

§ 516 Begriff der Schenkung

Christoph Becker

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Becker, Christoph. 2019. "§ 516 Begriff der Schenkung." In Handbuch der Beweislast, Band 2: §§ 1-811 BGB, edited by Gottfried Baumgärtel, Hans-Willi Laumen, and Hanns Prütting, 4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 930-35. Köln: Carl Heymanns.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



§ 516 Begriff der Schenkung

(1) Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

(2) ¹Ist die Zuwendung ohne den Willen des anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. ²Nach dem Ablauf der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der andere sie vorher abgelehnt hat. ³Im Falle der Ablehnung kann die Herausgabe des Zugewendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.

Literatur:

Bartsch/Bartsch, Das verschenkte Sparbuch – Beweisfragen bei angeblichen freigebigen Zuwendungen des Erblassers, ZEV 2003, 17 ff; *Böhr*, Beweislastprobleme bei der Schenkung, NJW 2001, 2059 ff; *Wacke*, Donatio non praesumitur. Ein sprichwörtliches Naturrechtsprinzip gegen ein versteinertes Beweislast-Dogma, AcP 191 (1991), 1 ff; *Wacke*, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument, in: *Zimmermann/Knüttel/Meincke*, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 325 ff.

Übersicht	Rdn		Rdn
I. Zustandekommen und Inhalt des Schenkungsvertrages		c) Verteidigung gegen Kondiktion	10
1. Ansprüche aus Schenkung	1	d) Verteidigung gegen Vindikation	11
2. Einwand der Schenkung	4	3. Schenkung als Tatbestandsmerkmal in anderen Vorschriften	13
a) Streit um schenkweisen Erlass eines Anspruchs	5	II. Fortbestand des Schenkungsvertrages	14
b) Streit um ursprünglichen Bestand eines Anspruchs	8	III. Änderungen	15
		IV. Vom Schenker zurückgehaltene Rechte	16
		V. Ungewollte Zuwendung (Absatz 2)	17

I. Zustandekommen und Inhalt des Schenkungsvertrages

1. Ansprüche aus Schenkung

- 1 Nicht anders als bei anderen vertraglichen Schuldverhältnissen belegt wirksames Zustandekommen und Inhalt des Schenkungsvertrages, wer aus Schenkung als Schenker (namentlich wegen Auflage nach § 525 I) oder Beschenkter (beispielsweise zum Vollzug oder wegen Gewährleistung nach §§ 523 f) Rechte als Anspruchsteller geltend machen möchte. Zum Sonderfall ungewollter Zuwendung (§ 516 II) siehe unten¹.
- 2 Die Beweislast erstreckt sich auf die von § 518 I verlangte Form² – so wie immer Einhalten nötiger Form nachweist, wer aus Rechtsgeschäft ihm Günstiges abzuleiten sucht³. Vollzug einer Schenkung heilt allerdings gem § 518 II den Formfehler. Deshalb ersetzt Nachweis (oder unstrittiger Befund) des Vollzuges den Formnachweis⁴.

1 Unten Rdn 17 ff.

2 *Staudinger/Wimmer-Leonhardt* (2005), § 518 Rn 51; *Staudinger/Chiusi* (2013), Rn 349. Siehe auch unten zu § 518.

3 S oben § 125 Rdn 1.

4 S dazu unten § 518 Rdn 5 ff.

Eine notarielle Urkunde begründet als öffentliche Urkunde gemäß § 415 I ZPO den vollen Beweis für die ausgetauschten Erklärungen. Doch ist dem Gegner gemäß § 415 II ZPO der Beweis des Gegenteils möglich⁵. Für die notarielle Urkunde spricht überdies wie für andere Urkunden eine Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit⁶. Damit kann sich indessen der mit dem Nachweis der Schenkung Belastete nicht begnügen, wenn die notarielle Urkunde das Geschäft nicht im Wortlaut genügend deutlich als Schenkung bezeichnet⁷.

