

# ErbR

Zeitschrift für die gesamte  
erbrechtliche Praxis

**5. Jahrgang Heft 12/2010**

71559 ISSN 1862-4790 Art.-Nr. 07735012

## Aufsätze

*Dr. Andreas Frieser*

Vorsicht Erbschleicher! – Grenzen der Testierfreiheit

*Dr. Rüdiger Werner*

Möglichkeiten zur Kontrolle der Gesellschafternachfolge von  
Todes wegen bei Familienunternehmen in der Rechtsform der  
GmbH

## Kostenpraxis

*Norbert Schneider*

Gebühren im Erbscheinbeschwerdeverfahren

## Aus der Rechtsprechung

Ausschluss von Erbenermittlern von der Vertretung in Verfahren  
der freiwilligen Gerichtsbarkeit verfassungsgemäß – BVerfG, Be-  
schluss vom 23.08.2010 – 1 BvR 1632/10

Keine Rechtswirkung eines die Erteilung eines Erbscheins  
ankündigenden »Vorbescheides« nach FamFG – OLG Köln, Be-  
schluss vom 12.07.2010 – 2 Wx 99/10

Neben einer Alleinerbeneinsetzung ist auch eine weitere  
Zuwendung in Form eines Vermächtnisses möglich – OLG Mün-  
chen, Beschluss vom 05.08.2010 – 31 Wx 1/10

Ist nach den Umständen ausgeschlossen, dass weitere als die  
namentlich benannten Nacherben hinzutreten, reicht deren  
Zustimmung zur Löschung eines Grundpfandrechts durch den  
Vorerben aus – OLG Celle, Beschluss vom 12.08.2010 – 4 W  
139/10

Nichtabhilfverfügung muss erkennen lassen, dass das Gericht  
das Beschwerdevorbringen gewürdigt hat – OLG Hamm, Be-  
schluss vom 19.08.2010 – I-15 W 428/10

## Rechtsprechung kompakt

## Rezension

## Herausgeber

RA Dr. Andreas Frieser

RA Jan Bittler

RA Dr. Heinz-Willi Kamps

RA und Notar Dr. Hubertus Rohlfing

RA und Notar Ulrich Schellenberg

RA und Notar Wolfgang Schwackenberg

RA Dr. Wolfram Theiss

RA Dr. Heinrich Thomas Wrede

im Namen der

Arbeitsgemeinschaft Erbrecht im DAV

## Beirat

Notar Prof. Dr. Wolfgang Baumann

VRIOLG a. D. Hans Albrecht Dingerdissen

Prof. Dr. Anne Röthel

RA Dr. Michael Streck

RiFG Ulrike Wefers

RiBGH Roland Wendt

## Schriftleitung

RA Dr. Oliver Juchem

RA Alexander Knauss

# Inhalt Heft 12|2010

|   |     |   |     |
|---|-----|---|-----|
| <b>Editorial</b>  | 369 | Nichtabhilfeverfügung muss erkennen lassen, dass das Gericht das Beschwerdevorbringen gewürdigt hat<br><b>OLG Hamm, Beschluss vom 19.08.2010 – I-15 W 428/10</b>  | 396 |
| <b>Aufsätze</b>   |     |   |     |
| <b>Dr. Andreas Frieser</b><br>Vorsicht Erbschleicher! – Grenzen der Testierfreiheit   | 370 |   |     |
| <b>Dr. Rüdiger Werner</b><br>Möglichkeiten zur Kontrolle der Gesellschafternachsfolge von Todes wegen bei Familienunternehmen in der Rechtsform der GmbH  | 381 |   |     |
| <b>Kostenpraxis</b>   |     |   |     |
| <b>Norbert Schneider</b><br>Gebühren im Erbscheinbeschwerdeverfahren  | 387 |   |     |
| <b>Rechtsprechung</b>   |     |   |     |
| Ausschluss von Erbenermittlern von der Vertretung in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verfassungsgemäß<br><b>BVerfG, Beschluss vom 23.08.2010 – 1 BvR 1632/10</b>   | 388 | <b>Rechtsprechung kompakt</b><br>Kein rechtliches Interesse an einer weiteren Ausfertigung des Erbscheins, wenn beglaubigte Ablichtung für verfolgten Zweck ausreicht<br><b>OLG Hamm, Beschluss vom 04.05.2010 – I-15 Wx 319/09</b> | 398 |
| Keine Rechtswirkung eines die Erteilung eines Erbscheins ankündigenden »Vorbescheides« nach FamFG<br><b>OLG Köln, Beschluss vom 12.07.2010 – 2 Wx 99/10</b>   | 390 | Keine Aussetzung des Verfahrens zur Testamentsvollstreckenerlassung, wenn sie nicht ermessensgerecht ist<br><b>OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 02.08.2010 – 3 Wx 56/10</b>  | 398 |
| Neben einer Alleinerbeneinsetzung ist auch eine weitere Zuwendung in Form eines Vermächtnisses möglich<br><b>OLG München, Beschluss vom 05.08.2010 – 31 Wx 1/10</b>   | 392 | Keine Akteneinsicht für Erbenermittler<br><b>OLG Hamm, Beschluss vom 12.08.2010 – I-15 Wx 8/10</b>  | 398 |
| Ist nach den Umständen ausgeschlossen, dass weitere als die namentlich benannten Nacherben hinzutreten, reicht deren Zustimmung zur Löschung eines Grundpfandrechts durch den Vorerben aus<br><b>OLG Celle, Beschluss vom 12.08.2010 – 4 W 139/10</b> | 395 | Erbe kann Auszahlung von Abfindungsansprüchen aus LPG-Mitgliedschaft des Erblassers nicht verlangen, wenn sich LPG in Liquidation befindet<br><b>OLG Brandenburg, Beschluss vom 02.09.2010 – 5 W (Lw) 11/08</b>                     | 398 |
|   |     | Zurückweisung übereinstimmender Eintragungsanträge wegen fehlender Auflassungserklärung<br><b>OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.09.2010 – I-3 Wx 181/10</b>  | 398 |
|   |     | <b>Rezension</b><br>von Basedow/Coester-Waltjen/Mansel (Hrsg.), Gutachten zum Internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG) 2007/2008   | 400 |

# Impressum

**Schriftleitung:** Dr. Oliver Juchem, Fachanwalt für Erbrecht (verantwortlich für den Textteil), In der Sürst 3, 53111 Bonn, E-Mail: info@dr-juchem.de

**Rechtsprechung:** Verantwortlich für den Rechtsprechungsteil: Alexander Knauss, Fachanwalt für Erbrecht, Bonn

**Verlag:** Wolters Kluwer Deutschland GmbH  
Luxemburger Str. 449, 50939 Köln, E-Mail: info@wolterskluwer.de,  
Tel.: 026 31/8 01-22 22, Fax: 026 31/8 01-22 23

**Verlagsredaktion:** Barbara Eversmann

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts darf kein Teil dieser Zeitschrift ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder

in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

**Anzeigen:** Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Anzeigenverkauf: Marcus Kipp, Tel.: 02 21/ 9 43 73-71 48, Anzeigendisposition: Stefanie Szillat, Luxemburger Str. 449, 50939 Köln, Tel.: 02 21/9 43 73-71 38, Fax: 02 21/ 9 43 73-1 71 38, E-Mail: szillat@wolterskluwer.de  
**Anzeigenpreise:** Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 5 vom 01.01.2010.

**Erscheinungsweise:** 12-mal jährlich.

**Bezugspreis:** Jährlich 132,- € zzgl. Versandkosten. Es wird eine Jahresrechnung erstellt. Einzelpreis: 15,- € zzgl. Versandkosten. Für **Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Erbrecht des Deutschen Anwaltvereins** ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

**Manuskripte:** Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

**Herstellung:** Sabrina Patzel

**Satz:** Satz-Offizin Hümmer, Waldbüttelbrunn

**Druck:** Wilhelm & Adam, Heusenstamm

**ISSN:** 1862-4790

**Zitiervorschlag:** ErbR 2010, Seite

# Aufsätze

## Vorsicht Erbschleicher! – Grenzen der Testierfreiheit

von Dr. Andreas Frieser, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht, Bonn



### Vorbemerkung

Die folgenden Darlegungen basieren auf einem Vortrag des Verfassers im Rahmen des 59. Deutschen Anwalts-tages in Berlin. Das Referat stellte einem nicht aus erb-rechtlichen Spezialisten zusammengesetztes Fachpubli-kum zivilrechtliche Reaktionen auf das Phänomen der »Erbschleicherei« vor. Gegenstand der Erörterungen war auch die Frage, ob ein Testierverbot zulasten Angehö-riger bestimmter Berufsgruppen sinnvoll sein könnte. Die Vortragsform wurde nicht beibehalten.

Der auf dem Vortrag basierende Aufsatz wurde zunächst in einer sozietätsinternen Festschrift für Herrn Rechts-anwalt Ulrich Keller abgedruckt und für die vorliegende Publikation aktualisiert. Er ist Ulrich Keller in kollegialer und freundschaftlicher Verbundenheit gewidmet.

### I. Einführung

#### 1. Öffentliches Interesse

Eine sogenannte »schwarze Witwe«,<sup>1</sup> die mehrere ältere Männer dazu veranlasst hatte, sie finanziell (auch letztwil-lig) zu bedenken und sie anschließend durch einen Gehil-fen ums Leben bringen ließ, wurde vor kurzem vom Land-gericht Göttingen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Diese Art der »Erbschleicherei« ist sicherlich ein Extremfall. Von weniger spektakulären, gleichwohl die Öffentlichkeit bewegendenden Fällen berichtet die Presse immer wieder.<sup>2</sup>

»Erbschleicherei« ist Gegenstand breiter Erörterung im Internet,<sup>3</sup> das als »aktuelles öffentliches Phänomen in der rechtlichen Grauzone Aufmerksamkeit erregt.«<sup>4</sup> Hat

die Problematik ihre Wurzel in der »Vereinzelung und Isolierung älterer Menschen?«<sup>5</sup> Ist Erbschleicherei Er-gebnis einer Vernachlässigung familiärer Bande?<sup>6</sup> Hier-gegen sprechen Feststellungen, die Max Weber schon 1922 traf. Im Rahmen seiner soziologischen Darstellung des Erbrechts spricht er davon, dass sich mit der Ausbil-dung stärker am Individuum orientierter Wirtschaftsfor-men, die Einbettung des Eigentums in die Sozialbezie-hungen der Hausgemeinschaft tendenziell auflöse.<sup>7</sup> Es mag sein, dass dieser Auflösungsprozess seither weiter fortgeschritten ist, an der Bedeutung von Familie und fa-miliärer Bindung hat sich aber nichts Entscheidendes ge-ändert. Heute wie damals ist derjenige, der sich als »Erb-schleicher« betätigt, von moralischer Ächtung bedroht. Wer oder was ist aber nun eigentlich ein Erbschleicher? Nach der lexikalischen Definition: »*Erbschleicher*, je-mand der auf unmoralische Weise Einfluss auf einen ver-mutlichen Erblasser nimmt; Erbschleicherei ist als solche kein Straftatbestand und selten anfechtbar.«<sup>8</sup> Geht man von dieser Definition aus, liegt die Annahme nahe, dass »*Erbschleicherei*« keine Erfindung unserer Zeit ist.

#### 2. »Erbschleichen« – ein neues Phänomen?

Dagegen spricht der »Archetyp« des Erbschleichers, wie er seit Jahrhunderten in Kunst und Literatur vorkommt: Schon in der Komödie »Volpone« von Ben Jonson<sup>9</sup> schil-dert der Autor habgierige Intriganten, die einen reichen Kaufmann umschwärmen, der vermeintlich todkrank ist. Das Opfer ist aber selbst Täter, der sich an den Erbschlei-chern seinerseits bereichern will. Johann Nestroy nutzt die Rolle des Simon Dappel, um den Erbschleicher Wal-tinger als Typus des habgierigen Nachlassjägers bloß-zustellen.<sup>10</sup> In seinen »Buddenbrocks« bezeichnet Tho-

1 Vgl nur das Zitat aus der Veröffentlichung in der DER SPIEGEL 5/2008, 54: »Mehr als 20 Jahre lang hat die Polizei ohnmächtig zugesehen, wie eine Frau im niedersächsischen Bodenfelde alten Männern ein spätes Glück versprach – und deren Geld nahm. Nun steht sie vor Gericht: Der mut-maßliche Komplize hat gestanden, in dieser Zeit 4 der Greise getötet zu haben.«  
2 Am 22.05.2008 kündigte das ZDF seine Sendung Frontal 21 wie folgt an: »Achtung Erbschleicher! Erbschleicher haben in Deutschland Konjunk-tur. Mindestens 150 Milliarden € werden jährlich vererbt – meist von hoch betagten Menschen. Deren Angehörige merken oft erst nach dem Tod ihrer Familienmitglieder, dass das Vermögen in fremde Hände verschoben wurde.«  
3 <http://www.gratis-forum.de/forum/erbschleicher-erbschleicherundentmu-ndigung.de> (das Forum ist Bestandteil der Website mobbing.net).

4 Startseite einer Rechtsanwalts-gesellschaft mbH.  
5 So die Internetveröffentlichungen der in der vorhergehenden Fn. zitierten Rechtsanwalts-gesellschaft.  
6 Etwa in dem Sinne, wie dies Kamphaus bereits in seinem FAZ-Artikel vom 05.06.1994 beklagt hat: »Mit jeder Bewegung auf dem unendlichen Spiel-feld der Freiheit gehen Krisen von Beziehungen einher, Aufkündigungen von Loyalitäten, Risse in Traditions-ketten: Lebt sich der Mensch am Ende selber aus?«  
7 Zit. nach Beckert, Unverdientes Vermögen, S. 35.  
8 Mayer, Lexikon in drei Bänden.  
9 1606, bearbeitet von Stefan Zweig 1926.  
10 »Erbschleicher« – Lustspiel in drei Akten, Uraufführung am 21.05.1840.

mas Mann den Ehemann von Klara Buddenbrock Tiburtius als »Wicht und Erbschleicher«.<sup>11</sup> Auch in bildender Kunst<sup>12</sup> und Film<sup>13</sup> werden Irrungen und Wirrungen, die durch Erbschleicherei verursacht werden, behandelt. Bezeichnend für die Verankerung des Archetypus »Erbschleicher« ist auch, dass die zwischen Stuttgart-Heslach und dem Waldfriedhof Stuttgart in Degerloch verkehrende Standseilbahn im Volksmund »Erbschleicher-Express« genannt wird.

### 3. Fallbeispiele

Um deutlich zu machen, welche Fälle konkret den Erbrentler beschäftigen, seien die folgenden (der Praxis entnommen) Beispiele genannt:

- Der Mieter M erledigt für die Vermieterin V zahlreiche Arbeiten insbesondere die Korrespondenz mit anderen Mietparteien. Er gewinnt ihr Vertrauen, besucht sie regelmäßig und gesteht ihr seine Vorliebe für ältere Damen. Nach und nach überträgt sie ihm ihr gesamtes umfangreiches Immobilien- und Wertpapiervermögen im Wege der Schenkung. Nach vollzogener Schenkung zieht der Mieter aus und bricht den Kontakt zu V ab.
- Die Berufsbetreuerin B pflegt die 80-jährige, schwer behinderte E. Diese überträgt ihr Hausgrundstück aus Dankbarkeit für die Pflege an B. Sie errichtet außerdem zu deren Gunsten ein Testament und verstirbt wenig später.
- Erblasserin E hat zwei Töchter: T 1 und T 2. T 1 lebt bei der Mutter, T 2 im Ausland. T 1 kümmert sich um die Mutter, T 2 hat nur anlässlich besonderer Gelegenheiten Kontakt zur Mutter. T 1 erhält eine Vorsorgevollmacht und hebt über die Jahre hinweg kontinuierlich größere Beträge vom Konto der Mutter ab. Zum Zeitpunkt des Todes von E ist deren – vor Jahren noch beträchtliches – Bank- und Wertpapiervermögen fast vollständig aufgebraucht. T 2 verlangt Aufklärung über den Verbleib der Gelder. T 1 erklärt, sie habe sie für die Bedürfnisse der Mutter verwendet, ihr immer wieder größere Bargeldbeträge ausgehändigt, die sie unter den Enkelkindern verteilt bzw. an gemeinnützige Organisationen weiter gereicht habe. T 2 ist verbittert und wirft T 1 vor, sie habe ihre Nähe zur Mutter missbraucht, um das gesamte Vermögen an sich zu bringen.

Nicht in allen Fällen liegt »Erbschleicherei« im Sinne der lexikalischen Definition vor. Aus Sicht der (enttäuschten) Erben stellt sich dies anders dar. Der Vorwurf der »Erb-

schleicherei« enthält ein subjektives Element, ist eine Frage der Wertung. Entscheidend ist: Wo endet die Testierfreiheit des Erblassers und beginnt die unzulässige Einflussnahme Außenstehender?

### 4. Die Testierfreiheit als bestimmendes Element des Erbrechts

Artikel 14 GG gewährleistet die Testierfreiheit, deren bestimmendes Element die Erbrechtsgarantie ist.<sup>14</sup> Die Testierfreiheit wird zu recht als eine der »elementaren Grundbedingungen einer privatautonomen Rechtsordnung«<sup>15</sup> angesehen. Sie entspricht »dem Individualismus der gesamten Privatrechtsordnung, also der bestimmenden Kraft von Privateigentum und Vertragsfreiheit«.<sup>16</sup>

Der Gesetzgeber darf von Elementen des Erbrechts, die Bestandteil der verfassungsrechtlichen Gewährleistung sind, nur in Verfolgung eines verfassungslegitimen Zwecks und nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abweichen.<sup>17</sup> Gleichwohl ist – im Zusammenhang mit den nachfolgend behandelten Wirksamkeitsfragen – Vorsicht geboten: Sieht man die Testierfreiheit als »Fundamentalordnung des Erbrechts«<sup>18</sup> an und betont deren »hohen Rang«,<sup>19</sup> liegt es nahe, im Einzelfall, aber auch bei gesetzgeberischen Maßnahmen, »zur restriktiven Annahme der Sittenwidrigkeit« zu kommen.<sup>20</sup>

## II. Rechtlicher Schutz vor Erbschleichern (zu Lebzeiten des Erblassers)

### 1. Selbstbindung des Erblassers durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament

Der vorsorgende Erblasser hat die Möglichkeit, sich selbst in seiner Testierfreiheit zu beschränken, um zu verhindern, das Opfer von Manipulationen zu werden. Dies bedeutet für die anwaltliche Beratung ein »offensives« Ansprechen der Bindung und der Gefahren, die (insbesondere im fortgeschrittenen Alter) drohen – Stichwort: Beeinflussbarkeit bei Willensschwäche oder in besonderen Lebenslagen (»Pflege«). Dass derartige Gespräche einerseits mit dem gebotenen Takt, andererseits mit hinreichender Klarheit geführt werden müssen, kann nicht deutlich genug hervorgehoben werden.

In rechtlicher Hinsicht kommt eine »Selbstbindung« durch eine erbvertragliche Regelung im Sinne des § 1941 BGB in Verbindung mit § 2274 BGB in Betracht: Errich-

11 Ein weiteres Beispiel aus der Literatur: Georges Simenon, Der Erbschleicher, 1947.

12 »Die Erbschleicher«, Bild des Münchener Malers Gisbert Flüggen, 1811–1959.

13 »Die Erbschleicher« – US-Amerikanische Filmkomödie aus dem Jahr 1990; Originaltitel: »Daddy's dyin! ... Who's got the Will?«.

14 BVerfGE 67, 329.

15 Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 220.

16 Schiemann ZEV 1995, 199.

17 BVerfG NJW 1998, 2964.

18 Otte ZEV 1997, 124.

19 Leipold, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe der Wissenschaft, I, S. 1029.

20 Leipold, a. a. O., S. 1029.

tet der Erblasser in Vertragsform seine letztwillige Verfügung, die mit Bindungswirkung ausgestattet ist, kann er sich von dieser nur unter engen Voraussetzungen lösen. Zu beachten ist, dass der vertragsmäßige Inhalt der Verfügung begrenzt ist auf die Anordnung von Erbeinsetzung, Vermächtnis und Auflage, § 2278 Abs. 2 BGB. Die Bindung tritt nicht schon deshalb ein, weil die Anordnung in einem Erbvertrag erfolgt, Voraussetzung ist eine »vertragsmäßige Verfügung« gem. § 2278 Abs. 1 BGB. Der anwaltliche (auch der notarielle) Berater hat für die nötige Klarstellung zu sorgen, der Erbvertrag muss erkennen lassen, welche Verfügungen bindend sein sollen, welche nicht.

Häufiger noch als die erbvertragliche Bindung ist eine solche durch Ehegattentestament.<sup>21</sup> Auch hier hat der Berater klar zu stellen, welche Verfügungen als wechselbezüglich gelten sollen. Wechselbezügliche Verfügungen können mit dem Tod des erstversterbenden Ehepartners nicht mehr widerrufen werden, § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB. Unterbleibt eine ausdrückliche Klarstellung, ist durch Auslegung festzustellen, wie weit die Bindung reicht.<sup>22</sup> Die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB darf nicht herausgezogen werden, bevor nicht alle Auslegungsmöglichkeiten erschöpft sind.<sup>23</sup>

Der durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament gebundene Erblasser ist in seiner Verfügungsfreiheit unter Lebenden nicht eingeschränkt. Nach seinem Tod kommt ein Rückforderungsanspruch gem. §§ 2287, 2288 BGB in Betracht. Diese Regelungen sind abschließend, daneben ist kein Raum für ein Vorgehen zu Lebzeiten gem. § 826 BGB.<sup>24</sup> Dies gilt in der Regel auch dann, wenn der Erblasser mit dem Dritten (Beschenkten) kollusiv zusammenwirkt, um die Vertragserben zu schädigen. (Ausnahme: Verleiten zum Vertragsbruch).<sup>25</sup> Hat der Erblasser sich unter Lebenden gegenüber dem Schlusserben verpflichtet, über bestimmte Gegenstände seines Vermögens nicht zu verfügen (»Verfügungsunterlassungsvertrag«<sup>26</sup>) und wird er von einem Außenstehenden zum Bruch dieser Vereinbarung verleitet, kann der Übertragungsvertrag sittenwidrig sein. Das Unwerturteil bezieht sich in diesem Fall auf den Bruch einer Verpflichtung, die unter Lebenden besteht.<sup>27</sup>

21 vgl. zur analogen Anwendbarkeit von Vorschriften des Erbvertragsrechts auf gemeinschaftliche Verfügungen in Ehegattentestamenten, BGHZ 82, 274.

