

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar im Landesdienst Daniel Schaal,  
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,  
Lörrach

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

## 4/2011

August

Seiten 149-175

## Inhalt

### Abhandlungen

Lutz  
Der Treuhänder gemäß § 71 UmwG.....150

Rechtsprechung.....154

Buchbesprechungen.....169

Aktuelles aus dem Steuerrecht  
(Mensch).....171

## Inhaltsverzeichnis

### Abhandlung

**Timo Lutz, Notarvertreter, Filderstadt-Bernhausen**

Der Treuhänder gemäß § 71 UmwG 150

### Rechtsprechung

1. BGH, 29.06.2011, VII ZB 89/10  
Klauselumschreibung auf Rechtsnachfolger des Gläubigers  
ohne Nachweis des Eintritts in den Sicherungsvertrag 154
  
2. BGH, 19. Januar 2011, (IV ZR 7/10)  
Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers grundsätzlich nicht sittenwidrig  
**m. Anm. Dr. Michael Kleensang, Heidelberg** 158
  
3. OLG München, 26.05.2011 – 31 Wx 52/11  
Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft gem. § 1483 BGB a.F.;  
Umdeutung eines Erbteilsübertragungsvertrages; Erteilung eines Zeugnisses über  
die fortgesetzte Gütergemeinschaft nach deren Beendigung 164
  
4. OLG Karlsruhe 08.02.2011 - 14 Wx 52/10  
Zur Auslegung eines handschriftlichen Testaments ohne ausdrückliche Erbinsetzung und Erbquoten. 167

### Buchbesprechungen

Hügel. GBO - Grundbuchordnung. Kommentar (Böhringer) 169

Dorsel; Kölner Formularbuch Erbrecht (Mensch) 170

**Aktuelles im Steuerrecht (Mensch)** 171

# Der Treuhänder gemäß § 71 UmwG

( von Timo Lutz, Notarvertreter<sup>1</sup>, Filderstadt )

## I. Problemaufriss

## II. Sinn und Zweck der Bestellung

## III. Person des Treuhänders und Ablauf der Bestellung

## IV. Aktiengesellschaft ohne verbriefte Aktien und ohne bare Zuzahlung

## V. Verzicht auf die Bestellung eines Treuhänders

## VI. Treuhänder bei der Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft bzw. bei Verzicht auf die Anteilsgewährung

## VII. Aktien und Bare Zuzahlungen

## VIII. Anzeige gegenüber dem Registergericht

## VIII. Verstoß gegen § 71 UmwG

## IX. Formulierungsvorschläge

- Formulierungsvorschlag bei einer Aktiengesellschaft mit verbrieften Aktien
- Formulierungsvorschlag bei einer Aktiengesellschaft mit Ausschluss der Verbriefung
- Formulierungsvorschlag bei einem Verzicht auf die Bestellung

## X. Fazit

### I. Problemaufriss

Bei der Beurkundung eines Verschmelzungsvertrages unter Beteiligung einer Aktiengesellschaft als übernehmender Rechtsträger hat der übertragende Rechtsträger einen Treuhänder zu bestellen.

„ Jeder übertragende Rechtsträger hat für den Empfang der zu gewährenden Aktien und der baren Zuzahlungen einen Treuhänder zu bestellen. Die Verschmelzung darf erst eingetragen werden, wenn der Treuhänder dem Gericht angezeigt hat, dass er im Besitz der Aktien und der im Verschmelzungsvertrag festgesetzten baren Zuzahlungen ist.

§ 26 Abs. 4 ist entsprechend anzuwenden.“

Es soll nachfolgend dargestellt werden, welchen Zweck die Bestellung dieses Treuhänders hat, wer die Person des Treuhänders sein kann, ob die Bestellung eines Treuhänders entfallen kann und welche Folgen ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 71 UmwG hat. Besonders soll untersucht werden, ob bei der Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf eine Muttergesellschaft ein Treuhänder nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift überhaupt notwendig ist.

## II. Sinn und Zweck der Bestellung

Die Bestellung eines Treuhänders hat den Zweck, dass die im Rahmen der Verschmelzung an die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers zu gewährenden Mitgliedschaftsrechte und baren Zuzahlungen bereit stehen<sup>2</sup>. Die Vorschrift dient dem Schutz der Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers<sup>3</sup>. Die Maßgeblichkeit dieser Bestimmung ist jedoch mit der Kommentarliteratur als gering einzustufen, da die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG mit Wirksamwerden der Verschmelzung Anteilshaber des übernehmenden Rechtsträgers werden<sup>4</sup>. Zu beachten ist auch, dass durch die Bestellung eines Treuhänders der Zugriff durch Gläubiger des übertragenden oder/und übernehmenden Rechtsträgers kaum möglich erscheint<sup>5</sup>.

## III. Person des Treuhänders und Ablauf der Bestellung

Der Treuhänder kann eine natürliche oder juristische Person sein<sup>6</sup>. Eine besondere Qualifikation hat er nicht zu erfüllen. Es soll auch möglich sein, mehrere Personen gemeinsam als Treuhänder zu bestellen. Hierbei stellt sich die Frage, wie der Mitbesitz an den übergebenen Aktienurkunden durch diese auszuüben ist. Meines Erachtens bedarf es hier der Einräumung qualifizierten Mitbesitzes. Vorteil der Bestellung mehrerer Personen ist natürlich eine höhere Sicherheitsgewähr für die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers. In der Regel ist diese jedoch dann nicht erforderlich, wenn zum Beispiel ein inländisches Kreditinstitut zum Treuhänder bestellt wird.

Die Bestellung des Treuhänders erfolgt durch das Vertretungsorgan des übertragenden Rechtsträgers. Ausreichend ist die Bestellung durch die vertretungsberechtigten Organe in vertretungsberechtigter Zahl<sup>7</sup>.

Sind an der Verschmelzung mehrere übertragende Rechtsträger<sup>8</sup> beteiligt, so ist für jeden der beteiligten Rechtsträger ein Treuhänder zu bestellen. Zulässiger- und zweckmäßigerweise kann ein und dieselbe Person für jeden der übertragenden Rechtsträger zum Treuhänder bestellt werden.

Bei der Bestellung handelt es sich in der Regel um einen Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag. Bei der Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft

- 1 Notariat Filderstadt-Bernhausen<sup>2</sup>
- 2 Grunewald in Lutter, 4. Auflage, § 71 UmwG Rz. 2
- 3 Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 1
- 4 Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 1, Grunewald in Lutter, 4. Auflage, § 71 UmwG Rz. 2;
- 5 So zutreffend dargestellt durch Grunewald in Lutter, 4. Auflage, § 71 UmwG Rz. 2; Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 18
- 6 Stratz in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage, § 71 UmwG Rz. 1
- 7 Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 8; Grunewald in Lutter, 4. Auflage, § 71 UmwG Rz. 3
- 8 § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwG

1 Notariat Filderstadt-Bernhausen<sup>2</sup>  
Grunewald in Lutter, 4. Auflage, § 71 UmwG Rz. 2

ist es sinnvoll den Alleingeschafter-Geschäftsführer zum Treuhänder zu bestellen. Damit stellt sich in dieser Situation die Problematik des § 181 BGB. Daher ist darauf zu achten, dass in diesem Fall von § 181 BGB Befreiung erteilt worden ist.

Bei einer Aktiengesellschaft als übertragender Rechtsträger ist damit besondere Vorsicht geboten. In diesem Fall kann bei einem Rechtsgeschäft zwischen der Aktiengesellschaft und dem Vorstand dieser die Aktiengesellschaft nicht vertreten. Eine Befreiung von § 181 BGB ist nicht zulässig<sup>9</sup>. Daher hat hier der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft zu vertreten.

Wichtig ist, dass die Person des Treuhänders nicht unabhängig von dem übernehmenden Rechtsträger sein muss. Das heißt, der Treuhänder muss nicht neutral sein. Damit kann auch ein Gesellschafter oder Vertretungsorgan des übernehmenden Rechtsträgers Treuhänder für die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers sein<sup>10</sup>.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass an die Person des Treuhänders keine besonderen Anforderungen zu stellen sind und es zweckmäßig ist, diesen bereits in dem notariell zu beurkundenden Verschmelzungsvertrag zu bestellen. Da es sich hierbei um ein Rechtsgeschäft zwischen dem übertragenden Rechtsträger und dem Treuhänder handelt, bedarf es noch dessen ausdrücklicher Annahmeerklärung<sup>11</sup>.

#### IV. Aktiengesellschaft ohne verbriefte Aktien und ohne bare Zuzahlung<sup>12</sup>

Es stellt sich die Frage, ob bei einer Aktiengesellschaft, bei welcher die Einzelverbriefung der Aktien ausgeschlossen ist, ein Treuhänder zu bestellen ist. Nach dem Sinn und Zweck der Norm hat der Treuhänder die Bereitstellung der Mitgliedschaftsrechte an dem übernehmenden Rechtsträger zu überwachen.

Es stellt sich jedoch hier die berechtigte Frage der Sinnhaftigkeit dieser Regelung. Sofern keine Aktien bereit gestellt werden und bare Zuzahlungen nicht erfolgen, wie soll dann der Treuhänder die Bereitstellung der Aktien überwachen. Die Argumentation, dass die Bestellung auch in diesem Fall nicht entfällt, da der Treuhänder darauf zu achten hat, dass die unverbrieften Mitgliedschaftsrechte zur Verfügung gestellt werden, ist meines Erachtens verfehlt. Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG werden die Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers mit Wirksamwerden der Verschmelzung Aktionäre des übernehmenden Rechtsträgers. Worin soll somit das Risiko der Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers bestehen, wenn ein Treuhänder nicht bestellt wird. Ein Verlust der Mitgliedschaftsrechte droht meines Erachtens gerade nicht. Der Schutzzweck des § 71 UmwG, nämlich die Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers vor dem Verlust ihrer Mitgliedschaftsrechte zu schützen, spielt hier keinerlei Rolle.

Der anderen Ansicht in der Literatur, die vertritt, dass es auf eine Verbriefung nicht ankommt, ist daher meines Erachtens nicht zuzustimmen. Deren Begründung ist, dass der Schutzzweck der Norm, nämlich die Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers vor dem Verlust ihrer Mitgliedschaftsrechte zu schützen ohne dass die sofortige Bereitstellung der Mitgliedschaftsrechte an dem übernehmenden Rechtsträger gewährleistet ist, nicht alleine durch den Ausschluss der Verbriefung entfällt<sup>13</sup>.

Wenn man seinen gesunden Menschenverstand zu Rate zieht, dann fällt auf, dass hier eine lebensfremde Argumentation ins Feld geführt wird. Der Treuhänder würde allein aus purem Formalismus bestellt, ohne dass dieser tatsächlich eine überwachende Funktion ausüben würde. Der Treuhänder kann hier keine verkörperte Urkunde in Besitz nehmen oder sich von deren Bereitstellung vergewissern. Die Frage ist, was er denn dann in diesem Fall für eine Aufgabe wahrnimmt. Der Treuhänder hat die Bereitstellung und Gewährung von Mitgliedschaftsrechten zu überwachen. Die Frage stellt sich, wie dies überwacht werden soll. Eine Antwort ist praktisch schwer zu geben.

Allein ein denkbare, eher theoretischer Natur geprägtes Argument, könnte man im Fall des Ausschlusses der Verbriefung ohne bare Zuzahlungen für die Notwendigkeit der Bestellung anführen. Ein Ausschluss der Verbriefung muss nicht zwingend aufrecht erhalten bleiben. Es bleibt den Aktionären unbenommen, die Satzung der Aktiengesellschaft zu ändern und den Ausschluss der Verbriefung wiederum aufzuheben. Erfolgt dies zwischen der Beurkundung der Verschmelzung und dem Wirksamwerden dieser, dann würden Aktien zur Verfügung stehen. Hier könnte dem Treuhänder tatsächlich die Aufgabe zukommen diese für die Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers in Besitz zu nehmen<sup>14</sup>. Es ist meines Erachtens dennoch nicht erforderlich, dass immer vorsorglich eine Bestellung erfolgt. Dies stellt einen übertriebenen Formalismus dar.

#### V. Verzicht auf die Bestellung eines Treuhänders

Es gilt weiter zu klären, ob die Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers auf die Bestellung eines Treuhänders verzichten können und in welcher Form dieser Verzicht erfolgen muss. Die Bestellung des Treuhänders dient nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift dem Schutz der Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers. Damit ist meines Erachtens ein Verzicht aller Anteilhaber des übertragenden, und nicht nur der Erschienenen, möglich und zulässig. Die Bestellung des Treuhänders bedarf nach der gesetzlichen Regelung keiner bestimmten Form. Damit könnte die Bestellung schriftlich erfolgen. Es stellt sich jedoch die Frage, welcher Form der Verzicht auf die Bestellung bedarf. Meines Erachtens reicht auch hier die Schriftform aus. Es bietet sich jedoch an, im Rahmen der Beurkundung der notariellen Zustimmungsbeschlüsse die

9 § 112 AktG

10 Grunewald in Lutter, 4. Auflage, § 71 UmwG Rz. 4; Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 7

11 Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 9

12 § 10 Abs. 5 AktG

13 So auch Grunewald in Lutter, 4. Auflage, § 71 UmwG Rz. 7; aA Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 21 und Banehzadeh DB 2007, 1514 ff.

14 Hier genügt nach der Literatur mittelbarer Besitz; siehe Grunewald in Lutter, 4. Auflage, § 71 UmwG Rz. 7

Verzichtserklärung mitzubeurkunden.

## VI. Treuhänder bei der Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft bzw. bei Verzicht auf die Anteilsgewährung

Bei der Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf ihre Mutter, als 100 % Anteilsinhaberin der Tochter, ist meines Erachtens die Bestellung eines Treuhänders nicht erforderlich. Die Muttergesellschaft ist bereits zu 100 % Anteilsinhaberin der Tochtergesellschaft. Es werden in diesem Fall auch keine neuen Mitgliedschaftsrechte gewährt. Eine Kapitalerhöhung ist nicht zulässig<sup>15</sup>. In dem notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrag ist dies darzustellen.

Gleiches hat für den Fall zu gelten, dass gemäß § 68 Abs. 1 S.3 UmwG auf die Gewährung von Anteilen/Mitgliedschaftsrechten verzichtet wird. Dies ist häufig dann der Fall, wenn eine Verschmelzung zwischen Schwestergesellschaften erfolgt. Der Bestellung eines Treuhänders bedarf es auch in den Fällen nicht, in welchen gemäß § 68 UmwG ein Kapitalerhöhungsverbot besteht.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die Bestellung eines Treuhänders immer dann entbehrlich ist, wenn eine Anteilsgewährung nicht erfolgen darf oder kraft Wahlrechts nicht erfolgen muss.

## VII. Aktien und Bare Zuzahlungen

Der Treuhänder hat die Aktien von dem übertragenden Rechtsträger in Besitz zu nehmen und zu verwahren. Bei einer Globalurkunde reicht die Einräumung von Mitbesitz aus. Der Treuhänder wird nicht Inhaber der Mitgliedschaftsrechte und auch nicht Eigentümer der Aktienurkunde<sup>16</sup>. Bei Aktien, die erst im Rahmen einer Kapitalerhöhung geschaffen werden müssen, reicht auch nach überwiegender Ansicht die Einräumung von mittelbarem Besitz aus. Diese Aktien entstehen erst nach der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister bei der übernehmenden Aktiengesellschaft<sup>17</sup>.

Zu beachten ist, dass gemäß § 66 UmwG die Verschmelzung im Handelsregister der Aktiengesellschaft erst eingetragen werden darf, nachdem die Durchführung der Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen worden ist. Dies ist meines Erachtens auch zutreffend, da auch hier der Treuhänder überprüfen kann, ob die zu gewährenden Mitgliedschaftsrechte zur Verfügung stehen. Wie Rieger zutreffend darstellt, tritt hier der Schutz der Mitglieder hinter den Verkehrsschutz zurück. Vor der Durchführung der Kapitalerhöhung dürfen Aktienurkunden noch nicht ausgegeben werden, da zu diesem Zeitpunkt die Kapitaldeckung der neu ausgegebenen Aktien noch nicht gesichert ist<sup>18</sup>.

In Bezug auf bare Zuzahlungen hat der Treuhänder für die Anteilsinhaber ein Konto einzurichten, auf welches die Zahlungen der übernehmenden Aktiengesellschaft eingehen.

## VIII. Anzeige gegenüber dem Registergericht

Für den Vollzug des Verschmelzungsvertrages ist von den Vertragsbeteiligten und dem beurkundenden Notar zu beachten, dass der Treuhänder die Übergabe der Aktienurkunde bzw. der baren Zuzahlungen dem Registergericht anzuzeigen hat. In dem Fall, in welchem eine Bestellung eines Treuhänders sicherheitshalber erfolgt, so bei einer Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft, bedarf es meines Erachtens einer Anzeige, die wie folgt lauten könnte:

„Durch Verschmelzungsvertrag vom ..... des Notars ..... wurde die ..... im Wege der Verschmelzung zur Aufnahme ohne Abwicklung gemäß ..... auf die ..... verschmolzen. Es handelt sich hierbei um die Verschmelzung einer 100% Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft. Neue Aktien werden nicht gewährt und bare Zuzahlungen erfolgen nicht.“

-----  
(Treuhänder)

In allen Fällen hat die Anzeige **unverzüglich** zu erfolgen. Erfolgt eine Anzeige an das Registergericht nicht, dann hat dies jedoch keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Verschmelzung, wenn diese in das Handelsregister eingetragen wird<sup>19</sup>. Im Rahmen der Anzeige ist anzugeben, wie viele Aktien und welcher Gattung der Treuhänder erhalten hat und welche Höhe die baren Zuzahlungen betragen.

## VIII. Verstoß gegen § 71 UmwG

Zu klären ist, welche Rechtsfolge eintritt, wenn entgegen § 71 UmwG kein Treuhänder bestellt wird. Das Registergericht kann durch Zwischenverfügung aufgeben, dass ihm die Bestellung des Treuhänders nachgewiesen werden muss. Solange dies nicht erfolgt ist, erfolgt eine Eintragung der Verschmelzung nicht. Wenn dennoch die Verschmelzung eingetragen wird, dann hat dies auf deren Wirksamkeit keine Auswirkungen<sup>20</sup>.

## IX. Formulierungsvorschläge

a) Formulierungsvorschlag bei einer Aktiengesellschaft mit verbrieften Aktien

„ Gemäß der derzeit geltenden Fassung der Satzung der ..... Aktiengesellschaft ist ein Ausschluss der Verbriefung der Aktienurkunden nicht erfolgt. Es bedarf zur Wirksamkeit der heutigen Verschmelzung der Bestellung eines Treuhänders gemäß § 71 UmwG. Dieser hat die Aufgabe, die Aktienurkunden und eventuellen baren Zuzahlungen für die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers entgegen zu nehmen.

<sup>15</sup> § 68 Abs. 1 Nr.1 UmwG

<sup>16</sup> Grunewald in Lutter, 4. Auflage, § 71 UmwG Rz. 8; Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 17 ff.

<sup>17</sup> Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 20

<sup>18</sup> Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 20

<sup>19</sup> Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 28; Grunewald in Lutter, 4. Auflage, § 71 UmwG Rz. 12

<sup>20</sup> Rieger in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht, § 71 UmwG Rz. 28

Die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers haben einen unmittelbaren Anspruch auf Aushändigung der Aktienurkunden und Zahlungen der baren Zuzahlungen durch den Treuhänder im Verhältnis der Ihnen zu gewährenden Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger im Wege eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter.

Zum Treuhänder gemäß § 71 UmwG wird durch den übertragenden Rechtsträger bestellt:

Herr ....., geb. am ....., wohnhaft in .....

Dieser nimmt die Bestellung ausdrücklich an.

Der Treuhänder wurde durch den beurkundenden Notar darauf hingewiesen, dass die Verschmelzung im Handelsregister erst eingetragen werden darf, wenn er dem zuständigen Registergericht angezeigt hat, dass er im Besitz der Aktien und der im heutigen Verschmelzungsvertrag festgesetzten baren Zuzahlungen ist.

Der Treuhänder hat einen Anspruch auf Vergütung in Höhe von EUR .....

b) Formulierungsvorschlag bei einer Aktiengesellschaft mit Ausschluss der Verbriefung

Nach § ..... der Satzung der .....Aktiengesellschaft ist der Anspruch der Aktionäre auf Einzelverbriefung ihrer Aktien ausgeschlossen.

Dennoch bedarf es gemäß § 71 UmwG der Bestellung eines Treuhänders. Dieser hat auf die Bereitstellung der zu gewährenden unverbrieften Mitgliedschaftsrechte zu achten.

Es bedarf zur Wirksamkeit der heutigen Verschmelzung der Bestellung eines Treuhänders gemäß § 71 UmwG. Dieser hat die Aufgabe die Aktienurkunden und eventuellen baren Zuzahlungen für die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers entgegen zu nehmen.

Die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers haben einen unmittelbaren Anspruch auf Aushändigung der Aktienurkunden und Zahlungen der baren Zuzahlungen durch den Treuhänder im Verhältnis der Ihnen zu gewährenden Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger im Wege eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter.

Zum Treuhänder gemäß § 71 UmwG wird durch den übertragenden Rechtsträger bestellt:

Herr ....., geb. am ....., wohnhaft in .....

