

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang  
Januar 2010  
ISSN 1434-3460

1/2010

## Inhaltsübersicht

### Hinweis in eigener Sache

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV § 3 – Ansprüche des Erwerbers aus Freigabeversprechen nach Aufrechnung oder einvernehmlicher Kaufpreiszahlung

ErbStG §§ 3, 9, 10, 6; BGB §§ 2156, 2151 – Erbschaftsteuerliche Behandlung eines Zweckvermächtnisses ("Supervermächtnis")

#### Gutachten im Abruf-Dienst

### Rechtsprechung

BGB §§ 1578, 1578b, 1609; ZPO § 323; EGZPO § 36 – Rollenverteilungsabrede in Zweitehe wirkt nicht zulasten der Unterhaltsansprüche der ersten Ehefrau; Gleichbehandlung von Unterhaltsansprüchen aus erster und zweiter Ehe im Hinblick auf den Unterhaltsbedarf

BGB §§ 2042 ff. – Anordnung der Anrechnung von Vorempfängen auf den Erbteil durch Rechtsgeschäft unter Lebenden

UmwG § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 S. 1 u. S. 2; GBO § 28 – Übertragung von Rechten an Grundstücken im Wege der Spaltung; Vereinbarkeit einer sog. „All-Klausel“ mit § 126 Abs. 2 S. 1 UmwG, § 28 GBO

### Literatur

## Hinweis in eigener Sache

### Umstellung des Gutachten-Abruf-Dienstes

Die im DNotI-Report angekündigten Gutachten, die bislang entweder per Fax-Abruf oder im Internet unter: [www.dnoti-online-plus.de](http://www.dnoti-online-plus.de) angefordert werden konnten, sind **ab sofort** auf der DNotI-Homepage (<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de/>) verfügbar. In diesem **frei zugänglichen** Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abruf-Nummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Zum **1. Februar 2010** wird der **Fax-Abruf eingestellt**.

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### MaBV § 3

#### Ansprüche des Erwerbers aus Freigabeversprechen nach Aufrechnung oder einvernehmlicher Kaufpreiszahlung

##### I. Sachverhalt

Bauträger B hat im Jahre 2009 an K eine Immobilie veräußert. Die Arbeiten an der zu veräußernden Immobilie waren zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung des Vertrages zum Teil schon abgeschlossen. Bezüglich der noch ausste-

henden Restarbeiten wurde als Fertigstellungstermin der 1.11.2009 vereinbart.

B verpflichtete sich, im Fall der Nichteinhaltung des Termins an K eine Vertragsstrafe in Höhe von 1500.- € für jede angefangene Woche der Verzögerung zu zahlen. Die Vertragsstrafe ist auf Schadensersatzansprüche des K anzurechnen.

Bis zum heutigen Tage ist B mit den Restarbeiten in Verzug. In Verhandlungen haben sich B und K auf eine Kaufpreisreduzierung geeinigt. Der genaue Betrag ist allerdings noch streitig.

Der Grundbesitz ist zugunsten des finanzierenden Gläubigers von B mit einem Grundpfandrecht belastet. In dem korrespondierenden Freigabeversprechen findet sich folgende Regelung:

„a) Wir verpflichten uns hiermit gegenüber dem Käufer, das jeweilige vom Käufer erworbene Kaufobjekt aus der Mithaft für die vorstehend aufgeführten Grundschulden zu entlassen, wenn das Bauvorhaben vollendet ist und der Käufer die geschuldete Vertragssumme gezahlt hat.

b) Für den Fall, dass das Bauvorhaben nicht vollendet wird, werden wir das Kaufobjekt freigeben, sobald der Käufer den dem erreichten Bautenstand entsprechenden Teil der Vertragssumme gezahlt hat. Wir behalten uns aber ausdrücklich vor, anstelle der Freigabe – unter angemessener Berücksichtigung der Interessen des Käufers – die vom Käufer geleisteten Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjektes ohne Zinsen zurückzuzahlen.“

Die Bank des B verweigert die Freigabe des Objekts, weil

- der Bau noch nicht vollendet sei und sie daher ggf. die bereits gezahlten Raten zurückerstatten werde, wenn die Reduzierung aus ihrer Sicht zu hoch ausfalle und
- die Beteiligten ohnehin nicht ohne ihre Zustimmung den Kaufpreis reduzieren dürften.

## II. Fragen

1. Ist die Bank zur Freigabe verpflichtet, wenn der Erwerber die noch nicht erfolgten Arbeiten auf eigene Rechnung durchführen lässt, anschließend insoweit aufrechnet und den verbleibenden Restkaufpreis abzüglich Vertragsstrafe und der Kosten für die Vollendung des Objektes an den Bauträger überweist?

2. Wäre die Rechtslage anders zu beurteilen, wenn eine Einigung zwischen Bauträger und Erwerber über eine Kaufpreisreduzierung wegen der nicht erbrachten Restarbeiten zustande kommt (bei der die bereits fälligen Vertragsstrafen berücksichtigt werden)?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Freigabeanspruch des Erwerbers bei Aufrechnung

#### a) Aufrechnung gegen Zahlungsanspruch des Bauträgers

Nach heute einhelliger Auffassung muss der Freistellungsverpflichtete dann, wenn der Erwerber (berechtigt) wegen Mängeln **gemindert** oder mit **Schadensersatzansprüchen wegen Mängeln** (wirksam) **aufgerechnet** hat, dies **gegen sich gelten lassen** (BGH DNotZ 1996, 1043; OLG Hamm DNotI-Report 1995, 70; Basty, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rn. 356; Schmucker, in: Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, Teil 3 Rn. 479; Bischoff, in: Grziwotz, MaBV, 2005, § 3 Rn. 55; Marcks, MaBV, 8. Aufl. 2009, § 3 Rn. 14a). Denn in diesem Fall reduziert sich die im Rahmen des Freigabeversprechens maßgebliche „geschuldete Vertragssumme“ i. S. v. § 3 Abs. 1 S. 2 MaBV entsprechend.

#### b) Einschränkung: „Zusammenhang mit Bauträgervertrag“

Nach h. A. muss der Freigabeverpflichtete die **Aufrechnung** allerdings nur **mit solchen Ansprüchen** gegen sich gelten lassen, die **mit dem Bauträgervertrag in Zusammenhang stehen** (Bischoff, in: Grziwotz, § 3 Rn. 55; Basty, Rn. 356). Das KG hat hierzu ausgeführt, dass der Erwerber bei verständiger Würdigung der Interessenlage einer an die Zahlung der „geschuldeten Vertragssumme“ geknüpften Freistellungsverpflichtung nicht annehmen könne, dass dies gegenüber dem Gläubiger auch eine Aufrechnung mit Ansprüchen erlaube, „die ihre Grundlage außerhalb der Erfüllungs- und Gewährleistungshaftung des Bauträgers haben“ (KG ZIP 2003, 1881 = ZfIR 2003, 860).