22 Palandt/Edenhofer, BGB, 69. Aufl., § 2270, Rn. 4

23 Siehe hierzu auch Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament nach Erbvertrag, 5. Auflage, § 2269 Rn. 29 ff.

24 BGH NJW 1989, 2389.

25 BGH NJW 1991, 1952.

26 Vgl. zu diesem Palandt/Heinrichs, BGB, 69. Auflage, § 137 Rn. 5.

27 BGH NJW 1991, 1952.

## 2. Einleitung eines Betreuungsverfahrens

Im oben geschilderten Fall der Vermieterin, die ihren Mieter (allzu) freigiebig bedenkt, werden (jedenfalls nach und nach) Verwandte deren Gebaren beobachten und kritisch würdigen. Ist die Erblasserin hochbetagt, leicht beeinflussbar und leidet sie möglicherweise an den Folgen einer beginnenden Demenzerkrankung, stellt sich die Frage, ob ihrem Vorgehen nicht durch Einleitung eines Betreuungsverfahrens Einhalt geboten werden kann.

Die Bestellung eines Betreuers erfolgt auf Antrag des Betroffenen oder von Amts wegen, § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dritte haben kein Antragsrecht, gleichwohl gestellte Anträge haben den Charakter einer »Anregung«, die aber ausreicht, um ein Betreuungsverfahren in Gang zu setzen. Die Anordnung der Betreuung erfolgt von Amts wegen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Gegen den frei gebildeten Willen des Betroffenen ist die Anordnung der Betreuung auch dann rechtswidrig, wenn sie für ihn objektiv vorteilhaft wäre.<sup>28</sup> Die Frage, ob der Widerstand gegen die Anordnung der Betreuung auf dem freien Willen des Betroffenen beruht, wird durch Sachverständigengutachten geklärt.<sup>29</sup>

Das Für und Wider der Einleitung eines Betreuungsverfahrens ist sehr sorgfältig zu prüfen. Führt die Verfahrensanregung nicht zur Anordnung der Betreuung, hat dies häufig die (endgültige) Zerrüttung der persönlichen Beziehungen zwischen dem Betroffenen und dem »Antragsteller« zur Folge. Die Anregung, ein Betreuungsverfahren einzuleiten, ist also ultima ratio. Ein grundloser Antrag auf Betreuerbestellung kann grober Undank im Sinne des § 530 BGB sein,<sup>30</sup> so dass der »Antragsteller« riskiert, erhaltene Geschenke zurückgeben zu müssen (ggf. aufgrund der Einflussnahme, die er durch die Betreuung gerade verhindern wollte). Bei der Abwägung zu berücksichtigen ist, dass ein Betreuer nicht bestellt werden darf, wenn der Betroffene betreuungsersetzende Ermächtigungen (»Vorsorgevollmacht«) erteilt hat, § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB. Bestehen Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer Vorsorgevollmacht, muss das Gericht diesen von Amts wegen nachgehen.<sup>31</sup> Gibt es Anzeichen dafür, dass die Vorsorgevollmacht missbraucht wird, ist an die Anordnung einer Kontrollbetreuung gem. § 1896 Abs. 3 BGB zu denken. Diese setzt Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmacht,<sup>32</sup> bzw. deren möglicherweise wirksamen Widerruf<sup>33</sup> oder erhebliche Zweifel an der Redlichkeit des Bevollmächtigten voraus.<sup>34</sup>

28 Knittel/Seitz BtPrax 2007, 19.

29 OLG Schleswig FamRZ 2007, 1126; OLG Köln FGPrax 2006, 117.

30 OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 1432.

31 BayObLG FamRZ 2003, 704.

32 LG Neuruppin FamRZ 2007, 932.

### 3. Feststellungsklage/Selbständiges Beweisverfahren

Ist der freigiebige (künftige) Erblasser mutmaßlich geschäftsunfähig, stellt sich die Frage, ob sein (geistiger) Zustand Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sein kann.

Eine Klage mit dem Antrag auf Feststellung der Testierunfähigkeit der verfügenden Person ist unzulässig; es fehlt an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis. Die Rechtsprechung sieht überdies die Würde des Erblassers als gefährdet an: Die Zulässigkeit der Klage sei auch nicht mit dem Erfordernis zu rechtfertigen, die tatsächlichen Voraussetzungen künftiger Ansprüche zeitnah festzustellen. Wenn es darum gehe, Tatsachen zu sichern, sei an ein selbstständiges Beweisverfahren zu denken.<sup>33</sup> Die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens zur Klärung der Testierfähigkeit des Erblassers wird aber von der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur verneint.<sup>36</sup> Auch die auf die Feststellung einer Erbfallforderung gerichtete Klage ist unzulässig, soweit sie sich auf die Erbfolge nach noch lebenden Personen bezieht.<sup>37</sup>

Ob die gerichtliche Feststellung künftiger Forderungen gem. § 2287 BGB zulässig ist, ist umstritten.<sup>38</sup> Wer – unter Hinweis auf die durch Erbvertrag gesicherte, also (weitgehend) unentziehbare Position des Erben – das Feststellungsinteresse bejahen will, tut gut daran, auf eine neuere Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>39</sup> hinzuweisen. Der BGH sieht eine schon zu Lebzeiten des Erblassers erhobene Klage des Pflichtteilsberechtigten auf Feststellung, dass eine testamentarische Pflichtteilsentziehung unwirksam sei, als zulässig an. Hierin könnte ein Beleg dafür liegen, dass die Klärung erbrechtlicher Verhältnisse noch zu Lebzeiten als Erblassers – jedenfalls bei besonders begründetem Interesse des Klägers – zulässig ist. Die wohl herrschende Meinung bejaht die Zulässigkeit der auf die Feststellung eines Anspruches gem. § 2287 BGB zielende Klage, sobald dem Kläger sein Erbrecht nicht mehr entzogen werden kann.<sup>40</sup>

### 4. Rückforderung wegen groben Undanks gem. § 530 BGB

Wie kann derjenige sich wehren, der merkt, dass er Opfer von Manipulationen geworden ist; der bereut, freigiebige Zuwendungen gemacht zu haben? Stellt der Schenker

fest, dass er unseriösen Machenschaften aufgesessen ist, kann er unter den Voraussetzungen des § 530 Abs. 1 BGB die Schenkung widerrufen. Voraussetzung ist, dass der Beschenkte sich durch eine schwere Verfehlung gegenüber dem Schenker oder einem nahen Angehörigen des Schenkers des groben Undanks schuldig gemacht hat. Ist der Widerruf erfolgreich, muss der Beschenkte das Geschenk in Natur gem. §§ 812 ff. BGB herausgeben;<sup>41</sup> der Widerruf hat keine Änderung der dinglichen Rechtslage zur Folge.<sup>42</sup>

Von einer schweren Verfehlung ist auszugehen, wenn sich im Verhalten des Schenkers eine auf Undank deutende Gesinnung offenbart.<sup>43</sup> In Betracht kommen: Körperliche Misshandlungen, eine grundlose Strafanzeige,<sup>44</sup> schwere Beleidigungen<sup>45</sup> oder der grundlose Antrag auf Betreuerbestellung.<sup>46</sup> Bei Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt ist ein Widerruf wegen groben Undanks möglich, wenn dem Schenker das Nutzungsrecht vorenthalten wird.<sup>47</sup> Nach Ansicht des OLG Köln rechtfertigt die Androhung der Zwangsversteigerung des geschenkten Grundstückes (aufgrund eines Rechtes, das dem vereinbarten Wohnrecht des Schenkers vorgeht), den Widerruf.<sup>48</sup>

Hat der Schenker zu Lebzeiten das Widerrufsrecht nicht ausgeübt, können sich die Erben auf dieses nicht berufen. Gem. § 532 Abs. 2 BGB ist nach dem Tod des Beschenkten der Widerruf nicht mehr zulässig.

### 5. Rückforderung einer sittenwidrigen Schenkung gem. § 812 BGB

Auch hochbetagte Schenker haben die Möglichkeit, wertvolle Geschenke zu machen. Die bloße Feststellung erheblicher Zuwendungen an dubios erscheinende Personen gibt Familienangehörigen, aber auch Betreuern im Anschluss an die Bestellung, nicht die Möglichkeit, Schenkungen rückgängig zu machen. Jede andere Sichtweise würde auf eine »partielle Quasi-Entmündigung« hinauslaufen.<sup>49</sup> Lebzeitige Schenkungen des (künftigen) Erblassers unterliegen aber als sittenwidrige Rechtsgeschäfte im Sinne des § 138 BGB der Rückforderung, wenn

- der Schenker sich den Wünschen nach vermögenswerten Zuwendungen seiner Persönlichkeitsstruktur (oder

33 OLG Schleswig BtPrax 2006, 191.

34 OLG Zweibrücken FamRZ 2006, 1710.

35 OLG Koblenz FamRZ 2003, 542.

36 OLG Frankfurt MDR 1987, 481; LG Frankfurt Rechtspfleger 1997, 165; Baumbach/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., § 485 Rn. 19.

37 BGHZ 37, 137.

38 vgl. die Nachweise bei OLG Koblenz MDR 1987, 935; in Ausnahmefällen: OLG München NJW-RR 1996, 328, Hohmann ZEV 1994, 133, ablehnend Staudinger/Kanzleiter, BGB, 13. Aufl., § 2287 Rn. 18; Kompaktcommentar zum Erbrecht/Zimmer, 2. Aufl., § 2287 Rn. 18.

39 NJW 2004, 1874.

40 OLG Koblenz MDR 1987, 935

41 BGH NJW-RR 1988, 584.

42 BayObLG NJW-RR 1992, 1236.

43 BGH NJW 1992, 183; NJW 1999, 1623.

44 BGHZ 112, 249.

45 OLG Köln NJW-RR 2002, 1595.

46 OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 1432.

47 BGH NJW 1993, 1577; 1999, 1626

48 OLG Köln NJW-RR 2002, 595.

49 Vgl. BGH FamRZ 1990, 1343: Das »bloße Entgegennehmen großzügiger Zuwendungen einer exzentrischen alten Dame macht für sich allein die betreffenden Rechtsgeschäfte noch nicht sittenwidrig.«

- seinem körperlichen und geistigen Zustand) nach nicht (oder kaum) entziehen kann,
- der Beschenkte dies gewusst (oder sich einer derartigen Kenntnis leichtfertig verschlossen) und
  - eine etwa fehlende (oder geschwächte) Widerstandskraft (=gesteigerte Beeinflussbarkeit des Schenkers) eigensüchtig ausgenutzt hat.<sup>50</sup>

Liegen diese Voraussetzungen vor, hat der Begünstigte »aus fremder Bedrängnis in sittenwidriger Weise Vorteile gezogen«.<sup>51</sup>

Bei Austauschgeschäften liefert § 138 Abs. 2 BGB den Beurteilungsmaßstab.<sup>52</sup> Diese Fälle sind von der vorhergehenden Fallgruppe, bei der es um Schenkungen (bzw. unentgeltliche Zuwendungen, unverzinsliche Darlehen oder Bürgschaften) geht, zu unterscheiden. Es ist zunächst zu prüfen, ob ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt. Ein solches Missverhältnis ist anzunehmen, wenn im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festgestellt werden kann, dass der Wert der Leistung knapp bzw. annähernd doppelt so hoch ist wie derjenige der Gegenleistung.<sup>53</sup> Wird diese Größenordnung nicht erreicht, kann ein grobes Missverhältnis dann anzunehmen sein, wenn weitere nachteilige Vertragsbedingungen hinzutreten.<sup>54</sup> Als besonderer Umstand im Rahmen der Gesamtwürdigung kommt das Ausnutzen einer Vertrauensstellung in Betracht. Als sittenwidrig wurde der Vertrag zwischen einer 23-jährigen, geistig beschränkten Person und einer deutlich älteren Pflegeschwester angesehen, die für das »geistige und körperliche Wohl« verantwortlich war und die Pflegebefohlene unter Ausnutzung dieser Stellung im Bewusstsein, dass sie die Tragweite des Vertrages nicht überblickt, und in dem planmäßigen Bestreben, erhebliche Teile ihres Vermögens an sich zu bringen, veranlasste, sie zu begünstigen.<sup>55</sup>

Neben dem auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung müssen weitere Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen:

- Von einer *Zwangslage* geht die Rechtsprechung aus, wenn wegen einer erheblichen Bedrängnis zwingender Bedarf zur Leistung besteht. In Betracht kommt etwa eine momentane Unglückssituation, eine besondere Hilfsbedürftigkeit in gesundheitlicher Hinsicht oder die Bedrängnis eines Angehörigen.<sup>56</sup>

- Von *Unerfahrenheit* spricht man bei mangelnder Lebens- oder Geschäftserfahrung, wie sie bei alten oder geistig behinderten Menschen<sup>57</sup> angetroffen werden kann.
- *Mangelndes Urteilsvermögen* liegt vor, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, die beiderseitigen Leistungen zu bewerten und die Vor- und Nachteile des Geschäftes sachgerecht gegeneinander abzuwägen. Dieses Unvermögen ist vielfach Folge von Geistesschwäche, etwa wenn der Wert von Leistung und Gegenleistung nicht mehr zutreffend eingeordnet werden kann (Beispiel: überzogenes Arzthonorar).
- *Erhebliche Willensschwäche* ist gegeben, wenn der Betroffene zwar Inhalt und Folgen des Geschäftes durchschaut, sich aber nicht mehr sachgerecht zu verhalten vermag. Sie liegt insbesondere vor bei Alkoholabhängigen, aber auch bei alten Menschen, die die objektiv erforderliche Steuerungsfähigkeit nicht mehr besitzen.

Eine besondere Ausbeutungsabsicht ist nicht erforderlich, es reicht, wenn der Begünstigte sich die Zwangslage, die Unerfahrenheit etc. zu nutze macht und Kenntnis von dem Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen hat.<sup>58</sup>

## 6. Abhebungen von Bankkonten durch Vollmacht

Der oben geschilderte Fall – eines von mehreren Kindern hat, aufgrund der Nähe zu einem Elternteil und der von diesem erteilten Vollmacht, die Möglichkeit, über Vermögen zu verfügen –, ist in der Praxis sehr häufig.<sup>59</sup> Er wird von sehr unterschiedlichen Sichtweisen geprägt: Das bevollmächtigte Kind wird die Vollmacht in den seltensten Fällen erhalten haben, um sich zu bereichern. Vielmehr geht die Bevollmächtigung meist mit umfangreicher Pflegetätigkeit einher, die bei dem Kind zum einen die Erwartung hervorruft, belohnt zu werden, zum anderen Aversionen gegen diejenigen Geschwister aufbaut, die sich nicht in entsprechender Weise engagieren. Die Kinder, die sich nicht für die Eltern einsetzen (können), beobachten das Näheverhältnis mit Argwohn, insbesondere dann, wenn es mit mehr oder weniger deutlich werdendem Vermögensverlust des Betreuten verbunden ist. Die beiden »Züge« rasen zwar nicht mit hoher Geschwindigkeit aufeinander zu, befinden sich aber auf Kollisionskurs. Die Kollision tritt mit dem Erbfall ein. Derjenige, der gepflegt, betreut und verfügt hat, fühlt sich im Recht; er ist derjenige, der sich engagiert hat, alle anderen sollen nach seiner Auffassung die Konsequenz aus ihrer Passivität ziehen und schweigen. Diejenigen, die nach

50 BGH FamRZ 1990, 1343.

51 BGH, a. O.; Münchener Kommentar/Mayer-Maly, BGB, 4. Aufl., § 138 Rn. 84.

52 Grundsätzlich: BGHZ 106, 269.

53 BGH WM 1980, 597; WM 1984, 874; NJW-RR 1991, 589; NJW 1992, 899; NJW 1994, 1344.

54 BGHZ 110, 136.

55 BGH LM Nr. 1 zu § 138 BGB.

56 BGH NJW 1980, 1575.

57 RGZ 67, 393.

58 BGH NJW 1982, 2767.

59 Pamp ErbR 2009, 34.

dem Tod den (vollständigen) Verlust des Vermögens beklagen, sehen sich in ihrer negativen Erwartung bestätigt: Der Erbe, der über das Vermögen verfügen konnte, hat eigennützig dafür gesorgt, dass nichts mehr vorhanden ist.

In rechtlicher Hinsicht stellt sich zunächst die Frage, in welcher Weise sich die »passiven« Familienmitglieder Kenntnis über die Vermögensverfügungen verschaffen können. Sie werden daran denken, den Verfügenden mit einem Auskunftsanspruch zu überziehen. Werden die Geschwister Miterben, ergibt sich (von Ausnahmefällen abgesehen) kein unmittelbarer Auskunftsanspruch des einen Miterben gegen den anderen. Eine solche Pflicht lässt sich weder aus dem Erbrecht noch aus § 242 BGB herleiten. Die Miterbenstellung begründet nach herrschender Auffassung nicht die für die Auskunftspflicht erforderliche Sonderbeziehung.<sup>60</sup> Der Miterbe kann in Ausnahmefällen dann Auskunft verlangen, wenn der Andere die Verwaltung allein geführt hat (§§ 666, 681 BGB). Gegenstand der Auskunft ist aber nicht die Verwaltung unter Lebenden, sondern die Verwaltung des Nachlasses.

Der Miterbe hat kraft seiner Erbenstellung die Möglichkeit, auf alle Unterlagen (Kontoauszüge etc.) des Erblassers zuzugreifen. In der Praxis stellen die beteiligten Kreditinstitute auf die Frage eines Miterben nach Kontounterlagen diese allen Miterben zur Verfügung; der verfügende Miterbe erhält also Kenntnis von der Nachfrage der misstrauischen Geschwister. Diese können nachvollziehen, ob (so liegen die Fälle häufig) regelmäßige Abhebungen von den Konten erfolgten, oft wird sich auch feststellen lassen, dass diese mittels der erteilten (Vorsorge-) Vollmacht bewirkt wurden.

Bei Abhebungen von Sparkonten mittels Vollmacht trägt die Beweislast für den Rechtsgrund, also für das Behaltendürfen der Auszahlungen, der Abhebende.<sup>61</sup> Behauptet er nicht, die Beträge geschenkt erhalten zu haben, gibt er vielmehr an, er habe sie an den Erblasser weitergegeben, muss er auch dieses beweisen,<sup>62</sup> was in der Regel nur durch Vorlage von Quittungen (im Einzelfall auch durch Zeugenaussagen) gelingt.

Nichts anderes gilt für die schenkweise Abtretung einer Sparforderung. Verfügt der Erblasser über sein Sparvermögen dadurch, dass er dem Begünstigten die Vollmacht erteilt, das Sparkonto auf sich umzuschreiben, liegt hierin eine Schenkung. Die zugrundeliegende Schenkung ist (bezogen auf den Todesfall, aber auch unter Lebenden) formbedürftig: §§ 2301 Abs. 2, 518 BGB. Die mangelnde

Form wird durch die lebzeitige Abtretung der Sparforderung geheilt. Wer behauptet, der Erblasser habe die Forderung vor dem Tod abgetreten und er sei durch die Abtretung Forderungsinhaber geworden, trägt hierfür die Beweislast. Der Besitz an dem Sparbuch rechtfertigt eine Eigentumsvermutung im Sinne des § 1006 Abs. 1 BGB nicht. Die Bevollmächtigung, Geldbeträge abzuheben, ist für sich kein Indiz für die Schenkung.<sup>63</sup>

## 7. Erberschleichung als Betrug<sup>64</sup>?

Sieht man die Verfügung von Todes wegen als Verfügung im Sinne des § 263 StGB an,<sup>65</sup> ist eine wesentliche Voraussetzung dafür erfüllt, den Erbschleicher gleichzeitig als strafrechtlichen Betrüger anzusehen. Aber schon bei diesem Tatbestandsmerkmal des § 263 BGB gibt es Zweifelsfragen. Unklar ist, wessen Vermögen gemindert wird: Zu Lebzeiten des Erblassers wird dessen Vermögen durch die Errichtung einer durch »Erbschleicherei« beeinflussten letztwilligen Verfügung nicht verändert.<sup>66</sup> Mit dem Tod des Erblassers geht zwar das Vermögen auf den Erbschleicher über, die Vermögensminderung trifft jedoch nicht den Verfügenden. Dieser ist dementsprechend auch nicht geschädigt. Es ist denkbar,<sup>67</sup> als Geschädigte die gesetzlichen oder potentiellen Erben anzusehen, ungeachtet des Umstandes, dass diese bis zum Eintritt des Erbfalls noch nicht einmal eine Anwartschaft – sondern eine rein tatsächliche Erwerbssaussicht<sup>68</sup> – hatten. § 263 StGB entfaltet »eine Sachlage, die einen Vermögenszuwachs mit Wahrscheinlichkeit erwarten lässt".<sup>69</sup> Nachdem die Aussicht auf das Erbe von unterschiedlichsten zeitlichen, wirtschaftlichen und persönlichen Faktoren abhängig ist und nicht anders als vage bezeichnet werden kann<sup>70</sup> ist es aber fraglich, ob der »Erbschleicher« eine Vermögensposition des (potentiellen) Erben beeinträchtigt bzw. gefährden kann.

