 Rz. 20, 44.

²⁵ MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 105.

²⁶ RFH v. 1.4.1925, VI A 119/25, RFHE 16, 67, 68; RFH v. 7.4.1936, I A 227/35, RStBl. 1936, 442 unter Verweis auf RFH v. 26.4.1922, I A 162/22, RFHE 9, 178, 186 f. (zur Kapitalertragsteuer).

den Tatbestand dahingehend umschrieben, dass einer natürlichen oder juristischen Person Vermögen oder Vermögensteile von dritter Seite zugewendet werden mit der Auflage, die Erträge für einen bestimmten Zweck zu verwenden. Ihre Struktur orientiert sich an der selbständigen Stiftung, mit dem wesentlichen Unterschied, dass die unselbständige Stiftung keine juristische Person ist und deshalb eines rechtsfähigen Trägers bedarf, um rechtswirksam handeln zu können.

Die ausdrückliche Aufnahme der unselbständigen Stiftung in § 1 Satz 1 Nr. 2 KStG (1920) 20 Jahre nach Inkrafttreten des BGB bedeutet des Weiteren, dass der (Steuer-)Gesetzgeber die Möglichkeit der zivilrechtlichen Gestaltung der unselbständigen Stiftung voraussetzt und damit ihre Existenz indirekt auch anerkannt hat. Nach Inkrafttreten des BGB hätte man zivilrechtsdogmatisch die Frage, ob neben der im BGB geregelten selbständigen Stiftung eine auf schuldvertraglicher Ebene konzipierte unselbständige Stiftung rechtlich als wirksames Vertragskonstrukt prinzipiell anzuerkennen ist, nicht nur diskutieren können, sondern sogar müssen. Die von *Dieter Reuter* immer wieder vorgebrachten Einwände gegen die Treuhand als Erklärungsmodell²⁷ bzw. der generelle Einwand, die privatautonome Gestaltungsmacht der Vertragsparteien, einen Schuldvertrag einvernehmlich auch wieder aufheben zu können²⁸, widerspreche dem Stiftungsgedanken, wären seinerzeit wohl geeignet gewesen, die unselbständige Stiftung zivilrechtsdogmatisch als rechtlich unmögliches Konstrukt zu (dis-)qualifizieren. Allein, jene Diskussion fand – soweit ersichtlich – nicht statt. Mit der indirekten Anerkennung durch das Körperschaftsteuerrecht haben sich 20 Jahre später die Vorzeichen umgekehrt. Es geht also seit 90 Jahren nicht mehr darum, „ob“ es unselbständige Stiftungen geben darf, sondern „wann“, d.h. unter welchen normativen Voraussetzungen eine unselbständige Stiftung anzunehmen ist. Diese steuerrechtliche Vorgabe hat wiederum Einfluss auf die Zivilrechtsdogmatik. Soweit nämlich die schuldvertragliche Gestaltung der unselbständigen Stiftung an dogmatische Grenzen stößt, lässt sich die Kompetenz zur Rechtsfortbildung bereits mit Blick auf die positivistische Entscheidung des Gesetzgebers begründen. Da das Zivilrecht – anders als das Steuerrecht wegen seiner Eingriffswirkung²⁹ – dem Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG nur sehr beschränkt unterliegt³⁰, ist ein Rechtsfortbildungsauftrag zu bejahen.

²⁷ Z.B. MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 87 ff.; *Reuter*, Stiftungen in Deutschland und Europa (Fn. 6), S. 203, 208 ff.

²⁸ *A. Werner*, in: *Werner/Saenger*, Die Stiftung, 2008, Rz. 948.

²⁹ *Fischer*, DStR 2008, 697 ff.

³⁰ BVerfG v. 26.6.1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 226 betr. Arbeitskampfparteien; aA *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rz. 109. Ausführlich zum Diskussionsstand, *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 130 ff.; *P. Krause*, JZ 1984, 656, 659.

3. Erbschaftsteuerrecht

Neben dem Körperschaftsteuerrecht setzt auch das Erbschaftsteuerrecht die unselbständige Stiftung als gegeben voraus. In § 1 Abs. 1 ErbStG v. 7. August 1922³¹ wird bestimmt: „Der Erbschaftsteuer unterliegen: 1. der Erwerb von Todes wegen, 2. Schenkungen unter Lebenden, 3. Zweckzuwendungen“. Was als „Zweckzuwendung“ gilt, wird in § 4 ErbStG (1922) eingehend umschrieben. Dabei ist es unstreitig, dass die Begründung einer unselbständigen Stiftung von Todes wegen oder unter Lebenden als Zweckzuwendung zu qualifizieren ist.

Das Reichsgericht³² hatte bereits zum Erbschaftsteuergesetz 1906 ebenso wie später der Reichsfinanzhof³³ zum Erbschaftsteuergesetz 1919 die Ansicht vertreten, dass Zweckzuwendungen steuerbar seien. Nach Ansicht des Reichsgerichts³⁴ stelle § 84 BGB klar, dass als Erwerber einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses auch die Stiftung gelte, die auf der die Zuwendungen anordnenden Verfügung des Stifters von Todes wegen beruhe. Für die selbständigen Stiftungen bewende es sonach bei dem Grundsatz, dass der Erwerb besteuert werde. Weiter führte das Reichsgericht aus: „Nicht selten werden aber sogenannte unselbständige Stiftungen in der Weise errichtet, dass gewisse Vermögensstücke einem anderen mit der Auflage zugewendet werden, sie zu einem bestimmten, nicht auf einen abgegrenzten Kreis von Personen beschränkten Zwecke nutzbar zu machen, dass also ein Zweckvermögen ohne juristische Persönlichkeit gebildet wird, als dessen Vertreter oder Verwalter der Beschwerte, auch wenn er rechtlich als Eigentümer gilt, anzusehen ist. In solchen Fällen kann, wie schon angedeutet, dieser, weil er nicht bereichert ist (...), zur Steuer nicht herangezogen werden, und an einem sonstigen Erwerber fehlt es beim Mangel eines für die Besteuerung fassbaren Kreises von Personen.“ Trotz dieser Feststellung kam das Reichsgericht zu dem Ergebnis, dass sich aus anderen Vorschriften des ErbStG von 1906 eine Steuerbarkeit der „Zuwendung selbst“ ergeben müsse. Das Gesetz könne nur davon ausgegangen sein, dass „die Steuer auf der Zuwendung beruhe und dass die unselbständige Stiftung im gleichen Umfange steuerpflichtig sei, wie die selbständige Stiftung, dass ferner für die Entrichtung der Steuer, entsprechend den Organen der rechtsfähige Stiftung, der Beschwerte zu sorgen habe“.

Der Reichsfinanzhof³⁵ führt in der Entscheidung vom 18.11.1921 aus: „Die Berufsentscheidung stützt mit Recht die Steuerpflicht auf § 35

³¹ RGBl. I 1922, 695.

³² RG v. 17.2.1911, VII. 239/10, RGZ 75, 378, 379 ff. Ebenso RFH v. 14.3.1919, II A 27/19, RFHE 1, 10, 13 f.; v. 14.5.1919, II A 71/19, RFHE 1, 57, 58.

³³ RFH v. 18.11.1921, I a A 107/21, RFHE 7, 324.

³⁴ RG v. 17.2.1911, VII. 239/10, RGZ 75, 378, 379 ff.

³⁵ RFH v. 18.11.1921, I a A 107/21, RFHE 7, 324, 325.

Abs. 3 ErbStG. Diese Vorschrift lautet: ‚Sind ohne Begründung einer Stiftung Zuwendungen, auf welche die Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 3 zutreffen, gemacht worden, so werden sie hinsichtlich der Versteuerung ebenso behandelt, als ob zu demselben Zwecke eine Stiftung errichtet worden und auf diese der Betrag der Zuwendung übergegangen wäre.‘ Wie sich aus der Begründung zum Erbschaftsteuergesetze (S. 40) ergibt, soll die Bestimmung Zweifel beseitigen, die darüber entstanden waren, ob bei Zuwendungen an eine Mittelsperson mit der Bestimmung, den Betrag der Zuwendung zu einem der in Abs. 1 Nr. 3 bezeichneten Zwecke zu verwenden, als Bedachte diejenigen anzusehen sind, denen die Zuwendung zufließt, und ob daher nur der dem Einzelnen zugeflossene Betrag, oder ob nicht der Gesamtbetrag der Zuwendung für die Bemessung der Steuerpflicht maßgebend ist. Das Gesetz hat die Frage im letzteren Sinne entschieden. Das Wesen solcher Zuwendungen besteht darin, dass Vermögenswerte einem anderen zugewendet werden, um sie zu einem bestimmten Zwecke nutzbar zu machen, so dass ein besonderes Zweckvermögen gebildet wird, als dessen Vertreter der Empfänger der Zuwendung, auch wenn er rechtlich deren Eigentümer wird, anzusehen ist ... Nach dieser Regelung ist die Zuwendung selbst so anzusehen, als ob sie eine selbständige Stiftung mit Rechtspersönlichkeit wäre. Die Zuwendung bildet den Gegenstand der Besteuerung, gleich als wäre sie die Erwerberin des den besonderen Zwecken gewidmeten Vermögens ... Zur Entrichtung der Steuer ist entsprechend den Organen der rechtsfähigen Stiftung der mit der Zuwendung Beschwerde verpflichtet.“

Die erstmalige ausdrückliche Regelung der Zweckzuwendung im Erbschaftsteuergesetz 1922 erfolgte aus Gründen der Zweckmäßigkeit, um der von der Rspr. aus verschiedenen zerstreuten Gesetzesbestimmungen gefolgerten Zweckzuwendung einen gesetzlichen Niederschlag zu geben, um in der praktischen Anwendung Zweifel auszuschließen.³⁶ Daran hat sich bis heute nichts geändert. § 1 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG führt die Zweckzuwendungen als steuerpflichtige Vorgänge im Anschluss an den Erwerb von Todes wegen und die Schenkungen unter Lebenden auf, und § 8 ErbStG definiert den Begriff der Zweckzuwendungen. Damit spricht auch die Erfassung der unselbständigen Stiftung im ErbStG ergebnisorientiert dafür, dass es auch eine zivilrechtlich funktionsfähige Dogmatik geben muss.

4. Umsatzsteuerrecht

Für die Zivilrechtsdogmatik wenig erhellend ist der Blick in das Umsatzsteuerrecht. Dort leitet sich die Steuersubjektivität aus der Unternehmerfähigkeit i.S.d. § 2 UStG ab.³⁷ Daraus folgt zugleich die Fähigkeit, als Emp-

³⁶ *Marens*, ErbStG, 6. Aufl., 1926, S. 126 (zu § 4).

³⁷ *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuer-Handbuch (Stand: April 2009), § 41.

fänger einer umsatzsteuerrechtlichen Leistung aufzutreten. Wie § 10 Abs. 5 Nr. 1 UStG erkennen lässt, können Unternehmer neben natürlichen und juristischen Personen auch nicht rechtsfähige Körperschaften, Personenvereinigungen und Gemeinschaften sein. Doch hilft der Wortlaut der Vorschrift gerade bei der mitgliederlosen unselbständigen Stiftung nicht weiter.

Geklärt ist durch die Rechtsprechung des BFH, dass es für die Steuersubjektivität auf die Rechtsfähigkeit nicht ankommt.³⁸ Unternehmer sei jedes selbständig tätige „Wirtschaftsgebilde“, das nachhaltig Leistungen gegen Entgelt erbringe. Das Wirtschaftsgebilde müsse also zur Verbraucherversorgung in der Lage sein, d.h. die Rechtsordnung müsse ihm die Fähigkeit zusprechen, als solches am Rechtsverkehr (Wirtschaftsleben) teilzunehmen.³⁹ Ob die unselbständige Stiftung ein solches Gebilde darstellt, ist – soweit ersichtlich – höchstrichterlich noch nicht entschieden. Von praktischer Relevanz wird die Frage, wenn der Stiftungsträger die Verwaltungstätigkeit für das Sondervermögen aus dem Sondervermögen selbst finanziert. Dies wäre als steuerbarer entgeltlicher Leistungsaustausch⁴⁰ zwischen dem Stiftungsträger und der unselbständigen Stiftung einzuordnen, wenn letztere Steuersubjektivität besäße.

Soweit sich das Schrifttum zu dieser Frage überhaupt äußert, möchte sie die Steuerbarkeit einschließlich der Steuersubjektivität der unselbständigen Stiftung bejahen.⁴¹ Eine nähere Begründung sucht man regelmäßig vergeblich. Am aufschlussreichsten erweist sich dabei der Vorschlag von *Stadie*, eine gesetzesübergreifende Wertung zu entwickeln, die in den §§ 34 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 3 AO, 267 Satz 2 AO i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG zum Ausdruck komme.⁴² Überzeugend erscheint dies nicht. Nach dem gegenwärtigen Stand der zivilrechtlichen Diskussion (vgl. oben I.) gründet sich die unselbständige Stiftung auf dem Rechtsverhältnis zwischen dem Stifter und dem Stiftungsträger, ohne zum Rechtssubjekt zu werden. Der Stiftungsträger handelt im Außenverhältnis gegenüber Dritten folglich nicht als Organ der unselbständigen Stiftung, sondern im eigenen Namen in Erfüllung seiner im Innenverhältnis gegenüber dem Stifter bestehenden Verpflichtungen aus dem Stiftungsgeschäft.⁴³ Für die Unternehmerfähigkeit ist es allerdings entscheidend,

³⁸ BFH v. 9.12.1993, V R 108/93, BStBl. II 1994, 483; BFH v. 30.5.2000, V B 31/00, BFH/NV 2000, 1505.

³⁹ *Stadie*, Umsatzsteuerrecht, 2005, Rz. 5.9.

⁴⁰ Nach BFH v. 5.12.2007, V R 60/05, BFH/NV 2008, 643 liegt ein entgeltlicher Leistungsaustausch bereits dann vor, wenn Aufwendungsersatz gezahlt wird.

⁴¹ *Augsten/Wolf*, ZErB 2006, 155; *Hüttemann/Herzog*, DB 2004, 1001, 1009; *Radeisen*, in: Vogel/Schwarz, UStG (Stand: 11/2007), § 2 Rz. 37; unklar *Klenk*, in: Sölch/Ringleb, UStG (Stand: Sept. 2005), § 2 Rz. 10; umfassend hierzu *Tyarks*, Körperschaft – steuerrechtliche Zweckvermögen des privaten Rechts und ihre Behandlung im Umsatzsteuerrecht, 2010, S. 200 ff.

⁴² *Stadie* (Fn. 39), Rz. 5.9; 5.18.

⁴³ *Hüttemann/Herzog*, DB 2004, 1001, 1002 m.w.N.

dass die unselbständige Stiftung nach der Rechtsordnung die Fähigkeit besitzt, als solche am Rechtsverkehr (im Wirtschaftsleben) teilzunehmen. Das ist bei sog. Innenpersonengesellschaften, namentlich der Stillen Gesellschaft, nach h.M. nicht der Fall.⁴⁴ Letztere könne per definitionem nicht Unternehmer sein, da kein gemeinsames Vermögen besteht und nur der Inhaber des Handelsbetriebes nach außen auftritt (vgl. § 230 HGB).

Da allein der Stiftungsträger im Außenverhältnis auftritt, könnte man noch diskutieren, ob es umsatzsteuerrechtlich teleologisch geboten ist, das treuhänderische Handeln des Stiftungsträgers im Außenverhältnis (z.B. bei der Vermögensverwaltung des Sondervermögens) der unselbständigen Stiftung selbst als Subjekt des UStG zuzurechnen. Ein „klassischer“ Treugeber ist aber abweichend vom Einkommensteuerrecht nicht als Unternehmer i.S.d. § 2 Abs. 1 UStG anzusehen.⁴⁵ Das ist dogmatisch durchaus schlüssig. Während das Einkommensteuerrecht die Leistungsfähigkeit in Gestalt der Vermögensmehrung auf Grund wirtschaftlicher Betätigung besteuern will, also dort das Ergebnis der Unternehmertätigkeit dem Treugeber zuzurechnen ist, hat das Umsatzsteuerrecht nicht den Unternehmer im Auge, sondern den Verbraucher. Der Unternehmer fungiert lediglich als Gehilfe (Steuereinsammler) des Staates. Mithin ist es für Zwecke des Umsatzsteuerrechts ausreichend, als Unternehmer denjenigen anzusehen, der die Umsatzsteuer als Teil der Gegenleistungen für die erbrachten Leistungen vereinnahmt. Das ist in einem normalen Treuhandverhältnis der Treuhänder. Für eine abweichende Zurechnung der Tätigkeit besteht aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht kein Anlass.

Jene Begründung kann ohne Weiteres auf die unselbständige Stiftung übertragen werden. Im Außenverhältnis handelt allein der Stiftungsträger als Treuhänder für das Sondervermögen. Auch wenn sich das Rechtsverhältnis zwischen Stiftungsträger und Stifter nicht ausschließlich vertraglich erklären lässt, ändert dies für umsatzsteuerrechtliche Zwecke nichts. Damit entfällt letztlich auch die Grundlage für einen (fiktiven) Leistungsaustausch zwischen der unselbständigen Stiftung und dem Stiftungsträger im Hinblick auf eine aus dem Sondervermögen finanzierte Verwaltungstätigkeit. Die Bezugnahme auf das Körperschaftsteuerrecht und die dort vertretene Fiktion eines entgeltlichen Leistungsaustausches (oben II. 2.) lassen sich aus dem körperschaftsteuerrechtlichen Trennungsprinzip rechtfertigen, das eine eigenständige Gewinnermittlung jedes Körperschaftsteuersubjekts nach Fremdvergleichsgrundsätzen verlangt. Dass der Stiftungsträger den Wert seiner Verwaltungsleistungen durch Entnahmen aus dem Sondervermögen vornehmen darf, ist zivilrechtlich mangels Rechtsfähigkeit des Zweckvermögens keine

⁴⁴ BFH v. 27.5.1982, V R 110, 111/81, BStBl. II 1982, 678; *Birkenfeld* (Fn. 37), § 41 Rz. 321 ff.

