

Riester-Rente und Erbrecht

Dr. Andreas Frieser, Rechtsanwalt, Bonn

I. Vorbemerkung

Motiviert durch die Vielzahl von offenen Fragen, die das Reformprojekt „Riester-Rente“ aufgeworfen hat, befasste sich die Arbeitsgemeinschaft Familien- und Erbrecht im Deutschen Anwaltverein anlässlich des 53. Anwaltstages in München mit den sozial-, steuer-, familien- und erbrechtlichen Aspekten der Reform. Nachstehend wird der Vortrag des Verfassers zu erbrechtlichen Fragen der Altersvorsorge wiedergegeben. Eingearbeitet wurden die aktuellen einkommensteuerrechtlichen Kommentierungen und das BMF-Schreiben vom 5.8.2002.¹

II.

1. Was ist „Riester-Rente“?

In der gesetzlichen Rentenversicherung müssen immer weniger Beitragszahler immer mehr Leistungsempfänger finanzieren. Gleichzeitig ist es erklärtes politisches Ziel aller Parteien, die Beschäftigten nicht durch ständig steigende Beitragszahlungen noch stärker zur Kasse zu bitten. Ergebnis: Senkung des Rentenniveaus mit der Maßgabe, dass die hierdurch entstehende Versorgungslücke durch staatliche Zulagen und Förderungen geschlossen wird. Der Staat hilft den Bürgern beim Aufbau ihrer Altersversorgung. Die Riester-Rente ist also eine staatliche Förderung privater Vermögensbildung, der Staat fördert mit Beginn des Jahres 2002 zur Entlastung der gesetzlichen Rentenversicherung die private, kapitalgedeckte Altersvorsorge.

Gefördert werden nur die Pflichtmitglieder in der gesetzlichen Rentenversicherung, also alle pflichtversicherten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer; außerdem Beamte, Auszubildende, Arbeitslose, Nichterwerbstätige in der dreijährigen Kindererziehungszeit, Wehr- und Zivildienstleistende, pflichtversicherte Selbstständige sowie geringfügig Beschäftigte, die auf Sozialversicherungsfreiheit verzichtet haben.²

2. Höhe der Förderung

Um die volle Förderung zu erhalten, muss ein bestimmter Teil des sozialversicherungspflichtigen Jahresgehaltes in eine zusätzliche Altersversorgung eingezahlt werden. Wer unter Anrechnung der Zulagen ab 2002 1 %, ab 2004 2 %, ab 2006 3 % und schließlich ab 2008 4 % seines Gehalts aufwendet, erhält die jeweils maximale Zulage.

Ferner erfolgt eine Förderung durch steuerliche Erleichterungen. Über den Weg des Sonderausgabenabzuges können die Aufwendungen für die Riester-Rente von der Steuer abgesetzt werden. Wenn die Steuerersparnis die Höhe der Zulage übersteigt – was vom Finanzamt automatisch überprüft wird –, können unter Maßgabe jährlicher Höchstgrenzen die Differenzen von der Steuer abgesetzt werden. Das Finanzamt muss von Amts wegen prüfen, ob die Zulage oder der Abzug der Aufwendungen als Sonderausgabe für den Steuerpflichtigen günstiger ist, man spricht von einer „Günstigerprüfung.“³ Ist der Anspruch auf die Zulage höher als der Steuervorteil aus dem Abzug der Aufwendungen als Sonderausgaben, scheidet ein Sonderausgabenabzug aus. Ergibt die Günstigerprüfung, dass durch den Sonderausgabenabzug eine höhere staatliche Förderung erfolgt als

¹ BStBl. I 2002, 767.

² Siehe die Regelung in § 10a Abs. 1 EStG und hierzu *Kirchhoff/Fischer*, EStG, 4. Aufl., § 10a Rn 3 und zu Einzelheiten bezüglich des geförderten Personenkreises: *Risthaus*, DB 2001, 1269 ff.

³ Eine solche findet auch gem. § 10a EStG statt.

durch die Zulage, ist der Abzug zu gewähren, wobei in diesem Fall die tarifliche Einkommensteuer um die Zulage zu erhöhen ist. Damit wirkt sich nur der über den Zulagenanspruch hinausgehende steuerliche Vorteil aus.⁴

3. Zertifizierung

Die Vorsorgeverträge werden bei Banken, Versicherungen oder Investmentgesellschaften abgeschlossen, die unter Einsatz erheblicher Mittel für die neue Anlageform geworben haben. Jedes staatlich geförderte Produkt benötigt eine Zertifizierung des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen.⁵ Die Zertifizierung ist kein staatliches Gütesiegel und sagt nichts darüber aus, wie viel Gewinn der Vertrag einmal abwerfen wird.⁶

Wer förderungswürdige Altersvorsorgeverträge anbieten darf, ist in § 80 EStG geregelt. Anbieter sind danach solche, die den Voraussetzungen gem. § 2 Abs. 2 des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes genügen.⁷ Zugelassen sind neben Rentenversicherungsverträgen auch Fonds- und Bankensparpläne. Diese müssen jedoch mit Auszahlungsplänen – und im Hinblick auf das Langlebkeitsrisiko – mit einer Rentenversicherung in der Leistungsphase verbunden sein.⁸

Die Regelungen des AltZertG betreffen nur Produkte der privaten, nicht jedoch der betrieblichen Altersversorgung, auf die vorliegend nicht eingegangen werden kann.⁹

4. Erbfall und schädliche Verwendung

a) Problem der schädlichen Verwendung

Wird gefördertes Altersvorsorgevermögen nicht entsprechend den Förderungsvoraussetzungen an den Zulageberechtigten ausgezahlt, spricht das Gesetz von „schädlicher Verwendung“ (§ 93 EStG). Eine „schädliche Verwendung“ liegt vor, wenn das Altersvorsorgevermögen

- nicht in Form einer lebenslangen gleich bleibenden oder steigenden monatlichen Leibrente ausgezahlt wird;¹⁰
- nicht im Rahmen eines Auszahlungsplans ausgezahlt wird oder
- nicht zur Verwendung für eine selbstgenutzte Wohnung i.S.d. § 92a EStG ausgezahlt wird.

Liegt eine schädliche Verwendung im Sinne der gesetzlichen Vorschriften vor, sind die auf das ausgezahlte geförderte Altersvorsorgevermögen entfallenden Zulagen und die nach § 10a Abs. 4 EStG gesondert festgestellten Steuerermäßigungen zurückzuzahlen, § 93 Abs. 1 S. 2 EStG.

Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 lit. c AltZertG muss der Vertragspartner während der Ansparphase einen Anspruch darauf haben, den Vertrag binnen einer Frist von drei Monaten zum Ende eines Kalendervierteljahres zu kündigen, um das gebildete Kapital auf einen anderen – wiederum auf seinen Namen lautenden – Altersvorsorgevertrag übertragen zu lassen, und zwar unabhängig davon, ob der Vertrag bei demselben oder einem anderen Anbieter abgeschlossen wird. Diese Übertragung stellt keine schädliche Verwendung dar.¹¹

Für unser Thema – Erbrecht – ist die Regelung in § 93 Abs. 1 S. 5 EStG unmittelbar einschlägig:

„Wird im Falle des Todes des Zulageberechtigten das geförderte Altersvorsorgevermögen ausgezahlt, gelten die Sätze 1 und 2 entsprechend.“

Folge: Die Altersvorsorgezulagen und die ggf. über den Sonderausgabenabzug gewährten Steuervorteile sind von den Erben zurückzuzahlen. Der um die steuerlichen Vergünstigungen verminderte Kapitalbetrag (einschließlich Zuwächse: Zinserträge, Kursgewinne)¹² fließt in den Nachlass.

Beispiel:
Der Erblasser hat einen Altersvorsorgevertrag mit Todesfallschutz abgeschlossen. Der Vertrag sieht vor, dass mit

dem Tod des Versicherten das geförderte Altersvorsorgevermögen an die Erben ausgezahlt wird.

Diese vertragliche Regelung führt gem. § 93 Abs. 1 S. 5 EStG dazu, dass die Zulagen und die nach § 10a Abs. 4 EStG festgestellten Beträge von den Erben zurückzuzahlen sind. Schlagwortartig: „Auszahlung im Todesfall an die Erben führt zur Rückzahlung an den Staat“.

Diese Regelung wird als „systemkonform“ bezeichnet,¹³ nachdem durch die staatliche Förderung nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Erben erhöht, sondern die Altersvorsorge desjenigen gestärkt werden soll, der von der Absenkung des Rentenniveaus betroffen ist.¹⁴

b) Verfahren bei schädlicher Verwendung

Liegt eine schädliche Verwendung im eben erläuterten Sinne vor, muss der Anbieter der zentralen Stelle (gem. § 81 EStG ist dies die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte) diese anzeigen, damit die BfA den Rückzahlungsbetrag ermitteln kann. Der Anbieter muss den Rückzahlungsbetrag einbehalten und an die BfA abführen. Eine Festsetzung des Rückzahlungsbetrages erfolgt durch die BfA auf besonderen Antrag des Zulageberechtigten oder sofern die Rückzahlung nicht möglich oder nicht erfolgt ist, § 94 Abs. 2 S. 1 EStG.

c) Ausnahmen (Hinterbliebenenrente, Ehegattenprivileg)

aa) Keine schädliche Verwendung mit der Folge der Rückzahlungsverpflichtung liegt vor, wenn und soweit das für eine ergänzende Hinterbliebenenabsicherung i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 6 AltZertG oder für eine Hinterbliebenenversorgung nach § 82 Abs. 3 EStG angesparte Kapital in Form einer Hinterbliebenenrente ausgezahlt wird, § 93 Abs. 1 S. 3,

4 Blümich/Lindberg, EStG, § 10a Rn 19.

5 Die Zertifizierung ist an der amtlichen Prüfnummer und dem Zusatz: „Der Altersvorsorgevertrag ist zertifiziert worden und damit im Rahmen von § 10a des Einkommenssteuergesetzes förderfähig“ erkennbar.

6 Vgl. die Regelung in § 7 Abs. 2 AltZertG.

7 Die Zertifizierung nach dem Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz ist als Grundlagenbescheid i.S.d. § 171 Abs. 10 AO anzusehen (§ 82 Abs. 1 S. 2 EStG).

8 Die wichtigsten Grundsätze des § 2 AltZertG:

- In der Ansparphase werden laufend freiwillige Altersvorsorgebeiträge erbracht, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AltZertG.
- Die Auszahlung erfolgt nicht vor Vollendung des 60. Lebensjahres oder dem Beginn der Altersrente, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AltZertG.
- Das Erwerbsminderungsrisiko darf durch eine Zusatzversicherung für den Fall abgedeckt werden, dass auch eine entsprechende Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung bezogen wird.
- Der Vertrag muss eine Altersabsicherung in Form einer Leibrente oder eines Auszahlungsplanes mit Restkapitalverrentung (ab Vollendung des 85. Lebensjahres) gewährleisten, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 5 AltZertG.
- Es müssen lebenslange gleichbleibende oder steigende Leistungen zugesagt werden, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 5 AltZertG.
- Eine ergänzende Hinterbliebenenrente (zugunsten des Ehegatten und der Kinder) kann vorgesehen werden, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 AltZertG.
- Die Altersvorsorgebeiträge, die erwirtschafteten Erträge und Veräußerungsgewinne dürfen nur in bestimmter Weise angelegt werden, und zwar in Rentenversicherungen und Kapitalisierungsprodukten, Bankguthaben mit Zinsansammlung oder mit kostenfreier Anlage in Investmentfonds und Anlagenanteilen von Investmentfonds i.S.d. Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften.
- In der Ansparphase muss ein Ruhen des Anspruchs, ein Kündigungsanspruch zur Übertragung des gebildeten Kapitals auf einen anderen Altersvorsorgevertrag bzw. ein Auszahlungsanspruch zur Verwendung des gebildeten Kapitals für selbstgenutztes Wohneigentum i.S.d. § 92a EStG eingeräumt werden, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 AltZertG; vgl. dazu auch unter I.4.a.

9 Vgl. zu dieser Reinecke, Die Änderungen des BetriebAVG durch das Altersvermögensgesetz – Neue Chancen für die betriebliche Altersversorgung, NJW 2001, 3511.

10 Schädlich ist auch die Auszahlung überwiegend in einem Betrag, die Zahlung des Restes in kleinen Leibrentenbeträgen: Blümich/Lindberg, EStG, § 93 Rn 2.

11 Lademann/Gérard, EStG, 4. Aufl., § 93 Rn 4.

12 Risthaus, DB 2001, 1269, 1277; zu weiteren Einzelheiten Blümich/Lindberg, EStG, § 93 Rn 3 ff.; Kirchhoff/Fischer, EStG, 4. Aufl., § 93 Rn 2.