Ein betrugsbedingter Schaden des Erben kann daraus folgen, dass der Nachlass täuschungsbedingt mit einer Verbindlichkeit zugunsten des Erbschleichers (etwa einem Vermächtnis) belastet wird.<sup>71</sup> Das Vermächtnis verändert die Vermögenslage des Erblassers negativ. Dieser ist zu einer Leistung an den Vermächtnisnehmer verpflichtet. Nicht übersehen werden darf, dass – in der Regel – der Wert des Vermächtnisses geringer ist als der Nachlasswert nach Abzug der Nachlassverbindlichkeiten. Wenn auch die Vermögensmehrung durch die Erbschaft in keinem

60 BGH JR 1990, 16; vgl. auch Sarres ZEV 2001, 225.

61 OLG Bamberg ZEV 2004, 207; OLG Koblenz, Zerb 2003, 381; LG Itzehoe Zerb 1999, 29; Pamp ErbR 2009, 34.

62 LG Itzehoe, a. a. O. .

63 OLG Koblenz Zerb 2003, 381, vgl. auch Bartsch in Ott-Eulberg/Schebasta/Bartsch, Erbrecht und Banken, S. 241 ff.

64 So der Titel der Abhandlung von Jünemann NSTz 1998, 393

65 Schroeder NSTz 1997, 586

66 Hierauf weist Jünemann NSTz 1998, 393, hin.

67 Schroeder NSTz 1997, 585

68 Jünemann NSTz 1998, 394

69 Jünemann NSTz 1997, 394 unter Hinweis auf BGH St 17, 148

70 Leipziger Kommentar zum StGB/Lackner, 73. Auflage, § 263 Rdnr. 135

71 RGSt 42, 172, 175; Schroeder NSTz 1997, 585



Zusammenhang mit dem Vermächtnis steht, soll doch aus strafrechtlicher Sicht eine »Saldierung« erfolgen müssen.<sup>72</sup>

Denkbar ist die Annahme eines Betruges durch Täuschung eines Dritten, der etwa unter Vorspiegelung falscher Tatsachen zur Erbschaftsausschlagung veranlasst wird.<sup>73</sup> Diese Fälle dürften aber äußerst selten sein, so dass die Erberschleichung – abgesehen von Sonderfällen – nur ausnahmsweise strafrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

### III. Rechtlicher Schutz vor Erbschleichern (nach dem Tod des Erblassers)

#### 1. Vorüberlegungen

Ein Vorgehen gegen die letztwillige Verfügung, die den »Erbschleicher« begünstigt, setzt eine Prüfung der Frage voraus, welche Verfügung an die Stelle der angegriffenen treten würde. Falls der Gegner durch eine frühere – unangreifbare – Verfügung begünstigt würde, nützt die Beseitigung der inkriminierten nichts. Entsprechendes gilt, wenn der Angreifer zwar die Verfügungen zugunsten des »Erbschleichers« beseitigen kann, er gleichwohl aufgrund gesetzlicher oder testamentarischer Erbfolge nicht zum Kreis der Berechtigten zählen würde. In die Prüfung mit einzubeziehen ist die (häufig übersehene) Regelung des § 2085 BGB. Ist die Verfügung zugunsten des Erbschleichers eine von mehreren Verfügungen des Erblassers in seinem Testament oder Erbvertrag, kann die Unwirksamkeit dieser Verfügung zugunsten des »Erbschleichers« isoliert geltend gemacht werden. Die übrigen Verfügungen bleiben bestehen, falls dies dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht.

#### 2. Reflex der Selbstbindung: § 2287 BGB

§ 2287 BGB sichert den Schutz des Vertragserben vor lebzeitigen Schenkungen, ist aber auch analog auf bindend gewordene Verfügungen aus Ehegattentestamenten anzuwenden,<sup>74</sup> wobei die analoge Anwendung Schenkungen voraussetzt, die nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten und damit nach Eintritt der Bindung erfolgten.<sup>75</sup> Wie oben<sup>76</sup> bereits vermerkt, ist zu prüfen, ob eine Bindung des längerlebenden Ehepartners an wechselbezügliche Verfügungen vorliegt. Es darf, wie ebenfalls schon aufgeführt, nicht vorschnell auf § 2270 Abs. 2 BGB (gesetzliche Vermutung) abgestellt werden. Die Auslegung kann zur Feststellung der Bindung in Fällen führen, in denen »auf den ersten Blick« noch nicht einmal eine Schlus-

serbeneinsetzung vorliegt. So sind Fälle nicht selten, in denen die Erblasser sich gegenseitig einsetzen, die Schlusserbeneinsetzung unterlassen (vergessen), gleichwohl aber die Weitergabe des beim längerlebenden Ehegatten konzentrierten Elternvermögens an die gemeinsamen Kinder als selbstverständlich ansehen. Beleg für diese »Selbstverständlichkeit« können Pflichtteilsstrafklauseln im Ehegattentestament sein.<sup>77</sup> Es kann hier nur im Sinne eines Überblicks auf die Voraussetzungen des § 2287 BGB eingegangen werden:

#### • Schenkung

Maßgeblich ist grundsätzlich der Schenkungsbegriff im Sinne des § 516 BGB: Schenkungen sind Zuwendungen des Erblassers, durch die objektiv die Substanz der Zuwendenden vermindert und das Vermögen des Empfängers entsprechend vermehrt wird, bei Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung.<sup>78</sup> In der Praxis sind gemischte Schenkungen häufig, etwa bei der Überlassung eines Hausgrundstückes unter Nießbrauchsvorbehalt und Pflegevereinbarung. Auch unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten fallen unter § 2287 BGB.<sup>79</sup> Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ist die Einräumung eines unentgeltlichen schuldrechtlichen Wohnrechts keine Schenkung i. S. d. § 2287 BGB, sondern Leihe.<sup>80</sup>

#### • Beeinträchtigungsabsicht

Es ist kein böswilliges Handeln des Erblassers erforderlich, maßgeblich ist das sogenannte »lebzeitige Eigeninteresse«.<sup>81</sup> Die höchstrichterliche Rechtsprechung nimmt eine Missbrauchsprüfung vor: Aus objektiven Kriterien sollen Rückschlüsse auf die Einstellung des Erblassers gezogen werden.<sup>82</sup> Maßgeblich ist, ob die Schenkung auf eine Korrektur der Bindung angelegt war oder der Erblasser ein anerkennenswertes lebzeitiges Eigeninteresse hatte. Dieses wird beispielsweise bejaht

- bei der Sicherung der Altersvorsorge durch die Schenkung,<sup>83</sup>
- bei Dank an eine Person, die dem Erblasser in besonderem Maße zur Seite gestanden hatte,<sup>84</sup>
- bei schweren Verfehlungen des Vertragserben gegen den Erblasser.<sup>85</sup>

72 So jedenfalls Jünemann NStZ 1998, 393

73 Jünemann NStZ 1998, 395

74 BGHZ 82, 274.

75 BGHZ 87, 19; kritisch Dickhuth-Harrach FamRZ 2005, 322.

76 II. 1.

77 OLG Köln NJW-RR 1994, 397; OLG Saarbrücken NJW-RR 1994, 844; OLG Frankfurt FGPrax 2001, 246; OLG München FGPrax 2006, 124; OLG Hamm NJW-RR 2005, 1521; OLG Karlsruhe FamRZ 2006, 1303.

78 Spellenberg NJW 1986, 2531; Frieser ErbR 2008, 33.

79 BGHZ 116, 167.

80 BGH FamRZ 2007, 1649, kritisch Mayer ZEV 2008, 192; Frieser ErbR 2008, 33.

81 BGHZ 82, 274.

82 BGHZ 116, 167.

83 BGHZ 66; OLG Köln ZEV 2000, 317.

84 BGH NJW-RR 2005, 1462.

85 LG Gießen MDR 1981, 582.

Es fehlt,

- bei Verfügungen, die auf eine Korrektur der Bindung gerichtet sind,<sup>86</sup> auch bei Korrektur lebzeitiger Zuwendungen, um eine gleichmäßige Behandlung der Abkömmlinge zu erreichen,<sup>87</sup>
- bei Schenkungen, um der Zuneigung des Erblassers zum Beschenkten Ausdruck zu verleihen,<sup>88</sup>
- bei Schenkungen an den neuen Ehegatten, um diesen zu versorgen.<sup>89</sup>

Die Beweislast für die Beeinträchtigungsabsicht liegt beim Vertragserben. Allerdings muss auf seine Behauptung, der Erblasser habe ohne lebzeitiges Eigeninteresse gehandelt, der Beschenkte schlüssig die Umstände darlegen, die für ein solches Interesse sprechen.<sup>90</sup>

### 3. Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung wegen Testierunfähigkeit des Erblassers

Der Erblasser ist testierfähig im Sinne des § 2229 BGB, wenn er im Stande ist, den Inhalt des Testaments von sich aus zu bestimmen und auszudrücken. Er muss in der Lage sein, sich ein klares Urteil über die Tragweite seiner Anordnungen zu bilden, insbesondere über deren Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen sowie über die Gründe, die für und gegen deren sittliche Berechtigung sprechen. Er muss frei von den Einflüssen Dritter handeln können.<sup>91</sup>

In der Praxis wird die Frage, ob der Erblasser testierfähig war oder nicht, häufig im Erbscheinsverfahren geklärt. Der Grund hierfür liegt in der »Anstoßfunktion« des Verfahrens: Derjenige Beteiligte, der glaubt, aufgrund des (später umstrittenen) Testaments begünstigt zu sein, stellt einen Erbscheinsantrag, derjenige, der die Wirksamkeit des Testaments bezweifelt, widerspricht; das Gericht muss von Amts wegen die Wirksamkeit des Testaments klären, § 2358 Abs. 1 BGB, § 26 FamFG. Hierzu sind umfangreiche und sorgfältige Ermittlungen erforderlich. Es muss das Verhalten des Erblassers aufgeklärt werden, das Bedenken gegen seine Geschäftsfähigkeit hervorruft. Sodann ist Klarheit über die tatsächlichen Umstände (den medizinischen Befund) zu schaffen. Im Anschluss daran ist zu überprüfen, welche Schlüsse hieraus für die Beurteilung der Testierunfähigkeit zu ziehen sind. In der Regel ist das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen, dem das Gericht die notwendigen, etwa durch Zeugenvernehmung beschafften Anknüpfungstatsachen (auch die ärzt-

lichen Unterlagen) unterbreitet.<sup>92</sup> Es ist vorzugswürdig, Zeugenvernehmungen im Beisein des Sachverständigen durchzuführen.<sup>93</sup> Der Sachverständige ist zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, § 30 Abs. 1 FamFG, § 411 ZPO. Ein weiteres Gutachten muss eingeholt werden, wenn ein anderer Gutachter über überlegene Forschungsmittel verfügt.<sup>94</sup>

Es sind nicht alle Zeugen zu hören, zu denen der Erblasser in (mehr oder weniger losem) Kontakt stand. Dies gilt insbesondere für Personen, die Äußerungen oder sonstige Verhaltensweisen des Erblassers nicht richtig medizinisch einzuschätzen vermögen.<sup>95</sup> Das Einsichtsrecht der am Verfahren Beteiligten erstreckt sich nicht nur auf die Prozessakten, sondern auch auf sonstige Urkunden, die im Verfahren, als Beweismittel verwertet werden können, auch auf Krankenakten.<sup>96</sup> Ein mutmaßliches Geheimhaltungsinteresse des Erblassers steht der Zurverfügungstellung der Krankenakte (auch der Aussage eines Arztes) nicht entgegen. Es ist anerkannt, dass die Aufklärung von Zweifeln an der Testierfähigkeit im mutmaßlichen Interesse eines Erblassers liegt.<sup>97</sup>

Bei Wahnvorstellungen ist Testierunfähigkeit nur anzunehmen, wenn der Wahn die Testamenterrichtung determiniert.<sup>98</sup> Unvernunft (allein) ist nicht ausreichend, um dem Erblasserwillen die Wirksamkeit zu versagen.<sup>99</sup> In der Praxis sind häufig Demenzerkrankungen Gegenstand der Auseinandersetzung. Diese sind meist durch höchst widersprüchliche Aussagen von Zeugen aus dem Umfeld des Erblassers geprägt. Der Grund hierfür liegt in der Fähigkeit der Erblasser, eigene Unzulänglichkeiten zu überdecken. Dieses Phänomen ist mit vergleichbaren Fragestellungen häufig befassten Gerichten bekannt, wie das nachfolgende Zitat<sup>100</sup> zeigt: »Es ist allgemein anerkannt, dass bei einer an Altersdemenz leidenden Person die Voraussetzungen der Testierfähigkeit nur auf Grund des Gesamtverhaltens und des Gesamtbildes der Persönlichkeit im Zeitpunkt der Testamenterrichtung festgestellt werden können. Bestimmte Abbauerscheinungen auf Grund der Altersdemenz können durch eine äußere »Fassade« verdeckt und überspielt werden.«

92 OLG Hamm FamRZ 1997, 1026.

93 BGH NJW 1962, 1770; vgl. auch BayObLG FamRZ 2000, 701: Es kann zu den Pflichten der Amtsermittlung gehören, in Anwesenheit des Sachverständigen Zeugen anzuhören, wenn erst durch sachkundige Fragen des Sachverständigen eine vollständige Aufklärung zu erwarten ist.

94 BayObLG FamRZ 1990, 801.

95 OLG Frankfurt FamRZ 1996, 635.

96 OLG Düsseldorf, OLGR 2001, 120.

97 OLG Düsseldorf, a. a. O.; BayObLG FamRZ 1991, 1461.

98 BayObLG FamRZ 2002, 1066; BayObLG FamRZ 2002, 497; BayObLG FamRZ 2005, 658.

99 OLG Frankfurt FamRZ 1996, 635: »[...] im Übrigen muss ein Erblasser seine letztwilligen Verfügungen nicht durch vernünftige und von Dritten nachvollziehbare Gründe rechtfertigen. Es ist allein sein Wille entscheidend. Dies folgt aus der vom Gesetz grundsätzlich gewährleisteten Testierfreiheit.«

100 BayObLG FamRZ 1998, 1511.

86 BGH NJW 1980, 2307.

87 BGH ZEV 2006, 312.

88 OLG Köln FamRZ 1992, 607.

89 OLG Celle FamRZ 2006, 1867.

90 BGH NJW 1986, 1755.

91 BGH NJW 1959, 1822; BayObLG NJW-RR 1998, 870.

In jedem Fall ist die Kenntnis psychiatrischer Begriffe und deren praktischer Anwendung empfehlenswert, ja unerlässlich.<sup>101</sup> Der Anwalt darf keine Scheu davor haben, anerkannte Spezialisten zu befragen und ggf. nach Abstimmung mit dem Mandanten mit einem Privatgutachten zu beauftragen.

Die Feststellungslast liegt bei demjenigen, der die Testierunfähigkeit als rechtsvernichtende Tatsache im Rechtsstreit behauptet.<sup>102</sup> Beweiserleichterungen sind denkbar, wenn feststeht, dass der Erblasser vor und nach dem Zeitpunkt der Errichtung testierunfähig war.<sup>103</sup> In der Praxis wird häufig ein liches Intervall behauptet; nach (neueren) psychiatrischen Erkenntnissen kommt ein solches jedoch nie oder allenfalls höchst selten vor.<sup>104</sup>

Zusammenfassend: Der Streit über Fragen der Testierfähigkeit endet oft in einer »Materialschlacht«. Es ist sorgfältig abzuwägen, ob hinreichende medizinische und sonstige Beweismittel für den Nachweis der Testierunfähigkeit zur Verfügung stehen, etwa Krankenakten, aber auch sonstige Dokumentationen, etwa die Berichte des medizinischen Dienstes bei Leistungen der Pflegeversicherung.

#### 4. Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen § 14 HeimG

Nach den Intentionen des Gesetzgebers soll durch § 14 HeimG<sup>105</sup> einer Ausnutzung der Hilf- oder Arglosigkeit alter und pflegebedürftiger Menschen vorgebeugt werden. Diese sollen vor nochmaliger oder überhöhter Abgeltung von Pflegeleistungen bewahrt werden.<sup>106</sup> Ferner soll der Heimfrieden dadurch gesichert werden, dass keine privilegierte Stellung durch finanzielle Zusatzleistungen erkaufte werden kann.<sup>107</sup> Schließlich soll die Testierfreiheit dadurch gesichert werden, dass alte Menschen vor offenem oder verstecktem Druck bewahrt werden.<sup>108</sup>

Das Verbot ist verfassungsgemäß,<sup>109</sup> es dient legitimen Gemeinwohlzielen. Es ist ein geeignetes Mittel zur Erreichung der (eben dargestellten) Ziele und erforderlich zur Zielerreichung, da die Vorschriften über die Sittenwidrigkeit und über den Testamentwiderruf zum Schutz des Heimbewohners nicht ausreichen.

Nach der gesetzlichen Regelung in der Auslegung durch die ober- bzw. höchstrichterliche Rechtsprechung, unterliegen dem Verbot der Heimleiter sowie Beschäftigte und sonstige Mitarbeiter in Heimeinrichtungen. Diese Personen dürfen Vermögensvorteile im Sinne des § 14 HeimG nicht annehmen. Die Vorschrift ist Verbotsgesetz des § 134 BGB. Sie gilt auch für Zuwendungen von Heimbewerbern<sup>110</sup> und Eltern von Heimbewohnern,<sup>111</sup> nicht aber für die Betreuung in der Familie,<sup>112</sup> durch eine private Pflegeperson oder ambulante Pflegedienste<sup>113</sup> und ist nicht auf das Verhältnis zwischen Betreuer und rechtl. Betreuten analog anwendbar.<sup>114</sup> Die Unwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen nach § 14 Abs. 1 HeimG tritt nur ein, wenn der Bedachte (bzw. eine Person, die den Bedachten repräsentiert) bis zum Tod des Erblassers von der testamentarischen Zuwendung Kenntnis erlangt,<sup>115</sup> das Wissen von Heimpersonal wird der Heimleitung zugerechnet.<sup>116</sup>

#### 5. Annahmeverbote

Angestellte des öffentlichen Dienstes sowie Beamte dürfen gem. §§ 10 BAT, § 69 BeamtenG bzw. § 71 BBG Zuwendungen, die nicht hauptsächlich in der privaten Sphäre begründet sind, nicht annehmen. Umstritten war, ob die beamten- und tarifrechtlichen Bestimmungen nur das Beschäftigungsverhältnis betreffen oder ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellen. Diese Diskussion ist für die erbrechtliche Praxis von Bedeutung, weil nicht selten in Tarifverträgen, etwa von Sparkassenangestellten, die Vorschriften des BAT in Bezug genommen werden und hierdurch der Kreis der Adressaten erweitert wird. Die nach § 134 BGB gebotene Abwägung führt dazu, dass in den Fällen, in denen das betreffende Verbot allein den einen Teil (Annehmenden) trifft, die Nichtigkeitsfolge nur zum Zuge kommt, wenn dem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäftes erfordert. Der Verstoß gegen

101 Empfehlenswerte Literatur: Wetterling/Neubauer/Neubauer, Psychiatrische Gesichtspunkte zur Beurteilung der Testierfähigkeit Demen- ter, ZEV 1995, 46; Cording, Die Begutachtung der »freien Willensbestimmung« im deutschen Zilrecht, in: Müller/Hajak, Willensbestimmung zwischen Recht und Psychiatrie, 2005, Seite 37 ff.; Cording/Foerster, Psychopathologische Kurztests durch den Notar, ein im Grundsatz verfehlter Vorschlag, DNotZ 2006, 329; Zimmer, Demenz als Herausforderung für die erbrechtliche Praxis, NJW 2007, 1713.

102 BGH FamRZ 1958, 127; BayObLG FamRZ 1996, 1438; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1159.

103 OLG Köln NJW-RR 1991, 1412.

104 Vgl. aus der Rechtsprechung: BayObLG FamRZ 2006, 68.

105 Das Heimrecht wurde im Rahmen der großen Förderalismusreform in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG den Ländern zugeordnet, es sind bereits (Stand Ende 2009) landesrechtliche Regelungen in Kraft getreten. Anstelle des HeimG gilt in Baden-Württemberg seit dem 01.07.2008 das Landesheimgesetz vom 10.06.2008 (LHeimG BW), in Nordrhein-Westfalen seit dem 09.12.2008 das Gesetz über das Wohnen mit Assistenz und Pflege in Einrichtungen (Wohn- und Teilhabegesetz-WTG), im Saarland seit dem 19.06.2009 das Landesheimgesetz Saarland (LHeimGS) vom 6. Mai 2009 und in Schleswig-Holstein seit dem 01.08.2009 das Selbstbestimmungsstärkungsgesetz (SbStG) vom 17.07.2009, vgl. hierzu Spall Mitt-BayNot 2010, 10.

106 BT-Drucks. 7/180, S. 12 [15].

107 BT-Drucks. 7/180, S. 12.

108 BT-Drucks. 11, 5120, S. 17.

109 BVerfG NJW 1998, 2964.

110 BGH NJW-RR 1995, 1272.

111 LG Flensburg NJW 1993, 1866.

112 BayObLG NJW-RR 1999, 1454.

113 Stuyter ZEV 2003, 104; OLG Düsseldorf FGPrax 2001, 122.

114 BayObLG NJW 1998, 2369; LG Bonn, Beschluss vom 13.04.1999, 4 T 72/99.

115 BayObLG ZEV 2001, 121; vgl. auch OLG München NJW 2006, 2642, wonach der Anwendungsbereich des § 14 HeimG schon eröffnet sein soll, wenn ein Angehöriger das Heim letztwillig bedacht hat, der verwandte Heimbewohner über dessen Tod hinaus in der Einrichtung des Trägers lebt.