⁴⁵ *Stadie* (Fn. 39), Rz. 5.126 f.

gesonderte vertragliche Geschäftsbesorgung gegen Entgelt. Allenfalls könnte man an einen Leistungsaustausch zwischen dem Stiftungsträger und dem ursprünglichen Stifter denken, doch bestehen daran Zweifel, wenn das Entnahmerecht aus dem Sondervermögen nicht als Entgelt seitens des Stifters qualifiziert wird (dazu unten V. 4.).

III. Entreichung und Steuerrecht

Nach Auffassung von *Dieter Reuter* begegnet die Konstruktion der unselbständigen Stiftung als Treuhandstiftung im Ansatz dem Einwand, dass diese Qualifikation wegen der Abhängigkeit vom Stifter und seinen Erben der Stiftungsidee nicht gerecht wird.⁴⁶ Sie bedeute, dass das Vermögen gerade nicht endgültig, sondern nur für die Dauer des Treuhandauftrages übergehe. Der Vermögensübergang auf den Stiftungsträger sei nicht endgültig, weil der Treuhandvertrag dazu keine geeignete causa im Sinne eines endgültigen Behaltensgrundes bilde.⁴⁷ Die dogmatische Einordnung als Treuhandverhältnis habe zwingend zur Folge, dass im Falle der Insolvenz des Erben bzw. des Stifters selbst das Rechtsverhältnis nach § 115 InsO erlösche⁴⁸ und der Insolvenzverwalter das Sondervermögen vom Stiftungsträger herausverlangen könne.

Die von *Dieter Reuter* angestellten zivilrechtlichen Überlegungen werden durch das Körperschaftsteuerrecht bestätigt. Die unselbständige Stiftung des privaten Rechts ist, wie sich aus der Formulierung des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG ergibt, eine Unterform des Zweckvermögens.⁴⁹ Wie bereits der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG (1920) klar hervor hob, wird die unselbständige Stiftung nur deshalb als eigenständiges Körperschaftsteuersubjekt behandelt, weil ihr Einkommen nicht unmittelbar nach dem KStG oder nach dem EStG bei einem anderen Steuerpflichtigen steuerbar ist. Für die persönliche Zurechnung von Wirtschaftsgütern kommt es im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht auf das wirtschaftliche Eigentum i.S.d. § 39 AO an. Die Vorschrift ist dem § 11 StAnpG (1934)⁵⁰ nachgebildet. Treuhandverhältnisse werden in Satz 2 des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO beispielhaft für das in Satz 1 dieser Vorschrift umschriebene wirtschaftliche Eigentum genannt.⁵¹ Was die beispielhafte Aufstellung anbelangt, stimmt Satz 2 mit der Vorläufervorschrift des § 11 Nr. 3 StAnpG überein. Im Falle einer „klassischen“ Treuhand wer-

⁴⁶ *Reuter*, AcP 207 (2007), 1, 10; MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 88.

⁴⁷ MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 89.

⁴⁸ Zum Meinungsstand *A. Werner* (Fn. 28), Rz. 959 m.w.N.

⁴⁹ RFH v. 16.4.1943, III 84/42, RStBl. 1943, 658, 659.

⁵⁰ RGBL 1934, 925.

⁵¹ *Brockmeyer*, in: Klein, AO, 9. Aufl., 2006, § 39 Rz. 32 ff.

den sowohl das Treugut als auch die entsprechenden Erträge nicht dem juristischen Eigentümer, sondern dem wirtschaftlichen Eigentümer zugerechnet. Zwar hat sich im Hinblick auf die Zurechnung von Einkünften, die nicht unmittelbar in § 39 AO geregelt werden, die Zurechnungsfrage möglicherweise in Richtung Treuhänder verschoben.⁵² Doch kommt dieser neueren Entwicklung im vorliegenden Zusammenhang keine entscheidende Bedeutung zu. Maßgeblich ist die Regelungsidee des Steuergesetzgebers. Dieser hielt die Begründung der Steuersubjektivität der unselbständigen Stiftung ganz offensichtlich für notwendig, um eine Besteuerungslücke (sog. weiße Einkünfte) zu verhindern. Eine persönliche Zurechnung bei dem Stifter bzw. bei seinen Erben würde daran scheitern, dass die Voraussetzungen des wirtschaftlichen Eigentums mit einer entsprechenden Zurechnung des auf den Stiftungsträger übereigneten Vermögens einschließlich des durch die Verwaltung erzielten Einkommens nicht gegeben wären. Beim Stiftungsträger darf das Einkommen deshalb nicht erfasst werden, weil es ihm wirtschaftlich nicht gehört. Schließlich muss der begünstigte Personenkreis Einkommen erst dann versteuern, wenn ihm Zuwendungen in Geld bzw. geldwerte Vorteile zufließen.

Diese Sichtweise bestätigt auch ein Blick in die Rspr. des Reichsfinanzhofes. Bereits im Urteil vom 1.4.1925⁵³ führte der RFH aus, dass das Steuerrecht als Steuersubjekte außer natürlichen Personen nicht nur juristische Personen, sondern auch andere gegenüber dem formalen Inhaber mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattete Vermögensmassen kenne. Man spreche in einem solchen Falle von unselbständigen Stiftungen oder Zweckvermögen. Noch klarer sind die Ausführungen des RFH im Urteil vom 7.4.1936⁵⁴. Dort heißt es: „Unter ‚Zweckvermögen‘ ist eine selbständige, einem bestimmten Zweck dienende **Vermögensmasse** zu verstehen, die aus dem Vermögen des Widmenden **ausgeschieden** ist und **eigene Einkünfte** besitzt.“⁵⁵ Voraussetzung für seine persönliche Steuerpflicht sei eine wenigstens wirtschaftliche Selbständigkeit. Diese sei stets anzunehmen, wenn einer natürlichen oder juristischen Person Vermögensteile von dritter Seite zugewendet werden, mit der Auflage, die Erträge für einen bestimmten Zweck zu verwenden. Man spreche in solchen Fällen, in denen die empfangende Person durch die Annahme zugewendeter Vermögensteile die Verpflichtung übernommen habe, mit diesen Vermögensteilen nach dem sie bindenden Willen des Zuwendenden zu verfahren, von nichtrechtsfähigen Stiftungen. Um ein mit steuerrechtlicher Selbständigkeit ausgestattetes Zweckvermögen zu schaffen, sei es

⁵² Vgl. BFH v. 15.1.1998, IX B 25/97, BFH/NV 1998, 994; *Schmieszek*, in: Beermann/Gosch, AO/FGO (Stand: Mai 2002), § 39 AO Rz. 40.

⁵³ VI A 119/25, RFHE 16, 67, 68.

⁵⁴ I A 227/35, RFHE 39, 202, 206 f.

⁵⁵ Hervorhebungen durch Verf.

erforderlich, dass „der einem bestimmten Zweck gewidmete Vermögensbestandteil aus dem Vermögen des bisherigen Inhabers **ausscheidet**⁵⁶, wobei es dahingestellt bleiben kann, wem alsdann das zivilrechtliche Eigentum an diesem Sondervermögen zusteht (...). Dieses ‚Ausscheiden‘ muss derart sein, dass es eine **gewisse Sicherheit**⁵⁷ der Erfüllung des Verwendungszweckes verbürgt.“

Mit der körperschaftsteuerrechtlichen Sichtweise stimmt im Übrigen auch die erbschaftsteuerrechtliche überein. Für eine Zweckzuwendung i.S.d. § 8 ErbStG wird verlangt, dass sich der Stifter seiner Verfügungsgewalt über das Vermögen entledigen muss.⁵⁸

Auf der von *Dieter Reuter* vertretenen Linie⁵⁹ liegt schließlich auch das Urteil des Reichsfinanzhofes vom 21.6.1933⁶⁰. Dort weist der RFH darauf hin, dass ein Zweckvermögen nicht vorliege, wenn sich der Zuwendende das Recht vorbehalte, die Übertragung des Vermögens jederzeit wieder rückgängig zu machen und das bisher gesondert verwaltete Vermögen wieder mit seinem übrigen Vermögen zu vereinigen. Dann „verliert der bisherige Eigentümer nicht das **wirtschaftliche Eigentum**⁶¹ an diesem Teil seines Vermögens, und von einer Selbständigkeit des besonders verwalteten Vermögens kann nicht die Rede sein“.

Eine unselbständige Stiftung liegt also nur dann vor, wenn die zugewendeten Vermögensgegenstände endgültig das Vermögen des Stifters entreichern. Mangels wirtschaftlichen Eigentums kann der Stifter bzw. sein Rechtsnachfolger im Falle eines Gläubigerzugriffs auf das Sondervermögen nicht nach §§ 47 InsO, 771 ZPO vorgehen (dazu unten V. 6.). Die Befürworter des Treuhandmodells unterscheiden davon abweichend zwischen wirtschaftlicher Eigentümerstellung einerseits und Dauerhaftigkeit der Zweckverfolgung. Das wirtschaftliche Eigentum solle beim Stifter als Treugeber verbleiben⁶², was aber die Dauerhaftigkeit der Zweckverfolgung nicht gefährde⁶³.

⁵⁶ Hervorhebung durch Verf.

⁵⁷ Hervorhebung durch Verf.

⁵⁸ *Gebel*, in: Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG (Stand: Oktober 2003), § 8 Rz. 23; *Weinmann*, in: Moench, ErbStG (Stand: Dezember 2003), § 8 Rz. 4.

⁵⁹ MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 88.

⁶⁰ III A 253/32, RStBl. 1933, 872.

⁶¹ Hervorhebung durch Verf.

⁶² *A. Werner* (Fn. 28), Rz. 958.

⁶³ *A. Werner* (Fn. 28), Rz. 955 m.w.N.

IV. Bereicherung und Steuerrecht

Die Vorbehalte gegen die Treuhandstiftung legen es nach Ansicht *Dieter Reuters* für den Regelfall nahe, die Stiftungserrichtung unter Lebenden entsprechend als Schenkung unter Auflage zu qualifizieren.⁶⁴ Zwar könne schenkungsrechtlich auf eine materielle Bereicherung des Stiftungsträgers nicht verzichtet werden, doch sei diese schon darin zu sehen, dass die Vermögensübertragung eine endgültige sei, d.h. auch dann Bestand haben solle, wenn die Erfüllung des Stiftungsauftrags (ohne Verschulden des Stiftungsträgers) unmöglich werde.⁶⁵ In diesem Punkt scheint aber auch *Dieter Reuter* einer *petitio principii* zu unterliegen⁶⁶, wenn er behauptet, bei Unmöglichwerden des Stiftungszwecks dürfe der Stiftungsträger das Sondervermögen behalten und deshalb liege eine Bereicherung, mithin auch eine Schenkung vor. Ein dahingehender (subsidiärer) Bereicherungswille des Stifters kann nicht ohne Anhaltspunkte unterstellt werden.⁶⁷ Ein Vergleich mit der rechtsfähigen Stiftung zeigt, dass die Organe sich nicht einen neuen möglichen Zweck suchen dürfen, sondern die Stiftung aufzuheben ist.⁶⁸ Die Auswahl des Anfallsberechtigten obliegt nicht der Stiftung, sondern ist dem Stifter freigestellt.^{69,70} Ansonsten ist das Stiftungsvermögen dem Stifter bzw. seinen Erben zurückzugewähren. *Karsten Schmidt*, der die These der unselbständigen Stiftung als virtuelle juristische Person entwickelt hat⁷¹, begründet die schenkungsrechtliche Bereicherung damit, dass man sich die unselbständige Stiftung als bereicherte virtuelle juristische Person vorstellen müsse. Damit gesteht er aber umgekehrt ein, dass der Stiftungsträger selbst gerade nicht bereichert sein kann. Vertragspartner des Stifters ist aber der Stiftungsträger, die unselbständige Stiftung kann es mangels Rechtsfähigkeit nicht sein.

Die erbschaftsteuerrechtliche Zweckzuwendung bestätigt gleichermaßen, dass es an einer Bereicherung fehlt. Nimmt man die Entscheidung des Reichsgerichts vom 17.2.1911⁷² zum ErbStG 1906 als Ausgangspunkt der Entwicklung nach Inkrafttreten des BGB, dann geht die Rechtsprechung seit

⁶⁴ MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 93 ff.

⁶⁵ Vgl. BGH v. 10.2.2003, IV ZR 249/02, BGHZ 157, 178.

⁶⁶ Vgl. *Dieter Reuters* Einwand gegen die Treuhandlösung in MünchKomm-BGB (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 88.

⁶⁷ Überzeugend *A. Werner* (Fn. 28), Rz. 952: Aus dem Stiftungsvertrag müsse deutlich der Wille hervorgehen, den Träger nicht persönlich beschenken zu wollen.

⁶⁸ *Hof* (Fn. 1), § 11 Rz. 59

⁶⁹ *Hof* (Fn. 1), § 11 Rz. 21.

⁷⁰ *A. Werner* (Fn. 28), Rz. 958. Soweit die gemeinnützigkeitsrechtliche Vermögensbindung zu beachten ist (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 4, 61 AO), muss das Stiftungsvermögen für ähnliche gemeinnützige Zwecke verwendet werden.

⁷¹ *K. Schmidt*, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 175 ff., 182.

⁷² VII 239/10, RGZ 75, 378, 379 ff.

knapp 100 Jahren – seit 1922 auch der Gesetzgeber – davon aus, dass der Stiftungsträger nur sog. Mittelsperson sei, der durch die Zuwendung nicht bereichert werde. Allein vor diesem Hintergrund macht es Sinn, dass das ErbStG bis heute in § 1 Abs. 1 ErbStG die Zweckzuwendungen als eigenständigen Tatbestand neben den Erwerb von Todes wegen und die Schenkungen unter Lebenden stellt. Der Gesetzgeber befürchtete seinerzeit gerade wegen der fehlenden materiellen Bereicherung der Mittelsperson eine Besteuerungslücke, die verhindert werden sollte. Auch außerhalb des Erbschaftsteuerrechts hat der Reichsfinanzhof entscheidend darauf abgestellt, dass der Stiftungsträger „wegen seiner Verpflichtung zur bestimmungsmäßigen Verwendung davon keinen Vorteil hat“⁷³, d.h., seine Bindung an einen für ihn „fremden Zweck“⁷⁴.

Ebenso wenig wird das von *Dieter Reuter* behauptete Gebot der Gleichbehandlung des Gleichartigen⁷⁵ zivilrechtlich vorgegeben und vom ErbStG nachvollzogen. Nach § 1922 BGB i.V.m. § 1942 BGB geht das vererbte Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge als Ganzes auf den oder die Erben über. Dabei kommt es allein auf das zivilrechtliche Eigentum an. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG knüpft an die zivilrechtliche Lage an.⁷⁶ Deshalb hat der BFH⁷⁷ ein vom Erblasser bereits an einen Dritten (oder Miterben) verkauftes, aber im Grundbuch noch nicht auf den Käufer umgeschriebenes Grundstück noch als Nachlassbestandteil in die erbschaftsteuerrechtliche Wertermittlung einbezogen und es für unerheblich erachtet, dass das sog. wirtschaftliche Eigentum (Besitz und Gefahr sowie Nutzen und Lasten) bereits auf den Käufer übergegangen waren. Gleiches gilt, wenn der Erblasser eine Treuhänderstellung innehatte.⁷⁸ Anders gewendet: Auf eine Bereicherung kommt es beim Erwerb durch Erbanfall nicht an. Abweichend von freiwilligen Zuwendungen unter Lebenden (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) ist bei letztwilligen Zuwendungen von Todes wegen i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG die Unentgeltlichkeit kein Merkmal des objektiven Tatbestandes. Da deshalb der Begriff der Bereicherung nicht bereits zu den Voraussetzungen des Erwerbs gehört, kommt das Bereicherungsprinzip nur mittelbar über § 10 ErbStG zur Geltung. Nach § 10 Abs. 1 S. 1 ErbStG gilt als steuerpflichtiger Erwerb die Bereicherung des Erwerbers.

Erfolgt die Zuwendung im Vermächtniswege, dann fordert zwar § 1939 BGB die Zuwendung eines Vermögensvorteils, doch wird der Begriff in der

⁷³ RFH v. 1.4.1925, VI A 119/25, RFHE 16, 67, 68 (zur Körperschaftsteuer).

⁷⁴ RFH v. 16.4.1943, III 84/42, RStBl. 1943, 658, 659 (zur Vermögensteuer).

⁷⁵ MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 93, 95.

⁷⁶ *Fischer*, in: *Fischer/Jüptner/Pahlke*, ErbStG, 2009, § 3 Rz. 100; *Meincke*, ErbStG, 15. Aufl., 2010, § 3 Rz. 12.

⁷⁷ BFH v. 15.10.1997, II R 68/95, BStBl. II 1997, 820.

⁷⁸ *Fischer* (Fn. 76), § 3 Rz. 100; *Gebel*, BB 2000, 537.

Praxis in einem sehr weiten Sinne aufgefasst.⁷⁹ Ausreichend ist die Zuweisung eines Anspruchs. Ein Bereicherungswille ist nicht erforderlich. Beim Kaufrechtsvermächtnis kann den Berechtigten eine synallagmatische Gegenleistungspflicht treffen, so dass es letztlich an einer Bereicherung des Vermächtnisnehmers bzw. an einem Bereicherungswillen des Erblassers fehlt⁸⁰.