13 Blümich/Lindberg, EStG, § 93 Rn 4.

14 So auch Herrmann/Heuer/Risthaus, EStG, § 93 Rn 7.

4 EStG. Es wurde allerdings in der Literatur bereits darauf hingewiesen,¹⁵ dass es fraglich sein könne, ob sich angesichts der Restriktionen einer solchen Hinterbliebenenrente deren Abschluss lohnt. Dies hängt bei der nicht vorhersehbaren Dauer der Voraussetzungen für die Gewährung von Kindergeld (Dauer der Berufsausbildung?) von kaum vorhersehbaren Einzelfaktoren ab. Die Hinterbliebenenrente ist nach § 22 Nr. 5 S. 1 EStG in voller Höhe zu versteuern, weil die dafür geleisteten Beiträge förderfähig waren.¹⁶

bb) Eine weitere Ausnahme gilt nach § 93 Abs. 1 S. 6 EStG für Ehegatten, wenn

- im Zeitpunkt des Todes des zulageberechtigten Vertragsinhabers die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG für eine Zusammenveranlagung erfüllt sind und
- das steuerlich geförderte Altersvorsorgekapital im Falle des Todes des einen Ehegatten auf einen eigenen Altersvorsorgevertrag des anderen Ehegatten eingezahlt oder übertragen wird.¹⁷

Für andere Miterben als Ehepartner ist die Übertragungsmöglichkeit ausgeschlossen, auch die Auszahlung an miterbende Kinder.¹⁸ Es ist zulässig, einen Vertrag im eben genannten Sinne gerade zur Inanspruchnahme der Sonderregelung des § 93 Abs. 1 S. 6 EStG abzuschließen.¹⁹ Diese Vergünstigung soll aber wiederum nicht miterbenden Kindern zugute kommen.²⁰

d) Erbschaftsteuerliche Folgen bei der Übertragung auf den Ehegatten

Das auf den Ehegatten übertragene Altersvorsorgekapital ist nicht als kraft Gesetzes erworbener Versorgungsanspruch anzusehen, unterliegt deshalb der Erbschaftsteuer (§ 3 ErbStG). Der Ehegatte kann aber den besonderen Versorgungsfreibetrag nach § 17 ErbStG i.H.v. 256.000 EUR in Anspruch nehmen, sofern dieser nicht durch gesetzliche Versorgungsbezüge aufgebraucht ist.

Wird das geerbte Altersvorsorgevermögen zur Begleichung der durch den Erbfall entstehenden Erbschaftsteuer verwendet, stellt dies beim überlebenden Partner eine schädliche Verwendung dar.²¹

5. Ehegattenprivileg und Nachlassabwicklung

a) Zuwendung im Vorsorgevertrag

Wie sogleich zu zeigen sein wird, hängt die Frage, ob der Ehegatte die zu seinen Gunsten bestehende Ausnahmeregelung in Anspruch nehmen kann, von der Umsicht und Vorsicht ab, die der ursprünglich Begünstigte hat walten lassen. Ist der Erbe als Fortführungsberechtigter im Vertrag genannt,²² gehen die Rechte aus dem Vertrag mit dem Todesfall auf ihn gem. § 331 BGB über, es vollzieht sich die Begünstigung außerhalb des Nachlasses, der Ehepartner muss sich mit etwaigen Miterben nicht auseinander setzen. Es empfiehlt sich daher, dass der geförderte Ehegatte im Altersvorsorgevertrag seinen Ehepartner als Bezugsberechtigten, als denjenigen vorsieht, mit dem der Vertrag im Todesfall fortgesetzt wird.

Dem bisher Begünstigten muss aber bewusst sein, dass die Benennung seines Ehegatten im Vertrag Auslegungsprobleme aufwerfen kann, wie die Rechtsprechung zur Bezugsberechtigung bei Lebensversicherungsverträgen zeigt. Grundsätzlich ist aus dem Lebensversicherungsvertrag begünstigt, wer als Person bestimmbar ist.²³

Wird die „Ehefrau“, der „Ehemann“ oder allgemein: „der Ehegatte“ als Bezugsberechtigter benannt, bleibt der Partner sogar dann berechtigt, wenn die Ehe zum Zeitpunkt des Versicherungsfalls durch Scheidung aufgelöst wurde; allein aus der Verwendung des Wortes „Ehefrau“ könne, so die Rechtsprechung, eine auflösende Bedingung nicht herausgelesen werden.²⁴ Die höchstrichterliche Rechtsprechung hält also grundsätzlich die gesetzliche Auslegungsregel des

§ 2077 BGB nicht für entsprechend anwendbar.²⁵ Mit dem Scheitern der Ehe falle jedoch regelmäßig die Geschäftsgrundlage im Valutaverhältnis weg, so dass der geschiedene Ehegatte zur Herausgabe der Versicherungssumme an die Erben nach Bereicherungsgrundsätzen verpflichtet sei. Interessant ist diese Unterscheidung deshalb, weil darin die grundlegende Tendenz des 4. Zivilsenats des BGH erkennbar wird, das Bezugsrecht allein von den dafür im Versicherungsvertrag vereinbarten Bedingungen abhängig zu machen. Die Beweislast dafür, dass das Fortbestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft Geschäftsgrundlage war, liegt beim Erben: Trägt der geschiedene Ehegatte Gründe für die Einräumung des Bezugsrechts vor, die *gegen* einen Wegfall der Geschäftsgrundlage sprechen, muss der Erbe die Gründe, die *für* einen Wegfall sprechen, beweisen.²⁶

b) Der Ehegatte als Alleinerbe

Ist der hinterbliebene Ehegatte Alleinerbe, kann er kraft seiner alleinigen Verfügungsbefugnis dafür sorgen, dass ihm die eben beschriebene Ausnahmeregelung zugute kommt: Er kann, wenn die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 EStG vorliegen (Zusammenveranlagung), das steuerlich geförderte Altersvorsorgekapital auf einen eigenen Altersvorsorgevertrag einzahlen bzw. einen eigenen Altersvorsorgevertrag überhaupt erst abschließen, um die Einzahlung zu ermöglichen.

c) Der Ehegatte als Miterbe

Kann sich der ursprüngliche Vertragspartner nicht entscheiden, eine Bezugsberechtigung zugunsten seines Ehepartners vorzusehen, etwa weil er sich die Gestaltung seiner letztwilligen Verhältnisse bis zur endgültigen Regelung in einem Testament vorbehalten möchte, sollte er in seiner letztwilligen Verfügung dafür sorgen, dass dem miterbenden Partner das Ehegattenprivileg gleichwohl erhalten bleibt: Der Erblasser kann zugunsten seines Ehegatten im Sinne eines Vorausvermächtnisses gem. § 2150 BGB verfügen. Formuliert werden könnte etwa wie folgt:

Hiermit ordne ich im Wege des Vorausvermächtnisses an, dass das im Rahmen der so genannten „Riester-Rente“ geförderte Altersvorsorgevermögen auf den von meinem Ehepartner abgeschlossenen Altersvorsorgevertrag übertragen wird. Sollte mein Ehepartner zum Zeitpunkt meines Todes einen Altersvorsorgevertrag nicht abgeschlossen haben, so steht ihm der Vermächtnisanspruch auf das Altersvorsorgevermögen zu, sofern er einen entsprechenden Altersvorsorgevertrag (ggf. bis zum ...) abschließt.