#### c) Aufrechnung mit Vertragsstrafeansprüchen

Speziell zu der Aufrechnung mit Vertragsstrafeansprüchen liegen uns keine Stellungnahmen in Rechtsprechung oder Literatur vor. U. E. besteht zwischen einem Bauvertrag und darin enthaltenen Vertragsstrafeansprüchen ein hinreichend enger Zusammenhang, so dass insoweit die Aufrechnung gegenüber dem Gläubiger durchgreift. Dies ergibt sich u. a. daraus, dass die Ansprüche ihre **Grundlage in demselben Bauträgervertrag** haben wie die übrigen Rechte und Pflichten der Beteiligten. Im Übrigen wird im Hinblick auf Ansprüche wegen Verzögerung der Fertigstellung ohne Weiteres vertreten, dass diese auch dem Gläubiger entgegengehalten werden könnten (vgl. DNotI-Report 2009, 1, 4

zu derselben Frage im Zusammenhang mit der Erfüllungssicherheit nach § 632a Abs. 3 BGB).

Hiergegen könnte zwar eingewandt werden, die Rechtsprechung lasse bisher nur solche Ansprüche auch der Bank gegenüber durchgreifen, die sich **auf das eigentliche Erfüllungsinteresse** beziehen (vgl. KG ZIP 2003, 1881 = ZfIR 2003, 860, betreffend die Aufrechnung mit Schadensersatz- und Vertragsstrafeansprüchen, die auf eine Nachtragsvereinbarung gestützt waren). Eine solche Trennung zwischen dem Erfüllungsinteresse einerseits und dem – hier durch das Vertragsstrafeversprechen zusätzlich sanktionierten – Interesse an rechtzeitiger Herstellung andererseits widerspräche jedoch dem der MaBV zugrunde liegenden Verbraucherschutzgedanken und wäre zudem erheblichen Bedenken im Hinblick auf § 305c Abs. 2 BGB ausgesetzt, da der Käufer im Zweifel in seiner berechtigten Erwartung zu schützen ist, dass die Bank sich jedenfalls solche Ansprüche entgegenhalten lassen muss, die sich – vertragswidriges Verhalten des Bauträgers vorausgesetzt – unmittelbar aus dem Bauträgervertrag ergeben.

Im Übrigen ist jedenfalls in dieser Fallgruppe die **Bank nicht schutzwürdig**, da sie im Verhältnis zum Bauträger nicht zur Abgabe eines Freigabeversprechens verpflichtet ist und von ihr erwartet werden kann, dass sie vor der Abgabe eines Freigabeversprechens den Vertragswortlaut zur Kenntnis nimmt und prüft sowie die möglichen Auswirkungen auf die Vertragssumme kalkuliert.

### 2. Verpflichtung zur Freigabe bei einvernehmlicher Änderung des Kaufpreises

#### a) Meinungsstand in der Literatur

Ob der Freigabeverpflichtete auch daran gebunden wäre, dass B und K den Kaufpreis **nachträglich einvernehmlich herabsetzen** (zu Formfragen Basty, Rn. 958 und OLG Hamburg DNotZ 1999, 406), ist offen und wurde – soweit ersichtlich – von der Rechtsprechung noch nicht entschieden (**für** eine Freigabeverpflichtung: Schmucker, in: Grziwotz/Koebler, Teil 3 Rn. 480; Marcks, MaBV, 8. Aufl. 2009, § 3 Rn. 14a; **dagegen**: Schmitz, in: Grziwotz/Koebler, Teil 5 Rn. 115; Vogel, BauR 1999, 992, 998 ff.; **offen**: Basty, Rn. 356; obiter dictum wohl auch KG ZIP 2003, 1881 = ZfIR 2003, 860; vgl. auch die Entscheidung OLG Dresden, NJW-RR 1997, 1506 = DNotZ 1998, 372 m. krit. Anm. Habscheid, DNotZ 1998, 325 – der Wortlaut der Freigabeverpflichtung war in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt jedoch abweichend vom vorliegenden Sachverhalt formuliert).

#### b) Stellungnahme

U. E. wirkt aufgrund der Bezugnahme der Freistellungsverpflichtung auf die „geschuldete Vertragssumme“ eine **nachträgliche Kaufpreisherabsetzung** im Grundsatz auch gegenüber dem Freistellungsverpflichteten.

Dass sich der Bauträger im Verhältnis zu seiner Bank mit der Herabsetzung nicht ohne Weiteres einverstanden erklären darf und sich durch die Herabsetzung des Kaufpreises möglicherweise schadensersatzpflichtig macht, ändert an der Herrschaft von Verkäufer und Käufer über den Vertragsinhalt nichts. Eine Differenzierung zwischen den Fällen der Aufrechnung einerseits und den Fällen der einvernehmlichen Herabsetzung andererseits **ist u. E. nicht gerechtfertigt** (zutreffend Marcks a. a. O.), da die Grenzen zwischen einer – vom Bauträger akzeptierten – Aufrechnung und ei-

ner einvernehmlichen Kaufpreisherabsetzung in der Praxis oft fließend sind und nicht einsehbar wäre, warum der Erwerber nicht auch auf der Grundlage eines nach umstrittener Aufrechnung im Prozess geschlossenen Vergleichs die Freigabe erreichen können soll.

Gegen Fälle eines – nach der typischen Interessenlage unwahrscheinlichen – Missbrauchs **schützen die §§ 138, 242 BGB** die Bank hinreichend, zumal die Bank aufgrund der Erforderlichkeit einer Löschungsbewilligung das Grundpfandrecht im Streitfall bis zu einer allfälligen prozessualen Klärung behalten kann. Etwaige verbleibende Zweifel über die Voraussetzungen der Freigabeverpflichtung müssen u. E. jedenfalls dann zulasten des Freigabeverpflichteten – d.h. der Bank – gehen, wenn es sich bei dem Erwerber um einen Verbraucher handelt (§§ 305c Abs. 2, 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB).

### c) Abtretung des Kaufpreisanspruchs

Keine Wirkung vermag eine einvernehmliche Kaufpreisherabsetzung **gegenüber dem Freistellungsverpflichteten** dann zu entfalten, **wenn diesem** – wie in der Praxis häufig (s. Reisach, Baurträgerrecht und Baurträgerfinanzierung, 3. Aufl. 2003, S. 124; Reithmann/Meichssner/v. Heymann, Kauf vom Baurträger, 7. Aufl. 1995, Teil B Rn. 189; Blank, notar 2009, 109; vgl. zur Wirksamkeit der Voraussicherungsabtretung BGH NJW-RR 2008, 179 = ZfIR 2007, 841 = DNotZ 2008, 436) – der **Kaufpreisanspruch zuvor abgetreten** worden ist (vgl. § 404 Abs. 1 BGB a. E. und Bastly a.a.O.), dies jedoch nur **vorbehaltlich einer Anwendung des § 407 Abs. 1 BGB** bei Unkenntnis des Erwerbers von der Abtretung. Die Möglichkeit der Aufrechnung wird in der hier interessierenden Konstellation durch die Abtretung hingegen nicht berührt (vgl. BGH DNotZ 1996, 1043, 1047).