Dem gegenüber setzt die Schenkung zivilrechtlich und auch für Zwecke des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG eine materielle Bereicherung voraus, die nicht mit dem bereicherungsrechtlichen Begriff der Bereicherung gleichzusetzen ist. Der Begriff der Bereicherung ist schenkungsrechtlich enger zu fassen als derjenige des erlangten „Etwas“ in § 812 Abs. 1 S. 1 BGB. Die schenkungsrechtliche Bereicherung verlangt nicht nur eine Vermögensmehrung oder Minderung der Passiva, sondern die Verschaffung eines Vermögensvorteils. Deshalb kommt es für die schenkungsrechtliche Bereicherung nicht allein auf die dingliche Rechtslage, sondern auch auf die schuldrechtlichen Vereinbarungen mit dem Leistenden an. Ergibt die Auslegung der konkreten Parteiabrede, dass dem Empfänger rechtsgeschäftlich kein eigener Vorteil eingeräumt werden sollte, liegt weder eine Schenkung noch eine freigebige Zuwendung i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vor. Dagegen wird im Bereicherungsrecht die konkrete Parteiabrede bzw. deren Wirksamkeit erst relevant, wenn es darum geht, festzustellen, ob der Bereicherungsschuldner den Bereicherungsgegenstand „ohne rechtlichen Grund“ erlangt hat.

V. Konsequenzen

1. Körperschaftsteuerrechtlich setzt die Entstehung eines eigenständigen Steuersubjekts den Verlust des rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentums seitens des zuwendenden Stifters voraus. Ohne Entreichung des Stifters kommt es zu keiner Zweckzuwendung i.S.d. ErbStG. Von einer unselbständigen Stiftung sollte man deshalb auch im Zivilrecht nicht sprechen, wenn es nach dem Inhalt des Rechtsverhältnisses an einer Entreichung des Zuwendenden fehlt.

2. Die unselbständige Stiftung zeichnet sich körper- und erbschaftsteuerrechtlich durch das Fehlen einer Bereicherung des Stiftungsträgers aus. Dieser hat die Funktion einer Mittelsperson, die fremde Vermögensinteressen wahrnimmt. Deshalb sollte man auch in der Zivilrechtsdogmatik den Typus einer unselbständigen Stiftung verneinen, wenn der Empfänger über den Zuwendungsgegenstand tatsächlich und rechtlich frei verfügen darf.

⁷⁹ RG v. 4.11.1909, IV 1/09, JW 1910, 6; *Edenhofer*, in: Palandt, BGB, 69. Aufl., 2010, § 1939 Rz. 4.

⁸⁰ Vgl. auch BGH v. 27.6.2001, IV ZR 120/00, BGHZ 148, 187.

3. Eine Bereicherung ist im Grundsatz zu bejahen, wenn der Empfänger eine juristische Person ist, deren satzungsmäßige Aufgabe den mit der Zuwendung verbundenen Zweck umfasst⁸¹, und der Stiftungsträger zugleich durch seine eigenen Organe über die Verwendung der Stiftungserträge entscheidet.⁸² Die Zweckidentität widerspricht der steuer- und zivilrechtlichen Selbständigkeit der Stiftung. Sie lässt sich aber dadurch vermeiden, dass organisationsrechtlich ein eigenständiges Stiftungsgremium als Entscheidungsträger gebildet wird, das mehrheitlich nicht mit den Organmitgliedern des Stiftungsträgers besetzt ist.⁸³

4. Die vom Stifter dem Stiftungsträger eingeräumte Erlaubnis, für den Wert seiner Verwaltungsleistungen künftig Entnahmen aus dem Sondervermögen vornehmen zu dürfen, führt im Regelfall der sog. Kapitalstiftung⁸⁴ zu keiner substanziellen (schenkungsrechtlichen) Bereicherung des Stiftungsträgers am zugewendeten Grundstock⁸⁵. Die h.M.⁸⁶ möchte dieses Entnahmerecht als Entgelt qualifizieren. Dagegen sind dogmatische Zweifel anzumelden, weil dem Stifter keine Leistungspflicht (Schuld) obliegt, die der Stiftungsträger ihm gegenüber durch Klage und Zwangsvollstreckung erzwingen könnte. Eine positive Leistung scheidet aus. Allerdings kann die Leistung auch in einem Unterlassen liegen, wobei die Pflicht zur Duldung eine Unterart der Unterlassungspflicht ist.⁸⁷ Sie verpflichtet den Gläubiger zum Unterlassen der ihm an sich zustehenden Abwehr- und Gegenrechte. Wenn aber das Eigentum an dem Sondervermögen weder rechtlich noch – nach hier vertretener Meinung⁸⁸ – wirtschaftlich dem Stifter zuzurechnen ist und der Stifter dem Stiftungsträger bereits im Stiftungsvertrag ein Entnahmerecht eingeräumt hat, dann stehen dem Stifter entsprechende Abwehr- und Gegen-

⁸¹ MünchKomm-BGB/*Reuter* (Fn. 1), Vor § 80 Rz. 94 m.w.N. Hintergrund ist die vom Reichsgericht (RG v. 7.5.1909, VII 365/08, RGZ 71, 140, 143 f.; v. 8.11.1922, IV 74/22, RGZ 105, 305, 308 f.) begründete Sichtweise, eine juristische Person sei nicht von ihrem Zweck zu trennen, daher verwende sie alles, was diesem Zweck gewidmet sei, letztlich für sich. Vgl. auch BGH v. 5.11.2002, X ZR 140/01, NJW 2003, 1384, 1385.

⁸² Dazu näher *Hüttemann/Herzog*, DB 2004, 1001, 1004 f.

⁸³ *Hüttemann/Herzog*, DB 2004, 1001, 1005. Dazu bedarf es keines eigenen Vorstands. Ausreichend erscheint ein Kuratorium, das an erster Stelle über die Vergabe der Stiftungsmittel entscheidet; vgl. *A. Werner* (Fn. 28), Rz. 981.

⁸⁴ Näher *A. Werner* (Fn. 28), Rz. 945. Die sog. Verbrauchsstiftung (vgl. *A. Werner* [Fn. 28], Rz. 945, 947) führt demgegenüber zum Verzehr des Stiftungsvermögens, so dass man eine Bereicherung des Stiftungsträgers in Höhe der Aufwandsentschädigung diskutieren kann.

⁸⁵ Ein Zugriff auf den Grundstock ist ausgeschlossen, wenn sich die Aufwandsentschädigung prozentual am Jahresertrag orientiert; vgl. *A. Werner* (Fn. 28), Rz. 982.

⁸⁶ *Hof* (Fn. 1), § 36 Rz. 45; *A. Werner* (Fn. 28), Rz. 957.

⁸⁷ *Grüneberg*, in: *Palandt* (Fn. 79), § 241 Rz. 4.

⁸⁸ Folgte man dem von der h. M. für zulässig gehaltenen Treuhandmodell, wäre die Entgeltlichkeit zu bejahen, weil der Treugeber die Entnahme aus „seinem“ Vermögen duldet.

rechte überhaupt nicht mehr zu. Deswegen liegt auch keine Leistungspflicht durch Dulden eines sich wiederholenden Rechtseingriffs vor.

5. Es erscheint geboten, dass sich die Zivilrechtsdogmatik von der These löst, das Rechtsverhältnis müsse zwingend korrespondierend entweder zur Entreicherung des Zuwendenden mit Bereicherung des Empfängers (Schenkung) oder zur fehlenden Entreicherung auf Seiten des Zuwendenden mit fehlender Bereicherung auf Seiten des Empfängers (Treuhand) führen. Das Rechtsverhältnis der unselbständigen Stiftung ist ein eigenständiger Vertragstyp *sui generis*, der dogmatisch durch die Entreicherung des Stifters und die fehlende Bereicherung des Stiftungsträgers geprägt wird. Dass es eine entsprechende *causa sui generis* dogmatisch geben muss, wird durch die Vorgaben des Steuerrechts bestätigt.

6. Soweit es um das Element der Entreicherung geht, hat sich die Dogmatik an den Wertungen des Schenkungsrechts zu orientieren. Z.B. ist § 671 BGB deshalb nicht anwendbar, weil die Vorschrift dem Entreicheringsgedanken widerspricht. Gleiches gilt für das Weisungsrecht (vgl. § 665 BGB). Die entsprechende Anwendung des Rückforderungsrechts nach § 528 f. BGB erscheint ebenso diskussionswürdig wie die Formvorschrift des § 518 BGB. Demgegenüber passt das Widerrufsrecht wegen groben Undanks (vgl. § 530 BGB) nicht, weil ohne Bereicherung des Stiftungsträgers die Grundlage für dessen Dankbarkeit fehlt.⁸⁹ Im Falle der Insolvenz des Stifters oder seines Erben kommt § 115 InsO (Erlöschen von Aufträgen) nicht zur Anwendung. Mangels wirtschaftlichen Eigentums kann der Stifter bzw. sein Rechtsnachfolger im Falle eines Gläubigerzugriffs auf das Sondervermögen nicht nach §§ 47 InsO, 771 ZPO vorgehen. Dies schließt aber nicht zwingend aus, im Wege der Rechtsfortbildung dem Stifter bzw. seinen Rechtsnachfolgern ein modifiziertes Aussonderungs- bzw. Widerspruchsrecht einzuräumen (dazu sogleich).

7. Aus der fehlenden Bereicherung des Stiftungsträgers folgt, dass diesen für die Verwaltung des fremden Vermögens eine Vermögensfürsorgepflicht gegenüber dem Stifter bzw. dessen Erben trifft. Der Stiftungsträger ist zum Erhalt des Stiftungsvermögens und zu einer sparsamen Bewirtschaftung nach den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung verpflichtet.⁹⁰ Es besteht eine Auskunft- und Rechenschaftspflicht analog § 666 BGB und ein Entnahmerecht aus dem Sondervermögen für erforderliche Aufwendungen nach dem Rechtsgedanken des § 670 BGB. Im Falle schwerwiegender Pflichtverletzungen seitens des Stiftungsträgers oder dem Unmöglichwerden des Stiftungszwecks kann der Stifter Herausgabe des Sondervermögens an

⁸⁹ Ohnehin soll das Widerrufsrecht des § 530 BGB gegenüber juristischen Personen nach h.M. ausgeschlossen sein; vgl. A. Werner (Fn. 28), Rz. 953 m.w.N.

⁹⁰ A. Werner (Fn. 28), Rz. 986 m.w.N.

sich oder – um die Gemeinnützigkeit nicht zu gefährden – an einen Dritten verlangen. Mangels wirtschaftlichen Eigentums darf der Stifter bzw. sein Rechtsnachfolger im Falle eines Gläubigerzugriffs auf das Sondervermögen zwar nicht nach §§ 47 InsO, 771 ZPO vorgehen. Dies schließt aber wegen des gleichermaßen fehlenden wirtschaftlichen Eigentums des Stiftungsträgers nicht zwingend aus, im Wege der Rechtsfortbildung dem Stifter bzw. seinen Rechtsnachfolgern ein Aussonderungs- bzw. Widerspruchsrecht einzuräumen, welches auf die Freigabe durch den Insolvenzverwalter bzw. Vollstreckungsgläubiger zum Zweck der Weiterverwaltung durch den Stiftungsträger gerichtet ist⁹¹. Dieses Recht darf aber nur gegenüber denjenigen Gläubigern des Stiftungsträgers bestehen, die Forderungen innehaben, die nicht für Rechnung des Sondervermögens eingegangen worden sind. Ein weitergehendes Herausgaberecht des Stifters bzw. seines Rechtsnachfolgers ist ausgeschlossen.

VI. Schluss

Die wissenschaftlichen Beiträge des Jubilars zur unselbständigen Stiftung zeigen einmal mehr, dass der Jubilar zu den großen zivilrechtlichen Vor- und Querdenkern der Gegenwart gehört. Der Verf. hofft, dass er aus der Perspektive des Steuerrechts fruchtbare Anregungen geben konnte, die zu einer für das Zivil- und Steuerrecht stimmigen Dogmatik führen.

⁹¹ Vgl. auch *Westebbe*, Die Stiftungstreuhand, 1993, S. 147 ff.

„Modernisierung des Vereinsrechts“

Zum Gesetzesentwurf des Landes Baden-Württemberg
vom 3.2.2006

WALTHER HADDING

Unter den Rechtsgebieten, denen *Dieter Reuter* sich mit prägenden wissenschaftlichen Beiträgen gewidmet hat, bildet das Vereinsrecht unverkennbar einen Schwerpunkt. Von Beginn an hat er im Münchener Kommentar zum BGB neben allgemeinen Ausführungen zur juristischen Person und zu Verbänden die einschlägigen §§ 21–79 BGB mit umfangreichen Erläuterungen versehen¹. Hinzu treten zahlreiche vertiefende Aufsätze zum Recht der Vereine, die im Schriftenverzeichnis des Jubilars schon in „Formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik“² und nun aktuell in der vorliegenden Festschrift dokumentiert sind. Gerade auch an der Diskussion über eine „Reform des Vereinsrechts“ nimmt *Dieter Reuter* fortlaufend mit weiterführenden und kritischen Stellungnahmen teil³.

In einer Auflistung der einzelnen Gesetzgebungsschritte, die zu den jüngsten vereinsrechtlichen Gesetzen vom 24.9.2009 (BGBI. I, S. 3145) und vom 28.9.2009 (BGBI. I, S. 3161) geführt haben⁴, wird am Ende unter „Ruhende und ältere Reformvorschläge zur Modernisierung des Vereinsrechts“ neben dem erwähnten Gesetzesentwurf des BMJ Referat I B1 zuletzt vom 25.8.2005⁵ noch der „Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg vom 3.2.2006 für einen Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vereinsrechts (BR-Drucks. 99/06)“ aufgeführt. Angesichts der „rechtspolitischen Kritik“, die *Dieter Reuter* – vollauf zutreffend – sowohl an dem seinerzeitigen Referen-

¹ 1. Aufl., Bd. 1, 1978 bis derzeit 5. Aufl., Bd. 1, 2006.

² Kessal-Wulf/Martinek/Rawert (Hrsg.), Bericht über das wissenschaftliche Kolloquium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dieter Reuter am 15. und 16. Oktober 2005 in Kiel, 2006, S. 147 ff.

³ Vgl. zum Referentenentwurf des BMJ vom August 2004 zur Änderung des Vereinsrechts: *Reuter NZG* 2005, 738 ff.; *ders.* MünchKomm BGB, 5. Aufl., Bd. 1, 2006, Vor § 21 Rn. 172; zur Vereinsrechtsreform 2009: *Reuter NZG* 2009, 1368 ff.

⁴ Bucerius Law School, Institut für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen, http://www.law-school.de/stiftungsrecht_zivilrecht.html (21.12.2009). *Dieter Reuter* war nach dem Tod von *W. Rainer Walz* im Sommer 2006 bis 1.4.2007 in der kommissarischen Leitung des Instituts tätig.

⁵ Vgl. schon Fn. 3.

tenentwurf des BMJ vom August 2004⁶, als auch an der Vereinsrechtsreform 2009⁷ geübt hat, findet eine Skizze zu dem „ruhenden“ und in der Diskussion bisher nur begrenzt angesprochenen Gesetzesentwurf des Landes Baden-Württemberg vom 3.2.2006⁸ hoffentlich sein Interesse, wenngleich auch dort Vieles offen geblieben ist.

I. Zielsetzung des Gesetzesentwurfs des Landes Baden-Württemberg vom 3.2.2006⁹

Als „Zielsetzung“ des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vereinsrechts wird allgemein bezeichnet, daß das in weiten Teilen schon über hundert Jahre alte Vereinsrecht „an die Bedürfnisse des modernen Rechtsverkehrs angepasst werden“ soll. Der Gesetzesentwurf habe „zum Ziel, überflüssige Hemmnisse abzubauen und das Vereinsrecht auf eine moderne Grundlage zu stellen“. Als „Inhalt“ des Gesetzesentwurfs wird vorweg zusammengefaßt:

Im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) „soll zunächst die Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen nicht wirtschaftlichen Vereinen aufgegeben – anders gewendet: das System der Normativbedingungen für nicht wirtschaftliche Vereine durch das System der freien Körperschaftsbildung ersetzt – werden. Weiter vorgesehen ist eine Konkretisierung der Regelungen zur Vertretung des Vereins durch den Vorstand, eine Regelung zur Haftung der Vereinsmitglieder untereinander, die Eröffnung der Möglichkeit, die mit der Anmeldung zum Vereinsregister verbundenen Förmlichkeiten direkt bei den Amtsgerichten zu erledigen. Entsprechend sieht der Gesetzesentwurf weiter Änderungen namentlich des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, des Beurkundungsgesetzes und der Zivilprozessordnung vor.“

Als „Folge“ dieser Gesetzesänderungen wird erwartet:

„Für Vereine, insbesondere solche, die eine Eintragung in das Vereinsregister nicht anstreben, und damit für Bürgerinnen und Bürger, die sich in Ver-

⁶ NZG 2005, 738 und 746: Vor allem zur „Stellung der Verbände“ enthalte der Entwurf „nichts zu diesem ‚Großthema‘ des Vereinsrechts. Stattdessen konzentriert er sich auf drei Bereiche, in denen die Rechtsfortbildung schon mehr oder weniger konsolidiert ist“.