Wie nicht weiter erläutert zu werden braucht, führt das Vermächtnis zu einem schuldrechtlichen Anspruch,²⁷ so dass der Ehegatte bei dieser Konstruktion gehalten ist, gegen die übrigen Miterben vorzugehen. Immerhin kann der Vorausbedachte die Erfüllung seines Anspruches bereits aus dem ungeteilten Nachlass verlangen, und zwar mit der Gesamt-

15 Horlemann, Erbfolgebesteuerung 3/2002, 89.

16 Horlemann, Erbfolgebesteuerung 3/2002, 89.

17 Vgl. zur Ausnahmeregelung: Lademann/Gérard, EStG, 4. Aufl., Nachtrag 132, § 93 Rn 3.

18 Blümich/Lindberg, EStG, § 93 Rn 5, a.A.: Kirchhoff/Fischer, a.a.O., § 93 Rn 3.

19 Kirchhoff/Fischer, EStG, 2. Aufl., § 93 Rn 3.

20 Blümich/Lindberg, EStG, § 93 Rn 5; vgl. auch Risthaus, DB 2001, 1269, 1278; a.A.: Kirchhoff/Fischer, EStG, 2. Aufl., § 93 Rn 3.

21 BMF v. 5.8.2002, BStBl. I 2002, 767, Rn 117.

22 Vgl. zu den Problemen, die die Einsetzung des „Ehegatten“ als Begünstigten im Lebensversicherungsvertrag aufwirft, unten II.5.

23 Staudinger/Jagmann, BGB, 13. Aufl., § 330 Rn 20.

24 BGH VersR 1993, 1133; 1975, 1020; 1981, 326; vgl. aber LG Düsseldorf NJW 1966, 205.

25 BGH NJW 1976, 279; 1981, 984; 1987, 3131.

26 BGH ZEV 1995, 150, 151.

27 Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl., § 2174 Rn 1.

handsklage gem. § 2059 Abs. 2 BGB.²⁸ Eine Verzögerung ist gleichwohl nicht auszuschließen, wie die Erfahrung mit der Erfüllung von Vorausvermächtnisansprüchen innerhalb einer zerstrittenen Erbengemeinschaft zeigt.

Will der Erblasser, dass die Vergünstigung, die durch die Übertragung auf einen auf den Namen des Ehegatten laufenden Altersvorsorgevertrag entsteht, bei der Erbauseinandersetzung angerechnet wird, muss er dies im Rahmen einer entsprechenden Teilungsanordnung i.S.d. § 2048 BGB berücksichtigen. Die Rechtsprechung grenzt das Vorausvermächtnis von der Teilungsanordnung dadurch ab, dass bei jener der Miterbe den Mehrempfang der Zuwendung zusätzlich zu seinem Erbteil erhält, bei dieser den Mehrwert durch Zahlung ausgleichen muss.²⁹ Will der Erblasser den Ehepartner nicht gegenüber den anderen Miterben begünstigen, kann er wie folgt formulieren:

Im Wege der Teilungsanordnung bestimme ich, dass das im Rahmen der so genannten „Riester-Rente“ geförderte Altersvorsorgevermögen meinem Ehepartner auf seinen Altersvorsorgevertrag übertragen wird. Den hierdurch entstehenden Vermögensvorteil hat er gegenüber den anderen Miterben durch Zahlung auszugleichen.

Der Erblasser kann den Anfall beim Ehegatten auch dadurch sichern, dass er die Einsetzung der übrigen Miterben davon abhängig macht, dass diese dem Ehegatten die Vergünstigung (Fortführung des Vertrages) ermöglichen. Die übrigen Miterben können unter der auflösenden Bedingung i.S.d. § 2075 BGB als Erben eingesetzt werden, dass sie an der Übertragung mitwirken.³⁰ Diese Gestaltungsmöglichkeit stellt aber ein „scharfes Schwert“ dar, das hinsichtlich der Rechtsfolge (Verlust der Miterbenstellung) in keinem rechten Verhältnis zur Vergünstigung (Erhaltung des Ehegattenprivilegs) steht und wohl nur für zugespitzte Ausnahmefälle tauglich sein dürfte.

Der Erblasser kann ferner durch Anordnung einer Verwaltungstestamentsvollstreckung i.S.d. § 2205 BGB dafür sorgen, dass ein Dritter die Übernahme des Privilegs sichert und überwacht.³¹ Ordnet er umfassend Testamentsvollstreckung an, unterliegt der gesamte Nachlass der Verwaltung des Testamentsvollstreckers. Die Testamentsvollstreckung kann sich auch auf die Überwachung und Vollziehung des oben erläuterten Vorausvermächtnisses beschränken. Ist der Testamentsvollstrecker hierfür zuständig, wird die Gefahr der Verzögerung reduziert.

d) Fehlende letztwillige Regelungen

Wie ist die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken, wenn der Erblasser keine Anordnungen getroffen hat? Einigen sich die Miterben, können sie dem Ehepartner die Vorteile erhalten: Es ist zulässig, das geerbte Kapital vollständig zugunsten des Ehegatten auf einen Altersvorsorgebetrag einzuzahlen und den insoweit weichenden Erben hierfür einen Ausgleich zu zahlen.³² Offen ist, ob der Ehegatte, der neben anderen Personen auf Grund gesetzlicher oder testamentarischer Erbfolge als Miterbe berufen ist, einen Anspruch darauf hat, dass die Ausnahmevorschrift des § 93 Abs. 1 S. 6 EStG zu seinen Gunsten Anwendung findet und das geförderte Altersvorsorgevermögen auf seinen Vertrag ausgezahlt wird.³³ Ein solcher Anspruch lässt sich unmittelbar nicht aus den gesetzlichen Neuregelungen herleiten. Aber auch erbrechtliche Vorschriften regeln diese Fallgestaltung nicht. Bei der Miterbengemeinschaft ist die Bindung der Gemeinschaftler weniger streng als bei der BGB-Gesellschaft und Gütergemeinschaft, weil jene ohne (oftmals gegen) den Willen der Berechtigten entsteht. Die Erbengemeinschaft ist nicht auf Dauer, sondern auf Auseinandersetzung angelegt, § 2042 BGB.³⁴ Generell wird den „Sonderwünschen“ einzelner Miterben in weiterem Umfang Rechnung getragen, wie etwa die Anwendbarkeit der für die Bruchteilsgemeinschaft einschlägigen Vorschriften zeigt,