2. Einwand der Schenkung

Unterschiedlich ist hingegen die Beweislast, wenn ein Anspruchsgegner einer Forderung den Einwand entgegenhält, er sei beschenkt worden.

a) Streit um schenkweisen Erlass eines Anspruchs

Auszugehen ist vom Grundsatz, dass Einwände von demjenigen zu belegen sind, der sie erhebt. Wer behauptet, ein Anspruch sei wegen nachträglicher Umwandlung des anspruchsbegründenden Geschäfts in eine Schenkung entfallen, trägt daher die Beweislast. Dasselbe gilt, wenn nur ein Teil des Anspruchs (angeblich) beseitigt wird, also der Schuldner Umwandlung in gemischte Schenkung behauptet.

Wenn beispielsweise ein Darlehensgeber den Darlehensnehmer zur Verzinsung (§ 488 I 2) oder zur Rückzahlung eines Gelddarlehens (§ 488 I 2 aE) auffordert, so belegt er nach allgemeinen Regeln das Darlehensgeschäft. Der Darlehensnehmer hingegen belegt seinen Einwand, die Pflichten seien schenkweise erlassen⁸. Ähnlich beweist ein zur Rückgabe aufgeforderter Leihnehmer oder Mieter, dass die Sache ihm mittlerweile geschenkt sei. Dasselbe gilt, wenn der Mieter oder der Käufer sich (weiterer) Zahlung unter Berufung auf nachträgliche Schenkung verweigern möchte.

Auf der sachenrechtlichen Ebene steht der angeblich im Nachhinein mit einer Sache Beschenkte nicht besser. Die Eigentumsvermutung des § 1006 I greift nicht, wenn feststeht, dass der Besitzerwerb zunächst nicht mit einem Eigentumswechsel verbunden war⁹. Nutzen hat § 1006 I 1 nur für den Käufer (und angeblich nochmaligen Beschenkten) wegen einer Behauptung, der Verkäufer habe ihm die nicht sogleich bezahlte Kaufsache ohne Eigentumsvorbehalt (§ 158 I) übereignet (§ 929 Satz 1).

b) Streit um ursprünglichen Bestand eines Anspruchs

Wenn allerdings der zu Rückzahlung, Herausgabe oder (weiterer) Zahlung Aufgeforderte behauptet, es habe von Anfang an kein Darlehen, keine Leihe, keine Miete, kein Kauf usw., sondern Schenkung (oder gemischte Schenkung) vorgelegen, so bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Anspruchsteller alles darlegt und beweist, was seinen Anspruch trägt. Er muss nachweisen, dass nicht Schenkung (oder gemischte Schenkung), sondern (reines) Darlehen, Leihe¹⁰, Miete, Kauf, Treuhand¹¹ oder sonst eine den Anspruchsteller verpflichtende Schuldbeziehung verabredet war. Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit, desgleichen Hingabe auf Zeit oder für immer, sind gleichermaßen zur Verfügung gestellte Gestaltungsmöglichkeiten, aus denen die Beteiligten privatautonom wählen. Jeder Anspruchsteller ist gehalten, die von ihm favorisierte Lesart zu erhärten¹². Wer also ein Entgelt oder

⁵ S oben § 128 Rdn 4.

⁶ Hinsichtlich notarieller Urkunde über Grundstückskauf BGH BGHReport 2002, 859, 860.

⁷ OLG Köln OLGR Köln 2001, 127 f.

⁸ Zur Beweislast wegen des (gegenüber seinem Grundgeschäft Schenkung abstrakten) Erlassvertrages gemäß § 397 I s oben § 397 Rdn 1.

⁹ KG KGR 1996, 21; *Palandt/Herrler*, § 1006 Rn 4; *Baumgärtel/Laumen*, Bd 3, § 1006 Rn 6 mwN.

¹⁰ Beispiel für Beweisbelastung des Klägers, der ein angeblich nur geliehenes Klavier zurückfordert und auf den Schenkungseinwand stößt: BGH FamRZ 1970, 586.

¹¹ Beispiel für Streit, ob Treuhand oder Schenkung vereinbart war: BGH WM 1962, 1372 f; allerdings ohne deutliche Aussage zur Beweislast.