⁷ NZG 2009, 1368, 1369: „Die rechtspolitische Weisheit der für § 31a BGB Verantwortlichen läßt sich mit guten Gründen bezweifeln“. Sehr kritisch auch *Burgard* ZIP 2010, 358 ff.: „Das Gesetz schadet erheblich mehr, als es nutzt“.

⁸ BR-Drucks 99/06. Vgl. dazu *Heermann* ZHR 170 (2006), 247, 251 f., 270, 274, 276–279, 282 f.; *Lepsius* JZ 2006, 998, 999 ff. (nur zu § 31a BGB-E); *Segna*, in: *Gedächtnisschrift Walz*, 2008, 705, 720 ff.

⁹ Durch Anführungszeichen gekennzeichnete Zitate entstammen nachfolgend, soweit nicht anders vermerkt, dem Gesetzesentwurf und seiner Begründung.

einen engagieren, werden die Verfahrensabläufe und die Teilnahme am Rechtsverkehr erleichtert.“

Nachstehend sollen die Schwerpunkte der vorgesehenen „Neuregelungen“ näher betrachtet werden.

II. Rechtsfähigkeit auch des nicht eingetragenen Idealvereins als juristische Person des Privatrechts

1. Gesetzesvorschlag

Sicherlich die am stärksten die Grundlagen des Vereinsrechts ändernde Regelung besteht darin, daß das „System der Normativbedingungen ... durch das System der freien Körperschaftsbildung ersetzt“ werden soll. Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 21 BGB: Idealverein), soll „ohne Rücksicht auf seine Eintragung mit seiner Entstehung als rechtsfähig und damit als juristische Person des Privatrechts anerkannt“ sein. Er ist „künftig ohne Rücksicht auf die Eintragung im Vereinsregister Träger der in seinem Namen begründeten Rechte und Haftungssubjekt der zu seinen Lasten begründeten Verbindlichkeiten“. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Rechtsfähigkeit der nach außen wirkenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)¹⁰ sei „die Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen nicht wirtschaftlichen Vereinen nicht mehr zeitgemäß“. Demgemäß soll § 21 BGB lauten: „Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, *ist rechtsfähig und kann in das Vereinsregister eingetragen werden*“ (neue Fassung kursiv). Wird die „Möglichkeit“ der Eintragung in das Vereinsregister wahrgenommen, soll sich „an den bisher geltenden Voraussetzungen einer Eintragung“ nichts ändern. Jeder Idealverein sei künftig – unabhängig von § 47 GBO – als allein zuständig auch *grundbuchfähig*. Wenn zu erwarten sei, daß während der Amtszeit des Vorstands Grundbucheintragungen für den nicht eingetragenen Idealverein abzugeben sein werden, könne die Versammlung des Wahlgremiums von einem Notar öffentlich beurkundet werden, um § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO zu genügen¹¹. Wegen der Gleichstellung des nicht eingetragenen Idealvereins mit dem in das Vereinsregister eingetragenen als „juristische Person des Privatrechts“ und der Regelung des nicht konzessionierten Wirtschaftsvereins in § 22 Abs. 3 BGB-E ist es folgerichtig, daß § 54 BGB ersatzlos gestrichen werden soll.

¹⁰ BGHZ 146, 341 ff. Vgl. zur Entwicklung MünchKomm BGB/*Ulmer*, 5. Aufl., Bd. 5, 2009, Vor § 705 Rn. 9–11 m.w.N.

¹¹ BayObLGZ 1991, 24, 34 f.

2. Stellungnahme

Man vergegenwärtige sich, daß zunächst der Bundesgerichtshof¹² und kürzlich auch der Gesetzgeber¹³ dem nicht rechtsfähigen Idealverein im Sinne des § 54 BGB die länger als einhundert Jahre in § 50 Abs. 2 ZPO a.F. versagte *aktive Parteifähigkeit* zuerkannt hat (§ 50 Abs. 2 ZPO n.F.). Doch nach wie vor ist die hierfür systematisch im Grundsatz vorauszusetzende *Rechtsfähigkeit* des nicht eingetragenen Idealvereins in den ausdrücklichen Vorschriftenbestand des BGB *nicht* aufgenommen worden. Vielmehr erschließt sich die Rechtsfähigkeit nur aus der Verweisung in § 54 Satz 1 BGB auf die Vorschriften über die GbR, die ihrerseits vom Bundesgerichtshof¹⁴ als rechtsfähig anerkannt wird, wenn es sich um eine Außengesellschaft handelt. Schon zu dem Referentenentwurf des BMJ 2004 hatte *Beuthien*¹⁵ zutreffend bemerkt, der nicht rechtsfähige Verein könne „kaum weniger rechtsfähig sein als die rechtsfähige Personengesellschaft“ (vgl. § 14 Abs. 2 BGB). Aber dies kann sich bisher allein aus der Verweisung in § 54 Satz 1 BGB ergeben und begründet auch nur die Rechtsfähigkeit als *Gesamthand*. Hinzu kommt: Solange § 54 Satz 1 BGB weiterhin auf das Gesellschaftsrecht verweist, nicht aber auf die §§ 24–53 BGB, ist immer noch – mit den Worten von *Dieter Reuter*¹⁶ – „die überfällige Anpassung des Textes von § 54 S. 1 BGB an die anerkannte Praxis der Beurteilung des nicht eingetragenen nichtwirtschaftlichen Vereins nach Vereinsrecht ... unterblieben“.

Bei dieser gegenwärtigen Gesetzeslage wird jeder, der seit langem für die Rechtssubjektivität des nicht eingetragenen Idealvereins und seine Beurteilung nach den Vorschriften über den eingetragenen Verein eingetreten ist¹⁷, dem Gesetzesentwurf des Landes Baden-Württemberg vom 3.2.2006 (§ 21 BGB-E) vollauf zustimmen. Der nicht eingetragene Idealverein soll hiernach nicht etwa nur einer „rechtsfähigen Personengesellschaft“ (§ 14 Abs. 2 BGB) gleichgestellt sein, sondern wird kraft Gesetzes „als *juristische Person* des Privatrechts“ anerkannt. Die weiterhin mögliche Eintragung in das Vereinsregister wirkt insoweit nicht mehr konstitutiv. Die Fassung von § 21 BGB-E eröffnet zugleich den einfachen Zugang zu den vereinsrechtlichen Vorschriften in den §§ 24–53 BGB, die nunmehr unmittelbar auf den nicht eingetragenen Verein anzuwenden sind. Es bedarf nicht mehr einer unterstellten

¹² Urteil des II. Zivilsenats vom 2.7.2007 – II ZR 111/05 –, WM 2007, 1932 m. Anm. Hadding WuB II N. § 54 BGB 1.08 = NJW 2008, 69 = ZIP 2007, 1942.

¹³ Gesetz vom 24.9.2009 (BGBl. I, S. 3145); in Kraft getreten am 30.9.2009.

¹⁴ Vgl. Fn. 10.

¹⁵ NZG 2005, 493.

¹⁶ NZG 2009, 1368, 1372 (unter III. a.E.).

¹⁷ Vgl. MünchKommBGB/*Reuter* (Fn. 1), zuletzt 5. Aufl., 2006, § 54 Rn. 15; *ders.* NZG 2005, 738, 745; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2004, § 25 II 1a; *Soergel/Hadding*, BGB, 12. Aufl., Bd. 1, 1988; 13. Aufl., Bd. 1, 2000, jeweils § 54 Rn. 16–20.

Abbedingung der nach § 54 Satz 1 BGB anwendbaren Vorschriften über die GbR (§§ 705 ff. BGB) und sodann einer entsprechenden Heranziehung der Vorschriften über den eingetragenen Verein wegen der zumeist parallelen körperschaftlichen Struktur. Auch der noch nicht eingetragene Vorverein ist nach § 21 BGB-E schon rechtsfähig und unterliegt den vereinsrechtlichen Vorschriften der §§ 24–53 BGB. Nicht nur § 54 BGB, sondern auch die spezifischen Vorschriften über die Parteifähigkeit des „nicht rechtsfähigen Vereins“ (§ 50 Abs. 2 ZPO) und die Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines „nicht rechtsfähigen Vereins“ (§ 735 ZPO) können mit der gesetzlichen Anerkennung der Rechtsfähigkeit des nicht eingetragenen Idealvereins entfallen. Insgesamt wäre es also zu begrüßen, wenn der gekennzeichnete Gesetzesvorschlag (§ 21 BGB-E) des Landes Baden-Württemberg weiterverfolgt würde.

Zu beachten ist freilich, daß es dann für die Anwendbarkeit der §§ 24–53 BGB entscheidend darauf ankommt, ob tatsächlich ein „Verein“ gegründet worden ist und nicht etwa eine „Gesellschaft“ im Sinne der §§ 705 ff. BGB. Die begriffliche Abgrenzung gerade des Vereins gewinnt dadurch eine erhöhte Tragweite.

III. Beibehaltung des Wirtschaftsvereins als allgemeine Gesellschaftsform

1. Gesetzesvorschlag

Der Referentenentwurf des BMJ 2004 war noch von der praktischen Bedeutungslosigkeit des rechtsfähigen Wirtschaftsvereins ausgegangen und hatte deshalb die Streichung von § 22 BGB vorgesehen. Demgegenüber soll nach dem baden-württembergischen Gesetzesentwurf der „Wirtschaftliche Verein“ als allgemeine Gesellschaftsform erhalten bleiben. Mit Rücksicht auf die gesetzlichen Änderungen zum nicht wirtschaftlichen Verein (Idealverein) in § 21 BGB-E soll die Vorschrift in „§ 22 Wirtschaftlicher Verein“ folgende Fassung erhalten:

- „(1) Auf einen Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet und dem durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit als Verein verliehen ist, finden die Vorschriften über Vereine Anwendung. Die Verleihung steht dem Land zu, in dessen Gebiet der Verein seinen Sitz hat.
- (2) Dem Verein kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt. §§ 44 bis 53 gelten entsprechend.
- (3) Auf Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und denen Rechtsfähigkeit als Verein durch staatliche Verleihung nicht zukommt, finden die Vorschriften über die Gesellschaft

Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäft, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner“.

In der Begründung wird angeführt:

„Wirtschaftliche Vereine spielen nach wie vor – wenn auch nicht in allzu großem Maße – eine Rolle. Sie werden in § 3 des Marktstrukturgesetzes, § 19 des Bundeswaldgesetzes oder § 14 des Steuerberatungsgesetzes vorausgesetzt. Diese Bestimmungen dokumentieren das fortbestehende rechtspolitische Interesse an der Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins. Eine Aufhebung des § 22 und eine spezialgesetzliche Regelung der Verleihung der Rechtsfähigkeit schufen das Bedürfnis nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften entsprechenden Regelungen über die Verfassung des Vereins im Marktstrukturgesetz, Bundeswaldgesetz oder Steuerberatungsgesetz und wären dazu angetan, den Bestand an Normen weiter zu erhöhen. Die Wiederholung jeweils gleicher Grundsätze in verschiedenen Spezialgesetzen ist redundant und einer Bezugnahme auf Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterlegen. Im Übrigen begründete sie die Gefahr, dass sich die Regelungskonzepte in den Spezialgesetzen mit der Zeit auseinander entwickelten und das Erscheinungsbild des wirtschaftlichen Vereins vollends unübersichtlich würde. Der Verzicht auf § 22 provozierte Folgeprobleme, die sich ohne erkennbare Unannehmlichkeiten mit seinem Erhalt vermeiden lassen.“

In § 22 Abs. 2 Satz 1 BGB-E wird § 43 Abs. 4 BGB a.F. übernommen (seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 24.9.2009, BGBl. I, S. 3145 am 30.9.2009: § 43 BGB n.F.).

Neu ist die bislang in § 54 BGB gleichsam versteckte, jedoch nunmehr ausdrücklich in § 22 Abs. 3 BGB-E enthaltene Regelung zu Vereinen, deren Zweck auf einen *wirtschaftlichen* Geschäftsbetrieb gerichtet ist, *ohne* daß ihnen *Rechtsfähigkeit* nach § 22 BGB verliehen worden ist. Obwohl es sich um „körperschaftlich organisierte Einheiten“ handele, sollen sie (nach Satz 1) den Vorschriften über die Gesellschaft unterliegen, mithin den §§ 705 ff. BGB. Für solche Wirtschaftsvereine, die nicht kraft staatlicher Verleihung Rechtsfähigkeit als juristische Person erlangt haben, soll (nach Satz 2) die Handelndenhaftung aufrechterhalten werden.

2. Stellungnahme

a) In Kritik an der im Referentenentwurf des BMJ 2004 vorgesehenen ersatzlosen Streichung von § 22 BGB hat *Dieter Reuter*¹⁸ darauf aufmerksam

¹⁸ NZG 2005, 738, 744.

gemacht, daß „sich möglicherweise ein Bedarf für wirtschaftliche Vereine in der jüngeren Vergangenheit neu entwickelt hat“. Dieser mögliche Bedarf sei dadurch entstanden, „dass sich in den letzten Jahrzehnten – namentlich im Gesundheitsbereich, im Pflegebereich und im Bildungsbereich – ehemals nichtwirtschaftliche Tätigkeit in wirtschaftliche Tätigkeit verwandelt, weil sich dafür auf breiter Front eine marktfähige Nachfrage entwickelt hat“. Der Jubilar wird es daher befürworten, wenn der Gesetzesentwurf von Baden-Württemberg es vorzieht, § 22 BGB grundsätzlich aufrechtzuerhalten. Von argumentativem Gewicht ist sicherlich auch der in der Begründung des Gesetzesentwurfs enthaltene Hinweis, die in Spezialgesetzen geregelten Erzeugergemeinschaften (§ 3 Abs. 1 Marktstrukturgesetz), Forstbetriebsgemeinschaften (§§ 16 ff. Bundeswaldgesetz), Verwertungsgesellschaften (§ 1 Abs. 4 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz) und Steuerberatergemeinschaften (§ 14 Steuerberatungsgesetz) würden sonst ihren allgemeinen zivilrechtlichen Hintergrund in Gestalt vereinsrechtlicher Vorschriften verlieren, deren Anwendung § 22 BGB (§ 22 Abs. 1 Satz 1 BGB-E) vermittelt¹⁹. Deshalb sollte die Beibehaltung des „Wirtschaftlichen Vereins“, der durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit erlangt (§ 22 Abs. 1 BGB-E), als allgemeine Gesellschaftsform durchaus Zustimmung finden.

b) Allerdings muß man sich zum *nicht* konzessionierten wirtschaftlichen Verein (§ 22 Abs. 3 BGB-E) die weitreichende Problematik dieser Gesellschaftsform vor Augen führen. Mit der bloßen Verweisung auf das Recht der GbR (§§ 705 ff. BGB), wie sie schon bisher und gegenwärtig fortdauernd in § 54 Satz 1 BGB enthalten ist²⁰, ist es zur hinreichenden Erfassung der Rechtslage nicht getan. Es ist das Verdienst von *Dieter Reuter*²¹, auf die Schwierigkeiten näher eingegangen zu sein. Das gilt auch für die Ausführungen von *Schöpflin*²². Einerseits entspricht es der mit einem Verein angestrebten *körperschaftlichen* Organisation, auf die einschlägigen vereinsrechtlichen Vorschriften zurückzugreifen, also gerade nicht auf die Regelungen zur GbR. Andererseits macht bei einem wirtschaftlichen Verein, der sich den Anforderungen entzieht, die mit der Gründung einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft oder der Verleihung der Rechtsfähigkeit verbunden sind, die nicht gesicherte Aufbringung eines hinreichenden Vereinsvermögens und der deshalb gebotene Gläubigerschutz die persönliche Haftung der Mitglieder notwendig. Betreibt ein solcher „Verein“ ein Handelsgewerbe, so liegt in Wirklichkeit eine Offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft mit vereinbarter körperschaftlicher Organisation vor. Nur bei nicht

¹⁹ Vgl. für die Aufrechterhaltung von § 22 BGB auch *Terner* Rpfleger 2005, 296, 300.

²⁰ Im Referentenentwurf des BMJ 2004 ist der nichtrechtsfähige wirtschaftliche Verein schlicht übersehen worden (vgl. *Hadding* ZGR 2006, 137, 157 f. m. Fn. 84).

²¹ In: *Festschrift für Semler*, 1993, S. 931–953.

²² Der nichtrechtsfähige Verein, 2003, S. 188 ff., 305 ff., 353 ff., 376 ff., 449 ff.

handelsgewerblichem wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb besteht eine abredgemäß körperschaftlich strukturierte GbR. Da jedoch nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²³ auch die Gesellschafter einer GbR als Außengesellschaft grundsätzlich analog §§ 128–130 HGB für die Gesellschaftsschulden haften, ist – wenn man dem Bundesgerichtshof folgt – die früher insoweit zu treffende Unterscheidung²⁴ entfallen. Dann aber ist die in § 22 Abs. 3 Satz 2 BGB-E Baden-Württemberg beibehaltene Handelndenhaftung entbehrlich. Erforderlich bliebe demgegenüber die Abbedingung der gesellschaftsrechtlichen zugunsten der vereinsrechtlichen Organisationsregeln, die dem körperschaftlichen Charakter des nicht konzessionierten wirtschaftlichen Vereins Rechnung tragen. Ein nicht eingetragener Idealverein, der die durch das Nebentätigkeitsprinzip gezogenen Grenzen wirtschaftlicher Betätigung überschreitet, soll offenbar nicht unter § 22 Abs. 3 BGB-E fallen, sondern nach § 43 Abs. 2 BGB-E aufgelöst werden (vgl. unten VI.).

