

OLG Stuttgart Urteil vom 29.6.2009, 5 U 40/09

Testamentsvollstreckung: Zuordnung eines Depotvermögens unter Berücksichtigung einer Stiftung mit Sitz in **Liechtenstein**

Leitsätze

1. Die wirksame Begründung einer Stiftung nach **liechtensteinischem** Recht setzt voraus, dass der Stifter das Stiftungsvermögen der Stiftung endgültig und ohne Widerrufsmöglichkeit zuführt.

 2. Entsprechendes gilt dann, wenn das Vermögen der Stiftung über einen Stiftungsverwalter zugeführt wird, der über einen Mandatsvertrag auf Weisung des wirtschaftlichen Stifters zu handeln hat.

 3. Liegt ein Scheingeschäft vor, so ist das Vermögen weiterhin dem Vermögen des wirtschaftlichen Stifters zuzurechnen und fällt bei dessen Tod in seinen Nachlass. Es steht daher nicht im Wege eines Vertrages zu Gunsten Dritter auf den Todesfall dem in Stiftungsreglement benannten Nachbegünstigten zu.
- Es wurde Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegt.

Az. des BGH: III ZR 190/09.

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 5.12.2008 – 27O 47/08 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 - a) Es wird festgestellt, dass das Depotvermögen bei der UBS AG mit dem Sitz in Basel/Schweiz (Kunden-Nr. ...; ...) zum Nachlass der verstorbenen Frau K., geb. ... in R. (...), verstorben am ... , gehört.
 - b) Die Widerklage der Beklagten wird - soweit sie nicht übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist - abgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits in der 1. Instanz trägt zu 75 % die Beklagte, zu 25 % der Kläger. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

3. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Kläger und Beklagte können die gegen sie gerichtete Vollstreckung jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 427.716,30 EUR

Gründe

I.

- 1 1. Der Kläger ist auf Grund des Beschlusses des Nachlassgerichts B. Testamentsvollstrecker bzgl. des Nachlasses der am ... verstorbenen K. (Erblasserin). Die Beklagte, für die mit Beschluss des Vormundschaftsgerichts B. vom 23.04.2007 eine Betreuung angeordnet wurde, ist deren Tochter und Alleinerbin. Sie ist nach längerem Aufenthalt im Ausland auf Dauer krank ins Inland zurückgekehrt.

- 2 Die Parteien streiten darüber, ob das Wertpapier-Depot-Konto bei der UBS-Bank Basel/Schweiz mit der ... Teil des Nachlasses geworden ist oder durch Schenkung auf den Todesfall auf die Beklagte übergegangen ist.

- 3 Die D. Treuhand- und Verwaltungs-Anstalt (...) mit Sitz in Vaduz/Liechtenstein, gründete als Stifterin im Auftrag der Erblasserin die „B.-Stiftung“ mit Sitz in Vaduz durch die Statuten vom 12.11.1999 und erließ

ebenfalls am 12.11.1999 ein Stiftungsreglement. Nach Art. 1 der Stiftungsstatuten besteht die „B.-Stiftung“ mit eigener Rechtspersönlichkeit nach den Vorschriften des **Liechtensteinischen** Personen- und Gesellschaftsrechts (Art. 552 ff. PGR). Das Stiftungskapital beträgt nach Art. 2 der Statuten CHF 30.000,- und die Stifterin und/oder Dritte können jederzeit weitere Vermögenswerte zuwenden. Diese Zuwendungen gelten als von der Stiftung angenommen, es sei denn, dass der Stiftungsrat die Zuwendung ausdrücklich ablehnt, nachdem er davon Kenntnis hat. Für die Verwaltung des Vermögens ist nach Art. 9 der Statuten der Stiftungsrat zuständig. In Bezug auf den Kreis der Begünstigten und der Art der Begünstigungen verweist Art. 10 der Statuten auf das Stiftungsreglement. Begünstigungen sind des Weiteren nicht vererbbar und nur mit Zustimmung des Stiftungsrats veräußerlich, übertragbar und belastbar. Der Erwerb der Begünstigung bedarf zudem der ausdrücklichen oder konkludenten Annahme durch den/die Begünstigten. Bei Handlungsunfähigen (im Sinne der Terminologie des **liechtensteinischen** Rechts) wird gemäß den genannten Regelungen die Annahme vermutet.

- 4 Nach dem Stiftungsreglement war die Erblasserin Erstbegünstigte der Stiftung. Zu Lebzeiten der Erblasserin sollte gem. Art. 1 des Stiftungsreglements der Stiftungsgenuss am gesamten Vermögen der Stiftung und dessen Ertrag der Erblasserin allein zustehen. Für den Fall des Todes der Erblasserin wurden in Art. 2 des Stiftungsreglements die Nachbegünstigten benannt. Nach Art. 17 des Stiftungsreglements ist es dem Stiftungsrat gestattet, das Reglement im Einverständnis mit der Erstbegünstigten zu ändern.
- 5 Das Öffentlichkeitsregisteramt Vaduz bestätigte am 09.05.2001, dass die „B.-Stiftung“ als selbständige juristische Person im Sinne von Art. 552 ff. des **Liechtensteinischen** Personen- und Gesellschaftsrechts am 12.11.1999 errichtet wurde.
- 6 Die Besorgung der Verwaltung der B.-Stiftung übernahm die D. entsprechend dem Mandatsvertrag vom 15.05.2001.
- 7 Das Stiftungsreglement wurde zuletzt am 22.03.2002 geändert. Erstbegünstigte blieb immer die Erblasserin. Nach dem Reglement der Fassung vom 22.03.2002 ist nach dem Versterben der Erblasserin Nachbegünstigte die Beklagte zu 100 % (Art. 3).
- 8 Ob die B.-Stiftung Inhaberin des Wertpapier-Depot-Kontos bei der UBS Bank (...) ist, auf welchem sich am 15.12.2005 Wertpapiere im Wert von CHF 2.635.931,- befanden, ist zwischen den Parteien umstritten.
- 9 Am 21.12.2006 erging durch das Finanzamt K. gegen die Beklagte hinsichtlich des Depotvermögens bei der UBS AG ein Schenkungssteuerbescheid in Höhe von EUR 1.000.969,-. Gegen diesen Schenkungssteuerbescheid legte die damalige Betreuerin der Beklagten am 12.01.2007 Einspruch ein, mit der Begründung, es liege keine wirksame Schenkung vor.
- 10 Mit Schreiben vom 02.08.2007 forderte das Finanzamt K. die Beklagte als Alleinerbin der Erblasserin bzw. deren Betreuer auf, das Depotvermögen bei der UBS AG in Basel, nachzuerklären. Am 14.08.2007 erging eine gleich lautende Aufforderung des Finanzamts K. an die Steuerberaterin T., die die Nachlasssache betreut.
- 11 Am 05.09.2007 teilte der Betreuer der Beklagten der Steuerberaterin T. mit, dass für Vermögen, das dem Nachlass zuzuordnen sei, der Kläger die erbschaftssteuerrechtlich relevanten Daten dem Finanzamt zu erklären habe; mit gleicher Post habe er die UBS AG um Auskunft gebeten. Mit Schreiben vom 10.09.2007 bat die Steuerberaterin T. den Betreuer der Beklagten um eine Vollmacht zur Einholung von Auskünften direkt bei der UBS AG über das Wertpapierdepot. Mit Schreiben vom 01.10.2007 übersandte der Betreuer der Beklagten an die Steuerberaterin die ihm von der UBS AG überstellten Unterlagen (Vermögensausweise, Erträgnisaufstellungen).
- 12 Am 26.10.2007 wurde das Guthaben auf dem Depot-Konto bei der UBS AG als zum Nachlass gehörend

von der Steuerberaterin T. gegenüber dem Finanzamt K. nacherklärt und die Beklagtenseite aufgefordert, den Betrag von EUR 475.000,- bereit zu stellen. Am 29.10.2007 forderte der Kläger den Betreuer der Beklagten auf, das Guthaben auf ein Depot bei der Deutschen Bank zu übertragen. Dieses wiederholte der Kläger mit Schreiben vom 11.01.2008 unter Fristsetzung bis 21.01.2008.

