

Berlin, den 31. August 2007

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts

Aktenzeichen: I A1-3480/2-3-12 611/2007

Der Deutsche Notarverein dankt für die Übersendung des oben genannten Entwurfs und für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Aufgrund des Umfangs der Stellungnahme finden Sie zur schnellen Orientierung auf der nächsten Seite ein Inhaltsverzeichnis und am Ende eine Zusammenfassung.

An der Erarbeitung der Stellungnahme haben außer den Gremien des Deutschen Notarvereins die Notare Dr. Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach aus Köln sowie Dr. Jörg Mayer aus Simbach am Inn mitgewirkt.

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkungen	4
II.	Stundung des Pflichtteilsanspruchs (§ 2331a BGB-E)	5
	1. Bisherige Regelung	5
	2. Referentenentwurf	6
	3. Stellungnahme	6
	a) Harmonisierung von §§ 1382 BGB und 2331a BGB-E	6
	b) Privilegierung des selbst bewohnten Familienwohnheims	8
III.	Pflichtteilsentziehung	10
	1. Allgemeines zur Pflichtteilsentziehung	10
	2. Die einzelnen Regelungen	10
	a) Überschrift zu § 2333 BGB-E	10
	b) § 2333 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BGB-E	11
	c) § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E	11
	aa) Zur objektiven Anknüpfung an eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung	12
	bb) Zur subjektiven Anknüpfung (Unzumutbarkeit)	13
	cc) Alternativvorschlag zu § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E	15
	d) § 2333 Abs. 2 BGB-E	17
	3. Pflichtteilsminderungsmöglichkeit nach österreichischem Vorbild	17
IV.	Anrechnung (§ 2315 BGB-E)	19
	1. Der Vorschlag des Referentenentwurfes: Zulassung nachträglicher Anrechnungsbestimmungen	19
	2. Stellungnahme	20
	a) Die derzeitige Fassung ist nicht interessengerecht	21
	b) Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses erforderlich	22
	c) Argumente aus der Rechtsvergleichung	22
	3. Alternativvorschlag	24
	4. Übergangsvorschriften	25

V. Ausgleichung	26
1. Der Vorschlag des Referentenentwurfes: Zulassung nachträglicher Anrechnungsbestimmungen	26
2. Stellungnahme	27
a) Keine Notwendigkeit einheitlicher Änderungen in § 2315 und §§ 2050 ff. BGB	27
b) Differenzierung nach negativen und positiven Ausgleichungsanordnungen	27
c) § 2050 Abs. 3 BGB	28
d) § 2050 Abs. 1 BGB	29
e) § 2053 BGB	30
3. Berücksichtigung von Pflegeleistungen (§ 2057b BGB-E)	30
VI. § 2306 BGB-E	33
VII. Pflichtteilergänzung, § 2325 BGB-E	33
1. Beginn der 10-Jahres-Frist	34
a) Fristbeginn bei Nießbrauch und ähnlichen Nutzungsrechten	34
b) Fristbeginn bei Ehegatten	37
2. Wertermittlung gemäß § 2325 Abs. 2 BGB bei vorbehaltenem Nießbrauch	37
VIII. Die Änderungen im Verjährungsrecht	39
IX. Sonstiges	40
1. Zuwendungsverzicht, § 2352 BGB	40
2. § 2316 BGB (Nummer 22 des Änderungsgesetzes)	41
3. Änderung des § 2376 BGB (Nummer 28 des Änderungsgesetzes)	41
X. Zusammenfassung	42

I. Vorbemerkungen

Der Deutsche Notarverein begrüßt das Vorhaben des Bundesministerium der Justiz, das Erb- und Pflichtteilsrecht behutsam den geänderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und Wertvorstellungen anzupassen. Aus Sicht der notariellen Praxis kann der konstatierte Reformbedarf besonders für das Pflichtteilsrecht bestätigt werden. Das Pflichtteilsrecht steht sehr häufig im Mittelpunkt der erbrechtlichen Beratung und den Erblässern geht es fast immer um die Frage, inwieweit die als unpassend empfundene gesetzliche Regelung geändert bzw. gestaltet werden kann, mit anderen Worten um das auch vom Bundesverfassungsgericht in der Grundsatzentscheidung vom 19. April 2005 (NJW 2005, S. 1561 ff.) herausgearbeitete Spannungsverhältnis zwischen Testierfreiheit des Erblassers und der unentziehbaren Nachlassteilhabe der Pflichtteilsberechtigten andererseits.

Der Referentenentwurf geht zutreffend davon aus, dass die genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Grundlage und Leitlinie des Gesetzentwurfes zu sein hat. Der Deutsche Notarverein ist allerdings der Auffassung, dass der Referentenentwurf bei der Ausschöpfung des vom Bundesverfassungsgericht eingeräumten Spielraumes etwas zu defensiv vorgeht und das verfassungsrechtlich Zulässige zu eng definiert. Gerade wenn man an den Pflichtteilsquoten als solchen keine Änderungen vornimmt (vgl. S. 14 der Entwurfsbegründung), besteht nach dem Urteil des Bundesverfassungsgericht ein weiter Spielraum bei der Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts im Einzelnen (BVerfG, a.a.O., S. 1564). Inwieweit der verfassungsrechtliche Rahmen ausgeschöpft werden soll, ist eine letztlich politische Entscheidung, die Erfahrungen der notariellen Praxis sprechen jedoch eher für die Einräumung von mehr Flexibilität. Einzelne Regelungsvorschläge dazu finden sich nachfolgend bei den Anmerkungen zu den einzelnen Themenbereichen.

Der Deutschen Notarverein ist weiter der Auffassung, dass die gesetzliche Regelung nach Möglichkeit den erbrechtlichen „Normalfall“ abbilden sollte. In den Fällen, in denen bestimmte vom geltenden Recht abweichende Gestaltungen von der ganz überwiegenden Zahl der erbrechtlich beratenen Erblässer gewählt werden, ist zu überlegen, das dispositive Gesetzesrecht entsprechend zu ändern. Dies würde zu der mit dem Gesetzentwurf ausdrücklich bezweckten Vereinfachung des Erbrechts (vgl. S. 15 f. der Begründung) beitragen. Ein solcher aus den notariellen Beratungspraxis inspirierter Regelungsvorschlag findet sich nachfolgend bei den Ausführungen zur Anrechnung und Ausgleichung (vgl. IV.3.).

II. Stundung des Pflichtteilsanspruchs (§ 2331a BGB-E)

Abweichend vom Referentenentwurf befürwortet der Deutsche Notarverein eine Angleichung der pflichtteilsrechtlichen Stundungsmöglichkeiten an die Stundungsmöglichkeiten im Recht der Zugewinnngemeinschaft nach § 1382 BGB.

1. Bisherige Regelung

Die mit Eintritt des Erbfalls sofort eintretende Fälligkeit des Pflichtteilsanspruchs (§§ 2317, 271 BGB) kann den Erben ganz erheblich belasten. Dadurch kann es für den Erben zu Liquiditätsengpässen kommen und es besteht die Gefahr, dass zum Nachlass gehörende Werte schnell und u.U. unter Wert veräußert werden müssen. Dies kann nicht nur für den Erben eine außerordentlichen Härte bedeuten, sondern sich insbesondere bei vererbten Unternehmen zudem auch volkswirtschaftlich nachteilig auswirken bis hin zum Verlust von Arbeitsplätzen.

Der Erblasser besitzt keine Möglichkeit, die sofortige Fälligkeit des Pflichtteilsanspruchs hinauszuschieben. Der sich hieraus ergebende Konflikt widerstreitender, grundrechtlich geschützter Positionen, nämlich der Testierfreiheit des Erblassers einerseits und der damit von ihm verfolgten Ziele, wie die Erhaltung seines Familienunternehmens oder der selbstgenutzten Wohnung, und der angemessenen Nachlassteilhabe der Pflichtteilsberechtigten andererseits lässt sich jedoch in vielen Fällen durch eine angemessene gerichtliche Stundungsmöglichkeit in Übereinstimmung bringen. Dabei ist zu beachten, dass eine solche Stundung den Pflichtteilsanspruch nicht grundsätzlich beeinträchtigt, sondern nur hinsichtlich seiner Erfüllung verzögert, was durch eine angemessene Verzinsung und ausreichende Sicherstellung kompensiert werden kann (*Lange*, DNotZ 2007, 84, 95).

Trotz der aus der sofortigen Fälligkeit resultierenden Probleme hat die mit Wirkung zum 1. Januar 1970 eingeführte gerichtliche Stundungsmöglichkeit nach § 2331a BGB kaum praktische Bedeutung erlangt. Dies liegt im Wesentlichen daran, dass die persönlichen wie materiellen Voraussetzungen hierfür gegenüber der Möglichkeit zur Stundung der Zugewinnausgleichsforderung nach § 1382 BGB, die hierfür sogar Vorbild war, wesentlich strenger sind (*Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2003, § 2331a Rn. 1).

Zu Recht wird daher in letzter Zeit die Verbesserung der Stundungsmöglichkeiten gefordert (Vgl. etwa *Lange*, DNotZ 2007, 84, 94 ff.; im Zusammenhang mit der Unternehmensfortführung *ders.*, Die Möglichkeit zur Privilegierung unternehmerischen Vermögens im Pflichtteilsrecht unter besonderer Berücksichtigung des § 2312 BGB, in Röthel [Herausg.], Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2006, S. 57, 65 ff.; *Otte*, AcP 202 [2002], 317, 359 f.).

2. Referentenentwurf

Der Referentenentwurf will die Möglichkeiten der Stundung des Pflichtteilsanspruchs maßvoll erweitern, und zwar zum einen in **persönlicher Hinsicht** dadurch, dass künftig jeder Erbe, und nicht nur der selbst Pflichtteilsberechtigte, die Stundung verlangen kann. Dies ist zu begrüßen.

In **sachlicher Hinsicht** soll die Stundungsmöglichkeit dadurch erweitert werden, dass für die Stundung genügt, wenn die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs für den Erben eine unbillige Härte bedeuten würde, während bisher erforderlich war, dass die Erfüllung den Erben ungewöhnlich hart treffen würde.

3. Stellungnahme

a) Harmonisierung der §§ 1382 BGB und 2331a BGB-E

Entgegen der Einschätzung des Referentenentwurfs ergeben sich aus der vorgeschlagenen Änderung des Stundungsgrundes nach Auffassung des Deutschen Notarvereins keine wesentlichen Verbesserungen der Stundungsmöglichkeiten. Vielmehr bleibt das praktische Hauptproblem für die Gewährung einer Stundung bestehen. Denn anders als bei dem bereits erwähnten § 1382 BGB, der seitens des Schuldners als Stundungsvoraussetzung nur verlangt, dass die sofortige Zahlung zur Unzeit erfolgt, sind die sich aus der sofortigen Fälligkeit des Pflichtteilsanspruchs ergebenden Liquiditätsprobleme für sich allein gerade nicht dazu geeignet, eine Stundung zu rechtfertigen. Vielmehr muss die zur Stundung berechtigende unbillige Härte nach wie vor aus der Art der Nachlassgegenstände resultieren. Demnach darf nach dem Referentenentwurf auch in Zukunft eine Stundung nicht bereits dann gewährt werden, wenn der Erbe gezwungen würde, Vermögensobjekte, wie etwa den ererbten

Betrieb, zur Unzeit zu veräußern (Vgl. etwa zur bisherigen Rechtslage *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, § 14 Rn. 267 f.). Vielmehr wird dem Erben im Gegenteil regelmäßig zugemutet, dass er das Wirtschaftsgut, u.U. auch deutlich unter Wert, kurzfristig veräußert (*Lange*, DNotZ 2007, 84, 90), so dass ein ungünstiger Kurs der zum Nachlass gehörenden Wertpapiere kein Stundungsgrund ist (*Staudinger/Olshausen*, BGB, Bearb. 2006, § 2331a Rn. 16 a. E.). Demgegenüber bildet im Bereich des Zugewinnausgleichs die Notwendigkeit einer unwirtschaftlichen Veräußerung zur Erfüllung der Ausgleichsforderung einen Stundungsgrund (*MünchKomm/Koch*, BGB, 4. Aufl. 2000, § 1382 Rn. 7). Angesichts der Liquiditätsprobleme, welche die sofortige Fälligkeit des Pflichtteilsanspruchs schafft, sollten daher im Rahmen der Stundungsmöglichkeiten **wirtschaftliche Erwägungen** verstärkt Berücksichtigung finden (*Lange*, DNotZ 2007, 84, 94 f.). Es erscheint daher angezeigt, die **Stundungsmöglichkeiten** des § 2331a BGB an die des **§ 1382 BGB anzupassen** und damit beide gerichtlichen Stundungsmöglichkeiten **zu harmonisieren**.