IV. Haftung der Vereinsmitglieder untereinander

1. Gesetzesvorschlag

a) Der baden-württembergische Entwurf sieht vor, daß zur „Haftung der Vereinsmitglieder untereinander“ ein neuer § 31a BGB mit folgendem Wortlaut eingefügt werden soll: „Die Vereinsmitglieder haben in Angelegenheiten, die den Verein betreffen, untereinander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen“. Hierdurch wird die Regelung zur Sorgfalt, die Gesellschafter einer GbR untereinander walten lassen müssen (§ 708 BGB), angesichts der neuen §§ 21, 22 BGB-E auf sämtliche Mitglieder aller Vereine übertragen. Mit der bisherigen Haftung für jede Fahrlässigkeit würden den Vereinsmitgliedern, insbesondere solchen, die „sich stärker als andere im Verein engagieren, ... potentiell große Risiken aufgebürdet“. Die vorgeschlagene Regelung folge dem Grundsatz, daß „sich die Vereinsmitglieder so nehmen müssen, wie sie sind“. Da es jedermann freistehe, Mitglied eines Vereins zu werden, sei die Haftungsbeschränkung, von der durch die Satzung abgewichen werden könne (§ 40 BGB-E), „nicht unbillig“²⁵.

b) In der Begründung wird hervorgehoben, der neue § 31a BGB-E ergänze auch die Vorschrift des § 27 Abs. 3 BGB, so daß „der Vorstand, der

²³ BGHZ 146, 341, 358; BGHZ 154, 370, 373 ff.

²⁴ Vgl. Soergel/Hadding (Fn. 17), § 54 Rn. 25 a.E.

²⁵ Die in der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmen von § 708 BGB (bei Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr) ließen sich ohne weiteres „auf den neuen § 31a übertragen“.

zugleich Mitglied des Vereins ist, anders als der Beauftragte in den Genuss der Haftungserleichterung kommt, sofern die Satzung nichts anderes vorsieht. Da der Vorstand, der Mitglied des Vereins ist, nicht ausschließlich in fremdem, sondern auch im eigenen – über die Mitgliedschaft vermittelten – Interesse tätig wird, passt in diesem Falle die Orientierung an dem Sorgfaltsmaßstab, den der Vorstand in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt“. Auch wenn auf die Geschäftsführung des Vorstands für den Verein die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 BGB entsprechende Anwendung finden (§ 27 Abs. 3 BGB), soll der Vorstand, der Mitglied des Vereins ist, nur für die Nichtbeachtung der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (§ 277 BGB) einstehen; anderes gilt bei Drittorganschaft des Vorstands.

2. Stellungnahme

Es liegt auf der Hand, daß dem baden-württembergischen Vorschlag einer „Erleichterung“ hinsichtlich einer Schadenersatzpflicht im Verhältnis der Vereinsmitglieder untereinander (§ 31a BGB-E) ein anderes Konzept zugrunde liegt als dem kürzlich am 3.10.2009 in Kraft getretenen § 31a BGB zur Verringerung der Haftungsrisiken von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen²⁶. Die Mitglieder des Vereinsvorstands – und nur sie – haften nach § 31a Abs. 1 BGB für einen Schaden des Vereins oder eines Mitglieds, den sie in Wahrnehmung ihrer Vorstandspflichten verursacht haben, allein bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten. Bei einer Schadenersatzpflicht des Vorstandsmitglieds wegen lediglich einfach fahrlässiger Pflichtverletzung besteht ein Freistellungsanspruch gegen den Verein (§ 31a Abs. 2 BGB). Für andere Vereinsmitglieder, die nicht dem Vorstand angehören, hat sich der Sorgfaltsmaßstab (§ 276 BGB) nicht geändert. In zutreffender Kritik führt *Dieter Reuter*²⁷ hierzu aus: „Die Bereitschaft, die ehrenamtliche Tätigkeit zu fördern, ist gewiss eine löbliche Absicht. Aber dabei ist unten anzusetzen, d.h. bei den ehrenamtlichen Mitarbeitern, die sich ohne Belohnung durch ein besonderes Sozialprestige innerhalb einer mehr oder weniger großen Gemeinschaft, wie es das Vorstandsamt regelmäßig vermittelt, engagieren. Es fehlt nicht an Häuptlingen, sondern an Indianern“. Der Jubilar würde deshalb dem baden-württembergischen § 31a BGB-E wohl jedenfalls insoweit zustimmen, als in erster Linie die „Indianer“, das heißt die einfachen Vereinsmitglieder, mit dem Sorgfaltsmaßstab der „diligentia quam in suis“ versieht. Wenn dies dann gemäß § 27 Abs. 3 BGB-E auch auf Vereinsvorstände erstreckt sein soll, die Mitglied sind, würde *Reuter*²⁸ dem wahrscheinlich entge-

²⁶ Vgl. zum neuen § 31a BGB: *Reuter NZG* 2009, 1368, 1369–1371; *U. Unger NJW* 2009, 3269; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 69. Aufl., 2010, Kommentierung zu § 31a.

²⁷ *NZG* 2009, 1368, 1369.

²⁸ *AaO* (Fn. 27) mit Hinweis auf *MünchKommBGB/Seiler*, 5. Aufl., Bd. 4, 2009, § 662 Rn. 15 ff.

gehalten, daß der Vorstand eine „treuhänderische Position“ habe, die „in der Zivilrechtsordnung sonst unabhängig von ihrer Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit mit der Normalhaftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit verbunden ist“. Aber auch zu den einfachen Vereinsmitgliedern kann man fragen, ob in einer körperschaftlich organisierten Gesellschaftsform, deren Grundmodell ja der Verein ist, die ihn kennzeichnende Fluktuation der Mitglieder dazu paßt, daß sie sich „so nehmen müssen, wie sie sind“, also nur die eigenübliche Sorgfalt erwarten dürfen (§ 277 BGB) statt der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ (§ 276 Abs. 2 BGB). Die eigenübliche Sorgfalt als Maßstab für das Verhalten untereinander ist eher für nicht körperschaftlich organisierte Gesellschaftsformen, also vor allem die Personalgesellschaften, angemessen²⁹. Doch auch wer sich mit dem neuen Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt für Vereinsmitglieder untereinander (§ 31a BGB-E) einverstanden erklären kann, muß zumindest diesen Maßstab auch ausdrücklich für das Rechtsverhältnis des Mitglieds zu dem nunmehr stets rechtsfähigen *Verein* (§§ 21, 22 BGB-E) fordern. In diesem Zusammenhang sollte man sich sodann vor Augen führen, daß eine Begrenzung des Entstehenmüssens auf die eigenübliche Sorgfalt (§ 277 BGB) sich auch bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung auswirken würde, wenn man mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³⁰ „die Mitgliedschaft ... in ihrem Kern“ als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ansieht. Schließlich ist auf der formalen Ebene deutlich zu machen, daß § 31a BGB-E ebenso wie der seit 3.10.2009 geltende § 31a BGB das Innenverhältnis regelt und deshalb systematisch seinen gesetzlichen Standort nicht hinter § 31 BGB, sondern im Anschluß an § 27 BGB finden müßte.

V. Unbeschränkbare Vertretungsmacht des Vorstands

1. Gesetzesvorschlag

a) Um den Rechtsverkehr im Vertrauen auf vorhandene Vertretungsmacht der geschäftsführenden Organe von Gesellschaften zu schützen, ist bei den meisten Gesellschaftsformen die Vertretungsmacht unabhängig von bestehender Geschäftsführungsbefugnis und mit gegenüber Dritten unbeschränkbarem gesetzlichen Umfang ausgestaltet.³¹ Demgegenüber kann beim Verein der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstands nach geltendem Recht (§ 26

²⁹ Kritisch auch die in Fn. 8 Genannten sowie *Burgard* ZIP 2010, 358, 360 bei Fn. 33.

³⁰ BGHZ 110, 323 ff.; dazu *Soergel/Hadding* (Fn. 17), § 38 Rn. 3c m.w.N.

³¹ Vgl. z.B. für die OHG, die KG und die Partnerschaft §§ 126, 161 Abs. 2 HGB, § 7 Abs. 3 PartGG; für die AG § 82 Abs. 1 AktG; für die GmbH § 37 Abs. 2 GmbHG; für die eG § 27 Abs. 2 GenG.

Abs. 1 Satz 3 BGB) „durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden“.³² Hinzu tritt die Regelung in § 26 Abs. 2 Satz 1 BGB, nach der bei einem Vorstand aus mehreren Personen der Verein „durch die Mehrheit der Vorstandsmitglieder vertreten“ wird, und nach § 28 BGB, daß bei einem solchen Vorstand intern eine Beschlußfassung nach den Vorschriften über Beschlüsse der Mitglieder des Vereins vorausgesetzt wird.

b) Der Gesetzesentwurf von Baden-Württemberg will die Vertretungsmacht des Vereinsvorstands im Verhältnis zu Dritten nicht mehr von der Satzung (§ 26 Abs. 1 Satz 3 BGB) oder bei einem mehrgliedrigen Vorstand von einem internen Mehrheitsbeschluß (§ 26 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 28 BGB) abhängig sehen. Deshalb sollen der frühere § 26 Abs. 2 Satz 2 BGB (= gegenwärtig § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB) sowie § 28 BGB ersatzlos wegfallen. Der neue § 26 BGB-E soll lauten:

„(1) Der Verein muss einen Vorstand haben. Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und außergerichtlich. Er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters.

(2) Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so setzt die wirksame Vertretung des Vereins ein Zusammenwirken von mindestens zwei Mitgliedern des Vorstands voraus, sofern die Satzung nicht ein anderes bestimmt.

(3) Ist eine Willenserklärung gegenüber dem Verein abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitglied des Vorstands.“

In der Begründung wird gesagt: „Zum Schutz des Rechtsverkehrs kann die Vertretungsmacht im Außenverhältnis künftig nicht mehr durch die Satzung eingeschränkt werden ...“, zumal § 26 „künftig keine Erwähnung in § 40 finden soll“. Bei einem Vorstand „aus mehreren Personen“ könne die Satzung anordnen, daß jedes Vorstandsmitglied den Verein alleine vertreten kann (sonst gemäß § 26 Abs. 2 BGB-E „Vieraugenprinzip“). Man „verzichtet auf die Willensbildung des mehrgliedrigen Vorstands durch Beschlussfassung als – ohnehin im geltenden Recht nicht konsequent durchgehaltene – Voraussetzung einer wirksamen Vertretung des Vereins nach außen“.

2. Stellungnahme

Wird die Vertretungsmacht des Vorstands gegenüber Dritten von etwaigen Beschränkungen in der Satzung oder durch Vorstandsbeschlüsse unabhängig, so ist diese Angleichung an andere Gesellschaftsformen³³ sicherlich zu

³² Auch für die GbR richtet sich gemäß § 714 BGB der Umfang der Vertretungsmacht von Gesellschaftern im Verhältnis zu Dritten im Zweifel nach der gesellschaftsvertraglich oder gesetzlich bestehenden Geschäftsführungsbefugnis.

³³ Vgl. die Angaben in Fn. 31.

begrüßen. Denn der Schutz des Rechtsverkehrs, also das Vertrauen Dritter in das Vorhandensein von ausreichender Vertretungsmacht von Vereinsvorständen, wird gestärkt. Das Interesse der Mitglieder des Vereins an einer gegenüber Dritten wirksamen Bindung der Vertretungsmacht des Vorstands an Vereinsinterna sollte zurücktreten, zumal bei der möglichen Vielfalt satzungsmäßiger Beschränkungen und ihrer Auslegung leicht Unklarheiten entstehen können. Auch die für den Verein und den Vorstand unliebsamen Rechtsfolgen, wenn satzungsmäßige Beschränkungen der Vertretungsmacht nicht beachtet worden sind³⁴, werden vermieden.

Das Vereinsrechtsänderungsgesetz vom 24.9.2009 hat die Vertretung des Vereins zwar ausschließlich in § 26 BGB geregelt und klargestellt, daß § 28 BGB sich allein auf die Beschlußfassung des Vorstands bezieht³⁵. Aber die Möglichkeit, den Umfang der Vertretungsmacht durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte zu beschränken, ist beibehalten worden (jetzt § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB). Der weiterreichende Gesetzesvorschlag des Landes Baden-Württemberg (§ 26 BGB-E) steht mithin nach wie vor zur Diskussion.

VI. Auflösung des Vereins statt Entziehung der Rechtsfähigkeit

1. Gesetzesvorschlag

Die im ursprünglichen § 43 Abs. 3 BGB (1900) für einen eingetragenen Verein vorgesehene Entziehung der Rechtsfähigkeit, wenn er satzungswidrig einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt, war schon durch Art. 124 Abs. 2 Satz 2 WRV aufgehoben worden³⁶. Für die seinerzeit verbliebenen Tatbestände des § 43 Abs. 1, nämlich Gefährdung des Gemeinwohls durch einen gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstands, sowie § 43 Abs. 2 BGB: Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks durch einen satzungsmäßigen Idealverein, soll nach dem baden-württembergischen Gesetzesentwurf die *Auflösung* des Vereins an die Stelle der Entziehung der Rechtsfähigkeit treten (§ 43 Abs. 1 und Abs. 2 BGB-E). Die Entziehung der Rechtsfähigkeit, die auf Verleihung beruht (bisher § 43 Abs. 4 BGB a.F.), soll in § 22 Abs. 2 Satz 1 und § 23 Abs. 2 BGB-E übernommen werden.

Als Begründung des Vorschlags wird genannt, in den Fällen des § 43 Abs. 1 und Abs. 2 BGB a.F. erscheine „als Reaktion die Entziehung der Rechtsfähigkeit, die den Bestand des Vereins als Organisationseinheit unberührt läßt, nicht angemessen“.

³⁴ Vgl. Soergel/Hadding (Fn. 17), § 26 Rn. 26.

³⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/13542, S. 18; Palandt/Ellenberger (Fn. 26), § 26 Rn. 1.

³⁶ Bestätigt durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5.3.1953 (BGBl. I, S. 33), Teil I Art. 1 Nr. 1.

2. Stellungnahme

Inzwischen ist der Bundesgesetzgeber sogar einen Schritt weitergegangen und hat durch das Vereinsrechtsänderungsgesetz vom 24.9.2009 die beschriebenen Tatbestände in § 43 Abs. 1 und Abs. 2 BGB a.F. und die für sie vorgesehene Entziehung der Rechtsfähigkeit überhaupt aufgehoben. Für eine „Gefährdung des Gemeinwohls“ (§ 43 Abs. 1 BGB a.F.) sah man zum einen nur ein geringes Vorkommen in der Praxis und zum anderen in einem Einschreiten nach dem öffentlichrechtlichen Vereinsgesetz die sachgerechte Reaktion³⁷. Bei „wirtschaftlicher Zweckverfolgung“ durch einen satzungsmäßigen Idealverein sei die von Amts wegen durchgeführte Löschung der Eintragung die zur persönlichen Haftung der Mitglieder führe, eine wirkungsvollere Sanktion³⁸. Die Zuständigkeit des Registergerichts und das Verfahren der Amtslöschung ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften (§ 395 FamFG; bisher §§ 159, 142 FGG a.F.). Als neuer § 43 BGB ist demnach allein der frühere § 43 Abs. 4 BGB a.F. verblieben, der die Entziehung der Rechtsfähigkeit noch vorsieht, wenn ein Verein, dessen Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt. Zuständigkeit und Verfahren hierfür richten sich nach § 44 BGB n.F., das heißt nach dem Recht des Landes, in dem der Verein seinen Sitz hat. In Betracht kommt die Entziehung der Rechtsfähigkeit nur noch für einen Wirtschaftsverein (§ 22 BGB), weil die Regelung über die Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen ausländischen Verein (§ 23 BGB a.F.) durch das Vereinsrechtsänderungsgesetz vom 24.9.2009 entfallen ist.

Angesichts dieser Entwicklung und gegenwärtigen Gesetzeslage erübrigt sich der insoweit vom Land Baden-Württemberg gemachte Vorschlag.

Läßt man erneut *Dieter Reuter*³⁹ zu Wort kommen, so begrüßt er zu § 43 Abs. 1 und Abs. 2 BGB a.F. den Wegfall wegen der „im Schrifttum schon lange erhobene Forderung nach Streichung“. Denn bei bloßer Entziehung der Rechtsfähigkeit gemäß § 43 Abs. 1 BGB a.F. könne der Verein, der als nicht rechtsfähig fortbesteht, seine „gemeinwohlwidrigen Gesetzesverstöße“ fortsetzen. Die „sinnvolle Rechtsfolge Auflösung bei Deutschen Vereinen“ verletze Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Eine Auflösung sei nur nach dem öffentlichrechtlichen Vereinsgesetz wegen eines Vorstoßes gegen die Strafgesetze zulässig. Dies hätte *Reuter* sicherlich auch gegen den baden-württembergischen Gesetzesvorschlag eingewendet, die Entziehung der Rechtsfähigkeit nach § 43 Abs. 1 und Abs. 2 BGB a.F. durch die Auflösung zu ersetzen. Der Wegfall des § 43 Abs. 2 BGB a.F. beseitige einen Unterschied

³⁷ Vgl. Palandt/*Ellenberger* (Fn. 26), § 43 Rn. 2; § 41 Rn. 4.

³⁸ BT-Drucks. 16/12813, S. 43; BT-Drucks. 16/13542, S. 19; Palandt/*Ellenberger* (Fn. 26), § 43 Rn. 3.

³⁹ NZG 2009, 1368, 1372; NZG 2005, 738, 744, 745.

der Meinungen in der Literatur hinsichtlich des Anwendungsbereichs und habe „den Weg für die Anwendung des § 395 FamFG (der §§ 159, 142 FGG a.F.) auf die offene *und* die verdeckte Rechtsformverfehlung freigemacht“.