Dieser nimmt die Bestellung ausdrücklich an.

Der Treuhänder wurde durch den beurkundenden Notar darauf hingewiesen, dass die Verschmelzung im Handelsregister erst eingetragen werden darf, wenn er dem zuständigen Registergericht angezeigt hat, dass er im Besitz der Aktien und der im heutigen Verschmelzungsvertrag festgesetzten baren Zuzahlungen ist.

Der Treuhänder hat einen Anspruch auf Vergütung in Höhe von EUR .....

Danben kann die Formulierung um die Bestellung eines Ersatztreuhänders ergänzt werden, falls der primär bestellte Treuhänder wegfallen sollte. Sicherheitshalber ist dies zu empfehlen.

c) Formulierungsvorschlag bei einem Verzicht auf die Bestellung

„ Sämtliche Gesellschafter verzichten auf die Bestellung eines Treuhänders gemäß § 71 UmwG. Eine Verbriefung der Aktien wurde in der Satzung des übernehmenden Rechtsträgers ausgeschlossen. Bare Zuzahlungen erfolgen nicht. Damit ist die Bestellung eines Treuhänders nicht erforderlich. Über die Bereitstellung der Mitgliedschaftsrechte informieren sich die Anteilsinhaber selbst.“

## X. Fazit

Bei der Verschmelzung unter Beteiligung einer Aktiengesellschaft als übernehmender Rechtsträger sollte sicherheitshalber nicht immer ein Treuhänder bestellt werden. Es kann nur rein theoretisch der Fall eintreten, dass der Ausschluss der Verbriefung vor Wirksamwerden der Verschmelzung wiederum geändert wird und eine Verbriefung erfolgt.

Die Bestellung eines Treuhänders stellt in der Regel einen unnötigen Aufwand dar. Die Literatur, welche für eine Bestellung in allen Fällen plädiert, ist einem übertriebenen Formalismus verfallen und daher abzulehnen. Sollte dennoch der beurkundende Notar eine Bestellung für notwendig erachten, so kann die Bestellung bereits in dem notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrag erfolgen. Zweckmäßig wird das Vertretungsorgan des übertragenden Rechtsträgers zum Treuhänder bestellt und nimmt diese Bestellung auch zugleich an.

Bei einer Aktiengesellschaft als übertragender Rechtsträger ist § 112 AktG für den Vorstand und § 114 AktG für den Aufsichtsrat zu beachten.

Der Notar hat den Treuhänder darauf hinzuweisen, dass dieser die Inbesitznahme der Aktien und baren Zuzahlungen dem Registergericht anzuzeigen hat.

## Rechtsprechung

**ZPO §§ 726 Abs. 1, 727 Abs. 1, 731, 768, 794 Abs. 1 Nr. 5, 800, 797 Abs. 2, 795 Revision der vom XI. Zivilsenat mit Urteil v. 30.3.2010 (XI ZR 200/09) aufgestellten Grundsätze zu den Prüfungspflichten des Notars im Klauselerteilungsverfahren**

**a) Bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung muss der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen. Ist eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen Bedingung. Er kann sie nicht allein aus einer Interessenabwägung herleiten.**

**b) Dem Notar ist deshalb eine Auslegung verwehrt, die in einer notariellen Urkunde enthaltene Unterwerfungserklärung wegen Ansprüchen aus einer Grundschuld erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld, wenn sie im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist.**

**c) Der Notar muss daher dem Zessionar einer Sicherungsgrundschuld die Klausel als Rechtsnachfolger ungeachtet der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133) erteilen, wenn die Rechtsnachfolge in die Ansprüche durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist.**

**d) Die Einwendung, die Unterwerfungserklärung erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld und der Zessionar sei nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten, kann der Schuldner nur mit der Klage nach § 768 ZPO geltend machen (abweichend von BGH, Versäumnisurteil vom 30. März 2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133).**

**BGH, 29.6.2011 - VII ZB 89/10**

[...] Der Notar wird angewiesen, dem Antrag der Antragstellerin gemäß Schreiben vom 14. April 2010 zu entsprechen und ihr die Vollstreckungsklausel aus der Grundschuldbestellung vom 13. April 2000 (UR-Nr. Notar Dr. W. B. ) in Höhe eines erstrangigen Grundschuldteilbetrages von 112.484,12 € in dinglicher und persönlicher Hinsicht zu erteilen. [...]

Gründe:

I. Die Antragstellerin begehrt als Rechtsnachfolgerin die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für eine notarielle Urkunde, in der sich die Schuldner wegen der Ansprüche aus einer Grundschuld und persönlichen Haftungserklärung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben. Die Schuldner erwarben am 14. Februar 2000 das Grundstück F.-Straße 6 in O. Am 17. Februar 2000 schlossen sie ausweislich des von ihr vorgelegten Vertrages mit der Antragstellerin einen Kreditvertrag über ein Darlehen in Höhe von 220.000 DM. Zur Darlehenssicherung wurde in dieser Vertragsurkunde die Verschaf-

fung einer erstrangigen sofort vollstreckbaren Grundschuld an dem Grundstück F.-Straße 6 in O. in Höhe des Kreditbetrages nebst Zinsen sowie die Abgabe eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens in derselben Höhe vereinbart. Mit notarieller Urkunde vom 13. April 2000 bestellten die vormaligen Eigentümer an dem Grundstück F.-Straße 6 in O. eine Briefgrundschuld in Höhe von 454.000 DM nebst Zinsen und einer einmaligen Nebenleistung zu Gunsten der R.-Bank in M. (im Folgenden: Zedentin). Sie und die Schuldner als künftige Eigentümer unterwarfen sich in Ziffer 2. der Urkunde „wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung, welche der Gläubigerin aus der Grundschuld zustehen, der sofortigen Zwangsvollstreckung in das mit der Grundschuld belastete Eigentum“ („dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung“). Die Schuldner erklärten in Ziffer 4. weiter, dass sie als Gesamtschuldner „die persönliche Haftung für die Zahlung eines Geldbetrags, dessen Höhe der vereinbarten Grundschuld (Kapital, Zinsen, Nebenleistungen) entspricht“, übernehmen; sie unterwarfen sich gleichzeitig deswegen „der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen“ („persönliche Haftung mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung“). Außerdem enthielt die Urkunde noch eine „Sicherungsabrede“. Am 29. August 2000 trat die Zedentin einen erstrangigen Teilbetrag der Briefgrundschuld in Höhe von 220.000 DM mit der Nebenleistung und Zinsen sowie ihr zustehende Ansprüche aus der Übernahme der persönlichen Haftung der Schuldner in dieser Höhe an die Antragstellerin ab. Diese wurde am 18. März 2010 als Grundschuldgläubigerin in das Grundbuch eingetragen. Die Antragstellerin hat bei dem zuständigen Notar beantragt, eine Teilausfertigung der notariellen Urkunde vom 13. April 2000 hinsichtlich eines erstrangigen Teilbetrages von 112.484,12 € zu ihren Gunsten zu fertigen, die Vollstreckungsklausel auf sie als Rechtsnachfolgerin der Zedentin umzuschreiben und ihr zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in dinglicher und persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen. Hierzu hat sie neben dem Grundbuchauszug die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde, eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung und eine einfache Kopie des Kreditvertrages vom 17. Februar 2000 vorgelegt. Der Notar hat den Antrag abgelehnt. Der dagegen gerichteten Beschwerde hat er nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt die Antragstellerin die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Klauselumschreibung.

II. Die gemäß § 54 Abs. 2 Satz 1 BeurkG, § 70 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 FamFG statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet. Auf das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG) das seit 1. September 2009 geltende Verfahrensrecht anwendbar, da der das Verfahren einleitende Antrag am 15. April 2010, also nach Inkrafttreten der Neuregelung, bei dem Notar eingegangen ist.

1. Das Beschwerdegericht hat sich der Auffassung des Notars angeschlossen, nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133) sei

eine formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung dahin auszulegen, dass sie sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstrecke. Die dort für den Fall der Abtretung einer Grundschuld ohne Mitwirkung des Schuldners entwickelten Grundsätze seien auch im Fall einer Umschuldung auf Veranlassung des Schuldners anwendbar. Zur Prüfung der Rechtsnachfolge zähle danach das (Fort-)Bestehen der treuhänderischen Bindung der Grundschuld. Diese müsse gemäß § 727 ZPO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Das gelte selbst dann, wenn der Zessionar nicht in eine mit dem Zedenten geschlossene Sicherungsvereinbarung eingetreten sei, sondern mit ihm eine neue Sicherungsabrede getroffen habe. Anderenfalls würde dem vom XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs erkannten Schutzbedürfnis des Schuldners nicht hinreichend Rechnung getragen. Allein der Erwerbgrund der Sicherheiten rechtfertige keine abweichende Beurteilung. Die strengen Formvorschriften des § 727 ZPO dienten dem Schutz des Schuldners. Sie könnten ohne erhöhten Aufwand auch hinsichtlich einer neuen Sicherungsabrede durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht werden. Würden diese - wie hier - nicht vorgelegt, sei der Antragstellerin der Weg zur Erlangung einer Klausel nicht versperrt, da sie dann eine Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 ZPO erheben könne. Lediglich die (vereinfachte) Klauselumschreibung nach § 727 ZPO sei ihr verwehrt.<sup>2</sup> Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Antragstellerin ist die begehrte Vollstreckungsklausel sowohl in dinglicher als auch in persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen.

a) Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seiner Entscheidung vom 30. März 2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133, Rn. 24, 34 ff.) die Auffassung vertreten, eine anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuldformulärmäßig durch den Schuldner erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen aller Ansprüche aus der Grundschuld sei gemäß § 5 AGBG (jetzt: § 305c Abs. 2 BGB) dahin auszulegen, dass nur Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld tituliert seien (dem folgend BGH, Urteil vom 3. Dezember 2010 - V ZR 200/09, veröffentlicht in juris, Rn. 22). Dies ergebe sich aus der zum Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung maßgeblichen objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner. Deshalb könne der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld aus einer Unterwerfungserklärung nur vorgehen, wenn er in den Sicherungsvertrag eintrete. Die Prüfung, ob dies der Fall sei, sei dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten. Wer den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht beitrete, werde nicht Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs im Sinne des § 727 Abs. 1 ZPO.

b) Diese Entscheidung ist im Schrifttum auf erhebliche Kritik gestoßen. Abgesehen von Einwendungen gegen die materiell-rechtliche Auslegung der Unterwerfungserklärung wird vorgebracht, das Klauselerteilungsorgan werde durch die Entscheidung des XI. Zivilsenats gezwungen, nicht formalisierte, materiell-rechtliche Bewertungen des Titels vorzunehmen, die diesem nicht ohne Weiteres zu entnehmen seien (so Herrler, BB 2010, 1931, 1934; Volmer, MittBayNot 2010, 383; Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322; Skauradszun, Jura 2011, 128, 130; Kessler, WM 2011, 486, 487). Darüber hinaus wird vertreten, der vom XI. Zivilsenat geforderte Beitritt des Gläubigers in den

Sicherungsvertrag sei keine Voraussetzung der Rechtsnachfolge, sondern eine Bedingung der Vollstreckbarkeit, die nach § 726 ZPO zu berücksichtigen sei (vgl. Stürner, JZ 2010, 774, 776; Skauradszun, Jura 2011, 128, 130; Kessler, WM 2011, 486, 487, jeweils m.w.N.). In der Literatur wird auch auf die erheblichen Schwierigkeiten hingewiesen, die sich für den Gläubiger in den Fällen ergeben, in denen er die Grundschuld aufgrund einer Umschuldung, Neuvaluierung oder Finanzierung aus einer Hand erworben hat. In diesen sehr häufigen Fällen bestehe kein Schutzbedürfnis für den Schuldner (vgl. Stürner, JZ 2010, 774, 778; Bork, WM 2010, 2057, 2061; Everts, NJW 2011, 567, 568 f.; Dieckmann, BWNNotZ 2011, 42, 59), jedoch könne der Gläubiger infolge der als überraschend empfundenen Entscheidung des XI. Zivilsenats in Altfällen den Nachweis, dass ein solcher Fall vorliege, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden überhaupt nicht oder nur mit zusätzlichen Kosten für den Schuldner führen (vgl. Sommer, RNotZ 2010, 378, 381 f.; Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386; Wolfer, GWR 2010, 278; Everts, NJW 2011, 567, 570).

c) Der VII. Zivilsenat kann sich der Auffassung des XI. Zivilsenats, der von diesem für erforderlich gehaltene Eintritt in die Sicherungsvereinbarung sei gemäß § 727 ZPO im Klauselerteilungsverfahren zu prüfen, nicht anschließen. Die Zwangsvollstreckung findet aus einer notariellen Urkunde statt, in der sich die Schuldner wegen der Ansprüche aus einer Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben, § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO. Die vollstreckbare Ausfertigung einer solchen Urkunde wird von dem Notar erteilt, der die Urkunde verwahrt, § 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Auf die Zwangsvollstreckung sind gemäß § 795 ZPO die Vorschriften der § 726 Abs. 1 und § 727 Abs. 1 ZPO entsprechend anwendbar. Rechtsnachfolger des Gläubigers im Sinne des § 727 ZPO ist derjenige, der an Stelle des im Titel genannten Gläubigers den nach dem Titel zu vollstreckenden Anspruch selbst oder jedenfalls die Berechtigung erworben hat, den Anspruch geltend zu machen (vgl. Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 727 Rn. 4). Die Rechtsnachfolge nach dieser Vorschrift folgt damit dem materiell-rechtlichen Übertragungstatbestand. Rechtsnachfolger in die Grundschuld wird danach im Fall rechtsgeschäftlicher Rechtsnachfolge derjenige, dem die Grundschuld abgetreten worden ist; Rechtsnachfolger in die persönliche Haftungserklärung derjenige, dem der Anspruch aus dieser Erklärung abgetreten worden ist. Die Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung selbst bedarf keiner (rechtsgeschäftlichen) Überleitung auf den neuen Gläubiger. Die Möglichkeit zur Vollstreckung aus der Unterwerfungserklärung geht unter den Voraussetzungen des § 727 Abs. 1 ZPO kraft gesetzlicher Anordnung auf den Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs über (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 30. März 2010 - XI ZR 200/09, aaO, Rn. 22; Stürner, JZ 2010, 774, 776; Kessler, WM 2011, 486, 487). Der Auffassung des XI. Zivilsenats, die Rechtsnachfolge in die Unterwerfungserklärung hänge vom Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag ab (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 30. März 2010 - XI ZR 200/09, aaO, Rn. 24, 40), fehlt damit die Grundlage, wenn die Grundschuld und der Anspruch aus der persönlichen Haftungserklärung durch Abtretung erworben sind. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Verfahren durch öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen. Eine Hinderung des Erwerbs der abgetretenen Ansprüche durch Abtretungsbeschränkungen ist nicht ersicht-



lich und wird auch nicht geltend gemacht. Etwas anderes könnte gelten, wenn in der Unterwerfungserklärung eine prozessrechtsautonome Festlegung der Rechtsnachfolge durch den Schuldner gesehen werden müsste (vgl. dazu Bolkart, DNotZ 2010, 483, 487 f.). Der Senat muss nicht entscheiden, ob eine solche Festlegung möglich ist. Die Annahme einer solchen liegt fern. Sicherungsvertraglich gebunden ist nicht die prozessuale Unterwerfungserklärung, sondern allein die Grundschrift. Es besteht kein Bedürfnis des Schuldners, die sicherungsvertragliche Bindung auch auf die Unterwerfungserklärung auszudehnen. Die vom XI. Zivilsenat angenommene Beschränkung bei der Abtretung ist vielmehr eine Vollstreckungsbedingung. Denn sie macht die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde von der Bedingung abhängig, dass der Zessionar in die Sicherungsvereinbarung eingetreten ist (vgl. Stürner, JZ 2010, 774, 776; Kessler, WM 2011, 486, 487 f.).

d) Ist demnach davon auszugehen, dass der Eintritt in die Sicherungsvereinbarung nach der vom XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 30. März 2010 (XI ZR 200/09, aaO, Rn. 39) vorgenommenen einschränken- den Auslegung der Unterwerfungserklärung eine Vollstreckungsbedingung darstellt, so stellt sich die Frage, ob sie gemäß § 726 Abs. 1 ZPO im Klauselerteilungsverfahren zu beachten ist. Diese Frage wird vom erkennenden Senat verneint. Bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung muss der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen. Ist eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen Bedingung. Er kann sie nicht allein aus einer Interessenabwägung herleiten. Eine allein aus einer Interessenabwägung hergeleitete Auslegung durch den Notar wäre nicht damit vereinbar, dass der Prüfungsumfang im Klauselerteilungsverfahren wegen dessen Formalisierung eingeschränkt ist. Der Notar wäre anderenfalls gezwungen, nicht formalisierte materiell-rechtliche Bewertungen des Titels vorzunehmen. Für derartige Bewertungen ist das Klauselerteilungsverfahren nicht ausgelegt (ebenso Herrler, BB 2010, 1931, 1934; Volmer, MittBayNot 2010, 383; Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322; Skauradszun, Jura 2011, 128, 130; Kessler, WM 2011, 486, 487).

aa) Im Unterschied zum Erkenntnisverfahren, in dem eine Prüfung nach der materiell-rechtlichen Lage stattfindet, dient das Klauselerteilungsverfahren nach dem Willen des Gesetzgebers der „Prüfung der Vollstreckbarkeit nach der prozessualen Lage der Sache“ (vgl. Motive S. 403 f. = Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 2. Aufl., Bd. 2, Abteilung 1, S. 433 f.). Dies führt zu einer „prozessualen Eigenständigkeit“ des Klauselerteilungsverfahrens mit der Folge, dass der Titel nur auf seine formelle Vollstreckungsfähigkeit, die sich grundsätzlich nicht an materiell-rechtlichen Kriterien orientiert, überprüft wird (vgl. Münch, Vollstreckbare Urkunden und prozessualer Anspruch, S. 227 ff.; Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817 f. m.w.N.). Das Klauselerteilungsverfahren dient nicht dazu, das Ergebnis des Erkenntnisverfahrens zu revidieren (Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 726 Rn. 4 Fn. 14; Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl., § 726 Rn. 1) oder materiell-rechtlichen Veränderungen vor Vollstreckungsbeginn Rechnung zu tragen. Eine unbegrenzte Prüfung des Titels wird vom Klauselerteilungsorgan nicht gefordert und kann

in Anbetracht der Begrenztheit der Nachweismittel im Klauselerteilungsverfahren auch nicht erwartet werden (Münch, aaO, S. 229 f.; Böckmann, Schuldnerschutz bei vollstreckbaren notariellen Urkunden, S. 179). Für den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 724 Abs. 2 ZPO) folgt das bereits aus seiner im Vergleich zum Richter beschränkten Sachkompetenz. Auch wenn der notariellen Urkunde im Unterschied zum Urteil kein Erkenntnisverfahren vorangegangen ist, gilt für den prozessualen Pflichtenkreis des Notars als Klauselerteilungsorgan nichts anderes. Weder der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle noch der Notar dürfen sich über den Inhalt des Titels hinwegsetzen. Beide müssen diesen in formeller (§ 724 Abs. 1 ZPO), sachlicher (§ 726 Abs. 1 ZPO) und persönlicher (§ 727 Abs. 1 ZPO) Hinsicht umsetzen (Münch, aaO, S. 229 f.). Eine weitergehende Prüfungsbefugnis - insbesondere eine materiell-rechtliche Beurteilung - steht dem Notar grundsätzlich nicht zu (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. April 2009 - VII ZB 62/08, NJW 2009, 1887, 1888; vom 5. Juli 2005 - VII ZB 27/05, MDR 2005, 1432 f.; vom 16. Juli 2004 IXaZB 326/03, NJW-RR 2004, 1718, 1719). Dementsprechend hat der Senat bereits entschieden, dass der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nicht die auf materiell-rechtliche Erwägungen gestützte Rüge der Nichtigkeit des zugrunde liegenden Titels berücksichtigen darf (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. April 2009 - VII ZB 62/08, aaO; vom 5. Juli 2005 VII ZB 27/05, aaO). Ob von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen ist, wenn die eine Nichtigkeit begründenden Voraussetzungen dem Titel ohne weiteres entnommen werden können („Evidenzkontrolle“), hat der Bundesgerichtshof bislang offen gelassen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. April 2009 VII ZB 62/08, aaO; vom 5. Juli 2005 - VII ZB 27/05, aaO; vom 16. Juli 2004 IXa ZB 326/03, aaO).