### 3. Ergebnis

Nach h. M. muss die Bank als Freistellungsverpflichtete zumindest die Aufrechnung mit solchen Gegenansprüchen des Erwerbers gegen sich gelten lassen, die mit dem Baurträgervertrag im Zusammenhang stehen, weil sie ihre Grundlage in der Erfüllungs- und Gewährleistungshaftung des Baurträgers haben. Vor diesem Hintergrund wirkt u. E. auch die Aufrechnung mit Ansprüchen aus einem Vertragsstrafversprechen gegenüber der Bank, jedenfalls wenn die Ausgangsvereinbarung zum Vertragsstrafversprechen im Baurträgervertrag getroffen worden ist. Streitig diskutiert wird derzeit noch die Frage, ob die Bank auch an eine einvernehmliche Kaufpreisreduzierung gebunden ist, die Baurträger und Erwerber wegen eines Mangels nachträglich vereinbaren. Auch diese Frage ist u. E. im Grundsatz zu bejahen, vorausgesetzt, dass eine entsprechende Vereinbarung nicht wegen der Abtretung des Kaufpreisanspruchs an den Freistellungsverpflichteten scheitert.

---

## **ErbStG §§ 3, 9, 10, 6; BGB §§ 2151, 2156 Erbschaftsteuerliche Behandlung eines Zweckvermächtnisses („Supervermächtnis“)**

### I. Sachverhalt

In einem gemeinschaftlichen Testament, in welchem sich die Ehegatten zu gegenseitigen Alleinerben bestimmen,

wird zugunsten der Kinder, die Schlusserben sind, ein Zweckvermächtnis angeordnet. Zweck des Vermächtnisses ist es, dem Längerlebenden das Ausnutzen der erbschaftsteuerlichen Freibeträge zu ermöglichen. Dem Überlebenden steht das Bestimmungsrecht zu. Er ist berechtigt, die von ihm geschuldete Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen sowie festzulegen, wer aus dem Kreis der Vermächtnisnehmer etwas erhält.

### II. Frage

Mindert ein derartiges Zweckvermächtnis die Bemessungsgrundlage der Erbschaftsteuer des Erben?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung

Entsprechend dem Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung hat der Erblasser nicht nur die letzte Entscheidung über die **Gültigkeit** seiner Verfügung, sondern auch über die **Bestimmung der Person**, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie über die **Bestimmung des Gegenstands der Zuwendung** (vgl. § 2065 Abs. 1, 2 BGB). Die Vorschrift soll sicherstellen, dass die Entscheidung über das Schicksal des Nachlasses nicht von Personen getroffen wird, die sich der Verantwortung für die Verwendung dieses Vermögens gar nicht als Inhaber desselben bewusst werden konnten (vgl. Staudinger/Otte, BGB, 2003, § 2065 Rn. 1).

#### 2. Zweckvermächtnis (§ 2156 BGB)

Was die Bestimmung des Vermächtnisgegenstandes angeht, so bietet § 2156 BGB den größten Gestaltungsspielraum. Denn bei einem sog. Zweckvermächtnis kann die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen eines anderen überlassen werden, d. h. der Vermächtnisgegenstand zunächst völlig offen bleiben, wenn der Erblasser bei der Anordnung des Vermächtnisses dessen Zweck so genau bezeichnet hat, dass sich aus dem dadurch bestimmten Grund der Zuwendung hinreichende Anhaltspunkte für die Ausübung des billigen Ermessens ergeben (vgl. Palandt/Edenhofer, 69. Auflage 2010, § 2156 Rn. 1).

Für **nicht ausreichend** wird in der Literatur z. B. die Aussetzung einer Zuwendung „nach dem Finanzbedarf des Bedachten“ oder die Erläuterung „um ihm eine Freude zu machen“ gehalten (vgl. Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 5. Aufl. 2001, § 29 V 2a; MünchKomm/Schlichting, BGB, 4. Aufl. 2004, § 2156 Rn. 3).

Als Beispiele für einen **zulässigen Zweck** werden in der Literatur eine Forschungsreise, ein Studium, ein Ausflug oder ein Festessen (Lange/Kuchinke, § 29 V 2a) genannt. Als ausreichend anzusehen ist auch die Zweckangabe „Abfindung als Ersatz für den gesetzlichen Erbteil des Abkömmlings“ (BGH NJW 1983, 277, 278) oder „zur Ausnutzung der erbschaftsteuerlichen Freibeträge“ (vgl. jurisPK/Reyermann, BGB, 4. Aufl. 2008, § 2156 Rn. 4; AnwK/J. Mayer, BGB, 2. Aufl. 2007, § 2156 Rn. 4; Kössinger, in: Brambring/Mutter (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2009, C V 10).

#### 3. Drittbestimmung beim sog. „Supervermächtnis“

Einen Sonderfall des Zweckvermächtnisses bildet das in der Gestaltungsliteratur diskutierte sog. „**Supervermächtnis**“, bei dem der Vermächtniszweck in der Ausnutzung der steuerlichen Freibeträge gemäß § 16 ErbStG besteht. Insbesondere in Bezug auf das sog. Berliner Testament wird es

als Gestaltung vorgeschlagen (S. Schmidt, BWNotZ 1998, 97, 100 f.; Langenfeld, JuS 2002, 351; ders., Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2010, Rn. 692 ff.; Nieder/Kössinger, Hdb. der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 3 Rn. 56 und § 6 Rn. 208 f.; Ebeling, ZEV 2000, 87; Everts, ZErB 2004, 373 ff.).

Das Gestaltungsmodell des sog. „**Supervermächtnisses**“ basiert u. a. darauf, dass der überlebende Ehegatte – wie im vorliegenden Fall – zugleich als Bestimmungsberechtigter und als Beschwerter des Vermächtnisses eingesetzt wird (jeweils mit Formulierungsbeispiel: Nieder/Kössinger, Hdb. der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 3 Rn. 56 und § 6 Rn. 209; S. Schmidt, BWNotZ 1998, 97, 101; Langenfeld, JuS 2002, 351, 353; Kössinger, in: Brambring/Mutter, Beck'sches Formularhandbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2009, C V 10; jurisPK/Reymann, BGB, 4. Aufl. 2008, § 2151 Rn. 25). Da er nicht nur Gegenstand, Höhe, Bedingungen und Leistungszeitpunkt der an die Kinder zu erbringenden Leistungen festlegen, sondern auch die jeweiligen Vermächtnisnehmer aus dem Kreis der Abkömmlinge auswählen kann, handelt es sich bei einem sog. „Supervermächtnis“ dogmatisch regelmäßig um eine **Kombination des § 2156 BGB mit anderen Drittbestimmungsmöglichkeiten**, wie z. B. derjenigen nach § 2151 BGB (instruktiv mit tabellarischer Darstellung: AnwK/J. Mayer, BGB, 2. Aufl. 2007, § 2156 Rn. 4).

#### 4. Erbschaftsteuerliche Behandlung

##### a) „Aufschiebend bedingtes, betagtes oder befristetes“ Vermächtnis (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ErbStG)

Im Regelfall entsteht die Steuer bei Erwerb von Todes wegen mit dem Tode des Erblassers (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Hiervon abweichend gelangt die Steuer für zu einem Erwerb gehörende aufschiebend bedingte, betagte oder befristete Ansprüche nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ErbStG erst **mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung** oder des Ereignisses zur Entstehung.