VII. Recht des Vereinsregisters

1. Gesetzesvorschläge

a) Für den „eingetragenen Verein“ (§ 21 BGB-E, vgl. oben II. 1.) soll nach dem baden-württembergischen Entwurf die Eintragung eines neuen Vorstands in das Vereinsregister nicht mehr nur deklaratorisch, sondern künftig konstitutiv wirken. Für § 67 Abs. 1 BGB wird folgende Fassung vorgeschlagen:

„(1) Änderungen des Vorstands bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Vereinsregister. Die Änderung ist von dem Vorstand zur Eintragung anzumelden; § 26 Abs. 2 gilt entsprechend. Der Anmeldung ist eine Abschrift der Urkunde über die Änderung beizufügen.“

§ 68 BGB soll wie folgt gefaßt werden:

„Ist die Änderung des Vorstands eingetragen, so braucht ein Dritter, wenn zwischen ihm und den bisherigen Mitgliedern des Vorstands ein Rechtsgeschäft vorgenommen wird, die Änderung nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie nicht kennt und seine Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht.“

Infolge der konstitutiven Wirkung der Eintragung eines neuen Vorstands (§ 67 Abs. 1 Satz 1 BGB-E) weise das Vereinsregister „die Vertretungsverhältnisse künftig stets richtig“ aus, weil der bisherige Vorstand im Amt bleibe. In dem entsprechend neu gefaßten § 68 BGB-E gehe auch der bisherige § 70 BGB auf und könne deshalb entfallen.

b) In § 71 Abs. 1 BGB über Änderungen der Satzung, die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Vereinsregister bedürfen (Satz 1), soll die Pflicht des Vorstands, die Änderung zur Eintragung anzumelden, (Satz 2) um den Halbsatz ergänzt werden: „§ 26 Abs. 2 [n.F.] gilt entsprechend“. Dies bedeutet, daß ein mehrgliedriger Vorstand nur in vertretungsberechtigter Anzahl seiner Mitglieder die Satzungsänderung zur Eintragung anzumelden hat. Der Anmeldung soll nicht allein „der die Änderung enthaltende Beschluss in Urschrift und Abschrift beizufügen“ sein (Satz 3), sondern auch ergänzend „der vollständige Wortlaut der geänderten Satzung“.

c) Die Auflösung des Vereins durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 42 Abs. 1 Satz 1 BGB) soll künftig in das Vereinsregister eingetragen werden. Erreicht werden soll dies durch die Streichung von § 74 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.

d) In der Vorschrift des § 78 Abs. 1 BGB über die Festsetzung von Zwangsgeld durch das Amtsgericht, um die Mitglieder des Vorstands zur

Befolgung bestimmter Vorschriften anzuhalten, sollen die §§ 67 Abs. 1 und 71 Abs. 1 BGB gestrichen werden. Da für eine Satzungsänderung schon bisher (§ 71 Abs. 1 Satz 1 BGB) und für eine Änderung des Vorstands künftig (§ 67 Abs. 1 Satz 1 BGB-E) die Eintragung in das Vereinsregister konstitutiv wirke, müsse insoweit nicht die Richtigkeit der Registereintragung erzwungen werden.

e) Ferner soll § 62 Abs. 1 des Beurkundungsgesetzes dahin ergänzt werden, dass „die mit der Anmeldung zum Vereinsregister verbundenen Förmlichkeiten, nämlich die öffentliche Beglaubigung der an die registerführende Stelle zu richtenden Erklärung, auch vor den Amtsgerichten erledigt werden können“ (Rechtspfleger). Es handele sich um „Vorzüge, die für den Vorstand und die Liquidatoren von Vereinen ... geschaffen werden“.

f) Schließlich soll den Bundesländern die Möglichkeit eröffnet werden, die Führung des Vereinsregisters anderen Stellen als den Amtsgerichten zu übertragen. Deshalb ist in einem neuen „Artikel 246“ des Einführungsgesetzes zum BGB eine umfängliche Regelung (Absätze 1–6) vorgesehen, von der hier nur Abs. 1 wiedergegeben wird: „Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, dass das Vereinsregister abweichend von § 55 des Bürgerlichen Gesetzbuchs an Stelle von den Gerichten von den durch Landesrecht bestimmten Stellen geführt wird“. Nur die Beschwerde (nach einem Vorverfahren bei der registerführenden Stelle) und die sofortige Beschwerde sollen noch nach dem bisherigen FGG an das zuständige Landgericht stattfinden (Abs. 6).

2. Stellungnahme

a) Von den im baden-württembergischen Gesetzesvorschlag enthaltenen Neuerungen zum Recht des Vereinsregisters sind zwei inzwischen in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden. Das trifft zunächst für die Eintragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (oben VIII. 1. c) zu, und zwar in den noch darüberhinausgehenden Vorschriften des gegenwärtigen § 75 Abs. 1 BGB n.F. Aber auch bei der Anmeldung einer Vorstandsänderung (§ 67 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder von Liquidatoren (§ 76 Abs. 2 Satz 1 BGB) oder einer Satzungsänderung (§ 71 Abs. 1 Satz 2; bisher Abs. 2 Satz 2 BGB) soll die vertretungsberechtigte Anzahl der Mitglieder eines mehrgliedrigen Vereinsvorstands (vgl. § 26 Abs. 2 BGB n.F.) genügen (oben VII. 1. b), weil es in § 77 Satz 1 BGB n.F. laute: „die insoweit zur Vertretung berechtigt sind“. Hierzu bedauert *Dieter Reuter*⁴⁰, daß der Bundesgesetzgeber nicht die Anregung des Bundesrats aufgegriffen habe, in § 59 Abs. 1 BGB ausdrücklich klarzustellen, daß auch bei der Erstanmeldung des Vereins der mehrgliedrige Vorstand nur mit seinen Mitgliedern in vertretungsberechtigter Anzahl tätig

⁴⁰ NZG 2009, 1368, 1372.

werden muß. Immerhin finde die entsprechende Absicht des Gesetzgebers nunmehr in den neuen Materialien „ihre eindeutige Bestätigung“.

b) Bislang nicht berücksichtigt ist der Vorschlag, daß beim eingetragenen Verein der Eintragung eines neuen Vorstands konstitutive Wirkung zukommen soll (oben VII. 1. a), wie es für Änderungen der Satzung schon geltendes Recht ist (§ 71 Abs. 1 Satz 1 BGB). Angesichts der dann gewährleisteten Richtigkeit der sich aus dem Vereinsregister ergebenden Vertretungsmacht des jeweils eingetragenen Vorstands und des dadurch vereinfachten Vertrauensschutzes Dritter gewinnt diese vorgeschlagene Neuerung (§§ 67 Abs. 1, 68 BGB-E) wohl durchaus rechtspolitisch Überzeugungskraft. Folgerichtig ist dann auch die Streichung der §§ 67 Abs. 1 und 71 Abs. 1 BGB in § 78 Abs. 1 BGB über die Festsetzung von Zwangsgeld, um den Vorstand zur Befolgung der sich aus diesen Vorschriften ergebenden Anmeldungspflichten anzuhalten (oben VII. 1. d). Auch die Erleichterung für Vereinsvorstände, notwendige öffentliche Beglaubigungen von der registerführenden Stelle vornehmen lassen zu können (oben VII. 1. e): Ergänzung von § 62 BeurkG), verdient Zustimmung. Freilich wird es hierzu Widerstand der Notare geben. Daß man die Führung des Vereinsregisters doch allein in den bewährten Händen des Amtsgerichts belassen sollte, statt sie kraft einer Ermächtigung gemäß Art. 246 EGBGB-E auch „anderen Stellen“ anzuvertrauen (oben VII. 1. f), erscheint vorzugswürdig. Selbst wenn das Vereinsregister elektronisch geführt wird, wären gegebenenfalls unterschiedliche Zuständigkeiten in den einzelnen Bundesländern wahrscheinlich nicht zuträglich.

VIII. Rechtspolitisches Fazit

Der Gesetzesentwurf des Landes Baden-Württemberg zur „Modernisierung des Vereinsrechts“ vom 3.2.2006 enthält mit dem „Wechsel vom System der Normativbedingungen zum System der freien Körperschaftsbildung“ für Idealvereine einen die Grundlagen des Vereinsrechts ändernden, aber durchaus weiterführenden Schritt. Die bisherige Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Vereinen, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§§ 21, 54 BGB), soll zugunsten der Unterscheidung zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Vereinen aufgegeben werden, die jedoch *beide* mit ihrer Entstehung *kraft Gesetzes* rechtsfähig sind. Es würde auf der materiellrechtlichen Ebene nachvollzogen, was der Bundesgesetzgeber mit dem Vereinsrechtsänderungsgesetz vom 24.9.2009 für zivilrechtliche Streitigkeiten im Gefolge der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁴¹ in § 50 Abs. 2 Satz 2 ZPO n.F. anerkannt hat: „Im Rechtsstreit hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins“.

⁴¹ Vgl. Fn. 12.

Andere anstehende Fragen grundsätzlicher Art sind in dem baden-württembergischen Gesetzesentwurf zum Vereinsrecht nicht angesprochen. So sind etwa das hinnehmbare Ausmaß wirtschaftlicher Betätigung von Idealvereinen (sogenanntes Nebentätigkeitsprivileg⁴²) und in diesem Zusammenhang die Zurechnung der reinen Wirtschaftstätigkeit von ausgegliederten hundertprozentigen Tochtergesellschaften und damit überhaupt Fragen eines Vereinskonzernrechts ausgeklammert geblieben. Auch die Rechnungslegung des Vereins bildet ein weiteres rechtspolitisches Thema. Die von *Dieter Reuter*⁴³ schon zum Referentenentwurf des BMJ 2004 eigentlich erwartete „Integration der politischen und sozialpolitischen Großvereine in die Privatrechtsordnung“ (Recht der Verbände als „Ordnungsaufgabe“) wird in dem Gesetzesentwurf des Landes Baden-Württemberg ebenfalls nicht angegangen. Wenngleich also dieser Gesetzesentwurf jenseits der grundlegend neuen Regelung zum Erlangen von Rechtsfähigkeit der Vereine in einer gewissen „Kleinteiligkeit“ verharret, enthält er doch eine Reihe beachtenswerter Schritte, die den Interessen der Praxis im alltäglichen Vereinsleben dienlich sind. Hiervon hat der Bundesgesetzgeber mit dem Vereinsrechtsänderungsgesetz vom 24.9.2009 bislang nur sehr wenig übernommen. Das Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28.9.2009 (im Bundestagswahlkampf angekündigt⁴⁴) greift wohl zu kurz⁴⁵. Sollte es demnach einmal dazu kommen, daß das Vereinsrecht erneut in den Blickpunkt der Rechtspolitik rückt, dann hätte der „ruhende“ Gesetzesentwurf des Landes Baden-Württemberg vom 3.2.2006 es verdient, aus dem gegenwärtig andauernden „Dornröschenschlaf“ geweckt zu werden.

⁴² Vgl. zu dem mißlungenen Versuch im Referentenentwurf des BMJ 2004: *Reuter* NZG 2005, 738, 739, 741 ff.; *Hadding* ZGR 2006, 137, 149 ff. m.w.N.

⁴³ NZG 2005, 738.

⁴⁴ Vgl. FAZ vom 3.7.2009, Nr. 151, S. 13; FAZ vom 8.7.2009, Nr. 155, S. 19.

⁴⁵ Vgl. *Reuter* (Fn. 27).

De senectute

OLAF HOEPNER

I.

Die Lebenserwartung hat sich erfreulicherweise in den letzten 100 Jahren deutlich erhöht. Der Einzelne lebt bewusster, gesünder und dem, was sich ihm noch an Unbill entgegenstellt, versucht er mit Medizin zu begegnen. Bei allem aber bleibt die Einsicht, dass mit zunehmend höherem Alter ein Versorgungs- und Betreuungsproblem dringlicher wird. Dem kann in gewisser Weise dadurch Rechnung getragen werden, dass man in einer Seniorenanlage eine Immobilie erwirbt und in diesem Zusammenhang einen Betreuungsvertrag abschließt.

So begab es sich hoch im Norden der Republik, in einer kleinen Gemeinde im Dänischen Wohld, nur einen Steinwurf weit entfernt von dem Domizil unseres Jubilars, dass ein schon in die Jahre gekommener bemooster Herr, der die Früchte seiner staatsdienenden Tätigkeit wohl versorgt genießen wollte und den wir aus juristischer Gepflogenheit mit A bezeichnen, in einer derartigen von der Gemeinde D. errichteten Seniorenwohnanlage eine Immobilie in Form einer Doppelhaushälfte als Eigentum zu erwerben gedachte. Zur Zeit der Schneeschmelze des Jahres 2005 war das Vorhaben ins Werk gesetzt.

Dieses Grundeigentum hatte der Veräußerer zuvor von der örtlichen Gemeinde erworben zu deren Gunsten das Eigentum mit einer persönlich beschränkten Dienstbarkeit in Form eines Wohnungsbesetzungsrechts belastet worden war. Diese beschränkte persönliche Dienstbarkeit – natürlich an rangerster Stelle – hatte folgenden Inhalt:

„Die Wohnungen dürfen nur an Personen, die das 60. Lebensjahr vollendet haben, zur Nutzung überlassen werden, die von der Gemeinde D. benannt werden. Diese Benennung gilt als erteilt für Personen, die oder für die gleichzeitig ein Betreuungsvertrag gemäß Anlage mit dem Verein Betreutes Wohnen e.V. oder deren Rechtsnachfolger abschließen bzw. abgeschlossen wird.“

Der ländliche Notar selbst war sich wegen dieser Angelegenheit wohl nicht sicher, wies er doch die Parteien des notariellen Vertrages daraufhin, dass ein zeitlich uneingeschränktes Besetzungsrecht unter Umständen als sittenwidrig oder als gegen Treu und Glauben verstoßend beurteilt werden könnte.

Der abzuschließende Betreuungsvertrag sah Betreuungsleistungen als Grund- und Wahlleistungen vor. Als Entgelt war eine Pauschale für die Grundleistung in Höhe von monatlich 50,00 € vorgesehen mit einer Preisgleitklausel. Zur Vertragsdauer heißt es in dem Formularvertrag, dass dieser auf unbestimmte Zeit geschlossen und nur gekündigt werden kann, wenn das erworbene Grundstück vom Erwerber verkauft oder vom Nutzer nicht mehr genutzt wird. In dem Kaufvertrag verpflichtete sich A, einen entsprechenden Betreuungsvertrag – wie er auch als Anlage beigelegt war – mit dem Verein abzuschließen.

A., trotz seines Alters noch sehr rüstig, hatte zunächst weder Veranlassung die Grundleistungen noch gar erst die Wahlleistungen, die vom Verein angeboten wurden, in Anspruch zu nehmen. Vielmehr ärgerten ihn die Zahlungsverpflichtungen in Höhe von jährlich 600,00 €, deren Steigerung für die nahe Zukunft als sicher in Aussicht gestellt war, so dass er dieserhalb den Pflegevertrag einfach kündigte. Über die gekürzten Bezüge entsetzt und Trittbrettfahrer fürchtend wandte sich der Verein nunmehr an die Gemeinde, welche – weil sich die Streitigkeiten verschärften – die Unterlassung der Nutzung der Immobilie durch den Eigentümer A dem Landgericht zur Entscheidung antrug. Das Landgericht sah den A als vertragsbrüchig an und verurteilte ihn antragsgemäß zur Unterlassung der Nutzung.

Um angedrohten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus dem Wege zu gehen, entschloss sich A, zunächst doch einen entsprechenden Betreuungsvertrag erneut abzuschließen. Als bald aber gewann wieder der Ärger über die unnützen und sogar steigenden Kosten auf der Ebene der Grundleistungen überhand über die Sorgen einer möglichen Zwangsvollstreckung, so dass A auch den neuen Vertrag kündigte. Dieser Schritt veranlasste die Gemeinde nunmehr aus dem landgerichtlichen Urteil mit dem Unterlassungsgebot gegen A vorzugehen. Hiergegen erhob A eine Vollstreckungsgegenklage und machte geltend: Das Urteil sei „überholt“, weil seinerzeit nur das Fehlen des Betreuungsvertrages zu einer Verurteilung geführt habe. Ein solcher sei nach Rechtskraft des Unterlassungsurteils aber geschlossen worden. Damit habe sich die Situation geändert. Die Beklagte könne daher ihre früheren Rechte aus dem Urteil nicht mehr durchsetzen. Gegebenenfalls müsse die Gemeinde erneut Klage auf Unterlassung erheben.

Das Landgericht ist auf diese Argumentation nicht eingegangen. Es befand die Klage bereits als unzulässig, weil die Einwendung, das Urteil sei „überholt“, keine zulässige Einwendung im Sinne des § 767 ZPO sei. Dagegen ist diese Argumentation beim Oberlandesgericht auf fruchtbaren Boden gefallen.¹ Streitgegenstand und Rechtskraft des Ersturteils – so das Oberlandesge-

¹ OLG Schleswig, Urteil v. 04. Dezember 2009 – 17 U 41/09.

nicht – erstreckten sich auf den Nichtabschluss eines Betreuungsvertrages, nicht aber auf die Frage, wie die Situation zu beurteilen sei, wenn nach Abschluss eines Betreuungsvertrages ein solcher wieder gekündigt werde. Das Oberlandesgericht ist damit von einem zulässigen und begründeten Einwand im Sinne des § 767 ZPO ausgegangen, so dass aus dem bekämpften Urteil nicht weiter hat vollstreckt werden können. Hierzu bedürfe es – so das OLG wörtlich – erforderlichenfalls einer neuen Entscheidung, um welche sich Verein und Gemeinde nunmehr wieder gemeinschaftlich bemühen. Damit kann nunmehr das ganze Spiel von neuem beginnen zu ewigem Kreislauf und droht zu einer Justizposse zu werden. Das sollte Veranlassung genug sein, die Angelegenheit einmal näher zu beleuchten.