116 BayObLG NJW 1992, 56; 1993, 1173.

§ 10 Abs. 1 BAT führt danach nicht zur Unwirksamkeit des Zuwendungsgeschäfts.<sup>117</sup> Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs muss auf den Verstoß gegen das Zuwendungsverbot nicht notwendigerweise durch die Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts reagiert werden. Geeignete Maßnahmen könnten etwa arbeitsrechtliche Sanktionen sein, die gegenteilige Auffassung hatte noch das Berufungsgericht, das OLG Hamm, vertreten.<sup>118</sup>

## 6. Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen

Durch die obigen Erläuterungen ist klar, dass § 14 HeimG eine Ausnahmeregelung darstellt. Die Rechtsprechung ist Bestrebungen, den Anwendungsbereich des § 14 HeimG auf vergleichbare Fallgestaltungen zu erstrecken, entgegengetreten.<sup>119</sup> Fälle, unangemessener Begünstigung von Betreuern oder anderen in beruflicher Hinsicht mit dem Erblasser »befassten« Personen, kann nur mit dem Sittenwidrigkeitsverdikt begegnet werden. Dieses Verdikt ist gerechtfertigt, wenn die Gesamtschau ergibt, dass die Aufrechterhaltung der Zuwendung unerträglich wäre.<sup>120</sup> Sittenwidrigkeit ist anzunehmen, wenn schwerwiegende Umstände den Ausschluss des gesetzlichen Erbrechts und damit die letztwillige Verfügung als besonders problematisch erscheinen lassen. § 138 BGB darf nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei der Beurteilung letztwilliger Verfügungen »nur zurückhaltend angewandt werden«<sup>121</sup> und berechtigt den Richter nicht, die Auswirkungen einer letztwilligen Verfügung an seinen Gerechtigkeitsvorstellungen zu messen und auf diese Weise den Willen des Erblassers zu korrigieren.<sup>122</sup>

Diese Überlegung ist im Lichte der gesetzlich geschützten Testierfreiheit zu sehen. Diese darf nur bei Vorliegen besonderer Umstände eingeschränkt werden. Solche Umstände liegen nicht schon dann vor, wenn durch eine letztwillige Verfügung Erbansprüche berechtigter Angehöriger vereitelt werden. Das Pflichtteilsrecht ist ausreichend, um diese zu schützen.<sup>123</sup> Besonders schwerwiegende Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigen, liegen nicht in der Weitergabe an außenstehende Personen, auch wenn wesentliche Teile des Nachlasses aus Zuwendungen des Ehepartners stammen.<sup>124</sup> Geliebtentestamente sind nicht unwirksam,<sup>125</sup> dasselbe gilt für Zuwendungen an den Partner in einer homoerotischen Bezie-

hung.<sup>126</sup> Ausnahmen werden von der Rechtsprechung nur für solche Fälle angenommen, in denen die testamentarische Zuwendung *ausschließlich* die geschlechtliche Hingabe belohnen oder den Empfänger zur Fortsetzung der sexuellen Beziehungen bestimmen will.<sup>127</sup> Die Entwicklung der Rechtsprechung zu Geliebtentestamenten kann als »Verrechtlichungsprozess von der Beurteilung des Verhaltens des Erblassers hin zur Überprüfung des Inhalts seiner letztwilligen Verfügung«<sup>128</sup> beschrieben werden.

Diese »Verrechtlichung« trägt der Bedeutung der Testierfreiheit Rechnung, die der Bundesgerichtshof in seinen Urteilen zum Behindertentestament.<sup>129</sup> betont hat. In der »Hohenzollern«-Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof<sup>130</sup> den »Druck« zu beurteilen, der durch eine Ebenbürtigkeitsklausel ausgeübt werden sollte. Kroppenberg<sup>131</sup> spricht von einem »graduellen Modell der Druckentfaltung«, bei dem das Potential von der »bloßen Einflussnahme«<sup>132</sup> bis zur verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbaren Beeinträchtigung im Sinne einer Grundrechtsverletzung reicht – im Ergebnis wird damit die Grenze durch Anwendung des verfassungsrechtlich hergeleiteten (Übermaß-)Verbotes gezogen.<sup>133</sup> Ob Druck als »zivilrechtliche Größe«<sup>134</sup> überhaupt als Maßstab für die Sittenwidrigkeitsprüfung tauglich ist, kann bezweifelt werden. Es geht um Wertungsfragen, wie sie durch Begriffe wie »ungerechtfertigt«,<sup>135</sup> »unzulässig«<sup>136</sup> bzw. »unzumutbar«<sup>137</sup> aufgeworfen werden. Dass das (bloße) Abstellen auf eine »Drucksituation« wenig tauglich ist, zeigt schon die parallele Situation des Angriffs auf die Entschließungsfreiheit im Vertragsrecht. Es geht dabei der Sache nach um eine »Drohung, wenn auch um eine graduell mildere als die in § 123 Abs. 1 Fall 2 BGB angesprochene«.<sup>138</sup> Druck auf den Erblasser bedeutet die Ausübung psychischen Zwangs, um dessen Willensbildung zu beeinflussen. Dass die weniger starke Beeinflussung (»Druck«) über § 138 BGB die Nichtigkeit zur Folge haben soll, wohingegen die qualifizierte Form der Einflussnahme, die

117 BGH ZEV 2000, 202

118 NJW-RR 1999, 424.

119 BayObLG/NJW 1998, 2369; NJW-RR 1999, 1954; OLG Düsseldorf FG Prax 2001, 122.

120 OLG Braunschweig FamRZ 2000, 1198

121 BGH NJW 1983, 674 (»Geliebten-Testament«)

122 BGH NJW 1983, 675

123 BGH FamRZ 1954, 197; BayObLG NJW 1987, 910.

124 BayObLG FamRZ 1986, 1248.

125 so noch BGHZ 112, 262, vgl. unter Hinweis auf § 1 ProstG Paal JZ 2005, 437.

126 OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 1995, 265.

127 OLG Frankfurt am Main, a. a. O., S. 266.

128 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, S. 26

129 BGHZ 123, 368; 111, 36

130 BGHZ 140, 118; zu der Bedeutung der »Hohenzollern«-Entscheidung für die Testierfreiheit sowie insbesondere zum Zusammenspiel von Verfassungs- und Zivilrecht in diesem Zusammenhang, vgl. Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, S. 29 ff.

131 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, S. 39

132 Otte ZEV 2004, 396

133 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, S. 39 Fn. 73 nennt dies unter Bezugnahme auf Röthel, Pflichtteilsrecht – Anspruchsvolle Aufgaben für gute Gesetzgebung, in: Reformfragen des Pflichtteilsrechts, S. 234 ff., ein »problematisches crossover« – vom verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeits- zu einem zivilrechtlichen Zumutbarkeitsbegriff.

134 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, S. 42

135 Staudinger/Otte BGB, 13. Auflage, § 2074 Rn 31,

136 Staudinger/Otte BGB, 13. Auflage, § 2074 Rn 34

137 Otte ZEV 2004, 396 f.

138 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, S. 44

Drohung, nur zur Anfechtbarkeit führt, ist ein Wertungswiderspruch, der zeigt, dass bloßer Druck auf den Erblasser das Nichtigkeitsverdict nicht rechtfertigen kann. Dies wird bestätigt, wenn man auf das aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis bekannte Institut der »undue influence«<sup>139</sup> Bezug nimmt. Bei dieser Fallgruppe geht es um die unfaire Ausnutzung besonderer Vertrauensstellungen, etwa bei letztwilligen Verfügungen zugunsten von Betreuern, Ärzten, Geistlichen, Rechtsanwälten oder Notaren<sup>140</sup>. Das anglo-amerikanische Recht lässt in diesen Fällen nach Ausübung eines entsprechenden Gestaltungsrechts die Auflösung des unter unzulässiger Beeinflussung zustande gekommenen Rechtsgeschäftes (recession) zu, nicht aber eine ipso jure eintretende Unwirksamkeit.<sup>141</sup> Es gilt danach: »Das Privatrecht ist keine druckfreie Zone«.<sup>142</sup> Es müssen weitere Gesichtspunkte hinzukommen, um eine durch psychischen Druck vermittelte letztwillige Verfügung als sittenwidrig einstufen zu können. Bezogen auf eine »amtliche Stellung« des Begünstigten heißt dies, dass nicht allein aus dieser Funktion auf eine unzulässige Einflussnahme, einen unbilligen Druck, geschlossen werden kann. Es müssen weitere Umstände hinzutreten, die das Sittenwidrigkeitssurteil rechtfertigen.<sup>143</sup> Maßgeblich sind die Umstände, die zur Errichtung der letztwilligen Verfügung geführt haben, die konkrete Situation, die Absichten und Motive der Beteiligten, das Vorgehen des Begünstigten und die Lage des Verfügenden.

»Entlastend« kann wirken, dass der Betreuer auf ausdrücklichen Wunsch des Erblassers bestellt worden und mit ihm in Lebensgemeinschaft verbunden war.<sup>144</sup> Diese Umstände sind aber nur Teil eines Gesamtbildes. Beispiel einer notwendigen Gesamtbetrachtung im Rahmen des § 138 BGB ist ein vom OLG Braunschweig entschiedener Fall,<sup>145</sup> in dem der Betreuer das Vertrauen des Betreuten enttäuscht und seine Rechtsmacht ausgenutzt hatte, um den leicht beeinflussbaren Schutzbefohlenen ohne reifliche Überlegung über erhebliche Vermögenswerte verfügen zu lassen. Im zu entscheidenden Fall hatte der Betreuer den Erblasser dazu gebracht, den beurkundenden Notar aufzusuchen, er hatte dabei einen Vorwand be-

nutzt, weil der Erblasser nicht von sich aus den Wunsch hatte, ein Testament zu errichten. Der Erblasser hatte keine Zeit, seine Entscheidung reiflich zu überlegen und kannte die Erben (Ehefrau und das Kind des Betreuers) nicht. Der Notar war wiederholt im Interesse des Betreuers tätig geworden.

Es sind mithin alle Umstände, die das Zustandekommen der letztwilligen Verfügung prägen, zu prüfen. Es geht danach nicht (mehr) um eine »Gesinnungskontrolle« (um die Bestrafung inkriminierten Verhaltens<sup>146</sup>), sondern um ein »rechtsfolgen- oder wirkungsbezogenes«<sup>147</sup> Urteil.

#### IV. Rechtspolitische Folgerungen

##### 1.

Im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Testierfreiheit ist bei der Feststellung der Nichtigkeit Zurückhaltung geboten. Dies gilt für materiell-rechtliche Überlegungen (Analogie zu § 14 HeimG), wie für verfahrensrechtliche Konsequenzen (Regeln der Darlegungs- und Beweislast im Bereich des § 2229 BGB) gleichermaßen. Nichtig ist eine von Dritten beeinflusste letztwillige Verfügung, wenn die Gesamtwürdigung aller Umstände, die für ihr Zustandekommen maßgeblich sind, ein Sittenwidrigkeitssurteil rechtfertigt.

##### 2.

Regelungen zu Lasten bestimmter Berufs- bzw. Personengruppen sollten nicht eingeführt werden. Stattdessen sollten Berufsverbände (von Betreuern, Ärzten, Anwälten etc.) Verhaltenskodices aufstellen, die zur Beachtung bestimmter Grundsätze in den Fällen aufrufen, in denen Vertreter der Berufsgruppen Begünstigte einer letztwilligen Verfügung werden sollen. Zu denken ist an die regelmäßig empfohlene Einschaltung außenstehender Berater (Notare) bzw. die Einholung medizinischer Sachverständigengutachten. Ein Verstoß gegen solche Vorgaben könnte die Annahme des Sittenwidrigkeitssurteils nahe bzw. näher legen. Dies sollte dann nicht gelten, wenn der Berufsträger nichts von seiner Begünstigung weiß. ■

139 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, S. 32

140 Auch kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ist dieses Rechtsinstitut nicht fremd: Nach Artikel 907 ff. Belgisches ZGB ist eine testamentarische Verfügung zugunsten eines Vormundes nichtig. Dasselbe gilt für Testamente zugunsten von Ärzten, Apothekern, Geistlichen und anderen kirchlichen Amtsträgern, die den Verstorbenen während seiner Krankheit betreut haben sowie für Verfügungen zu Gunsten der Geschäftsführung und des Personals von Alten- und Pflegeheimen.

141 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, S. 45

142 Kroppenberg DNotZ 2006, 104

143 vgl. Schwab FamRZ 1990, 681, 688; Damrau/Zimmermann, Betreuung und Vormundschaft, 2. Aufl., § 1908i BGB Rn. 10; Müller ZEV 1998, 219, 223.

144 So lag der Fall BayObLG FamRZ 1998, 702.

145 OLG Braunschweig FamRZ 2000, 1198.

146 Eckert AcP 199 (1999), 337, 351 f.

147 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, S. 346

# Möglichkeiten zur Kontrolle der Gesellschafternachfolge von Todes wegen bei Familienunternehmen in der Rechtsform der GmbH



von Dr. Rüdiger Werner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Gerlingen

**Gesellschaftsverträge von Familienunternehmen enthalten regelmäßig Klauseln, die im Interesse der Erhaltung des Familiencharakters der Gesellschaft nicht nur die freie Übertragbarkeit, sondern auch die freie Vererbbarkeit der Geschäftsanteile einschränken. Ob und inwieweit eine solche Einschränkung zulässig ist, ist insbesondere im Hinblick auf GmbH-Geschäftsanteile fraglich, da § 15 Abs. 1 GmbHG die freie Vererbbarkeit von GmbH-Geschäftsanteilen ausdrücklich bestimmt, und darüber hinaus auch § 2302 BGB eine Beschränkung der Testierfreiheit ganz generell für unzulässig erklärt. Das Problem hat hohe praktische Bedeutung, da im Fall der Poolung von Geschäftsanteilen eine Einschränkung der freien Vererbbarkeit nach wohl h. M. Voraussetzung für eine erbschaftsteuerliche Begünstigung nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG sein soll. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die Rechtslage.**

## I. Möglichkeiten der Nachfolgeregelung bei der GmbH

### 1. § 15 Abs. 1 GmbHG

Anders als eine Beteiligung an einer Personengesellschaft können ein Geschäftsanteile an einer GmbH gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich sowohl frei übertragen als auch frei vererbt werden. § 15 Abs. 5 GmbHG bestimmt jedoch, dass der Gesellschaftsvertrag die Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen beschränken und insbesondere von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig machen kann. Es stellt sich die Frage, ob diese Möglichkeit der Vinkulierung nicht auch im Rahmen der Rechtsnachfolge von Todes wegen besteht. Nach wohl h. M. kann die Satzung einer GmbH jedoch weder die Vererblichkeit von Geschäftsanteilen schlechthin ausschließen, noch eine Rechtsnachfolge abweichend oder unabhängig vom Erbrecht herstellen.<sup>1</sup> In der Satzung kann jedoch sehr wohl

in Bezug auf die Geschäftsanteile eine schuldrechtliche Nachfolgeregelung getroffen werden.

Die Satzung kann im Wege einer solchen schuldrechtlichen Nachfolgeregelung den endgültigen Verbleib des auf den oder die Erben übergegangenen Geschäftsanteils regeln. In diesem Fall bleiben die Erben nur dann Gesellschafter, wenn sie zu einem von der Satzung für die Gesellschafterposition zugelassenen Personenkreis gehören. Die Erben haben diese Regelung zu akzeptieren, denn sie haben die Mitgliedschaft in der Gesellschaft in ihrer konkreten satzungsmäßigen Ausgestaltung erworben. Damit sind auch die sich aus der Satzung ergebenden Pflichten nach § 1967 BGB auf sie übergegangen. Die Satzung kann daher anordnen, dass die Erben ihren Geschäftsanteil an die Gesellschaft, einen Gesellschafter oder einen von der Gesellschaft zu bestimmenden Dritten abzutreten haben. In derselben Weise kann die Satzung bestimmen, dass die von den der Gesellschaft nicht genehmen Erben gehaltenen Geschäftsanteile eingezogen werden können.<sup>2</sup>

Es bleibt die Frage, was zu gelten hat, wenn der Gesellschaftsvertrag zwar die Übertragung der Geschäftsanteile im Wege der Rechtsnachfolge von Todes wegen vinkuliert, aber ansonsten keine Regelungen darüber enthält, wie zu verfahren ist, wenn ein Gesellschafter seine Geschäftsanteile entgegen der Vinkulierungsbestimmung an eine nach dem Gesellschaftsvertrag nicht für die Gesellschafterposition zugelassene Person vererbt. Eine Satzungsregelung, wonach Geschäftsanteile nur an Mitglieder eines bestimmten im Gesellschaftsvertrag definierten Personenkreises vererbt werden können, ist regelmäßig dahingehend auszulegen, dass ein danach nicht zugelassener Gesellschaftererbe von der Gesellschaft dazu verpflichtet werden kann, seinen Geschäftsanteil zwangsweise an eine im Gesellschaftsvertrag dafür ausersehene Person zu übertragen und die Gesellschaft im Übrigen hilfsweise zur Einziehung befugt ist.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl., 2010, § 15 Rn 31; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2010, § 15 Rn 8; Ebbing in Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 15 Rn 6; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 15 Rn 9; Winter in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 15 Rn 18 ff., 21 ff.; Winter/Löbbecke in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2005, § 15 Rn 9, 12; Zutt in Hachenburg, 8. Aufl., 1992, Anh § 15 Rn 105; a. A. RG v. 08.10.1912 – Rep. II 133/12, RGZ 80, 175, 179; Schefer DB 1961, 59; ders. GmbHR 1961, 203, 204.

<sup>2</sup> BGH v. 05.11.1984 – II ZR 147/83, GmbHR 1985, 150; OLG Koblenz v. 19.01.1995 – 6 U 829/93, GmbHR 1995, 586; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 15 Rn. 9, 12 f.; H. Winter/Seibt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 15 Rn. 23, 26; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2010, § 15 Rn. 15; Zutt in Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl., 1992, Anh. § 15 Rn. 99, 104 ff.; Promberger in ZHR 150 (1986), 585; Fleck in FS Stimpel, 1985, 353, 355

## 2. § 2302 BGB

Gemäß § 2302 BGB soll eine vertragliche Vereinbarung, durch die sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, grundsätzlich nichtig sein. § 2302 BGB ist grundsätzlich auch im Rahmen der Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen zu beachten. Hieraus ist in der Literatur der Schluss gezogen worden, eine die Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen vinkulierende Vereinbarung sei daher nach § 2302 BGB nichtig.<sup>4</sup> § 2302 BGB dient primär dem Schutz der Testierfreiheit. Wie zuvor bereits dargelegt wurde, beeinträchtigen Vereinbarungen über die Vinkulierung der Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen die Testierfreiheit jedoch nicht, da sie im Normalfall nur den Mitgesellschaftern die Möglichkeit eröffnen sollen, den als Gesellschafter unerwünschten Erben zur zwangsweisen Abtretung seines Anteils zu verpflichten.

Eine anderslautende Interpretation des § 2302 BGB würde im Übrigen die Gesellschafter der GmbH im Vergleich zu den Gesellschaftern einer Personengesellschaft in unangemessener Weise beeinträchtigen. Wie zuvor bereits dargelegt wurde, kann der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft im Wege einer sog. qualifizierten Nachfolgeklausel vorsehen, dass etwa der Geschäftsanteil eines Kommanditisten nur dann nach § 177 HGB auf dessen Erben übergeht, wenn der Erbe zu den nach dem Gesellschaftsvertrag für die Gesellschafterposition zugelassenen Personen gehört. Der Kommanditanteil fällt in diesem Fall nicht in die Erbmasse, so dass die Testierfreiheit dadurch von vornherein nicht beeinträchtigt wird. Klauseln im Gesellschaftsvertrag einer GmbH, die im Fall der Vererbung an eine als Gesellschafter unerwünschte Person die Möglichkeit der Zwangsabtretung vorsehen, haben eine vergleichbare Funktion.<sup>5</sup>

Hält man § 2302 BGB in diesem Fall für anwendbar, so hat dies grundsätzlich die Nichtigkeit der Verpflichtung zur einheitlichen Verfügung zur Folge. Ob hieraus auch die Gesamtnichtigkeit der gesamten Poolvereinbarung folgt, ist primär eine Frage der Auslegung des Vertrages im Einzelfall. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass eine Umdeutung einer nach § 2302 BGB unwirksamen Verpflichtung nach den allgemeinen Voraussetzungen stets möglich ist.<sup>6</sup> Enthält der Poolvertrag – wie in Verträgen

allgemein üblich – eine salvatorische Klausel, so resultiert daraus zunächst eine Umkehr der Beweislast im Rahmen des § 139 BGB und im Zweifel die Aufrechterhaltung der Poolvereinbarung.<sup>7</sup> Fehlt es an einer salvatorischen Klausel, so ist erst dann auf § 139 BGB mit seiner Anordnung der Gesamtnichtigkeit zurückzugreifen, wenn die Auslegung im Einzelfall nicht zu einem abweichenden Ergebnis führt.<sup>8</sup>

## 3. Die Abfindung und ihre Beschränkung

Sowohl die Zwangseinziehung als auch die Zwangsabtretung sind grundsätzlich nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die betroffenen Gesellschafter eine Abfindung erhalten. Speziell im Fall der Vererbung an den »falschen Erben« kann der Gesellschaftsvertrag eine solche Abfindung sogar gänzlich ausschließen.<sup>9</sup> Anders als bei der Ausschließung eines normalen Gesellschafters, die regelmäßig nur gegen Zahlung einer Abfindung zulässig ist, deren Höhe sich am Verkehrswert des Geschäftsanteils zu orientieren hat, geht es beim Ausschluss eines Erben nicht mehr um die Sicherung der freien Entfaltung des Gesellschafters in der Gesellschaft, sondern um eine im weitesten Sinne erbrechtliche Gestaltung. In derselben Weise wie ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil seinen Erben überlassen kann, kann er ihn auch durch den gesellschaftsvertraglichen Ausschluss der Abfindung an seine Mitgesellschafter wertmäßig verschenken.<sup>10</sup>

Wird der Geschäftsanteil des »falschen« Gesellschaftererben auf der Basis einer solchen satzungsmäßigen Ermächtigung eingezogen, und schließt die Satzung gleichzeitig die Zahlung einer Abfindung aus, so liegt darin seitens des Erblassers eine unentgeltliche Verfügung von Todes wegen an die Mitgesellschafter. Die Formanforderungen des § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB sind daher zu beachten. Da sich die Möglichkeit der Einziehung bereits aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, ist die Schenkung jedoch nach § 2301 Abs. 1 S. 2 BGB bereits zu Lebzeiten vollzogen, so dass § 2301 BGB nicht anwendbar ist.<sup>11</sup> Zugunsten der Pflichtteilsberechtigten sind in diesem Fall die §§ 2316, 2325 ff. BGB anzuwenden. Die Unentgeltlichkeit entfällt, wenn die Abfindung lediglich beschränkt wird, da mit der Beschränkung der Abfindung primär Liquiditätsabflüsse bei der Gesellschaft vermieden werden sollen und nicht erbrechtliche Verfügungen getroffen werden sollen.<sup>12</sup>

3 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2010, § 15 Rn. 15; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 15 Rn 13; H. Jasper/Wollbrink in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl., 2009, § 25 Rn 4, 10; Winter/Seibt, in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 15 Rn 29 Winter/Löbke in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2005, § 15 Rn 13, Rowedder/Bergmann in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., 2005, § 15 Rn 116; Zutt in Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl., 1992, Anh § 15; Leßmann GmbHR 1986, 409, 411  
4 Leitzen ZEV 2010, 401; v. Oertzen in FS Schaumburg, 2009, 1045, 1050  
5 Werner StBW 2010, 700

6 Kanzleiter in Staudinger, BGB, Neubearb. 2006, § 2302 Rn 3  
7 BGH v. 11.10.1995 – VIII ZR 25/94, NJW 1996, 773; Leitzen ZEV 2010, 402  
8 Leitzen ZEV 2010, 402  
9 BGH v. 20.12.1976 – II ZR 115/75, GmbHR 1977, 81 f.; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbH, 19. Aufl., 2010, § 15 Rn 14 m. w. N.;  
10 Lutter in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2010, § 34 Rn 96 m. w. N.  
11 Winter/Seibt in Scholz GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 15 Rn 31; a. A. Käppler ZGR 1978, 551 ff.