- 13 Mit Bescheid vom 11.01.2008 versteuerte das Finanzamt K. das nacherklärte Depot-Vermögen der Erblasserin und setzte die Erbschaftssteuer auf EUR 474.996,- fest.
- 14 Mit Schreiben vom 07.02.2008 an den Kläger berief sich die Beklagte auf einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, weshalb ihr das Stiftungsvermögen zustehe.
- 15 Der Kläger trug erstinstanzlich vor, dass er gem. § 2205 BGB als Testamentsvollstrecker die Verwaltungsbefugnis für die Guthaben bei der UBS AG mit der Nr. habe. Das Guthaben sei in den Nachlass gefallen und er sei auf die Auskunft der Beklagten über die Höhe des Guthabens angewiesen. Die Erblasserin habe im Jahr 1999 keine wirksame Schenkung vorgenommen, zumal unklar sei, ob überhaupt eine wirksame Stiftungsgründung erfolgt sei. Bei der Stiftung sei in Ermangelung eines entsprechenden Schenkungsvertrages keinerlei Guthaben angekommen. Richtig sei vielmehr die Auffassung des Finanzamts, die Beklagte sei Alleinerbin des Depotvermögens geworden. Diese habe demnach das Guthaben bei der UBS AG nicht auf Grund eines Vertrags zugunsten Dritter erhalten.
- 16 Auch sei die Stiftung nicht Inhaberin von Ansprüchen gegen die UBS AG. Die Gründung der Stiftung wurde klägerseits erstinstanzlich bestritten. Das Depotvermögen sei der Verwaltung des Klägers als Testamentsvollstrecker zu unterstellen. Die Beklagte habe keinen Anspruch auf Auszahlung des Guthabens erwerben können. Das Guthaben habe die Erblasserin erst nach Stiftungsgründung auf die Stiftung übertragen wollen. Weder sei insoweit eine Schenkung noch ein Darlehen anzunehmen. Die Erblasserin habe nämlich eine umfassende Weisungsbefugnis bzgl. des Vermögens gehabt, so dass die Beklagte einen Erwerb einer angeblichen Begünstigung nicht annehmen habe können. Vielmehr habe die Erblasserin über das Depotvermögen wie über ein eigenes Bankguthaben verfügen können. Es fehle an einer für eine Schenkung wesentlichen Vermögensentäußerung. Da kein Stiftungsvermögen vorhanden sei, habe die Beklagte als Begünstigte nichts erhalten können.
- 17 Hilfsweise erklärte der Kläger erstinstanzlich die Kündigung eines möglichen Darlehensvertrags zwischen der Erblasserin und der Stiftung. Falls die Beklagte nicht die richtige Erklärungsempfängerin sei, habe sie die Kündigungserklärung den betreffenden Organen der Stiftung als Botin zu überbringen.
- 18 Der Kläger beantragte in erster Instanz im Wege einer Stufenklage:
 - 19 1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft über den Bestand der Guthaben mit der Nummer ... , UBS AG Basel/Schweiz zu erteilen und zwar durch Vorlage von entsprechenden Belegen.
 - 20 2. Die Beklagte wird verurteilt, erforderlichenfalls die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben an Eides Statt zu versichern.
 - 21 3. Die Beklagte wird verurteilt, die nach Erteilung der Auskunft noch zu beziffernden Guthaben an den Kläger zu bezahlen.
- 22 Hilfsweise, für den Fall der Erfolglosigkeit seiner Hauptanträge, beantragte der Kläger erstinstanzlich:
 - 23 1. Die Beklagte wird verurteilt, ihre Ansprüche gegenüber der B.-Stiftung mit Sitz in Vaduz/**Liechtenstein** auf Auskunft über den Bestand der Guthaben mit der Nummer ... , Kundennummer ... , Basel/Schweiz, an den Kläger abzutreten.
 - 24 2. Die Beklagte wird verurteilt, ihre Ansprüche gegenüber der B.-Stiftung mit Sitz in Vaduz/**Liechtenstein** auf Auszahlung und Übertragung der Guthaben mit der Nummer ... , UBS AG, Basel/Schweiz, an den

Kläger abzutreten.

- 25 Die Beklagte hat erstinstanzlich Klageabweisung beantragt.
- 26 Des Weiteren hat die Beklagte in erster Instanz Widerklage erhoben mit dem Antrag:
- 27 1. Es wird festgestellt, dass die Ansprüche gegen die B.-Stiftung mit Sitz in Vaduz/**Liechtenstein** auf das Depotvermögen bei der UBS AG mit Sitz in Basel/Schweiz (...) nicht zum Nachlass der verstorbenen Frau K., gehören.
- 28 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte die Ansprüche gegen die B.-Stiftung mit Sitz in Vaduz/**Liechtenstein** auf das Depotvermögen bei der UBS AG mit Sitz in Basel/Schweiz (...) aufgrund eines Schenkungsvertrags mit der verstorbenen Frau K., erwarb.
- 29 Die Beklagte trug erstinstanzlich vor, dass ein Anspruch des Klägers auf Auszahlung eines Guthabens bei der UBS AG, dessen Durchsetzung die Auskunft dienen solle, nicht bestehe. Der Kläger könne auch nicht Abtretung dieser Ansprüche verlangen. Die Beklagte habe die Ansprüche gegen die Stiftung aus dem Rechtsgrund eines Schenkungsvertrags mit der Erblasserin erworben, nämlich durch die Errichtung der Stiftung in Verbindung mit dem Reglement vom 22.03.2002 zu Gunsten der Beklagten als Dritte im Sinne des § 331 Abs. 1 BGB, und damit nicht aus dem Nachlass der Erblasserin, sondern am Nachlass vorbei durch Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall. Davon sei auch die Erblasserin selbst ausgegangen, wie u.A. die zu Kostenzwecken erfolgte Angabe zum Nachlasswert bei der Testamentserrichtung vom 09.06.2000 i.H.v. DM 100.000,- zeige. Das Deckungsverhältnis sei die Stiftung der Erblasserin i.V.m. dem Reglement vom 22.03.2002 zugunsten der Beklagten als Dritte i.S.d. § 331 Abs. 1 BGB. Das Valutaverhältnis sei erst nach dem Tode der Erblasserin durch konkludente Annahme des Schenkungsangebots durch die Beklagte entsprechend der Regelung des Art. 10 des Stiftungsstatuts zustande gekommen.
- 30 Selbst wenn die Auffassung des Klägers richtig wäre, müsste der Kläger nach Auffassung der Beklagten seine Ansprüche unmittelbar gegen die Stiftung richten, da diese eigene Rechtspersönlichkeit habe und im Außenverhältnis ausschließlich anspruchsberechtigt gegenüber der UBS AG sei.
- 31 Der Kläger hat in erster Instanz beantragt:
- 32 Abweisung der Widerklage.
- 33 2. Das Landgericht Stuttgart hat die Klage des Klägers mit Urteil vom 05.12.2008 – 27 O 47/08 – abgewiesen und entsprechend den Anträgen der Widerklage der Beklagten festgestellt, dass die Ansprüche gegen die B.-Stiftung mit Sitz in Vaduz/**Liechtenstein** auf das Depotvermögen bei der UBS AG mit Sitz in Basel/Schweiz (...) nicht zum Nachlass der verstorbenen Frau K., gehören und die Beklagte die Ansprüche gegen die B.-Stiftung mit Sitz in Vaduz/**Liechtenstein** auf das Depotvermögen bei der UBS AG mit Sitz in Basel/Schweiz (...) aufgrund eines Schenkungsvertrags mit der verstorbenen Frau K., erworben hat.
- 34 a) Das Landgericht hält die Klage für zulässig, aber sowohl im Haupt- als auch im Hilfsantrag für unbegründet.
- 35 Der Kläger habe keinen Anspruch auf Auskunft oder Zahlung des auf dem Konto bei der UBS AG befindlichen Guthabens gegen die Beklagte:
- 36 - Selbst dann, wenn, wie vom Kläger vorgetragen, das Guthaben bei der UBS AG in den Nachlass gefallen sei, könne der Kläger als Testamentsvollstrecker Ansprüche auf Auszahlung des Guthabens oder Übertragung der Wertpapiere gegen die UBS AG aus § 985 BGB oder aus Depotvertrag direkt geltend machen.