¹² Vgl *Heinrich*, Die Beweislast bei Rechtsgeschäften, 1996, S. 147 ff; *PWW/IM. Stürner*, Rn 30.

die Rückgabe fordert, belegt nicht eigentlich die Negation der Schenkung¹³, sondern positiv das Geschäft, welches den Anspruch auf Entgelt oder Rückgabe erzeugt. Das müsste er wegen eines Entgelts auch tun, wenn der Anspruchsgegner ohne Berufung auf Schenkung behauptet, nicht vertraglich mit dem Anspruchsteller verbunden zu sein. Deshalb ist es auch nicht zuviel verlangt¹⁴, wenn der Anspruchsteller die Behauptung des Gegners, ihm sei Schenkung zugesagt, entkräften muss¹⁵. Die Beweislast des Anspruchstellers erstreckt sich bei vollzogener Sachhingabe auch auf die Eigentumslage, da § 1006 I Eigentumserwerb des Empfängers vermuten lässt¹⁶.

- 9 Vielfach werden zugunsten des Anspruchstellers Erfahrungssätze gegen Schenkung sprechen und dabei den Beweis des ersten Anscheins liefern oder zumindest in der Beweiswürdigung eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit gegen Schenkung ausdrücken¹⁷. Es kann sogar aus der Gesamtheit der Umstände eine tatsächliche Vermutung gegen Schenkung abzuleiten sein¹⁸. In der Tat trifft noch heute die Rechtsregel zu, wonach man Schenkung nicht vermute (*donatio non praesumitur*)¹⁹. Eine Vermutung für Einigung auf Schenkung gibt es weder in beliebiger Personenkonstellation noch auch nur für Geschäfte unter nahen Angehörigen²⁰. Das Gesetz sieht Unentgeltlichkeit als nicht überwiegend wahrscheinlich an. Man erkennt dies daran, dass es Unentgeltlichkeit nur in bestimmten Zusammenhängen bei bestimmten familiären Beziehungen vermutet²¹, nämlich in §§ 685 II, 1360b (ggf mit § 5 Satz 2 LPartG), 1620 (wo sie nicht notwendig Schenkung bedeutet, sondern eher unbenannte Zuwendung mit Rücksicht auf die familiären Verhältnisse). Die allgemeiner gehaltenen Regelungen zu Werk- und Dienstvertrag (§§ 612 I, 632 I) hingegen tendieren eher zur Entgeltlichkeit (wobei freilich hier Unentgeltlichkeit ebenfalls nicht Schenkung bedeuten würde, sondern Auftrag)²². Gleichwohl kann ein markantes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung eine gemischte Schenkung vermuten lassen²³.

c) Verteidigung gegen Kondiktion

- 10 In der Meinungsverschiedenheit um die Basis für eine Vermögensverlagerung kann Schenkung nicht nur Alternative zu einem anderen Geschäft sein. Sie kann auch gegen (angebliche) ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 I) stehen. Es ist nun nicht Aufgabe des Herausgabe Fordernden, mit Beweisführung jeden erdenklichen Rechtsgrund auszuschließen. Vielmehr hat der widerstrebende (vermeintliche) Kondiktionsschuldner im Sinne einer sekundären Behauptungslast darzulegen, dass seine Bereicherung auf einem gewissen Rechtsgrund beruht²⁴. Lediglich Beweis zum Ausschluss dieses Rechtsgrundes – aber immerhin dafür – braucht dann der Gläubiger zu führen²⁵ (wegen des

13 Einen derartigen negativen Beweis annehmend und für unzumutbar erklärend AG Adelsheim MDR 1969, 307, mit zu Recht abl Anm E. Schneider, MDR 1969, 666 f.

14 So allerdings aus rechtshistorischer Sicht Wacke, AcP 191 (1991), 1 ff, 9 ff; Wacke, Europäische Spruchweisheiten, in: Zimmermann/Knüttel/Meincke, Rechtsgeschichte, 325, 353 ff.