Erfolgt die Ausschließung der Erben im Wege der Zwangsabtretung, so gilt nichts anderes. Beschränkt der Gesellschaftsvertrag die dem weichenden Gesellschaftererben zustehende Abfindung so liegt darin keine unentgeltliche Zuwendung des abgetretenen Geschäftsanteils an die übernehmende Person. Die Ausschließung dient in diesem Fall primär der Regelung der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen der Beteiligten und hat daher gesellschaftsrechtlichen und nicht erbrechtlichen Charakter. Anders als bei der Einziehung führt der gänzliche Ausschluss der Abfindung im Gesellschaftsvertrag nicht zum Vorliegen einer unentgeltlichen Zuwendung, da in diesem Fall der gesellschaftsrechtliche Charakter des Geschäfts dominiert.<sup>13</sup> In jedem Falle wäre die Schenkung bereits zu Lebzeiten vollzogen.<sup>14</sup> Zugunsten der Pflichtteilsberechtigten sind auch in diesem Fall die §§ 2315, 2325 ff. BGB anwendbar.<sup>15</sup>

#### 4. Zwangseinziehung oder Zwangsabtretung

Gegen die Einziehung als Ausschließungsinstrument spricht generell, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen der Zwangseinziehung seit der Novellierung des GmbHG durch das MoMiG teilweise ungeklärt sind. Fraglich ist, ob § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG dahingehend auszulegen ist, dass die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile stets mit der Stammkapitalziffer dauernd identisch sein müssen.<sup>16</sup> Wäre dem so, so wäre eine Zwangseinziehung eines Geschäftsanteils nur unter der Voraussetzung zulässig, dass gleichzeitig eine Kapitalherabsetzung bzw. eine Kapitalerhaltung im Wege der Erhöhung der bestehenden Geschäftsanteile bzw. der Ausgabe neuer Geschäftsanteile beschlossen wird, was mit gewissen Schwierigkeiten verbunden sein kann.<sup>17</sup> Man kann diese Rechtsunsicherheit auf einfache Weise vermeiden, in dem man statt der Zwangseinziehung auf die Zwangsabtretung als Ausschließungsinstrument zurückgreift.

Zu berücksichtigen ist dabei weiterhin, dass die Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils seit dem Inkrafttreten des ErbStRefG nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 3, § 7 Abs. 7 S. 2 ErbStG steuerpflichtig ist, wenn die dem betroffenen Gesellschafter zustehende Abfindung unter dem Verkehrswert seines Anteils liegt. Zwar ist grundsätzlich auch ein Ausscheiden im Wege der Zwangsabtretung erbschaft- und schenkungsteuerpflichtig. §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 3, 7 Abs. 7 Abs. 2 S. 2 ErbStG sind dann zwar nicht an-

wendbar, wohl aber § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 2, § 7 Abs. 7 Abs. 2 S. 1 ErbStG. Eine Erbschaft- und Schenkungssteuerpflicht besteht in dieser Situation jedoch nur bei der Zwangsabtretung.<sup>18</sup> Darüber hinaus geht die Finanzverwaltung davon aus, dass die §§ 13a, 13 b ErbStG nur anwendbar sind, wenn der betroffene Gesellschafter im Wege der Zwangsabtretung aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde, nicht aber im Fall der Zwangseinziehung.<sup>19</sup>

Eine Einziehung setzt in jedem Fall nach den §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG voraus, dass der Geschäftsanteil voll eingezahlt ist und durch die Zahlung des Einziehungsentgelts das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht angetastet wird. Zwar kann die Abfindung im Nachfolgefall ausgeschlossen werden. Darüber hinaus ist jedoch zu berücksichtigen, dass in der Regel ein Interesse daran besteht, dass der Geschäftsanteil nach der Vererbung erhalten bleibt und der Gesellschafterkreis nicht verkleinert wird. Eine Zwangseinziehung kann im Übrigen unerwünschte Verschiebungen bei der Stimmenmacht der einzelnen Gesellschafter bzw. Gesellschafterstämme mit sich bringen. Der Gesellschaftsvertrag sollte daher in jedem Fall zusätzlich zur Möglichkeit der Zwangseinziehung auch die Möglichkeit der Zwangsabtretung vorsehen.

#### II. Vinkulierungsregelung in Poolvereinbarung?

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob eine solche die Geschäftsanteile im Hinblick auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen vinkulierende Vereinbarung nur in der Satzung oder auch in einer daneben stehenden Vereinbarung – etwa in Form einer bei Familienunternehmen ja häufig vorkommenden Poolvereinbarung – getroffen werden kann. Gründe, eine solche Regelung nicht im Gesellschaftsvertrag sondern in einer neben dem Gesellschaftsverhältnis stehenden Poolvereinbarung zu treffen, gibt es viele. Der Hauptgrund liegt in der dadurch möglichen Vermeidung der Registerpublizität. Dieses Motiv hat seit der Einführung des elektronischen Handelsregisters durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)<sup>20</sup> erheblich an Gewicht gewonnen, da die Einsichtnahme in das Handelsregister dadurch wesentlich erleichtert worden ist.<sup>21</sup>

Grundsätzlich kann eine einen Verstoß gegen das Gebot, Geschäftsanteile nur an Mitglieder eines bestimmten Personenkreises zu vererben, mit der Möglichkeit der

12 Winter/Seibt in Scholz GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 15 Rn 31

13 Winter/Seibt in Scholz GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 15 Rn 33; Priester GmbHR 1981, 212 ff.; a. A. Käßler ZGR 1978, 573 ff.

14 Winter/Seibt in Scholz GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 15 Rn 33

15 Winter/Seibt in Scholz GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 15 Rn 33

16 Dafür etwa LG Essen Urt. v. 09.06.2010–42 O 100/09; Hueck-Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 5 Rn 17a; Römermann DB 2010, 212 ff.; dagegen Braun GmbHR 2010, 83; Ulmer DB 2010, 321; Werner StBW 2010, 284f

17 Römermann DB 2010, 212 ff.

18 Hübner/Maurer DStR 2010, 434

19 Anwendungserlass zum ErbStG v. 25.06.2009, BStBl. I 1/2009, 713 ff. Abschnitt 2, Abs. 3 S. 2 bis 4

20 Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister v. 10.11.2006, BGBl. I 2553

21 Wälzholz, GmbHR 2010, 1021



zwangsweise Einziehung der an den falschen Erben übertragenen Geschäftsanteile nach § 34 GmbHG sanktionierende Regelung, nur in der Satzung der Gesellschaft selbst getroffen werden.<sup>22</sup> Der Poolvertrag kann jedoch vorsehen, dass ein Erbe, der nach der Poolvereinbarung nicht Gesellschafter werden soll, durch einen von der Poolversammlung zu fassenden Beschluss dazu verpflichtet werden kann, die von ihm gehaltenen Anteile an andere Poolmitglieder abzutreten.<sup>23</sup> Die Bindung des Erblassers durch den Poolvertrag geht gemäß § 1967 BGB unmittelbar auf den Erben über. Damit der Erbe Poolmitglied werden kann, muss der Poolvertrag allerdings vorsehen, dass die Poolvereinbarung mit dem Erben fortgesetzt werden soll.

Es bleibt weiterhin die Möglichkeit, dass der Geschäftsanteil nach dem Willen des Verstorbenen nicht bei den Erben verbleiben, sondern einer dritten Person als Vermächtnis zukommen soll.<sup>24</sup> Auch in diesem Fall werden zunächst die Erben Gesellschafter und können daher bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Zwangsabtretung verpflichtet werden. Unabhängig davon stellt die Übertragung der Geschäftsanteile vom Erben oder der Erbengemeinschaft auf den Vermächtnisnehmer eine Übertragung unter Lebenden dar, die nach der im Poolvertrag niedergelegten Vinkulierungsbestimmung der Genehmigung durch die Poolmitglieder bedarf. Etwas anderes gilt nur, wenn der Poolvertrag eine anderweitige Regelung trifft.<sup>25</sup> Um jeden Zweifel auszuschließen sollte die Genehmigungsbedürftigkeit der Übertragung auf einen Vermächtnisnehmer im Poolvertrag klargestellt werden.<sup>26</sup>

Anders als der Erbe, der kraft Gesetzes in die Position des Erblassers einrückt, und für den daher nach § 1967 BGB automatisch auch die Übertragbarkeit des vererbten Geschäftsanteils restringierenden Bestimmungen des Poolvertrages gelten, ist der Vermächtnisnehmer nicht automatisch an die Bestimmungen des Poolvertrages gebunden. Dies gilt vielmehr nur dann, wenn der Erblasser das Vermächtnis unter einer entsprechenden Auflage erteilt hat, wozu ihn die Poolvereinbarung im Übrigen verpflichten sollte.<sup>27</sup> Ergibt sich die Vinkulierung und die damit verbundene Sanktion der Zwangsabtretung bzw. Zwangseinziehung aus der Satzung, so ist der Vermächtnisnehmer

aufgrund des korporationsrechtlichen Charakters der Satzung daran gebunden. Dasselbe muss gelten, wenn die Satzung auf den Poolvertrag verweist.<sup>28</sup> Hat der Vermächtnisnehmer Kenntnis von der Existenz der Poolvereinbarung, so ist dies ein starkes Indiz für das Bestehen einer entsprechenden Verpflichtung.<sup>29</sup>

Der Erblasser kann die Vinkulierung daher umgehen, indem er zwar an eine zur Gesellschafternachfolge berechnigte Person vererbt, den Geschäftsanteil jedoch an einen nicht nachfolgeberechtigten Dritten vermacht. Grundsätzlich greifen hier die Bestimmungen des Poolvertrages über die Vinkulierung der Rechtsnachfolge unter Lebenden ein. Diese entfalten gleichwohl keine dingliche Wirkung. Aus diesem Grund sollte der Poolvertrag daher vorsehen, dass eine Zwangsabtretung auch für den Fall möglich ist, dass der Geschäftsanteil zwar an eine nachfolgeberechtigte Person vererbt wird, diese jedoch mit der testamentarischen Verpflichtung belastet ist, den Geschäftsanteil an einen nicht zur Gesellschafternachfolge berechtigten Vermächtnisnehmer zu übertragen.<sup>30</sup> Im Übrigen sollte die Poolvereinbarung eine Verpflichtung der Erben zur frühzeitigen Unterrichtung der Poolmitglieder festlegen, damit ein Ausschlussverfahren rechtzeitig eingeleitet werden kann.

### III. Der Erbschaftsteuerepool

Gemäß § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG gehören Anteile an Kapitalgesellschaften zu dem nach § 13 a ErbStG erbschaftsteuerlich begünstigten Vermögen, wenn die Kapitalgesellschaft zur Zeit der Entstehung der Steuer Sitz oder Geschäftsleitung im Inland oder in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR hat und der Erblasser oder Schenker am Nennkapital dieser Gesellschaft zu mehr als 25 % unmittelbar beteiligt ist. Ob der Erblasser oder Schenker diese Qualifikation erfüllt, ist nach der Summe der dem Erblasser oder Schenker unmittelbar zuzurechnenden Anteile und der Anteile weiterer Gesellschafter zu bestimmen, wenn der Erblasser oder Schenker und die weiteren Gesellschafter untereinander verpflichtet sind, über die Anteile nur einheitlich zu verfügen oder ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen und das Stimmrecht gegenüber nicht gebundenen Gesellschaftern einheitlich auszuüben.

Umstritten ist insbesondere, ob der von § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG verwandte Begriff der Verfügung auch Verfügungen von Todes wegen umfasst. In Literatur und Pra-

22 Weipert in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, 2. Aufl., 2004, § 34 Rn 123

23 Weipert in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, 2. Aufl., 2004, § 34 Rn 124

24 Langner/Heydel, GmbHR 2005, 383; Lenz, GmbHR 2000, 927

25 OLG Düsseldorf v. 23.01.1987 – 7 U 244/83, ZIP 1989, 227, 230; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 15 Rn 15; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2010, § 15 Rn 16, a. A. OLG Düsseldorf v. 28.12.1989 – 6 U 119/89, GmbHR 1990, 504, 507; Hilger in FS Quack, 1991, 264 ff.; Leßmann GmbHR 1986, 417; Petzoldt, GmbHR 1977, 27

26 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., 2010, § 15 Rn 16

27 Weipert in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, 2. Aufl., 2004, § 34 Rn 118 ff.

28 Wälzholz, GmbHR 2009, 1025; Wicke DStR 2006, 1137, 1140

29 Wälzholz, GmbHR 2009, 1025; Wicke DStR 2006, 1137, 1140; für einen Übergang unabhängig von der Kenntnis des Erwerbers allerdings Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994, 176

30 Langner/Heydel GmbHR 2005, 384

xis hat sich zwischenzeitlich die Meinung durchgesetzt, dass die steuerliche Anerkennung einer Poolvereinbarung als Vereinbarung i. S. d. § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG voraussetzt, dass die Poolvereinbarung die Betroffenen auch im Hinblick auf Verfügungen von Todes wegen binden muss.<sup>31</sup> Dafür spricht, dass Minderheitsanteile an Familienkapitalgesellschaften nur deswegen privilegiert sind, weil bei ihnen grundsätzlich dafür gesorgt ist, dass die Gesellschaftsanteile nicht beliebig verändert werden können und daher der bestimmende Einfluss der Familie erhalten bleibt. Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum eine rechtsgeschäftliche Übertragung von Geschäftsanteilen und eine Übertragung von Geschäftsanteilen von Todes wegen an Familienkapitalgesellschaften unterschiedlich behandelt werden sollten.<sup>32</sup>

Dagegen ist allerdings auf § 2302 BGB verwiesen worden. Das Steuerrecht könne nicht zur Voraussetzung erheben, was zivilrechtlich unzulässig sei.<sup>33</sup> Dagegen spricht allerdings, dass eine Vinkulierung der Vererbung nach dem zuvor Gesagten grundsätzlich zulässig ist. Weiterhin ist argumentiert worden, eine Vinkulierung sei im Übrigen überflüssig, da die Erben als Gesamtrechnachfolger ohnehin durch die Poolvereinbarung gebunden würden.<sup>34</sup> Hat der Erblasser die betroffenen Geschäftsanteile nicht seinen Erben sondern einer dritten Person vermacht, so hat dies erst Recht zu gelten. Ein Vermächtnisnehmer wird durch die Bestimmungen des Poolvertrages grundsätzlich nicht gebunden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Erblasser das Vermächtnis mit bestimmten Auflagen verbunden hat. Ob dies der Fall ist, hängt wiederum allein davon ab, ob der Erblasser entsprechende testamentarische Anordnungen getroffen hat.

Festzuhalten bleibt damit, dass eine effektive Kontrolle des Gesellschafterbestandes der GmbH nur möglich ist, wenn auch die Möglichkeiten zur Übertragung von Todes wegen beschränkt werden. Nur auf diese Weise kann der Familiencharakter eines Unternehmens über mehrere Generationen hinweg aufrechterhalten werden. Es ist allgemein anerkannt, dass eine solche Kontrolle in der Weise ausgeübt werden kann, dass der Gesellschaftsvertrag oder ein danebenstehender Poolvertrag die Möglichkeit der Gesellschafterstellung von der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Personenkreis abhängig macht. Verstößt ein Gesellschafter gegen dieses Gebot, so kann der Gesell-

schaftsvertrag diesen Verstoß durch die Möglichkeit der zwangsweisen Abtretung an einen genehmen Gesellschafter sanktionieren. Angesichts der Üblichkeit und Zulässigkeit derartiger Regelungen ist davon auszugehen, dass § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG daran anknüpft.

#### Klauselvorschlag Poolvereinbarung

*1) Jedes Poolmitglied ist verpflichtet, seinen Geschäftsanteil, an der Y-GmbH von Todes wegen lediglich Poolmitgliedern oder Abkömmlingen von Poolmitgliedern zuzuwenden. Abkömmlinge von Poolmitgliedern sind sämtliche leiblichen und adoptierten Kinder sowie deren Kinder. Verstirbt ein Poolmitglied, so wird dieser Vertrag mit dem oder den Erben fortgesetzt. Die Erben sind verpflichtet, den Erbfall unverzüglich beim Vorsitzenden der Poolversammlung schriftlich anzumelden.*

*2) Werden Anteile an der Y-GmbH aufgrund eines Vermächtnisses vom Vermächtnisnehmer beansprucht und ist dieser nach Abs. 1 zur Nachfolge berechtigt, so kann dieser nur unter Voraussetzung Gesellschafter werden, wenn er für den Fall eines zustimmenden Beschlusses der Poolmitglieder über die Aufnahme entsprechend diesem Vertrag den Beitritt zu dieser Vereinbarung erklärt hat. Die Poolmitglieder haben in ihrer letztwilligen Verfügung dafür zu sorgen, dass die Erben die Übertragung ihres Anteils an den Vermächtnisnehmer davon abhängig machen, dass der Vermächtnisnehmer zuvor oder gleichzeitig mit dem Erwerb diesem Konsortialvertrag beitrifft.*

*3) Geht ein Geschäftsanteil an der Y-GmbH von Todes wegen auf Erben über, die nach Abs. 1 nicht zur Nachfolge berechtigt sind, so können diese durch einen spätestens drei Monate nach Kenntnis des Erbfalls durch den Vorsitzenden der Poolversammlung von dieser durch Beschluss dazu verpflichtet werden, ihre Geschäftsanteile an eine von der Poolversammlung zu bestimmende Person abzutreten. Vom Eintritt des Erbfalls bis zur Abtretung des Geschäftsanteils hat das betroffene Poolmitglied kein Stimmrecht in der Poolversammlung.*

*4) Geht ein Geschäftsanteil an der Y-GmbH von Todes wegen auf einen oder mehrere Erben über, die nach Abs. 1 zur Nachfolge berechtigt sind, werden diese jedoch durch ein Vermächtnis, eine Teilungsanordnung eine Auflage oder eine wirtschaftlich vergleichbare Gestaltung dazu verpflichtet, den Geschäftsanteil auf eine nicht zur Nachfolge berechtigte Person zu übertragen, so können diese durch einen spätestens drei Monate nach Kenntnis des Erbfalls durch den Vorsitzenden der Poolversammlung von dieser durch Beschluss dazu verpflichtet werden, ihre Geschäftsanteile an eine von der Poolversammlung zu bestimmende nachfolgeberechtigte Person abzutreten. Vom Eintritt des Erbfalls bis zur Abtretung des Ge-*

31 Felten DStR 2010, 1263, Lorz in Becksches Formularbuch GmbH-Recht, 2010, Form C III, 1, § 5 (1). Werner StBW 2010, 700; Balmes/Felten FR 2009, 1083; Feick/Nordmeier DStR 2009, 894; Gluth ErbStB, 2009, 89, 91; Langenfeld 2009, 598; Scholten Korrekzij, DStR 2009, 76; Weber/Schwind ZEV 2009, 18;

32 Werner StBW 2010, 700; Balmes/Felten FR 2009, 1083; Weber/Schwind ZEV 2009, 18

33 Leitzen, ZEV 2010, 401; v. Oertzen in FS Schaumburg, 2009, 1050; Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, 39. Aufl., 2010, § 13 b Rn 209

34 Leitzen, ZEV 2010, 402

schäftsanteils hat das betroffene Poolmitglied kein Stimmrecht in der Poolversammlung.