bb) Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass eine materiell-rechtliche Prüfung im Klauselerteilungsverfahren nicht stattfindet, ergibt sich aus § 726 Abs. 1 ZPO. Hängt die Vollstreckung nach dem Inhalt des Titels vom Eintritt einer vom Gläubiger zu beweisenden materiell-rechtlichen Tatsache ab, darf die Vollstreckungsklausel nur erteilt werden, wenn dieser Nachweis nach Maßgabe von § 726 Abs. 1 ZPO geführt wird (sog. „titelergänzende Klauselfunktion“). Die Feststellung, ob der Titel eine solche Vollstreckungsbedingung enthält, macht eine inhaltliche Prüfung durch das Klauselerteilungsorgan notwendig. Dieses ist verpflichtet, durch Auslegung des Titels zu ermitteln, ob dessen Vollstreckbarkeit seinem Inhalt nach vom Eintritt durch den Gläubiger zu beweisender Tatsachen gemäß § 726 Abs. 1 ZPO abhängt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. August 2010 - VII ZB 2/09, NJW-RR 2011, 424, 426; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 726 Rn. 5). Dieser Auslegung durch das Klauselerteilungsorgan sind jedoch durch die Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens Grenzen gesetzt. Die zur Auslegung einer privaten Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB entwickelten Grundsätze können nicht ohne weiteres angewandt werden. Da der Vollstreckungstitel Inhalt und Umfang der Zwangsvollstreckung festlegt und der Schuldner staatlichen Zwang nur nach dieser Maßgabe zu dulden hat, muss eine im Klauselerteilungsverfahren zu berücksichtigende Abhängigkeit der Vollstreckbarkeit nach § 726 Abs. 1 ZPO durch den Titel selbst festgestellt sein und sich klar aus diesem ergeben (so schon RGZ 81, 299, 302, und RGZ 72, 22, 23 f.). Insofern muss der Titel aus sich heraus für eine Auslegung genügend bestimmt sein oder jedenfalls sämtliche Kriterien für

seine Bestimmbarkeit eindeutig festlegen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2005 - XII ZR 94/03, BGHZ165, 223, 228; BGH, Urteil vom 6. November 1985 - IVb ZR 73/84, NJW 1986,1440; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 726 Rn. 3; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 10 Rn. 43,50). Maßgeblich ist in erster Linie der Wortlaut des Titels. Neben dem Wortlaut sind auch solche Zwecke und Interessen der Parteien berücksichtigungsfähig, die sich aus dem Titel ergeben (vgl. BGH, Beschluss vom 19. August 2010- VII ZB 2/09, aaO; BGH, Beschluss vom 29. Mai 2008 VZB 6/08, NJW 2008, 3363, 3364 m.w.N.; Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl., § 726 Rn. 2). Bei dieser Auslegung kann grundsätzlich nur auf den Titel selbst oder auf Unterlagen abgestellt werden, die dessen Bestandteil sind, nicht jedoch auf außerhalb des Titels liegende Umstände (vgl. BGH, Urteil vom 6. November IVb ZR 73/84, aaO; OLG Stuttgart, NJW-RR 1999, 791 f.; OLG Frankfurt, NJW-RR 1994, 9; OLG Köln, OLGR 1992, 339, 340 m.w.N.). Ausnahmsweise können außerhalb des Titels liegende Umstände zu beachten sein, wenn das Vollstreckungsorgan den Titel selbst erlassen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 26. November 2009 - VII ZB 42/08, NJW 2010, 2137 f.; BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2003 - I ZB 45/02, NJW 2004, 506 ff.). Darüber hinausgehende „Korrekturen“ dürfen nicht vorgenommen werden. Unter Beachtung der dargestellten Funktion des Klauselerteilungsverfahrens ist die Grenze der vom Klauselerteilungsorgan vorzunehmenden Auslegung dort überschritten, wo sie zu nicht mehr hinnehmbaren Unwägbarkeiten im Zwangsvollstreckungsverfahren führt, so dass es nicht mehr gerechtfertigt erscheint, ohne eine richterliche Entscheidung in einem kontradiktorischen, keinen Beweismittelbeschränkungen unterliegenden Verfahren auf der Grundlage solcher Unwägbarkeiten staatlichen Zwang auszuüben oder zu verweigern. Das ist in der Regel der Fall, wenn die Bedingung für die Vollstreckbarkeit einer notariellen Urkunde, die eine Unterwerfungserklärung beinhaltet, im Wortlaut der Urkunde in keiner Weise angelegt ist und sich allein aus einer interessengeleiteten Auslegung ergibt. Der Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens würde es nicht gerecht, wenn der Notar genötigt wäre, den gesamten Inhalt einer notariellen Urkunde über die Unterwerfungserklärung hinaus ohne jeden Anhaltspunkt im Wortlaut unter Berücksichtigung aller sonstigen Erklärungen interessengerecht auszulegen (in diesem Sinne Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rn. 11.37). Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn sich dem Notar die Vollstreckungsbedingung, auch ohne dass sie im Wortlaut der notariellen Urkunde angelegt wäre, aufdrängen muss.

cc) Gegen die Annahme einer in dieser Weise begrenzten Prüfung durch das klauselerteilende Organ kann nicht eingewandt werden, dass damit die Vollstreckung mit staatlichen Zwangsmitteln auch in Fällen ermöglicht werde, in denen nach der materiellen Rechtslage tatsächlich eine Bedingung der Vollstreckung bestehe und diese nicht eingetreten sei. Das ist nicht der Fall. Als Ausgleich für die bereits dargestellte Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens gibt es sowohl für den Gläubiger als auch für den Schuldner Rechtsbehelfe, die kontradiktorische Verfahren ohne Beweismittelbeschränkungen eröffnen (vgl. Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817 f.). Kann der Gläubiger den in § 726 Abs. 1 ZPO oder § 727 Abs. 1 ZPO geforderten Nachweis in der dort vorgesehenen Form nicht erbringen, kann er Klage auf Erteilung

der Vollstreckungsklausel nach § 731 ZPO erheben. Ist eine Vollstreckungsklausel nach § 726 Abs. 1 ZPO erteilt worden und bestreitet der Schuldner den vom Klauselerteilungsorgan als bewiesen angenommenen Eintritt der materiell-rechtlichen Vollstreckungsbedingung, kann der Schuldner Klage gegen die Vollstreckungsklausel nach § 768 ZPO erheben. Gleiches gilt in den Fällen der §§ 727 bis 729, 738, 742, 744, des § 745 Abs. 2 und des § 749 ZPO. Dem liegt das gesetzgeberische Regelungsziel zugrunde, dass dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet sein muss, eine vollständige Prüfung seiner gesetzlich zulässigen Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit des Titels ohne Beweismittelbeschränkungen zu erreichen. Er soll nicht zur Duldung einer insoweit materiell-rechtlich ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung verpflichtet sein (in diesem Sinne Münch, aaO, S. 237; Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817 f.). Dieser Grundsatz muss auch dann gelten, wenn der Schuldner materiellrechtliche Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung daraus ableitet, dass der Titel eine Vollstreckungsbedingung enthält, die nicht in ihrem Wortlaut angelegt ist und deshalb vom Klauselerteilungsorgan nicht berücksichtigt werden darf. In diesen Fällen ist § 768 ZPO jedenfalls entsprechend anzuwenden. Dieses Verfahren ist geeignet, die Auslegung des Titels umfassend zu klären, wobei alle Beweismittel zugelassen sind.

dd) Nach diesen Grundsätzen ist die Vollstreckungsbedingung des Eintritts in den Sicherungsvertrag durch einen Zessionar einer Grundschuld im Klauselerteilungsverfahren nicht nachzuweisen, wenn diese Bedingung im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist. Das ist regelmäßig - wie auch hier - der Fall. Die vom XI. Zivilsenat anhand einer „objektivierten Interessenlage“ erkannte Abhängigkeit der Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung davon, dass sich diese nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstrecke und der neue Gläubiger im Klauselerteilungsverfahren seinen „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ nachweisen müsse, kann regelmäßig weder dem Wortlaut der Unterwerfungserklärung noch den ihr beigefügten Unterlagen entnommen werden. Unterwerfungserklärungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld wurden jedenfalls vor der Entscheidung des XI. Zivilsenats in der Praxis regelmäßig unbedingt erklärt und enthalten auch sonst keine Hinweise im Wortlaut auf eine Vollstreckungsbedingung in Form des Fortbestehens einer treuhänderischen Bindung nach einer Zession (vgl. Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322). Die vom XI. Zivilsenat vorgenommene einschränkende Auslegung der Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung beruht damit allein auf einer Interessenabwägung, die dem Notar im Klauselerteilungsverfahren verwehrt ist. Regelmäßig kann auch nicht angenommen werden, dass sich dem Notar als titelerrichtendem Organ in den hier interessierenden Fällen eine einschränkende Auslegung der Unterwerfungserklärung aufdrängen muss. Dies belegt nicht zuletzt die Tatsache, dass eine solche Auslegung vor der Entscheidung des XI. Zivilsenats weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur in Betracht gezogen worden ist (vgl. Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322; Dieckmann, BWNNotZ 2011, 42, 57).

ee) Mit der vom Senat hier vertretenen Auffassung erledigt sich weitgehend die im Schrifttum vorgebrachte Kritik gegen die Entscheidung des XI. Zivilsenats, soweit es um die Abtretung von Grundschulden in Fällen der Umschuldung und Neuvalu-

tionierung geht (vgl. dazu Stürmer, JZ 2010, 774, 778; Bork, WM 2010, 2057, 2061; Everts, NJW 2011, 567, 568; Dieckmann, BWNNotZ 2011, 42, 59). Der Notar muss die Klausel - auch in Zukunft - erteilen, sofern die Rechtsnachfolge nachgewiesen ist und sonstige, im Klauselerteilungsverfahren zulässige Einwendungen nicht bestehen. Der Gläubiger wird damit nicht dazu gezwungen, in den sehr häufig vorkommenden (Alt-)Fällen der Umschuldung und Neuvaluierung, in denen er regelmäßig einen Nachweis hierfür durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht führen kann, eine Klage auf Klauselerteilung nach § 731 ZPO zu erheben. Ob der Abtretung diese Fälle oder Fälle des Forderungskaufs zugrunde liegen, in denen nach der Auffassung des XI. Zivilsenats ein Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag als Vollstreckungsvoraussetzung vorliegen muss, ist im Verfahren nach § 768 ZPO zu klären. Gegen diese Lösung spricht nicht, dass sich der Schuldner dann in der Rolle des Angreifers befindet (dazu BGH, Versäumnisurteil vom 30. März 2010 - XI ZR 200/09, aaO, Rn. 40). Der Schuldner hat mit der Abgabe der dem Wortlaut nach unbedingten notariellen Unterwerfungserklärung einen Titel gegen sich selbst geschaffen und damit den Grund dafür gesetzt, dass er sich in der Angreiferrolle befindet, sofern er sich gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel wendet.

ff) Der VII. Zivilsenat ist durch die abweichende Auffassung des XI. Zivilsenats nicht gebunden. Dessen Auslegung der Unterwerfungsklausel mit dem zusätzlichen Hinweis, die Prüfung, ob der Zessionar in den Sicherungsvertrag eingetreten sei, sei dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten, war für seine Entscheidung nicht tragend. Sie erfolgte ausschließlich in einem obiter dictum. Der XI. Zivilsenat hatte über eine Gestaltungs-klage in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO u.a. darüber zu entscheiden, ob eine formularmäßige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung des Kreditschuldners in einem Vertrag über die Bestellung einer Grundschuld für eine Bank der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG Stand hält. Er hat für diese Prüfung die „kundenfeindlichste“ Auslegung zugrunde gelegt, wonach die Vollstreckungsunterwerfung für sämtliche Grundschuldansprüche unabhängig von deren Bindung an den Sicherungszweck erfolgt ist, und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Unterwerfungserklärung den Schuldner nicht unangemessen benachteilige. Er hat deshalb die Abweisung der in analoger Anwendung des § 767 ZPO erhobenen Gestaltungs-klage (teilweise) bestätigt. Die weiteren Erwägungen zur „kundenfreundlichsten“ Auslegung und zur Berücksichtigung des Eintritts in die Sicherungsvereinbarung im Klauselerteilungsverfahren waren für die Entscheidung des XI. Zivilsenats, die Revision zurückzuweisen, ohne Bedeutung. Der VII. Zivilsenat, der nach der Geschäftsverteilung des Bundesgerichtshofs für Rechtsbeschwerden und sonstige Rechtsbehelfe gegen Beschwerdeentscheidungen und andere Beschlüsse zuständig ist, die die allgemeinen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen betreffen, soweit nicht ein anderer Zivilsenat zuständig ist, sieht auch keine Veranlassung, die Frage des Prüfungsumfanges im Klauselerteilungsverfahren gemäß § 132 Abs. 4 GVG dem Großen Senat für Zivilsachen zur Entscheidung vorzulegen. Dies ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich, weil sich diese Frage entscheidungserheblich in erster Linie in Rechtsmittelverfahren zur Erteilung einer Vollstreckungsklausel stellt.

e) Der Antragstellerin ist nach allem die vollstreckbare Ausfertigung hinsichtlich der dinglichen Unterwerfungserklärung zu

erteilen. Sie hat ihre Rechtsnachfolge durch öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen, § 727 ZPO. Weitere Einwendungen sind im gesamten Verfahren nicht erhoben worden.

f) Auf der Grundlage des von den Schuldnern in Ziffer 4. der notariellen Urkunde vom 13. April 2000 abgegebenen abstrakten Schuldanerkenntnisses nebst Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist der Antragstellerin die begehrte Vollstreckungsklausel auch in persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen. Die vorstehenden Erwägungen gelten entsprechend. Eine Vollstreckungsbedingung ist im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt. Sie dürfte im Übrigen selbst auf der Grundlage der Erwägungen des XI. Zivilsenats zur Interessenlage weder bei einem zugrunde liegenden Forderungsverkauf noch bei einer Abtretung auf Veranlassung des Schuldners anzunehmen sein (vgl. Gutachten DNotl-Report 2010, 93, 103; Stürmer, JZ 2010, 774, 777 f.; Herrler, BB 2010, 1931, 1936; Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322, 324; Bork, WM 2010, 2057, 2061; Bolkart, DNotZ 2010, 483, 495; Skauradszun, MDR 2010, 845, 847; Skauradszun, Jura 2011, 128, 131 f.). Die Rechtsnachfolge der Gläubigerin ist durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen. [...]

#### **BGB §§ 2346 Abs. 2, 138 Abs. 1**

#### **Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers grundsätzlich nicht sittenwidrig**

#### **Beschluss vom BGH, 19.01.2011 – IV ZR 7/10**

Der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers ist grundsätzlich nicht sittenwidrig.

Tatbestand:

Der klagende Sozialhilfeträger verlangt aus übergeleitetem Pflichtteilsanspruch im Wege der Stufenklage vom Beklagten als Alleinerben seiner Ehefrau die Ermittlung des Werts eines zum Nachlass gehörenden Hausanwesens und Zahlung eines entsprechenden Betrags.

Am 6. November 2006 errichteten der Beklagte und seine Ehefrau ein notarielles gemeinschaftliches Testament. Darin setzten sich die Ehegatten gegenseitig als Alleinerben ein. Schlusserben sollten die drei gemeinsamen Kinder sein, von denen eine Tochter unter einer Lernbehinderung leidet, jedoch nicht unter gerichtlicher Betreuung steht und auch nicht in der Geschäftsfähigkeit eingeschränkt ist. Diese Tochter erhält seit dem Jahr 1992 vom Kläger Eingliederungshilfe (jetzt §§ 53 ff SGB XII), die seit Mai 2007 als erweiterte Hilfe gemäß § 19 Abs. 5 SGB XII gezahlt wird. Die Leistungsbezieherin wurde für den Schlusserbfall zu 34/200 als nicht befreite Vorerbin eingesetzt; ihre Geschwister wurden zu je 83/200 zu Vollmiterben bestimmt. Über den Vorerbteil wurde Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Testamentsvollstrecker sollte der Bruder der Leistungsbezieherin, Nacherben sollten die beiden Geschwister sein. Der Testamentsvollstrecker wurde angewiesen, der Leistungsbezieherin zur Verbesserung ihrer Lebensqualität aus den ihr gebührenden Reinerträgen des Nachlasses nach billigem Ermessen solche Geld oder Sachleistungen zukommen zu lassen, auf die

der Sozialhilfeträger nicht zugreifen kann und die auch nicht auf die gewährten Sozialleistungen anrechenbar sind. Im Anschluss an die Beurkundung des Testaments verzichteten die drei Kinder in notarieller Form auf ihren jeweiligen Pflichtteil nach dem Erstversterbenden. Noch im Laufe des Abends des 6. November 2006 verstarb die Ehefrau des Beklagten. Mit Bescheid vom 30. April 2008 leitete der Kläger gemäß § 93 SGB XII den Pflichtteilsanspruch der Leistungsbezieherin nach der Mutter sowie „das nach § 2314 BGB bestehende Auskunftsrecht“ auf sich über.

Der Beklagte behauptet, die Motivation für den Pflichtteilsverzicht habe darin bestanden, ihn nach dem Tode seiner Ehefrau finanziell abzusichern und insbesondere eine Verwertung des Hausgrundstücks, neben dem keine wesentlichen Vermögenswerte vorhanden seien, zu vermeiden. Die Eheleute und ihre Kinder seien sich einig gewesen, dass die Kinder den elterlichen Nachlass erst nach dem Letztversterbenden erhalten sollten, weshalb nicht nur die Leistungsempfängerin, sondern alle drei Kinder auf ihren jeweiligen Pflichtteil verzichtet hätten. Der Kläger hält jedenfalls den Pflichtteilsverzicht der Leistungsbezieherin wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB für unwirksam, da dieser ausschließlich dazu diene, unter Verstoß gegen das sozialrechtliche Nachranggebot den Zugriff des Sozialversicherungsträgers wenigstens auf den Pflichtteilsanspruch der Leistungsempfängerin zu verhindern, und sich somit als Vertrag zu Lasten Dritter darstelle. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

[...]

II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Zu Recht hat das Oberlandesgericht weder hinsichtlich des gemeinschaftlichen Testaments noch hinsichtlich des Pflichtteilsverzichts einen Sittenverstoß angenommen. Die Überleitung nach § 93 SGB XII ging daher ins Leere, weshalb der Kläger nicht Inhaber der geltend gemachten Wertermittlungs- und Pflichtteilsansprüche geworden ist.

1. Nach der gefestigten Senatsrechtsprechung zum so genannten Behindertentestament sind Verfügungen von Todes wegen, in denen Eltern eines behinderten Kindes die Nachlassverteilung durch eine kombinierte Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie einer - mit konkreten Verwaltungsanweisungen versehenen - Dauertestamentsvollstreckung so gestalten, dass das Kind zwar Vorteile aus dem Nachlassvermögen erhält, der Sozialhilfeträger auf dieses jedoch nicht zugreifen kann, grundsätzlich nicht sittenwidrig, sondern vielmehr Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod der Eltern hinaus (BGHZ 123, 368; 111, 36; Senatsurteile vom 8. Dezember 2004 - IV ZR 223/03, NJW-RR 2005, 369; vom 19. Oktober 2005 - IV ZR 235/03, NJW-RR 2006, 223). Um ein solches Testament handelt es sich auch im Streitfall. Da die lernbehinderte Tochter des Beklagten Eingliederungshilfe nach den §§ 53 ff. SGB XII bezieht, die das Vorliegen einer Behinde-

rung voraussetzen, ist es unerheblich, dass sie gleichwohl geschäftsfähig war und nicht unter gerichtlicher Betreuung stand.

2. Auch der von der Leistungsbezieherin erklärte Pflichtteilsverzicht verstößt weder für sich genommen noch in einer Gesamtschau mit dem elterlichen Testament gegen die guten Sitten und ist daher wirksam.

a) Die Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzicht, die von Sozialleistungsbezieherin erklärt werden, wird in Rechtsprechung und Literatur kontrovers beurteilt.

Ein Teil der Rechtsprechung und - überwiegend älteren - Literatur hielt insbesondere ohne Gegenleistung erklärte Verzichte für sittenwidrig und nichtig (VGH Mannheim NJW 1993, 2953, 2954 f.; OLG Stuttgart NJW 2001, 3484 [unter II 2 c aa]; Juchem, Vermögensübertragung zugunsten behinderter Menschen durch vorweggenommene Erbfolge und Verfügungen von Todes wegen [2001], S. 132, 171; Lambrecht, Der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf den erbrechtlichen Erwerb [2001], S. 172; Schumacher, Rechtsgeschäfte zu Lasten der Sozialhilfe im Familien- und Erbrecht [2000], S. 142 ff.; Settergren, Das „Behindertentestament“ im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und sozialhilfrechtlichem Nachrangprinzip [1999], S. 28 ff.; Köbl, ZfSH/SGB 1990, 449, 459 [unter II 3 c]; wohl auch van de Loo, Mit-RhNotK 1989, 233, 250; neuerdings: Dutta, FamRZ 2010, 841 [unter 4] und AcP 209 (2009) 760 [unter IV 1]; wohl auch Kleensang, RNotZ 2007, 22, 23; aufgrund der besonderen Umstände des Streitfalles Armbrüster, ZEV 2010, 88 [unter 3]). Diese Ansicht stützt sich hauptsächlich auf eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzicht in Eheverträgen oder Scheidungsfolgevereinbarungen, die dazu führen, dass ein Ehegatte sozialhilfebedürftig wird (BGHZ 178, 322 Rn. 36; BGHZ 158, 81, 87; BGHZ 86, 82, 88; BGH, Urteile vom 25. Oktober 2006 - XII ZR 144/04, NJW 2007, 904 Rn. 19; vom 24. April 1985 - IVb ZR 22/84, FamRZ 1985, 788, 790). Dagegen verneint die weit überwiegende Auffassung insbesondere im jüngeren Schrifttum die Sittenwidrigkeit des Verzichts (Schotten in Staudinger, BGB [2010] § 2346 Rn. 70b; von Proff, ZErB 2010, 206 [unter III 2]; Vaupel, RNotZ 2010, 141 ff. und RNotZ 2009, 497 [unter B I 2 c bb]; Jörg Mayer, ZEV 2007, 556, 559 [unter 2.8]; Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis [2006], Rn. 82; Littig/Jörg Mayer, Sozialhilfergress gegenüber Erben und Beschenkten [1999], Rn. 177; Sturm, Pflichtteil und Unterhalt [1993], S. 177 ff., 186; wohl auch Engelmann, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfebedürftiger 2. Aufl. [2001], S. 25 ff.; im Streitfall: Bengel/Spall, ZEV 2010, 195 [unter 1] und Litzenburger, FD-ErbR 2010, 297734 [unter Praxishinweis Nr.2]).

b) Die letztgenannte Auffassung trifft zu; die Verneinung der Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzicht behinderter Sozialleistungsbezieherin ist bereits in der Senatsrechtsprechung zum „Behindertentestament“ angelegt.