§ 2038 Abs. 2 BGB. Es lässt sich vor diesem Hintergrund nur – unter Hinweis auf allgemeine Regelungen wie etwa das Schädigungsverbot³⁵ oder den Grundsatz von Treu und Glauben – ein Anspruch auf Mitwirkung der übrigen Miterben zur Erlangung von Sondervorteilen behaupten. Es ist anerkannt, dass § 242 BGB auch im Erbrecht, insbesondere im Rahmen der persönlichen Beziehungen von Miterben untereinander, Berücksichtigung findet.³⁶ So soll § 242 BGB – jedenfalls in gewissem Umfang – vor dem Missbrauch der Auseinandersetzungsregeln schützen.³⁷ Dies gilt aber nur dann, wenn die Gemeinschaft (ausnahmsweise) „auf bestimmte Zwecke und Ziele im Interesse ihrer Mitglieder ausgerichtet“, also gesellschaftsähnlich ausgestaltet ist.³⁸ Dementsprechend kann von einem gesteigerten Gebot der Solidarität nur gesprochen werden, wenn über das Band der Miterbschaft hinaus eine Sonderverbindung besteht. Dies zeigt auch die Rechtsprechung zur Auskunftspflicht unter Miterben. Einen Auskunftsanspruch kann der eine Miterbe gegenüber dem anderen in der Regel nicht aus der Pflicht zur wechselseitigen Mitwirkung bei der ordnungsgemäßen Verwaltung herleiten, solche Maßnahmen dienen dem Nachlass, nicht dem einzelnen Miterben.³⁹ Die Miterbenstellung liefert also für die Annahme eines Auskunftsanspruches nicht die erforderliche Sonderbeziehung.⁴⁰ Nur wenn ausnahmsweise eine solche besteht, beispielsweise bei der Alleinverwaltung durch einen Miterben,⁴¹ muss sich ein Miterbe gegenüber dem anderen näher erklären. Allein der Umstand, dass der potentiell Auskunftsberichtigte an einem Informationsdefizit leidet und der potentiell Verpflichtete die gewünschte Auskunft unschwer erteilen kann, reicht nicht aus, um den Anspruch zu begründen.⁴² Auf unseren Fall übertragen bedeutet dies: Allein der Umstand, dass der miterbende Ehepartner einen Vorteil aus der Übertragung hat, der oder die anderen Miterben keinen Nachteil erleiden, genügt nicht, um die „anstandsmäßige Pflicht“ (wie sie, jedenfalls aus Sicht des Ehepartners, genannt werden könnte), bei der Herbeiführung des Vorteils mitzuwirken, zu einer rechtlichen zu verdichten. Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn der Miterbe sich verpflichtet, einen Ausgleich für die ihm entstehenden Vorteile zu bezahlen. Hierdurch wird keine Sonderbeziehung im eben dargestellten Sinne geschaffen.

e) Ehegattenprivileg und Finanzierung von selbstgenutztem Wohneigentum

Förderfähig sind auch Altersvorsorgeverträge, die die Förderung selbstgenutzten Wohnungseigentums ermöglichen,

28 RGZ 93, 196; KG OLGZ 1977, 457; Palandt/Edenhofer, BGB, 62. Aufl., § 2150 Rn 4.

29 Für die Abgrenzung ist mithin die vom Erblasser gewollte wertmäßige Verteilung des Nachlasses der wichtigste Gesichtspunkt: BGH NJW 1998, 682; BGH NJW 1995, 721; vgl. auch Palandt/Edenhofer, BGB, 62. Aufl., § 2048 Rn 5.

30 § 2075 BGB setzt die Zulässigkeit auflösender Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen voraus, vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl., § 2075 Rn 1.

31 Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl., § 2205 Rn 1.

32 BMF v. 5.8.2002, BStBl. I 2002, 767, Rn 116; Blümich/Lindberg, EStG, § 93 Rn 5.

33 Vgl. Lademann, Erbfolgebesteuerung 3/2002, 88.

34 Vgl. auch Staudinger/Werner, BGB, 13. Aufl., § 2032 Rn 9; OLG Hamm JMBL NRW 1975, 143.

35 Vgl. zum allgemeinen Schädigungsverbot, insbesondere dessen historischen Grundlagen: Schiemann, JuS 1989, 345.

36 Vgl. auch Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl., § 242 Rn 16; Staudinger/Schmidt, 13. Aufl., § 242 Rn 1553 ff.; Soergel/Teichmann, BGB, 13. Aufl., § 242 Rn 81; MüKo/Roth, 3. Aufl., § 242 Rn 64.

37 LG Düsseldorf FamRZ 1955, 303.

38 LG Düsseldorf FamRZ 1955, 303, 304 verweist auf § 723 Abs. 2 BGB.

39 Sarres, Die Erbengemeinschaft, Rn 44.

40 BGH JR 1990, 16.

41 Staudinger/Werner, BGB, 13. Aufl., § 2038 Rn 18.

42 Staudinger/Werner, BGB, 13. Aufl., § 2038 Rn 18; vgl. auch RGZ 81, 30 und BGH JR 1990, 16.

§ 1 Abs. 1 S. 2 AltZertG. Die Einbeziehung erfolgt über ein modifiziertes Zwischenentnahmeverfahren, das es dem Anleger ermöglicht, einen Betrag von mindestens 10.000 und höchstens 50.000 EUR förderunschädlich zu entnehmen und diesen Betrag unmittelbar zur Herstellung oder Anschaffung selbstgenutzten inländischen Wohnungseigentums zu verwenden: Altersvorsorge-Eigenheim-Betrag i.S.d. § 22a Abs. 1 EStG.