5) Geht ein Geschäftsanteils an der Y-GmbH von Todes wegen sowohl auf einen oder mehrere Erben über, die zur Nachfolge berechtigte sind, als auch auf einen oder mehrere Erben, die nicht zur Nachfolge berechtigt sind (gemischte Erbengemeinschaft), so können diese durch einen spätestens drei Monate nach Kenntnis des Erbfalls durch den Vorsitzenden der Poolversammlung von dieser durch Beschluss dazu verpflichtet werden, ihre Geschäftsanteile an eine von der Poolversammlung zu bestimmende nachfolgeberechtigte Person abzutreten. Vom Eintritt des Erbfalls bis zur Abtretung des Geschäftsanteils hat das betroffene Poolmitglied kein Stimmrecht in der Poolversammlung. Die Erbengemeinschaft kann die Abtretung verhindern, in dem sie den Geschäftsanteil auf nachfolgeberechtigte Personen überträgt.

#### VII. Fazit

Die Möglichkeit GmbH-Geschäftsanteile im Wege der Rechtsnachfolge von Todes wegen zu übertragen, kann vertraglich eingeschränkt werden. Entsprechende Bestimmungen können sowohl in der Satzung der GmbH selbst, als auch in einer neben dem Gesellschaftsverhältnis stehenden Poolvereinbarung getroffen werden. Die Vererblichkeit als solche kann dadurch zwar nicht beschränkt werden. Im Ergebnis kann jedoch eine vergleichbare Situation hergestellt werden, indem nicht zur Gesellschafternachfolge zugelassene Erben zur zwangsweisen Abtretung ihrer Geschäftsanteile verpflichtet werden. Weder § 15 Abs. 1 GmbHG noch § 2302 BGB stehen der Wirksamkeit einer solchen Regelung entgegen. Angesichts der Üblichkeit und Zulässigkeit derartiger Regelungen ist davon auszugehen, dass das § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG daran anknüpft und ihr Vorhandensein Voraussetzung für die steuerlichen Privilegien nach § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG ist. ■

# Kostenpraxis

## Gebühren im Erbscheinbeschwerdeverfahren

von Norbert Schneider, Rechtsanwalt, Neunkirchen-Seelscheid



### VV RVG Nrn. 3500, 3200; Vorbem. 3.2.1

**Im Erbscheinerteilungsverfahren erhält der Rechtsanwalt, der einen Beteiligten im Verfahren der Beschwerde vertritt, nur eine 0,5-Verfahrensgebühr nach Nr. 3500 VV RVG.**

*OLG München, Beschl. v. 30.6.2010 – 34 Wx 78/10*

### Sachverhalt

Das AG hatte dem Beteiligten zu 1) einen Erbschein erteilt. Die hiergegen vom Beteiligten zu 2) erhobene Beschwerde hatte das OLG zurückgewiesen und dem Beteiligten zu 2) die Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt. Der Beteiligte zu 1) hatte daraufhin die Festsetzung einer 1,6-Verfahrensgebühr gemäß Nr. 3200 VV RVG nebst Auslagen und Umsatzsteuer beantragt. Die Rechtspflegerin hat lediglich eine 0,5-Gebühr nach Nr. 3500 VV RVG festgesetzt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg.

### Aus den Gründen

Das AG ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Verfahrensgebühr nach Nr. 3500 VV RVG zu berechnen ist. Nr. 3200 VV RVG ist neben den Berufungsverfahren nach der Vorbem. 3.2.1 VV RVG nur auf die dort enumerativ aufgezählten (»bestimmten«) Beschwerden und Verfahren anzuwenden. Da der Gesetzgeber alle in Vorbem. 3.2.1 VV RVG nicht ausdrücklich genannten Beschwerden nach Nr. 3500 VV RVG behandelt wissen will, ist die Aufzählung auch abschließend. Hätte der Gesetzgeber nur eine beispielhafte Aufzählung gewollt, so hätte er dies zum Ausdruck gebracht, etwa durch Einfügung des Wortes »insbesondere«. Der Gesetzesbegründung (Drucks. 15/1971, S. 213) kann zwar ein genereller Wille entnommen werden, mit dem Berufungsverfahren vergleichbare Beschwerdeverfahren auch kostenrechtlich gleich zu behandeln; im für den Richter verbindlichen Gesetz selbst findet dies hingegen nur für bestimmte und in sich abgegrenzte Angelegenheiten seinen Niederschlag.

Eine analoge Anwendung von Nr. 3200 VV RVG im Erbscheinverfahren scheidet bereits am Fehlen einer Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat die Gebühren ausdrück-

lich auch für die Vertretung in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelt. Er hat in Vorbem. 3.2.1 VV RVG diejenigen Beschwerdeverfahren aufgezählt, die wie Berufungen vergütet werden sollen. Es spricht nichts für die Annahme, dass der Gesetzgeber vergessen hat, das Erbscheinverfahren hierbei zu erwähnen. Es kann dem Gesetzgeber auch nicht unterstellt werden, dass er bei der kostenrechtlichen Neuordnung durch das FGG-ReformG das Erbscheinverfahren übersehen hat, zumal die Vorbem. 3.2.1 VV RVG durch das FGG-RG geändert worden ist. Dass er die Nachlasssachen dort nicht mit aufgenommen hat, zeigt, dass es der Gesetzgeber in Kenntnis des Problems nicht für notwendig hält, Nachlasssachen höher zu bewerten. Die insoweit getroffene Entscheidung des Gesetzgebers mag zwar verkannt haben, dass sich in Erbscheinverfahren durchaus schwierige Tatsachen- und Rechtsfragen ergeben können, die hohe Anforderungen an Rechtsanwälte stellen. Dies kann jedoch in nahezu jeder Verfahrensart der Fall sein und stellt die generelle Bewertung des Gesetzgebers, für Erbscheinverfahren keine Sonderregelung zu treffen, nicht in Frage.

### Anmerkung

Die Entscheidung ist zutreffend und entspricht der bisherigen Rechtsprechung.<sup>1</sup> Dem Gesetzgeber war die Diskussion über die Vergütung in Erbscheinbeschwerdeverfahren und die dazu ergangene Rechtsprechung bekannt. Er hat sich bewusst den an ihn herangetragenen Forderungen nach einer Änderung der Vorbem. 3.2.1 VV RVG widersetzt und die Erbscheinverfahren nicht in Vorbem. 3.2.1 VV RVG aufgenommen. Es bleibt daher dabei, dass im Erbscheinbeschwerdeverfahren, für das jetzt das OLG zuständig ist (§ 119 Nr. 1 Buchst. b) GVG), die Verfahrensgebühr der Nr. 3500 VV RVG entsteht. Im Rechtsbeschwerdeverfahren nach §§ 70 ff. FamFG gilt Nr. 3502 VV RVG.

<sup>1</sup> OLG München AGS 2006, 475 m. Anm. N. Schneider = RVGreport 2006, 307 = ZEV 2006, 366 = OLGR 2006, 363 = JurBüro 2006, 312 = Rpfleger 2006, 441 = MDR 2006, 1016 = NJW-RR 2006, 1727 = ZEV 2006, 366; LG Augsburg AGS 2006, 475; OLG Schleswig AGS 2006, 478 = ZEV 2006, 366 m. Anm. Ruby; LG Heidelberg AGS 2007, 399 = ErbR 2007, 161 = ZFE 2007, 320; LG Bamberg AGS 2006, 595; a. A. OLG Köln AGS 2008, 543 = DNotZ 2009, 396 = RVGreport 2008, 426 = NJW-Spezial 2008, 765.

# Rechtsprechung

§ 10 Abs. 2, Abs. 3 FamFG; Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG

## Ausschluss von Erbenermittlern von der Vertretung in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verfassungsgemäß

**Es ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, dass gewerbliche Erbenermittler von der Vertretung in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und damit auch in Erbscheinsverfahren in der Regel ausgeschlossen sind. Der damit verbundene Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung ist durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt, da einerseits durch die Vertreterbeschränkung die sachgerechte Vertretung der Beteiligten und andererseits die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens sichergestellt werden soll. Der Gesetzgeber durfte den Anwaltsvorbehalt zum Schutz des Rechtssuchenden sowie im Interesse einer geordneten Rechtspflege auch für Verfahren in Angelegenheiten des Erbscheinsverfahrens für geeignet, erforderlich und angemessen halten.**

**BVerfG**, Beschluss vom 23.08.2010 – 1 BvR 1632/10; Vorinstanz: AG Berlin-Charlottenburg – 62 VI 370/09

### Tatbestand

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Befugnis gewerblicher Erbenermittler, Beteiligte in einem Erbscheinsverfahren zu vertreten.

1. Der Beschwerdeführer ist als Erbenermittler tätig und befasst sich hierbei mit der Suche von Erben sowie dem Nachweis von deren Erbberechtigung.

Dem Ausgangsverfahren liegt zugrunde, dass ein gerichtlich bestellter Nachlasspfleger den Beschwerdeführer und einen weiteren Erbenermittler mit der Ermittlung der Erben eines im Jahr 2000 verstorbenen britischen Staatsangehörigen beauftragte. Die ermittelte Erbengemeinschaft besteht einschließlich einiger nachverstorbener Erben aus 16 Personen, die sich untereinander teilweise nicht kennen, sich zumindest teilweise dauerhaft im Ausland aufhalten und über keine Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen.

Im nachfolgenden Erbscheinsverfahren vor dem Amtsgericht vertrat der Beschwerdeführer einen in Großbritannien lebenden Antragsteller. Mit Beschluss vom 14. Mai 2010 wies das Amtsgericht den Beschwerdeführer als Bevollmächtigten zurück, weil er nach Maßgabe des § 10 Abs. 2 des Gesetzes über das Verfahren in Familien-

sachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) nicht vertretungsbefugt sei.

2. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG.

Seine Berufsausübungsfreiheit sei durch § 10 Abs. 2 und 3 FamFG verletzt, weil ihm die Vertretung von Verfahrensbeteiligten im Erbscheinsverfahren verwehrt werde, obwohl er entsprechend qualifiziert sei. Zudem verfügten vertretungsberechtigte Rechtsanwälte insbesondere im Kontext internationaler Erbrechtsfälle aufgrund unzureichender Kenntnis der Sprache und des Rechts anderer Länder nicht über die gleiche Befähigung wie der Beschwerdeführer. Im Gegensatz zum generellen Ausschluss von Erbenermittlern stelle die Ausschlussregelung des § 10 Abs. 3 Satz 2 FamFG zudem ein gleich geeignetes, aber milderer Mittel dar, um eine qualitativ adäquate Vertretung sicherzustellen. § 10 Abs. 2 und 3 FamFG dienten daher letztlich dem verfassungsrechtlich unbeachtlichen Ziel, die Anwaltschaft vor Konkurrenz zu schützen.

§ 10 Abs. 2 und 3 FamFG verletzten auch den Anspruch des Beschwerdeführers auf Gleichbehandlung, weil gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FamFG auch volljährige Familienangehörige sowie Beschäftigte einer Partei vertretungsberechtigt seien, obwohl diese nicht über eine ähnliche Sachkompetenz verfügten wie ein spezialisierter Erbenermittler. Weiterhin seien durch die Vorschrift die Grundrechte der Erben aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG verletzt, da deren Vertrags- und Vertretungsfreiheit durch die Regelung unzulässig beschränkt würden.

### Aus den Gründen

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung. Ihre Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der von dem Beschwerdeführer als verletzt gerügten Rechte angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde ist jedenfalls unbegründet.

1. Es kann dahinstehen, ob die Verfassungsbeschwerde hinreichend substantiiert begründet ist (§ 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG). Der Beschwerdeführer stützt seine Verfassungsbeschwerde im Kern lediglich darauf, dass er von der Vertretung im Erbscheinsverfahren ausgeschlossen werde, obwohl er kompetenter sei als Rechtsanwälte und andere zur Vertretung Befugte. Insoweit bleibt es aber bei einer pauschalen Behauptung. Er legt nicht einmal ansatzweise dar, über welche Art von Qualifikation er verfügt. Erst recht ist seinem Vorbringen nicht zu entnehmen, weshalb Erbenermittler generell als ausreichend befähigt für eine Vertretung im Erbscheinsverfahren anzusehen sein sollen.

2. Jedenfalls ist die Verfassungsbeschwerde unbegründet. Der Beschwerdeführer wird durch die angegriffene Entscheidung nicht in seinen Grundrechten verletzt.

a) Die angegriffene Entscheidung verletzt den Beschwerdeführer nicht in seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit. Das Amtsgericht hat in der angegriffenen Entscheidung die zwingenden gesetzlichen Vorgaben aus § 10 Abs. 2 und 3 FamFG umgesetzt. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass diese Regelungen gewerbliche Erbenermittler von der Vertretung in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und damit auch im Erbscheinsverfahren ausschließen, soweit sie nicht eine der dort genannten Voraussetzungen erfüllen. Der damit verbundene Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung ist durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt.

Die Vertretungsbeschränkung in § 10 Abs. 2 und 3 FamFG dient einerseits der Sicherstellung einer sachgerechten Vertretung der Beteiligten, andererseits der Ordnung des gerichtlichen Verfahrens (vgl. BTDrucks 16/3655, S. 34 <zu § 79 ZPO >). Im Übrigen ging es dem Gesetzgeber um einen Gleichlauf der verschiedenen Verfahrensordnungen und eine größere Klarheit und Rechtssicherheit gegenüber dem vorherigen Rechtszustand (vgl. BTDrucks 16/3655, S. 33). Damit verfolgte er Gemeinwohlziele, die auf vernünftigen Erwägungen beruhen und daher die Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit grundsätzlich zu legitimieren vermögen (zum Maßstab vgl. BVerfGE 95, 193 <124> m.w.N.).

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt entschieden, dass der Gesetzgeber den Anwaltsvorbehalt zum Schutz des Rechtsuchenden sowie im Interesse einer geordneten Rechtspflege für geeignet, erforderlich und angemessen halten durfte (vgl. BVerfGE 10, 185 <197 ff.>; 75, 246 <264 ff.>; 97, 12 <26 f.>). Dies gilt auch für das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich des Erbscheinsverfahrens. Der Gesetzgeber hatte bei der Neuregelung des Rechtsdienstleis-

tungsrechts auch den Beruf des Erbenermittlers im Blick. So sollte die Formulierung des § 5 des Gesetzes über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG) auch Erbenermittlern die Erbringung von Rechtsdienstleistungen in erheblichem Umfang ermöglichen (vgl. BTDrucks 16/3655, S. 118; vgl. dazu Grunewald, ZEV 2008, S. 257 <258>). Andererseits ist der Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes gerade deshalb auf die außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen beschränkt worden, damit die Frage nach der Vertretung in einem gerichtlichen Verfahren unabhängig davon vor allem nach dem Kriterium der Befähigung zum sach- und interessengerechten Prozessvortrag entschieden werden kann (vgl. BTDrucks 16/3655, S. 33).

Insoweit sind die mittelbar angegriffenen Regelungen in § 10 Abs. 2 und 3 FamFG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Auch im Erbscheinsverfahren können sich komplexe Rechtsfragen stellen, und der Ausgang des Verfahrens kann für den Antragsteller und den Rechtsverkehr wegen der Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins (§ 2365 BGB) erhebliche Bedeutung erlangen. Gegen die Geeignetheit des Anwaltsvorbehalts kann der Beschwerdeführer nicht mit Erfolg einwenden, Erbenermittler seien besser qualifiziert als Rechtsanwälte. Diese pauschale, in keiner Weise konkretisierte Behauptung vermag die gegenläufige Einschätzung des Gesetzgebers in Frage zu stellen, zumal keineswegs sichergestellt ist, dass ein Erbenermittler über eine auch nur in Ansätzen genügende juristische Ausbildung verfügt (vgl. beispielsweise VG Münster, Urteil vom 9. Juni 2010 – 9 K 2508/09 –, juris). Die Tätigkeit von Erbenermittlern wird, wie bereits die Berufsbezeichnung deutlich macht, in der Regel vor allem von Recherchetätigkeiten im Bereich der Familienforschung bestimmt (vgl. Späth, Die gewerbliche Erbensuche im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr, 2008, S. 87 f.). Darüber hinaus sind Erbenermittler, anders als Rechtsanwälte, nicht standesrechtlich gebunden und stehen nicht unter einer vergleichbaren Aufsicht (vgl. dazu BVerfGE 75, 246 <269 ff.>).

Die Angemessenheit der Regelung wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Gesetzgeber ein Auftreten des Beteiligten selbst sowie eine Vertretung unter anderem durch Beschäftigte und Familienangehörige zugelassen hat. Zwar ist es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, wenn der Gesetzgeber im Rahmen seines Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums die von ihm verfolgten Zwecke selbst relativiert (vgl. BVerfGE 121, 317 <360>). Für den hier zu beurteilenden Bereich hat der Gesetzgeber die entgeltliche Vertretung aber konsequent den Rechtsanwälten vorbehalten. Wenn er daneben den Beteiligten erlaubt, selbst tätig zu werden, ist dies von der verfassungsrecht-

## Rechtsprechung

lich unbedenklichen (vgl. BVerfGE 10, 185 <199>) Erwägung getragen, ihnen eine einfache und kostengünstige Erledigung des Verfahrens zu ermöglichen (vgl. BTDrucks 16/3655, S. 34 <zu § 79 ZPO >). Darüber hinaus ist die Vertretung nur durch Personen möglich, die unabhängig von der konkreten Vertretungssituation grundsätzlich der Sphäre des Vertretenen zuzuordnen sind (Beschäftigte, Familienangehörige) und/oder die Vertretung unentgeltlich wahrnehmen (Familienangehörige, Volljuristen, andere Beteiligte). Wenn ein Verfahrensbeteiligter dagegen eine externe, professionelle Rechtsvertretung entgeltlich in Anspruch zu nehmen

wünscht, soll diese Dienstleistung ausschließlich durch Rechtsanwältinnen erbracht werden. Insoweit hat der Gesetzgeber sein Regelungskonzept konsequent verfolgt.

b) Aus den genannten Gründen, die die in § 10 Abs. 2 FamFG angelegte Differenzierung rechtfertigen, liegt auch keine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG vor.

Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

§§ 38, 58, 352 FamFG

### Keine Rechtswirkung eines die Erteilung eines Erbscheins ankündigenden »Vorbescheides« nach FamFG

**Beantragt ein Testamentsvollstrecker einen Erbschein und erlässt das Nachlassgericht daraufhin einen »Vorbescheid«, in dem es die Erteilung eines entsprechenden Erbscheins ankündigt, so gibt es hiergegen kein Rechtsmittel. Die Ankündigung einer noch zu treffenden Entscheidung in Form eines »Vorbescheids« ist nach neuem Verfahrensrecht nicht mehr zulässig und entfaltet daher keine Rechtswirkung.**

**OLG Köln**, Beschluss vom 12.07.2010 – 2 Wx 99/10; Vorinstanz: AG Königswinter – 13 VI 106/08

#### Tatbestand

Die Erblasserin hinterließ mehrere letztwillige Verfügungen. U.a. errichtete sie am 4. Juli 2007 ein handschriftliches Testament, in dem es u.a. heißt (Bl. 7. d.BA. 13 IV 108/08):

*»Ich widerrufe das Testament v. 15.03.05 u. setze als Erben ein*

*V.N. zu 10 %*

*u. die Kinder Krebshilfe L. zu 90 %*

*...«*

Mit Antrag vom 26. Juni 2008 hatte die Beteiligte zu 2) die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins auf der Grundlage des Testaments vom 15. März 2005 beantragt. Nachdem sie diesen Antrag am 3. Februar 2009 zurückgenommen hatte, beantragte sie mit Antrag vom 28. Mai 2009 erneut die Erteilung eines entsprechenden Erbscheins. Diesen Antrag wies das Nachlassgericht mit Beschluss vom 30. September 2009 zurück. Mit notarieller Urkunde vom 11. November 2009 (Urkundenrollen-

Nr. 605/2009 des Notars Meyer in C.P., Bl. 86 ff. d.GA.) hat nunmehr der Testamentsvollstrecker beantragt, entsprechend dem Testament vom 4. Juli 2007 einen gemeinschaftlichen die Beteiligten zu 1) und 3) als Erben ausweisenden Erbschein zu erteilen. Unter dem 22. Mai 2010 (Bl. 138 ff. d.GA.) hat das Nachlassgericht einen »Vorbescheid« erlassen, in dem es die Erteilung eines entsprechenden Erbscheins ankündigte, »wenn nicht binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses – Eingang bei Gericht – gegen diesen »Vorbescheid« Beschwerde beim Nachlassgericht eingegangen ist.«

Hierauf hat die Beteiligte zu 4) mit Schreiben vom 7. Juni 2010 Beschwerde eingelegt. Dieser hat das Amtsgericht nicht abgeholfen und die Sache »dem Landgericht Bonn als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.« Dieses hat die Akten unter Hinweis auf Art. 111 Abs. 1 FGG-RG an das Oberlandesgericht zur Entscheidung übersandt.