Mit diesem Verzicht macht die Leistungsbezieherin von ihrem Recht aus § 2346 Abs. 2 BGB Gebrauch - durch Rechtsgeschäft mit der Erblasserin - die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs auszuschließen (vgl. BGHZ 37, 319, 325; Münch-

Komm-BGB/Wegerhoff, 5. Aufl. § 2346 Rn. 3 ff. m.N.). Nach dem Grundsatz der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) sind Rechtsgeschäfte, die das bürgerliche Recht vorsieht, wirksam, solange sie nicht gegen entgegenstehende Gesetze verstoßen (§ 134 BGB). Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen kann ihnen gleichwohl die Wirksamkeit versagt werden, wenn dies aufgrund übergeordneter Wertungen, etwa infolge objektiver Wertentscheidungen der Grundrechte, die über Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 BGB in das Zivilrecht hineinwirken, erforderlich ist. In solchen Fällen muss jedoch stets die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nicht etwa dessen Rechtfertigung konkret begründet werden. Grundsätzlich können demzufolge alle im Erbrecht vom Gesetz bereitgestellten Gestaltungsinstrumente einschließlich ihrer Kombinationsmöglichkeiten zunächst ausgeschöpft werden. Daher ist auch in Fällen etwaiger nachteiliger Wirkungen zu Lasten der Allgemeinheit nicht die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts durch besondere Gründe im Einzelfall zu rechtfertigen, sondern positiv festzustellen und zu begründen, gegen welche übergeordneten Wertungen das Rechtsgeschäft verstößt und weshalb seine Wirksamkeit nicht hingenommen werden kann. Dem entspricht beim „Behindertentestament“, dass nicht etwa die Testierfreiheit einen sonst gegebenen Sittenverstoß ausschließt, sondern der von der Testierfreiheit getragenen letztwilligen Verfügung wegen der von den Eltern über ihren Tod hinaus getroffenen Fürsorge für das behinderte Kind die sittliche Anerkennung gebührt (vgl. BGHZ 111, 36, 42).

Die gegen die Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts angeführten Gründe vermögen dessen Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen.

aa) Beim Pflichtteilsverzicht eines Leistungsbeziehers handelt es sich schon deswegen nicht um einen unzulässigen „Vertrag zu Lasten Dritter“ - wie der Kläger meint -, weil dem Sozialversicherungsträger durch den Verzicht keinerlei vertragliche Pflichten auferlegt werden. Der Nachteil der öffentlichen Hand entsteht vielmehr nur als Reflex durch Aufrechterhaltung der Bedürftigkeit. Für Dritte lediglich mittelbar durch das Rechtsgeschäft verursachte nachteilige Wirkungen sind von diesen jedoch grundsätzlich hinzunehmen und berühren die Wirksamkeit des Geschäfts im Regelfall nicht. Es bedarf - hier nicht vorliegender - gesetzlicher Regelungen, wenn Nachteile Dritter im konkreten Fall beseitigt oder ausgeglichen werden sollen (z.B. durch Schadensersatz-, Bereicherungs- oder Wertausgleichsansprüche; Möglichkeiten einer Anfechtung; Wegfall oder Beschränkung von Ansprüchen gegen den Dritten, etc.).

bb) Das Sozialhilferecht ist zwar von dem Grundsatz durchzogen, dass jeder nur insoweit staatliche Hilfe beanspruchen kann, als er die betreffenden Aufwendungen (insbesondere den Lebensunterhalt) nicht durch den Einsatz eigener Einkünfte und eigenen Vermögens bestreiten kann, er somit bedürftig ist (Nachranggrundsatz, Subsidiaritätsprinzip). Zivilrechtliche Gestaltungen können mit diesem Grundsatz in Konflikt geraten, wenn sie darauf gerichtet sind, die Bedürftigkeit einer Person gezielt herbeizuführen.

(1) Der Nachranggrundsatz ist indessen schon im Sozialhilferecht selbst in erheblichem Maße durchbrochen (BGHZ 111, 36, 42), vom Gesetzgeber für die unterschiedlichen

Leistungsarten differenziert ausgestaltet und nicht überall beibehalten worden, weshalb dem Subsidiaritätsprinzip als Grundsatz die Prägekraft weitgehend genommen worden ist (BGHZ 123, 368, 376). Der Gesetzgeber respektiert bei allen Leistungsarten Schonvermögen des Leistungsempfängers, seines Ehegatten und seiner Eltern. Bei Leistungen für behinderte Menschen ist der Einsatz eigenen Vermögens zudem auf das Zumutbare begrenzt und vor allem die Überleitung von Unterhaltsansprüchen - insbesondere gegenüber den Eltern des Behinderten - nur in sehr beschränktem Umfang möglich (§§ 19 Abs. 3, 92, 94 Abs. 2 SGB XII). Gerade darin zeigt sich das gegenläufige Prinzip des Familienlastenausgleichs, nach welchem die mit der Versorgung, Erziehung und Betreuung von Kindern verbundenen wirtschaftlichen Lasten, die im Falle behinderter Kinder besonders groß ausfallen, zu einem gewissen Teil endgültig von der Allgemeinheit getragen werden sollen, da nur Kinder die weitere Existenz der Gesellschaft sichern (BGHZ 123, 368, 376). Insbesondere bei Hilfebeziehern mit Behinderungen lässt sich somit keine hinreichend konsequente Durchführung des Nachrangs der öffentlichen Hilfe entnehmen, die - bezogen auf die Errichtung eines Behindertentestaments wie auch für den hier in Rede stehenden Pflichtteilsverzicht - die Einschränkung der Privatautonomie über § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen würde.

(2) In diesem Sinn hat der Bundesgerichtshof ferner entschieden (Urteil vom 6. Februar 2009 - V ZR 130/08, NJW 2009, 1346), dass es nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten verstößt, ein Hausgrundstück, das im Wesentlichen das gesamte Vermögen darstellt, gegen das Versprechen von Versorgungsleistungen zu übertragen, die nur so lange geschuldet sein sollen, wie sie von dem Verpflichteten auf dem übernommenen Anwesen selbst erbracht werden können und bei einer späteren Heimunterbringung ersatzlos wegfallen sollen. Dies gilt selbst dann, wenn für die Heimunterbringung die Sozialhilfe aufkommen muss und deren Träger - wegen der lebzeitigen Übertragung - nicht im Regresswege auf das Hausgrundstück zugreifen kann. Den Übergebenden trifft keine Pflicht, über die Leistungen an die gesetzliche Rentenversicherung hinaus für sein Alter vorzusorgen (BGH aaO Rn. 15). Anders als in den Fällen von Unterhaltsverzicht in Scheidungsfolgenvereinbarungen werden keine gesetzlichen Ansprüche abbedungen und es wird auch nicht in ein gesetzliches Konzept zum Nachteil des Sozialversicherungsträgers eingegriffen, weshalb der Nachranggrundsatz der öffentlichen Hilfe nicht berührt ist (BGH aaO Rn. 18).

(3) Die Maßgeblichkeit dieser Wertungen auch im Streitfall wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass beim Pflichtteilsverzicht der Leistungsbezieher selbst handelt, während er bei der Errichtung eines Behindertentestaments nur von der Regelung des Nachlasses betroffen, nicht aber selbst als Handelnder daran beteiligt ist. Allerdings trifft es zu, dass sich der Verzichtende nicht wie der Erblasser auf die Testierfreiheit im eigentlichen Sinn berufen kann. Insofern ist der Pflichtteilsverzicht eher mit dem Fall der Ausschlagung einer bereits angefallenen Erbschaft vergleichbar.

Zwar hat das Oberlandesgericht Stuttgart (NJW 2001, 3484 [unter II 2 c]) in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hierzu entschieden, dass eine (vom Betreuer erklär-

te) Ausschlagung der Erbschaft eines behinderten Kindes nicht vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden könne, insbesondere auch deswegen, weil eine solche Ausschlagung nicht mit dem sozialhilferechtlichen Nachrangprinzip zu vereinbaren sei. Der Behinderte entziehe durch die Ausschlagung bereits angefallenes Vermögen dem Zugriff des Sozialhilfeträgers und treffe da her eine sittenwidrige (§ 138 Abs. 1 BGB) Disposition zu Lasten der Hilfe leistenden Allgemeinheit. Diesem Ergebnis stehe die Senatsrechtsprechung zum Behindertentestament deswegen nicht entgegen, weil die Entscheidung über die Ausschlagung nicht Ausfluss der Testierfreiheit sei. Dem hat sich das Oberlandesgericht Hamm (ZEV 2009, 471 [unter II] mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von Leipold) - ebenfalls in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit - insoweit angeschlossen, als der Ausschlagende eigennützige und nicht wie der Erblasser eines Behindertentestaments altruistische Ziele verfolge. Dies überzeugt indes nicht (so zutreffend bereits LG Aachen FamRZ 2005, 1506, 1507). Die Wertungen der Senatsrechtsprechung zum Behindertentestament müssen auch bei erbrechtlich relevantem Handeln Behinderter selbst zum Tragen kommen. Die Entscheidung darüber, ob sie die Erbschaft bzw. den Pflichtteil erhalten wollen, wird zunächst durch die Privatautonomie gedeckt. Grundsätzlich ist jeder frei in seiner Entscheidung, ob er Erbe eines anderen werden oder auf andere Art etwas aus dessen Nachlass bekommen will. Vor diesem Hintergrund ist der Erbrechtsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG auch ein Gegenstück im Sinne einer „negativen Erbfreiheit“ zu entnehmen. Wenn einerseits Erblasser frei darin sind, andere zu ihren Erben einzusetzen, ist dies andererseits nur insofern zu billigen, als die Betroffenen damit einverstanden sind. Es gibt keine Pflicht zu erben oder sonst etwas aus einem Nachlass anzunehmen. Wenigstens muss den Betroffenen das Recht zur Ausschlagung zustehen, um sich gegen den vom Gesetz vorgesehenen Vonselbsterwerb (§§ 1922, 1942 BGB) wehren zu können. Die grundsätzliche Ablehnungsmöglichkeit gegenüber Zuwendungen ist notwendiger Widerpart, der einen unmittelbar wirksamen Vermögensübergang ohne eigenes Zutun erst rechtfertigt. Insoweit kann für einen erbrechtlichen Erwerb von Vermächtnis- oder Pflichtteilsansprüchen im Grundsatz nichts anders gelten als für die Erbenstellung selbst. In diesem Sinn steht Pflichtteilsberechtigten für einen Verzicht nicht nur die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie, sondern auch der Grundgedanke der Erbfreiheit zur Seite. Dies gilt unabhängig davon, dass Gläubiger von einem erbrechtlichen Erwerb des Betroffenen profitieren würden (vgl. zum Insolvenzrecht § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO; ferner BGH, Urteil vom 25. Juni 2009 - IX ZB 196/08, FamRZ 2009, 1486 Rn. 13 ff.). Auch gegenüber der Freiheit potentieller Erben und Pflichtteilsberechtigter gilt daher die Feststellung des Senats, dass der im Sozialhilferecht nur höchst unvollkommen ausgestaltete Nachranggrundsatz keine hinreichende Prägekraft aufweist, um eine Einschränkung der Privatautonomie bzw. der negativen Erbfreiheit im dargelegten Sinn über § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen zu können.

(4) Weiter ist anzuerkennen, dass Behinderte mit dem Pflichtteilsverzicht typischerweise einer Erwartungshaltung der Eltern nachkommen, die sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben und sicherstellen wollen, dass die Nachkommen nicht bereits beim Tode des Erstversterbenden Nachlasswerte für sich beanspruchen. Dieses Ergebnis kann

nicht in gleicher Weise etwa durch eine Pflichtteilssanktionsklausel erreicht werden, da diese die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen letztlich nicht unterbinden kann (vgl. dazu die Senatsurteile vom 8. Dezember 2004 aaO und vom 19. Oktober 2005 aaO). Verzichtet ein nicht behinderter Abkömmling ohne Sozialleistungsbezug in dieser Situation auf seinen Pflichtteil, ist dies sittlich anzuerkennen. Widersetzt er sich - trotz Berücksichtigung im Schlusserbfall - einem solchen Wunsch der Eltern, sieht er sich dem Vorwurf des Undanks und der Illoyalität gegenüber der Familie ausgesetzt. Verzichtet ein Behinderter mit Rücksicht auf die gegenläufigen Interessen des Sozialhilfeträgers nicht auf den Pflichtteilsanspruch, setzt er sich zugleich in einen Gegensatz zu den Wünschen und Vorstellungen seiner Familie, die über Art. 6 Abs. 1 GG (Recht zur freien Gestaltung der Gemeinschaft in ehelicher und familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht, vgl. BVerfGE 103, 89, 101) ihrerseits verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Dasselbe Verhalten, das bei einem nicht behinderten Nachkommen als sittlich billigenwert gälte, stellte sich mithin bei einem behinderten Kind als sittenwidrig dar. Zudem führt das Handeln des behinderten Pflichtteilsberechtigten nur eine Situation herbei, die in vergleichbarer Weise durch eine testamentarische Gestaltung der Eltern hätte erreicht werden können. Hätten diese sich nicht gegenseitig als Alleinerben eingesetzt, sondern - einer oft gegebenen Empfehlung folgend (etwa Everts, ZErB 2005, 353, 358) - dem behinderten Nachkommen bereits beim ersten Erbfall eine Miterbenstellung eingeräumt, hätte der Sozialhilfeträger nur bei einer Ausschlagung auf den Pflichtteilsanspruch zugreifen können. Nach heute einhelliger und überzeugender Auffassung kann der Sozialhilfeträger indes nicht das Ausschlagungsrecht auf sich überleiten und ausüben, um den Pflichtteilsanspruch nach § 2306 Abs. 1 BGB geltend zu machen (OLG Frankfurt, ZEV 2004, 24 [unter 3 c]; von Proff, ZErB 2010, 206 [unter II 4]; Vaupel, RNotZ 2009, 497 [unter V 1 c ee] m.w.N.; Litzemberger, ZEV 2009, 278 [unter 3.1] und RNotZ 2005, 162 [unter II 1] m.w.N.; Mensch, BWNNotZ 2009, 162 [unter II 3.1]; Ruby, ZEV 2006, 66; Grziwotz, NotBZ 2006, 149, 151 f.; Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis [2006], Rn. 86; Muscheler, ZEV 2005, 119 [unter I]; Ivo, FamRZ 2003, 6 [unter II 2 c]; Kuchinke, FamRZ 1992, 362 [unter III]; Bengel, ZEV 1994, 29, 30 [unter 2.3 (3)]; Köbl, ZfSH/SGb 1990, 449, 464 [unter IV 3]; Haas in Staudinger, BGB [2006] § 2317 Rn. 48b m.w.N.; wohl auch OLG Stuttgart, NJW 2001, 3484 [unter II 2 c cc]; Kleinsang, RNotZ 2007, 22, 24 f.; Nazari Golpayegani/Boger, ZEV 2005, 377 [unter 3.2]; Jörg Mayer, MittBayNot 2005, 286, 289; Nieder, NJW 1994, 1265 [unter V 1]; a.A. früher nur van de Loo, NJW 1990, 2852, 2856; MittRhNotK 1989, 233, 249 und MittRhNotK 1989, 225, 226 [unter 4], der seine entgegenstehende Auffassung in ZEV 2006, 473, 477 ausdrücklich aufgegeben hat). Andernfalls erhielte der Sozialhilfeträger die Möglichkeit, auf die Erbfolge Einfluss zu nehmen, was generell nicht dem Erblasserwillen entspricht (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2005 aaO = juris Rn. 22) und nach dem Gesetz den Bedachten selbst vorbehalten ist. Der Zugriff auf den Pflichtteil des Behinderten wäre danach dem Sozialhilfeträger bei einer entsprechenden testamentarischen Gestaltung in vergleichbarer Weise verwehrt gewesen wie bei Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts. Deshalb kann weder das Vorgehen des Behinderten als solches sittlich missbilligt werden noch hat dieses ein missbilligenwertes Ergebnis zur Folge.

(5) Ebenso wenig überzeugt es schließlich, die Sittenwidrigkeit zivilrechtlicher Rechtsgeschäfte mit dem - wie bereits ausgeführt - nur schwach ausgestalteten sozialrechtlichen Nachranggrundsatz zu begründen.

Der Verzicht auf eine Erwerbsquelle ändert nichts an der Verpflichtung, vorhandenes Vermögen und vorhandene Einkünfte einzusetzen. Die pflichtwidrige Herbeiführung der eigenen Bedürftigkeit kann innerhalb des sozialrechtlichen Regulationssystems mit Leistungskürzungen sanktioniert werden (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII). Für das Hineinwirken eines solchen öffentlich-rechtlichen Regelungsprinzips in die Zivilrechtsordnung über § 138 Abs. 1 BGB, um Behinderten die erbrechtlichen Instrumente zu beschneiden, fehlt dagegen eine tragfähige Grundlage.

cc) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit von Unterhaltsverzicht in Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen, die den Sozialhilfeträger benachteiligen, ist auf Pflichtteilsverzichtverträge nicht übertragbar.

Dabei braucht der umstrittenen Frage, ob und in welchem Umfang der Pflichtteil (noch) eine Unterhaltsfunktion hat, er etwa ein funktionelles Korrelat zur Unterhaltungspflicht des Erblassers darstellt, nicht weiter nachgegangen zu werden (vgl. dazu ausführlich Sturm aaO S. 115 ff.). Das Bundesverfassungsgericht hat bei seiner Entscheidung zur Bestandsgarantie des Pflichtteilsrechts darauf jedenfalls nicht abgestellt (NJW 2005, 1561, 1563 f.; vgl. auch Keim, ZEV 2010, 56 [unter 3] m.w.N.).

Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Gesetzgeber in § 2346 BGB eine dem Unterhaltsverzichtverbot des § 1614 Abs. 1 BGB vorgehende spezialgesetzliche Wertung getroffen hat (vgl. Sturm aaO S. 177 ff.) und ob der Pflichtteilsberechtigten im konkreten Fall seine Stellung als Unterhaltsgläubiger durch den Verzicht verschlechtern würde (vgl. Dutta FamRZ 2010, 841 [unter 5]).

Dahinstehen kann schließlich, ob die Begründung des Berufungsgerichts letztlich trägt, das Pflichtteilsrecht stelle im Gegensatz zum Unterhaltsanspruch noch keine sichere - bereits bestehende - Erwerbsquelle dar.

Entscheidend ist insoweit, dass das Pflichtteilsrecht der Leistungsbezieherin allenfalls ein Korrelat zu ihren Unterhaltsansprüchen gegenüber ihren Eltern sein und der Sozialhilfeträger gerade diese Unterhaltsansprüche wegen des hier eingreifenden Grundsatzes des Familienlastenausgleichs nur in sehr eingeschränktem Maße auf sich überleiten kann (§§ 19 Abs. 3, 92, 94 Abs. 2 SGB XII). Dabei besteht kein Anhalt dafür, dass der Grundsatz des Familienlastenausgleichs das „Familienvermögen“ der Eltern nur zu deren Lebzeiten schützen sollte. Eine solche Begrenzung ergibt sich weder aus dem Erb- noch aus dem Sozialrecht. So besteht die Beschränkung des Anspruchsübergangs nach § 92 Abs. 2 SGB XII unabhängig davon, ob die Eltern durch eine höhere Inanspruchnahme unbillig in ihrer Lebensführung beeinträchtigt werden. Letzteres begründet bei Vorliegen einer „unbilligen Härte“ vielmehr eine eigenständige Beschränkung (§ 92 Abs. 3 SGB XII). Auch wird die Hilfe, die über die Grenzen des § 92 Abs. 2 SGB XII hinausgeht, nicht etwa nur als Darlehen

gewährt, obwohl das SGB XII diese Form der Hilfeleistung durchaus kennt (vgl. § 91 SGB XII). Das alles spricht entscheidend dafür, dass den Familien behinderter Leistungsbezieher das über die Grenzen des § 92 Abs. 2 SGB XII hinausgehende Einkommen und Vermögen auf Dauer und nicht nur zu Lebzeiten der Eltern belassen werden soll. Wäre der Pflichtteilsverzicht unwirksam, könnte der Sozialhilfeträger nach dem Erbfall dagegen über den Pflichtteil - als Korrelat des Unterhaltsanspruchs begriffen - in weiterem Umfang gegen den Unterhaltsschuldner vorgehen als zuvor. Dies ist in sich widersprüchlich und mit dem Grundsatz des Familienlastenausgleichs nicht zu vereinbaren. In diesem Zusammenhang zeigt sich auch der Unterschied zum Familienrecht. Während Unterhaltsverzicht in Eheverträgen ehebedingte Nachteile, für deren Verteilung ein gesetzliches System besteht, unter dessen Umgehung auf die Allgemeinheit verteilen sollen, gibt es für die Tragung der besonderen Lasten, die mit der Erziehung und Betreuung behinderter Kinder verbunden sind, ein gesetzliches System im Sozialrecht, das den Zugriff auf die Eltern als Unterhaltsschuldner weitgehend ausschließt und diese Lasten der Allgemeinheit aufbürdet.

dd) Gegen die Annahme sittenwidriger Anwendung erbrechtlicher Gestaltungsinstrumente spricht letztlich das „beredete“ Schweigen des Gesetzgebers. Das Regulationssystem im Sozialrecht, das die gegenläufigen Grundsätze der Subsidiarität und des Familienlastenausgleichs gegeneinander abgrenzen muss, enthält keine Vorschrift, die es dem Sozialhilfeträger ermöglicht, in jedem Fall mindestens auf den Pflichtteil des Leistungsbeziehers zugreifen zu können.