Bei diesem Modell ist der Anleger verpflichtet, den Betrag bis zur Vollendung seines 65. Lebensjahres in einen Altersvorsorgevertrag zurückzuzahlen, § 92a Abs. 2 EStG. Damit soll erreicht werden, dass der Anleger am Ende der Ansparphase auch über Kapital für eine Rentenauszahlung verfügt, es soll dem Steuerpflichtigen in wirtschaftlicher Hinsicht ermöglicht werden, bei sich selbst einen zinslosen Kredit aufzunehmen.⁴³ Das selbstgenutzte Wohneigentum wird also nur mittelbar, nicht aber unmittelbar als förderfähige Altersvorsorge eingestuft.⁴⁴

Eine schädliche Verwendung liegt vor, wenn der Anleger mit seiner Rückzahlungsverpflichtung mit mehr als 12 Monatsraten in Rückstand gerät, § 92a Abs. 3 EStG. Eine schädliche Verwendung liegt weiter vor, wenn die Wohnung dem Zulageberechtigten nicht nur vorübergehend nicht mehr zu eigenen Wohnzwecken dient, bevor er den Altersvorsorge-Eigenheim-Betrag vollständig zurückgezahlt hat. Dies gilt auch, wenn der Zulageberechtigte verstirbt, bevor er den Altersvorsorge-Eigenheim-Betrag vollständig zurückgezahlt hat, § 92a Abs. 4 Sätze 2 und 3 EStG. Diese schädliche Verwendung im Todesfall lässt sich vermeiden, wenn – bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Zusammenveranlagung nach § 26 Abs. 1 EStG zum Zeitpunkt des Todes des Zulageberechtigten – der Ehegatte des Verstorbenen Eigentümer der geförderten Wohnung ist und ihm diese zu eigenen Wohnzwecken dient, § 92a Abs. 4 S. 3 Nr. 3 S. 1 EStG. Es dürfte ausreichen, wenn der überlebende Ehegatte erst mit dem Tod des Zulageberechtigten (Voll-)Eigentümer wird.⁴⁵

Auch hier gilt mithin: Der ursprünglich Förderberechtigte muss dafür sorgen, dass der Ehegatte die Folgen der schädlichen Verwendung vermeiden kann. Der Ehegatte hat also entweder durch Einsetzung als Alleinerbe oder bei Miterbengemeinschaft im Wege des Vorausvermögens das volle Eigentum oder den dem Ehegatten noch nicht gehörenden Miteigentumsanteil diesem zuzuwenden.

f) Pflichtteilsrechtliche Folgen

Führt die Ehefrau den geförderten Vertrag in Ausnutzung der Sonderregelung in § 93 Abs. 1 S. 6 EStG auf Grund Regelung im Vorsorgevertrag fort, entfällt die Verpflichtung zur Rückzahlung der auf das gezahlte Altersvorsorgevermögen entfallenden Zulagen und der nach § 10a Abs. 4 EStG gesondert festgestellten Beträge, die Ehefrau übernimmt die gesamten mit der Förderung verbundenen Vorteile. Welche pflichtteilsrechtlichen Folgen hat dies?

Hier hilft ein Blick auf eine im weiteren Sinne vergleichbare Fallgestaltung weiter, nämlich diejenige beim Lebensversicherungsvertrag: Der vertraglich erworbene Anspruch auf die Versicherungssumme gehört nach ganz herrschender Meinung nicht zu den Aktiva des Nachlasses.⁴⁶ Der Vermögenswert, der dem Ehegatten durch die vertragliche eingeräumte Möglichkeit zufällt, den Altersvorsorgevertrag fortzuführen, wird am Nachlass vorbeigesteuert, ist damit nicht unmittelbar pflichtteilsrelevant.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Pflichtteilsberechtigte leer ausgeht. Hat der Erblasser durch Vorkehrungen im Altersvorsorgevertrag dafür gesorgt, dass sein Ehepartner zur Fortführung berechtigt ist, so hat er damit den Anspruch aus dem Vertrag dem Begünstigten außerhalb des Nachlasses – in der Regel: schenkweise – zugewendet, mit der

Folge, dass der Pflichtteilsberechtigte einen Ergänzungsanspruch gem. § 2325 BGB geltend machen kann.

Seit der Entscheidung des Reichsgerichts v. 25.3.1930⁴⁷ ist für die Berechnung des Ergänzungsanspruches gem. § 2325 BGB bei Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages durch den Erblasser nicht die dem Begünstigten zugeflossene Lebensversicherungssumme, sondern die vom Erblasser gezahlte Prämie maßgeblich. Mit den Worten des Reichsgerichts:

„Der Versicherungsnehmer will (...) den Bezugsberechtigten durch seine Aufwendungen an Prämienzahlungen die Versicherungssumme verschaffen, und so bildet den Gegenstand der Schenkung der Anspruch des Versicherungsnehmers auf die Gegenleistung des Versicherers aus dem Versicherungsvertrag, also auf Zahlung der Versicherungssumme. Aber diese selbst hat gem. §§ 330, 331 BGB niemals zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört; sie fällt mit dessen Tode dem Bezugsberechtigten unmittelbar aus dem Vermögen des Versicherers zu. Dagegen ist infolge der Zahlung der Prämienbeträge aus Mitteln des Versicherungsnehmers der Bezugsberechtigte, wenn es zur Auszahlung der Versicherungssumme an ihn kommt, um die aufgewendeten Prämienbeträge unmittelbar aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers bereichert, und zwar um den gesamten Betrag der gezahlten Prämien ...“

Diese Rechtsprechung ist vom BGH bestätigt worden.⁴⁸ Auch der BGH verweist darauf, dass aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers die gezahlten Prämien abgeflossen seien, nicht aber die Versicherungssumme, die dem Begünstigten unmittelbar aus dem Vermögen des Versicherers zufalle. Nach heute ganz herrschender Meinung⁴⁹ ist bei der Zuwendung einer Lebensversicherungssumme durch Einräumung einer Bezugsberechtigung die Summe der entrichteten Prämien bis zur Grenze der Versicherungssumme Gegenstand der ergänzungsrechtlich relevanten Schenkung. Die herrschende Meinung stellt auf die Bereicherung des Bezugsberechtigten als Äquivalent der Vermögensminderung beim Erblasser ab, lehnt mithin die insbesondere von *Harder*⁵⁰ vertretene Auffassung, Schenkungsgegenstand sei die Versicherungssumme, ab. Folgt man der Vorgabe, dass dem Pflichtteilsberechtigten nur für jene Werte ein Ausgleich zu gewähren ist, die zu Lasten des Nachlasses weggegeben wurden,⁵¹ wird auch bei der Riester-Rente entsprechend vorzugehen sein: Gegenstand der Zuwendung sind danach die Leistungen, die der Begünstigte auf den Altersvorsorgevertrag aus seinem Vermögen gezahlt hat, die aus dem Vertrag selbst resultierenden Vermögenswerte, einschließlich der staatlichen Förderungen (Zulagen, Erträge, Steuervorteile), spielen für die Berechnung des Pflichtteils-ergänzungsanspruches keine Rolle.