Eine **Bedingung** i. S. d. § 158 BGB ist die durch den Parteiwillen in ein Rechtsgeschäft eingefügte Bestimmung, die die Rechtswirkungen des Geschäfts von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig macht (Palandt/Ellenberger, Einf v § 158 Rn. 1). Eine **Befristung** ist nach § 163 BGB die durch den Parteiwillen in ein Rechtsgeschäft eingefügte Bestimmung, wonach ein zukünftiges gewisses Ereignis für den Beginn der Rechtswirkungen (Anfangstermin) oder deren Ende (Endtermin) maßgebend ist (Palandt/Ellenberger, Einf v § 158 Rn. 2). Sowohl Bedingung als auch Befristung haben zum Inhalt, dass der Anspruch erst entsteht, wenn zusätzlich zu dem Erbfall noch ein Ereignis hinzutritt. Ein betagter Anspruch fällt dagegen nicht unter § 163 BGB. Denn im Unterschied zur befristeten Forderung, die erst in Zukunft entsteht, besteht der betagte Anspruch bereits beim Erbfall, ist aber noch nicht fällig (vgl. dazu auch Palandt/Ellenberger, § 163 BGB Rn. 2).

Handelt es sich aufgrund der Regelungen im Testament um ein **aufschiebend bedingtes oder befristetes Vermächtnis**, so bleibt die **Vermächtnislast zunächst außer Ansatz** (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 6 Abs. 1 BewG). **Erst mit dem Bedingungseintritt** entsteht einerseits die Erbschaftsteuer für den Vermächtniserwerb (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ErbStG), während andererseits die Vermächtnislast (u. U. im Wege einer Bescheidkorrektur nach § 6 Abs. 2 i. V. m. § 5 Abs. 2 BewG) zu berücksichtigen ist (vgl. Gebel, in: Troll, ErbStG, Stand: März 2009, § 10 Rn. 178, § 3

Rn. 185). Da die Vermächtnislast nach den Verhältnissen am Todestag, der Vermächtniserwerb hingegen nach den Verhältnissen im Entstehungszeitpunkt zu bewerten ist, kann es hier zu Stichtagsdivergenzen kommen (vgl. dazu auch Gebel, § 10 ErbStG Rn. 178 m.w.N.).

##### b) Exkurs: Betagter Vermächtnisanspruch, der zu einem bestimmten, schon genau feststehenden Zeitpunkt fällig ist

aa) Anders als bei aufschiebend bedingten und bei aufschiebend befristeten Vermächtnissen, bei denen entweder der Eintritt des Vermächtnisanfalls oder zumindest dessen Zeitpunkt ungewiss ist, besteht bei im zivilrechtlichen Sinne betagten Vermächtnissen keine den Vermächtnisanfall hindernde Ungewissheit. Lediglich die Fälligkeit des mit dem Erbfall entstehenden Vermächtnisanspruchs ist bis zu einem vom Erblasser bestimmten Zeitpunkt verschoben. Demzufolge tritt auch die mit dem Vermächtnisanfall verbundene **Vermögensmehrung**, die mit dem Steuertatbestand des Vermächtniserwerbs erfasst werden soll, **bereits mit dem Erbfall** ein (so Gebel, § 3 ErbStG Rn. 187 ff.).

Daraus folgt, dass entgegen dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ErbStG die **Erbschaftsteuer für ein betagtes Vermächtnis**, das zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig wird, **schon mit dem Tode des Erblassers entsteht**. Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht davon aus, dass der Begriff „Betagung“ i. S. dieser Vorschrift ein durch Erwerb von Todes wegen erlangtes Forderungsrecht nur erfasst, wenn der Zeitpunkt des Eintritts des zur Fälligkeit führenden Ereignisses unbestimmt ist (BFHE 203, 279 = ZEV 2004, 35 = MittBayNot 2004, 471; Gebel, § 3 ErbStG Rn. 187 ff.).

bb) Die bei der Bewertung des Vermächtnisanspruchs **hinausgeschobene Fälligkeit** wird **durch Abzinsung berücksichtigt** (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 12 Abs. 3 BewG). Das Gleiche gilt für die ebenfalls schon mit dem Erbfall anfallende Vermächtnislast, die der beschworte Erbe als Nachlassverbindlichkeit (Erbfallsschuld i. S. d. § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG) abziehen kann. Damit wird auch ein der jeweiligen wirtschaftlichen Bereicherung entsprechendes Ergebnis erzielt (Gebel, § 3 ErbStG Rn. 188). Zu beachten ist allerdings, dass diese Rechtsfolge nur eintritt, wenn der Zeitpunkt der Fälligkeit feststeht. Ist der Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit dagegen unbestimmt, versagt § 12 Abs. 3 BewG, weil es an einem bestimmten Zeitpunkt für den Eintritt der Fälligkeit fehlt und damit keine Berechnungs- oder Schätzungsgrundlage für eine Abzinsung oder den Ansatz eines anderen Werts als des Nennwerts (§ 12 Abs. 1 BewG) vorhanden ist (vgl. BFH ZEV 2009, 414).

cc) Handelt es sich um ein zinslos hinausgeschobenes Vermächtnis, so sind auch die **einkommensteuerlichen Folgen** zu beachten. Nach der Rechtsprechung des BFH ist bei nach mehr als einem Jahr fällig werdenden unverzinslichen Forderungen eine Kreditgewährung anzunehmen. Der entgeltlich zufließende Betrag ist in einen **ertragsteuerlich unbeachtlichen Kapitalwert** und **in ein Entgelt für die Kapitalnutzung** aufzuteilen. Letzteres zählt zu den **Einkünften aus Kapitalvermögen** und ist i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG im Jahr des Zuflusses zu versteuern (vgl. dazu Brüggemann, Erbfolgebesteuerung 2008, 84).

## 5. Problematik des § 6 Abs. 4 ErbStG

Grundsätzlich führt die Einsetzung von Vermächtnissen zu einem steuerlichen Erwerb der Kinder nach dem erstversterbenden Elternteil (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG), mit dem der Freibetrag des jeweiligen Kindes und bei übersteigenden Beträgen auch die ggf. niedrigeren Steuersätze ausgenutzt werden können. Der überlebende Ehegatte als Gesamtrechtsnachfolger kann diese Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen von seinem Erwerb steuerlich abziehen (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG). **Keine steuerliche Entlastung tritt aber gem. § 6 Abs. 4 ErbStG dann ein, wenn Vermächtnisse erst beim Tod des Beschwerten (Letztversterbenden) anfallen oder fällig werden.**

Nach § 6 Abs. 4 ErbStG stehen Nachvermächtnisse und beim Tod des Beschwerten fällige Vermächtnisse oder Auflagen den Nacherbschaften gleich. Dies hat nach § 6 Abs. 2 ErbStG zur Folge, dass die Vermächtnisse als Erwerb vom überlebenden Ehegatten zu versteuern sind und nicht als Erwerb vom vorverstorbenen Erblasser. Zwar besteht die Möglichkeit, der Versteuerung das Verhältnis des Nacherben zum Erblasser zugrunde zu legen (§ 6 Abs. 2 S. 2 ErbStG). Geht in diesem Fall aber auch eigenes Vermögen des Vorerben auf den Nacherben über, sind beide Vermögensanfänge hinsichtlich der Steuerklasse getrennt zu behandeln (§ 6 Abs. 2 S. 3 ErbStG). Für das eigene Vermögen des Vorerben kann ein Freibetrag jedoch nur gewährt werden, soweit der Freibetrag für das der Erbfolge unterliegende Vermögen nicht verbraucht wird (§ 6 Abs. 2 S. 4 ErbStG).