15 Staudinger/Cremer (1995), Rn 113.

16 MK-BGB/Koch, Rn 51; Staudinger/Chiusi (2013), Rn 342.

17 BGH NJW 1961, 777, 779.

18 OLG Koblenz MDR 2003, 19.

19 S Wacke, AcP 191 (1991), 1 ff; Wacke, Europäische Spruchweisheiten, in: Zimmermann/Knüttel/Meincke, Rechtsgeschichte, 325, 355 ff. Kleine Fundstellenübersicht zu der Regel in: Liebs/Lehmann/Möhring/Strobel, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 6. Aufl 1998, D.70.

20 PWW/M. Stürner, Rn 29; Staudinger/Cremer (1995), Rn 113; Staudinger/Chiusi (2013), Rn 352.

21 Siehe BGH NJW 1995, 1349, 1350.

22 Wacke, AcP 191 (1991), 1 ff, 5 ff.

23 BGH NJW 1995, 1349, 1350 mwN; OLG Köln OLGR 2000, 416 f; OLG Köln OLGR 2000, 443.

24 BGH JZ 2000, 568, 569 = MDR 1999, 1371.

25 S betreffend Behauptung einer Sicherungsabrede gegen Kondiktion einer Grundschuld BGH NJW 1990, 392, 393. Beweisbelastung des Bereicherungsgläubigers bei Einwenden einer Schenkung in BGH NJW 1999, 2887; BGH NJW-RR 2007, 488, 489; Palandt/Weidenkaff, Rn 19; Staudinger/Wimmer-Leonhardt (2005), § 518 Rn 52 f; Staudinger/Chiusi (2013), Rn 347.

Sonderfalles in § 516 II siehe unten²⁶). Als einen solchen Rechtsgrund kann der auf Herausgabe Belangte Schenkung wie jeden anderen Rechtsgrund anführen. Der Satz, dass Schenkung nicht vermutet wird, nimmt der Behauptung einer Schenkung nicht die Kraft, den Anspruchsteller zum Beweis zu zwingen²⁷. Nichtvermutung einer Schenkung ist weniger als Vermutung einer Nicht-Schenkung. Auch wenn Schenkung weniger wahrscheinlich als andere Geschäfte ist, ist sie doch nicht so unwahrscheinlich, als dass man sie im Grundsatz ausschließen dürfte. Allerdings erleichtert sich die Beweislast des Kondiktionsgläubigers, wenn die unstreitigen Umstände die Wahrscheinlichkeit einer Schenkung sehr reduzieren²⁸. Das kann sogar bis zu einer Beweislastumkehr reichen. Doch ist Beweisbelastung des Kondiktionsschuldners stets nur Ausnahme von der Regel²⁹. Eine Ausnahme macht auch immer der Formfehler heilende Vollzug der Schenkung; ist er umstritten, führt insoweit stets der angeblich Beschenkte den Beweis³⁰.

d) Verteidigung gegen Vindikation

Gegen Vindikation nach § 985 wehrt sich der Besitzer auf sachenrechtlicher Ebene mit der Behauptung, er selbst sei Eigentümer, oder auf schuldrechtlicher Ebene mit dem Einwand, er sei (gemäß § 986) besitzberechtigt. Zu seiner Eigentumsbehauptung hilft dem Besitzer die Vermutung nach § 1006 I 1³¹; sie nötigt dem Gläubiger den Beweis auf. Die Vermutung, der Besitzer sei (spätestens) seit seinem Besitzerwerb Eigentümer, greift auch dann, wenn der Besitzer anführt, sein Besitzerwerb beruhe auf Schenkung³². Für Eigentumswerb zu einem späteren Zeitpunkt als dem der Besitzerlangung liefert § 1006 I 1 keine Vermutung³³. Ebenso wenig hilft die Vorschrift, wenn der (angebliche) Eigentumswerb nur nach § 952 die Folge eines (angeblichen) Rechtsübergangs ist, namentlich bei der (angeblichen) Abtretung von Sparguthaben; hier muss der Empfänger seinen Erwerb belegen³⁴.