#### Aus den Gründen

Die von der Beteiligten zu 4) gegen den »Vorbescheid« des Nachlassgerichts vom 22. Mai erhobene Beschwerde vom 7. Juni 2010 ist unzulässig.

a) Für die Entscheidung über das Rechtsmittel ist das Oberlandesgericht zuständig (§ 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG n.F.). Auf das vorliegende Verfahren finden § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG n.F. sowie die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) Anwendung (Art. 112 Abs. 1 FGG -RG). Im Streitfall ist daher nicht der Zeitpunkt des Todesfalles, der Eröffnung der letztwilligen Verfügung oder des erstmals nach dem Tode der Erblasserin gestellten Antrages auf Erteilung eines

Erbscheins für das anzuwendende Recht maßgeblich, da jeder mit einer Endentscheidung abzuschließende Antrag – hier auf Erteilung eines Erbscheins – ein selbstständiges Verfahren im Sinne des Art. 111 Abs. 1, Abs. 2 FGG -RG darstellt (nahezu einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur, vgl. beispielhaft: Senat, Beschluss vom 9. Juni 2010, 2 Wx 80/10; Senat, FGPrax 2009, 240; Senat, FGPrax 2009, 286; Senat, FGPrax 2009, 287; BGH, FGPrax 2010, 102; OLG Düsseldorf, FGPrax 2009, 284 mit Anmerkung Sternal; OLG Hamm, FGPrax 2009, 285; OLG Köln [16. Senat], FGPrax 2009, 241 mit Anmerkung Sternal; OLG Schleswig, FGPrax 2009, 289; OLG Stuttgart, FGPrax 2009, 292; Bahrenfuss, FamFG, 2009, Einl. Rn 69; Keidel/Engelhardt, FamFG, 16. Auflage 2009, Art. 111 FGG -RG Rn. 2; Sternal FGPrax 2009, 242). Der von dem Beteiligten zu 5) gestellte Antrag auf Erteilung eines Erbscheins vom 11. November 2009 ist hier am 18. November 2009 und damit nach dem maßgeblichen Stichtag bei dem Nachlassgericht eingegangen. Damit finden auf das vorliegende Verfahren, was indes das Nachlassgericht anscheinend weder gesehen noch geprüft hat, das seit dem 1. September 2009 geltende Verfahrensrecht und damit die Vorschriften des FamFG Anwendung.

b) Die von der Beteiligten zu 4) erhobene Beschwerde ist unzulässig. Gegen die im Wege des »Vorbescheides« erfolgte Ankündigung einer vom Amtsgericht noch zu treffenden Entscheidung sieht das FamFG kein Rechtsmittel vor.

Mit der Anwendbarkeit des neuen Verfahrensrechts sind nach § 58 Abs. 1 1. Halbs. FamFG nur solche Entscheidungen des Amtsgerichts (Nachlassgericht) oder Landgerichts selbstständig anfechtbar, die das erstinstanzliche Hauptsacheverfahren ganz oder teilweise erledigen (vgl. § 38 Abs. 1 S. 1. FamFG). Das sind schriftliche Entscheidung mit Außenwirkung, die ein auf Antrag (§ 23 FamFG) oder von Amts wegen (§ 24 FamFG) eingeleitetes Verfahren insgesamt erledigen oder seine Anhängigkeit hinsichtlich eines einer selbstständigen Erledigung zugänglichen Teils des Verfahrensgegenstandes beenden. Im Übrigen sind die in einem laufenden Verfahren ergehenden Zwischenentscheidungen nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung selbstständig anfechtbar (§ 58 Abs. 1 2. Halbs. FamFG). Sonstige im Rahmen des Verfahrens ergehenden Hinweise, Verfügungen, Ankündigungen, Entscheidungen oder sonstige gerichtliche Äußerungen können lediglich mit der gegen die Entscheidung gerichteten Beschwerde angegriffen und auf diese Weise einer Inzidentprüfung unterstellt werden (§ 58 Abs. 2 FamFG; vgl. auch Keidel/Meyer-Holz, aaO, § 58 Rn. 24).

Diese Grundsätze gelten auch für das Erbscheinsverfahren. Insoweit sind Endentscheidungen des Nachlass-

gerichts mit der befristeten Beschwerde nach § 58 FamFG anfechtbar. Zwischenentscheidungen unterliegen nur dann einer Anfechtung, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht. So ist eine zur Behebung von Mängeln des Erbscheinsantrages ergangene Zwischenverfügung nicht selbstständig anfechtbar, weil es im Gegensatz zu Registersachen an einer Ausnahmeregelung im Sinne des § 58 Abs. 1 2. Halbs. FamFG fehlt. Für die Ankündigung einer noch zu treffenden Entscheidung sieht das Gesetz auch im Nachlassverfahren kein Rechtsmittel vor. Vielmehr hat das FamFG den für das Verfahren nach dem FGG anerkannten Vorbescheid gerade nicht übernommen; es hat sich in § 352 FamFG für eine andere Lösung entschieden. Die Entscheidung, dass die zur Erteilung eines Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet werden, hat durch das Verfahren abschließenden Beschluss zu ergehen, wobei es nur noch darauf ankommt, ob ein Erbscheinsantrag dem erklärten Willen eines anderen Beteiligten widerspricht, mag der Fall auch völlig eindeutig sein.

c) Das Amtsgericht wird nunmehr unter Beachtung der nachfolgenden Ausführungen über die gestellten Anträge auf Erteilung eines Erbscheins zu entscheiden haben. Hinsichtlich des zu beachtenden Verfahrens sowie der Form der zu treffenden Entscheidung bei unstreitiger Sache bzw. bei streitiger Sache verweist der Senat auf die Ausführungen bei Keidel/Zimmermann, aaO, § 352 Rn. 1 ff., dort insbesondere für eine streitige Sache auf Rn. 116 ff. (zum neuen Verfahrensrecht in Nachlasssachen siehe auch Fröhler, BWNotZ 2008, 183; Heineemann, ZFE 2009, 8; Kroiß, ZErB 2008, 300; Zimmermann, ZEV 2009, 53). Der von dem Amtsgericht zu treffende Beschluss muss die Form der §§ 38, 39 FamFG wahren. Hierbei sind ein volles Rubrum, Entscheidungsgründe, die sich mit dem Sach- und Streitstand unter Berücksichtigung der maßgeblichen Gesichtspunkte befassen, sowie eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Rechtsbehelfsbelehrung erforderlich. Zudem bedarf es einer zumindest kurzen Sachverhaltsdarstellung (vgl. Keidel/Meyer-Holz, aaO, § 38 Rn. 54 ff. d.GA.). Schließlich ist nach § 38 Abs. 3 S. 3 FamFG der Beschluss durch Übergabe an die Geschäftsstelle oder im Wege der Bekanntgabe durch Verlesen der Beschlussformel zu erlassen. Erst mit dem Erlass wird der Beschluss existent und es wird nach außen erkennbar, dass die Entscheidungsfindung abgeschlossen und das Entwurfsstadium überschritten sind (vgl. Keidel/Meyer-Holz, aaO, § 38 Rn. 88). Das Datum der Übergabe oder des Verlesens ist auf dem Beschluss zu vermerken. Weiterhin ist der Beschluss bekanntzugeben (§ 41 Abs. 1 S. 1 FamFG) sowie demjenigen, dessen erklärten Willen er nicht entspricht, zuzustellen (§ 41 Abs. 1 S. 2 FamFG; zu den weiteren Einzelheiten



## Rechtsprechung

der Entscheidungen über den Erbscheinsantrag siehe auch die Fortbildungsunterlagen der Justizakademie NRW auf der Internetseite der Justiz NRW sowie die Nachlassformulare Nls 108, 108a sowie 108b). Im Falle eines Rechtsmittels hat die Entscheidung über die Abhilfe im Wege des Beschlusses zu erfolgen, der ebenfalls die Form des § 38 FamFG wahren muss (zum Abhilfungsverfahren und den weiteren Einzelheiten der Beschlussfassung siehe auch Keidel/Sternal, aaO, § 68 Rn. 5 ff.).

§§ 133, 2084, 2258 Abs. 1 BGB

### Neben einer Alleinerbeneinsetzung ist auch eine weitere Zuwendung in Form eines Vermächtnisses möglich

**Ein privatschriftliches Testament, das neben der Anordnung eines Vermächtnisses den Satz enthält, »Eine Erbeinsetzung möchte ich heute nicht treffen«, kann dahin ausgelegt werden, dass sich der Testierwille des Erblassers auf die in der letztwilligen Verfügung getroffene Vermächtnisanordnung beschränkt und nicht auch den Widerruf einer früheren Erbeinsetzung umfasst. Neben einer Alleinerbeneinsetzung ist auch eine weitere Zuwendung in Form eines Vermächtnisses grundsätzlich möglich, wobei die weitere Zuwendung dann ein Vorausvermächtnis darstellt. Denn wenngleich niemand Gläubiger und Schuldner in eigener Sache sein kann, bietet die zusätzliche Anordnung eines Vermächtnisses besondere Vorteile.**

**OLG München**, Beschluss vom 05.08.2010 – 31 Wx 1/10; Vorinstanzen: LG Augsburg – 5 T 2789/09; AG Augsburg – VI 2837/08

#### Tatbestand

Der Erblasser ist am 11.09.2008 im Alter von 78 Jahren verstorben. Er war in einziger Ehe verheiratet mit L.F. Die Ehe wurde rechtskräftig geschieden. Aus ihr ist der Beteiligte zu 2 hervorgegangen. Seit 1967 lebte der Erblasser in Lebensgemeinschaft mit der Beteiligten zu 1. Aus dieser Verbindung sind keine Kinder hervorgegangen.

Am 15.07.1975 verfasste der Erblasser folgendes Testament:

»(Ort), den 15.07.1975

*Testament*

*Im Falle meines Todes setze ich (Erblasser) Frau E. (= Beteiligte zu 1) zur Alleinerbin all dessen ein, was ich besitze und sich im Haus (Ort) befindet. Ferner gehört ihr im Falle meines Todes mein ganzes Bargeld und mein Sparver-*

*d) Da nach dem hier anzuwendenden neuen Verfahrensrecht für das Nachlassverfahren die Ankündigung einer noch zu treffenden Entscheidung in Form eines »Vorbescheides« nicht mehr zulässig ist (vgl. Keidel/Zimmermann, aaO, § 352 Rn. 111) und damit auch keine Wirkung entfaltet, erscheint es angezeigt, zur Klarstellung den »Vorbescheid« des Amtsgerichts aufzuheben. [...]*

*mögen. Dies ist deshalb mein letzter Wille, weil Frau E. (= Beteiligte zu 1) die einzige Frau ist die mir jemals Gutes getan hat. Für meine geschiedene Frau L.F. (Ort) bzw. meinen Sohn P.F. (= Beteiligter zu 2) habe ich eine Lebensversicherung abgeschlossen, ferner einen Bausparvertrag. Die Policen befinden sich im Haus (Ort).*

*Dies ist das einzige von mir bei vollem Bewusstsein verfasste Testament.*

*(Ort), 15.07.1975 (Unterschrift).«*

Am 14.10.1984 verfasste der Erblasser ein weiteres Testament:

»(Ort), den 14.10.1984

*Testament*

1.

*Ich (Erblasser) setze hiermit Frau E. (= Beteiligte zu 1) zu meinem Alleinerben ein.*

2.

*Zum Ersatzerben bestimme ich den Neffen von Frau E. (= Beteiligte zu 1), Herrn A.N. (Ort).*

*(Unterschrift).«*

Die Beteiligte zu 1 hat am 16.03.1979 ebenfalls ein eigenhändiges Testament errichtet, in dem sie den Erblasser zu ihrem Alleinerben im Falle ihres Todes eingesetzt hatte. Der Erblasser und die Beteiligte zu 1 erwarben 1984 jeweils einen Hälfteanteil an einer Eigentumswohnung in der O.-Straße in A.; den Anteil des Erblassers an der Wohnung kaufte die Beteiligte zu 1 im Dezember 2005. Des Weiteren kauften der Erblasser und die Beteiligte zu 1 im Jahre 1995 eine Eigentumswohnung in E. Der Protokollierungstermin fand bei Notar E. in A. am 28.08.1995 statt.

Am 11.09.1995 errichtete der Erblasser zwei Testamente:

»*Testament*

*Eine Erbeinsetzung möchte ich heute nicht treffen. Vermächtnisweise erhält F.E. (= Beteiligte zu 1), meine Lebensgefährtin, meinen Anteil an der Eigentumswohnung mit Tiefgaragenstellplatz in E. (Ort)*

*(Ort) 11.09.1995 (Unterschrift)«*

»*Testament*

*Eine Erbeinsetzung möchte ich heute nicht treffen. Vermächtnisweise erhält F.E. (= Beteiligte zu 1), meine Lebensgefährtin, meinen Anteil an der Eigentumswohnung in A. (Ort).*

*(Ort) 11.09.1995 (Unterschrift)«*

[?] Nach Anhörung des Beteiligten zu 2 und der Einholung einer schriftlichen Aussage des Notars E. wies das Nachlassgericht mit Beschluss vom 01.04.2009 den Antrag der Beteiligten zu 1 zurück. Gegen den Beschluss legte die Beteiligte zu 1 Beschwerde ein. Das Nachlassgericht hörte nochmals die Beteiligte zu 1 an und half schließlich mit Beschluss vom 20.07.2009 der Beschwerde nicht ab. Mit Beschluss vom 22.12.2009 hob das Landgericht nach erneuter Anhörung der Beteiligten zu 1 den Beschluss des Nachlassgerichts auf und wies dieses an, der Beteiligten zu 1 einen Erbschein zu erteilen, in welchem sie als Alleinerbin nach dem Erblasser ausgewiesen ist. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2.

#### Aus den Gründen

Die weitere Beschwerde ist zulässig aber unbegründet. [...]

Die Entscheidung des Landgerichts hält der im Verfahren der weiteren Beschwerde allein möglichen rechtlichen Prüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) stand. Zu Recht ist das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Erbfolge nach dem Erblasser aufgrund dessen Testaments vom 14.10.1984 bestimmt.

Die Testamentsauslegung ist Sache des Tatrichters. Die Überprüfung im Wege der weiteren Beschwerde ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen oder wesentliche Umstände übersehen wurden (vgl. BGHZ 121, 357/363; BayObLG FamRZ 2002, 269/270; Keidel/Meyer-Holz FGG 15. Aufl. § 27 Rn. 42; MünchKomm BGB/Leipold

5. Aufl. § 2084 Rn. 157 ff.). Dabei muss die Auslegung des Tatrichters nicht zwingend sein. Es genügt, wenn sie nur möglich ist (BGH FamRZ 1972, 561/562; BayObLG FamRZ 2005, 1933/1934).

Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Auslegung des Landgerichts nicht zu beanstanden. Dessen Auslegung, dass die vom Erblasser am 11.09.1995 verfassten Testamente nicht in Widerspruch zu dem Testament vom 14.10.1984 stehen und daher letzteres nicht gemäß § 2258 Abs. 1 BGB aufgehoben wurde, weist keinen Rechtsfehler auf.

a) Ein Widerspruch im Sinne des § 2258 Abs. 1 BGB liegt zum einen dann vor, wenn mehrere letztwillige Verfügungen sachlich nicht vereinbar sind, die getroffenen Anordnungen also nicht nebeneinander Geltung erlangen können, sondern sich gegenseitig ausschließen (BGH NJW 1985, 969). Aber auch bei inhaltlicher Vereinbarkeit mehrerer letztwilliger Verfügungen kann ein Widerspruch dann bestehen, wenn nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen des Erblassers die spätere Verfügung allein und ausschließlich gelten soll, weil der Erblasser mit dem späteren Testament die Erbfolge abschließend und umfassend regeln wollte, sei es insgesamt oder auch nur für einen bestimmten Teilbereich (BGH NJW 1981, 2746; 1985, 969; BayObLG NJW-RR 2002, 1160). Dabei ist es unmaßgeblich, ob der Erblasser bei seiner (späteren) Testierung noch an seine frühere Verfügung überhaupt noch gedacht hat (Bay-Ob LG FamRZ 1989, 441).

b) Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht eine sachliche Unvereinbarkeit des Inhalts der Testamente vom 11.09.1995 mit dem des Testaments vom 14.10.1984 verneint. Denn es ist anerkannt, dass auch neben einer Alleinerbeneinsetzung eine weitere Zuwendung in Form eines Vermächtnisses grundsätzlich möglich ist, wobei die weitere Zuwendung dann ein Vorausvermächtnis im Sinne des § 2150 BGB darstellt (BGH NJW 1960, 959; Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Auflage Rn. A 270). Denn wenngleich niemand Gläubiger und Schuldner in eigener Sache sein kann, bietet die zusätzliche Anordnung eines Vermächtnisses besondere Vorteile (z.B. im Hinblick auf §§ 2058, 2110 Abs. 2, § 2372 Abs. 2, vgl. Reimann/Bengel/J. Mayer aaO). Der Einwand des Beschwerdeführers, die Zuwendung eines zusätzlichen Vermächtnisses neben einer Alleinerbenstellung mache keinen erkennbaren Sinn, ist daher grundsätzlich nicht tragend.

c) Es ist aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht zu dem Schluss gekommen ist, dass die Anordnung der beiden Vermächtnisse zugunsten der Beteiligten zu 1 nur dann einen Sinn ergebe, wenn dem Erblasser

## Rechtsprechung

die frühere Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten zu 1 nicht mehr bewusst gewesen sei. Denkbar ist nämlich auch, dass der Erblasser trotz Kenntnis seiner früheren Verfügung infolge der im Zusammenhang mit der Beurkundung des Immobilienerwerbs erteilten Hinweise des Notars fälschlich eine Notwendigkeit angenommen hat, testamentarisch sicherstellen zu müssen, dass die Beteiligten zu 1 nach seinem Tod auf alle Fälle die Immobilien erhält. Ein solcher Schluss ist im Hinblick auf die nach der Stellungnahme des Notars in der Regel vorgeschlagenen erbrechtlichen Regelungen im Falle eines gemeinsamen Immobilienerwerbs -sofern die Beteiligten von der gesetzlichen Erbfolge abweichen wollten – nicht fernliegend, da ein Abschluss eines Erbvertrages von den Beteiligten aus Kostengründen nicht gewollt war und die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments der nicht miteinander verheirateten Immobilienerwerber nicht möglich war.

d) Im Rahmen seiner tatrichterlichen Überzeugungsbildung bezüglich der Kenntnis des Erblassers von der bereits erfolgten Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten zu 1 konnte sich das Landgericht entgegen dem Beschwerdevorbringen auf die Angaben der Beteiligten zu 1 stützen. Ohne Erfolg rügt der Beschwerdeführer, das Landgericht habe zu Unrecht die Angaben der Beteiligten zu 1 bezüglich ihrer und des Erblassers Kenntnis von den früheren gegenseitigen Erbeinsetzungen ohne nähere Tatsachenangabe seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Zu Recht weist das Beschwerdevorbringen bereits selbst darauf hin, dass infolge Zeitablaufs die Feststellung näherer Tatsachen hierzu nicht mehr möglich ist. Maßgebend allein kann daher nur die tatrichterliche Überzeugung des Landgerichts hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der Angaben der Beteiligten zu 1 über die Kenntnis des Erblassers sein.

Dabei ist es nicht rechtsfehlerhaft, dass das Landgericht im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung die Angaben der Beteiligten zu 1 als glaubwürdig erachtet hat. Entgegen dem Beschwerdevorbringen musste das Landgericht den Vortrag der Beteiligten zu 1 nicht als widersprüchlich ansehen. Die vom Beschwerdeführer angenommene Notwendigkeit auf die bereits vorliegenden Testamente hinzuweisen, bestand nämlich für den Erblasser und die Beteiligte 1 im Rahmen der Protokollierung eines Immobilienerwerbs gerade nicht. Für die vom Beschwerdeführer behauptete ausdrückliche Frage des Notars nach bereits errichteten Testamenten durch die Beteiligten zu 1 und den Erblasser liegen keine tatsächlichen Anknüpfungspunkte vor. Der Notar selbst hat bezüglich des Vorgangs keine Erinnerung. Nach Angaben des Notars wird diese Frage im Allgemeinen standardmäßig bei der Errichtung von letztwilligen Verfügungen gestellt,

während in Fällen eines gemeinsamen Immobilienerwerbs häufig auf die (allgemeine) erbrechtliche Problematik hingewiesen wird. Die vom Beschwerdeführer behauptete Fragestellung entspricht daher nicht der allgemeinen Verfahrenspraxis des Notars in dem hier vorliegenden Protokollierungstermin eines Immobilienerwerbs. Die vom Notar in seiner Stellungnahme geschilderte Verfahrenspraxis stützt vielmehr die Angaben der Beteiligten zu 1, dass die bereits errichteten Testamente nicht Gesprächsgegenstand im Protokollierungstermin waren. Die nach Angaben der Beteiligten zu 1 vom Notar angeratene Formulierung »eine Erbeinsetzung möchte ich heute nicht treffen« kann daher – auch unter Zugrundelegung der Stellungnahme des Notars, dass diese Formulierung bei Vorliegen von Erbeinsetzungen in früheren letztwilligen Verfügungen, die aufrecht erhalten werden sollen, in keinem Fall verwendet werde – durchaus erfolgt sein. Denn dieser Ausschluss setzt Kenntnis des Notars vom Vorliegen letztwilliger Verfügungen voraus, was nach den Angaben der Beteiligten zu 1 gerade nicht der Fall war.

Soweit sich der Beschwerdeführer generell gegen die Glaubwürdigkeit der Angaben der Beteiligten zu 1 wendet, läuft dies im Ergebnis auf den Versuch hinaus, seine eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts zu setzen. Damit kann er im Verfahren der weiteren Beschwerde keinen Erfolg haben.

e) Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Landgericht der Formulierung »eine Erbeinsetzung möchte ich heute nicht treffen« kein zwingendes Indiz für einen Aufhebungswillen des Erblassers bezüglich früherer letztwilliger Verfügungen beigemessen hat.

Unabhängig davon, ob der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung seiner Testamente am 11.09.1995 Kenntnis von seinen früheren letztwilligen Verfügungen hatte oder nicht, setzt der Eintritt der Rechtsfolgen des § 2258 Abs. 1 BGB voraus, dass der Erblasser durch seine neue Verfügung die Erbfolge abschließend und umfassend regeln wollte. Ein solcher Wille ergibt sich jedoch nicht zwingend aus der vom Erblasser gewählten Formulierung. Zwar kann durch diese Formulierung eine »positive« Testierung vom Erblasser in dem Sinne gewollt sein, dass durch diese Verfügung eine die Erbfolge abschließende und endgültige Regelung getroffen werden soll, dabei aber einerseits frühere Verfügungen nicht mehr gelten sollen, andererseits aber vom Erblasser bewusst keine neue Verfügung getroffen wird (ein solcher Testierwille hätte dann zur Folge, dass die Wirkungen des § 2258 Abs. 1 BGB eintreten). Ebenso gut denkbar ist aber auch eine »negative« Testierung durch den Erblasser der-

gestalt, dass er durch diese Formulierung lediglich zum Ausdruck bringen wollte, dass sich sein Testierwillen allein auf die Anordnung eines Vermächnisses beschränkt.