Obwohl die Diskussion über Behindertentestamente seit langem geführt wird und seit dem ersten Senatsurteil zum Behindertentestament (BGHZ 111, 36) zwei Jahrzehnte vergangen sind, hat der Gesetzgeber - trotz entsprechender Vorschläge (vgl. nur Kübler, Das sogenannte Behindertentestament unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Betreuers [1998], S. 142 f.) - die betreffenden Vorschriften des Sozialrechts nicht geändert. Der Sozialhilfeträger wird im Verhältnis zu anderen Gläubigern lediglich durch die Regelung in § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII gegenüber § 852 Abs. 1 ZPO privilegiert (vgl. dazu Senatsurteil vom 8. Dezember 2004 - IV ZR 223/03, NJW-RR 2005, 369 unter II 2 d).

Daher besteht kein Anlass oder Grund, die bislang unterbliebene Erweiterung von Zugriffsmöglichkeiten gegenüber Eltern und Familien behinderter Kinder im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB richterrechtlich nachzuholen. Dies ist dem Gesetzgeber vorbehalten (vgl. Armbrüster, ZEV 2010, 555, 556; Klingelhöffer, ZEV 2010, 385, 387).

#### **Anmerkung Von Dr. Michael Kleensang, M.A., Notar in Heidelberg**

1. Der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers ist grundsätzlich nicht sittenwidrig - so der Tenor des Urteils. Seine Bedeutung geht aber weit über diesen Punkt hinaus. Ohne dass diese Frage durch die zu entscheidende Fallkonstellation konkret aufgeworfen war, nimmt der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung umfassend zur Zulässigkeit von Behindertentestamenten Stellung. Vorliegend hatten sich Ehegatten gegenseitig zu Vollerben unter ihre Kin-

der zu Schlusserben eingesetzt, die behinderte Tochter jedoch nur zur Vorerbin und unter Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung. Für den ersten Erbfall waren von beiden Kindern Pflichtteilsverzichte abgegeben worden, auch von der lernbehinderten, jedoch geschäftsfähigen Tochter. Um die Wirksamkeit dieses Pflichtteilsverzichts ging es in dem Verfahren. Schon die Vorinstanz, das OLG Köln, hatte den Pflichtteilsverzicht als wirksam angesehen<sup>1</sup>. Wohl in der Absicht, einige grundsätzliche Fragen zu klären, geht der Senat methodisch ungewöhnlich vor und folgert aus dem Obersatz, dass Behindertentestamente zulässig seien, auch die grundsätzliche Zulässigkeit eines derartigen Pflichtteilsverzichts.

2. Zentrales Argument der Ausführungen ist für den Senat die Bedeutung der Testierfreiheit. Ausdrücklich könne der Erblasser von allen ihm vom Gesetz bereitgestellten Gestaltungsinstrumenten einschließlich ihrer Kombinationsmöglichkeiten Gebrauch machen<sup>2</sup>. Dies ist eine deutliche Stellungnahme gegen einige Literaturbeiträge aus jüngster Zeit<sup>3</sup>. Hinfort kann auch weder mit einem vorgeblichen „Vertrag zu Lasten Dritter“ noch pauschal mit dem Nachranggrundsatz der Sozialhilfe argumentiert werden. Ersterer liegt, worauf schon häufig hingewiesen wurde, konstruktiv nicht vor. Letzterer ist so stark durchlöchert, dass ihm das Gericht die Prägekraft weitgehend abspricht. Und in der Tat ist der Rückgriff oder die Verweisung auf Unterhaltsansprüche eines Behinderten ebenso wie der eines Beziehers von ALG II („Hartz IV“) nach den einschlägigen Vorschriften der §§ 94 Abs. 2 SGB XII, 432 SGB XII und 33 SGB II so stark eingeschränkt, dass zumindest eine Sittenwidrigkeit derartiger Gestaltungen hieraus nicht gefolgert werden kann. Vielmehr macht der Testator legitimerweise von der ihm zustehenden Testierfreiheit Gebrauch und ebenso wie der Schenker, der bei lebzeitigen Übertragungen nicht auf Belange des Sozialhilfeträgers Rücksicht nehmen muss, darf auch der Testator von ihm vom Gesetz zur Verfügung gestellten Kombinationsmöglichkeiten Gebrauch machen. Damit ist insbesondere auch für den Bereich des Bedürftigentestaments größere Rechtssicherheit geschaffen, hatte doch hier eine Entscheidung des SG Dortmund in der Praxis große Unsicherheit hervorgerufen<sup>4</sup>. Zu Recht hat von Dickhuth-Harrach hierzu festgestellt, dass diese Entscheidung der Bedeutung der Testierfreiheit nicht gerecht werde<sup>5</sup>. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, warum die vom BGH für das Behindertentestament gemachten Ausführungen nicht auch auf das Bedürftigentestament übertragbar sein sollen. Weder sind die Fallkonstellationen sauber abgrenzbar, noch ist etwa davon auszugehen, dass der Subsidiaritätsgrundsatz im Bereich von ALG II – Bezug etwa stärker ausgeprägt wäre als im allgemeinen Sozialhilfeleistungsrecht.

3. Weiterhin wird in diesem Urteil entschieden, dass auch die Erbausschlagung eines Sozialhilfebeziehers nicht sittenwidrig ist. Damit stellt der Senat eine Wertungskonkordanz zum Verbraucherinsolvenzverfahren her. Hierzu hatte der BGH bereits 2009 klargestellt, dass die Ausschlagung oder Nichtgeltendmachung des Pflichtteils keine Obliegenheitsverletzung darstellt<sup>6</sup>. Zwar gibt es keine „Einheit der Rechtsordnung“. Wenn aber ein Empfänger von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nicht darauf verwiesen werden kann, Unterhaltsansprüche gegen Personen unentgeltend zu machen, gegen die der Leistungsträger einen Anspruchsübergang bewirken darf, so sollte dieser für familienrechtliche Unterhaltsansprüche ausgesprochene Grundsatz auch für erbrechtliche Ansprüche gelten<sup>7</sup>.
4. Weiterhin kritisch wird man den Verzicht auf einen bereits angefallenen Erbteil oder den Pflichtteil nach Eintritt des Erbfalles betrachten. Dies weniger, weil auf eine bloße Erwerbschance verzichtet wird, denn diesen Umstand hat der Bundesgerichtshof – anders als die Vorinstanz des OLG Köln – in seinem Urteil keine entscheidende Bedeutung beigemessen. Sondern vielmehr deshalb, weil sonst ein Wettlauf mit der nach § 93 SGB XII bestehenden Überleitungsmöglichkeit des Pflichtteils durch den Sozialhilfeträger eröffnet würde. Auch wären Leistungskürzungen in diesem Fall wohl möglich<sup>8</sup>.
5. Ebenso in den systematischen Zusammenhang gestellt und bejaht wird die Zulässigkeit einer Erbschaftsausschlagung durch den Sozialhilfebezieher. Auch hier wendet sich der Senat ins Grundsätzliche und spricht von einer „negativen Erbfreiheit“ die ein Korrelat zu dem vom Gesetz vorgesehenen Vonselbsterwerb darstelle (Tz 27). Gleichsam beiläufig wird dann noch die bisher immer wieder diskutierte Frage geklärt, ob Sozialhilfeträger dieses Ausschlagungsrecht auf sich überleiten könne. Dies wird klar verneint, so dass künftig auch nicht mehr von einem „seidenen Faden“ (Spall) gesprochen werden kann, an dem die Konstruktion des Behindertentestaments hänge.
6. Aus den mangelnden Überleitungs- und Rückgriffsmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers folgert der Senat schließlich das Prinzip des Familienlastenausgleichs, der diesen Vorschriften zugrunde liege, und den Zweck habe, das Familienvermögen der Eltern zu schützen (Tz 23). Dieser Grundsatz gelte nicht nur im Hinblick auf Unterhaltsansprüche, sondern auch im Erbrecht. Auch im Hinblick auf diese Argumentation wird man den vorsichtigen Schluss ziehen können, dass dort, wo keine Überleitungs- und Rückgriffsmöglichkeiten bestehen, eine entsprechende Gestaltung auch nicht sittenwidrig sein kann. Jedenfalls hat der Testator keine Bringschuld zu erfüllen, und die Vermutung spricht für die Wirksamkeit seiner Verfügung. Das Prinzip des Familienlastenausgleichs dürfte aber dort an seine Grenzen

1 OLG Köln, RNotZ 2010, 139 mit Anm. Vaupel

2 TZ 18

3 Armbrüster, Anm. zu OLG Köln v. 9.12.2009, ZEV 2010, 85 (86 ff.) sowie ZEV 2010, 555

4 SG Dortmund ZEV 2010, 54

5 v. Dickhuth-Harrach, Handbuch der Erbfolge-Gestaltung, 2011, § 69, Rn. 14

6 BGH NJW 2009, 1346

7 Hierzu im Bereich von Unterhaltsansprüchen Hußmann, ZEV 2005, 54 (60)

8 Vgl. hierzu Vaupel, Der Sozialhilferegress in der notariellen Praxis, RNotZ 2009, 497 (508)



stoßen, wo das Familienvermögen trotz der Belastung mit Unterbringungs- und Pflegekosten bzw., im Falle des Bedürftigentestaments, mit Kosten für den Lebensunterhalt, nicht gefährdet ist. So wird die bisherige Betrachtungsweise, dass ab einer bestimmten Größe des Vermögens derartige Gestaltungen sittenwidrig sein können, aufrechterhalten bleiben<sup>9</sup>. Allerdings wäre diese Grenze erst dann erreicht, wenn die notwendigen Aufwendungen aus den Erträgen der Erbschaft bestritten werden könnten. Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich auch die Sozialgerichte dieser Sichtweise anschließen werden, wenn es um die Frage geht, ob Leistungen gekürzt werden können.

## BGB § 1507

**1. Ein Zeugnis über die fortgesetzte Gütergemeinschaft kann bei Bedarf auch nach deren Beendigung erteilt werden; in das Zeugnis ist in diesem Fall aufzunehmen, dass und wann die fortgesetzte Gütergemeinschaft beendet worden ist.**

**2. Wird das Zeugnis für Grundbuchzwecke benötigt, sind auf Antrag die an der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligten Personen namentlich aufzunehmen; die bis zur Erteilung des Zeugnisses eingetretenen Veränderungen sind zu berücksichtigen.**

OLG München, Beschluss vom 26.05.2011 – 31 Wx 52/11, rechtskräftig

### Gründe:

#### I.

Gegenstand des Verfahrens ist die Erteilung eines Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft. Die Eltern des Antragstellers (Beteiligter zu 1) hatten mit Ehevertrag vom 13.10.1955 „für die fernere Dauer ihrer Ehe die allgemeine Gütergemeinschaft nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und zwar in dem bis 31. März 1953 geltenden Wortlaut“ vereinbart und weiter bestimmt: „Die Beteiligten schließen die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehemann und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen vorerst nicht aus“.

Aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen, die Söhne P. und R. und die Tochter V. . Die Ehefrau ist im April 2007 verstorben. Eine letztwillige Verfügung war nicht vorhanden. Nach ihrem Tod wurde aufgrund gesetzlicher Erbfolge zunächst -ausgehend vom gesetzlichen Güterstand -am 31.5.2007 ein Erbschein erteilt, der den Ehemann zu 1/2, die drei Kinder zu je 1/6 als Miterben auswies. Nach Vorlage des Ehevertrags vom 13.10.1955 durch den Notar wurde dieser Erbschein eingezogen und am 15.1.2009 ein neuer Erbschein erteilt, der Ehemann und Kinder als Miterben zu je 1/4 ausweist.

Mit notariellem Vertrag vom 22.6.2007 über Erbanteilsübertragung und Erb- und Pflichtteilsverzicht übertrug der älteste Sohn seinen Erbanteil nach seiner Mutter auf seinen Vater und seine beiden Geschwister. Unter „I. Vorbemerkung“ ist in der Urkunde festgehalten:

„Zum Nachlass der Verstorbenen gehört deren gesamthänderischer Anteil in Gütergemeinschaft am Grundbesitz der Gemarkung ... . Die Erbfolge ... ist im Grundbuch noch nicht vermerkt. Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge wird unter Bezugnahme auf die Nachlassakten ... beantragt, und zwar wenn möglich unter Berücksichtigung dieser Übertragung.“ Unter „II. Erbteilsübertragung“ übertrug der älteste Sohn R. seinen Erbanteil nach seiner Mutter „gleich mit welcher Quote und Höhe er sich darstellt“ auf seinen Vater zu 1/2 und seine Geschwister zu je 1/4. Unter Ziffer V. erklärten die Vertragsteile, „dass sich im Nachlass nur mehr der vorgenannte Grundbesitz, nämlich der gesamthänderische Anteil in Gütergemeinschaft an den in der Vorbemerkung aufgelisteten Flurnummern, befindet. Alle übrigen Nachlassgegenstände wurden bereits auseinandergesetzt und werden von der Erbanteilsübertragung nicht erfasst“. Der Sohn R. verzichtete außerdem mit Wirkung für sich und seine Abkömmlinge auf sein Erb- und Pflichtteilsrecht nach seinem Vater (Ziffer III der Urkunde). In Ziffer IV ist festgehalten, dass er eine Gegenleistung bereits erhalten habe und die Erbteilsübertragung die Durchführung des 2005 privatschriftlich erklärten Erb- und Pflichtteilsverzichts gegenüber beiden Eltern nachvollziehe, weil wegen Ablebens der Mutter eine Nachholung der Beurkundung nicht mehr möglich sei.

In der Folge wurden im Grundbuch anstelle der Erblasserin der Ehemann und die Kinder P. und V. „in Erbengemeinschaft“ eingetragen. Die Tochter verunglückte im Oktober 2007 tödlich. Sie hinterließ zwei Kinder und wurde von ihrem Ehemann, dem Beteiligten zu 2, allein beerbt. Dieser wurde an ihrer Stelle im Grundbuch eingetragen. Der Ehemann der Erblasserin verstarb im September 2009; der Beteiligte zu 1 ist sein Alleinerbe. Der Beteiligte zu 1 beantragte mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 7.4.2010 die Erteilung eines Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft und wies darauf hin, dass aufgrund der unzutreffenden Eintragung im Grundbuch der Beteiligte zu 2 die Zwangsversteigerung des Grundbesitzes betreibe. Der Beteiligte zu 2 trat dem Antrag entgegen mit der Begründung, die -nach den bis 31.3.1953 geltenden Vorschriften auch konkludent mögliche -Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft sei jedenfalls mit der Vereinbarung vom 22.6.2007 erfolgt, die die Beteiligten nicht hätten treffen können, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft noch bestanden hätte.

Das Nachlassgericht wies den Antrag mit Beschluss vom 21.10.2010 zurück. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft sei den Beteiligten nicht bewusst gewesen. Erst anlässlich der Erbanteilsübertragung vom 22.6.2007 sei offensichtlich bekannt geworden, dass die Ehegatten im Güterstand der Gütergemeinschaft gelebt hätten. In dieser Urkunde sei angegeben, dass der vertragsgegenständliche Grundbesitz in den Nachlass falle, was bei einer fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht möglich wäre. Spätestens mit diesem Vertrag sei deshalb die fortgesetzte Gütergemeinschaft beendet worden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1, die er insbesondere darauf stützt, dass wegen der Formerfordernisse eine stillschweigende Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausscheide.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Das Nachlassgericht hat zu Unrecht den Antrag auf Erteilung eines Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zurückgewiesen.

1. Der Antrag (§ 1507 BGB, § 357 FamFG) ist zulässig. Der Beteiligte zu 1 ist antragsberechtigt.

Bei bestehender fortgesetzter Gütergemeinschaft ist nur der überlebende Ehegatte antragsberechtigt, da das Verwaltungsrecht allein ihm zusteht, nach beendeter fortgesetzter Gütergemeinschaft jeder Abkömmling und jeder Erbe des zweitverstorbenen Ehegatten (vgl. Palandt/ Brudermüller BGB 70. Aufl. § 1507 Rn. 2 f; Staudinger/Thiele BGB <2007> § 1507 Rn. 5).

2. Die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft -die hier spätestens mit dem Tod des Ehemannes eingetreten ist (§ 1494 BGB) -steht der Erteilung des Zeugnisses nicht entgegen. Auch nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann ein am Gesamtgut Beteiligter die Erteilung eines Fortsetzungszeugnisses beantragen, wenn dafür ein Bedürfnis besteht (BayObLG DNotZ 1968, 35/37). Ein Fortsetzungszeugnis kann insbesondere zu Grundbuchzwecken erforderlich sein (vgl. § 35 Abs. 2 GBO). Zwar wird das Zeugnis mit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft regelmäßig gegenstandslos; die Kraftlosigkeit erstreckt sich aber nicht auf die Vergangenheit. Wird das Zeugnis nach der Beendigung erteilt, ist es mit dem Vermerk zu versehen, dass und seit wann die fortgesetzte Gütergemeinschaft beendet ist (vgl. KG NJW 1964, 1905/1906).

Das Zeugnis hat nach der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft für den Nachweis der Teilhaberschaft an der den überlebenden Abkömmlingen zustehenden Gesamtgutshälfte dieselbe Bedeutung wie der weiter notwendige Erbschein für den Nachweis der Erbfolge in die dem nachverstorbenen Ehegatten zukommende, selbständig vererbliche andere Gesamtgutshälfte. Es handelt sich dabei nicht so sehr um ein Zeugnis über das Bestehen der fortgesetzten Gütergemeinschaft, sondern um ein Zeugnis darüber, wer die Rechtsnachfolger hinsichtlich des bisherigen Gesamtguts der Gütergemeinschaft sind (BayObLGZ 1954, 79/82 f. m.w.N.).

Im Grundbuchverfahren erbringt das Zeugnis -anders als im allgemeinen Rechtsverkehr (vgl. dazu BGHZ 63, 35/39) -den vollen Beweis für den Übergang des Gesamtguts auf die in ihm genannten Personen (Demharter GBO 27. Aufl. § 35 Rn. 54). Wenn - wie hier - das Zeugnis zu Grundbuchzwecken erteilt werden soll, sind deshalb auf Antrag auch die Namen der gemeinsamen Abkömmlinge in das Zeugnis aufzunehmen (Demharter § 35 Rn. 50; Meikel GBO 10. Aufl. § 35 Rn. 153). Ob in anderen Fällen die namentliche Angabe der Abkömmlinge nur empfehlenswert (Staudinger/Thiele § 1507 Rn. 7), fakultativ (Palandt/Brudermüller § 1507 Rn. 4) oder überflüssig (MünchKommBGB/Kanzleiter 5. Aufl. § 1507 Rn.

4) ist, kann hier dahinstehen. In dem Zeugnis sind ferner die bis zu seiner Erteilung eingetretenen Veränderungen in der Person der anteilsberechtigten Abkömmlinge -etwa aufgrund Todes (§ 1490 BGB) oder Verzichts (§ 1491 BGB) ersichtlich zu machen (Demharter § 35 Rn. 50).

3. Mit dem Tod der Ehefrau ist kraft Gesetzes (§ 1483 BGB) die Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den drei gemeinsamen Abkömmlingen eingetreten, weil nach den ehevertraglichen Bestimmungen die Fortsetzung vorgesehen war und von den Ehegatten zu Lebzeiten nicht ausgeschlossen wurde. Der überlebende Ehegatte hat die Fortsetzung auch nicht formgerecht abgelehnt.

a) Die Ehegatten haben mit notariell beurkundetem Ehevertrag vom 13.10.1955 die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart. Nach dem damals geltenden Vorschriften war die Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit gemeinsamen Abkömmlingen der Regelfall (§ 1483 Abs. 1 BGB a.F.). Die Ehegatten hatten die Möglichkeit, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch Ehevertrag auszuschließen (§ 1508 Abs. 1 BGB a.F.). Davon haben die Ehegatten hier bei Vertragsabschluss keinen Gebrauch gemacht, sondern im Vertrag festgehalten, dass sie die Fortsetzung vorerst nicht ausschließen. Nachdem die Ehegatten außerdem ausdrücklich Gütergemeinschaft „nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und zwar in dem bis 31. März 1953 geltenden Wortlaut“ vereinbart haben, sind diese Vorschriften in der bis 31.3.1953 geltenden Fassung Bestandteil des Ehevertrages geworden mit der Folge, dass danach erfolgte Änderungen dieser Vorschriften im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien keine Anwendung finden. Die Änderung des § 1483 BGB (Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit Abkömmlingen nur bei Vereinbarung durch Ehevertrag) und die Streichung des § 1508 BGB durch das Gleichberechtigungsgesetz (verkündet am 21.6.1997, in Kraft getreten zum 1.7.1958; vgl. dazu Staudinger/Thiele Einl zu §§ 1363 Rn. 12 ff.) wirkt sich folglich hier ohnehin nicht aus. Im Übrigen führt die Übergangsvorschrift des Art. 8 Abs. 1 Nr. 6 Abs. 1 GleichberG zum gleichen Ergebnis: Danach gilt die Fortsetzung der Gütergemeinschaft als vereinbart, wenn die bei Inkrafttreten des Gesetzes in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten sie nicht ausgeschlossen haben.

b) Die Ehegatten haben ihre vertragliche Vereinbarung zur Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu Lebzeiten beider nicht aufgehoben. Sie haben weder ausdrücklich noch konkludent formgerecht die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen.