Wird somit das Vermächtnis für die Kinder erst beim Tod des Beschwerten (Letztversterbenden) fällig, so werden durch diese Gestaltung die Freibeträge der Kinder nicht sowohl gegenüber dem Erstversterbenden als auch gegenüber dem Letztversterbenden ausgenutzt. Dieses Ergebnis kann man nur dann erzielen, wenn das Vermächtnis bereits mit dem Tod des ersten Ehegatten anfällt und für die Fälligkeit ein Zeitpunkt bestimmt wird, der nicht mit dem Tod des überlebenden Ehegatten verknüpft ist (vgl. dazu auch Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 6 Rn. 206). Zu beachten ist hierbei auch § 2181 BGB. Ist die Zeit der Erfüllung eines Vermächtnisses **dem freien Belieben** des Beschwerten überlassen, so wird die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten fällig. Je enger der Fälligkeitstermin eines Vermächtnisses mit dem Zeitpunkt des Todes des längerlebenden Ehegatten verknüpft ist, desto stärker bewegt man sich im Grenzbereich der Umgehung des § 6 Abs. 4 ErbStG und somit im Bereich des § 42 AO (vgl. BFHE 217, 190 = ZEV 2007 = MittBayNot 2008, 324, 502; Kessler/Thouet NJW 2008, 125, 126; Everts NJW 2008, 557, 559).

Bei den verschiedenen Gestaltungsvorschlägen muss zukünftig ferner beachtet werden, dass der Gesetzgeber durch das Erbschaftsteuerreformgesetz die **Auflage in § 6 Abs. 4 ErbStG aufgenommen** hat, sodass auch insoweit nunmehr dieselbe Problematik besteht wie bei den Vermächtnissen. Die in der Literatur bisher zur Vermeidung der Rechtsfragen des § 6 Abs. 4 ErbStG vorgeschlagene Gestaltung, die sog. Auflagenlösung, ist daher hinfällig geworden.

## 6. Steuerlicher Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO)

Der BFH hat in seinem Urteil vom 24.5.2000 (BFH/NV 2001, 162) ausgeführt, dass **§ 42 AO auch im Erbschaftsteuerrecht anwendbar** ist. Die Vorschrift des § 42 AO

gilt nach den Ausführungen des BFH ihrem Wortlaut nach uneingeschränkt für alle Steuerarten. Aus der unterschiedlichen Struktur der gesetzlichen Regelungen für die einzelnen Steuern könne sich lediglich ein unterschiedlich großer Anwendungsbereich für die Vorschrift ergeben, nicht aber ein allgemeiner Ausschluss ihrer Anwendbarkeit auf eine bestimmte Steuer.

Nach § 42 Abs. 2 AO liegt ein Missbrauch vor, „wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind“. Als außersteuerliche, nicht auf die Steuerersparnis abzielende Gründe kommen vor allem wirtschaftliche, rechtliche (insbesondere zivilrechtliche) oder private Gründe in Betracht (vgl. dazu Tipke/Kruse, AO, Stand: Juni 2009, Vor § 42 Rn. 29).

Das Motiv, Steuern zu sparen, macht eine steuerliche Gestaltung noch nicht missbräuchlich. Ein Gestaltungsmissbrauch liegt vor, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die – gemessen am erstrebten Ziel – unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch beachtliche nicht steuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist. „Eine rechtliche Gestaltung ist erst dann unangemessen, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll (BFH ZEV 2004, 214, 215). „Es ist deshalb davon auszugehen, dass ein „Zweckvermächtnis“ auch in Form eines Supervermächtnisses steuerrechtlich anerkannt wird, sofern damit keine Wertungen des Gesetzgebers (z.B. des § 6 Abs. 4 ErbStG) unterlaufen werden (keine Bedenken im Hinblick auf § 42 AO: Langenfeld, Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2010, Rn. 696; näher zu § 42 AO a. F.: Piltz, ZEV 2005, 469).

## 7. Ergebnis

Durch ein Zweckvermächtnis kann grundsätzlich die Erbschaftsteuerschuld des Erben vermindert werden, indem die Freibeträge des Vermächtnisnehmers im Verhältnis zum Erblasser ausgenutzt werden. Der Zeitpunkt des Abzugs der Schuld bzw. des Ansatzes des Erwerbs ist davon abhängig, ob es sich nach den Regelungen im Zweckvermächtnis um einen aufschiebend bedingten oder befristeten Erwerb handelt oder um einen betagten Erwerb mit bestimmter Fälligkeit.

Zur Vermeidung der Rechtsfolgen des § 6 Abs. 4 ErbStG (kein steuerlicher Abzug von erst beim Tod des Erben fällig werdenden Vermächtnissen) sollte allerdings für die Fälligkeit des Vermächtnisses ein Zeitpunkt angeordnet werden, der in **keinem Zusammenhang mit dem Tod des beschwerten Erben** steht. Auch die Anwendung des § 2181 BGB sollte ausgeschlossen sein. Denn kann – wie im vorliegenden Fall – der Erbe bestimmen, wann das Vermächtnis zu erfüllen ist, so ist – im Zweifel – nach § 2181 BGB das Vermächtnis mit dem Tod des Beschwerten fällig und somit § 6 Abs. 4 ErbStG einschlägig.

## Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abruf-Nummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Fax-Abruf-Gutachten.