Welchen Inhalt der Erblasser der gewählten Formulierung beigemessen hat, ist nach den Grundsätzen der individuellen Auslegung zu bestimmen. Es ist also der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Dabei darf sich der Tatrichter nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken, sondern muss auch alle ihm zugänglichen Umstände außerhalb des Testaments auswerten, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens beitragen können. Dabei geht es nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte (BGH NJW 1993, 256).

Diesen Anforderungen wird die Entscheidung des Landgerichts gerecht. Das Landgericht konnte zu dem Ergeb-

nis gelangen, dass der Erblasser keinen Aufhebungswillen hinsichtlich der früheren Testamente hatte. Dabei konnte es sich als Indiz auf die Aussage der Beteiligten zu 1 stützen, dass die Intention beider Immobilienerwerber war, den Beteiligten zu 2 an den Wohnungen auszuschließen (hierfür würde im Übrigen auch die zeitnahe Errichtung beider Testamente zu dem Protokollierungstermin am 28.08.1995 wie auch der jeweilige Inhalt der Vermächnisse hindeuten), und daraus den in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstandenden Schluss ziehen, dass sich im Nachgang zu dem Protokollierungstermin der Erblasserwille auf die Anordnung der Vermächnisse beschränkte. Als weiteren Anhaltspunkt hierfür hätte das Landgericht zudem die Formulierung »heute« heranziehen können, da diese Formulierung den Schluss nahe legt, dass der Erblasser damit betonen wollte, dass sich sein Testierwille an diesem Tage auf die jeweils in Satz 2 nachfolgende Anordnung eines Vermächnisses beschränkt. [...]

§ 1913 BGB, § 51 GBO

## Ist nach den Umständen ausgeschlossen, dass weitere als die namentlich benannten Nacherben hinzutreten, reicht deren Zustimmung zur Löschung eines Grundpfandrechts durch den Vorerben aus

**Hat ein nicht befreiter Vorerbe die Löschung eines Grundpfandrechts beantragt, ist bei eingetragenem Nacherbenvermerk nur die Zustimmung der dort namentlich benannten Nacherben erforderlich, sofern offensichtlich ist, dass andere als die namentlich benannten Nacherben nicht vorhanden sind und nicht mehr hinzutreten können. Sind in einem Erbschein die leiblichen Kinder der Erblasserin als in Betracht kommende Nacherben benannt und keine anderen Nacherben vorhanden, so ist es nicht erforderlich, dass zusätzlich zu den Zustimmungserklärungen sämtlicher namentlich genannter Nacherben noch die Zustimmung eines zu bestellenden Pflegers für den noch nicht konkret bezeichneten Nacherben einzuholen ist. Weder können Nacherben in Erscheinung treten, die noch nicht gezeugt sind, noch würde deren Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt, da sie namentlich bereits benannt sind.**

OLG Celle, Beschluss vom 12.08.2010 – 4 W 139/10

### Tatbestand

Der Eigentümer ist alleiniger Vorerbe seiner am 3. September 2006 verstorbenen Ehefrau. Nach dem Erbschein nebst Hoffolgezeugnis vom 3. Mai 2007 ist er unbefreiter Vorerbe. als Nacherben kommen die in dem Erbschein namentlich genannten drei Kinder der Erblasserin in Be-

tracht. Dem Vorerben steht gemäß dem Erbschein das Recht der Bestimmung des konkreten Nacherben zu. macht er bis zum Eintritt des Nacherbfalles von seinem Bestimmungsrecht keinen Gebrauch, bestimmt sich die Person des Nacherben nach den Regeln des Höferechtes.

Der Eigentümer beantragte mit notariellem Schriftsatz vom 2. März 2010, ein im Grundbuch eingetragenes Grundpfandrecht zu löschen. Auf den Hinweis des Grundbuchamtes vom 13. April 2010 überreichte er ferner die Zustimmungserklärung der drei Nacherben, C., J.E. und M.S. Mit der Verfügung vom 5. Juli 2010 hat die Rechtspflegerin darauf hingewiesen, dass in dem Nacherbenvermerk die Nacherben nicht namentlich benannt seien. Die leiblichen Kinder kämen lediglich als Nacherben in Betracht. Daher müsse die Zustimmung zur Löschung der Grundschuld durch einen Pfleger gemäß § 1913 BGB erklärt und diese von dem Nachlassgericht genehmigt werden. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Eigentümers, der die Rechtspflegerin nicht abgeholfen hat.

### Aus den Gründen

Die Beschwerde ist begründet. Das Grundbuchamt kann die Löschung des Grundpfandrechts jedenfalls nicht mit der Begründung versagen, der Beschwerdeführer müsse

## Rechtsprechung

noch eine Zustimmung eines zu bestellenden Pflegers gemäß § 1913 BGB einholen. Eine solche Zustimmung ist nicht erforderlich.

1. Grundsätzlich kann das Grundbuchamt die Löschung eines Rechtes selbst dann, wenn der Nacherbschaftsvermerk nach § 51 GBO im Grundbuch eingetragen ist, aufgrund der Löschungsbewilligung eines nicht befreiten Vorerbens nur mit Zustimmung des Nacherben vornehmen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 3493). Dabei kann einem Nacherben, der noch nicht gezeugt ist oder dessen Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt wird, gemäß § 1913 Satz 2 BGB für die Zeit bis zum Eintritt der Nacherbfolge ein Pfleger bestellt werden. Demzufolge ist z.B. bei der Löschung eines Nacherbenvermerkes auch die Bewilligung dieser unbekanntenen Personen erforderlich mit der Folge, dass der Nacherbe von einem Pfleger gemäß § 1913 BGB vertreten werden muss (OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Januar 2010, Az 20 W 251/09, Rn. 32 m.w.N. – aus juris. OLG Hamm NJWRR 1997, 1095). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn offenkundig ist, dass keine weiteren als die namentlich benannten Nacherben vorhanden sind und auch nicht mehr hinzutreten können (OLG Hamm,

a.a.O.). Diese Ausnahmeregelung ist nach Auffassung des Senats auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

2. In dem Erbschein sind die leiblichen Kinder der Erblasserin als in Betracht kommende Nacherben benannt. Andere, nicht benannte, leibliche Kinder oder Nacherben sind nicht vorhanden und naturgemäß nicht mehr zu erwarten, da die Mutter der Nacherben verstorben ist und im Testament nur die leiblichen Kinder als Nacherben vorgesehen sind. In diesem Fall ist es nach Auffassung des Senats nicht erforderlich, dass zusätzlich zu den Zustimmungserklärungen sämtlicher namentlich genannter Nacherben noch die Zustimmung eines gemäß § 1913 BGB zu bestellenden Pflegers für den noch nicht konkret bezeichneten Nacherben erforderlich ist. Weder können Nacherben in Erscheinung treten, die noch nicht gezeugt sind, noch würde deren Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt, da sie namentlich bereits benannt sind. Der Umstand, dass es nach dem Erbschein durchaus möglich ist, dass nicht alle drei leiblichen Kinder Nacherben werden, sondern ein Kind noch konkret zum Nacherben bestimmt wird, hindert dies nicht. Denn auch dieses Kind hat in diesem Fall seine Zustimmungserklärung bereits abgegeben. [...]

§§ 28, 68 Abs. 1 FamFG

### Nichtabhilfeverfügung muss erkennen lassen, dass das Gericht das Beschwerdevorbringen gewürdigt hat

**Im Rahmen des Abhilfeverfahrens muss das Amtsgericht dem Beschwerdeführer Gelegenheit geben, ein inhaltlich unzureichendes Vorbringen (hier: zur Testierunfähigkeit des Erblassers) zu konkretisieren. Ist nicht feststellbar, ob das Gericht die Begründung der Beschwerde zumindest in seine Erwägungen hinsichtlich der Nichtabhilfeentscheidung miteinbezogen hat, liegt ein schwerwiegender Mangel vor.**

**OLG Hamm**, Beschluss vom 19.08.2010 – I-15 W 428/10; Vorinstanz: AG Marl – 5a VI 319/10

#### Tatbestand

Die Nichtabhilfeverfügung des Amtsgerichts vom 05.08.2010 wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung des Abhilfeverfahrens an das Amtsgericht zurückverwiesen.

#### Aus den Gründen

Die Beschwerde ist gemäß § 58 FamFG statthaft. Die Beschwerdebefugnis (§ 59 FamFG) ergibt sich aus der Stellung des Beteiligten als gesetzlichem Erben, welcher er

wäre, wenn die von ihm geäußerten Wirksamkeitsbedenken zum Tragen kämen. Die Beschwerdefrist (§ 63 Abs. 1 FamFG) ist gewahrt, der Beschwerdewert (§ 61 Abs. 1 FamFG) ist erreicht.

In der Sache hat die Beschwerde jedenfalls einen vorläufigen Erfolg, da die Nichtabhilfeentscheidung des Amtsgerichts an einem schwerwiegenden Mangel leidet. Gemäß § 68 Abs. 1 FamFG ist die Durchführung eines Abhilfeverfahrens nunmehr ausdrücklich vorgeschrieben. Dabei muss die Abhilfe- oder Nichtabhilfeentscheidung grundsätzlich durch Beschluss ergehen und begründet werden (Keidel/Sternal, FamFG, 16. Aufl., § 68 Rdn. 12). Dabei ist eine Bezugnahme auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung nur insoweit ausreichend, als die Beschwerde keine neuen, in der angefochtenen Entscheidung nicht abgehandelten Gesichtspunkte aufzeigt. Leidet die Nichtabhilfeentscheidung an einem schwerwiegenden Mangel, so wird das Beschwerdegericht entsprechend § 69 Abs. 3 S. 2 FamFG für befugt gehalten, die Sache unter Aufhebung der Nichtabhilfeentscheidung an das Amtsgericht zurückzuverweisen (Sternal, a.a.O. Rdn. 34).

Der Senat vertritt dabei den Standpunkt, dass die Anforderungen an das Abhilfeverfahren im Interesse der Verfahrensbeteiligten nicht überspannt werden dürfen, also nicht vorschnell von einem schwerwiegenden Mangel des Abhilfeverfahrens ausgegangen werden darf. So sind formelle Fehler, wie hier die Entscheidung durch bloße Verfügung, grundsätzlich unschädlich. Auch an die Begründung der Entscheidung stellt der Senat keine besonderen Anforderungen. Es ist grundsätzlich ausreichend, wenn nach dem Inhalt der Beschwerde und dem sonstigen Akteninhalt nachvollziehbar ist, dass das Amtsgericht die Begründung der Beschwerde zumindest in seine Erwägungen hinsichtlich der Nichtabhilfeentscheidung miteinbezogen hat. Ist dies allerdings nicht mehr feststellbar, so muss von einem schwerwiegenden Mangel ausgegangen werden.

Letzteres ist hier der Fall. Der Beteiligte zu 2) hat mit der Beschwerde erstmals tatsächliche Bedenken gegen die Wirksamkeit des Testaments seines Vaters geäußert, nachdem er die ihm zuvor eingeräumte Möglichkeit

hierzu ungenutzt hatte verstreichen lassen. Der Nichtabhilfemerkmale des Amtsgerichts lässt auch nicht ansatzweise erkennen, ob das Gericht diesen Vortrag überhaupt gewürdigt hat.

Dieser erhebliche Mangel des Abhilfeverfahrens kann auch nicht deshalb dahinstehen, weil die Beschwerde offenkundig unbegründet wäre. Allerdings ist das bisherige Vorbringen des Beteiligten zu 2) zu wenig substantiiert, als dass sich hieraus auch nur Ansätze für eine weitere Aufklärung im Hinblick auf eine etwaige Testierunfähigkeit des Erblassers gewinnen ließen. Im Verfahren nach dem FamFG kann eine die Beschwerde zurückweisende Entscheidung mit Rücksicht auf die §§ 26, 27 FamFG hierauf aber nicht gestützt werden, ohne den Beteiligten zuvor auf die Unzulänglichkeit seines Vortrages hinzuweisen und ihm Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben. War der entsprechende Vortrag nicht bereits Teil der Erörterungen in der ersten Instanz, so gilt dies auch für das Abhilfeverfahren.

# Rechtsprechung kompakt

§ 85 FGG; § 357 FamFG

## Kein rechtliches Interesse an einer weiteren Ausfertigung des Erbscheins, wenn beglaubigte Ablichtung für verfolgten Zweck ausreicht

Eine Publikumskommanditgesellschaft hat kein hinreichendes rechtliches Interesse an der Erteilung einer weiteren Ausfertigung eines anderweitig bereits erteilten Erbscheins, um die Erben eines verstorbenen Kommanditisten auf Erteilung einer Handelsregistervollmacht in Anspruch nehmen zu können. Ein rechtliches Interesse besteht nur für denjenigen Beteiligten, dessen eigene Rechtsposition dadurch berührt wird, dass er auf die Kenntnis von der Erbfolge zur Verfolgung eigener Rechte oder zur Abwehr von Ansprüchen angewiesen ist. Das rechtliche Interesse muss sich zudem gerade auf die Erteilung einer Ausfertigung beziehen. Wem für seine rechtlichen Bedürfnisse eine beglaubigte Abschrift genügt, muss sich mit dieser begnügen.

**OLG Hamm**, Beschluss vom 04.05.2010 – I-15 Wx 319/09; Vorinstanzen: LG Essen – 7 T 374/08; AG Essen – 153 (84) VI 194/92

§ 21 FamFG; § 2227 BGB

## Keine Aussetzung des Verfahrens zur Testamentsvollstreckerentlassung, wenn sie nicht ermessensgerecht ist

Eine Aussetzungsentscheidung muss ermessensgerecht sein. Sie ist es nicht, wenn der Charakter des jeweiligen Verfahrens unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten einer Aussetzung widerspricht. In diesem Fall ist das Ermessen auf Null reduziert. Eine Aussetzung des Verfahrens über den Antrag zur Entlassung eines Testamentsvollstreckers bis zur rechtskräftigen Entscheidung eines – nicht vorgreiflichen – Zivilprozesses aus wichtigem Grund ist nicht ermessensgerecht, weil der Nachlass bis zum nicht absehbaren Abschluss des Zivilprozesses möglicherweise geschädigt werden kann.

**OLG Schleswig-Holstein**, Beschluss vom 02.08.2010 – 3 Wx 56/10; Vorinstanz: AG Plön – 6 VI 461/09

§ 34 Abs. 1 FGG; § 13 FamFG; § 1964 BGB

## Keine Akteneinsicht für Erbenermittler

Einem Erbenermittler steht kein das private Geheimhaltungsinteressen überwiegendes berechtigtes Interesse auf Einsicht in Nachlassakten zu, wenn Ziel seines Begehrens

ist, Anfangsinformationen zu erlangen, auf deren Grundlage er eigene Ermittlungen zur Feststellung von Erben aufzunehmen beabsichtigt, nachdem das Nachlassgericht das Fiskuserbrecht bereits festgestellt hat. Denn das eigene Interesse des Erbenermittlers beschränkt sich auf die Förderung seiner privaten gewerblichen Tätigkeit mit dem Ziel einer gewinnorientierten vertraglichen Honorierung.

**OLG Hamm**, Beschluss vom 12.08.2010 – I-15 Wx 8/10; Vorinstanzen: LG Hagen – 3 T 75/09; AG Lüdenscheid – 9 VI 325/08

§ 1922 BGB i.V.m. 44 Abs. 1 Zif. 1,2 LwAnpG; 42 LwAnpG

## Erbe kann Auszahlung von Abfindungsansprüchen aus LPG-Mitgliedschaft des Erblassers nicht verlangen, wenn sich LPG in Liquidation befindet

Der Erbe des Mitglieds einer Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft (LPG), kann von dieser die Auszahlung der Abfindungsansprüche des Erblassers nicht verlangen, wenn sich die LPG in Liquidation befindet. Das Ziel der Liquidation besteht darin, das nach Tilgung der Verbindlichkeiten verbleibende Vermögen der Genossenschaft an die Mitglieder aufzuteilen. Verteilt wird daher nur das Vermögen, das nach Tilgung oder Deckung der Schulden der LPG übrig bleibt. Deswegen haben LPG-Mitglieder, denen ein Anteil am Liquidationserlös ihrer LPG zusteht, vor Abschluss des Liquidationsverfahrens nur einen Anspruch darauf, dass ihnen ihr Anteil von ihrer LPG auf der Grundlage der Liquidationseröffnungsbilanz berechnet und die Berechnung mitgeteilt wird.

**OLG Brandenburg**, Beschluss vom 02.09.2010 – 5 W (Lw) 11/08; Vorinstanz: AG Königs-Wusterhausen – 5 Lw 11/99

§§ 18, 19 22 GBO

## Zurückweisung übereinstimmender Eintragungsanträge wegen fehlender Auflassungserklärung

Eine Bewilligung zur Grundbuchberichtigung im Sinne einer »Neuordnung« der Miteigentumsanteile an einem Grundstück durch Erbauseinandersetzung kann bei Antrag auf grundbuchlichen Vollzug der Berichtigungsbewilligung nicht in Antrag auf Vollzug von Miteigentumsübertragungen umgedeutet werden. Mit der Zurückweisung des auf Berichtigung gerichteten Eintragungsantrags

ohne vorherige Zwischenverfügung verletzt das Grundbuchamt nicht seinen Ermessens- und Beurteilungsspielraum zur Leitung, Förderung und Ausgestaltung des Verfahrens, wenn der erstrebte Vollzug einen Übergang vom Berichtigungsantrag zu einem anders lautenden neuen

Antrag (hier gerichtet auf den grundbuchlichen Vollzug von Miteigentumsübertragungen) erfordert.

**OLG Düsseldorf**, Beschluss vom 17.09.2010 – I-3 Wx 181/10



# Rezeension

## von Basedow/Coester-Waltjen/Mansel (Hrsg.), Gutachten zum Internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG) 2007/2008

von Prof. Dr. Claus Ahrens, Bergische Universität Wuppertal

**Prof. Dr. Dr.h.c. Basedow, Jürgen/Prof. Dr. Coester-Waltjen, Dagmar/Prof. Dr. Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), Gutachten zum Internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG) 2007/2008, veröffentlicht im Auftrag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, 2010, Giesecking-Verlag, 742 Seiten, 98 Euro, ISBN: 978-3-7694-1058-7**

Mit dem vorliegenden Band liegt erneut eine hochkarätige Sammlung von Gutachten zum ausländischen und Internationalen Privatrecht aus der Feder von Universitätsinstituten sowie dem Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht vor. Es geht um die Zeiträume 2007/2008, wobei das Gesamtregister 1985 – 2006 nicht vernachlässigt werden sollte, denn es bietet weiterführende und wertvolle Fundstellenhinweise auf frühere Bände. Der Leser hat die Gelegenheit zu einem Streifzug durch die verschiedensten Rechtsgebiete (Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Gesellschaftsrecht, um nur die wesentlichsten zu nennen) anhand der gutachterlichen Würdigung konkreter Fälle. Aus der Sicht des Rezensenten in einer erbrechtlichen Zeitschrift liegt der Fokus auf den Seiten 454 – 572. Man findet hier Gutachten vorrangig zum gesetzlichen Erbrecht (Algerien, Bosnien-Herzegowina, Frankreich, Irak, Kroatien, Libyen, Malaysia), gefolgt von solchen zu Testament (Japan), Testamentsvollstreckung (Italien), Pflichtteil, Noterbrecht (Kroatien) und schließlich Erbausschlagung, Erbverzicht (Belgien, Niederlande). Stets geht es um Einzelfälle, welche entsprechend aufgearbeitet werden.

Dies muss man sich stets vergegenwärtigen, will man die Sammlung mit Gewinn nutzen. Damit kommt man – nur

auf den ersten Blick als Kritik zu verstehen – zu dem, was man mit diesem Band nicht erwirbt: Stets geht es um punktuelle Betrachtungen, welche es gar nicht zum Anspruch erheben, eine umfassende Einführung in grenzüberschreitende Rechtsfragen etc. zu bieten. Ebenso können allgemeine Grundsätze nur bedingt entnommen werden. Das ist den Herausgebern bewusst (vgl. nur den Hinweis, dem Vorwort vorangestellt). Der abgearbeitete Zeitraum bringt es ebenso mit sich, dass manche Rechtslage mittlerweile aktualisiert werden muss (s. exemplarisch zum Gleichlaufgrundsatz S. 472 – s. nun § 105 FamFG, ähnlich auch S. 563 f. zum Fremdrechtserschein, als weiteres Beispiel die Ersetzung der hier noch genannten Art. 27 ff. EGBGB durch die Rom-I-VO, wobei hierzu gerade für erbrechtliche Fragen Altfälle uns wohl noch lange beschäftigen werden). Das ist aber zum einen logisch und zum anderen machbar. Wenn man all dies berücksichtigt, stößt man auf einen wahren Fundus an interessanten Fallkonstellationen mitsamt der maßgeblichen rechtlichen Würdigung. Diese besticht durch vielfältige Rechtsfragen, von denen beispielhaft diejenigen der Qualifikation hervorzuheben sind. In diesem Zusammenhang sind die Bezüge zum Familienrecht von Interesse, was zugleich Gelegenheit gibt, auch auf den Familienrechtsteil der Sammlung aufmerksam zu machen (S. 216–453).

Kurzum fällt es in der Tat schwer, die vorliegende Sammlung mit all ihrer (Das spricht nicht gegen sie) einzelfallbezogenen Vielfalt in einer knappen Rezension hinreichend zu würdigen. In jedem Fall bietet sie für den fachkundigen Interessierten ein profundes Nachschlagewerk auf Gutachtensbasis. Man kann diesem nur eine ebenso reichhaltige Resonanz wünschen. 