(1) Nach § 1508 Abs. 1 BGB a.F. konnten die Ehegatten die Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch Ehevertrag ausschließen; der Ehevertrag musste bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht (inzwischen obsolet wegen § 56 Abs. 1 BeurkG) oder vor einem Notar geschlossen werden (§ 1434 BGB a.F.; jetzt § 1410 BGB). Eine solche formgerechte vertragliche Vereinbarung ist hier nicht geschlossen worden. Die bloße -unzutreffende -Angabe der Ehegatten, sie lebten im gesetzlichen Güterstand, in einem notariellen Vertrag mit Dritten über den Erwerb eines Grundstücksanteils, stellt keine Willenserklärung dar, die auf die Abänderung des für die Ehe geltenden Güterstandes oder der mit ihm verbundenen disponiblen Regelungen gerichtet wäre.

(2) Soweit der Beteiligte zu 2 darauf verweist, der Ausschluss der Fortsetzung habe auch konkludent vereinbart werden können, trifft das nur insoweit zu, als der stillschweigende Ausschluss der Fortsetzung in einer der Form des Ehevertrages entsprechenden Erklärung (etwa einem Erbvertrag) enthalten sein musste. So weist das Reichsgericht (RGZ 94, 314/317) ausdrücklich darauf hin, das gemeinschaftliche Testament könne, auch wenn es in der Form des Ehevertrages (§ 1434 BGB a.F.) geschlossen sei, den Ehevertrag im Sinne des § 1508 BGB a.F. nicht ersetzen, weil es nach § 2271 BGB einseitig widerrufen werden könne. Ohne notarielle Beurkundung konnte nur ein Ausschluss aller Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft in einem gemeinschaftlichen Testament erfolgen (§ 1511 Abs. 1, § 1516 Abs. 3 BGB a.F.). Dieser hatte zur Folge, dass es zu einer Fortsetzung nicht mehr kommen konnte, und führte somit im Ergebnis die gleiche Wirkung herbei wie der Ausschluss der Fortsetzung. Ein solcher Ausschluss aller Abkömmlinge konnte konkludent in den Bestimmungen eines gemeinschaftlichen Testaments enthalten sein, die mit der Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht vereinbar waren (vgl. RGZ 94, 314/317; Palandt 11. Aufl. 1952 § 1511 Nr. 3b, § 1508 Nr. 1b). Insoweit besteht kein Unterschied zur heutigen Rechtslage (vgl. Palandt/Brudermüller BGB 70. Aufl. § 1511 Rn. 2; Staudinger/Thiele § 1511 Rn. 6, 16). Hier haben die Ehegatten jedoch weder einen weiteren Ehevertrag, noch einen Erbvertrag noch ein gemeinschaftliches Testament errichtet. Der Umstand, dass sie an die Regelungen zu ihrem Güterstand möglicherweise nicht mehr gedacht haben, ersetzt nicht die für die Änderung oder Aufhebung notwendige Willenserklärung.

c) Nach dem Tod eines Ehegatten entfällt die Fortsetzung der Gütergemeinschaft, wenn der überlebende Ehegatte sie ablehnt (§ 1484 Abs. 1, 3 i.V.m. § 1482 BGB). Wie die Ausschlagung der Erbschaft ist die Ablehnung der Fortsetzung innerhalb von sechs Wochen ab Kenntnis gegenüber dem Nachlassgericht zur Niederschrift oder in öffentlich beglaubigter Form zu erklären (§ 1484 Abs. 2 i.V.m. §§ 1944, 1945 BGB). Eine solche Erklärung ist vom überlebenden Ehemann nicht abgegeben worden.

d) Ist die fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten, kann sie durch spätere Erklärungen oder Vereinbarungen der Beteiligten (etwa über den Verzicht aller Abkömmlinge nach § 1491 BGB oder die Aufhebung durch den Überlebenden nach § 1492 BGB) nicht rückwirkend zum Wegfall gebracht werden. Sie wird vielmehr (ex nunc) beendet, das Gesamthandsverhältnis dauert als Liquidationsgemeinschaft bis zur Auseinandersetzung fort (§ 1497 BGB).

4. Die Entscheidung des Nachlassgerichts ist deshalb aufzuheben. Nachdem die Fortsetzung der Gütergemeinschaft eingetreten ist und im Grundbuch verlautbart werden soll, ist ein Zeugnis zu erteilen. Der Senat kann das Nachlassgericht nicht zur Erteilung des Zeugnisses anweisen, weil bislang weder ein sachgerechter Antrag gestellt ist, der den Inhalt des begehrten Zeugnisses angibt, noch die erforderlichen Urkunden sowie die eidesstattliche Versicherung vorliegen (§ 1507 Satz 2 i.V.m. §§ 2354 ff. BGB). Zum Inhalt des Zeugnisses weist der Senat auf folgendes hin:

a) Der notarielle Vertrag vom 22.6.2007 über die Erbteilsübertragung und den Erb- und Pflichtteilsverzicht des ältesten

Sohnes enthält keine konkludente Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Die Aufhebung kann sowohl durch Erklärung des überlebenden Ehegatten gegenüber dem Nachlassgericht (§ 1492 Abs. 1 BGB) als auch durch notariell beurkundeten Vertrag zwischen dem überlebenden Ehegatten und den anteilsberechtigten Abkömmlingen erfolgen (§ 1492 Abs. 2 BGB). Sie beendet die fortgesetzte Gütergemeinschaft, an deren Stelle tritt die Auseinandersetzungsgemeinschaft (Staudinger/Thiele § 1492 Rn. 7). Eine auf die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gerichtete Erklärung der Beteiligten kann dem Vertrag vom 22.6.2007 jedoch nicht entnommen werden. Zwar haben ersichtlich alle am Vertrag Beteiligten angenommen, dass der gesamthänderische Anteil in Gütergemeinschaft am Grundbesitz zum Nachlass der Ehefrau gehöre, was wegen der eingetretenen Fortsetzung der Gütergemeinschaft tatsächlich nicht der Fall war. Allerdings beinhaltet eine fehlerhafte Beurteilung der rechtlichen Gegebenheiten nicht ohne weiteres die stillschweigende rechtsgeschäftliche Erklärung der Beteiligten, das wirklich zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis solle geändert werden. Darüber hinaus sind die vertraglichen Vereinbarungen nicht auf die Beendigung der vermeintlich zwischen den Beteiligten bestehenden Erbengemeinschaft gerichtet, sondern auf das Ausscheiden eines der an der Gemeinschaft Beteiligten.

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft ist hier deshalb erst mit dem Tod des Ehemannes am 27.9.2009 beendet worden. Das hat zur Folge, dass der Anteil der im Oktober 2007 verstorbenen Tochter V. nicht in ihren Nachlass gefallen ist; an ihre Stelle sind ihre Abkömmlinge getreten (§ 1490 S. 1, 2 BGB).

b) Es kommt jedoch eine Umdeutung (§ 140 BGB) der „Erbanteilsübertragung“ in einen Verzicht des Sohnes R. auf seinen Anteil am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft gemäß § 1491 Abs. 2 BGB in Betracht. Mit der „Erbanteilsübertragung“ wollten die Beteiligten gegen die bereits bezahlte Abfindung ein Ausscheiden des R. aus der Gesamthandsgemeinschaft erreichen, in die nur (noch) der Anteil der verstorbenen Mutter am Grundbesitz fiel. Die Übertragung des Anteils des R. auf Vater und Geschwister ist aber nichtig, weil damit entgegen § 1487 Abs. 1 i.V.m. § 1419 BGB bzw. § 1442 BGB a.F. über den Anteil des R. an der fortgesetzten Gütergemeinschaft verfügt wird. Wie die Beteiligten in der Urkunde ausdrücklich festgehalten haben, war mit Ausnahme des nur vermeintlich in den Nachlass fallenden Anteils der Erblasserin am Grundbesitz der Nachlass vollständig auseinandergesetzt, die Erbengemeinschaft somit beendet und eine „Erbteilsübertragung“ nicht mehr möglich. Das von den Beteiligten gewünschte Ergebnis, nämlich das Ausscheiden des ältesten Sohnes gegen Abfindung aus der Gemeinschaft konnte durch einen Verzicht auf seinen Anteil am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft erreicht werden (§ 1491 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB). Es ist davon auszugehen, dass die Beteiligten bei Kenntnis der Rechtslage und der Nichtigkeit der Anteilsübertragung einen Verzicht des Sohnes R. auf seinen Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft vereinbart hätten. Bereits bei der Erbringung der Abfindung und der damit verbundenen formunwirksamen Vereinbarung über Erb- und Pflichtteilsverzicht nach beiden Eltern hatte für die Ehegatten und den abzufindenden Sohn ersichtlich im Vordergrund gestanden, dessen darüber hinausgehende Beteiligung am Vermögen der Eltern bei deren Versterben auszuschließen.

### III.

Gerichtskosten für die erfolgreiche Beschwerde fallen nicht an. Hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten der Beteiligten verbleibt es bei dem im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Grundsatz, dass diese jeder Beteiligte selbst trägt.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München  
Margaretha Förth

#### **BGB §§ 133, 2084 FamFG § 352**

**1. Allein im Ausspruch des Nachlassgerichts, wonach „der beantragte Erbschein erteilt“ wird, liegt noch keine Erbscheinserteilung im Sinne von § 352 FamFG.**

**2. Zur Auslegung einer testamentarischen Bestimmung, in der die den einzelnen Miterben zugewendeten Erbteile ihrer Größe nach lediglich in ungenauer Weise („ein bedeutender Betrag“; „ein großer Teil“; „ein Teil“) bezeichnet sind.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 08.02.2011 - 14 Wx 52/10

#### Gründe:

##### I.

Mit der Beschwerde wendet sich der Beteiligte 3 gegen die Erteilung eines Erbscheins, der seiner Meinung nach unzutreffende Erbteilsquoten der testamentarisch bedachten drei gemeinnützigen Organisationen, der Beteiligten 1 bis 3, ausweist.

Dem Streit liegt ein von der am 23.10.2009 in W. verstorbenen D. H. und ihrem vorverstorbenen Ehemann am 1.4.1987 errichtetes gemeinschaftliches handschriftliches Testament zugrunde. In diesem setzten sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmten weiter, daß („vom Nachlass von uns beiden“) „erstens ein bedeutender Betrag“ an den Beteiligten 3, „zweitens ein großer Teil“ an den Beteiligten 2 und „drittens ein Teil“ an den Beteiligten 1, „evtl. auch zum Kauf eines neuen Struppi-Wagen“, gehen sollte. Die Eigentumswohnung sollte verkauft werden und „das Inventar an bedürftige ordentliche Familien“ gehen.

Am 8.3.2010 hat der Beteiligte 2 einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins eingereicht, wonach die Beteiligten zu je 1/3 Erben geworden seien. Der Beteiligte 3 erstrebte mit seinem am 10.3.2010 eingereichten Erbscheinsantrag eine Ausweisung der Erbteile wie folgt: Beteiligter 1 zu 2/10, Beteiligter 2 zu 3/10, Beteiligter 3 zu 5/10.

Mit dem angefochtenen Beschluß vom 21.5.2010, auf den wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Nachlaßgericht auf Antrag des Beteiligten 2 ausgesprochen:  
„1. Die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags der Beteiligten 2 vom 2.3.2010 erforderlich sind, werden für festgestellt erachtet. Der beantragte Erbschein wird erteilt.

2. Der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3 vom 8.3.2010 wird zurückgewiesen.

3. Die sofortige Wirksamkeit dieses Beschlusses wird ausgesetzt.“

Der Beteiligte 3 verfolgt mit der dagegen gerichteten Beschwerde seinen eigenen Erbscheinsantrag weiter. Er vertritt die Auffassung, in der testamentarischen Verfügung komme durch die unterschiedliche Bezeichnung der Zuwendungen und die mit „erstens, zweitens...“ zum Ausdruck gebrachte Rangfolge deutlich zum Ausdruck, daß nach dem Willen der Erblasser in dieser Reihenfolge unterschiedlich hohe Erbteile zugeteilt werden sollten. Die Umsetzung dieses Willens erfordere die von ihm begehrte Abstufung der Erbquoten.

Die Beteiligten 1 und 2 sind der Beschwerde entgegengetreten. Das Nachlaßgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

##### II.

1. Die gemäß § 58 FamFG statthafte Beschwerde ist zulässig. Die Beschwerdefrist ist gewahrt (§ 63 Abs. 1 FamFG). § 352 Abs. 3 FamFG steht der Zulässigkeit der Beschwerde nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift ist der Erbschein ab Erteilung nicht mehr mit der Beschwerde anfechtbar. Im vorliegenden Fall hat das Nachlaßgericht zwar ausgesprochen: „Der beantragte Erbschein wird erteilt“ darin liegt aber noch keine Erteilung des Erbscheins im Sinne des § 352 FamFG. Vielmehr ist ein Erbschein erteilt, „sobald er in Urschrift oder Ausfertigung dem Antragsteller ausgehändigt oder übersandt wurde (Keidel/Zimmermann, FamFG, 16. Aufl., § 352 Rn 130 m.N.). Das ist hier im Hinblick auf die Aussetzung der Wirksamkeit des Beschlusses durch das Nachlaßgericht bisher nicht geschehen.

2. Der Umstand, daß das Nachlaßgericht verfahrensfehlerhaft den Inhalt der telefonisch eingeholten Auskunft der ehemaligen Betreuerin W. unter Verstoß gegen den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs den Beteiligten erst in den Gründen seiner Entscheidung mitgeteilt hat und die Sache nach Einlegung der Beschwerde entgegen § 68 Abs. 1 FamFG ohne begründete Beschlußentscheidung über die Abhilfe/Nichtabhilfe (Keidel/Sternal aaO § 68 Rn 12) vorgelegt hat, nötigt nicht zur Zurückverweisung ohne Sachentscheidung durch das Beschwerdegericht. Denn die Beteiligten hatten im Beschwerdeverfahren Gelegenheit, zu den Angaben der Zeugin W. Stellung zu nehmen, und das Beschwerdegericht kann eine Entscheidung in der Sache ohne aufwändige Beweiserhebung treffen; auch hat kein Beteiligter die Zurückverweisung ohne Sachentscheidung beantragt (§ 69 Abs. 1 S. 3 FamFG).

3. Die Beschwerde des Beteiligten 3 ist teilweise begründet. Die Feststellung der zur Erteilung eines Erbscheins gemäß des Antrags des Beteiligten 2 (Erbteile zu je 1/3) erforderlichen Tatsachen ist zwar zu Unrecht erfolgt; jedoch können die für die Begründetheit des Erbscheinsantrages des Beteiligten 3 erforderlichen Tatsachen nicht festgestellt werden. Vielmehr ist von einer testamentarischen Erbeinsetzung der Beteiligten wie folgt auszugehen: Beteiligter 1 1/5, Beteiligter 2 2/5 und Beteiligter 3 2/5.

a) Die Auslegung einer testamentarischen Verfügung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Sie soll klären, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte und nicht etwa einen von der Erklärung losgelösten Willen ermitteln. Grundsätzlich ist bei nicht eindeutigen und daher auslegungsbedürftigen Testamentswortlaut gem. § 133 BGB nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Vielmehr ist der Wortsinn der vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten sagen wollte. Allein sein subjektives Verständnis hinsichtlich des von ihm verwendeten Begriffs ist maßgeblich. Ein Abweichen vom Wortsinn setzt allerdings voraus, daß Umstände vorliegen, aus denen geschlossen werden kann, daß der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht. Zur Ermittlung des Inhalts der einzelnen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments heranzuziehen und zu würdigen. Abzustellen ist aber stets auf den Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamenterrichtung. Danach eingetretene Umstände können daher nur Bedeutung erlangen, soweit sie Rückschlüsse hierauf zulassen; nicht verwertbar sind sie insoweit, als sie ergeben, daß der Erblasser nach Testamenterrichtung seinen Willen geändert hat (Palandt/Weidlich, BGB, 70. Aufl., § 2084 Rn 1,2).

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist das Nachlaßgericht zutreffend davon ausgegangen, daß allen drei Beteiligten je ein Erbteil zugewendet wurde und nicht nur ein Vermächtnis. Dafür spricht schon, daß nach dem Testament vom 1.4.1987 praktisch das ganze bedeutende Vermögen wertmäßig unter den Beteiligten aufgeteilt werden sollte und lediglich die Einrichtungsgegenstände („Inventar“) Dritten zukommen sollte. Daß der Beteiligte 3 nach dem Wortlaut einen Geldbetrag erhalten sollte, während den Beteiligten 1 und 2 jeweils ein „Teil“ des „Nachlasses von uns beiden“ zugesprochen wurde, nötigt nicht zur Annahme eines Geldvermächtnisses zugunsten des Beteiligten 3. Nach Sachlage bestand das Vermögen der Erblasser zur Zeit der Testamenterrichtung wie auch zum Zeitpunkt des Todes der letztversterbenden Ehefrau im wesentlichen aus Geldvermögen und der Eigentumswohnung. Angesichts der Zuwendung dieses Nachlasses an drei gemeinnützige Organisationen war den testierenden Eheleuten klar, daß nach ihrem Tode die Eigentumswohnung verkauft werden würde; so haben sie es im Testament auch angeordnet. Ihnen war damit bewußt, daß der den drei Organisationen zugedachte Nachlaß dann vollständig aus Geldvermögen bestehen würde. Der den Beteiligten 1 und 2 jeweils zugesprochene „Teil“ des Nachlasses war dann ebenfalls nichts anderes als ein Geldbetrag.

c) Der Senat tritt dem Nachlaßgericht auch darin bei, daß aus der Verwendung der Ausdrücke „bedeutender Betrag“ und „großer Teil“ (des Nachlasses) keine wertmäßige Abstufung zugunsten des einen oder anderen entnommen werden kann. Schon den Eigenschaftswörtern „bedeutend“ und „groß“ für sich genommen vermag der Senat nach dem allgemeinen Sprachgebrauch keine unterschiedliche Größenbewertung zuzumessen, auch nicht in dem vom Beteiligten 3 angeführten Beispiel eines „bedeutenden“ oder „großen“ Mannes. Dies gilt auch für die im Testament verwendeten

Zusammensetzungen „bedeutender Betrag“ und „großer Teil“. Der Nachlaß beträgt knapp € 300.000 (Geldvermögen ca € 175.000; Wert der Eigentumswohnung ca. € 120.000). Es kann davon ausgegangen werden, daß Geldvermögen und Eigentumswohnung in etwa dem Vermögensbestand der Eheleute zum Zeitpunkt des Testats entsprechen, da sie damals bereits über 70 Jahre alt waren und ein danach eingetretener größerer Vermögenserwerb nicht ersichtlich und nicht anzunehmen ist. Bei Aufteilung eines solchen Vermögens unter drei Begünstigte läßt die Verwendung von Bezeichnungen wie „ein großer Teil“ oder „ein großer Betrag“ oder „ein bedeutender Betrag“ oder „ein bedeutender Teil“ keine zuverlässigen Rückschlüsse darauf zu, daß der Erblasser damit unterschiedliche Werte verbunden habe. Auch aus der Reihenfolge der Aufzählung der Erben („erstens, zweitens...“) vermag der Senat keine wertmäßige Rangordnung hinsichtlich der Beteiligten 1 und 2 zu erkennen. Hätten die Testierer eine wertmäßige Abstufung gewollt, so wäre zu erwarten gewesen, daß sie dies deutlich zum Ausdruck gebracht hätten, wie sie dies nach Auffassung des Senats hinsichtlich des Beteiligten 1 getan haben. Denn die Zuweisung von einem „Teil“ an den Beteiligten 1 ist nach Auffassung des Senats als gegenüber den anderen beiden Zuwendungen deutlich geringerwertige Erbeinsetzung zu verstehen. Dafür spricht der klare Gegensatz zu den vorangegangenen Bezeichnungen „bedeutender Betrag“ und „großer Teil“, der dem verständigen Leser sofort ins Auge fällt und auch den Testierern nicht entgangen sein kann. Daran ändert auch der Zusatz „evtl. auch zum Kauf eines neuen Struppi-Wagen“ nichts. Abgesehen davon, daß kaum angenommen werden kann, daß die Eheleute den Preis eines solchen Fahrzeugs kannten, kann aus diesem -zudem mit „evtl.“ eingeleiteten- Zusatz nicht entnommen werden, daß der zugewendete Betrag jedenfalls so hoch sein sollte, daß mit ihm allein ein Kauf verwirklicht werden konnte. Die vom Nachlaßgericht im Beschluß vom 21.5.2010 wiedergegebenen Angaben von Frau W., der ehemaligen Betreuerin der letztverstorbenen Erblasserin, zwischen ihr und der Erblasserin sei immer wieder Gesprächsthema gewesen, daß dieser alle drei Institutionen gleichermaßen wichtig gewesen seien, geben für die Ermittlung des Erblasserwillens zum maßgeblichen Zeitpunkt der Testamenterrichtung (Palandt/Weidlich aaO § 2084 Rn 2) nichts her. Auf die Frage, ob die Erblasserin die in Frage stehenden Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament noch ändern konnte, kommt es nicht an, weil die Erblasserin eine Änderung ausdrücklich ausgeschlossen hat. Dies ergibt sich aus dem von der Betreuerin unaufgefordert an den Senat gerichteten Schreiben, eingegangen am 14.10.2010, in dem sie erklärt, die Erblasserin habe nicht nur ein Mal gesagt, „daß es ihr am liebsten wär wenn das S. Kinderdorf ihr ganzes Vermögen bekommen sollte aber Sie würde nie das Testament ihres Mannes anfassern u Ändern“.