Zum behaupteten Besitzrecht führt stets der Besitzer den Beweis³⁵. Dies ergibt sich aus der von der Anspruchsbegründung in § 985 getrennten Anordnung der Vorschriften über das Besitzrecht in § 986. Das Besitzrecht ist Ausnahme und bedarf als solche des Schuldner-Beweises. Das betrifft auch eine angebliche Schenkungsabrede, welche einen späteren Eigentumswerb vorbereitet.

3. Schenkung als Tatbestandsmerkmal in anderen Vorschriften

Schenkungen erscheinen verschiedentlich als Tatbestandsmerkmal außerhalb von §§ 516 ff. Beispielsweise wird schenkweise Erworbenes bei Bestimmung des Zugewinnausgleichs nach § 1374 II dem Anfangsvermögen (§ 1374 I) zugerechnet. Schenkungen können nach dem Tode des Schenkers

26 Unten Rdn 17 ff.

27 *Staudinger/Chiusi* (2013), Rn 347 f. Gänzlich gegen Beweisbelastung des Kondiktionsgläubigers zum Schutze vor risikoloser Schenkungsbehauptung des Bereicherten ins Blaue hinein *Wacke*, AcP 191 (1991), 1 ff, 12 f; *Wacke*, Europäische Spruchweisheiten, in: *Zimmermann/Knüttel/Meinke*, Rechtsgeschichte, 325, 356 f.

28 BGH NJW 1999, 2887 = MDR 1999, 1371 = FamRZ 1999, 1265 = ZZZ 114 (2001), 77 m Anm *Wacke*.

29 BGH NJW 1999, 2887 (FN 28) mit Verweis auf BGH NJW 1986, 2107, 2108, als Beispiel für ausnahmsweise Belastung des (vermeintlichen) Kondiktionsschuldners. BGH NJW 1986, 2107, 2108 verweist seinerseits auf RG JW 1913, 30, 31; BGH LM § 1006 BGB Nr 13. Dort allerdings geht es um Nichtanwendung der Eigentumsvermutung aus § 1006 I nach Übernahme des Sparbuches, da das Eigentum gemäß § 952 I der Zession der Guthabenforderung lediglich folgt (siehe sogleich Rdn 11).

30 S unten § 518 Rdn 5 ff.

31 *PWW/M. Stürner*, Rn 30.

32 Für Zurückweichen von § 1006 hinter den Satz, Schenkung werde nicht vermutet, hingegen *Wacke*, AcP 191, 1991, 1 ff, 14 ff.

33 Siehe oben Rdn 7.

34 RG JW 1913, 30, 31; BGH LM § 1006 Nr 13; OLG Koblenz ZERb 2003, 381, 382; *Wacke*, AcP 191 (1991), 1 ff, 22.

35 *Palandt/Herrler*, § 986 Rn 2.

in der Erbaueinsetzung gemäß § 2050 III ausgleichspflichtig sein. Die Ausgleichung kann sich gemäß § 2316 auf eine Pflichtteilsbestimmung erstrecken, und nach Maßgabe von § 2315 I muss der Pflichtteilberechtigte sich seinerseits Schenkungen anrechnen lassen. Wer immer sich auf derartige Vorschriften beruft, ist zum Befund einer Schenkung darlegungs- und beweisbelastet³⁶.

II. Fortbestand des Schenkungsvertrages

- 14 Wer sich davon begünstigt sieht, dass der Schenkungsvertrag einvernehmlich aufgehoben wurde, belegt die Aufhebung. Dasselbe gilt für Rücktrittserklärung nach § 349³⁷ oder Erklärung des Widerrufs wegen groben Undanks nach § 531 I³⁸. Geht es um eine eigene Rücktritts- oder Widerrufserklärung, muss, wer die Beseitigung des Schenkungsvertrages behauptet, im Streitfalle auch den Grund belegen³⁹.

III. Änderungen

- 15 Den Beweis führt, wer sich darauf beruft, der Schenkungsvertrag sei nachträglich abgeändert⁴⁰.