II.

In einem ersten Abschnitt soll untersucht werden, ob die Kündigung durch A dem Verein gegenüber wirksam ist und ob gegebenenfalls der Verein einen Anspruch auf Neuabschluss dieses Vertrages hat. In einem zweiten Abschnitt soll die Rechtstellung der Gemeinde als Berechtigte der Dienstbarkeit beleuchtet werden.

1.) A hat den mit dem Verein geschlossenen Betreuungsvertrag gekündigt. Es ist zweifelhaft, ob diese Kündigung wirksam ist (a.) und ob gegebenenfalls ein Anspruch des Vereins gegen A auf erneuten Abschluss eines Betreuungsvertrages besteht (b.).

a.) Dieser Betreuungsvertrag enthält die Regelung, dass der auf unbestimmte Zeit geschlossene Vertrag nur gekündigt werden kann, wenn das erworbene Grundstück vom Erwerber verkauft oder vom Nutzer nicht mehr genutzt wird. Ersichtlich liegen weder Gründe für eine bei einem Dauerschuldverhältnis wie hier stets zulässige außerordentliche Kündigung vor noch einer der vorgenannten Kündigungsgründe. Deshalb ist auf den ersten Blick die Kündigung dieses Vertragsverhältnisses ausgeschlossen.

Es ist jedoch unstreitig, dass es sich bei dem vorliegenden Vertrag um einen Formularvertrag handelt, wie er mit allen Mitgliedern der Seniorenwohnanlage, die die Gemeinde D. errichtet hat, geschlossen worden ist. Deshalb unterliegen die Regelungen der AGB-Kontrolle. Der Betreuungsvertrag ist seinem Charakter nach ein gemischtrechtlicher Vertrag, der sowohl werkvertragliche, überwiegend aber dienstvertragliche Regelungen enthält, wie sie sich üblicherweise in derartigen Verträgen wiederfinden. Danach verpflichtet sich nämlich der Verein zu Betreuungsleistungen in Form von Grund- und Wahlleistungen. Dabei sind die Grundleistungen finanziell über eine Pauschale von monatlich 50,00 € abgedeckt, während Wahlleistungen extra zu vergüten sind. Im Einzelnen kann es sich bei den Grundleistungen handeln um

- die Unterstützung der Mitbestimmung der Betreuten bei der Planung, Organisation und Durchführung von Freizeitveranstaltungen,
- Förderung und Aufbau von Nachbarschaftshilfen,
- Angebot und Vermittlung zur Teilnahme an Aktivitäten
- Betreuung bei Behördenangelegenheiten,
- gelegentliche Hol- und Bringdienste (Zeitung, Post, Brötchen),
- Vermittlung, Sicherstellung und Versorgung durch externe sozialpflegerische Dienste,
- kleinere Hilfestellung in der Grundpflege,
- Veranlassung von ärztlicher Betreuung,
- bei Bedarf Vermittlung von hauswirtschaftlicher Versorgung,
- Vermittlung von Pflegehilfsmitteln.

Diese Aufzählung, die nicht vollständig ist, macht aber deutlich, dass im Vordergrund Dienstleistungen stehen, so dass die Kündigungsklausel zu bemessen ist an § 309 Ziffer 9 lit. a BGB. Danach sind in allgemeinen Geschäftsbedingungen bei einem Vertragsverhältnis, das [...] die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat, Klauseln mit einer länger als 2 Jahre bindenden Laufzeit unzulässig und unwirksam. So hat dann auch das Oberlandesgericht Frankfurt² einen Betreuungsvertrag, der nach seinem Inhalt nur aus wichtigem Grund gekündigt werden durfte, insoweit für unwirksam erachtet, als er gegen § 11 Ziffer 12 lit. a AGBG verstößt. Dieser Regelung entspricht § 309 Ziffer 9 lit. a BGB. Auch der 5. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat einen Betreuungsvertrag mit einer zeitlichen Bindung von mehr als 2 Jahren als unwirksam beurteilt.³ Danach ist die ordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses gegenüber dem Verein mit Blick auf die gesetzliche Regelung in § 620 BGB wirksam.

b.) Dieser Kündigung kann auch nicht die von amtswegen zu beachtende, aus § 242 BGB hergeleitete Einwendung des *dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est* entgegengehalten werden. In Betracht kommt insoweit die Verpflichtung aus dem Kaufvertrag wonach „die Bewohner der verkauften Doppelhaushälfte verpflichtet sind, die Grundleistungen des Betreuungsangebotes der Seniorenwohnanlage in Anspruch zu nehmen und einen der Anlage entsprechenden Betreuungsvertrag mit dem Verein abzuschließen.“

Zwar ist es richtig, dass eine ordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses dann treuwidrig und deshalb unwirksam ist, wenn der Kündigende bei Beendigung des Vertrages zum Neuabschluss dieses Vertrages ver-

² OLG Frankfurt, Urteil vom 06. Dezember 2001 – 15 U 208/00 n.v.

³ BGH WM 2006, 2374 [Tz. 14 ff. juris]; LG Lüneburg NJW-RR 2001, 1637; zustimmend: Palandt – *Grüneberg* BGB, 68. Aufl., [2010], § 309, Rdn. 81; Münch-Komm-Kieninger BGB, 5. Aufl., § 309 Nr. 9, Rdn. 6; *Dammann* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht, 5. Aufl. [2009], § 309 Nr. 9, Rdn. 15.

pflichtet ist.⁴ Zum Neuabschluss eines Betreuungsvertrages aber, der eine nichtige Kündigungsklausel enthält, kann A jedoch nicht verpflichtet werden. Einen solchen Kontrahierungszwang gibt es nicht⁵.

2.) Nach dem soeben gefundenen Ergebnis fragt es sich, ob die Gemeinde D. jedenfalls – wie zuvor geschehen – mit einem Anspruch auf Unterlassung der Nutzung gegen A deshalb vorgehen kann, weil dieser *derzeit* keinen Betreuungsvertrag geschlossen hat. Anspruchsgrundlage für eine Untersagung der Nutzung durch die Gemeinde kann allein § 1004 BGB sein.

Der Gemeinde ist ein Wohnungsbesetzungsrecht eingeräumt worden. Hierbei handelt es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090, 1018 BGB). Diese gibt der Gemeinde das Recht nur solchen Personen die Nutzung des Grundstücks zu überlassen,

- die das 60. Lebensjahr vollendet haben (a.) und
- die von der Gemeinde benannt worden sind (b.).

Damit handelt es sich um eine sog. Unterlassungsdienstbarkeit (§ 1018 BGB 2. Variante), deren Verletzung der Berechtigte über § 1027 BGB entgegenwirken kann. Nach dieser Vorschrift stehen dem Berechtigten die Rechte aus § 1004 BGB zu.

a.) Unstreitig hat A bereits die Altersgrenze von 60 Jahren deutlich überschritten.

b.) A hatte einen Betreuungsvertrag geschlossen. A war deshalb als Nutzer benannt und zwar im Wege der Fiktion. Schon vom Wortlaut her lässt sich ein Anspruch auf Unterlassung der Nutzung der eigenen Immobilie daher derzeit nicht begründen. Das könnte allenfalls dann eine andere Beurteilung erfahren, wenn die Gemeinde die Benennung unter Hinweis darauf, dass A den Betreuungsvertrag wirksam gekündigt hat, widerrufen könnte.

Der Anspruch auf Untersagung der Nutzung gem. §§ 1004, 1027, 1090 Abs. 2 BGB setzt als notwendig voraus, dass

- ein Benennungsrecht überhaupt durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gesichert werden kann und ferner
- die Gemeinde die Benennung mit Rücksicht auf den fehlenden Betreuungsvertrag widerrufen könnte und sie schließlich
- diesen Widerruf auch wirksam ausgeübt hat.

Der Notar hatte bei der Beurkundung ausdrücklich Zweifel anklingen lassen, ob ein zeitlich uneingeschränktes Besetzungsrecht als sittenwidrig oder aber als gegen Treu und Glauben verstoßend angesehen werden könnte. Derartige

⁴ BGH WM 2006, 2374, [Tz. 14 juris]; BGH VersR 1982, 259, 260; OLG Brandenburg NJW 2001, 450, 451, [Tz. 27 juris]; Palandt-Grüneberg aaO, § 242 Rdn. 52 m.Nw.

⁵ BGH WM 2006, aaO.

Zweifel erweisen sich letztlich als nicht begründet, weil das Wohnungsbesetzungsrecht für eine juristische Person nicht notwendig zeitlich zu begrenzen ist. In § 1090 Abs. 2 BGB ist ausdrücklich geregelt, dass auch eine juristische Person Berechtigte einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein kann. Damit entfällt bereits eine zeitliche Schranke für das Recht. Dies folgt im Übrigen auch aus der Verweisung in § 1090 Abs. 2 BGB auf §§ 1059a ff. BGB, wonach das Recht in diesem Falle auf einen Dritten übertragbar ist⁶. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Dienstbarkeit in Form eines Wohnungsbesetzungsrechts steht *„heute nicht mehr in Frage“*⁷. Das wird und soll hier auch nicht in Zweifel gezogen werden.

Geht man davon aus, dass in einer Untersagung der Nutzung problemlos jedenfalls konkludent die Ausübung eines Widerrufs gesehen werden kann (§§ 133, 157 BGB), kommt es entscheidend darauf an, ob der Gemeinde ein Widerrufsrecht überhaupt zusteht. Eine solche Widerrufsmöglichkeit ist ihr in der Dienstbarkeit ausdrücklich nicht eingeräumt worden. Vielmehr fehlt eine Regelung für den Fall, dass eine Betreuungsvereinbarung zunächst abgeschlossen, im späteren Verlauf aber gekündigt wird. Man könnte nun erwägen, hier eine Regelungslücke zu sehen, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in der Weise geschlossen wird, dass dem Berechtigten der Dienstbarkeit ein Widerrufsrecht eingeräumt wird. Dann müsste aber tatsächlich eine Regelungslücke festgestellt werden können. Das dürfte jedoch mit Rücksicht auf § 1027 BGB zu verneinen sein. Nach § 1027 BGB stehen dem Berechtigten die in § 1004 BGB bestimmten Rechte zu, wenn eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird. Diese Vorschrift ist auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1090 Abs. 2 BGB ausdrücklich für anwendbar erklärt worden. Ob sich hierauf ein Widerrufsgrund stützen lässt, ist offensichtlich zweifelhaft. Bei dem Anspruch aus §§ 1090 Abs. 2, 1027, 1004 BGB handelt es sich nämlich um einen sachenrechtlichen Rechtsverwirklichungsanspruch, der gerichtet ist auf die Beseitigung fortdauernder oder Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen. Es wird *„die Wiederherstellung des dem Inhalt des verletzten Rechts entsprechenden Zustandes durch Wiederaufhebung der Beeinträchtigung erstrebt“*.⁸ Ein Recht die Gestattung zu widerrufen, kann über §§ 1027, 1004 BGB somit nicht begründet werden.

Analysiert man den Inhalt der Dienstbarkeit genau, ist festzustellen, dass die Dienstbarkeit selber gar keine Verpflichtung ausspricht, einen Betreuungsvertrag abzuschließen. Die entsprechende Regelung lautet in Satz 1:

„Die Wohnungen dürfen nur von Personen genutzt werden, die von der Gemeinde D. benannt werden.“

⁶ BayObLGZ 2000, 140.

⁷ BayObLGZ 2000, 140, 141; BayObLG MittBayNot 2001, 317.

⁸ Staudinger-Mayer BGB [2009], § 1027 Rdn. 10.

Hier geht es also rein um die Benennung, nicht aber um die Frage, ob die zur Nutzung berechtigte Person einen Betreuungsvertrag bereits abgeschlossen hat oder aber abschließen muss. Auch Satz 2 enthält explizit keine Verpflichtung zum Vertragsschluss. Heißt es doch:

„Diese Benennung gilt als erteilt für Personen, die oder für die gleichzeitig ein Betreuungsvertrag gemäß Anlage mit dem Verein Betreutes Wohnen e.V. oder deren Rechtsnachfolger abschließen bzw. abgeschlossen wird.“

Die Dienstbarkeit selbst enthält also überhaupt keine Regelung darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Benennung durch den Berechtigten erfolgen kann, auch nicht, wann die Gemeinde eine Benennung vornehmen muss. Die Norm stellt nur klar, dass jedenfalls dann, wenn ein Betreuungsvertrag geschlossen worden ist, die Benennung als fingiert gilt. Bedenken gegen die Eintragungsfähigkeit einer solchen Dienstbarkeit wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz können mit Rücksicht darauf zurückgestellt werden, dass sich die Unklarheit nur auf den Tatbestand der Benennung, nicht aber auf den Inhalt der Dienstbarkeit selbst bezieht⁹.

Es könnte aber für einen Widerruf der Gestattung ausreichend erscheinen, wenn nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des A zum Abschluss eines Betreuungsvertrages besteht. Immerhin hatte A in dem Kaufvertrag die zwischen dem Verkäufer und der Gemeinde sowie dem Verein Betreutes Wohnen gegenüber bestehenden Vereinbarungen und Verpflichtungen ausdrücklich anerkannt und übernommen. Problematisch erscheint es allerdings, ob eine Benennung überhaupt anknüpfen darf an eine derartige schuldrechtliche Bindung der Besitzer des Grundstücks, die einen Betreuungsvertrag mit einem bestimmten Vertragspartner nachweisen müssen. Das wäre jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die beschränkte persönliche Dienstbarkeit selbst keinen derartigen Inhalt haben könnte.

Joost¹⁰ sieht in der Verknüpfung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit einem bestimmten Betreuungsvertrag einen Abschlusszwang und damit eine unzulässige Beschränkung der rechtlichen Handlungsfähigkeit des Grundstückseigentümers, die über § 1090 BGB nicht erreicht werden könne. Untersucht man zunächst die zu diesem Thema vorliegenden gerichtlichen Entscheidungen, namentlich des Bayerischen Obersten Landesgerichts, das sich mit dem Wohnungsbesetzungsrecht mehrfach auseinandergesetzt hat, dann ist festzustellen, dass das Wohnungsbesetzungsrecht mit der Verknüpfung eines Betreuungsvertrages keinesfalls als rechtlich gesichert angesehen werden kann:

Der Bundesgerichtshof ist in seiner Entscheidung vom 13. Oktober 2006¹¹ in einem obiter dictum zu der Auffassung gelangt, dass bei der Bildung von

⁹ zutr.: LG München MittBayNot 2002, 400.

¹⁰ Joost in MüKo – BGB, 5. Aufl., § 1090 Rdn. 11.

¹¹ WM 2006, 2374.

Wohnungseigentum über eine *Teilungserklärung* die Sondereigentümer grundsätzlich verpflichtet werden können, jeweils einen Betreuungsvertrag über sog. Regelleistungen abzuschließen. Teilungserklärung und beschränkte persönliche Dienstbarkeit sind aber in ihrem Wesen grundverschieden. Zwar folgt aus dem Umstand, dass § 1019 BGB auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht anwendbar ist (vgl. § 1090 Abs. 2 BGB), dass für deren Zulässigkeit jeder rechtsschutzwürdige Zweck ausreicht, der mit Mitteln des Privatrechts erreichbar ist. Insoweit ähneln sich beide Rechtsinstitute durchaus. Aber Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann nur sein, was auch gemäß § 1018 BGB Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein kann. Hier besteht wegen des Typenzwangs des Sachenrechts (sog. *numerus clausus* des Sachenrechts) weitgehend ein Verbot der Gestaltungsfreiheit. Auch soweit vom Bundesgerichtshof ein Abschlusszwang über eine Teilungserklärung für zulässig erachtet wird, muss ein solcher Vertrag doch die zeitlichen Grenzen aufweisen, wie sie sich aus § 309 Ziffer 9 lit. a BGB ergeben oder aber jedenfalls über § 242 BGB in gleichem Maße gewonnen werden können.¹²

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat sich in mehreren Entscheidungen mit der Frage der Zulässigkeit eines Wohnungsbesetzungsrechts befassen müssen. In einer frühen Entscheidung vom 06. April 1982¹³ wird allerdings lediglich bestätigt, dass ein Wohnungsbesetzungsrecht, wonach der Eigentümer die auf dem belasteten Grundstück errichteten Wohnungen nur an solche Personen überlassen darf, die ihm von den Berechtigten benannt werden, als beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden darf. Über die hier in Rede stehende Problematik der *zusätzlichen Bindung an den Abschluss eines Betreuungsvertrages*, verhält sich diese Entscheidung nicht.

In der bereits angesprochenen Entscheidung vom 22. Mai 2000¹⁴ hat sich dieses Gericht nur mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts für eine juristische Person zwingend voraussetzt, dass das Recht zeitlich begrenzt ist und hat dies im Ergebnis zutreffend verneint. Das hier zu beurteilende Problem der Zulässigkeit der Vertragsbindung ist nicht in den Fokus des Senates geraten, heißt es doch in der Entscheidung lediglich, dass die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Unterlassungsdienstbarkeit in Form eines Wohnungsbesetzungsrechts, mit dem öffentliche Interessen verfolgt werden, heute nicht mehr in Frage steht.

¹² BGH aaO, [Tz. 15 ff. juris] unter Hinweis auf BGHZ 151, 164, 173 f. m.w.Nw.

¹³ BayObLGZ 1982, 184.