Anders ist die Rechtslage, wenn der Erblasser nicht durch Benennung seines Ehegatten im Vertrag vorgesorgt hat. In diesem Fall liegt keine schädliche Verwendung vor, wenn

43 Kirchhof/Fischer, EStG, 4. Aufl., § 92a Rn 1.

44 Vgl. zu Einzelheiten die Kommentierung von Fischer, a.a.O. und Blümlich/Lindberg, EStG, § 92a Rn 3.

45 Horlemann, Erbfolgebesteuerung 3/2002, 91.

46 Staudinger/Haas, BGB, 13. Aufl., § 2311 Rn 22; vgl. auch Klingelhöfer, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., Rn 345 und ZEV 1995, 180; Schmalz-Briiggemann, ZEV, 1996, 84.

47 RGZ 51, 403; 61, 217; 128, 187.

48 BGHZ 7, 142; FamRZ 1976, 616.

49 RGZ 128, 187; BGHZ 7, 134; BGH FamRZ 1976, 615; MüKo/Frank, BGB, 3. Aufl., § 2325 Rn 3; Erman/Schlüter, BGB, 11. Aufl., § 2325 Rn 1; Palandt/Edenhofer, BGB; 62. Aufl., § 2325 Rn 11; Staudinger/Haas, BGB, 13. Aufl., § 2325 Rn 38; Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Aufl., § 2325 Rn 22.

50 Harder, FamRZ 1976, 617; unter Hinweis auf die Entscheidung BGH NJW 2004, 214 vertritt mit guten Gründen Elfring, NJW 2004, 483, 485 die Auffassung, geschenkt werde die Versicherungssumme. Es bleibt abzuwarten, ob diese zum Insolvenzrecht ergangene Entscheidung des BGH v. 23.10.2003 die von Elfring erwartete Auswirkung auf das Pflichtteilsergänzungsrecht hat.

51 Staudinger/Haas, 13. Aufl., § 2325 Rn 38.

der Ehepartner durch eine der oben genannten erbrechtlichen Konstruktionen in den Genuss des gesetzlichen Privilegs (Fortführung) kommt. Diesem Fall entspricht beim Lebensversicherungsvertrag die fehlende Angabe eines Bezugsberechtigten. Die Versicherungsforderung gehört in diesem Fall zum Nachlass.⁵² Die Erben erwerben die Forderung kraft Erbgangs, so dass in diesen Fällen die Pflichtteilsberechtigten an dem Vermögenswert gem. §§ 2303, 2311 BGB teilhaben. Dies gilt uneingeschränkt natürlich nur dann, wenn dem Ehegatten erbrechtlich die Ausnutzung des Privilegs ermöglicht wird. Ist dies nicht der Fall, liegt eine schädliche Verwendung mit dem Ergebnis vor, dass eine Rückzahlungsverpflichtung entsteht, die als Passivum des Nachlasses anzusehen ist, Aktivum ist der um die steuerlichen Vergünstigungen verminderte, in den Nachlass geflossene Kapitalbetrag.

Im Regelfall wird es sich bei der Begünstigung des überlebenden Ehegatten um eine ehebedingte Zuwendung handeln, die der BGH grundsätzlich als Schenkung i.S.d. § 2325 BGB ansieht.⁵³ Der Ergänzungsanspruch besteht allerdings dann nicht, wenn die Leistung unterhaltsrechtlich geschuldet war oder der Alterssicherung bzw. der Vergütung von Diensten des begünstigten Ehepartners dient.⁵⁴

6. Widerruf der Begünstigung im Altersvorsorgevertrag

Sorgt der Erblasser im Altersvorsorgevertrag dadurch vor, dass er den Übergang unmittelbar auf seinen Ehepartner vorsieht, hat er damit noch nicht alles getan, den Rechts-erwerb seines Ehepartners zu sichern. Dies liegt an Folgendem:

Der Ehepartner ist Dritter i.S.d. § 331 BGB, der Erblasser ist Versprechensempfänger, die Gesellschaft, mit der kontrahiert wurde, ist Versprechender. Die Zuwendung bedarf im Valutaverhältnis zwischen dem Erblasser und dem Dritten eines Rechtsgrundes. Sie erfolgt meist unentgeltlich, so dass im Regelfall dem Rechtserwerb eine Schenkung zugrunde liegt. Der Schenkungsvertrag kann entweder – was allerdings in der Praxis meist nicht der Fall ist – zu Lebzeiten des Erblassers mit dem Dritten abgeschlossen werden,⁵⁵ er kann aber auch erst nach dem Tod des Erblassers zustande kommen.⁵⁶ Dies setzt voraus, dass der Versprechende als Bote des Erblassers fungiert. Als dessen verlängerter Arm übermittelt er dem Dritten das vom Erblasser durch die Benennung des Dritten als Berechtigtem im Vertrag unterbreitete Schenkungsangebot (§ 130 Abs. 2 BGB), das der Dritte nach dem Tod des Erblassers annehmen kann (§§ 151, 153 BGB),⁵⁷ auch stillschweigend.⁵⁸ Mit dem Tod des Erblassers ist die Schenkung bewirkt, die Versicherungssumme ist beim Begünstigten angefallen, so dass die – wiederum in aller Regel: fehlende – notarielle Form des Schenkungsversprechens i.S.d. § 518 Abs. 2 BGB geheilt ist.⁵⁹ Grundsätzlich können jedoch die Erben die dem Dritten noch nicht zugegangene, das Angebot enthaltende Willenserklärung des Versprechensempfängers (Erblassers) widerrufen.⁶⁰ Nicht zu Unrecht wird in der Literatur insofern von einem „Wettlauf von Erben und Versprechendem“ gesprochen.⁶¹ Der entscheidende Gesichtspunkt ist, dass der Erblasser, der seine Verfügungsfreiheit behält, ein bindendes Valutaverhältnis gerade nicht begründet, dementsprechend widerrufsfest sich zugunsten des Dritten nur festlegt, wenn er diesen zu Lebzeiten an dem maßgeblichen Rechtsgeschäft formgerecht beteiligt oder die Zuwendung in Form einer letztwilligen Verfügung kleidet.⁶² Die Erben sollen nach Auffassung des 22. Zivilsenats des OLG Celle⁶³ beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall noch nicht einmal gebunden sein, wenn der Erblasser auf den Widerruf gegenüber dem Versprechenden verzichtet hat. Der 3. Zivilsenat desselben Gerichts⁶⁴ sieht dies anders: Der Erbe könne nicht widerrufen, weil er kein weiter gehendes Recht zum Widerruf habe als der Erblasser selbst. Der Verspre-

chensempfänger habe zu Lebzeiten ein unwiderrufliches Recht des Dritten begründet.