IV. Vom Schenker zurückgehaltene Rechte

- 16 Der (angeblich) Beschenkte kann bestreiten, dass der Schenker sich oder einem anderen Rechte vorbehielt. Das betrifft zum einen Auflagen⁴¹. Zum anderen kann sein Leugnen sich auf Belastungen des Schenkungsgegenstandes beziehen. Solche Belastungen – namentlich einen Nießbrauch (§§ 1030 ff), eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090 ff), insbesondere ein Wohnungsrecht (§ 1093), oder eine Reallast (§§ 1105 ff) – sowie die zugehörigen schuldrechtlichen Absprachen, weist der angeblich Begünstigte nach. Das ist je nach Inhaberschaft am behaupteten Recht der Schenker oder ein Dritter.

V. Ungewollte Zuwendung (Absatz 2)

- 17 § 516 II behandelt den Sonderfall, dass der Zuwendende Schenkungsabsicht hat, aber der Schenkungsvertrag einstweilen noch nicht besteht. Im Streit darum, ob der Schenkungsvertrag noch zustande kam, ist beweisbelastet, wer sich auf den Vertrag beruft.
- 18 Das gilt auch für den Empfänger, der sich gegen eine Kondiktion wehrt. Wenn feststeht, dass der Empfang nicht anfänglich seinen Rechtsgrund in einem Schenkungsvertrag hatte, muss der Empfänger belegen, dass ein Rechtsgrund nachgeschoben wurde⁴².
- 19 Die Beweislast reduziert sich, wenn der Zuwendende den Empfänger gemäß § 516 II 1 zur Äußerung binnen einer Frist auffordert. Schweigen bringt gemäß § 516 II 2 den Vertrag zustande. Es genügt daher für den Beweis der nachträglichen Schenkungsabrede, wenn der am Schenkungsvertrag Interessierte den Nachweis für eine Fristsetzung erbringt⁴³. Der nicht am Vertrag interessierte Gegner (im Falle einer Kondiktion des Zugewandten nach §§ 812 I 1 Fall 1, 516 II 3 der Zuwendende) belegt den Eingang einer Ablehnungserklärung⁴⁴. Er belegt auch die Rechtzeitigkeit der Ablehnung⁴⁵ – wegen umgekehrter Interessenlage ist dies anders, als wenn jemand behauptet, dass

36 Vgl OLG Brandenburg NJW 2008, 2720, 2721, betreffend Darlegungslast des Ehegatten, welcher gemäß § 1374 II wünscht, ein besonders günstiges Los in der Erbaueinsetzung möge als gemischte Schenkung mit dem Schenkanteil dem Anfangsvermögen zugerechnet werden.

37 S oben § 349 Rdn 1.

38 S unten § 531 Rdn 1.

39 S wegen Rücktritts oben § 346 Rdn 2; wegen Widerrufs unten § 530 Rdn 1 f.

40 S allg zur Vertragsänderung oben § 311 Rdn 1.

41 Dazu unten bei § 525.

42 S hingegen oben Rdn 10, wenn die Parteien darum streiten, ob bei Zuwendung Schenkung vereinbart war.

43 Palandt/Weidenkaff, § 516 Rn 18.

44 Staudinger/Chiusi (2013), Rn 358.

der Gegner ein Recht wegen Zeitablaufs nicht mehr durchsetzen könne⁴⁶; dort erbringt den Nachweis für Unpünktlichkeit, wer Verspätung vorträgt.

45 *Staudinger/Chiusi* (2013), Rn 349.

46 Vgl oben § 186 Rdn 1.

1 *Staudinger/Wimmer-Leonhardt* (2005), § 516 Rn 1.

2 Zur Beweislast wegen des Befundes einer Schenkung s oben § 516 Rdn 1.

1 S bereits oben § 516 Rdn 2.

2 *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, Rn 51.

3 Siehe Vermutung für eine notarielle Urkunde über Grundstückskauf BGH BGHReport 2002, 859, 860.
Zur Vermutung von Vollständigkeit und Richtigkeit der Privaturkunde s oben § 125 Rdn 2 ff.