¹⁴ BayObLGZ 2000, 140.

Auch eine weitere Entscheidung des BayObLG vom 30. März 1989¹⁵ setzt sich mit der hier in Rede stehenden Problematik nicht direkt auseinander. In dieser Entscheidung billigt das Gericht lediglich, dass die Nutzung des auf dem belasteten Grundstücks zu errichtenden Gebäudes – eines sogenannten „Austragshauses“ [d.i. ein bayr. Altenteil] – für den landwirtschaftlichen Betrieb erhalten bleibt, solange es im Außenbereich liegt. Das Gericht hat dann im Weiteren die Zulässigkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit damit begründet, dass die gemäß § 35 BauGB privilegierte Nutzung des Wohnraums nur im Rahmen des landwirtschaftlichen Betriebs auf Dauer erhalten bleibt.

Aufschlussreich und ergiebig für das vorliegende Problem sind dagegen zwei Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts aus den Jahren 1980 und 1989. In Letzterer hatte das Gericht darüber zu befinden, ob eine Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit dem Inhalt zulässig ist, wonach der auf dem Grundstück zu errichtende Wohnraum nur durch Personen genutzt werden darf, die vom jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks mit Zustimmung der Gemeinde *im Rahmen der Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Betriebes bestimmt* werden kann.¹⁶ Diese Frage hat das Gericht in Abgrenzung zu der Entscheidung vom 30. März 1989¹⁷ ausdrücklich verneint, weil nämlich eine solche Eintragung lediglich eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthält. Ähnlich hatte das BayObLG schon 1980¹⁸ geurteilt, als es die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit dem Inhalt untersagte, jede Nutzung eines zu errichtenden Wohnhauses mit Altenteil zu unterlassen, die dem entgegensteht, dass dieses Wohnhaus dem jeweiligen Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebes des herrschenden Grundstücks dient. Das Wohnhaus hätte also immer dem jeweiligen Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebes des herrschenden Grundstücks, dessen Familie oder dessen landwirtschaftlichen Arbeitnehmern zur Verfügung stehen sollen. In der Art der tatsächlichen Benutzung des Grundstücks mache es nämlich keinen Unterschied, wer das auf dem Grundstück stehende Haus bewohne.¹⁹

Diese Entscheidungen sprechen deutlich dafür, in unserem Falle die Verknüpfung des Wohnungsbesetzungsrechts mit dem Abschluss eines Betreuungsvertrages für unzulässig anzusehen. Wenn nämlich nach § 1018 BGB zweite Alternative *„auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen,“* so ist damit eine Beschränkung der tatsächlichen Herrschaftsmacht des Eigentümers gemeint. Handlungen in diesem Sinne

¹⁵ BayObLGZ 1989, 89.

¹⁶ BayObLGZ 1989, 347.

¹⁷ BayObLGZ 1989, 89.

¹⁸ BayObLGZ 1980, 232.

¹⁹ BayObLGZ 1980, aaO [Tz. 34 juris].

sind tatsächliche Maßnahmen, die dem Grundstückseigentümer an sich erlaubt sind als Ausfluss des sich aus § 903 BGB ergebenden Rechts, mit dem Grundstück soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, beliebig zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Die vom Grundstückseigentümer übernommene Unterlassungspflicht darf daher nicht nur eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit erhalten. Das ist ganz herrschende Auffassung.²⁰ Das Verbot muss sich deshalb auf die Benutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht auswirken, also eine Verschiedenheit in der Benutzungsart zur Folge haben.²¹ Die Vornahme der verbotenen Handlung muss demgemäß zu einer anderen Benutzung des Grundstücks führen als dies bei den weiterhin zulässigen Handlungen der Fall wäre. In diesem Sinne aber stellt die Sicherstellung der Pflege der Hausbewohner keine Nutzungsart des Grundstücks dar. Erkennbar führt die Vertragsklausel nicht zu einer anderen Nutzungsart des Grundstücks. Als Zweck schält sich vielmehr ausschließlich die Sicherung eines rechtlichen Kontrahierungszwanges heraus. Das aber ist unzulässig.²²

Nach allem ist die Eintragung eines Wohnungsbesetzungsrechts in der Form einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit unzulässig, wenn die Benennung von dem Abschluss eines Betreuungsvertrages abhängig gemacht wird. In Konsequenz hieraus kann eine Benennung auch nicht deshalb widerrufen werden, weil der Verpflichtete keinen Betreuungsvertrag geschlossen hat. Als gesichertes Ergebnis bleibt danach festzuhalten: Ein Anspruch auf Untersagung der Nutzung kann nicht auf §§ 1090 Abs. 2, 1027, 1004 BGB gestützt werden.²³

²⁰ Vgl. grundlegend BGHZ 29, 244, 248 f.; BGH NJW 1962, 486 f.; NJW 1981, 343; BayObLGZ 1980, 232 [Tz. 29 juris]; BayObLGZ 1985 193 [Tz. 14 juris]; BayObLGZ 1989, 89, [Tz. 24 juris]; 1989, 347, [Tz. 12 juris]; Staudinger-Mayer aaO, § 1090 Rdn. 78 m.Nw.

²¹ BGHZ 29, 244, 250; BGH NJW 1962, 486 f.; BayObLGZ 1985, 193, 195.

²² Ausdrücklich: BayObLGZ 1985, 285, 289; 1997, 129, 133; s.a. Staudinger-Mayer, aaO, § 1018, Rdn. 78a.

²³ AA OLG Schleswig, Beschl. v. 30. Januar 2009 – 16 W 157/08: „Die Nutzung des streitigen Grundstücks ohne Benennung durch die [Gemeinde] und ohne einen bestehenden Betreuungsvertrag verletzt den Kern des Unterlassungsgebots“.

Der Stiftungszweck nach dem BGB

RAINER HÜTTEMANN

I. Einführung

Die Festlegung des Stiftungszwecks bildet ein notwendiges Element des Stiftungsgeschäfts unter Lebenden und von Todes wegen. Nach § 80 Abs. 1 Satz 2 BGB ist es allein dem Stifter vorbehalten, den Stiftungszweck „vorzugeben“. Zugleich gehört der Stiftungszweck nach § 81 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 BGB zu den notwendigen Bestandteilen der Stiftungssatzung. Eine entscheidende Bedeutung kommt dem Stiftungszweck auch für die Anerkennung einer Stiftung als rechtsfähig zu. Denn nach § 80 Abs. 2 BGB ist eine Stiftung nur dann als rechtsfähig anzuerkennen, wenn die „dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet“. Schließlich enthält § 87 BGB eine Regelung für den Fall, dass die Erfüllung des Stiftungszwecks „unmöglich geworden ist“.

Auf Grund seiner herausragenden Funktion für die Existenz der Stiftung wird der Stiftungszweck auch als die „Seele der Stiftung“ bezeichnet.¹ Doch was macht eigentlich die „Seele“ der Stiftung aus? Wie genau muss der Stifter den Stiftungszweck im Stiftungsgeschäft bestimmen? Ist mit dem in der Satzung anzugebenden Stiftungszweck nur das eigentliche Ziel der Stiftung (Stiftungszweck im engeren Sinne) gemeint oder müssen auch Angaben zu der Art seiner Verwirklichung gemacht werden? Wie verhalten sich die stiftungsrechtlichen Anforderungen an den Stiftungszweck zu den gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben, die für über 95 v.H. der deutschen Stiftungen von Bedeutung sind? Und schließlich: Hat der Begriff des Stiftungszwecks in §§ 80, 81 BGB möglicherweise eine andere Bedeutung als in § 87 BGB? Diese Fragen bilden den Gegenstand des nachfolgenden Beitrags, der *Dieter Reuter* – dem Doyen des deutschen Stiftungsrechts – gewidmet ist.

¹ Vgl. nur *Liermann*, in: Deutsches Stiftungswesen 1948–1966, S. 154.

II. Begriff des Stiftungszwecks

1. Begriffliche Unsicherheiten

Das modernisierte Stiftungsrecht verwendet den Begriff des Stiftungszwecks in den §§ 80 Abs. 2, 81 Abs. 1 Sätze 2 und 3 Nr. 3 sowie in § 87 BGB ohne eine gesetzliche Erläuterung, was den Stiftungszweck ausmacht. Eine solche begriffliche Präzisierung ist aber beispielsweise erforderlich, um beurteilen zu können, ob das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 Satz 2 BGB genügt und die Satzung die nach § 81 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 BGB erforderlichen Angaben enthält. Reicht es aus, wenn der Stifter seiner Stiftung nur ein relativ allgemeines Ziel (z.B. die Förderung von Kunst und Kultur) vorgibt oder bedarf es auch einer Regelung darüber, auf welche Weise (z.B. durch das Betreiben eines Museums in X) die Stiftung nach dem Willen des Stifters dieses Ziel erreichen soll? In der Begründung zu § 81 BGB findet sich nur der Hinweis, „der Stiftungszweck und die Maßnahmen zu seiner Verwirklichung sollten so bestimmt wie möglich formuliert sein, ohne aber im Hinblick auf die Dauerhaftigkeit zu eng zu sein.“² Die Formulierung – „und die Maßnahmen zu seiner Verwirklichung“ – deutet darauf hin, dass nach Ansicht der Gesetzesverfasser die alleinige Angabe des Stiftungszwecks zumindest in der Stiftungssatzung nicht ausreichen soll. Die Auffassungen im stiftungsrechtlichen Schrifttum sind geteilt.³ Die praktische Relevanz der Streitfrage ist eher gering, weil § 60 AO für gemeinnützige Stiftungen eine eindeutige gesetzliche Vorgabe enthält.⁴ Danach setzt die Gewährung der Steuervergünstigung nicht nur die satzungsmäßige Angabe des Zwecks, sondern auch Angaben zur Art seiner Verwirklichung voraus.⁵ Beide nach § 60 AO geforderte Elemente – der Zweck und die Art seiner Verwirklichung – werden in der Praxis auch vielfach in einer einzigen Satzungsbestimmung zusammengefasst.⁶ Soll diese Bestimmung später geändert werden, weil sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, stellt sich allerdings die Frage, ob es sich bei einer solchen Änderung immer um eine „Zweckänderung“ im Sinne von § 87 BGB handelt, die das Gesetz nur unter sehr

² BT-Drucks. 14/8765, S. 10.

³ Vgl. etwa *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, S. 121: „Angabe des Stiftungsziels (Stiftungszweck i.e.S.) ausreichend“. Für eine stiftungsrechtliche Pflicht zur Angabe der „Stiftungsziele und der Art ihrer Verwirklichung“ dagegen z.B. *Hüttemann*, ZHR 167 (2003), S. 52; ebenso wohl auch *Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, 2007, S. 57 ff.

⁴ Zutreffend *Happ* (Fn. 3), S. 58.

⁵ Vgl. zur satzungsmäßigen Gemeinnützigkeit statt vieler *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2008, § 4 Rz. 122 ff.

⁶ Statt vieler *Rawert* in Hoffmann-Becking/Rawert, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2010, I. 26.

engen Voraussetzungen (Unmöglichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks) zulässt. Wäre also – in Fortführung des oben gebildeten Beispiels – die Schließung des Museums in X stets als Zweckänderung im Sinne von § 87 BGB zu beurteilen oder hätte eine Satzungsänderung mit dem Ziel der Neuausrichtung der Fördertätigkeit (die Stiftung verfolgt künftig ihre kulturellen Zwecke ausschließlich durch Leihgaben an andere Museen) nur die Qualität einer „einfachen“ Satzungsänderung, die unterhalb der von § 87 BGB verlangten Voraussetzungen zulässig ist?⁷

2. Verbandsrechtliche Unterscheidung zwischen Zweck, Ziel und Gegenstand

Wer den Begriff des Stiftungszwecks zu klären versucht, wird einen Blick in das Verbandsrecht werfen, wo die Abgrenzung zwischen dem Verbandszweck und der Art seiner Verwirklichung ebenfalls relevant ist.⁸ So fordern § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG und § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG die satzungsmäßige Angabe des „Gegenstandes des Unternehmens“, während nach § 57 Abs. 1 BGB der „Zweck“ des Vereins anzugeben ist. Das Verhältnis von Verbandszweck und Verbandsgegenstand wird heute wohl überwiegend so verstanden, dass der Verbandszweck den Oberbegriff bildet, unter dem das Verbandsziel (der Endzweck) und der Verbandsgegenstand (die Tätigkeit des Verbandes) zusammengefasst werden.⁹ Im gesetzlichen Regelfall der Erwerbsgesellschaft (vgl. dazu nur die §§ 58 Abs. 4, 174 AktG, § 29 GmbHG) bildet also die Gewinnerzielung zugunsten der Gesellschafter das Ziel des Verbandes, während der Bereich der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft den Geschäftsleitern durch die satzungsmäßige Angabe des „Gegenstandes des Unternehmens“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG) von den Gesellschaftern vorgegeben werden muss. Durch die Angabe des Unternehmensgegenstandes – z.B. durch eine Branchenangabe – sollen nicht nur die Gesellschafter vor einer ungewollten Änderung der Geschäftstätigkeit (und ihres Beteiligungsrisikos) durch die Geschäftsleitung geschützt, sondern auch der Geschäftsverkehr über die Tätigkeit der Gesellschaft informiert werden.¹⁰ Dies ist deshalb geboten, weil der Zweck „Gewinnerzielung“ viel zu unbestimmt ist, um diese Funktionen zu erfüllen. Soll eine Kapitalgesell-

⁷ Zweifelnd *Happ* (Fn. 3), S. 87: „Materielle Wertung“ erforderlich.

⁸ Grundlegend dazu *Rawert*, Die Genehmigungsfähigkeit der unternehmensverbundenen Stiftung, 1990, S. 13 f.; vgl. aus dem neueren Schrifttum auch *Burgard* (Fn. 3), S. 110 ff.

⁹ Vgl. dazu aus dem Gesellschaftsrecht nur *Pentz* in MünchKommAktG, 2. Aufl. 2005, § 23 Rz. 76; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 97 f.; eingehend *Tiebes*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 1998 passim.

¹⁰ Zu Bedeutung und Funktion der Gegenstandsbestimmung vgl. nur *Tiebes* (Fn. 9), S. 45 ff.

schaft ausnahmsweise anderen als erwerbswirtschaftlichen Zwecken (also z.B. gemeinwirtschaftlichen oder gemeinnützigen Zwecken) dienen, muss dies nach allgemeiner Ansicht in der Satzung bestimmt sein.¹¹ Unstreitig ist auch, dass eine Änderung des Verbandsziels – also z.B. ein Wechsel von der erwerbswirtschaftlichen zur gemeinnützigen Zielsetzung – nur mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich ist.¹²

Im Unterschied zur Situation bei Kapitalgesellschaften bedarf es bei der Genossenschaft heute neben der Angabe des Gegenstandes auch einer Festlegung des Ziels. Denn seit der Reform von 2006¹³ kann eine Genossenschaft nach § 1 Abs. 1 GenG n.F. nicht nur der Förderung des Geschäftsbetriebs ihrer Mitglieder, sondern auch der Förderung sozialer oder kultureller Zwecke der Mitglieder dienen. Noch anders stellt sich schließlich die Rechtslage für den rechtsfähigen Verein dar. Nach § 57 Abs. 1 BGB ist der „Zweck“ in der Vereinssatzung anzugeben. Dazu gehört in jedem Fall die Angabe des Vereinsziels im Sinne des „obersten Leitsatzes für die Vereinstätigkeit“, da das Vereinsrecht neben dem Idealverein auch noch den wirtschaftlichen Verein kennt, der nach § 22 BGB nur durch Konzession Rechtsfähigkeit erlangen kann. Insoweit ist allerdings umstritten, ob die Angabe des Vereinsziels (z.B. die Förderung des Amateursports) im Rahmen von § 57 Abs. 1 BGB ausreicht, oder ob zusätzlich – insbesondere um dem Registerrichter die Prüfung der Eintragungsfähigkeit des Vereins zu ermöglichen (Verbot des wirtschaftlichen Vereins) – auch die geplante Vereinstätigkeit anzugeben ist.¹⁴ Andererseits ist anerkannt, dass nur eine Änderung des Vereinszwecks i.e.S. (insbesondere der Wechsel vom Ideal- zum Wirtschaftsverein) nach § 33 Abs. 1 S. 2 BGB der Zustimmung aller Mitglieder bedarf, nicht jedoch eine Änderung der Vereinstätigkeit.¹⁵

3. Gemeinnützigkeitsrechtliche Vorgaben

Auch das Gemeinnützigkeitsrecht statuiert für gemeinnützige Verbände eigenständige Satzungsanforderungen (§§ 59 ff. AO). Nach § 60 Abs. 1 AO müssen „die Satzungszwecke und die Art ihrer Verwirklichung“ so genau bestimmt sein, dass auf Grund der Satzung geprüft werden kann, ob die satzungsmäßigen Voraussetzungen für Steuervergünstigungen gegeben sind. In der verbandsrechtlichen Diktion verlangt das Steuerrecht also nicht nur die

¹¹ Statt vieler nur *Pentz* (Fn. 9), § 23 Rz. 76.

¹² Vgl. nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 4 II; *Pentz* (Fn. 9), § 23 Rz. 77.

¹³ Für einen Überblick vgl. *Hirte*, DStR 2007, 2166 ff.

¹⁴ Befürwortend etwa *K. Schmidt*, BB 1987, 556, 559; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 10. Aufl. 2005, Rz. 528.

¹⁵ Statt vieler *Reuter* in MünchKommBGB, 5. Aufl. 2006, § 33 Rz. 3 ff.; *K. Schmidt*, BB 1987, 556, 559.