### **BGB §§ 2065, 2104**

**Bestimmung der Nacherben durch den Vorerben; mögliche erbrechtliche Gestaltungen des Vorerben**  
Gutachten-Abruf-Nr.: 96580

### **HGB § 25**

**Haftung des Erwerbers bei Firmenfortführung; sukzessive Übernahme des Handelsgeschäfts von einer GmbH; Ähnlichkeit der Firma**  
Gutachten-Abruf-Nr.: 96556

### **EGBGB Internationales Gesellschaftsrecht**

**Schottland: Vertretung einer gelöschten Company**  
Gutachten-Abruf-Nr.: 97993

### **GrEStG § 1; EStG §§ 15, 23**

**Baulandumlegung: Veräußerung der entstandenen Bau-parzellen im Ganzen an einen Bauträger oder an verschiedene Bauwillige**  
Gutachten-Abruf-Nr.: 96196

### **InsO § 32; GBO § 22**

**Löschung eines Insolvenzvermerks im Grundbuch**  
Gutachten-Abruf-Nr.: 96120

## Rechtsprechung

### **BGB §§ 1578, 1578b, 1609; ZPO § 323; EGZPO § 36**

**Rollenverteilungsabrede in Zweitehe wirkt nicht zulasten der Unterhaltsansprüche der ersten Ehefrau; Gleichbehandlung von Unterhaltsansprüchen aus erster und zweiter Ehe im Hinblick auf den Unterhaltsbedarf**

a) Der Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten ist bei Wiederverheiratung des unterhaltspflichtigen Ehegatten zur gleichmäßigen Aufteilung des Einkommens der Beteiligten nach der sogenannten Drittelmethode zu bemessen (im Anschluss an Senatsurteile BGHZ 177, 356 = FamRZ 2008, 1911 vom 1. Oktober 2008 – XII ZR 62/07 – FamRZ 2009, 23; BGHZ 179, 196 = FamRZ 2009, 411 und vom 28. Januar 2009 – XII ZR 119/07 – FamRZ 2009, 579).

b) Auf Seiten des neuen Ehegatten kommt es bei der Unterhaltsbemessung nicht auf dessen Anspruch auf Familienunterhalt an, sondern auf den hypothetischen Unterhaltsanspruch im Fall einer Scheidung. Kommt hierfür ein Anspruch wegen Kinderbetreuung in Frage,

so haben elternbezogene Gründe nach § 1570 Abs. 2 BGB, die auf der Rollenverteilung in der neuen Ehe beruhen, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben.

c) ...

BGH, Urt. v. 18.11.2009 – XII ZR 65/09

Fax-Abruf-Nr.: 10903

### **Problem**

Der Kläger und die Beklagte hatten im Jahr 1975 die Ehe geschlossen. Diese blieb kinderlos. Sie trennten sich im Juli 2002. Das Ehescheidungsurteil wurde im Oktober 2003 rechtskräftig. Die Beklagte war in den ersten drei Ehejahren als Hilfsarbeiterin erwerbstätig und ging anschließend bis zur Scheidung der Ehe keiner Erwerbstätigkeit nach. Der Kläger heiratete im Jahr 2004 erneut. Aus dieser Ehe ging ein 2005 geborener Sohn hervor. Außerdem adoptierte der Kläger den 1997 geborenen Sohn seiner zweiten Ehefrau. Letztere ist nicht erwerbstätig. Der Kläger begehrt mit Blick auf die Dreiteilungs-Rechtsprechung des BGH die Herabsetzung des Unterhalts.

### **Entscheidung**

Der BGH bestätigt in dieser Entscheidung erneut die Ermittlung des **Bedarfs des geschiedenen Ehegatten** bei Wiederheirat des Unterhaltspflichtigen nach der sog. „**Drittelmethode**“ (vgl. BGHZ 177, 356 = DNotZ 2009, 131 = FamRZ 2008, 1911 = MittBayNot 2009, 144; FamRZ 2009, 23 = MittBayNot 2009, 149; BGHZ 179, 196 = DNotZ 2009, 550 = FamRZ 2009, 411). Die von einigen Instanzgerichten und vom Schrifttum hieran geübte Kritik weist der BGH zurück. Die Anknüpfung des Unterhaltsbedarfs an die ehelichen Lebensverhältnisse (§ 1578 Abs. 1 BGB) soll dem Berechtigten auch nach Scheidung **Teilhabe am ehelichen Lebensstandard** ermöglichen. Das Gesetz knüpft den Unterhaltsbedarf an die Lebensstellung des Unterhaltspflichtigen (**abgeleitete Lebensstellung**). Daraus folge, dass eine Teilhabe nur insoweit gerechtfertigt sei, als der Verpflichtete selbst (noch) in den Genuss dieses Lebensstandards komme. **Nacheheliche Einkommensverringerungen** seien danach **bereits bei der Bedarfsbemessung zu berücksichtigen**. Dies gelte ausdrücklich auch für später hinzugekommene Unterhaltspflichten. Mit Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsreformgesetzes am 1.1.2008 habe der Gesetzgeber bewusst vom grundsätzlichen Vorrang der ersten Ehe Abstand genommen. Für die Unterhaltsberechnung maßgeblich sei künftig allein die Schutzbedürftigkeit des jeweiligen Berechtigten. Es sei zuzugeben, dass die **Bedarfsbemessung nach Quoten** in der Sache einen Bedarf und Leistungsfähigkeit zusammenfassenden Verteilungsvorgang darstelle. Hierbei handele es sich um eine vereinfachende Rechtsfortbildung, die vom allgemein praktizierten Halbteilungsgrundsatz sowie der darauf beruhenden Bedarfsbemessung nach Quoten ausgehe und sich an vorhandenen gesetzlichen Wertungen orientiere. Freilich sei die Prüfung der Leistungsfähigkeit nach § 1581 BGB dadurch weitgehend entbehrlich geworden.

Die vom BGH angewandte Drittelmethode führt – ausgehend von der rechtlichen Gleichwertigkeit von erster (geschiedener) und zweiter Ehe – zu einer **gleichmäßigen Verteilung des vorhandenen Einkommens**. Die für die erste Frau damit zunächst verbundene Schlechterstellung sei nach Auffassung des BGH grundsätzlich hinzunehmen. Allerdings wird diese dadurch relativiert, dass der BGH die **Bemessungsgrundlage – das gesamte zu verteilende Einkommen** – gegenüber der früheren Rechtslage **wesentlich erweitert**. So ist der **Splittingvorteil** aus der neuen Ehe dem

relevanten Gesamteinkommen hinzuzurechnen. Gleiches gilt für ein **aus** einem bei Scheidung der ersten Ehe nicht vorhersehbaren **Karrieresprung resultierendes Mehreinkommen**, das jedenfalls insoweit hinzuzurechnen ist, als die erste Ehefrau durch die Drittelmethode gegenüber der Halbteilung schlechter gestellt wird. In Einklang mit der Tendenz dieser Rechtsprechung stellt der BGH in der vorliegenden Entscheidung fest, dass eine Rollenverteilungsabrede gem. § 1356 BGB durch die neuen Ehegatten zwar möglich sei, der ersten Ehefrau im Hinblick auf die Bemessung ihres Bedarfs allerdings nicht entgegengehalten werden könne. Bei der Unterhaltskonkurrenz von geschiedenem und neuem Ehegatten komme es nämlich nicht auf den dem neuen Ehegatten zustehenden Familienunterhalt (§§ 1360 f. BGB) an, sondern darauf, ob der neue Ehegatte bei entsprechender Anwendung der §§ 1569 – 1574, 1576 und 1577 Abs. 1 BGB unterhaltsberechtigter wäre. Die **unterhaltsberechtigten (geschiedenen) Ehegatten** seien demnach **im Hinblick auf ihre Erwerbsobliegenheiten gleich zu behandeln**. Ist die fehlende Berufstätigkeit der zweiten Ehefrau demnach nicht durch Kinderbetreuung oder Krankheit gerechtfertigt, ist dem für die Bedarfsermittlung maßgeblichen Gesamteinkommen ein **fiktives Einkommen** der zweiten Ehefrau hinzuzurechnen. Etwas anderes könne allenfalls dann gelten, wenn der geschiedene Ehegatte selbst einen Anspruch auf Betreuungunterhalt aus elternbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 2 BGB hat, der auf einer vergleichbaren Rollenverteilungsabrede beruht. Die letztgenannte Fragestellung hat der BGH ausdrücklich offengelassen.