- 37 - Wären die Vermögenswerte rechtsgrundlos an die B.-Stiftung geflossen, richte sich ein Rückübertragungsanspruch des Nachlasses gem. § 812 BGB gegen die Stiftung selbst.
- 38 - Die Abtretung etwaiger Ansprüche der Beklagten gegen die B.-Stiftung könne der Kläger als Testamentsvollstrecker nicht verlangen. Den Vortrag des Klägers als richtig unterstellt, befänden sich das Guthaben oder die Wertpapiere nicht im Stiftungsvermögen. Hinzu komme, dass sich ein Abtretungsanspruch auch nicht aus einem Besitzrecht gem. § 2205 S. 2 BGB ergebe. Mit seinem Hilfsantrag habe der Kläger eine Verfügung der Beklagten zu seinen Gunsten verlangt. Das Recht auf Besitzeinräumung beziehe sich nicht auf Forderungen oder Ansprüche. Eine entsprechende Anwendung des § 2205 S. 2 BGB auf Forderungen sei entbehrlich. Fielen diese in den Nachlass, könne sie der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Befugnisse selbst einziehen.
- 39 b) Das Landgericht hält die Widerklage der Beklagten für zulässig und begründet.
- 40 - Nach Ansicht des Landgerichts liegt für beide Feststellungsanträge der Widerklage eine Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO vor, so dass die Widerklage zulässig ist.
- 41 - Der negative Feststellungsantrag Ziff. 1 ist nach Ansicht des Landgerichts begründet, da der Kläger nicht habe beweisen können, dass der von der Beklagten behauptete Anspruch nicht bestehe. Die Ansprüche der Erblasserin gegen die B.-Stiftung seien entweder mit ihrem Tode untergegangen oder durch die Erblasserin schenkweise unter Lebenden auf den Todesfall auf die Beklagte übertragen worden. Eine rechtsgrundlose Übertragung des Depotvermögens der Erblasserin auf die B.-Stiftung habe nicht stattgefunden.
- 42 - Das Landgericht geht von einer wirksamen Gründung der B.-Stiftung nach **liechtensteinischem** Recht aus. Ein Scheingeschäft liege nicht vor. Eine Stiftung nach **liechtensteinischem** Recht sei erst dann als nichtig zu qualifizieren, wenn die scheingeschäftliche Errichtung als Ergebnis eines streitigen Zivilverfahrens feststehe. Im Übrigen könnten Ansprüche gegen die B.-Stiftung dem Nachlass nicht zustehen, wenn die B.-Stiftung nicht als Rechtspersönlichkeit entstanden wäre.
- 43 - Der in der Widerklage geltend gemachte Feststellungsantrag Ziff. 2 der Beklagten ist nach Ansicht des Landgerichts begründet. Die Beklagte habe auf Grund einer Schenkung auf den Todesfall die gegen die Stiftung gerichteten Ansprüche auf das Depotvermögen erworben. Die Frage der Wirksamkeit der Schenkung von Todes wegen richte sich gem. Art. 25 EGBGB nach deutschem Recht, da die Erblasserin deutsche Staatsangehörige war. Auch bei Anwendung des § 331 BGB im Falle einer bei Tod der Erblasserin vollzogenen Schenkung wäre für das Valutaverhältnis zwischen Erblasserin und Beklagter nach Art. 28 EGBGB das deutsche Recht anzuwenden, da beide in Deutschland ansässig seien und die deutsche Staatsangehörigkeit haben. Im zuletzt gültigen Stiftungsreglement sei vom Stiftungsrat die Erblasserin als Begünstigte eingesetzt worden und als Nachbegünstigten nach deren Tod die Beklagte. Es handele sich bei den Bestimmungen im Reglement um einen Vertrag zu Gunsten Dritter, in welchem sich die Stiftung unter anderem verpflichtet habe, nach dem Tod der Erblasserin die Leistungen an die Begünstigte zu überbringen und dieser die Schenkungsofferte zu übermitteln, was geschehen sei. Diese Schenkungsofferte sei auch von der Beklagten angenommen worden. Mit dieser Annahme sei der Schenkungsvertrag nach § 516 BGB wirksam geworden.
- 44 - Schließlich ist nach Ansicht des Landgerichts die Schenkungsofferte auch nicht widerrufen worden, auch nicht vom Kläger. Ein Widerruf sei nur zulässig, wenn die Schenkungsofferte nicht unwiderruflich abgegeben worden sei. Nach dem Tod der Erblasserin habe eine Änderung des Reglements (Art. 16) nur noch äußerst eingeschränkt erfolgen können und dies auch nur dann, wenn der Nachbegünstigte der Stiftungsgenuss verbleibe und in „möglichst optimaler Weise“ zukomme. Diese Regeln sprächen dafür, dass die Schenkungsofferte der Erblasserin nur zu ihren Lebzeiten von ihr selbst widerrufen werden konnte. Ein Widerruf sei nach dem Tode der Erblasserin nicht möglich gewesen. Auch wäre im Falle

eines -zulässigen- Widerrufs ein Begünstigter der Stiftung nicht mehr bestimmt. Der Erbe trete nach den Regeln des Stiftungsreglements nicht automatisch in die Stellung eines Begünstigten ein. Vielmehr käme der Stiftungsgenuss bei Wegfall einer Begünstigten nach Art. 9 des Reglements den weiter entfernten Verwandten der Erblasserin zu. Ein solcher Schwebezustand hinsichtlich des Stiftungsgenusses könne nicht im Interesse der Erblasserin gelegen haben.

45 3. a) Der Kläger hat gegen das am 12.12.2008 zugestellte Urteil fristgerecht am 09.01.2009 Berufung eingelegt und diese innerhalb der gewährten Frist begründet. Der Kläger beantragt:

46 1. Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 05.12.2008 wird abgeändert.

47 2. Es wird festgestellt, dass das Depotvermögen bei der UBS AG mit dem Sitz in Basel/Schweiz (...) zum Nachlass der verstorbenen Frau K. gehört.

48 Hilfsweise:

49 Es wird festgestellt, dass die Ansprüche gegen die B. Stiftung mit dem Sitz in Vaduz/**Liechtenstein** auf das Depotvermögen bei der UBS AG mit dem Sitz in Basel/Schweiz (...) zum Nachlass der verstorbenen Frau K., gehören und nicht von der Beklagten erworben wurden.

50 3. Die Widerklage der Beklagten wird abgewiesen.

51 Der Kläger greift mit der Berufung die Ausführungen des Landgerichts, insbesondere zur unterstellten Schenkung unter Lebenden auf den Todesfall, als rechtsirrig an. Das Depot-Vermögen bei der UBS AG sei in den Nachlass gefallen, so dass er einen Direktanspruch gegen die UBS AG auf Auszahlung des Guthabens und Übertragung der Wertpapiere an und auf den Nachlass in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker über das Vermögen der Erblasserin habe.

52 b) Der Kläger wendet sich gegen die als unstrittig gewertete Behauptung des Landgerichts, die D. habe als Stifterin bei der Gründung der Stiftung für die Erblasserin gehandelt. Ein wirksames Stiftungsgeschäft liege nicht vor. Es fehle bereits an der erforderlichen Übertragung des Stiftungsvermögens. Mit der Klage verfolge man das Ziel, die Nichtigkeit der Stiftungsgründung festzustellen. Bei dem Stiftungsgeschäft handele es sich, ebenso wie im Falle den der BFH mit Urteil vom 28.06.2007 – II R 21/05 (BFHE 217, 254 = ZEV 2007, 440) zu entscheiden hatte, um ein klassisches Strohmännchen-Geschäft; über das Stiftungsvermögen könne der wirtschaftliche Stifter wie über eigenes Bankguthaben verfügen. Es liege daher keine rechtswirksame Zustiftung vor und das streitbefangene Depotvermögen sei zu keinem Zeitpunkt Stiftungsvermögen geworden.

53 Fürsorglich bestreitet der Kläger die Übermittlung einer Schenkungsofferte sowie die Annahme einer solchen. Zumindest habe der Kläger mit Klageerhebung die Schenkungsofferte widerrufen.

54 4.a) Die Beklagte ist der Berufung des Klägers mit Schriftsatz vom 17.04.2009 (Bl. 233 ff.) fristgerecht entgegengetreten und erklärt im Hinblick auf den Hilfsantrag des Klägers in der Fassung der Berufungsbegründung die negative Feststellungsklage zu Ziffer 1.) der Widerklage für erledigt und beantragt, insoweit die Kosten dem Kläger aufzuerlegen. Im Übrigen beantragt die Beklagte, die Berufung zurückzuweisen. Rein fürsorglich beantragt die Beklagte, die Klage in der Fassung der Anträge der Berufungsbegründung abzuweisen.

55 b) Die Beklagte hält die Klage in der Fassung der Klageänderung im Hauptantrag für unbegründet, denn das Guthaben bei der UBS AG sei nicht in den Nachlass gefallen. Vielmehr sei die Feststellung des Landgerichts richtig, dass die Beklagte die Ansprüche der Erblasserin gegen die B.-Stiftung durch eine Schenkung auf den Todesfall erworben habe, da die Stiftung eigene Rechtspersönlichkeit durch wirksame Gründung erlangt habe. Der Widerruf der Schenkungsofferte durch den Testamentsvollstrecker sei nicht möglich, da es sich um ein höchstpersönliches Recht des Erben handele.

- 56 Durch die Klage in der Fassung der Klageänderung erledige sich der negative Feststellungsantrag zu Ziffer 1.) der Widerklage der Beklagten.
- 57 Der Feststellungsantrag der Beklagten zu Ziffer 2.) der Widerklage sei weiterhin begründet.
- 58 Der Kläger schließt sich der Teilerledigterklärung zu Ziff. 1 der Widerklage an.

II.

- 59 Die Berufung des Klägers ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt, und auch begründet. Das Urteil des Landgerichts ist entsprechend dem als Hauptantrag gestellten Feststellungsantrag des Klägers (Ziff. 2) abzuändern und die Widerklage (soweit nicht bereits für erledigt erklärt) abzuweisen.
- 60 1.a) Der Kläger hat seinen Klagantrag von der erstinstanzlich verfolgten Stufenklage mit dem Ziel der Leistung an den Kläger hin zu einer in der Berufungsinstanz verfolgten positiven Feststellungsklage geändert. Der Kläger geht nunmehr davon aus, dass er einen Direktanspruch gegen die UBS AG auf Auszahlung des Guthabens und Übertragung der Wertpapiere als Teil des Nachlasses in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker über das Vermögen der Erblasserin habe. Insoweit handelt es sich nicht um eine Klageänderung, sondern um eine qualitative Änderung des Klageantrags bei gleich bleibendem Klagegrund, § 264 Nr. 2 ZPO (OLG Celle VersR 1975, 264; Zöller-Greger, 27. Aufl. 2009, § 264 ZPO Rn. 3 b). In dieser Klagebeschränkung liegt entgegen der Ansicht des Klägers aber zugleich eine teilweise Klagerücknahme (Zöller-Greger, aaO, § 264 ZPO Rn. 4a), da der positive Feststellungsantrag der Berufung ein Weniger im Vergleich zum Leistungsantrag der ursprünglichen Stufenklage darstellt. Der Kläger kann nur Feststellung erreichen, dass das Depot-Vermögen zum Nachlass gehört, nicht jedoch Zahlung bzw. Herausgabe des Depot-Vermögens, da er diese Ansprüche nicht ggü. der Beklagten geltend machen kann.
- 61 b) Ob die teilweise Klagerücknahme nur mit Einwilligung der Beklagten gem. § 269 ZPO möglich ist, ist umstritten (vgl. ausführlich Walther, Klageänderung und Klagerücknahme, 1969; derselbe NJW 1994, 423 ff; Pawlowski, Festschrift für Martin Rohwedder, 1994, 309 ff. jeweils mit ausführlichen weiteren Nachweisen). Antragsbeschränkungen sind zwar durch die gesetzliche Regelung vom Einwilligungserfordernis, welches § 263 ZPO für die Klageänderung postuliert, ausgenommen. Fraglich ist indes, ob die beklagte Partei nach Verhandlung zur Hauptsache in eine Klagebeschränkung einwilligen muss, weil mit der Beschränkung des Antrags gleichzeitig eine teilweise Rücknahme der Klage verbunden sein könnte (vgl. zum Streitstand Brammsen/Leible, JuS 1997, 54, 59). Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass die Klagebeschränkung nicht zugleich den alten Antrag erledige, so dass, wenn insoweit weder ein Verzicht (§ 306 ZPO) noch eine Erledigung seitens des Klägers erklärt wird, grundsätzlich eine Einwilligung des Beklagten erforderlich sei (sog. Kumulationstheorie; in diesem Sinne Zöller/Greger, aaO, § 264 ZPO Rn. 4 a; § 269 ZPO Rn. 5; Thomas/Putzo, aaO, § 264 ZPO Rn. 6). Die Gegenauffassung geht davon aus, dass jedwede Klagebeschränkung im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO zulässig sei und § 269 Abs. 1 ZPO nur auf vollständige Klagerücknahmen Anwendung finde (sog. Isolationstheorie, vgl. Walther, NJW 1994, 423, 426; Schellhammer, Zivilprozess, 12. Aufl. 2007, Rn. 1667; Musielak-Foerste, 6. Aufl. 2008, § 264 ZPO Rn. 6). Nur bei solchen Prozesshandlungen, die die Umgehung des § 269 ZPO bezweckten, liege keine als zulässige Klageänderung zu qualifizierende Antragsbeschränkung i.S.d. § 264 Nr. 2 ZPO, sondern eine vollständige Klagerücknahme vor. Vermittelnde Auffassungen differenzieren zwischen einer quantitativen und einer qualitativen Klagebeschränkung. Nur bei einer quantitativen Beschränkung des Klageantrages sei eine Einwilligung der beklagten Partei nach § 269 Abs. 1 ZPO erforderlich (MüKo/Becker-Eberhard, 3. Aufl. 2008, § 264 ZPO Rn. 23; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 98 Rn. 28; Jauernig, Zivilprozessrecht, 29. Aufl. 2007, § 41 II 2). Der Bundesgerichtshof hat in dem seinem Urteil vom 01.06.1990 (NJW 1990, 2682) zugrunde liegenden Fall einer qualitativen Klagebeschränkung die Frage nicht entscheiden müssen, weil dort von einer Einwilligung in die Klageänderung nach § 267 ZPO ausgegangen werden konnte.

- 62 c) Im vorliegenden Fall ist eine Streitentscheidung nicht von Nöten. Zum einen hat sich die Beklagte rügelos in ihrer Berufungserwiderung auf die Klageänderung eingelassen. Zum anderen dürfte die Beklagte auch kein Interesse an einem Widerspruch gegen die Klageänderung haben, da die Beklagte als Alleinerbin letztlich auf beiden Seiten des gegenständlichen Verfahrens steht.
- 63 2. a) Die Klage verfolgt nunmehr keinen Zahlung-/Herausgabeanspruch mehr, sondern einen Anspruch auf positive Feststellung, dass das Depot-Vermögen bei der UBS AG zum Nachlass der Erblasserin gehöre. Der Kläger hat damit eine Vorfrage bzgl. der Zugehörigkeit einer Vermögensmasse zu dem unter seiner Verwaltung stehenden Nachlass gestellt. Welche Gegenstände Nachlassbestandteil geworden sind, beurteilt sich nicht nach dem allgemeinen Erbstatut, das hier gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB wegen der Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit der Erblasserin auf deutsches Recht verweist. Vielmehr richtet sich diese Vorfrage nach dem jeweiligen Einzelstatut, das die Entstehung oder Übertragung des fraglichen Rechts erfasst (vgl. nur BGH NJW 1959, 1317; BGH BB 1969, 197; Erman-Hohloch, 12. Aufl. 2008, Art. 25 EGBGB Rn. 9).
- 64 b) Entscheidend für die Frage, ob das Depot-Vermögen zum Nachlass gehört, ist die Prüfung der wirksamen Errichtung der B.-Stiftung. Durch die Übertragung des Depot-Vermögens auf die B.-Stiftung könnte eine wirksame Zustiftung vorgenommen worden sein. Der Stiftungsgründungsakt beurteilt sich nach dem Gründungsstatut (Löwe/Pelz, BB 2005, 1601, 1602). Bei der B.-Stiftung handelt es sich um eine nach **liechtensteinischem** Recht gegründete, mit Sitz in Vaduz/**Liechtenstein** errichtete Stiftung, so dass **liechtensteinisches** Recht für die Frage der wirksamen Errichtung der B.-Stiftung maßgeblich ist. Ist eine wirksame Stiftung errichtet worden, richten sich Ansprüche der Erblasserin gegen die B.-Stiftung auf das Depot-Vermögen nach dem Stiftungsreglement und unterliegen damit ebenfalls **liechtensteinischem** Recht. Im Verhältnis der B.-Stiftung zur UBS AG mit Sitz in Basel/Schweiz, findet gem. Art. 28 Abs. 2 EGBGB schweizerisches Recht Anwendung, da die UBS AG das Vermögen verwaltet und daher die vertragscharakteristische Leistung erbringt. Auf die Prüfung des Vorliegens einer bei solchen Bankgeschäften üblicherweise vorgenommenen Wahl des schweizerischen Sitzrechts der Bank (Art. 27 EGBGB) kommt es somit nicht mehr an.
- 65 c) Das Stiftungsreglement beinhaltet einen Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall, indem es die Beklagte als Nachbegünstigte einsetzt. Die Beklagte könnte wegen dieser Schenkung auf den Todesfall gegen die B.-Stiftung Ansprüche auf das Depot-Vermögen erworben haben. Die Frage, ob eine wirksame Schenkung im Verhältnis zwischen der Erblasserin und der Beklagten vorliegt, richtet sich nach deutschem Recht, auch wenn es sich um zugewandte Ansprüche gegen die B.-Stiftung handelt. Schenkungen von Todes wegen unterliegen, soweit sie beim Tod des Schenkers noch nicht vollzogen sind (insoweit Schenkungsstatut), dem Erbstatut (BGH, NJW 1959, 1317; BFH, IPRspr. 1950/51 Nr. 11). Da die Erblasserin deutsche Staatsangehörige war, ist für die Frage, ob eine wirksame Schenkung von Todes wegen vorliegt, deutsches Recht gem. Art. 25 EGBGB maßgeblich. Die Frage, ob und wann eine Schenkung bereits vollzogen ist, entscheidet beim Vertrag zu Gunsten Dritter das Deckungsverhältnis (Palandt/Thorn, 68. Aufl. 2009, Art. 25 EGBGB Rn. 15). Das Deckungsverhältnis besteht zwischen der Erblasserin und der B.-Stiftung. Welches Recht auf dieses Deckungsverhältnis Anwendung findet, beurteilt sich gem. Art. 28 Abs. 2 EGBGB nach dem gewöhnlichen Aufenthalt bzw. Sitz der Partei, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt. Das Landgericht hat die Qualifizierung des Vertrags im Deckungsverhältnis für nicht entscheidungserheblich erachtet und daher offen gelassen. Stellt die Übertragung des Depotvermögens von der Erblasserin auf die Stiftung eine Schenkung der Erblasserin oder einen Darlehensvertrag dar, findet deutsches Recht Anwendung, weil die Erblasserin mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland die vertragscharakteristische Leistung, nämlich die Hingabe des Depotvermögens, erbringt. Ist hingegen von einem Treuhand- oder Verwahrungsvertrag auszugehen, hat die Stiftung das Vermögen der Erblasserin interessengerecht zu verwalten, so dass der Sitz der Stiftung entscheidend ist und damit **liechtensteinisches** Recht zu Anwendung gelangt. Ist nach dem Deckungsverhältnis die Schenkung bereits vollzogen (wie etwa bei § 331 BGB), entscheidet im Valutaverhältnis das Schenkungsstatut (OLG Düsseldorf, FamRZ 2001, 1101, 1102). Die Schenkung

zwischen Erblasserin und Beklagter unterliegt dann deutschem Recht, da die Erblasserin ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte und die vertragscharakteristische Leistung i.S.v. Art. 28 Abs. 2 EGBGB, nämlich die Übertragung des Depot-Vermögens, erbringt.

- 66 3. Der Erfolg der Berufung hängt maßgeblich davon ab, ob die B.-Stiftung wirksam errichtet worden ist. Wurde die Stiftung nicht als rechtsfähige juristische Person entsprechend den Art. 552 ff. **Liechtensteinischen** Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR) errichtet, ist das Depot-Vermögen weiterhin dem Vermögen der Erblasserin zuzurechnen, so dass das Depot-Vermögen Bestandteil des Nachlasses geworden ist. Da der Senat das Depot-Vermögen als solchen Bestandteil des Nachlasses sieht, ist die Berufung des Klägers schon mit seinem Hauptantrag begründet.
- 67 a) Die B.-Stiftung wurde nicht entsprechend den Art. 552 ff. PGR wirksam errichtet. Die Errichtung der Stiftung erfolgte in Form einer Urkunde, auf der die Unterschriften der Stifterin (D.) beglaubigt wurde, und lässt den Willen zur Stiftungserrichtung, den Stiftungszweck und das gewidmete Vermögen erkennen (Art. 555 Abs. 2 PGR). Die Stiftungserrichtung erfolgte mittels eines Treuhänders, der D. Treuhands- und Verwaltungs-Anstalt, so dass die Identität der eigentlichen wirtschaftlichen Stifterin (Erblasserin) geheim blieb. Die Stiftung entsteht als juristische Person grundsätzlich mit der (konstitutiv wirkenden) Eintragung im Öffentlichkeitsregister (Art. 557 Abs. 1, 556 PGR). Eine Eintragung im Öffentlichkeitsregister ist jedoch u.a. bei reinen und gemischten Familienstiftungen nicht erforderlich. Familienstiftungen entstehen bereits mit der Errichtung der Stiftungsurkunde (Art. 557 Abs. 2 PGR). An Stelle der Eintragung werden die Gründungsurkunde sowie die Statuten beim Öffentlichkeitsregister hinterlegt (Art. 554 PGR). Vorliegend wurde aufgrund der beim Stiftungsregister hinterlegten Dokumente durch das Öffentlichkeitsregisteramt am 09.05.2001 amtlich bestätigt, dass die B. Stiftung mit Sitz in Vaduz als selbständige juristische Person i.S.v. Art. 552 ff. PGR am 12.11.1999 errichtet worden ist. Der Zweck der B. Stiftung ist an den Zwecken einer Familienstiftung nach Art. 553 Abs. 2 PGR ausgerichtet. Der Stifter kann sich in der Stiftungsurkunde das Recht vorbehalten, die Stiftung zu widerrufen oder das Stiftungsstatut zu ändern (Art. 559 Abs. 4 PGR). Umfassende Widerrufs- und Änderungsbefugnisse können jedoch im Einzelfall die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Stiftung gefährden. Nach Auffassung des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs des Fürstentums **Liechtenstein** liegt ein nichtiges Scheingeschäft vor (§ 916 ABGB [Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch der in **Liechtenstein** geltenden Fassung der Kodifikation]), wenn sich der Stifter im Zuge des Stiftungserrichtungsgeschäfts Änderungsbefugnisse in der Absicht vorbehält, das Stiftungsvermögen weiterhin zu seinem Vorteil und nicht im Sinne des angegebenen Stiftungszweckes zu verwenden (s. dazu FL OGH v. 7.5.1998 – 4 C 376/96, LES [**Liechtensteinische** Entscheidungssammlung] 1998, 332; v. 7.3.2002 – 12 Rs. 2001.00330-16, n.v.). Gläubiger des Stifters können dann ohne weiteres auf das Vermögen der Stiftung zugreifen. Der Stiftung kommt keinerlei Abschirmwirkung mehr zu. Dementsprechende Widerrufs- oder Änderungsvorbehalte sind in der Stiftungsurkunde der B. Stiftung nicht enthalten, so dass eine Gefährdung der Rechtsfähigkeit jedenfalls aus diesem Grunde nicht in Betracht kommt.
- 68 b) Vorliegend wurde allerdings zwischen der Erblasserin und der D. welche die Besorgung der Verwaltung der Stiftung übernahm, indem sie Partner oder juristische Mitarbeiter der Anwaltssozietät M.& Partner als Mitglieder des Stiftungsrats zur Verfügung stellte, ein Mandatsvertrag abgeschlossen, welcher der Erblasserin ein mehr oder weniger weitreichendes Weisungsrecht sowie umfangreiche Interventions- und Gestaltungsrechte einräumte. So heißt es im Mandatsvertrag: „D. übt dieses Mandat ausschließlich auf Weisung“ des „Auftragsgebers“ (Erblasserin) aus. „Der Auftraggeber kann die Instruktionsberechtigung jederzeit durch schriftliche Mitteilung an D. ändern oder widerrufen. D. und die Stiftungsratsmitglieder sind ohne Instruktion nicht verpflichtet, selbständig zu handeln.“ Aufgrund dieses Mandatsvertrages war es der Erblasserin grundsätzlich möglich, auch noch nach Errichtung der Stiftung über das Stiftungsvermögen und dessen Erträge wie über eigenes Vermögen zu verfügen. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs des Fürstentums **Liechtenstein** ist das Vorliegen eines Mandatsvertrages ein wesentliches Indiz dafür, dass das Stiftungsvermögen nicht aus dem Herrschaftsbereich des Stifters ausgeschieden ist. In diesen Fällen wird die rechtliche Selbständigkeit der

liechtensteinischen Stiftung als juristische Person ausnahmsweise durchbrochen und das Vermögen weiterhin dem wirtschaftlichen Stifter zugerechnet (s. dazu FL OGH v. 7.5.1998 – 4 C 376/96, LES 1998, 332; v. 7.3.2002 – 12 Rs. 2001.00330-16).

- 69 c) Dementsprechend hat auch der BFH in der vom Kläger zitierten Entscheidung v. 28.07.2007 (II R 21/05, BFHE 217, 254 = NJW-RR 2008, 709 = FamRZ 2007, 1980) die für eine wirksame Schenkung wesentliche Vermögensentäußerung zur Ausstattung der Stiftung mit einem Stiftungsvermögen für den Fall abgelehnt, dass die im Gründungsauftrag, Mandatsvertrag und Reglement vorgesehenen Herrschaftsbefugnisse des Stifters ggü. der Stiftung gegen die notwendige Vermögensentäußerung sprechen.
- 70 Nach Art. 1 des Stiftungsreglements v. 22.03.2002 standen der Erblasserin als Erstbegünstigter alle Rechte am gesamten Stiftungsvermögen und dessen Ertrag allein zu. Nach Art. 15 des Stiftungsreglements ist zu ihren Lebzeiten die Abberufung von Stiftungsräten nur mit Einverständnis der Erstbegünstigten zulässig. Der Stiftungsrat kann gem. Art. 16 des Stiftungsreglements nur mit Einverständnis der Erstbegünstigten jederzeit ändern oder aufheben oder durch ein neues ersetzen, was mehrmals geschehen ist. Faktisch hatte die Erblasserin als Erstbegünstigte damit das jederzeitige Recht, dem Stiftungsrat Abänderungen des Reglements aufzutragen.
- 71 Aus dem Mandatsvertrag ergibt sich darüber hinaus, dass der Stiftungsrat nicht ohne Instruktionen der Erblasserin selbständig handeln sollte. Zwar ist die Formulierung insoweit offen gelassen („D. und die Stiftungsratsmitglieder sind ohne Instruktion nicht verpflichtet, selbständig zu handeln.“), tatsächlich bedeutet dies jedoch, dass die D. bzw. der Stiftungsrat weder berechtigt noch verpflichtet sein soll, selbständig zu handeln. Lediglich bestimmte, durch Gesetz, Statuten und gute Sitten sowie die soziale und berufliche Stellung der Stiftungsratsmitglieder begründete Ausnahmen blieben vorbehalten.
- 72 Diese Vereinbarungen und Regelungen verliehen der Erblasserin zu ihren Lebzeiten umfassende Herrschaftsbefugnisse über die Stiftung und deren Vermögen. Die Erblasserin konnte durch entsprechende Weisungen über Anlage und Verwendung des Vermögens entscheiden. Nicht ausgeschlossen wurde die Möglichkeit, durch entsprechende Anweisungen die teilweise oder vollständige Rückübertragung des Vermögens auf die Erblasserin persönlich herbeizuführen. Die B.-Stiftung war dadurch daran gehindert, über das auf sie übertragene Vermögen tatsächlich und rechtlich frei zu verfügen. Aufgrund der Weisungsunterworfenheit der Stiftung und ihrer Organe gegenüber der wirtschaftlichen Stifterin (Erblasserin) konnte diese über das bei der UBS AG angelegte Stiftungsvermögen wie über ein eigenes Bankguthaben verfügen (BFHE 217, 254). Die Nähe zum Strohmanggeschäft oder das Vorhandensein eines solchen Geschäfts liegt auf der Hand.
- 73 Selbst nach dem Tode der Erstbegünstigten ist der Stiftungsrat laut Art. 16 Stiftungsreglement nur eingeschränkt berechtigt, über das Stiftungsvermögen zu verfügen. Änderungen dürfen nur vorgenommen werden soweit es nach pflichtgemäßem Ermessen unter den rechtlichen oder steuerlichen Umständen als unumgänglich erachtet wird, damit der Stiftungsgenuss den Begünstigten zu ihrem Vorteil in möglichst optimaler Weise zukommt. Solche Änderungen dürfen, soweit sie die Rechtsstellung von Begünstigten beeinträchtigen würden, nur mit deren Einverständnis erfolgen.
- 74 d) Rechtsfolge des Scheingeschäfts ist die Durchbrechung der rechtlichen Selbständigkeit der **liechtensteinischen** Stiftung als juristischer Person, so dass das Vermögen weiterhin dem wirtschaftlichen Stifter (Erblasserin) zugerechnet wird und damit Teil des Nachlasses geworden ist (s. dazu FL OGH v. 7.5.1998 – 4 C 376/96, LES 1998, 332; v. 7.3.2002 – 12 Rs. 2001.00330-16).
- 75 Zwar wird die Stiftung nach **liechtensteinischem** Recht erst dann als nichtig qualifiziert und mit Wirkung ex tunc aufgehoben, wenn dies formell-rechtlich im Rahmen eines streitigen Zivilverfahrens erfolgreich durchgesetzt worden ist (Löwe/Pelz, BB 2005, 1601, 1602; Hepberger, Die **Liechtensteinische** Stiftung - Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte des Stifters nach deren Errichtung, 2003, S. 128), jedoch ist davon die Entscheidung über die Zugehörigkeit des Depot-Vermögens zu trennen. Auch wenn die

Stiftung bis zur formell-rechtlichen Entscheidung über ihre Rechtsfähigkeit faktisch bestehen bleibt, bedeutet das nicht, dass bis zur Auflösung auch das Stiftungsvermögen ihr zuzurechnen ist. Hier ist vielmehr eine Trennung dahingehend vorzunehmen, dass das Vermögen nicht als Stiftungsvermögen, sondern als Fremdgeld der Erblasserin gilt.

- 76 Der Feststellungsantrag des Klägers ist damit begründet, so dass festzustellen ist, dass das Depotvermögen bei der UBS AG mit dem Sitz in Basel/Schweiz (...) zum Nachlass der verstorbenen Frau K., gehört.
- 77 2. Auf den Hilfsantrag des Klägers in der Berufungsbegründung Ziff. 2 kommt es somit nicht mehr an. Aber auch er hätte Erfolg, wenn nicht schon der Hauptantrag des Klägers Erfolg hätte.
- 78 a) Nimmt man keine Trennung zwischen Rechtsfähigkeit der Stiftung und Zugehörigkeit des Stiftungsvermögens vor, ist der Hilfsantrag des Klägers auf Feststellung, dass die Ansprüche gegen die B.-Stiftung auf das Depotvermögen zum Nachlass gehören und nicht von der Beklagten erworben wurden, begründet. Wurde das Depot-Vermögen der Stiftung nicht wirksam zugewendet (wie die obigen Ausführungen darlegen), bestehen Ansprüche auf Herausgabe/Zahlung des Guthabens bzw. der Wertpapiere gegen die B.-Stiftung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Stiftung hätte das Depot-Vermögen rechtsgrundlos erworben und ist daher zur Herausgabe verpflichtet. Der Herausgabeanspruch wäre Teil des Nachlasses geworden, da das Depot-Vermögen (wie oben dargestellt) weiterhin der Erblasserin zuzurechnen ist.
- 79 b) Geht man davon aus, die Zuwendung des Depot-Vermögens sei wirksam erfolgt und damit Stiftungsvermögen geworden, hängt die Begründetheit des Feststellungsantrags davon ab, ob Ansprüche gegen die B.-Stiftung auf das Depotvermögen Teil des Nachlasses geworden sind oder ob die Beklagte auf Grund einer Schenkung auf den Todesfall diese Ansprüche erworben hat.
- 80 aa) Ist das Deckungsverhältnis zwischen Erblasserin und B.-Stiftung mangels wirksamer Zuwendung des Stiftungsvermögens (wie oben angenommen) unwirksam, liegt bereits aus diesem Grunde kein wirksamer Vertrag zu Gunsten der Beklagten vor. Geht man hingegen davon aus, die Zuwendung des Depot-Vermögens an die Stiftung sei wirksam erfolgt, liegt ein wirksames Deckungsverhältnis vor. Dabei kann letztlich offen bleiben, ob es sich bei der Übertragung des Depot-Vermögens um eine Schenkung, einen Darlehensvertrag oder um einen Verwahrungs- bzw. Treuhandvertrag handelt. Auf Grund Weisungsabhängigkeit und stark eingeschränkter Verfügungsbefugnisse der Stiftung über das Depot-Vermögen, wäre wohl eher von einem Verwahrungs- oder Treuhandvertrag auszugehen, als von einer Schenkung oder einem Darlehen. Entscheidend ist vielmehr, ob der Dritte (die Beklagte) im Todesfall einen Anspruch auf das Guthaben erlangen soll. Dies ergibt sich aus dem Stiftungsreglement, welches die B.-Stiftung auf Weisung der Erblasserin zu Gunsten der Beklagten erlassen hat. Die Erblasserin wollte das Guthaben der Beklagten für den Todesfall zuwenden. Diese Rechtsfolge ist auch vom Vertragswillen der Stiftung mit umfasst; dabei sind keine strengen Anforderungen zu stellen (vgl. dazu BGHZ 46, 198 (202) = NJW 1967, 101). Ins Gewicht fällt hierbei, dass nach dem Vortrag der Beklagten und den äußeren Umständen davon auszugehen ist, dass das Wertpapier-Depot bei der UBS AG nicht in den Nachlass fallen sollte. Der Umstand, dass die Erblasserin jederzeit Änderungen bezüglich des Stiftungsreglements vornehmen konnte, steht der Annahme eines Vertrages zugunsten der Beklagten schon deshalb nicht entgegen, weil das Gesetz den zweiseitigen und auch den einseitigen Widerrufsvorbehalt für den Vertrag zugunsten Dritter in §§ 328 II, 332 BGB ausdrücklich vorsieht (vgl. auch BGHZ 46, 198 (202) = NJW 1967, 101; BGH, WM 1976, 1130).
- 81 bb) Ob die Beklagte Ansprüche auf das Depot-Vermögen auf Grund einer Schenkung auf den Todesfall hat, richtet sich maßgeblich nach der Wirksamkeit des Valutaverhältnisses. Nach feststehender Rechtsprechung kann durch Vertrag zugunsten Dritter ohne Einhaltung der für Schenkungen von Todes wegen geltenden Formvorschriften (§ 2301 BGB) dem Dritten ein schuldrechtlicher Anspruch auch dann

zugewendet werden, wenn es sich im Verhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten (Valutaverhältnis) um eine unentgeltliche (schenkweise) Zuwendung handelt und der Anspruchserwerb des Dritten erst mit dem Tode des Versprechensempfängers eintreten soll (§§ 328, 331 BGB; BGHZ 41, 95; 66, 8; NJW 2004, 767). Dies gilt auch dann, wenn die Leistung auf Übereignung von Wertpapieren geht (BGHZ 41, 95).

- 82 Für eine wirksame Schenkung bedarf es einer Einigung des Begünstigten mit dem Schenker über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung gem. § 516 BGB, wobei es ausreicht, wenn diese erst nach dem Tode des Schenkers zustande kommt (§§ 130, 153 BGB). Selbst wenn es sich auf Seiten des Schenkers lediglich um ein Schenkungsversprechen handelt, und sei es auch nur ein durch das Überleben des Beschenkten bedingtes Versprechen, ist dieses nicht schon deshalb unwirksam, weil es gemeinhin weder den Formvorschriften für Verfügungen von Todes wegen (§ 2301 I 1 BGB) noch denjenigen für Schenkungsversprechen (§ 518 I 1 BGB) genügt. Denn die Rechtsprechung des BGH nimmt in diesen Fällen im Hinblick auf den sogenannten „Von-Selbst-Erwerb“ des Begünstigten (BGHZ 41, 95 f. = NJW 1964, 1124) sowohl Vollziehung i. S. von § 2301 II als auch Heilung des Formmangels gem. § 518 II BGB an.
- 83 Das Landgericht geht davon aus, weil die Einsetzung der Beklagten in Art. 3 des Stiftungsreglements als Nachbegünstigte auf Weisung der Erblasserin erfolgt sei, könne diese Einsetzung als Antrag der Erblasserin zum Abschluss eines Schenkungsvertrags gewertet werden. Dieser Ansicht wäre für den Hilfsantrag zu folgen. Die D. vertrat auf Grund des Mandatsvertrags vom 15.05.2001 die Erblasserin und stellte den Stiftungsrat. Der Stiftungsrat handelte letztlich also auf Weisung der Erblasserin. Das Stiftungsreglement, welches nach Art. 17 jederzeit mit Einverständnis der Erblasserin abgeändert werden konnte, setzte zuletzt nach Art. 3 die Beklagte als Nachbegünstigte ein. Als „verlängerter Arm“ der Erblasserin war die Stiftung daher berechtigt, aber auch auf Grund der Weisungen und des Reglements verpflichtet, der Beklagten eine Schenkungsofferte nach dem Tod der Erblasserin zu unterbreiten.
- 84 Ob diese Schenkungsofferte allerdings tatsächlich durch die B.-Stiftung an die Beklagte übermittelt wurde und damit wirksam zugeht, ist entgegen der Ansicht des Landgerichts zu bezweifeln. Das Landgericht leitet den Zugang aus der offensichtlichen Kenntnis der Beklagten, die im Schreiben der ehemaligen Betreuerin an das Finanzamt K. vom 12.01.2007 zum Ausdruck komme, sowie aus dem Schreiben der UBS AG an den Betreuer der Beklagten her. Ein substantiiertes Vortragen der Beklagten bzgl. des Zugangs einer entsprechenden Schenkungsofferte durch die Stiftung fehlt allerdings. Wie und in welcher Form die Beklagte durch die Stiftung über Ansprüche auf das Depot-Vermögen informiert worden ist, geht weder aus dem Vortrag der Beklagten noch aus den sonstigen Unterlagen hervor. Evident ist nur, dass die Beklagte über den Schenkungssteuerbescheid des Finanzamts K. vom 21.12.2006 Kenntnis über das Depot-Vermögen erhalten hat, eine Antragsübermittlung bzgl. der Schenkung durch die B.-Stiftung kann darin freilich nicht gesehen werden. Hinzukommt, dass die damalige Betreuerin der Beklagten Einspruch gegen den Schenkungssteuerbescheid eingelegt hatte, weil sie u.a. aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen bezweifelte, dass Seitens der Erblasserin eine Schenkung an die B.-Stiftung erfolgt sei. Von einer Schenkung zu Gunsten der Beklagten wurde zu diesem Zeitpunkt also nicht ausgegangen.
- 85 Auch aus dem Schreiben der UBS AG an den Betreuer der Beklagten ergibt sich nicht eindeutig, dass der Betreuer der Beklagten mit der Stiftung in Kontakt stand. Im Gegenteil übermittelte die UBS AG lediglich unter vorheriger Abstimmung mit der Stiftung die Unterlagen zum Depot-Vermögen. Dabei übermittelte sie außerdem den Hinweis des Stiftungsrates auf das Urteil des BFH vom 28.06.2007 und nannte einen Ansprechpartner der Stiftung bei Rückfragen. Dies lässt darauf schließen, dass die Beklagte bzw. ihr Betreuer gerade nicht in einem direkten Kontakt mit der B.-Stiftung standen und ihr somit auch keine Schenkungsofferte übermittelt wurde.
- 86 cc) Die Darlegung der Annahme einer etwaigen Schenkungsofferte durch die Beklagte ist ebenfalls problematisch. Schriftliche Nachweise oder sonstiger substantiiertes Vortragen durch die Beklagte fehlen insoweit. Zwar kann die Schenkungsofferte durch den Dritten auch stillschweigend (§§ 130 II, 153, 151

BGB) angenommen werden, genauere Umstände, die eine konkludente Annahme seitens der Beklagten begründen würden, wurden allerdings nicht vorgetragen. Der im Schriftsatz der Beklagten vom 09.05.2008 (S. 2) beantragte Zeugenbeweis zur Vernehmung der Angestellten der UBS AG könnte wohl keine sichere Auskunft darüber geben, ob eine Annahmeerklärung der Schenkungsofferte ggü. der Stiftung vorliegt. Lediglich aus den Umständen des Falls ließe sich eine konkludente Annahme herleiten. Dem Landgericht genügt insoweit, dass die Beklagte ersichtlich sämtliche Informationen (Kontoauszüge etc.) von der Stiftung erhalten und in der Folgezeit bereits Ansprüche auf das Depot-Vermögen geltend gemacht hat. Soweit Art. 10 der Stiftungsstatuten bestimmt, dass bei Handlungsunfähigen die Annahme vermutet werde, ist die Bestimmung im Inland unwirksam. Willenserklärungen eines Handlungs- oder Geschäftsunfähigen müssen jedenfalls nach deutschem Recht durch dessen Vertreter, Betreuer oder Vormund abgegeben werden.

- 87 dd) Ein Widerruf eines solchen Schenkungsangebots der Erblasserin durch den Kläger wäre gem. § 130 I 2 BGB nur dann erheblich, wenn er der Beklagten spätestens mit dem Angebot zugegangen wäre, was der Kläger gegebenenfalls zu beweisen hätte (Baumgärtel-Laumen, Hdb. d. Beweislast im PrivatR I, § 130 BGB Rn. 6 m.w.N.). Selbst wenn in der vorliegenden Klage oder im Ersuchen des Testamentsvollstreckers bei der Stiftung um Auskehr des Stiftungsvermögens oder in der vom Kläger ausgesprochenen Kündigung des behaupteten Darlehensvertrags mit der Stiftung ein solcher Widerruf zu sehen wäre, müsste die Wirksamkeit dieses Widerrufs aufgrund der Konstruktion der Stiftung und den Vorschriften des Stiftungsreglements abgelehnt werden. Wie das Landgericht richtig beurteilt, ist der Widerruf der Erklärung nur dann zulässig, wenn die Schenkungsofferte nicht unwiderruflich abgegeben wurde. Nach dem Tod der Erblasserin kann allerdings eine Änderung nur noch äußerst eingeschränkt erfolgen und nur dann, wenn der Nachbegünstigten gem. Art. 16 des Stiftungsreglements der Stiftungsgenuss verblieb und in „möglichst optimaler Weise“ zukommt. Die Schenkungsofferte der Erblasserin sollte daher nur zu ihren Lebzeiten von ihr selbst widerrufen werden können, nach dem Ableben der Erblasserin sollte ein Widerruf ausgeschlossen sein. Andernfalls hätte es der Erbe jederzeit in der Hand, durch Widerruf der Schenkungserklärung den Willen der Erblasserin zu vereiteln. Dasselbe gilt auch - entgegen der Ansicht des Klägers - für den Testamentsvollstrecker und nicht nur für den Stiftungsrat.
- 88 c) Allein der Wille der Erblasserin (§ 133 BGB), eine Zuwendung am Nachlass vorbei zu bewirken, genügt nicht für die Konstruktion einer wirksamen Schenkung von Todes wegen. Ein Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB) kommt bereits dann nicht wirksam zustande, wenn es an einem wirksamen Deckungsverhältnis fehlt. Dies ist der Fall, wenn der B.-Stiftung das Depot-Vermögen durch die Erblasserin nicht wirksam zugewendet wurde. Für ein Schenkungsversprechen der Erblasserin gegenüber der Beklagten i.S.v. § 2301 BGB mangelt es bereits an der gem. § 2276 erforderlichen notariellen Form.

III.

- 89 1. Durch die Klage in der Fassung der Berufungsbegründung des Klägers im Hilfsantrag erledigt sich der negative Feststellungsantrag Ziff. 1 der Widerklage der Beklagten. Die positive Feststellungsklage des Klägers geht insoweit dem negativen Feststellungsantrag der Beklagten vor. Das Interesse an negativer Feststellung entfällt, sobald positive Feststellung begehrt wird (Musielak-Foerste, 4. Aufl. 2005, § 256 ZPO Rn. 17). Über die Kosten der übereinstimmenden Erledigungserklärung ist äußerlich einheitlich im Kostenpunkt des Urteils zu entscheiden (gem. § 91a ZPO bzgl. erledigtem Teil, gem. § 91 ZPO bzgl. nicht erledigtem Teil). Ein gesonderter Beschluss nach § 91a ZPO ergeht nicht (BGH LM Nr. 5, Nr. 15 = NJW 1962, 2252; Zöller-Vollkommer, aaO, § 91a ZPO Rn. 54).
- 90 2. Der Feststellungsantrag der Beklagten zu Ziff. 2 der Widerklage ist unbegründet. Die Beklagte hat keine Ansprüche gegen die B.-Stiftung auf das Depot-Vermögen aufgrund eines Schenkungsvertrags mit der Erblasserin erworben. Das Depot-Vermögen ist Teil des Nachlasses geworden, so dass dementsprechende Ansprüche ebenfalls in den Nachlass gefallen sind.

IV.

- 91 1. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92, 269 Abs. 3 ZPO, die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10 und § 711 ZPO. Die Kosten sind hinsichtlich der ersten Instanz im Blick auf die wie aus Ziff. 2 des Tenors zu verteilen, da für den mit der Berufung geänderten, jetzt auf Feststellung gerichteten Hauptantrag von einem Unterliegen um ein Viertel auszugehen ist. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte, da der Kläger hier in vollem Umfang obsiegt, allein.
- 92 2. Die Zulassung der Revision ist nicht erforderlich. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Zulassung der Revision ist auch nicht durch § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO veranlasst. Der Erfolg der Berufung beruht ausschließlich auf den Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts, über den beurteilten Fall hinausreichende, in der Rechtsprechung uneinheitlich beantwortete oder aus anderen Gründen klärungsbedürftige Rechtsfragen sind nicht entscheidungserheblich geworden.
- 93 3. Bei der Streitwertbemessung wurde streitwertmindernd berücksichtigt, dass wirtschaftlich die Beklagte als Alleinerbin auch auf Klägerseite steht und gem. § 3 ZPO deshalb nicht der Wert des Depotvermögens als solches im Streit steht, sondern zum einen das objektive Amtsinteresse des Klägers und zum anderen der wirtschaftliche Wert der der Beklagten durch die Testamentsvollstreckung auferlegten Verfügungs- und Verwaltungsbeschränkung zu bewerten ist. Unter Berücksichtigung dessen erscheint eine Bewertung mit einem Bruchteil von 1/4 des Depotvermögens sachgerecht (vgl. Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 12. Aufl. Rdnr. 3939 ff.; 5272 ff).