Bei dieser Sachlage hält es der Senat im Wege der ergänzenden Auslegung für sachgerecht, dem von den Erblassern im Testament mit den Worten „ein bedeutender Betrag“ und „ein großer Teil“ (Beteiligter 2 und 3) einerseits sowie „ein Teil“ (Beteiligter 1) andererseits zum Ausdruck gebrachten Willen zur Differenzierung der erfolgten Zuwendungen durch Erbteile von je 2/5 zugunsten der Beteiligten 2 und 3 und von 1/5 zugunsten des Beteiligten 1 Geltung zu verschaffen. 4. Der angefochtene Beschluß war deshalb in Ziff. 1 aufzuheben und die Sache an das Nachlaßgericht zurückzugeben. Die

Erteilung eines der Rechtslage entsprechenden Erbscheins ist dem Beschwerdegericht ohnehin verwehrt (Keidel/Zimmermann aaO § 352 Rn 153). Auch eine Anweisung zur Erteilung eines solchen Erbscheins oder ein entsprechender Feststellungsbeschluss (§ 352 Abs. 1 FamFG) ist vorliegend nicht möglich, da es bisher an einem Antrag dieses Inhalts fehlt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 FamFG. Der Beteiligte 3 hatte mit seiner Beschwerde Erfolg, soweit er die Erteilung eines Erbscheins gemäß des Antrags des Beteiligten 2 bekämpfte, ist aber mit seinem eigenen Antrag unterlegen. Der Teilerfolg geht letztlich zu Lasten des Beteiligten 1, während die wirtschaftlichen Interessen des Beteiligten 2 nicht beeinträchtigt werden. Deshalb erschien es angemessen, die Gerichtskosten je hälftig den Beteiligten 1 und 3 aufzuerlegen und keine Erstattung außergerichtlicher Kosten auszusprechen. Hinsichtlich des Beteiligten 2 erscheint

die Nichterstattung außergerichtlicher Kosten ebenfalls gerechtfertigt, weil er durch die Beschwerdeentscheidung zwar keine wirtschaftliche Einbuße erleidet, aber doch mit seinem Erbscheinsantrag unterlegen ist.

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren ergibt sich aus §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 1 KostO. Er bemisst sich nach dem mit der Beschwerde verfolgten wirtschaftlichen Interesse, hier nach der vom Beschwerdeführer erstrebten Erhöhung seines Anteils von 1/3 auf 1/2, also 1/6 des Nachlasses. Aufgrund der von der Betreuerin mitgeteilten Werte ist von einem Aktivnachlaß von € 296.745 (Sparguthaben € 176.745, Wohnung € 120.000) und von einem bereinigten Nachlaß von ca € 290.000 auszugehen. Der Geschäftswert beträgt damit € 48.333.

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war nicht veranlaßt, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (§ 70 Abs. 2 FamFG).

## Buchbesprechungen

**Hügel. GBO - Grundbuchordnung. Kommentar. Bearbeitet von Dr. Johannes Holzer, Prof. Dr. Stefan Hügel, Walter Kral, Aksel Kramer, Dr. Hans-Frieder Krauß, Dr. Dirk-Ulrich Otto, Dr. Wolfgang Reetz, Harald Wilsch und Andreas Zeiser. Verlag C. H. Beck, 2. Aufl., 2010, 1533 Seiten, 118 €.**

Der Kommentar zur GBO bietet nicht nur eine komplette Erläuterung aller Bestimmungen der Grundbuchordnung, sondern zusätzlich auch in eigenen Kapiteln die grundbuchrechtlichen Besonderheiten aus WEG, Gesellschaftsrecht, Pfändung, Zwangssicherungshypothek, Insolvenz, aus den neuen Bundesländern und dem IPR sowie Sonderteile über Verfügungsbeeinträchtigungen, zur Vertretungsmacht, zum Erbaurecht und zu den alten Rechten. Erfreulich deutlich stellt der Kommentar fest, dass zur Wirksamkeit i. S. von § 10 Abs. 3 WEG eine Öffnungsklausel (auch gemäß § 874 BGB) im Grundbuch eingetragen werden muss, mangels aktuellen Betroffenseins die Zustimmung dinglich Berechtigter nicht erforderlich ist (WEG Rn. 62, 63). Die formfreie Abschichtung eines Miterben wird zugelassen, zur Grundbuchberichtigung die Berichtigungsbewilligungen aller ausgeschiedenen und aller verbliebenen Miterben in der Form des § 29 GBO verlangt (§ 35 Rn. 171; anders Böttcher Rpfleger 2007, 437). Ausführlich wird auf die neue Rechtslage bei der GbR an verschiedenen Stellen des Kommentars eingegangen. So wird die Erwerbsfähigkeit der GbR behandelt (§ 13 Rn. 83). Abhängig von der jeweils vereinbarten gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung können die Folgen nach dem Tod eines Gesellschafters unterschiedlich sein; stets handelt es sich um eine Grundbuchberichtigung und nicht bloß um eine Richtigstellung des Grundbuchs (§ 35 Rn. 141). Auch zu den unterschiedlichen Meinungen zum Nachweis von Existenz und Vertretungsrecht einer GbR im Grundbuchverfahren wird ausführlich Stellung genommen (§ 47 Rn. 110 ff.). Die BGH-Rechtsprechung zum Aufladen einer Vormerkung (DNotZ 2000, 639) und zur Erweiterung von Rückforderungsgründen (DNotZ 2008, 514) entwertet das Grundbuch (Böhringer NotBZ 2010, 84); das Werk empfiehlt, die neuerliche Bewilligung in jedem Fall in die Grundakten aufnehmen zu lassen, gleichwohl wird die Bewilligung damit

nicht zum Inhalt des Grundbuchs (§ 44 Rn. 68; dazu Amann MittBayNot 2010, 451).

Bei der Nachverpfändung eines Grundstücks mit einer bisher bestehenden Alt-Sicherungsgrundschuld vertritt das Werk noch die Meinung, dass der Inhalt der Gesamtgrundschuld hinsichtlich der Kündigungsbestimmungen nicht unterschiedlich sein dürfe (§ 44 Rn. 64; anders BGH DNotZ 2010, 683). Will ein Makler „in eigener Sache“ recherchieren, ob seine Vermittlungstätigkeit zum Abschluss eines Kaufvertrages mit einem von ihm nachgewiesenen Kunden geführt hat, so muss eine beträchtliche Wahrscheinlichkeit für die behauptete Entstehung eines Provisionsanspruch dargelegt werden (§ 12 Rn. 54; OLG Dresden Rpfleger 2010, 209; OLG Stuttgart Beschl. v. 28.9.2010 – 8 W 412/10). Die alleinige Besorgnis, der Verwandte könnte unterhaltsbedürftig werden, reicht zu einer Grundbucheinsicht nicht aus (§ 12 Rn. 73; OLG Karlsruhe ZEV 2009, 42 m. Anm. Böhringer). Durch einen Klarstellungsvermerk müssen sich Zweifel beseitigen und der Umfang bzw. Inhalt des eingetragenen Rechts präzisieren lassen, keinesfalls darf aber eine Änderung oder Ergänzung des Rechtsinhalts erfolgen (§ 44 Rn. 21; OLG Düsseldorf FGPrax 2009, 101). Der BGH (DNotZ 2008, 468 m. krit. Anm. Limmer) verlangt, dass in Spaltungsverträgen die Definition der Vermögensteile gemäß § 28 GBO zu erfolgen hat; das Werk geht den Konsequenzen für Notar und Grundbuchamt nach (§ 28 Rn. 172 ff.). Bei einer Pflichtteilsstrafklausel lässt der Kommentar zum Nachweis der Lücke beim Erbfolgenachweis eine eidesstattliche Versicherung aller Erbprätendenten genügen (§ 35 Rn. 108). Die Eintragung eines Höchstzinssatzes bei Grundpfandrechten wird dann nicht mehr für erforderlich gehalten, wenn als Bezugsgröße der jeweilige Basiszinssatz gem. § 247 BGB vereinbart oder gesetzlich festgelegt ist (§ 44 Rn. 62; BGH DNotZ 2006, 526). Die Verfasser bejahen die Zulässigkeit der Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks oder wahlweise eines Rangrücktritts bei einer Eigentumsvormerkung, die hinter ein Finanzierungsgrundpfandrecht zurücktritt (§ 45 Rn. 10).

Bei der Rückschlagsperre nach § 88 InsO schließt sich der Kom-

mentar der Meinung des BGH (DNotZ 2006, 514) an, wonach eine Eigentümergrundsschuld nicht entsteht und die Löschung der Zwangshypothek im Wege des § 22 GBO erfolgt; das Werk schließt sich der h. M. an, dass das Insolvenzgericht den Zeitpunkt des Insolvenzantrags in der Form des § 29 GBO bescheinigen kann (Abschnitt Insolvenzrecht und Grundbuchverfahren Rn. 100, 102). Das vorzügliche Werk informiert prägnant und zuverlässig. Die Neuerscheinung erfüllt die Bedürfnisse der Praxis bei den Notaren und Grundbuchämtern in hohem Maße.

*Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz*

**Dorsel; Kölner Formularbuch Erbrecht; Kölner Hand- und Formularbücher der notariellen Praxis; 129,00 Euro; 1. Auflage 2011; Buch und CD- ROM; 1410 Seiten; Carl Heymanns Verlag; ISBN 978-3-452-27276-8**

Das vorliegende Werk bildet den Auftakt einer ganzen Reihe von Formularbüchern, die unter der Überschrift Kölner Formularbuch stehen. Es sei an den Anfang der Rezension gestellt, dass dieser Auftakt ein gelungener ist und die Vorfreude auf die noch kommenden Formularbücher steigert. An dem von Notar Christoph Dorsel herausgegebenen Formularbuch zum Erbrecht haben zahlreiche namhafte Autoren, die ausschließlich aus der Notarschaft und vornehmlich aus dem rheinischen Notariat stammen, mitgewirkt. So überrascht es nicht, dass sich das Werk vor allem an Notare und an in der erbrechtlichen Vertragsgestaltung tätige Rechtsanwälte wendet.

Mit seinen 1410 Seiten wurde ein Formularbuch geschaffen, welches schon vom bloßem Umfang eine detaillierte Bearbeitung des Themas erwarten lässt. Diese Erwartung wird nicht enttäuscht. So sind dann auch in den insgesamt 21 Kapiteln alle Schwerpunkte in der Beratung und Vertragsgestaltung im Zusammenhang mit erbrechtlichen Problemen abgearbeitet. Dabei werden das Steuerrecht und erbrechtliche Gestaltungen mit Auslandsberührung ebensowenig ausgeklammert, wie exotischere Themen zum Beispiel zum landwirtschaftlichen Erbrecht. Das neue Nachlassverfahren nach FamFG wird hinreichend erläutert.

Die Aktualität des Werkes berücksichtigt die zum 01.01.2010 in Kraft getretenden Änderungen des Erbrechts. Schon allein wegen dieser Aktualität und der umfassenden Bearbeitung aller in der Praxis oder auch darüber hinaus auftretenden Problemfelder ist das zu rezensierende Werk ein wichtiger Helfer in der täglichen notariellen Arbeit.

In medias res zeigt sich eine sehr gute Qualität der einzelnen Kapitel, sowohl in Bezug auf den Aufbau als auch hinsicht-

lich der inhaltlichen Gestaltung. Es werden fast allen Kapiteln umfassende Literaturübersichten vorangestellt. Zusätzlich finden sich zu den im Text erwähnten Fragestellungen zahlreiche Fundstellen, die eine weitergehende Auseinandersetzung mit Problemen ermöglichen, auch in den wirklich selten anzunehmenden Fällen, dass das vorgestellte Werk eine für den Leser unzureichende Antwort gewährt. Jede Seite ist mit den, man möchte meinen, heute gängigen Randnummern versehen, die ein schnelles auffinden der gewünschten Stelle ermöglichen. Dies ergänzt sich mit dem detaillierten Stichwortverzeichnis.

Für das Ende des Werkes haben die Autoren eine Sammlung von sogenannten „Gesamtmustern“ zusammengestellt. Diese berücksichtigen die in der Praxis am häufigsten auftretenden Fallkonstellationen. Als Grundgerüst für die im Einzelfall zu ergänzende Urkunde haben sich die Gesamtmuster als mehr als zweckdienlich erwiesen. Dies gilt umsomehr, als die in den Gesamtmustern nicht im Detail abgehandelten Spezialfälle wie zum Beispiel das sog. Behindertentestament in dem dafür vorgesehenen Kapitel umfassend dargestellt und erläutert werden. Am Beispiel des Behindertentestaments lässt sich die Aktualität ablesen. So wird eingehend der derzeit gültige Meinungsstand zum sog. Behindertentestament wiedergegeben. Mit umfasst in der Kommentierung ist zum Beispiel die äußerst umstrittene Rechtsprechung des OLG Köln vom 09.12.2009.

Bei der Vermittlung von sachdienlichen Lösungen für die notarielle Praxis versucht das vorliegende Werk verschiedene Lösungsalternativen in einer Gegenüberstellung darzulegen. Ausgangslage ist dabei stets das angestrebte Regelungsziel. So werden zum Beispiel bei der Sicherung vom Endbedachten die Vor- und Nacherbfolge mit dem Vor- und Nachvermächtnis, sowie der Gestaltung durch Nießbrauchsvermächtnis verglichen.

Alle im Werk enthaltenden Formulierungsvorschläge und die Gesamtmuster sind zur elektronischen Weiterverarbeitung zusätzlich auf der dem Buch beigefügten CD- ROM enthalten.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Kölner Formularbuch Erbrecht ein gelungenes Werk für die Kautelarjurisprudenz darstellt. Obwohl es sich um die erste Auflage einer neuen Reihe von Formularbüchern handelt, fehlen dem Werk die sonst teilweise gängigen „Kinderkrankheiten“. Das Kölner Formularbuch Erbrecht ist uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen. Es stellt für den Notar und für den mit dem Erbrecht agierenden Rechtsanwalt eine wirklich sinnvolle Ergänzung der vorhandenen Literatur dar.

*Sebastian Mensch, Notarvertreter, Dipl. Finanzwirt (FH), Stuttgart*

# Aktuelles aus dem Steuerrecht

(von Sebastian Mensch, Notarvertreter, Diplom Finanzwirt (FH), Stuttgart\*)

## I. Aktuelles aus der Verwaltung

### 1. Erweiterung der körperschaftsteuerlichen Organshaft

Gemäß § 14 Abs. 1 KStG ist es für eine Europäische Gesellschaft, eine Aktiengesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien möglich, eine körperschaftsteuerliche Organshaft zu begründen. Durch § 17 KStG werden von der Regelung in den §§ 14- 16 KStG auch weitere Kapitalgesellschaften, wie zum Beispiel die Gesellschaft mit beschränkter Haftung umfasst.

Zur Begründung einer körperschaftsteuerlichen Organshaft muss sich die Gesellschaft mit Gewinnabführungsvertrag<sup>1</sup> verpflichten, ihren gesamten Gewinn an ein anderes gewerbliches Unternehmen abzuführen.

Die steuerlichen Vorteile bei einer Organgesellschaft liegen in der konzentrierten Besteuerung beim Organträger (sog. Organmutter) und nicht bei der Organgesellschaft. Dabei ist die Organgesellschaft regelmäßig die tätige Gesellschaft, während beim Organträger die Anteile verwaltet werden. Erzielt der Organträger aus eigenem Handeln oder aus weiteren Organschaften bzw. Beteiligungen positive oder negative Erträge, können diese mit den Einkünften der Organgesellschaft verrechnet werden.

Zu den zahlreichen Voraussetzungen einer zulässigen Organshaft gehört bisher auch, dass die Organgesellschaft sowohl den Sitz, als auch die Geschäftsleitung im Inland hat. Dieser sog. doppelte Inlandsbezug verstößt nach Ansicht der Europäischen Kommission<sup>2</sup> gegen die Niederlassungsfreiheit<sup>3</sup>. Parallel hierzu soll auch ein Verstoß gegen das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vorliegen.

Dem trägt das Bundesministerium der Finanzen Rechnung, indem es mit Schreiben vom 28.03.2011 eine Erweiterung der Bestimmungen in § 14 KStG vorsieht<sup>4</sup>. Nunmehr ist über dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 KStG hinaus auch eine Organshaft möglich, bei der die Organgesellschaft im EU/EWR-Ausland gegründet wurde und sich die Geschäftsleitung im Inland befindet.

Dem Organträger zurechenbar bleibt weiterhin nur das im Inland steuerbare Einkommen der Organgesellschaft.

Die übrigen Voraussetzungen bleiben durch das BMF-Schreiben unberührt<sup>5</sup>. Die Neuregelung gilt ab Erlass des Schreibens.

### 2. Klage gegen die Nichtanwendbarkeit der sog. Sanierungsklausel<sup>6</sup>

Wie bereits in einer früheren Ausgabe von „Aktuelles aus dem Steuerrecht“ dargestellt hatte die Europäische Kommission ein Prüfverfahren gegen die Anwendung der sog. Sanierungsklausel<sup>7</sup> eingeleitet<sup>8</sup>.

Die Sanierungsklausel ermöglichte unten bestimmten Voraussetzungen den Erhalt von Verlustabzugsmöglichkeiten bei signifikanter Änderung der Gesellschafterstruktur einer Körperschaft. Grundsätzlich führt die Übertragung von mittelbar oder unmittelbar mehr als 25 % oder mehr als 50 % der Anteile an einer Körperschaft, innerhalb von 5 Jahren an einen Erwerber oder ihm nahestehende Personen, zu einem teilweisen bis vollständigen Verlust des verbleibenden körperschaftsteuerlichen- oder gewerbsteuerlichen Verlustabzugs.

Die Europäische Kommission hat am 26. Januar 2011 die Entscheidung<sup>9</sup> bekannt gegeben, dass die Sanierungsklausel gegen das europäische Beihilfeverbot verstößt<sup>10</sup>. Diese Entscheidung führt zu einer verpflichtenden Nachforderung von bisher nicht erhobenen Steuern. Die Nachforderungsfrist beträgt vier Monate. Seit der Aussetzung der Sanierungsklausel<sup>11</sup> ergingen alle entsprechenden Veranlagungen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung<sup>12</sup>.

Die Bundesregierung hat nun Nichtigkeitsklage vor dem Europäischen Gerichtshof gegen die vorgenannte Entscheidung erhoben. Mit der Nichtigkeitsklage ist keine aufschiebende Wirkung verbunden.

Kautelarjuristische Gestaltungen von Anteilsabtretungen in der Absicht einer Ausnutzung der in § 8c Abs. 1a KStG kodifizierten Sanierungsklausel, sind bis zu einer abschließenden Entscheidung sorgfältig zu prüfen.

### 3. Ungleichbehandlung beschränkt Steuerpflichtiger bei der Erbschafts- und Schenkungsteuer

Im Sinne des Erbschafts- und Schenkungsteuerrechts ist es möglich, dass ein Vorgang steuerlich relevant ist, obwohl kein Beteiligter im Inland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat<sup>13</sup>. In diesem Fall wird rein der Übergang von inländische Vermögen i.S.v. § 121 BewG besteuert<sup>14</sup>. Wenn weder der Erblasser noch der Erbe, sowie der Schenker oder

\* Mit Unterstützung von Jan Haubold, Notarvertreter, Nürtingen

1 § 291 AktG

2 Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2008/4909

3 Art 49 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

4 BMF-Schreiben v. 28.03.2011 IStR 2011, 436; Geschäftszeichen IV C 2 - S 2770/09/10001; Dokumentennummer 2011/0250044

5 Siehe auch Mensch/Haubold BWNtZ 2009, 157; dies. BWNtZ 2010, 89; Mensch BWNtZ 2011, 36

6 Eingeführt als Übergangsregelung mit dem Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen BGBl. I 2009, S. 1959 und dauerhaft festgeschrieben durch das Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums BGBl. I 2009, S. 3950

7 § 8c Abs. 1a KStG

8 Mensch/Haubold BWNtZ 2010, 189

9 EuG v. 26.01.2011 T - 6/11

10 Beihilfeverbot gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV

11 BMF-Schreiben v. 30.04.2010 DStR 2010, 928; Geschäftszeichen IV C 2 - S 2745-a/08/10005: 002; Dokumentennummer 2010/0332067

12 § 164 AO

13 § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG

14 Zum Beispiel ein inländisches Grundstück



der Beschenkte Ihren Aufenthalt im Inland haben werden sie als beschränkt Steuerpflichtige bezeichnet.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG tritt die Steuerpflicht auch beim Übergang von inländischen Vermögen ein. Dies ist als Auffangvorschrift formuliert, da die persönliche Steuerpflicht sich grundsätzlich an den Inlandsbezug von Erblasser, Erben oder Schenker und Beschenkten knüpft.

In den Fällen der beschränkten Steuerpflicht steht den Beteiligten nur ein pauschaler Freibetrag von 2.000,00 Euro für jeden steuerpflichtigen Vorgang zu<sup>15</sup>.

Diese Ungleichbehandlung im Vergleich zu Steuerpflichtigen bei denen ein Inlandsbezug im Sinne des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts besteht führte nun zur offenen Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission gegenüber Deutschland<sup>16</sup>.

Bereits im Jahr 2010 hat der Europäische Gerichtshof<sup>17</sup> im Rahmen einer Vorlage durch das Finanzgericht Düsseldorf<sup>18</sup> entschieden, dass die Ungleichbehandlung, explizit die Nichtgewährung eines an den Verwandtschaftsgrad anknüpfenden Freibetrages, gegen die europäische Kapitalverkehrsfreiheit<sup>19</sup> verstößt.

Nach der hier vertretenen Ansicht können Gestaltungen über Grundstücke im Inland mit Beteiligten im Ausland auch in Aussicht auf die regulären Freibeträge beurkundet werden.

#### 4. Bewertung mit Grundbesitzwerten weiterhin vorläufig<sup>20</sup>

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die Bewertung mit Grundbesitzwerten<sup>21</sup> im Rahmen der Erbschafts- und Schenkungsteuer für verfassungswidrig erklärt hatte<sup>22</sup>, änderte der Gesetzgeber die entsprechenden Bewertungsvorschriften<sup>23</sup>. Unklar blieb in diesem Zusammenhang die Verfassungsmäßigkeit der Bewertung mit Grundbesitzwerten, soweit sie bei der Grunderwerbsteuer weiterhin Anwendung findet<sup>24</sup>.

Nach einer Stellungnahme des Bundesgerichtshofs<sup>25</sup> entschied sich die Finanzverwaltung zukünftige Festsetzungen ausschließlich vorläufig zu treffen<sup>26</sup>. Diese Erlasse wurden nunmehr durch Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder ersetzt<sup>27</sup>. Eine Änderung der Vorläufigkeit ist dadurch nicht eingetreten.

#### 5. Spendenabzug bei gemeinnützigen Institutionen innerhalb der EU/EWR

Der Europäische Gerichtshof hatte im Jahr 2009 entschieden<sup>28</sup>, dass eine Beschränkung der einkommensteuerlichen Abziehbarkeit unmittelbar geleisteter Zuwendungen auf im Inland befindliche Zuwendungsempfänger gegen die europäische Kapitalverkehrsfreiheit<sup>29</sup> verstößt.

Vielmehr ist eine Begünstigung auch dann zu gewähren, wenn es sich um Institutionen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder des gleichgestellten Europäischen Wirtschaftsraumes handelt.

Mit Schreiben vom 16.05.2011 hat das BMF die Voraussetzungen zum begünstigten Abzug von Spenden an gemeinnützige Organisationen im EU/EWR Ausland entsprechend der gesetzlichen Neuregelung<sup>30</sup> näher beschrieben<sup>31</sup>.

Dabei sind insbesondere die Regelungen zum Nachweis der gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Tätigkeit bedeutend. Der Nachweis ist durch Vorlage geeigneter Belege zu erbringen<sup>32</sup>. Dies sind vor allem die Satzung, ein Tätigkeitsbericht, Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben, Kassenbericht, Vermögensübersicht, Aufzeichnungen über die Vereinnahmung von Zuwendungen und deren zweckgerechte Verwendung sowie Vorstandsprotokolle<sup>33</sup>.

Dies wird in der Praxis nur bedingt möglich zu sein. Allerdings erscheint eine notarielle Begleitung bei der Gründung und der nachfolgenden Zuwendung von Vermögensmitteln an eine im EU/EWR Ausland ansässige Institution<sup>34</sup> mit dem Ziel der Steuerbegünstigung nach § 10b EStG nunmehr denkbar.

## II. Gesetzliche Neuregelungen

### Übersicht zur bundesweiten Höhe der Grunderwerbsteuer<sup>35</sup>

Auf der baden- württembergischen Regierungspressekonferenz am 12.07.2011<sup>36</sup> wurde unter Anderem erläutert, dass ein Gesetzentwurf zur Erhöhung der Grunderwerbsteuer vorbereitet wird. Die Anhebung ist von 3,5 % auf 5 Prozentpunkte geplant.

Die Neuregelung soll vorbehaltlich eines entsprechenden Gesetzgebungsverfahrens im Oktober 2011 in Kraft treten. Grunderwerbsteuer auslösende Rechtsgeschäfte mit Abschluss vor Inkrafttreten des neuen Steuersatzes sind hiervon unberührt.

15 § 16 Abs. 2 ErbStG

16 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14.03.2011 IP/11/294

17 EuGH (zweite Kammer) Ur. v. 22.04.2010 - C-510/08 NJW 2010, 2115

18 DStR 2010, 861

19 Art. 63 Abs. 1 AEUV

20 § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO

21 § 138 BewG

22 BVerfG NJW 2007, 573

23 Erbschaftsteuerreformgesetz v. 24.12.2008 BGBl. I 2008, S. 3018

24 § 8 Abs. 2 i.V.m. § 17 Abs. 2 und 3a GrEStG

25 Mensch/Haibold BWNNotZ 2009, 217

26 Erlasse v. 01.04.2010 BStBl. I 2010, S. 266; siehe auch bereits Mensch/Haibold BWNNotZ 2010, 189

27 Gleichlautende Erlasse v. 17.06.2011 DStR 2011, 1182

28 EuGH Ur. v. 27.01.2009 NJW 2009, 823

29 Art. 63 Abs. 1 AEUV

30 § 10b Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 3 EStG, eingeführt durch das EU- Vorgaben Umsetzungsgesetz BGBl. I 2010, S. 386, siehe bereits Mensch/Haibold BWNNotZ 2010, 189

31 BMF- Schreiben v. 16.05.2011 DStR 2011, 972, Geschäftszeichen IV C 4 - S 2223/07/0005 :008, Dokumentennummer 2011/0381377

32 Siehe auch weitere Voraussetzungen in § 10b Abs. 1 Satz 3ff. EStG

33 Mitwirkungspflichten gem. § 90 Abs. 2 AO

34 Beispielsweise eine gemeinnützige Stiftung

35 Vgl. Übersicht bei www.dnoti.de

36 Pressemitteilung auch auf www.baden-wuerttemberg.de, Stichwort Grunderwerbsteuer

Dabei wird hier die Ansicht vertreten, dass es bei Rechtsgeschäften, deren Wirksamkeit von einer Genehmigung abhängt auf den Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung ankommt. Dies widerspricht der zivilrechtlichen Rückwirkung einer Genehmigung auf den Tag der Vornahme des Rechtsgeschäfts<sup>37</sup>. Allerdings hatte der Bundesfinanzhof in einem Fall<sup>38</sup>, bei dem es auf die Wirksamkeit einer vollmachtlosen Vertretung durch Nachgenehmigung ankam, bewusst gegen eine steuerrechtlich wirksame Rückwirkung über § 184 BGB entschieden<sup>39</sup>. In diesem Zusammenhang wäre indes eine Verwaltungsanweisung im Rahmen des Rechtsgebungsprozesses wünschenswert.

In der Praxis es sich empfehlen die Beteiligten in solchen Fällen auf die Risiken hinzuweisen, bzw. eine verbindliche Auskunft<sup>40</sup> beim Finanzamt einzufordern<sup>41</sup>.

In „Aktuelles aus dem Steuerrecht“ wurde bereits vielfach über einzelne Bundesländer und deren jeweilige Anhebung der Grunderwerbsteuersätze berichtet<sup>42</sup>. Darum ist diesmal die nachfolgende Tabelle beigefügt.

Bundesland	Neuer Grunderwerbsteuersatz	Inkrafttreten
Baden-Württemberg	5 %	Vorauss. 10/2011
Bayern	-	-
Berlin	4,5 %	01.01.2007
Brandenburg	5 %	01.01.2011
Bremen	4,5 %	01.01.2011
Hamburg	4,5 %	01.01.2009
Hessen	-	-
Mecklenburg-Vorpommern	-	-
Niedersachsen	4,5 %	01.01.2011
Nordrhein-Westfalen	-	-
Rheinland-Pfalz	5 %	Vorauss. 03/2012
Saarland	4 %	01.01.2011
Sachsen	-	-
Sachsen-Anhalt	4,5 %	01.03.2010
Schleswig-Holstein	5 %	01.01.2012
Thüringen	5 %	07.04.2011

37 § 184 BGB

38 DStRE 2010, 123

39 Mensch/Haubold BWNNotZ 2010, 89

40 § 89 AO

41 Gemäß § 89 Abs. 3- 4 AO mit Kosten verbunden

42 Mensch/Haubold BWNNotZ 2009, 157; Mensch BWNNotZ 2011, 36

### III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

#### 1. Einkommensteuer/Gewerbsteuer

##### Gewerblicher Grundstückshandel

Im Rahmen von Grundstücksveräußerungen bzw. der Aufteilung von Wohnungs- und Teileigentum in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem anschließenden Verkauf stellt sich die steuerliche Frage der Einkunftsqualifizierung. Zu differenzieren ist dabei zwischen der privaten Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit.

In diesem Zusammenhang hatte der Bundesfinanzhof die sog. Drei-Objekt-Grenze eingeführt<sup>43</sup>. Demnach liegt in der Regel ein gewerblicher Grundstückshandel vor, wenn mehr als drei Objekte innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs veräußert werden. Als enger zeitlicher Zusammenhang gelten 5 Jahre ab Anschaffung. Die 5 Jahresgrenze stellt dabei keine absolute Grenze sondern vielmehr ein Indiz dar. Geringfügige Abweichungen können bei Annahme einer entsprechenden Veräußerungsabsicht ebenfalls zur Qualifizierung als gewerblicher Grundstückshandel führen<sup>44</sup>.

Einer erneuten Entscheidung zum Thema gewerblicher Grundstückshandel lag der nachfolgende Sachverhalt zugrunde.

Die klagende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) bestehend aus drei Gesellschaftern erwarb im Jahr 1993 ein bebaut Grundstück. Bis zum teilweisen Weiterverkauf fünf Jahre und 2 Monate später hatte die Klägerin eine Teilungserklärung vorbereitet und eine Baugenehmigung zur Realisierung einer Seniorenresidenz erhalten.

Die GbR veräußerte einen nicht abgeteilten Miteigentumsanteil von 546,2/1000 an eine GmbH deren alleiniger Gesellschafter einer der GbR Gesellschafter ist. In der gleichen Urkunde wurde, ohne eine Regelung zur Kostentragung zu vereinbaren, das Objekt in 21 Eigentumswohnungen zugunsten der erwerbenden GmbH und in 4 Gewerbeeinheiten verbleibend bei der GbR geteilt.

In einer zuvor am selben Tag bereits abgeschlossenen Urkunde vereinbarten GbR und GmbH die Kostentragung in der Form, dass bereits angefallene Kosten für Ankauf und Planung, sowie Architekt und Statiker von der GmbH zu 602,6/1000 getragen werden. Die zukünftigen Kosten sollten im Verhältnis der Miteigentumsanteile gezahlt werden.

Wenige Tage später erwarb die GbR noch eine Wohnung aufgrund einer in der Kostentragungsurkunde vereinbarten Verpflichtung die festlegte, dass die GbR alle nicht bis zu diesem Zeitpunkt an Dritte verkaufte Wohnungen zu übernehmen hat.

Das Finanzamt und in der Folge auch das Finanzgericht berücksichtigte den Gewinn aus der Veräußerung des Miteigentumsanteils an die GmbH als gewerbliche Einnahme. Die

43 NJW 1987, 2104

44 Umfassend zum gewerblichen Grundstückshandel auch Beschluss des großen Senats des BFH v. 10.12.2001 NJW 2002, 1518

dagegen eingelegte Revision wurde vom Bundesfinanzhof mit Urteil vom 30.09.2010 zurückgewiesen<sup>45</sup>.

In diesem konkreten Fall war die Fünfjahresfrist bereits überschritten und veräußert wurde lediglich ein Miteigentumsanteil. Dennoch kam der BFH zu dem Ergebnis, dass in einer Gesamtschau der zwei am gleichen Tag, bei einem Notar beurkundeten Vorgänge eine Veräußerung von 21 Objekten vorliegt. Objekt im Sinne der Drei-Objekt-Grenze ist dabei jedes selbstständig veräußerbare und nutzbare Immobilienobjekt. Dies gilt unabhängig von der Größe oder des Wertes.

Die GbR hatte sich in der ersten Urkunde verpflichtet alle Wohnungen zu erwerben, die nicht innerhalb von 5 Tagen an Dritte veräußert sind. Diese Rückkaufsverpflichtung und die in der zweiten Urkunde mit dem Verkauf des Miteigentumsanteils erfolgte Teilungserklärung begründen die Annahme der Veräußerung von 21 Wohnungen.

Die von der GbR innerhalb des Fünfjahreszeitraumes erfolgten Vorbereitungshandlungen im Sinne der vorbereiteten Teilung, der entstandenen Kosten für Architekt und Planung, sowie der bereits erteilten Baugenehmigung bedeuten die Vermutung einer von Anfang an bestehenden -zumindestens bedingten- Veräußerungsabsicht.

Die übrigen Voraussetzungen einer gewerblichen Tätigkeit, z. B. Nachhaltigkeit, Selbständigkeit und Gewinnerzielungsabsicht waren im Sachverhalt unproblematisch gegeben. Die Absicht, dass errichtete Seniorenwohnungen veräußert und nicht vermietet werden sollten, war erkennbar und wurde durch die tatsächliche Durchführung bestätigt.

Zusammenfassend lassen sich zwei Ergebnisse aus diesem Urteil ziehen. Zum Einen kann die gleichzeitige Beurkundung eines Verkaufs und der Teilung, insbesondere innerhalb einer Urkunde, zur Annahme der Veräußerung des Wohnungs- und Teileigentums führen. Zum Anderen führt eine nur geringfügige Überschreitung der Fünfjahresfrist nicht automatisch zur Annahme keines gewerblichen Grundstückshandels.

In diesem Zusammenhang müssen um ganz sicher zu gehen 10 Jahre überschritten sein. In anderen Fällen sollte nach der hier vertretenden Auffassung eine Überschreitung von wenigstens 6 Monaten vorliegen. Dies führt m.E. zu einer Umkehr der Indizienlage, allerdings nicht zu einem sicheren Ausscheiden des gewerblichen Grundstückshandels.

## 2. Erbschafts- und Schenkungsteuer

### **Steuerbarkeit der Abfindung beim Erbvergleich**

Nach der bisherigen gültigen Rechtsprechung<sup>46</sup> ist das Ergebnis eines ernsthaft gemeinten Vergleichs, der die gültige Regelung streitiger Erbverhältnisse zum Ziel hat, der Erbschaftsbesteuerung zugrunde zu legen.

Regelungen dieser Art wurden dabei allgemein unter dem Begriff des Erbvergleichs zusammengefasst<sup>47</sup>.

Die bisherige Rechtsprechung hat der Bundesfinanzhof mit Urteil vom 04. Mai 2011 nunmehr in seiner absoluten Wirkung aufgegeben<sup>48</sup>. Es stellte sich dem BFH der folgende Sachverhalt zur Entscheidung.

Der Kläger wurde durch zwei handschriftliche Testamente zum Alleinerben eingesetzt, während weitere Personen Vermächtnisse erhielten. In einem weiteren handschriftlichen Testament hatte die Erblasserin nunmehr ihr Vermögen einer anderen Person zugewandt. Hiergegen wehrte sich der Kläger und stellte mit der Begründung einer im Zeitpunkt des letzten Testaments fehlenden Testierfähigkeit der Erblasserin den Antrag auf Erteilung eines Alleinerbscheins. Dieser Antrag wurde nicht berücksichtigt und der weitere Rechtsweg durch den Kläger bestritten. Im weiteren Prozess verständigten sich der Kläger und die zuletzt eingesetzte Erbin auf einen Vergleich. Demnach erhielt der Kläger einen festgelegten Geldbetrag und verzichtete auf die Fortführung des Prozesses und eine mögliche erneute Antragstellung auf Alleinerbschein.

Das Finanzamt und das Finanzgericht berücksichtigten die Abfindungszahlung unter Hinweis auf die bereits erwähnte ständige Rechtsprechung als Erwerb von Todes wegen und daher erbschaftsteuerpflichtig. Mit Darlegung des eindeutigen Wortlauts in § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG wandte der Kläger sich gegen diese Festsetzung.

Der Bundesfinanzhof gab dem Kläger recht, indem er feststellte, dass die Grundsätze zum Erbvergleich eine Steuerbarkeit der Abfindungszahlung nicht begründen können.

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Erwerb von Todes wegen der Erwerb durch Erbanfall, durch Vermächtnis oder aufgrund eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs<sup>49</sup>. Die Aufzählung in § 3 ErbStG ist als abschließend anzusehen. Für eine analoge Anwendung fehlt es nach Überzeugung des BFH an einer planwidrigen Gesetzeslücke.

Ein steuerbarer Erwerb muss durch einen Erbfall erfolgen und nicht lediglich im Zusammenhang mit dem Erbfall stehen. Der BFH stellt hier fest, dass der Kläger weder gesetzlicher noch gewillkürter Erbe geworden ist. Die Abfindungszahlung kann auch nicht, wie bisher in der Rechtsprechung angenommen<sup>50</sup>, als Vermächtnis gewertet werden. Ein Vermächtnisanspruch kann nur begründet sein, wenn sich hierfür Anzeichen in der letztwilligen Verfügung von Todes wegen erkennen lassen. In diesem Fall waren jeweils eindeutige bzw. im Wege der Auslegung so gedeutete Alleinerbfolgen geregelt. Ein Erbvergleich kann den fehlenden Erblasserwillen ein Vermächtnis festzulegen nicht ersetzen.

Der Vergleich in diesem Sachverhalt in einem Prozess geschlossen. Diese Grundsätze dürften sich allerdings auch auf vor einem Notar geschlossene Vergleiche erweitern lassen. Für die Praxis bedeutet dies, dass zukünftig Vergleiche im Sinne eines Erbvergleichs, also mit Wirkung für die Besteuerung im Rahmen der Erbschaftsteuer nur noch auf Auslegungsfragen von Verfügungen von Todes wegen bezogen werden können.

45 DStRE 2011, 876

46 BFH v. 24.07.1972 BStBl. II 1972, S. 886; BFH v. 22.11.1995 NJW 1996, 2119

47 Vgl. auch Mensch NotBZ 2009, 119

48 BFH II R 34/09 FD-DStR 319101

49 Weitere hier nicht denkbare Tatbestände sind in den Abs. 2 bis 4 geregelt

50 RFH v. 30.01.1919 II A 14/18 RFHE 1, 1

Ein Vergleich, wie in diesem Sachverhalt mit Abfindungszahlung führt nunmehr nicht zu einer Besteuerung beim weichen Erbprätendenten und damit gleichbedeutend auch nicht zu einer Verringerung der Erbschaftsteuerzahllast beim Abfindungsleistenden. Dies ist ggf. bei der Höhe einer entsprechenden Abfindung zu berücksichtigen.

#### IV. Bundesfinanzhof Kompakt

1. Für die Bemessung der Höhe der Gegenleistung bei der Grunderwerbsteuer ist auch bei einer Abtretung eines Über eignungsanspruchs der tatsächliche Zustand des Grundstücks (bebaut/erschlossen) maßgeblich<sup>51</sup>.

2. Die Einkunftserzielungsabsicht ist für jede Einkunftsart gesondert zu prüfen, so dass der Erwerb von Immobilien als natürliche Person und die zeitnahe Weiterveräußerung an eine personenidentische Personengesellschaft dazu führen kann, dass die Einkunftserzielungsabsicht bis zur Weiterveräußerung verneint wird<sup>52</sup>.

3. Die Mindestdauer eines Gewinnabführungsvertrages zur Anerkennung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft beträgt fünf volle Zeit- und nicht Wirtschaftsjahre<sup>53</sup>.

4. Durch Verfügung von Todes wegen angeordnete Zuwendungen in eine ebenfalls durch diese Verfügung gegründete Stiftung stellen keine Sonderausgaben des Erblassers dar, da die Zuwendungen erst mit dem Tod abfließen<sup>54</sup>.

51 DStRE 2011, 846

52 DStR 2011, 909

53 DStR 2011, 717

54 NJW-RR 2011, 735