---

#### **BGB §§ 2042 ff.**

#### **Anordnung der Anrechnung von Vorempfängen auf den Erbteil durch Rechtsgeschäft unter Lebenden**

**Will der Erblasser bei der Auseinandersetzung unter Miterben die Anrechnung von Vorempfängen auf den Erbteil über die dazu bestehenden gesetzlichen Regeln insbesondere in § 2050 BGB hinaus erreichen, muss er dies durch letztwillige Verfügung anordnen; für eine Erbauseinandersetzung verbindliche Anordnungen können dagegen nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden getroffen werden.**

BGH, Urt. v. 28.10.2009 – IV ZR 82/08  
Fax-Abruf-Nr.: 10905

#### **Problem**

Der Erblasser hatte seinem Sohn im Jahre 1978 Wertpapiere geschenkt und in diesem Zusammenhang eine schriftliche Schenkungsvereinbarung abgeschlossen, in der u. a. vorgesehen war:

„[Der Kläger] hat sich die heutige Schenkung im Betrag von 3,6 Mio. DM auf seinen Erb- oder Pflichtteil am künftigen Nachlass seines Vaters anrechnen zu lassen oder bei der Erbauseinandersetzung zur Ausgleichung zu bringen, ist aber zur Herauszahlung eines etwaigen Mehrbetrages nicht verpflichtet.“

Im Jahr 1984 setzte der Erblasser den Kläger erbvertraglich zu einem Viertel seines Nachlasses als Erbe ein. Die dritte Ehefrau des Beklagten wurde später vom Erblasser testamentarisch (im Ergebnis) zu  $\frac{3}{4}$  als Erbin eingesetzt. Die Parteien streiten u. a. über die Frage, ob der Sohn des Erblassers sich die Schenkung aus dem Jahr 1978 auf seinen durch Erbvertrag von 1984 begründeten Erbteil anrechnen lassen müsse.

#### **Entscheidung**

In seiner Entscheidung bestätigte der BGH die Auffassung der Instanzgerichte, dass der Erblasser **Bestimmungen für die Auseinandersetzung unter Miterben** grundsätzlich **nur durch letztwillige Verfügung** vornehmen könne. Etwas anderes gelte nur in den gesetzlich geregelten Fallkonstellationen des § 2050 Abs. 3 BGB (Ausgleichspflicht unter Abkömmlingen als gesetzliche Erben) sowie im Rahmen des § 2315 Abs. 1 BGB (Anrechnung auf den Pflichtteil). Über diese Fälle hinaus könne auch nicht im Wege einer Analogie zu § 2050 Abs. 3 BGB geschlossen werden, dass für lebzeitige Anrechnungsvereinbarungen die allgemeine Vertragsfreiheit nach § 311 BGB gelte. Einem derartigen Schluss stehe entgegen, dass es bei der fraglichen Vereinbarung nicht um eine Verbindlichkeit im Verhältnis der Beteiligten zueinander, sondern um die Bindung gegenüber Dritten (hier also der Miterbin) in der Zeit nach dem Erbfall gehe. Das Verhältnis der Miterben richte sich (nur) nach den Regeln der §§ 2042 ff. BGB, wobei eine lebzeitige Ausgleichsordnung gem. § 2050 Abs. 3 BGB lediglich bei der Zuwendung und allein im Hinblick auf eine Ausgleichung unter Abkömmlingen möglich sei. Wünsche der Erblasser dagegen eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Verteilung des Nachlasses, so könne er dies nur durch Verfügung von Tode wegen, also gem. § 2048 BGB durch Teilungsanordnung oder gem. § 2150 BGB durch Vorausvermächtnis verwirklichen, nicht aber durch eine lebzeitige Anrechnungsvereinbarung.

Eine generelle Regel, nach der der Erblasser mit dem Empfänger einer Zuwendung im Rahmen des lebzeitigen Zuwendungsgeschäfts nach den für dieses geltenden Formvorschriften eine Anrechnung von Vorempfängen vereinbaren könne, lasse sich auch nicht mit einem Erstrecht-Schluss aus § 2315 Abs. 1 BGB begründen. § 2315 Abs. 1 BGB verfolge den Zweck, die Anrechenbarkeit eines Vorausempfangs auf den Pflichtteil zu erleichtern, da ohne die Vorschrift stets ein Pflichtteilsverzicht in der Form des § 2348 BGB notwendig wäre. Dieser Gedanke könne aber nicht auf Anordnungen im Hinblick auf den (normalen) Erbteil übertragen werden, da der Erblasser insoweit auch einseitig letztwillige Verfügungen treffen könne.

Abschließend behandelte der BGH die Frage nach der Zulässigkeit von lebzeitigen Anrechnungsvereinbarungen im Zusammenhang mit (nach h. M. schuldrechtlich zu beurteilenden) Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall (§§ 328, 331 BGB). Auch in derartigen Konstellationen könne der Erblasser keine generelle Anrechnungsverpflichtung schaffen, die für die Erbauseinandersetzung nach §§ 2042 ff. BGB relevant wäre. Ein derartiger Vertrag könne nur einen außerhalb der Erbauseinandersetzung stehenden, für die Verteilung des Nachlasses aber rechtlich unerheblichen persönlichen Anspruch gegen den Versprechenden begründen. Für die Erbauseinandersetzung relevant seien dagegen nur Anordnungen nach §§ 2050 Abs. 1 und 3, 2315 BGB sowie Verfügungen von Tode wegen.

**UmwG § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 S. 1 u. S. 2;  
GBO § 28  
Übertragung von Rechten an Grundstücken im  
Wege der Spaltung; Vereinbarkeit einer sog.  
„All-Klausel“ mit § 126 Abs. 2 S. 1 UmwG, § 28  
GBO**

1. Die Übertragung von Rechten an Grundstücken wie Grundpfandrechten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten im Wege der Spaltung erfordert gemäß § 126 Abs. 1 Nr. 9 und Abs. 2 S. 1 und 2 UmwG, dass die zu übertragenen Rechte gemäß § 28 GBO in dem Spaltungsvertrag bezeichnet sind (Anschluss an BGHZ 175/123).