Dies ist umso mehr gerechtfertigt, als auch in der Zugewinnngemeinschaft der Ausgleichsanspruch des Ausgleichsberechtigten besonderen, auch verfassungsrechtlichen Schutz verdient (vgl. dazu auch BVerfGE 67, 348 = NJW 1985, 1329, 1330, wo auf Art. 6 Abs. 1 GG abgestellt wird), der insoweit weiterreichender als der Pflichtteilsanspruch des Pflichtteilsberechtigten - u.U. sogar zur Sicherung einer angemessenen Teilhabe des von beiden Ehegatten gemeinsam erarbeiteten Vermögens dient. Der Referentenentwurf enthält im Übrigen zu Recht bereits eine Annäherung an § 1382 Abs. 1 BGB, weil - ähnlich wie dort im Rahmen der Stundungsentscheidung -- die Interessen des Pflichtteilsberechtigten nur noch angemessen zu berücksichtigen sind. Demgegenüber war bisher der Stundung nur dann statt zu geben, wenn dies dem Pflichtteilsberechtigten, bei Abwägung der Interessen beider Teile zugemutet werden kann.

Wir schlagen daher folgende Formulierung des § 2331a Abs. 1 BGB vor:

„Der Erbe kann Stundung des Pflichtteils verlangen, soweit die Erfüllung des Anspruchs auch unter Berücksichtigung der Interessen des Pflichtteilsberechtigten zur Unzeit erfolgen würde, insbesondere wenn sie ihn zur Aufgabe seiner Wohnung oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts zwingen würde, das für den Erben oder seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet.

b) Privilegierung des selbst bewohnten Familienwohnheims

Weiter möchten wir noch ein Problem ansprechen, das in der rechtswissenschaftlichen Diskussion bislang zu kurz kam, auf das aber die Bundesministerin der Justiz *Zypries* auf dem *Deutschen Erbrechtstag* in Berlin im März dieses Jahres zu Recht hinwies. Es ist dies die Pflichtteilsbelastung, die gerade für den überlebenden Ehegatten entsteht, der über kein wesentliches sonstiges Vermögen verfügt als das **selbst bewohnte**, vom erstversterbenden Ehegatten geerbte **Familienwohnheim**. Gerade ältere Menschen erhalten von den Kreditinstituten regelmäßig in dieser Situation keinen Kredit mehr oder zumindest keinen zu für sie angemessenen Konditionen. Demgegenüber enthalten die Erbrechte verschiedener anderer Länder für Ehegatten weitreichende Möglichkeiten, im Falle der gegenseitigen Beerbung die Pflichtteilsrechte der Abkömmlinge einzuschränken. So kann z.B. in den *Niederlanden* der Erblasser, wenn er seinen Ehegatten zum Erben einsetzt, anordnen, dass die Pflichtteilsansprüche der Kinder nicht vor Ableben des überlebenden Ehegatten fällig werden (vgl. dazu etwa *AnwK-BGB/Süß*, BGB, 2. Aufl. 2007, Länderbericht *Niederlande*, Rn. 57). Ob eine so pauschale Regelung mit der Verfassungsrechtslage in Deutschland vereinbar wäre, mag allerdings fraglich sein. Der verfassungsrechtlich gewährleistete Schutz der Ehe kann jedoch zumindest einen gewissen Witwen- bzw. Witwerschutz legitimieren. Den Interessen sozial und wirtschaftlich schwächerer überlebender Ehegatten sollte jedenfalls dadurch Rechnung getragen werden, dass ein **Regelbeispiel** in die Neuregelung des Stundungsrechts aufgenommen wird. Dieses könnte in Anlehnung an andere Vorschriften, insbesondere des Sozialrechts (vgl. etwa § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII), die ebenfalls eine Privilegierung solcher Objekte vorsehen, ausgestaltet werden. Danach wäre im Regelfall der Pflichtteilsanspruch insoweit zu stunden, als er das angemessene Hausgrundstück betrifft, das von dem über-

lebenden Ehegatten (allein oder zusammen mit Angehörigen ganz oder teilweise) bewohnt wird.

Den Interessen der Pflichtteilsberechtigten wird in diesen Fällen dadurch genügt, dass die Stundung zu widerrufen ist, wenn der überlebende Ehegatte dieses Grundstück nicht mehr bewohnt (vgl. § 2331a Abs. 2 i. V. m. § 1382 Abs. 6 BGB). Außerdem wäre bis dahin grundsätzlich eine angemessene Verzinsung und Sicherheit zu leisten sein (§ 2331a Abs. 2 i. V. m. § 1382 Abs. 2 und 4 BGB), die sich aber allein am Sicherungsinteresse des Pflichtteilsberechtigten orientieren sollte und nicht – wie bei Kreditinstituten – an allgemeinen Überlegungen einer Kreditgewährung. Zu bedenken ist allerdings, dass auch eine Zinslast den Erben hart treffen kann, z.B. wenn er nur eine niedrige Altersversorgung bezieht. Hier wäre an eine Zinsstundung zu denken.

Durch die Ausgestaltung als Regelbeispiel würde den Gerichten erleichtert, dem Stundungsantrag stattzugeben. Denn es sei auch darauf hingewiesen, dass die Stundungsmöglichkeit durch das Nachlassgericht insofern auch mit einem besonderen Haftungsrisiko verbunden ist, als bei diesem Akt der Freiwilligen Gerichtsbarkeit das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB wohl nicht gilt. Mit diesem Regelbeispiel erhielte das Pflichtteilsrecht eine besondere **soziale Komponente** für den überlebenden Ehegatten als Pflichtteilsschuldner.

Der oben unter a) vorgeschlagenen Formulierung des § 2331a Abs. 1 BGB könnte daher folgender Satz 2 angefügt werden:

„Der Pflichtteilsanspruch ist in der Regel zu stunden, soweit er ein von dem überlebenden Ehegatten bewohntes angemessenes Hausgrundstück betrifft“

Durch das Wort „soweit“ wird einerseits zum Ausdruck gebracht, dass das Regelbeispiel nicht greift, wenn zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs nicht auf das Hausgrundstück, sondern auf sonstiges Vermögen (etwa Geldvermögen, Wertpapiere etc.) zurückgegriffen werden kann. Das Regelbeispiel erfasst deshalb vor allem den Fall, dass das Nachlassvermögen im Wesentlichen aus einem angemessenen Hausgrundstück besteht. Die Formulierung ermöglicht

andererseits auch eine teilweise Stundung des Pflichtteilsanspruchs, wenn etwa nur ein Teil des Anspruchs aus „freiem Vermögen“ erfüllt werden kann.

III. Pflichtteilsentziehung

1. Allgemeines zur Pflichtteilsentziehung

Das Rechtsinstitut der Pflichtteilsentziehung hat bislang in der notariellen Praxis eine verschwindend geringe Bedeutung. So erkundigen sich zwar viele Erblasser beim Notar nach etwaigen Möglichkeiten der Pflichtteilsentziehung, nach Erörterung des zu Grunde liegenden Sachverhaltes kommt es dann aber fast nie zur Umsetzung dieses Wunsches. Stattdessen werden mit dem Erblasser Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung bzw. Pflichtteilsschmälerungen (vgl. zu diesen Möglichkeiten etwa von *Dickhuth-Harrach*, Ärgernis Pflichtteil? Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung im Überblick in: Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats (1998), 185 ff.) erörtert und ggf. umgesetzt.

Ziel des Referentenentwurfes ist es nun, die Pflichtteilsentziehungsmöglichkeiten gegenüber dem geltenden Recht einerseits zu systematisieren und andererseits auszuweiten und damit ihren praktischen Anwendungsbereich zu erweitern. Dieser Zielsetzung des Referentenentwurfes kann sich der Deutsche Notarverein anschließen. Das geltende Recht bedarf in der Tat einer Überarbeitung. Ob die Vorschläge des Referentenentwurfes dazu jedoch ausreichen, muss bezweifelt werden.

2. Die einzelnen Regelungen

a) Überschrift zu § 2333 BGB-E

Wegen des neuen § 2333 Abs. 2 BGB-E betrifft § 2333 BGB-E nicht mehr nur die Pflichtteilsentziehung bei Abkömmlingen, sondern sämtliche Fallgestaltungen der Pflichtteilsentziehung. Die Überschrift sollte daher geändert werden in „*Entziehung des Pflichtteils*“

b) § 2333 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BGB-E

Die geplante Erweiterung des geschützten Personenkreise in § 2333 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB-E von den Abkömmlingen und Ehegatten auf alle „dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Personen“ ist sinnvoll und trägt der gesellschaftlichen Entwicklung anderer familiärer Lebensformen neben der Ehe Rechnung.

§ 2333 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E entspricht dem bisherigen § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB. Auch aus Sicht des Deutschen Notarvereins besteht hier kein Korrekturbedarf.

c) § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E

Mit der neuen Vorschrift des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E soll dem Erblasser bei schwerem sozialwidrigem Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit zur Pflichtteilsentziehung gegeben werden, auch wenn sich das Fehlverhalten nicht unmittelbar gegen den Erblasser oder diesem nahestehende Personen richtet. § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E soll den bisherigen § 2333 Nr. 5 BGB (Entziehung wegen Verletzung der „Familienehre“) modernisieren bzw. ersetzen.

Das Anliegen des Referentenentwurfes, den bisherigen Entziehungsgrund des § 2333 Nr. 5 BGB sowohl sprachlich als auch inhaltlich den gesellschaftlichen Veränderungen anzupassen, wird geteilt. Allerdings erscheint die konkrete Umsetzung noch nicht ausgereift. Dies gilt sowohl im Hinblick auf das objektive Merkmal Straftat (aa) als auch im Hinblick auf das subjektive Merkmal Unzumutbarkeit (bb)

aa) Zur objektiven Anknüpfung an eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung

§ 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E macht die Pflichtteilsentziehung objektiv davon abhängig, dass der Pflichtteilsberechtigte wegen einer „vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt“ worden ist. Die Formulierung ist ersichtlich von

dem Bestreben nach größtmöglicher Rechtssicherheit getragen, geht dabei aber zu weit, wie das nachfolgende Beispiel zeigt:

Der Pflichtteilsberechtigte hat ein Kind ermordet und ist für diese Tat rechtskräftig zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden. Der Erblasser kann den Pflichtteil entziehen. In der gleichen Fallgestaltung ist die Pflichtteilsentziehung nicht möglich, wenn zum Zeitpunkt der letztwilligen Verfügung lediglich die staatsanwaltlichen Ermittlungen begonnen haben und ein rechtskräftiges Urteil noch nicht vorliegt. Soll es hier von dem vom Erblasser nicht zu beeinflussenden Abschluss des strafrechtlichen Verfahrens abhängen, ob der Pflichtteil entzogen werden kann oder nicht? Soll es darauf ankommen, ob der Erblasser die rechtskräftige Verurteilung noch erlebt oder vorher verstirbt?

Die hier mögliche Ungleichbehandlung gleicher Lebenssachverhalte dürfte sogar verfassungsrechtlich problematisch sein. Das Unterscheidungsmerkmal „rechtskräftige Verurteilung“ rechtfertigt die Ungleichbehandlung jedenfalls nicht. Für die zivilrechtliche Pflichtteilsentziehung und die dahinter stehende Abwägungsentscheidung zwischen Testierfreiheit einerseits und Familiensolidarität und Familienschutz andererseits muss allein maßgeblich sein, ob ein schwerwiegendes Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten tatsächlich vorliegt oder nicht.

Die Anknüpfung an die strafrechtliche Verurteilung hat weiter zur Folge, dass Pflichtteilsstreitigkeiten zukünftig nicht nur auf zivilrechtlicher Basis, sondern auch über die Staatsanwaltschaft ausgefochten werden. Der Erblasser, der den Pflichtteil entziehen möchte, und Kenntnis von strafbarem Handeln des Pflichtteilsberechtigten hat, wird über § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E gezwungen, schon zu seinen Lebzeiten strafrechtlich gegen diesen vorzugehen, da er sich gerade nicht damit begnügen kann, den Sachverhalt ausschließlich in seiner letztwilligen Verfügung zu beschreiben. Durch die Entwurfsformulierung werden hier also Zivilrecht und Strafrecht weit über das Erforderliche hinaus miteinander verknüpft. Gerade dem im Pflichtteilsrecht so hoch gehaltenen Schutz der Familie wird mit dem Verweis auf das Strafrecht nicht gedient.

bb) Zur subjektiven Anknüpfung (Unzumutbarkeit)

Der Deutsche Notarverein ist mit dem Referentenentwurf (vgl. S. 45 der Begründung) der Auffassung, dass neben dem Vorliegen objektiver Merkmale die Pflichtteilsgewährung subjektiv für den Erblasser unzumutbar sein muss. Die Entwurfsbegründung sollte jedoch in zwei Punkten noch verbessert werden.

(1) Zunächst sollte unbedingt noch klarer herausgearbeitet werden, dass nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Familiensolidarität den tragenden Grund für das Pflichtteilsrecht darstellt (BVerfG, a.a.O., S. 1561, 1564). Entscheidend und ausschlaggebend für die Pflichtteilsentziehung ist daher nicht das objektive Merkmal des schwerwiegenden Fehlverhaltens, sondern das subjektive Kriterium der Unzumutbarkeit, das an die in der konkreten Familie des Erblassers gelebten Wertvorstellungen anknüpft.

Insbesondere wenn objektiv an ein Fehlverhalten gegenüber Dritten angeknüpft wird, ist subjektiv besonders sorgfältig zu prüfen, ob dieses Fehlverhalten **außerhalb der Familie** die Pflichtteilsgewährung **innerhalb der Familie** zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigten unzumutbar macht. Dies gilt umso mehr, wenn das objektive Tatbestandsmerkmal – wie im Referentenentwurf vorgesehen – rein formal an eine rechtskräftige Verurteilung anknüpft (vgl. den nachfolgenden Alternativvorschlag). Hier ist in der Praxis zu befürchten, dass die Gerichte bei Erfüllung des objektiven Tatbestandes vorschnell dazu neigen, auch subjektiv die Unzumutbarkeit zu bejahen. Gerade im verkehrsrechtlichen oder nebenstrafrechtlichen Bereich, etwa bei Verurteilungen wegen Wirtschafts- und Abgabendelikten, sind aber sehr gut Situationen vorstellbar, in denen die Erfüllung des objektiven Tatbestandsmerkmals die Unzumutbarkeit der Pflichtteilsgewährung nicht zu begründen vermag. Das Beispiel der in Libyen verurteilten bulgarischen Krankenschwestern muss man hier gar nicht bemühen.

(2) Bedenken bestehen außerdem im Hinblick auf § 2336 Abs. 2 BGB, wonach der Grund für die Pflichtteilsentziehung in der letztwilligen Verfügung angegeben werden muss. Diese Vorschrift soll durch den Referententwurf nicht geändert werden. Nach bisherigem Verständnis ist danach der der Pflichtteilsentziehung zu Grunde liegende Lebenssachverhalt seinem Kern nach in der letztwilligen Verfügung zu beschreiben (Palandt-Edenhofer, 66. Auflage 2007, § 2336 Rz. 2) .

Bereits jetzt sind die sich aus § 2336 Abs. 2 BGB ergebenden Anforderungen an den – nicht zwingend juristisch beratenen – Erblasser sehr hoch und sollten nach Möglichkeit nicht noch weiter gesteigert werden.

Die Entwurfsbegründung (S. 44 im 4. Absatz) schreibt nun, dass im Fall des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E zusätzlich auch die Gründe für die „Unzumutbarkeit“ der Pflichtteilsgewährung in der letztwilligen Verfügung angegeben werden müssen. Da es bei der Frage der „Unzumutbarkeit“ darum geht, ob das Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten den persönlichen in der Familie gelebten Wertvorstellungen des Erblassers in hohem Maße widerspricht (S. 44 der Entwurfsbegründung), wären nach § 2336 Abs. 2 BGB Ausführungen zu dem zu Grunde liegenden Lebenssachverhalt erforderlich. Keinesfalls erwartet werden können dagegen rechtliche Ausführungen des Erblassers zur „Unzumutbarkeit“, also zur Abwägung zwischen Fehlverhalten und persönlichen Wertvorstellungen. Der Erblasser, der den Pflichtteil entzieht, wird die Gewährung des Pflichtteils subjektiv immer für unzumutbar halten und bringt dies bereits durch die Entziehung selbst hinreichend zum Ausdruck. Ob tatsächlich „Unzumutbarkeit“ im Sinne des Gesetzes vorliegt, ist dagegen im Streitfall von den Gerichten zu entscheiden.

Die Entwurfsbegründung sollte daher klarstellend dahingehend ergänzt werden, dass vom Erblasser nach § 2336 Abs. 2 BGB keine rechtlichen Ausführungen zur „Unzumutbarkeit“ verlangt werden.

cc) Alternativvorschlag zu § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E

Ein alternativer Regelungsvorschlag könnte wie folgt aussehen:

“4. sich eines schwerwiegenden sozialwidrigen Fehlverhaltens schuldig macht und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Ein schwerwiegendes sozialwidriges Fehlverhalten wird vermutet, wenn der Abkömmling wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt worden ist oder wenn die mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung des Abkömmlings wegen einer ähnlich schwerwiegenden vorsätzlichen Tat rechtskräftig angeordnet wurde.“

Objektiv wird nun auf ein „schwerwiegendes sozialwidriges Fehlverhalten“ abgestellt. Diese Begriffe werden bereits in der Entwurfsbegründung (S. 40) verwendet und sollten Eingang in den Gesetzestext finden. Mit der Neuformulierung des objektiven Tatbestandes vermeidet man die zu starke Verengung hin auf eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung.

Den Begriff „schwerwiegendes Fehlverhalten“ kennt das Gesetz derzeit bereits in § 1579 Nr. 6 BGB. Auch das Bundesverfassungsgericht spricht von „besonders schwer wiegendem Fehlverhalten“ (BVerfG, a.a.O., S. 1561, 1565). Über das Merkmal „sozialwidrig“ würde zum Ausdruck gebracht, dass im Gegensatz zu den Pflichtteilsentziehungsgründen der Nummern 1 bis 3 nicht ein Verhalten gegenüber dem Erblasser (oder diesem nahe stehenden Personen) sanktioniert wird, sondern ein Verhalten gegenüber Dritten.

Die bisher im Entwurf enthaltenen Fallgestaltungen (rechtskräftige Verurteilung zu mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bzw. Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus) stellen nun zwei gesetzlich geregelte Untergruppen des „schwerwiegenden sozialwidrigen Fehlverhaltens“ dar. Wegen des hier bereits abgeschlossenen strafgerichtlichen Verfahrens erscheint es vertretbar, das „schwerwiegende sozialwidrige Fehlverhalten“ in diesen Fällen zu vermuten. Daneben ist der Regelungsvorschlag aber offen für weitere Fallgestaltungen eines „schwerwie-

genden sozialwidrigen Fehlverhaltens“. Die Entwicklung einer entsprechenden Kasuistik bliebe aber der Rechtsprechung überlassen, die sich dabei an den beiden gesetzlich geregelten Untergruppen des „schwerwiegenden sozialwidrigen Fehlverhaltens“ orientieren würde. So wäre es etwa bei der vorgeschlagenen Normfassung kein Problem, eine begangene, aber zum Zeitpunkt der Pflichtteilsentziehung noch nicht rechtskräftig verurteilte Straftat als „schwerwiegendes sozialwidriges Fehlverhalten“ einzuordnen.

Der Regelungsvorschlag vermeidet durch die Bildung von konkretisierenden Untergruppen des „schwerwiegenden sozialwidrigen Fehlverhaltens“ die mit einer allgemeinen Generalklausel bzw. Auffangklausel, wie sie in der Literatur mehrfach unter Hinweis auf § 1579 Nr. 7 BGB vorgeschlagen worden ist, verbundene Rechtsunsicherheit.

Weiterhin sollte nicht nur die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus die Vermutungswirkung begründen, sondern – entsprechend §§ 1631b, 1906 BGB jede mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung, z.B. auch die in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB), denn die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) ist nur eine von mehreren möglichen freiheitsentziehenden Maßregeln für schuldunfähige Täter (§§ 63 ff. StGB).

Die Formulierung „schuldig macht“ schließlich soll kein schuldhaftes Handeln im strafrechtlichen Sinne bedeuten. Sie lehnt sich an § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E an. Schon zum geltenden Recht hat das Bundesverfassungsgericht (a.a.O., S. 1566) entschieden, dass es hier auf „Schuld“ im strafrechtlichen Sinne nicht ankommt. Es soll genügen, dass der Pflichtteilsberechtigte sein Fehlverhalten wissentlich und willentlich verwirklicht, also mit natürlichem Vorsatz handelt (Palandt-Edenhofer, a.a.O., § 2333, Rz. 3). Dies wird dann weiter auch durch die Untergruppe „Anordnung einer mit Freiheitsentziehung verbundenen Unterbringung“ zum Ausdruck gebracht (in diesem Sinne bereits S. 45 der Entwurfsbegründung).

d) § 2333 Abs. 2 BGB-E

§ 2333 Abs. 2 BGB-E verweist für die Entziehung des Eltern- oder Ehegattenpflichtteils auf die Regelungen für den Abkömmling und schafft damit die im bisherigen Recht teilweise vorhandenen Unterschiede bei den Entziehungsgründen ab. Dem wird zugestimmt.

3. Pflichtteilsminderungsmöglichkeit nach österreichischem Vorbild

Verschiedentlich ist in der Vergangenheit gefordert worden, eine allgemeine Zerrüttungs- bzw. Entfremungsklausel einzuführen. Das Bundesverfassungsgericht (a.a.O., S. 1564, 1565) hat sich dazu skeptisch geäußert und meint, das Pflichtteilsrecht setze dem Erblasser gerade in den Fällen der Entfremdung oder gar der Zerrüttung der Beziehung sinnvolle Grenzen und bringe damit die durch Art. 6 GG geschützte Familiensolidarität zum Ausdruck, die zwischen Eltern und Kindern in grundsätzlich unauflösbarer Weise bestehe. Auch der Deutsche Notarverein ist der Auffassung, dass eine allgemeine Zerrüttungs- oder Entfremungsklausel mit der Möglichkeit der vollständigen Pflichtteilsentziehung nicht eingeführt werden sollte.

Es sollte jedoch nicht verkannt werden, dass gerade in den Fällen, in denen ein Elternteil ohne eigenes Zutun nie die Möglichkeit hatte, eine familiäre Bindung zu seinem Kind aufzubauen, das abstrakte Prinzip der „Familiensolidarität“ nur noch eingeschränkte Überzeugungskraft entfaltet, dies im Gegensatz zu den Fällen, wo eine ursprünglich einmal bestehende familiäre Bindung später in Entfremdung und Zerrüttung übergeht.

Die im Deutschen Notarverein organisierten Notare aus den neuen Bundesländern haben insoweit auch auf die Besonderheiten des Rechts der ehemaligen DDR hingewiesen. In den neuen Bundesländern erleben die Notare sehr häufig die Situation, dass vor allem Väter, die mit der Kindesmutter nicht verheiratet waren oftmals nie Kontakt zu ihren Kindern gehabt haben. In den Gesprächen bei der Testamenterrichtung ergibt sich häufig, dass Väter noch nicht einmal den durch Eheschließung oder Einbenennung geänderten Nachnamen ihrer Kinder kennen, geschweige denn deren Aufenthalt. Hintergrund dieser tatsächlichen Beobachtungen sind offenbar die Bestimmungen des Familiengesetzbuches (FGB) der DDR. Auch das FGB kannte zwar ein Umgangsrecht (§§ 27, 46 FGB), jedoch konnten Umgangsregelungen nicht zwangsweise durchgesetzt werden, wodurch das (rechtlich

zwar bestehende) Umgangsrecht faktisch in vielen Fällen überhaupt nicht wahrgenommen werden konnte. In einem Familienrechtslehrbuch der DDR¹ heißt es dazu wörtlich: *„In einer kleineren Zahl von Fällen ist die Verwirklichung des Umgangs jedoch äußerst konfliktreich, und zwar deshalb, weil der Erziehungsberechtigte den Umgang erschwert oder ihn gar nicht erst ermöglicht. Das ist eine Rechtsverletzung, auf die die Gesellschaft mit allem Nachdruck reagieren muss. Die Bestimmung des § 27 ist auf eine empfindliche gesellschaftliche Reaktion besonders deshalb angewiesen, weil sie ohne juristische Sanktion ist ...“*.

In derartigen Sachverhalten erscheint es sachgerecht, zumindest eine Minderung des Pflichtteils zu ermöglichen. Vorbild könnte hier die österreichische Regelung in § 773a ABGB sein, die wie folgt lautet (Fassung gemäß Ö-BGBI I 2004/58):

- „(1) Ständen ein Elternteil und sein Kind zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht, so kann der Erblasser den Pflichtteil auf die Hälfte mindern.*
- (2) Die §§ 771 und 772 gelten sinngemäß für die Pflichtteilsminderung.*
- (3) Das Recht auf Pflichtteilsminderung steht nicht zu, wenn der Erblasser die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem Pflichtteilsberechtigten grundlos abgelehnt hat.“*

Übertragen auf die Terminologie des BGB könnte ein entsprechender § 2334 BGB-E dann folgendermaßen formuliert werden:

„§ 2334 Minderung des Pflichtteils

- (1) Ständen ein Erblasser und sein Abkömmling zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht, so kann der Erblasser den Pflichtteil auf die Hälfte mindern. Das Recht auf Pflichtteilsminderung besteht nicht, wenn er die Ausübung seines Umgangsrecht grundlos abgelehnt hat. Satz 1 gilt entsprechend für die Minderung des Elternpflichtteils.*
- (2) § 2336 gilt entsprechend.“*

Verfassungsrechtlich ist eine solche Pflichtteilsminderung zulässig. Das Bundesverfassungsgericht (a.a.O., S. 1564) hat ausdrücklich festgestellt, dass die Höhe des

¹Anita Grandke u.a., Familienrecht, Lehrbuch, 2. Auflage 1976

Pflichtteils verfassungsrechtlich nicht zwingend vorgegeben sei, solange eine unentziehbare und angemessene Nachlassteilhabe gewährleistet wird. Der Referentenentwurf hat davon abgesehen, die Pflichtteilsquoten grundsätzlich zu verändern. Daher dürfte Spielraum für eine Minderung in eng begrenzten und tatbestandlich genau konkretisierten Ausnahmefällen bestehen. Das Bundesverfassungsgericht (a.a.O., S. 1565) weist den Gesetzgeber auch darauf hin, dass er im Rahmen seines Gestaltungsspielraumes sowohl Tatbestände der Pflichtteilsentziehung als auch Tatbestände der Pflichtteilsbeschränkung vorsehen könne. Die Minderung des Pflichtteils wäre eine derartige Beschränkung der Nachlassteilhabe.

Die Pflichtteilsminderungsmöglichkeit kann nur im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern (Pflichtteils des Abkömmlings und Elternpflichtteil) bestehen. Die Ausnahmeregelung des § 2334 Abs. 1 S. 2 BGB-E gilt nur für den Elternteil, der sich den fehlenden Kindesumgang vorwerfen lassen muss.

IV. Anrechnung (§ 2315 BGB-E)

Im Hinblick auf die Pflichtteilsanrechnung geht der Referentenentwurf neue Wege, indem er eine nachträgliche Anrechnungsbestimmung ermöglichen möchte (1.). Der Regelungsvorschlag ist prinzipiell sinnvoll, jedoch sollte das gesetzliche Regel-Ausnahmeverhältnis umgekehrt werden (2.). Dazu wird ein Alternativvorschlag unterbreitet (3.).

1. Der Vorschlag des Referentenentwurfes: Zulassung nachträglicher Anrechnungsbestimmungen

Nach der derzeitiger Fassung des § 2315 BGB muss der Erblasser, wenn er einem Pflichtteilsberechtigten eine lebzeitige Zuwendung macht, deren Anrechnung auf den Pflichtteil des Empfängers spätestens *bei* der Zuwendung bestimmen. Dieses Erfordernis sieht der Referentenentwurf als zu eng an (Begründung, S. 35 f.). Er will eine nachträgliche Bestimmung zulassen. In meisten Fällen – außer bei beurkundungsbedürftigen Geschäften, bei denen der Notar den Zuwendenden belehrt – werde der Erblasser die Rechtslage nicht kennen und sich daher auch keine Gedanken darüber machen, ob er eine Anrechnung wolle. Die Änderung ermögliche es dem Erblasser, veränderte Umstände zu berücksichtigen, beispielsweise Undank des Bedachten. Ziel der Änderung sei, die Testierfreiheit zu stärken.

Anders als die formlos mögliche Anrechnungsbestimmung vor oder bei der Zuwendung will der Referentenentwurf die nachträgliche Anrechnungsbestimmung allerdings nur durch Verfügung von Todes wegen zulassen. Das Formerfordernis solle den Pflichtteilsberechtigten vor übereilten Anrechnungsbestimmungen schützen, die der Erblasser z. B. aus Verärgerung über den Pflichtteilsberechtigten treffen könnte (Begründung, S. 36).

2. Stellungnahme

a) Die derzeitige Fassung ist nicht interessengerecht

Der Begründung des Referentenentwurfes ist darin zuzustimmen, dass die derzeitige Gesetzesfassung zu eng ist. Sie ist nicht interessengerecht und engt die Dispositionsfreiheit des Erblassers ohne Not ein.

Beispiel: Der verheiratete Vater wendet seinem einzigen Kind als Beihilfe zur Anschaffung eines Bauplatzes € 30.000 zu. Mangels Kenntnis trifft er keine Anrechnungsbestimmung. Nach dem Tod des Vaters macht das Kind gegen die vom Vater zum Alleinerben eingesetzte Mutter ihren Pflichtteil geltend. Der Nachlass hat einen Wert von € 100.000. Der Pflichtteil des Kindes beträgt demgemäß € 25.000. Diesen Betrag erhält es mangels Anrechnungsbestimmung zusätzlich zu seinem Vorempfang. Hätte der Vater hingegen die Anrechnung des Vorempfanges auf den Pflichtteil des Kindes bestimmt, wäre die Mutter bis auf den relativ geringen Betrag von € 2.500 vor einem Pflichtteilsanspruch geschützt gewesen (§ 2315 Abs. 2 S. 1: Nachlass erhöht um den Wert des Vorempfanges = € 130.000; davon 1/4 als Pflichtteilsquote = € 32.500; davon abzuziehen der Vorempfang von € 30.000, so dass ein Pflichtteilsanspruch von € 2.500 verbleibt). Dies wäre wahrscheinlich dann der Fall gewesen, wenn der Vater statt einer Geld- eine Grundstücksschenkung vorgenommen hätte, da ihn dann der Notar über die entsprechenden Möglichkeiten informiert hätte.

Der Zuwendende erhält sich durch die Bestimmung, dass eine lebzeitige Zuwendung auf den Pflichtteil anzurechnen sei, weitestmöglich seine Testierfreiheit, genauer: die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit über seinen Nachlass. Die Anrechnungsbestimmung entfaltet Schutzwirkung zugunsten des Erben, im

Beispiel zugunsten der Ehefrau. Ihre Belastung durch ein Pflichtteilsverlangen des Kindes wird reduziert und u.U. – je nach der Wertrelation zwischen Vor-empfang und realem Nachlass – vollständig ausgeschlossen. Das Interesse an einer solchen Reduktion ist unter dem Gesichtspunkt der Testierfreiheit aner- kennenswert. Dies gilt unabhängig davon, ob der Erbe auf den Nachlass zu seiner Versorgung angewiesen ist, und auch unabhängig von der Person des Erben. Wäre der Vater im Beispiel Überlebender der Eheleute gewesen und hätte er für diesen Fall nicht das Kind, sondern einen Dritten zum Erben be- stimmt, wäre die Reduktionswirkung der Anrechnungsbestimmung dem Dritten zugute gekommen. Auch dies ist unbedenklich. Die Testierfreiheit beinhaltet auch das Recht, nahe Angehörige zu übergehen. Die Grenzen setzt das Pflichtteilsrecht. Das Pflichtteilsrecht des Zuwendungsempfängers – im Bei- spiel: des Kindes – wird aber in keiner Konstellation angetastet. Dem Kind wird durch die Anrechnungsbestimmung nichts von ihrem Pflichtteil genommen. Vielmehr erhält es seinen Pflichtteil im Ausmaß der Zuwendung bereits vorzei- tig, worin ein erheblicher Vermögensvorteil liegen kann.

Auch in anderen Fallkonstellationen wird für den Erblasser in aller Regel kein Grund vorhanden sein, sich durch Unterlassen der Anrechnungsbestimmung eines Teils seiner Dispositionsfreiheit zu begeben. Nur in seltenen Ausnahme- fällen wird der Erblasser die Anrechnung nicht wollen, so etwa, wenn es ihm bei einer lebzeitigen Zuwendung selbst um den Preis der Beschränkung der eigenen Dispositionsmöglichkeit darauf ankommt, den pflichtteilsberechtigten Zuwendungsempfänger im Verhältnis zu sonstigen Pflichtteilsberechtigten besser zu stellen. Derartige Fälle vermögen aber die derzeitige Fassung des § 2315 BGB nicht zu tragen, will man die Ausnahme nicht zur Regel erheben. Hinzu kommt, dass die Anrechnungsbestimmung formfrei ist und damit nach dem Tode des Erblassers möglicherweise nicht mehr beweisbar. Dies betrifft insbesondere Schenkungen, bei denen ein formnichtiges Schenkungsverspre- chen durch Vollzug der Schenkung (z.B. Überweisung von Geld) geheilt wird.

b) Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses erforderlich

Die Anrechnung auf den Pflichtteil entspricht also *typischerweise* der Interessenlage der Beteiligten. Deshalb greift die Regelung des Referentenentwurfes zu kurz. Ist die Anrechnung regelmäßig interessengerecht, sollte sie auch rechtstechnisch als Regelfall statuiert werden. Das dem § 2315 BGB in seiner derzeitigen Fassung zugrunde liegende Regel-Ausnahme-Verhältnis sollte also umgekehrt werden.

Bei Zuwendungen in der Form notarieller Beurkundung, insbesondere in notariellen Grundstücksübertragungsverträgen, entspricht diese Umkehrung bereits heute der ganz überwiegenden Praxis (vgl. auch die Umfrage von *Bengel*, MittBayNot 2002, 275, 276). Die Beteiligten entscheiden sich nach Belehrung regelmäßig für eine Anrechnungsbestimmung.

Die vom Referentenentwurf vorgesehene Möglichkeit des Erblassers, die Anrechnung nachträglich zu bestimmen, ist nicht gleichwertig. Es ist zu befürchten, dass diese Möglichkeit den Beteiligten in gleichem Maße unbekannt bleiben wird wie die derzeitige Regelung. Außerdem verlangt der Referentenentwurf den Beteiligten, die zunächst eine Anrechnungsbestimmung – zumeist aus Unkenntnis – unterlassen haben, unnötigerweise ein weiteres Tätigwerden ab. Zudem hat dieses weitere Tätigwerden in Form einer Verfügung von Todes wegen zu geschehen. Der überwiegende Teil der deutschen Bevölkerung aber verstirbt, ohne eine Verfügung von Todes wegen errichtet zu haben. Und selbst wenn der Erblasser später von Todes wegen verfügt, wird ihm das Thema "Vorempfänge" und die Notwendigkeit einer nachträglichen Bestimmung nicht immer präsent sein. Im Ergebnis wird der Referentenentwurf daher nicht verhindern, dass die Anrechnung in vielen Fällen, in denen sie gewollt und interessengerecht wäre, tatsächlich unterbleibt.

c) Argumente aus der Rechtsvergleichung

In wichtigen Nachbarrechtsordnungen ist das umgekehrte Regel-Ausnahme-Verhältnis bereits anzutreffen.

So formuliert Art. 1077 des französischen Code Civil (Fassung gemäß Gesetz Nr. 2006-728 vom 23. Juni 2006; Übersetzung durch den Unterzeichner):

„Was ein voraussichtlicher Noterbe im Wege einer vorweggenommenen Erbteilung erhalten hat, wird auf dessen Mindesterbteil angerechnet, soweit nicht die Anrechnung ausdrücklich ausgeschlossen wurde.“

Allerdings findet bei der Berechnung des Mindesterbteils vorweg eine Berücksichtigung von Schenkungen des Erblassers nach Art. 922 Code Civil statt.

Eine ähnliche Regelung trifft Art. 564 Abs. 2-4 des italienischen Codice Civile (Übersetzung durch den Unterzeichner; vgl. auch Art. 552, 553 Codice Civile):

„(2) In jedem Fall hat sich der Noterbe, der die Herabsetzung von Schenkungen oder von testamentarischen Verfügungen verlangt, die an ihn geleisteten Schenkungen und Vermächtnisse auf seinen Mindesterbteil anrechnen zu lassen, sofern er hiervon nicht ausdrücklich befreit worden ist.

(3) Wer im Wege der Repräsentation nach Stämmen Noterbe geworden ist, hat sich auch die an seinen Vorgänger geleisteten Schenkungen und Vermächtnisse anrechnen zu lassen, ausdrückliche Befreiung hiervon ausgenommen.

(4) Die Befreiung hat keine nachteilige Wirkung für diejenigen, die vorher beschenkt wurden.“

Die vorherige Einbeziehung von Schenkungen in die Berechnung des Mindesterbteils erfolgt über Art. 556 Codice Civile.

Das österreichische ABGB lässt die Anrechnung im Wege einer Einrede gegen den Pflichtteilsanspruch zu (§§ 785 ff.); eine Ausgleichung erfolgt nicht. Einen anderen Weg geht das schweizerische Recht (Ausgleichung bei entsprechender Anordnung durch den Erblasser im Rahmen der Herabsetzungsklage) in Art. 474 ff., 527, 626 ff. ZGB bzw. das spanische Recht in Art. 1035 Código Civil.

Zu weiteren Einzelheiten wird verwiesen auf *Süß/Haas*, Erbrecht in Europa, 2004, wobei das Werk in Teilen nicht mehr auf dem neuesten Stand ist.

Die Abweichung des geltenden deutschen Rechts von wichtigen Nachbarrechtsordnungen stellt den Notar derzeit vor zum Teil nicht lösbar Probleme, wie folgendes Beispiel aus der Praxis des Unterzeichners zeigt:

Beispiel: Ein französischer Staatsangehöriger M lässt sich von seiner Frau scheiden, heiratet eine Deutsche und nimmt in Deutschland seinen Wohnsitz. Er überträgt im Wege einer donation-partage [ähnlich vorweggenommener Erbfolge] seinen französischen Immobilienbesitz auf seine Töchter aus erster Ehe, die damit hinsichtlich ihrer réserve légale [ähnlich Pflichtteil] höchstwahrscheinlich abgefunden sind. Nunmehr will er ein Testament errichten, in dem er seine jetzige Frau zur Alleinerbin einsetzt. Hat diese mit Pflichtteilsansprüchen der Töchter zu rechnen? M hat kein unbewegliches Vermögen mehr in Frankreich.

Behält M in Deutschland seinen Wohnsitz, so kommt im Fall seines Todes materielles deutsches Erbrecht zur Anwendung; Art. 25 Abs. 1 EGBGB verweist zwar auf französisches Recht, Art. 3 Abs. 2 Code Civil nimmt die Verweisung nur für französische Immobilien an und verweist im Übrigen auf deutsches Recht zurück, das in Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB die Rückweisung annimmt. Damit stellt sich die Frage, ob die in Frankreich vorgenommenen Schenkungen nach § 2315 BGB auf die nach deutschem Erbrecht gegebenen Pflichtteile der Töchter angerechnet werden können. Dem könnte entgegen gehalten werden, dass M keine ausdrückliche Anrechnungsbestimmung in der französischen Schenkungsurkunde getroffen hat – nach Art. 1077 Code Civil war dies auch gar nicht erforderlich. Die Ehefrau des M muss daher damit leben, dass ihr niemand sagen kann, ob die Stieftöchter nach dem Tode des M erfolgreich ihren Pflichtteil geltend machen können. Der Notar kann M nur empfehlen, den Wohnsitz wieder nach Frankreich zu verlegen.

3. Alternativvorschlag

Der Deutsche Notarverein schlägt daher folgende Fassung des § 2315 Abs. 1 BGB vor:

„(1) Der Pflichtteilsberechtigte hat sich auf seinen Pflichtteil anrechnen zu lassen, was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zuge-

wendet worden ist. Der Erblasser kann die Anrechnung ausschließen. Im Zweifel ist die Anrechnung von Zuwendungen ausgeschlossen, deren Wert nicht den Wert von Gelegenheitsgeschenken übersteigt, die nach den Lebensverhältnissen des Erblassers üblich sind.“

Der Alternativvorschlag erhebt die Anrechnung zur Regel und gibt dem Erblasser die Möglichkeit, sie auszuschließen. Wortlaut, Sinn und Zweck schließen einen nachträglichen, einseitigen Ausschluss nicht aus, weil dieser die Rechtsstellung des Zuwendungsempfängers nur verbessert. Eine ausdrückliche Regelung erscheint insoweit entbehrlich. Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Das entspricht dem derzeitigen Rechtszustand, wonach die Aufhebung einer angeordneten Anrechnungspflicht nach h.M. formlos wirksam ist². Aus Beweisgründen ist dem Erblasser zumindest Schriftform zu empfehlen.

Die Neufassung wird zur Folge haben, dass sich das Interesse der Beteiligten weniger auf die Frage richten wird, ob eine Anrechnungspflicht gegeben ist, und mehr auf die Frage, ob eine Zuwendung erfolgt ist. Um diesbezügliches Streitpotenzial zu reduzieren, sollen relativ geringwertige Geschenke im Zweifel von der Anrechnung auf den Pflichtteil ausgeschlossen sein. Die Anknüpfung erfolgt hier nicht an die sogenannten Pflicht- oder Anstandsschenkungen (§ 2330 BGB) – letztere können u.U. den wesentlichen Teil des Vermögens umfassen -, sondern an die Formulierung in § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB (Anrechnung von Vorempfängen beim Zugewinnausgleich). Unterscheidungskriterium ist der *Wert* von Gelegenheitsgeschenken, die nach den Lebensverhältnissen des Erblassers üblich sind. Der Begriff "Gelegenheitsgeschenk" dient hierbei nur als Wertmaßstab. Im Zweifel anrechnungsfrei sind also auch andere als "Gelegenheitsgeschenke", solange sie sich innerhalb der Wertgrenze bewegen.

4. Übergangsvorschriften

In jedem Fall, also sei es bei Verwirklichung der Lösung des Referentenentwurfs oder des hier unterbreiteten Vorschlags, bedarf es vertiefter Überlegungen zu der Frage, ab wann und auf welche Vorgänge die Neuregelung anwendbar ist. Ist etwa

² Staudinger/Haas, § 2315 Rn. 33 m.w.N.

Anrechnung in einer bereits vollzogenen Schenkung ausdrücklich ausgeschlossen, so dürften Vertrauensschutzargumente auf Seiten des Beschenkten eine Rolle spielen, wenn der Erblasser durch spätere Verfügung von Todes wegen die Anrechnung anordnen will. Der Deutsche Notarverein steht zur weiteren Diskussion bereit, unabhängig davon, welche Lösung realisiert wird.

V. Ausgleichung

1. Der Vorschlag des Referentenentwurfes: Zulassung nachträglicher Anrechnungsbestimmungen

Zuwendungen des Erblassers an seine Abkömmlinge können nach Maßgabe des § 2050 BGB Ausgleichungspflichten im Verhältnis zu den anderen Abkömmlingen auslösen. Eine vom Erblasser zugewendete Ausstattung ist gemäß § 2050 Abs. 1 BGB grundsätzlich auszugleichen. Der Erblasser hat aber die Möglichkeit, die Ausgleichung spätestens bei der Zuwendung auszuschließen. Sonstige Zuwendungen – d. h. in der Praxis die große Mehrheit der Zuwendungen – sind (abgesehen von den seltenen Zuwendungen gemäß § 2050 Abs. 2 BGB) nur dann auszugleichen, wenn der Erblasser dies spätestens bei der Zuwendung bestimmt.

Der Referentenentwurf will nunmehr dem Erblasser gleichermaßen die Bestimmung, dass eine gemäß § 2050 Abs. 1 BGB an sich ausgleichspflichtige Ausstattung *nicht* auszugleichen sei, und die Bestimmung, dass eine ansonsten gemäß § 2050 Abs. 3 BGB (oder § 2053 Abs. 1 BGB) nicht ausgleichspflichtige Zuwendung *auszugleichen* sei, nachträglich ermöglichen.

Die Begründung des Entwurfs ist karg. Bei formfreien Zuwendungen werde sich der Erblasser häufig mit der Frage der Ausgleichung nicht auseinander setzen, weil er die entsprechenden Regelungen der §§ 2050, 2053 BGB nicht kenne. Die Begründung verweist hier auf § 2315 BGB, wo der Entwurf die Testierfreiheit des Erblassers stärken solle, indem er die nachträgliche Bestimmung ermögliche. "*Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen*" sei es erforderlich, "*nachträgliche Bestimmungen über die Anrechnung*" (sic!) einheitlich zuzulassen (vgl. S. 30 der Begründung).

2. Stellungnahme

a) **Keine Notwendigkeit einheitlicher Änderungen in § 2315 und §§ 2050 ff. BGB**

§ 2315 BGB und §§ 2050 ff. müssen nicht notwendig zugleich und nicht notwendig in gleicher Weise geändert werden. Die Anrechnung auf den Pflichtteil und die Ausgleichung unter Abkömmlingen haben weder identische Voraussetzungen noch identische Zielsetzungen. § 2315 BGB betrifft alle Pflichtteilsberechtigten, § 2050 BGB nur Abkömmlinge des Erblassers. Die Anrechnungspflicht dient der Dispositionsfreiheit ("Testierfreiheit") des Erblassers, die Ausgleichungspflicht hingegen der Gleichstellung der Abkömmlinge. Auch die pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen sind unterschiedlich. Während eine Anrechnungsbestimmung gemäß § 2315 BGB die Pflichtteilslast des Erben verringert, verschiebt eine Ausgleichungspflicht gemäß § 2050 BGB lediglich die Höhe der Pflichtteilsansprüche unter den Abkömmlingen.

Eine unterschiedliche Regelung bezüglich der Zulassung oder Nichtzulassung nachträglicher Anordnungen bei § 2315 BGB und § 2050 BGB kann deshalb sachlich geboten sein und muss entgegen der Begründung des Referentenentwurfs nicht zu Wertungswidersprüchen führen.

b) **Differenzierung nach negativen und positiven Ausgleichungsanordnungen**

Die weitere Betrachtung muss getrennt für § 2050 Abs. 1 BGB einerseits und § 2050 Abs. 3 BGB andererseits erfolgen. Bei § 2050 Abs. 1 BGB will der Referentenentwurf ermöglichen, dass eine vom Gesetz als Regelfall angeordnete Ausgleichungspflicht (betreffend Ausstattungen) nachträglich *ausgeschlossen* wird. Man kann diesen Ausschluss "negative Ausgleichungsanordnung" nennen. Bei § 2050 Abs. 3 BGB will der Referentenentwurf hingegen ermöglichen, dass eine vom Gesetz grundsätzlich nicht vorgesehene Ausgleichungspflicht (betreffend sonstige Zuwendungen) nachträglich *geschaffen* wird. Man kann hier von "positiver Ausgleichungsanordnung" sprechen. Negative und positive Ausgleichungsanordnung bedürfen ihrer unterschiedlichen Rechtswirkungen wegen separater Behandlung.

c) § 2050 Abs. 3 BGB

aa) Im Vergleich zu § 2050 Abs. 1 BGB, der die heute seltenen Ausstattungen betrifft, ist der potentielle Anwendungsbereich des § 2050 Abs. 3 BGB deutlich größer. Die Praxis und die kautelarjuristische Literatur sind jedoch mit der Anordnung einer Ausgleichspflicht gemäß § 2050 Abs. 3 BGB mit gutem Grund zurückhaltend. Denn pflichtteilsrechtliche Folge einer Ausgleichsanordnung ist gemäß § 2316 Abs. 1 BGB neben der Verringerung des Pflichtteils des Zuwendungsempfängers auch die Erhöhung der Pflichtteilsrechte der anderen, am Zuwendungsvertrag nicht beteiligten Abkömmlinge. Diese pflichtteilsrechtliche "Drittwirkung" ist unabhängig davon, ob nach dem Tod des Erblassers eine Ausgleichung tatsächlich stattfindet und tritt insbesondere auch dann ein, wenn kein Abkömmling oder nur einer von ihnen erbt. Eine einmal angeordnete Ausgleichspflicht kann deshalb nicht ohne Mitwirkung der anderen Abkömmlinge rückgängig gemacht werden.

Der Referentenentwurf hilft hier nicht. Er ermöglicht nicht den nachträglichen Ausschluss einer erfolgten Anordnung. Insoweit ist der Referentenentwurf entbehrlich.

bb) Hingegen ermöglicht es der Referentenentwurf dem Erblasser, eine Anordnung nachzuholen, die er zunächst nicht getroffen hat, etwa um die Erhöhung der Pflichtteile der anderen Abkömmlinge zu vermeiden. Mit der nachträglichen Anordnung tritt dann freilich die Erhöhung endgültig ein. Nur durch beschränkten Pflichtteilsverzicht der anderen Abkömmlinge wäre sie rückgängig zu machen. Ein einseitiger Widerruf wäre nicht möglich. Zwar will der Referentenentwurf die nachträgliche Anordnung nur durch Verfügung von Todes wegen zulassen. Das besagt aber nur, dass deren Form erforderlich ist (die Form ist nach S. 36 der Entwurfsbegründung des Übereilungsschutzes wegen vorgesehen), qualifiziert die Anordnung aber nicht materiell zu einer Verfügung von Todes wegen um.

Der Erblasser kann freilich den Effekt einer nachträglichen Anordnung der Ausgleichspflicht schon bei Geltung des Gesetzes in seiner derzeitigen Fassung erreichen. Er kann den Zuwendungsempfänger in einer Verfügung von Todes wegen mit einem Vermächtnis zugunsten der anderen Abkömmlinge des Inhalts beschweren, dass der Zuwendungsempfänger die anderen Abkömmlinge wertmäßig so zu stellen hat, als sei eine Ausgleichung angeordnet

worden. Diese Lösung liegt im Interesse der Dispositionsfreiheit (Testierfreiheit) des Erblassers. Sie vermeidet die Erhöhung der Pflichtteile der anderen Abkömmlinge und hat außerdem den Vorzug jederzeitiger Widerruflichkeit.

cc) Als Ergebnis kann festgehalten werden: Die im Referentenentwurf vorgesehene Zulassung einer nachträglichen Ausgleichsordnung im Rahmen des § 2050 Abs. 3 BGB ist entbehrlich. Gegenüber der Regelung durch Vermächtnis ist sie unter dem Gesichtspunkt der Testierfreiheit nachteilig.

d) § 2050 Abs. 1 BGB

aa) Durch Zulassung des nachträglichen Ausschlusses der Ausgleichspflicht ermöglicht der Referentenentwurf dem Erblasser – wie im Falle der nachträglichen Anordnung gemäß § 2050 Abs. 3 BGB – im Ergebnis eine nachträgliche, einseitige Veränderung des Zuwendungsvertrages. Während aber die Veränderung dort (§ 2050 Abs. 3 BGB) zu Lasten des Zuwendungsempfängers geht, erfolgt sie hier (§ 2050 Abs. 1 BGB) zu seinen *Gunsten*: Eine ausgleichspflichtige Ausstattung wird nachträglich zu einer nicht ausgleichspflichtigen. Den Nachteil haben die übrigen Abkömmlinge, falls sie gesetzliche Miterben (oder im Falle des § 2052 BGB gewillkürte Miterben) werden und es zwischen ihnen und dem Zuwendungsempfänger zu einer Erbausinandersetzung kommt.

Auch insoweit ist die Zulassung einer nachträglichen Bestimmung aber nicht erforderlich. Denn auch insoweit vermag der Erblasser sein Ziel – hier den nachträglichen Ausschluss einer Ausgleichung - durch Verfügung von Todes wegen zu erreichen. Er kann die übrigen Abkömmlinge mit einem Vermächtnis des Inhalts beschweren, dass sie den Zuwendungsempfänger so zu stellen haben, als sei eine Ausgleichspflicht nicht gegeben.

bb) Eine andere Fallkonstellation ist gegeben, wenn die anderen – am Zuwendungsvertrag nicht beteiligten – Abkömmlinge nicht Miterben werden. Für die Berechnung ihres Pflichtteils ist dann § 2316 Abs. 3 BGB zu beachten. Danach kann der Erblasser eine Ausstattung nicht zum Nachteil der übrigen Abkömmlinge von der Berücksichtigung ausschließen. Eine Änderung des § 2316 Abs. 3 BGB sieht der Referentenentwurf nicht vor. Hinsichtlich des Pflichtteilsrechts der übrigen Abkömmlinge ist also der nachträgliche Ausschluss der Pflicht zur Ausgleichung einer Ausstattung ebenso wirkungslos wie

der bereits bei der Zuwendung erklärte Ausschluss. Die Zulassung eines nachträglichen Ausschlusses ist insofern sinnlos.

cc) Als Ergebnis ist festzuhalten: Die Zulassung eines nachträglichen Ausschlusses einer Ausstattung von der Ausgleichspflicht gemäß § 2050 Abs. 1 BGB ist überflüssig.

Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob der Begriff der „Ausstattung“ überhaupt noch zeitgemäß ist. Der Gesetzgeber der Kaiserzeit mag sich hierunter noch Möbel oder Wäsche vorgestellt haben. Heute zählt z.B. der schwer nachweisbare Aufwand für eine Ausbildung zu den praktisch viel wichtigeren Fällen von Vorempfängen, in denen die Abgrenzung zum gesetzlichen Unterhalt zum Problem wird.

e) § 2053 BGB

§ 2053 BGB betrifft wie § 2050 Abs. 3 BGB eine positive Ausgleichsordnung. Die obigen Überlegungen zu § 2050 Abs. 3 BGB gelten daher entsprechend.

3. Berücksichtigung von Pflegeleistungen (§ 2057b BGB-E)

Der vom Referentenentwurf zur Abgeltung von Pflegeleistungen in § 2057b BGB-E vorgeschlagene Weg stellt eine Weiterentwicklung des derzeitigen § 2057a BGB dar. Es sollen nicht nur, wie bisher, Abkömmlinge ausgleichsberechtigt sein, sondern alle gesetzlichen Erben. Es bestehe, so die Begründung des Entwurfs (S. 31), kein zwingender Grund, die Ausgleichspflicht auch weiterhin nur für Abkömmlinge zuzulassen. Vielfach würden Pflegeleistungen von anderen Verwandten übernommen. Beispielsweise bestehe kein Grund, Pflegeleistungen der Schwester des kinderlosen, unverheirateten Erblassers gegenüber den anderen erbberechtigten Geschwistern nicht zu berücksichtigen.

Die Überlegung ist richtig, greift aber zu kurz. In Betracht zu ziehen sind auch Fälle, in denen der Erblasser von Personen gepflegt wird, die nicht zu seinen gesetzlichen Erben gehören. Praxisrelevant sind insofern besonders Pflegeleistungen durch Schwiegerkinder. Um sie einzubeziehen, ist allerdings ein anderer Ansatz als der vom Referentenentwurf gewählte notwendig. In Übernahme eines Vorschlags

von *Otte*³ erscheint die Abgeltung von Pflegeleistungen durch ein gesetzliches Vermächtnis als sinnvoll. Beispiele von *Otte*: Der Sohn des pflegebedürftigen Erblassers holt diesen zu sich, die Schwiegertochter übernimmt die Pflege. Könnte man hier die Pflege eventuell noch dem Sohn mit der Erwägung zurechnen, der Familienhaushalt sei als Einheit anzusehen, würde sich das Ergebnis jedenfalls ändern, wenn man den Sachverhalt dahin abwandelt, dass erst nach dem Tode des Sohnes dessen Ehefrau die Pflege ihres Schwiegervaters übernimmt. Die Fälle zeigen, dass die Eigenschaft als gesetzlicher Erbe ein – auch und gerade im Lichte der Zielsetzung des Referentenentwurfs – untaugliches Abgrenzungskriterium ist.

Pflichtteilsansprüchen gegenüber wäre ein gesetzliches Vermächtnis – wie ein Vermächtnis allgemein – nachrangig zu erfüllen. Die "Vermächtnislösung" würde also Pflichtteilsansprüche unberührt lassen, während sich Pflegeleistungen dem Vorschlag des Referentenentwurfs zufolge nach Maßgabe des § 2316 BGB pflichtteilmindernd auswirken würden.

Ein weiterer Unterschied zwischen Ausgleichungslösung und Vermächtnislösung läge in den Fällen der Pflege durch Schwiegerkinder (zumeist Schwiegertöchter) darin, dass das gesetzliche Vermächtnis unmittelbar dem pflegenden Schwiegerkind zukommen würde, während im Falle der Ausgleichung immer nur der gesetzliche Erbe (d.h. der Abkömmling oder Ehepartner) Begünstigter sein könnte.

Der Referentenentwurf wählt die nur bei gesetzlicher Erbfolge zum Tragen kommende Ausgleichungslösung auch deshalb, weil (aus verfassungsrechtlichen Gründen) möglichst wenig in die Testierfreiheit eingegriffen werden soll (S. 32 der Begründung). Bei gewillkürter Erbfolge sollte der Erblasser selbst entscheiden, ob und wie er Pflegeleistungen honorieren möchte. Diesem Argument kann sich der Deutsche Notarverein aus Sicht der vertragsgestaltenden Praxis nur anschließen. Es spricht aber im Übrigen nicht gegen die hier vorgeschlagene Vermächtnislösung, da auch das gesetzliche Vermächtnis ohne weiteres auf die Fälle der gesetzlichen Erbfolge beschränkt werden kann. Der Gesetzgeber würde dann mit dem gesetzlichen Vermächtnis ein Regelungsmodell zur Verfügung stellen, an das die vertragsgestaltende Praxis bei der gewillkürten Erbfolge anknüpfen könnte.

³ Prof. Dr. Gerhard Otte, Bielefeld, mit bisher unveröffentlichtem Formulierungsvorschlag.

Der Deutsche Notarverein schlägt daher vor, den „Ausgleich“ von Pflegeleistungen über einen neuen § 2191a BGB-E zu lösen, der wie folgt formuliert sein könnte.

„§ 2191a

Gesetzliches Vermächtnis bei Pflegeleistungen

(1) Bei gesetzlicher Erbfolge erhalten Personen, die den Erblasser während längerer Zeit gepflegt haben, als gesetzliches Vermächtnis einen der Pflegeleistung entsprechenden Geldbetrag.

(2) Die Höhe des Geldbetrages ist so zu bemessen, wie es mit Rücksicht auf die Dauer und den Umfang der Pflegeleistungen und auf den Wert des Nachlasses der Billigkeit entspricht, in der Regel nach den zur Zeit des Erbfalls in § 36 Abs. 3 des Elften Buches Sozialgesetzbuch vorgesehene Beträge.

(3) Der Anspruch besteht nicht, soweit für die Pflegeleistungen ein angemessenes Entgelt gewährt oder vereinbart worden ist oder soweit dem Pflegenden wegen seiner Leistungen ein Anspruch aus anderem Rechtsgrund zusteht. Dem Anspruch steht nicht entgegen, wenn die Leistungen in Erfüllung einer familienrechtlichen Pflicht erbracht worden sind.“

Absatz 1 definiert den Anspruch als auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtetes gesetzliches Vermächtnis. Aus der Bezeichnung „gesetzliches Vermächtnis“ und dem Regelungsstandort am Ende der §§ 2147 ff. BGB ergibt sich die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften über Vermächtnisse. Der Anspruch besteht im Übrigen nur bei Eingreifen der gesetzlichen Erbfolge.

Absatz 2 knüpft zur Berechnung des Geldbetrages an die Regelung im Referentenentwurf an und verbindet die Regelungen in § 2057b Abs. 2 BGB-E mit der in Bezug genommenen Vorschrift des § 2057a Abs. 3 BGB. Der Hinweis auf die im Sozialgesetzbuch vorgesehenen Beträge ist nun als Regelbeispiel ausgestaltet.

Absatz 3 stellt eine modifizierte Fassung des im Referentenentwurf ebenfalls für anwendbar erklärten § 2057a Abs. 2 BGB dar. Dessen Satz 1 wurde – redaktionell überarbeitet – vollständig übernommen. § 2057a Abs. 2 Satz 2 wurde allgemeiner gefasst, da die bisherige Fassung zwar auf die §§ 1619 und 1620 BGB verweist, den § 1618a (Beistandspflicht zwischen Eltern und Kindern) aber nicht berücksichtigt. Weiter sollte das Vermächtnis auch in den Fällen gewährt werden, in denen ein Kind die Pflegeleistung in Erfüllung einer gesetzlichen (familienrechtlichen) Unter-

haltungspflicht übernimmt, während andere Kinder sich unter Umständen „vornehm zurückhalten“.

VI. § 2306 BGB-E

Die vorgesehene Änderung des § 2306 BGB wird auch von Seiten der notariellen Praxis wegen der damit verbundenen größeren Rechts- und Gestaltungssicherheit begrüßt.

VII. Pflichtteilsergänzung, § 2325 BGB-E

Die im Referentenentwurf vorgeschlagene „Pro-Rata-Lösung“ (§ 2325 Abs. 3 BGB-E) wird befürwortet. Sie dient in geeigneter Weise dazu, die bisherige „Alles- oder Nichts-Frist“ abzumildern, und dem Beschenkten in steigendem Maße Planungssicherheit zu geben.

Gegen die damit einhergehende wirtschaftliche Beschränkung des Pflichtteils ergeben sich aus Sicht des Deutschen Notarvereins auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken, denn Ausgangspunkt des Ergänzungsanspruchs sind lebzeitige Verfügungen des späteren Erblassers, die grundsätzlich unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen. Die Pflichtteilsergänzung muss lediglich einen Umgehungsschutz bieten, damit der verfassungsrechtlich geschützte Pflichtteil nicht gänzlich ausgehöhlt wird. Da aber der Pflichtteilsberechtigte zu Lebzeiten des Erblassers noch keine geschützte Aussicht genießt, dass dieser sein Vermögen ungeschmälert erhält bzw. überhaupt noch Vermögen hinterlässt, sollte in Abwägung mit der Eigentumsgarantie des Erblassers der Pflichtteilsergänzungsanspruch eher eng gefasst und angewendet werden.

Diese verfassungsrechtliche Gewichtung sollte auch prägend sein für weitere Änderungen in § 2325 BGB, die der Deutsche Notarverein anregen möchte. Überdacht werden sollten insbesondere die Auswirkungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass die 10-Jahres-Frist nicht beginnt, wenn sich der Schenker den wirtschaftlichen Gebrauch der Sache vorbehält (1.), und dass beim Wertvergleich in § 2325 Abs. 2 BGB ein vorbehaltener Nießbrauch nicht in jedem Fall abzuziehen ist (2.). Beide Lösungsansätze des BGH sind schon bei bestehender Gesetzeslage umstritten (vgl. z.B. Übersicht in Palandt/Edenhofer, a. a. O., § 2325 Rn. 20, 22). Da darüber hinaus die Folgen der Rechtsprechung als nicht sachgerecht angesehen werden, sollte das Richterrecht nicht durch das Schweigen des Gesetzgebers verfestigt werden.

1. Beginn der 10-Jahres-Frist

Im Hinblick auf die 10-Jahres-Frist gibt es in der Praxis Probleme bei vorbehaltenen Nutzungsrechten (a) sowie bei Schenkungen zwischen Ehegatten (b).

a) Fristbeginn bei Nießbrauch und ähnlichen Nutzungsrechten

Kommt es zur Einführung der „Pro-Rata-Lösung“, wird noch häufiger als heute die Frage eine Rolle spielen, ob die Frist des § 2325 Abs. 3 überhaupt zu laufen begonnen hat. Nach den Grundsätzen des BGH ist dies nur der Fall, wenn der Schenker darauf verzichtet hat, den verschenkten Gegenstand - aufgrund vorbehaltener dinglicher oder schuldrechtlicher Vereinbarungen - im Wesentlichen weiterhin selbst zu nutzen; insbesondere bei der Vereinbarung eines Nießbrauchs läuft die Frist nicht an (vgl. BGH NJW 1994, S. 1791).

Die Grundsätze des BGH, die in der Praxis fast ausschließlich Immobilienübertragungen betreffen, erscheinen auf den ersten Blick zwar „gerecht“, insbesondere bei vermieteten Wohnung oder Häusern. Da solche Immobilien meistens der langfristigen Kapitalanlage dienen, und der Schenker als Nießbrauchsberechtigter weiterhin die Mieteinkünfte erhält, spürt er im Ertrag keine echte Vermögensminderung.

Ob aber auch die Annahme des BGH, dass der Schenker keinen spürbaren Vermögensverlust erleidet, zutreffend ist, darf bezweifelt werden. Besonders die zunehmenden Sorgen über die eigenen Alterseinkünfte und die Vorstellung, notfalls durch Verwertung der eigenen Immobilie – unabhängig von den Kindern – den Ruhestand abzusichern und sich ein geeignetes Betreuungsumfeld schaffen zu können, zeigt in der Praxis, dass kaum ein Schenker „leichten Herzens“ sein Eigentum überträgt. Die Hergabe der Verfügungsmacht über eine Immobilie bedeutet für die Mehrzahl der Bevölkerung zumindest subjektiv eine echte Entreichung.

Ferner sollte beachtet werden, dass die Grenzen zu anderen Vertragsgestaltungen fließend sind, und insbesondere Kapitalanleger über Möglichkeiten verfügen, eine befürchtete Pflichtteilsergänzung durch Gestaltungen zu vermeiden, die im wirtschaftlichen Ergebnis dem Nießbrauch sehr nahe kommen:

Beispiel: Der Vater überlässt mit 50 Jahren eine vermietete Wohnung mit einem Wert von Euro 100.000 an ein Kind. Auf der Wohnung lasten noch Bankverbindlichkeiten von Euro 50.000. Seine wirtschaftliche Planung ist, diese Verbindlichkeiten bis zu seinem Ruhestand mit Hilfe der Mieteinnahmen zurückzubezahlen, so dass er dann die Miete als zusätzliche Altersabsicherung verwenden kann. Will der Vater nun die Wohnung einem Kind schenken, kommen zwei Gestaltungsvarianten in Betracht:

Variante 1: Der Vater behält sich den Nießbrauch an der Immobilie zurück, und verpflichtet sich typischerweise auch, die laufende Tilgung des Darlehens zu übernehmen.

Variante 2: Das Kind übernimmt den Kredit und verpflichtet sich, dem Vater ab Erreichen des Ruhestandsalters eine bestimmte Geldrente (ungefähr in Höhe der Miete) zu zahlen.

Folge der ersten Variante wäre, dass die 10-Jahres-Frist nicht beginnt. Auch wenn der Vater erst im hohen Alter stirbt, wäre der Pflichtteilergänzungsanspruch noch zu zahlen. Konsequenz der zweiten Variante wäre dagegen, dass der übernommenen Kredit als Gegenleistung zweifellos vom Schenkungswert abzuziehen ist. Auch die Rente wäre eine Gegenleistung, so dass die 10-Jahres-Frist anlaufen würde.

Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Rechtsprechung künftig auch Gegenleistungen, wie z. B. Rentenzahlungen als Hindernis für den Beginn der 10-Jahres-Frist ansehen würde. Dann muss aber wiederum die Abgrenzung zur nächstgelegenen Gestaltung – z. B. der Unterschied der Rente zu einem (versicherungsmathematisch errechneten) Ratenkauf – definiert werden, und es droht die immer weitere Ausdehnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs zu Lasten der Verfügungsfreiheit und der Eigentumsgarantie des Erblassers.

Wertungswidersprüche entstehen aber nicht nur zwischen relativ verwandten Gestaltungsvarianten, sondern auch in den Fällen, in denen die zurückbehaltenen Nutzungsrechte nicht den ganzen verschenkten Gegenstand umfassen (vgl. als Beispiel OLG Bremen, NJW 2005, S. 1726, bei der sich der Schenker das Wohnrecht nur an einigen Räumen vorbehalten und im übrigen aufgrund eines „Mitnutzungsrechtes“ das ganze Haus – faktisch allein - genutzt hatte). Es erscheint nicht plausibel, warum einerseits die Frist des § 2325 Absatz 3

BGB für die ganze Immobilie in Gang gesetzt werden kann, wenn Nutzungsrechte nur an einem Teil davon vereinbart oder verschiedenen Auflagen und Gegenleistungen kombiniert werden, andererseits bei kleinen Immobilien, bei denen nur ein Nießbrauch oder Wohnungsrecht für die Sicherheit des Schenkers sinnvoll ist, der Fristbeginn ausgeschlossen wird.

Der Deutsche Notarverein regt daher an, die rechtliche Ausführung der Schenkung als Beginn der Frist genügen zu lassen, und künftig nicht mehr auf den „wirtschaftlichen“ Leistungsbegriff der Rechtsprechung in § 2325 BGB abzustellen, der zu Wertungswidersprüchen und erheblichen Unsicherheiten bei der Vertragsgestaltung führt. Absatz 3 Satz 2 könnte demgemäß formuliert werden:

„Sind zehn Jahre seit der Erfüllung des Schenkungsversprechens verstrichen, bleibt die Schenkung unberücksichtigt.“

Sofern sich der Gesetzgeber dem nicht anschließen will, sollte er zumindest die besondere Situation der Schenker eigengenutzter Immobilien bedenken, und zumindest bei der Übertragung eines Familienwohnheims die Frist des § 2325 Absatz 3 anlaufen lassen.

In der Praxis wird die eigengenutzte Immobilie häufig nur an ein Kind übertragen. Neben dem Wunsch, dass das eigene Haus oder die Wohnung damit auch in nächster Generation ungeteilt in der Familie erhalten bleibt, sind solche Überlassungen regelmäßig mit der Erwartung von materiellen und immateriellen Leistungen des übernehmenden Kindes verbunden. Auch wenn dies nicht immer ausdrücklich vereinbart wird, wird das beschenkte Kind meistens bereit sein, bei Bedarf die Eltern im Haushalt oder im Alter besonders zu unterstützen.

Als Sicherheit für die Schenker wird fast immer ein Nießbrauch oder Wohnungsrecht an der eigengenutzten Immobilie eingetragen. Wenn aber das Augenmerk der Beteiligten auch auf einer möglichen Pflichtteilsergänzung anderer Kinder liegt, sind diese trotz Belehrung durch den Notar verleitet, keine umfassenden Nutzungsrechte zu vereinbaren (vgl. als Beispiel der oben zitierten Fall OLG Bremen). Oder die Eltern verpflichten sich gar, dem beschenkten Kind Miete zu zahlen (was diesem noch dazu steuerliche Vorteile einbringen

kann). Die Schenker vertrauen dabei typischerweise darauf, dass ihnen von dem beschenkten Kind keine Gefahr droht. Wenn sie sich aber in dieser Erwartung täuschen, oder externe Faktoren (wie z.B. eine Insolvenz des Kindes oder „Hartz-IV“-Erstattungsansprüche) dies bedingen, kann es zum Verlust der Immobilie zu Lebzeiten der Schenker kommen.

Zwar wäre ein solches, in Eigenverantwortung vorgenommenes Verhalten allein nicht Anlass genug für gesetzgeberische Maßnahmen. Letztlich realisiert sich darin aber der bereits oben beschriebene Wertungswiderspruch, dass dem Eigentümer einer kleinen eigengenutzten Immobilie bei der Überlassung gerade nicht andere, sichere Gestaltungsmöglichkeiten offen stehen, auf die z.B. Kapitalanleger und Eigentümer großer gemischtgenutzter Immobilien ausweichen können.

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung des Fristbeginns in § 2325 Abs. 3 BGB entspricht auch dem Fristbeginn in den §§ 529 BGB (für den Schenkungswiderruf) und 14 ErbStG (für die Wiederentstehung schenkungsteuerlicher Freibeträge). Sie schafft damit Rechtsklarheit durch Vereinheitlichung der schenkungsrechtlichen Zehn-Jahresfristen.

b) Fristbeginn bei Ehegatten

§ 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB-E, der die bisherige Rechtslage unverändert übernimmt, benachteiligt Schenkungen zwischen Ehegatten im Vergleich zu nicht-ehelichen Partnern. Auch wenn diese Benachteiligung gemäß dem Urteil des BVerfG aus dem Jahr 1991 nicht verfassungswidrig ist, sollte sie durch den Gesetzgeber für die Zukunft ersatzlos aufgehoben werden.

2. Wertermittlung gemäß § 2325 Abs. 2 BGB bei vorbehaltenem Nießbrauch

Nach ständiger Rechtsprechung erfolgt die Ermittlung des für die Pflichtteilsergänzung maßgeblichen Schenkungswertes in den Fällen, in denen sich der Schenker den Nießbrauch oder ein sonstiges Nutzungsrecht vorbehalten hat, in zwei Schritten (vgl. BGH a.a.O.):

Zunächst ist nach dem Niederstwertprinzip des § 2325 Abs. 2 Satz 2 der Wert der Immobilie zum Zeitpunkt der Schenkung (inflationbereinigt) mit deren Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls zu vergleichen. Ist dabei der Wert bei Schenkung niedriger und damit maßgeblich, wird in einem zweiten Schritt der kapitalisierte Wert des

Nießbrauchs bzw. der Nutzungsaufgaben abgezogen und nur der Restwert des Grundstücks inflationsbereinigt für den Pflichtteilergänzungsanspruch herangezogen. Ist dagegen der Wert der Immobilie zum Zeitpunkt des Erbfalls niedriger, ist dieser maßgeblich, ohne dass der Nießbrauch abgezogen würde, da er mit dem Tod des Erblassers erloschen ist.

Lässt man nach dem Vorschlag des Deutschen Notarvereins (Abschnitt 1.) die Frist des § 2325 Abs. 3 auch bei Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt anlaufen, wären die Auswirkungen dieser Rechtsprechung dadurch gemildert, dass nach Ablauf der 10 Jahre ohnehin kein Pflichtteilergänzungsanspruch mehr bestehen bzw. dieser durch die neue Pro-Rata-Lösung häufig gemindert würde. Bleibt es jedoch bei der Rechtsprechung, dass die Frist nicht beginnt, treten die wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Wertberechnung oft erst nach Jahrzehnten zu Tage. Dies kann an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

Beispiel: Eine ca. 15 Jahre zuvor unter Nießbrauchsvorbehalt überlassene Immobilie hat beim Erbfall einen Verkehrswert von € 200.000. Der Gutachter ermittelt für den Zeitpunkt der früheren Schenkung einen Verkehrswert, der unter Anpassung an den Geldwertverfall bis zum Tod des Erblassers in Variante 1: € 210.000 und in Variante 2: € 190.000 beträgt.

In Variante 1 würde damit der Wert von € 200.000 (= aktueller Verkehrswert ohne Abzüge) für die Pflichtteilergänzung angesetzt, in Variante 2 jedoch nur der Wert von € 190.000 abzüglich des kapitalisierten Wertes des Nießbrauchs von (hier unterstellt) € 100.000, so dass nur € 90.000 bei der Pflichtteilergänzung zu berücksichtigen wären.

Im Extremfall kann damit der Streit über € 1 Wertunterschied der Immobilie zu immensen Unterschieden bei der Pflichtteilergänzung führen. Dies mag zwar Konsequenz aus der bisherigen Gesetzeslage sein (wobei diese in der Literatur heftig umstritten ist und auch von den Gerichten nicht einheitlich angewendet wird; z.B. abweichend OLG Celle, ZErB 2003, 383), findet aber im praktischen Ergebnis keine sachgerechte Rechtfertigung.

Für die Gerichte wird diese Rechtsprechung eine zunehmende Belastung bedeuten: Je näher die Werte zum Zeitpunkt der Schenkung und des Erbfalls beieinander liegen, desto heftiger wird mit Gutachtern über die jahrelang zurückliegenden Im-

mobilitätspreise (und ggf. zwischenzeitlich getätigte Investitionen der Erwerber) gestritten werden. Anders als bisher, als die meisten Schenkungen noch aus Zeiten stammten, in denen die Immobilienpreise in weiten Teilen Deutschland stärker stiegen als die allgemeine Preisentwicklung, wird künftig der Wertvergleich eher auf Basis langfristig stagnierender (mancherorts, insb. in den neuen Bundesländern sogar dramatisch fallender) Immobilienpreise erfolgen. Die anwaltliche Beratung eines Pflichtteilsberechtigten wird damit immer häufiger darauf hinauslaufen, es auf einen Rechtsstreit ankommen zu lassen, weil man in dem Fall, dass der Wert der verschenkten Immobilie beim Erbfall (geringfügig) niedriger war, enorme zusätzliche Ergänzungsansprüche erstreiten kann.

Der Deutsche Notarverein schlägt deswegen vor, beim Niederstwertprinzip des § 2325 klarzustellen, dass vorbehaltenene Nutzungsrechte wie Gegenleistungen in jedem Fall beim Schenkungswert abzuziehen sind. § 2325 Absatz 2 könnte dafür um folgenden Satz 3 ergänzt werden:

„Gegenleistungen und Auflagen sind dabei jeweils abzuziehen.“

Dieser Abzug – wie auch der in Absatz 1. vorgeschlagene Beginn der 10-Jahresfrist – führt auch keineswegs zu „ungerechten“ Ergebnissen. Durch die vorbehaltenen Nutzungsrechte (in Form von Mieteinkünften oder Wohnvorteilen) bleibt typischerweise das Vermögen des Schenkers umfangreicher erhalten, als dies der Fall wäre, wenn er sein Vermögen ohne entsprechende Vorbehalte verschenken würde. Typisiert betrachtet wird damit dem Pflichtteilsberechtigten ein höherer Anteil am Nachlass im Todesfall verbleiben, so dass mit den vorgeschlagenen Einschränkungen auch keine übermäßige Aushöhlung des Pflichtteils verbunden ist.

VIII. Die Änderungen im Verjährungsrecht

Im Verjährungsrecht wird für den Bereich des Erb- und Familienrechts die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002 eingeführte neue Systematik nachvollzogen. Die Änderungsvorschläge werden vom Deutschen Notarverein begrüßt.

IX. Sonstiges

1. Zuwendungsverzicht, § 2352 BGB

In der Praxis besteht häufig der Wunsch, sich als Erblasser von einer erbrechtlich bindenden Verfügung von Todes wegen zu lösen. Das Gesetz bietet hier als Gestaltungsinstrument in § 2352 BGB den sogenannten „Zuwendungsverzicht“ an.

Beispiel: Die Eheleute F und M haben sich erbvertraglich gegenseitig und ihre drei Kinder zu Erben des längstlebenden Ehegatten eingesetzt („Berliner Testament“). Auch die Erbeinsetzung der Kinder erfolgte mit Bindungswirkung. Änderungs- oder Rücktrittsvorbehalte gibt es keine. Das Kind K möchte nun nach dem Tod der F seinen Erbteil nach der Mutter ausgezahlt bekommen, um Startkapital für eine selbständige Berufstätigkeit zu haben. K vereinbart mit M daher einen Zuwendungsverzicht gegen Zahlung einer Abfindung.

Diese zunächst elegant anmutende Gestaltung kann in der Praxis regelmäßig nicht empfohlen werden, weil der Zuwendungsverzicht von K in den meisten Fällen nicht für die Kinder von K wirkt. Verstirbt daher F, so können die als Ersatzerben berufenen Enkelkinder⁴ trotz des Zuwendungsverzichts von K ihren Erbteil (ein Drittel des Nachlasses neben den beiden Geschwistern von K verlangen. Es kommt damit zu einer nicht gewollten Doppelbegünstigung des einen Stammes. Damit fristet der als Gestaltungsmittel eigentlich wünschenswerte Zuwendungsverzicht in der Praxis ein Schattendasein.

Abhilfe wäre auf verschiedene Weise denkbar. So könnte zunächst überlegt werden, die Verweisung in § 2352 BGB auf die Vorschrift des § 2349 BGB zu erstrecken. Dann würde der Zuwendungsverzicht, soweit nichts anderes angeordnet wurde, auch für die Abkömmlinge gelten. Die oben dargestellte und in der Praxis häufigste Fallgestaltung würde damit einer interessengerechten Lösung zugeführt.

Allerdings sind als Ersatzberufene nicht nur Abkömmlinge denkbar, sondern auch sonstige vom Erblasser bestimmte Personen, etwa wenn ein testamentarisch be-

⁴Der Zuwendungsverzicht wirkt nicht gegenüber den Ersatzerben, soweit diese im Erbvertrag ausdrücklich bestimmt sind oder sich aber im Wege der individuellen Auslegung ermitteln lassen. Sind die Ersatzerben nach der Auslegungsregel des § 2069 BGB zu ermitteln, fehlt es nach Auffassung des BGH (BGH NJW 2002, 1126) bereits an einer Bindungswirkung der Verfügung. In diesem letzten Fall kann der Erblasser im Hinblick auf etwaige Ersatzerben eine neue Verfügung von Todes wegen errichten und ist insoweit nicht auf einen zusätzlichen Zuwendungsverzicht etwaiger Ersatzerben angewiesen.

stimmter Erbe keine Abkömmlinge hat. In diesen Fällen würde ein Verweis auf § 2349 BGB nicht weiterhelfen, so dass auch über folgenden § 2352 S. 4 BGB nachgedacht werden könnte:

„Im Falle eines Verzichts nach den Sätzen 1 und 2 erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf ersatzweise berufene Erben und Vermächtnisnehmer, sofern nicht ein anderes bestimmt wird.“

2. § 2316 BGB (Nummer 22 des Änderungsgesetzes)

In § 2316 BGB-E soll zukünftig nicht nur auf § 2057a, sondern auch auf § 2057b (Ausgleichung bei Pflegeleistungen) verwiesen werden. Diese Ergänzung des § 2316 BGB ist jedoch unvollständig, da § 2316 BGB ausschließlich die Ausgleichung unter Abkömmlingen regelt, § 2057b darüber hinausgehend jedoch eine Ausgleichung unter sämtlichen gesetzlichen Erben vorsieht. Bleibt es bei der vorgesehenen Fassung des § 2057b BGB-E (unter V.3. wird alternativ die Berücksichtigung der Pflegeleistungen über ein gesetzliches Vermächtnis vorgeschlagen), dann sollte die Nummer 22 des Änderungsgesetzes wie folgt formuliert werden:

„22. In § 2316 Abs. 1 Satz 1 werden die Worte „Abkömmlinge“ durch die Worte „gesetzliche Erben“ und die Angabe „ 2057a“ durch die Angabe „§§ 2057a, 2057b“ ersetzt“

3. Änderung des § 2376 BGB (Nummer 28 des Änderungsgesetzes)

In § 2376 BGB sollte die mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über den Fernabsatz bei Finanzdienstleistungen vom 02. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3102) geänderte Fassung von § 444 BGB nachvollzogen werden, wonach der Verkäufer nicht haftet, „soweit er (...) eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat“.

X. Zusammenfassung

1. Die Stundung des Pflichtteilsanspruchs (§ 2331a BGB-E) sollte entsprechend § 1382 BGB (Stundung der Zugewinnausgleichsforderung) ausgestaltet werden. Das selbst bewohnte Familienwohnheim ist besonders zu privilegieren (Formulierungsvorschläge unter II.3.a) und b)).
2. Die Reform der Pflichtteilsentziehungsmöglichkeiten ist weitgehend gelungen. Der etwas zu unflexibel und eng ausgestaltete § 2333 Abs. 1 Nr. 4 sollte überdacht werden (Formulierungsvorschlag unter III. 2. c) cc)). Eine Pflichtteilsminderung sollte in den Fällen zugelassen werden, in denen zu keinem Zeitpunkt das zwischen Eltern und Kindern übliche familiäre Näheverhältnis bestanden hat (Formulierungsvorschlag unter III.3.).
3. Bei der Pflichtteilsanrechnung sollte das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt werden. Regelfall sollte die Pflichtteilsanrechnung sein mit der Möglichkeit des (auch nachträglichen) Ausschlusses der Anrechnung (Formulierungsvorschlag unter IV.3.)
4. Im Recht der Ausgleichung besteht dagegen weder Bedarf für eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses noch für die Zulassung nachträglicher Ausgleichsbestimmungen. Zweck und Funktionsweise von Anrechnung und Ausgleichung unterscheiden sich stark, so dass eine differenzierte Betrachtung geboten ist (vgl. unter V.)
5. Die erbrechtliche Berücksichtigung von zu Lebzeiten nicht vergüteten Pflegeleistungen ist sinnvoll. Die im Referentenentwurf vorgeschlagene Lösung über die Ausgleichung (§ 2057b BGB-E) überzeugt jedoch nicht. Vorzugswürdig erscheint die Berücksichtigung von Pflegeleistungen über ein gesetzliches Vermächtnis (Formulierungsvorschlag unter V. 3.).
6. Die vorgesehene Änderung des § 2306 BGB wird begrüßt (vgl. unter VI.)

7. Das Recht der Pflichtteilergänzung bedarf einer Reform. Die Pro-Rata-Lösung des Referentenentwurfes ist sinnvoll und praktikabel. Weiterer Reformbedarf besteht jedoch im Hinblick auf den Beginn der 10-Jahres-Frist, insbesondere bei Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt (Formulierungsvorschlag unter VII. 1. a)). Die diskriminierende Benachteiligung von Ehegatten hinsichtlich des Fristbeginns in § 2325 Abs. 3 BGB sollte aufgehoben werden (vgl. VII. 1. b)). Das in § 2325 Abs. 2 BGB verankerte Niederwertprinzip zur Wertberechnung bedarf einer klarstellenden Ergänzung für Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt (Formulierungsvorschlag unter VII. 2.).
8. Die Änderungen im Verjährungsrecht werden begrüßt (vgl. VIII.).
9. Die Wirkungen eines Zuwendungsverzichts (§ 2352 BGB) sollten auf etwaige Ersatzberufene erstreckt werden (Formulierungsvorschlag unter IX. 1.)

Für etwaige Rückfragen oder eine weitere Erörterung der angesprochenen Fragen steht Ihnen der Deutsche Notarverein gerne zur Verfügung.