Folge: Dem Ehepartner ist nicht nur zu raten, zugunsten seines Ehepartners im Altersvorsorgevertrag zu verfügen, er sollte dies auch bestandsfest tun, also entweder seine Verfügung notariell absichern oder zumindest auf sein Widerrufsrecht bindend verzichten.

III. Schlussbemerkungen

Aus Raumgründen kann auf die mannigfachen Probleme bei Verträgen zugunsten Dritter – Weitergabe von Lebensversicherungsverträgen, Wertpapieren etc. – nicht weiter eingegangen werden, auch nicht auf andere Säulen vertraglicher Altersvorsorge, beispielsweise der Übertragung von Vermögen durch Übergabeverträge unter Vereinbarung von Nießbrauchsvorbehalt und Pflegeverpflichtung.⁶⁵ Ebenfalls nicht behandelt werden können Verträge, die zur Sicherung des betreuten Wohnens im Alter abgeschlossen werden.⁶⁶ Es sei aber darauf hingewiesen, dass das Heimgesetz in diesem Punkt ab 1.1.2002 in einer geänderten Fassung gilt. Allein die Tatsache, dass ein Vermieter von Wohnraum durch Verträge mit Dritten oder auf andere Weise sicherstellt, dass den Mietern Betreuung und Verpflegung angeboten werden, begründet allein nicht die Anwendung des Heimgesetzes. Dies gilt erst dann, wenn die Mieter vertraglich verpflichtet sind, allgemeine Betreuungsleistungen für Notrufdienste oder Vermittlung von Dienst- und Pflegeleistungen von bestimmten Anbietern anzunehmen und das Entgelt hierfür im Verhältnis zur Miete von untergeordneter Bedeutung ist. Auf § 1 Abs. 2 des Heimgesetzes in der neuen Fassung nehme ich Bezug.

Eine eher philosophische Bemerkung sei gestattet: Oben wurde empfohlen, in den Altersvorsorgeverträgen dafür Sorge zu tragen, dass der Ehegatte die Förderung fortführen kann. Vertragliche Regelungen sind ohnehin, so scheint es, beliebter als die Festlegung in letztwilligen Verfügungen. Offensichtlich schätzen potentielle Erblasser den Schwebestand, der die Verträge zugunsten Dritter so angreifbar macht, aber auch den oben beschriebenen Wettlauf ermöglicht. Es fällt vielen Leuten schwer, sich von ihrem Vermögen zu trennen und in einem so wichtigen Dokument

52 BGHZ 32, 44; *Staudinger/Haas*, BGB, 13. Aufl., § 2311 Rn 23; *Schmalz-Brüggemann*, ZEV 1996, 84.

53 BGH FamRZ 1989, 732; siehe zu ehebedingten Zuwendungen i.S.d. Pflichtteilergänzungsrechts auch: *Palandt/Edenhofer*, BGB, 62. Aufl., § 2325 Rn 10.

54 BGH FamRZ 1989, 732; vgl. hierzu *Kollhoser*, NJW 1994, 2313; *Langenfeld*, ZEV 1993, 129; 1994, 2133; *Brambring*, ZEV 1996, 254.

55 *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2301 Rn 23.

56 *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., Rn 24; *Staudinger/Jagmann*, BGB, 13. Aufl., § 331 Rn 18.

57 BGH NJW 1975, 382; 1976, 749; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., § 331 Rn 4; *Erman/Westermann*, BGB, 11. Aufl., § 331 Rn 4.

58 BGH NJW 1984, 481; BGHZ 91, 291.

59 *Soergel/Wolf*, a.a.O., Rn 23; *Staudinger/Jagmann*, a.a.O., § 331 Rn 18.

60 BGH NJW 1975, 382; NJW 1984, 480; a.a.: *Muscheler*, WM 1994, 921; *MüKo/Gottwald*, 3. Aufl., § 331 Rn 10.

61 Vgl. *Harde*, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, S. 146 ff.; *Lorentz*, in: *Festschrift für Schwebler*, S. 368; vgl. zu weiteren Lösungsvorschlägen: *Staudinger/Jagmann*, BGB, 13. Aufl., § 331 Rn 22.

62 *MüKo/Gottwald*, BGB, 3. Aufl., § 331 Rn 7; *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 13. Aufl., § 2301 Rn 44; *Staudinger/Jagmann*, BGB, 13. Aufl., § 331 Rn 22.

63 OLG Celle WM 1993, 591.

64 OLG Celle WM 1996, 851, so wohl auch BGH WM 1976, 1130.

65 *Krause*, in: *Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichosflos*, Handbuch Erbrecht, 2001, Kap. 3, Rn 89; *Weirich*, Erben und Vererben, 4. Aufl., Rn 1082; *Basty*, in: *Kersting/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 24. Aufl., § 43 Rn 68 M sowie zum Rücktritt vom Übergabevertrag mit Pflegeverpflichtung *Frieser*, ZFE 2002, 178–182.

66 Angaben zu den Erfordernissen, die die Verträge zu „Betreutem Wohnen im Alter“ erfüllen sollten, finden sich u.a. in: *Finanztest* 10, 2001, S. 24–26; in: *Ratgeber Betreutes Wohnen*, hrsg. vom Deutschen Mieterbund, Berlin 2000; in: *Ratgeber Betreutes Wohnen*, hrsg. von der Verbraucherzentrale, Düsseldorf 2001 und in: *Kraemer-Preiss, Ursula*: *Ratgeber Betreutes Wohnen* (inkl. Musterverträge), 2000.

wie einem Testament eine verbindliche Entscheidung zu treffen. Es ist angenehmer, bei der Bank einen Vertrag zugunsten Dritter zu unterschreiben, als bei einem Rechtsanwalt oder Notar eine letztwillige Verfügung zu erörtern. Offensichtlich halten es viele Menschen mit dem Prediger Salomo:⁶⁷

„Es muss ein Mensch, der seine Arbeit mit Weisheit, Verstand und Geschicklichkeit getan hat, es einem anderen zum Erbe überlassen, der sich nicht darum bemüht hat. Das ist auch eitel und ein großes Unglück.“

⁶⁷ Altes Testament, Kap. 2, 21.