2. Von diesem Grundsatz ist eine Ausnahme zu machen, wenn die zu übertragenen Rechte, für die § 28 GBO Geltung beansprucht, in dem Spaltungsvertrag – auch ohne Bezeichnung gemäß § 28 GBO – für jedermann klar und eindeutig bestimmt sind, d.h. so – wie vorliegend mit der All-Klausel (alle Grundstücke, grundstücksgleichen Rechte, Rechte an Grundstücken und Rechte an Grundstücksrechten, d.h. alle Rechte, für die § 28 GBO Geltung beansprucht) – bezeichnet sind, dass eine Auslegung weder veranlasst noch erforderlich ist und Unklarheiten darüber nicht auftreten können, dass und welche Grundstücke bzw. welche grundstücksgleichen Rechte, Rechte an Grundstücken und Rechte an Grundstücksrechten des eingetragenen Rechtsinhabers auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen werden sollen. Denn solchenfalls die Wirksamkeit der Übertragung durch Spaltung von der Bezeichnung der Rechte in dem Vertrag gemäß § 28 GBO abhängig machen zu wollen, würde die gesetzliche Regelung des § 126 Abs. 1 Nr. 9 und Abs. 2 S. 1 und 2 UmwG formalistisch überspannen (BGHZ 175, 123 zu Rdnr. 25 a.E.).

OLG Schleswig, Beschl. v. 1.10.2009 – 2 W 241/08  
Fax-Abruf-Nr.: 10904

### Problem

Beurkundet wurde ein Spaltungs- und Übernahmevertrag zwischen der A-AG als übertragendem Rechtsträger und der Y als übernehmendem Rechtsträger. Der Vertrag enthält u.a. folgende Regelung:

„§ 3 – Übertragung von Grundstücken und Grundstücksrechten

(1) Die A-AG (...) überträgt auf die Y (...) als Bestandteil des Unternehmens insbesondere alle Grundstücke (...), alle Rechte an Grundstücken, alle grundstücksgleichen und grundstücksbezogenen Rechte sowie alle Rechte an Grundstücksrechten. Der übertragene Grundbesitz ist in Anlage 3 zu diesem Vertrag aufgeführt.

(...)

(6) Sämtliche in Grundbüchern zugunsten der A-AG eingetragenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und Mitberechtigungen an Gemeinschaftsdienstbarkeiten werden zum Vollzugsdatum auf die Y (...) übergehen.

In der Anlage 3 sind verschiedene Grundstücke und Erbbaurechte aufgeführt, nicht jedoch die hier streitgegenständlichen beschränkten dinglichen Rechte.

Nach Handelsregistervollzug der Umwandlung sollen nun für die A-AG eingetragene beschränkte persönliche Dienst-

barkeiten und Grundpfandrechte gelöscht werden, und zwar mittels einer von Y abgegebenen Löschungsbewilligung und einer notariellen Bescheinigung über den Übergang dieser Rechte auf Y. Das zuständige Grundbuchamt hat den Übergang der zu löschenden Rechte (nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) auf Y in Abrede gestellt, weil die Rechte in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag nicht den Anforderungen des – nach § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG entsprechend anwendbaren – § 28 GBO gemäß bezeichnet worden seien. Das Landgericht hatte die hiergegen erhobene Beschwerde unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH v. 25.01.2008 (DNotI-Report 2008, 46 = DNotZ 2008, 468) zurückgewiesen.

### Entscheidung

Das OLG Schleswig hat der weiteren Beschwerde (§§ 78 ff. GBO a.F.) stattgegeben und den ablehnenden Beschluss des Grundbuchamts aufgehoben. Zwar treffe es zu, dass die vom BGH getroffenen Feststellungen zu § 126 Abs. 1 Nr. 9 und Abs. 2 UmwG i.V.m. § 28 GBO auch auf die Übertragung von Rechten an Grundstücken zu beziehen seien. Von dem Grundsatz der entsprechenden Anwendung von § 28 GBO sei aber dann eine Ausnahme zu machen, „wenn die zu übertragenden Rechte, für die § 28 GBO Geltung beansprucht, in dem Spaltungsvertrag – auch ohne Bezeichnung gemäß § 28 GBO – für jedermann klar und eindeutig bestimmt sind, d.h. so – wie vorliegend mit der All-Klausel – bezeichnet sind, dass eine Auslegung weder veranlasst noch erforderlich ist und Unklarheiten darüber nicht auftreten können, dass und welche Grundstücke bzw. ... Rechte an Grundstücken ... übertragen werden sollen.“ Das OLG Schleswig nimmt zur Begründung auf die Tz. 25 des zitierten BGH-Urteils Bezug, wo der V. Zivilsenat im Zusammenhang mit der Abspaltung von Grundstücksteilflächen seine eigene Rechtsprechung (BGHZ 90, 323) zitiert, wonach die Vorschrift des § 28 GBO nicht „formalistisch überspannt“ werden dürfe. Da die im vorliegenden Fall verwendete All-Klausel keine Unklarheiten über den Umfang des übertragenen Vermögens lasse, seien – so das OLG Schleswig – die hier in Rede stehenden Rechte auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen.

### Hinweis

Das OLG Schleswig folgt dem BGH zunächst darin, dass Vermögensbestandteile, die nicht in Einklang mit § 126 Abs. 2 UmwG bezeichnet sind, nicht auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Die genaue Bezeichnung nach § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 UmwG ist deshalb von großer Bedeutung und stellt die Praxis immer wieder vor Probleme. Nach dem Urteil des BGH (DNotI-Report 2008, 46) sind in der Praxis der Ausgliederung/Abspaltung von Grundstücken und/oder Rechten an Grundstücken Zweifel hinsichtlich der Reichweite des Urteils aufgekommen. Der Beschluss des OLG Schleswig ist die erste obergerichtliche Entscheidung zur Zulässigkeit von All-Klauseln bei der Ausgliederung/Abspaltung von Grundbesitz und Rechten an Grundstücken (vgl. zu All-Klauseln bei der Ausgliederung/Abspaltung von Mobilien BGH DNotI-Report 2003, 190 = NJW-RR 2004, 123). Die vom OLG Schleswig vertretene Auslegung von § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG läuft auf eine restriktive Anwendung der vom BGH – gegen die bis dahin ganz h. M. – entwickelten Lesart von § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG hinaus. Ob diese großzügige Anwendung von § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG auch vom BGH vorgenommen würde, ist derzeit in Anbetracht der vom BGH zur Einzelübertragung gezogenen Parallelen (a.a.O., Tz. 23 – 25) und der Tatsache, dass Tz. 25 insoweit nur ein obiter dictum enthält (hierzu Krüger, ZNotP 2008,

466), nicht ganz zweifelsfrei, zumal es im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 28 GBO gerade nicht genügt, dass das betroffene Grundstück aufgrund anderer Angaben der Beteiligten eindeutig bestimmbar ist (s. etwa Demharter, GBO, 27. Aufl. 2009, § 28 Rn. 14). So würde etwa eine Eintragungsbewilligung gegen § 28 GBO verstoßen, in der der Berechtigte eine Eintragung zulasten „sämtlicher ihm gehörender Grundstücke“ bewilligt.

**Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der Frage** erscheint es für die Praxis auch nach dem Beschluss des OLG Schleswig nach wie vor sinnvoll, bei der Bezeichnung der übergehenden Grundstücke und Rechte an Grundstücken größtmögliche Genauigkeit walten zu lassen und **die betroffenen Grundstücke nach Möglichkeit in Einklang mit § 28 GBO zu bezeichnen.**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225  
e-mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de) internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der

Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:**

Notarassessor Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.

Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.

Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit

Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg