

den Testamentsvollstreckervermerk, da die Löschung in diesem Fall lediglich die verfahrensrechtliche Folge der materiellrechtlichen Beendigung der Nacherbenvollstreckung über den Nachlassgegenstand darstellt.⁶¹

8. Verfügungen über die Nacherbenanwartschaft

Auf die Rechtsstellung des Nacherben als Ganzes kann der Nacherbenvollstrecker dagegen nicht verzichten. Einen solchen Verzicht sieht das Gesetz nicht vor, insbesondere verbleibt das Ausschlagungsrecht nach § 2142 BGB nach wie vor beim Nacherben.⁶² Der Nacherbenvollstrecker kann auch weder die Anwartschaft des Nacherben auf den Vorerben noch auf Dritte übertragen, ebenso wenig wie auch ein sonstiger Testamentsvollstrecker zur Übertragung des Erbteils berechtigt ist.⁶³ Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Nacherbenanwartschaft selbst keinen Nachlassgegenstand im Sinne des § 2205 darstellt, über den der Testamentsvollstrecker die Verfügungsbefugnis haben könnte. Daher bleibt auch trotz der Nacherbenvollstreckung die Anwartschaft des Nacherben pfändbar und für den Nacher-

ben selbst verpfändbar. Der Nacherbenvollstrecker bleibt aber trotz der Pfändung berechtigt, ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers seine Zustimmung zu Verfügungen des Vorerben über Nachlassgegenstände zu erklären.⁶⁴ Auch Letzteres entspricht der Rechtslage beim allgemeinen Testamentsvollstrecker, der weiterhin zur Verfügung über einzelne Gegenstände berechtigt ist, auch wenn der Erbteil selbst gepfändet wurde.⁶⁵ Denn der Pfandgläubiger kann nicht mehr Rechte haben als derjenige, von dem er sein Recht ableitet. Er hat aber nur die Anwartschaft des Nacherben gepfändet, der wegen der Nacherbenvollstreckung zur Erteilung der Zustimmung selbst gar nicht befugt ist.⁶⁶

61) In Literatur und Rechtsprechung konnte ich zu dieser Frage jedoch nichts finden.

62) KG DNotZ 1930, 480.

63) BayObLG 1989, 183, 186; MüKollZimmermann, § 2222 Rn 6; AnwK/Weidlich, § 2222 Rn 5.

64) KG Recht 1914, Nr. 1701; Soergel/Damrau, § 2222 Rn 3.

65) KG JR 1952, 323, 324.

66) KG Recht 1914, Nr. 1701.

Auf einen Blick

Insbesondere um die Probleme bei der Zustimmung zu Grundstücksverfügungen des Vorerben bei minderjährigen oder noch unbekanntem Nacherben zu vermeiden, ist die Nacherbentestamentsvollstreckung ein geeignetes Gestaltungsmittel. Wegen der Möglichkeit einer Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot verursacht auch eine Doppelstellung als Nacherbenvollstrecker und gesetzlicher Vertreter des Vor- oder Nacherben keine unüberwindlichen Probleme. Die Grenzen der Zustimmungsbefugnisse sind nur durch eine am Sinn und Zweck der Nacherbenvollstreckung orientierte entsprechende Anwendung der §§ 2205 und 2208 Abs. 1 BGB zu bestimmen. Insbesondere ist für die Frage der Unentgeltlichkeit nach § 2205 S. 3. BGB nicht auf das Verhältnis zwischen

dem Vorerben und seinem Vertragspartner, sondern auf das zwischen dem Nacherben und dem Vorerben abzustellen. Ist die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gem. § 2208 Abs. 1 BGB inhaltlich beschränkt, so wirkt diese Beschränkung auch gegenüber dem Nacherbenvollstrecker. Dagegen kann der Nacherbentestamentsvollstrecker analog § 2217 Abs. 1 BGB Nachlassgegenstände sowohl aus der bloßen Testamentsvollstreckung als auch zusätzlich aus der Nacherbenbindung freigeben. Über die Nacherbenanwartschaft selbst kann er nicht verfügen, wohl aber wirksam auf den grundbuchlichen Schutz durch den Nacherbenvermerk verzichten.

Die geplante Erweiterung der Testierfreiheit bei Ausgleichs- und Anrechnungsbestimmungen nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechtes vom 1. Mai 2007 und ihre Auswirkungen auf die Praxis

Dr. Michael Progl, Fachanwalt für Erbrecht, Neuss¹

Die Durchführung von Ausgleich und Anrechnung ist in der Praxis der Erbaueinmündigkeit aus der Erfahrung des erbrechtlichen Praktikers regelmäßig als streitlastig einzustufen. Dies gilt erst recht, wenn die Ausgleichs- und Anrechnungsbestimmungen über die §§ 2315 und 2316 BGB im Pflichtteilsrechtsverhältnis zu berücksichtigen sind. Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen sollen sich hier in Zukunft ändern. Schaut man sich die geplanten Gesetzesänderungen im Detail an, stellt sich das Änderungsvorhaben als ein erbrechtlicher Axiomwechsel dar, der die Testierfreiheit des Erblassers erweitern, aber auch einige dogmatisch schwierige Fragen aufwerfen wird.

Gemäß dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz (BMJ)² soll der Gesetzeswortlaut der für die Ausgleich und Anrechnung relevanten Vorschriften an einer ganz entscheidenden Stelle geändert werden:

1) Partner der Kanzlei KBHT Lappen Dr. Progl und Partner, Neuss, www.kbht.de.

2) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechtes, vom 1. Mai 2007 (<http://www.bmj.bund.de/files/-/2049/Gesetz.E%20Pflichtteilsrecht.pdf>).

„§ 2050 Absatz 1 BGB

Abkömmlinge, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen, sind verpflichtet, dasjenige, was sie von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten als Ausstattung erhalten haben, bei der Auseinandersetzung untereinander zur Ausgleichung zu bringen, soweit nicht der Erblasser bei der Zuwendung oder nachträglich durch Verfügung von Todes wegen ein anderes angeordnet hat“.

„§ 2050 Absatz 3 BGB

Andere Zuwendungen unter Lebenden sind zur Ausgleichung zu bringen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung oder nachträglich durch Verfügung von Todes wegen ein anderes bestimmt hat.“

Die gleiche Erweiterung soll in § 2053 Absatz 1 erfolgen.

„§ 2315 Absatz 1 BGB

Der Pflichtteilsberechtigte hat sich auf seinen Erbteil anrechnen zu lassen, was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, dass es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Gleiches gilt, wenn der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen die Anrechnung nachträglich bestimmt hat.“

Der erbrechtliche Berater kennt die Situation: Im Beratungsgespräch – im Rahmen einer Planung einer letztwilligen Verfügung der Eheleute – kommt einer der beiden auf den Gedanken, dem (derzeit) in Ungnade gefallenem Abkömmling im Unterschied zu seinen Geschwistern (gewissermaßen „zur Strafe“) seine Vorerbe letztwillig vorzuhalten, indem man anordnen will, er solle sich diese auf seinen Erbteil oder (noch radikaler) auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen. Die Standardfrage des Beraters lautete in diesen Fällen stets: Haben Sie ihm denn jeweils im Moment der Zuwendung gesagt, dass er sich diese später einmal anrechnen lassen muss? Die Antwort lautete regelmäßig: nein. Wieso auch, der Gedanke der Anrechnung kam mir (uns) doch erst, als er gegen unseren Willen (hier kommt dann die Schilderung des Ereignisses, weshalb der Sprössling in Misskredit gefallen ist). Genau diese nachträgliche Anordnung war bisher nicht möglich, wird jedoch dann, wenn der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums umgesetzt wird, künftig möglich sein. Die Änderungsvorschläge finden breite Zustimmung im Schrifttum³ und können auch als Regelung des Gesetzgebers gelten, bei dem der Beifall weiter Kreise der (mehr und mehr alternden) Bevölkerung garantiert ist.

Hierbei wird bisher übersehen, dass hier nicht irgendeine Änderung vollzogen werden soll, die volkstümlichen Charakter hat und die deshalb begrüßenswert erscheint, sondern hiermit ein Systemwechsel an der Schnittstelle zwischen lebzeitigen Generationenverträgen und letztwilliger Verfügung vollzogen wird. Die Vorschriften der §§ 2050 ff sowie des § 2315 BGB sind Gründungsbestand des BGB, sind bisher also nie geändert worden. Bisher galt der Grundsatz, dass die Anrechnungsbestimmung bei einem lebzeitigen Zuwendungsgeschäft mit ausgehandelt werden musste, um wirksam werden zu können. Ihr wurde so gewissermaßen Gegenleistungscharakter zugemessen. Nach dem geplanten neuen Recht muss hierüber bei der Zuwendung gerade nicht mehr gesprochen werden. Selbst der Zuwender, der den Vorbehalt einer späteren Anrechnungs-

bestimmung bereits bei der Zuwendung im Kopfe hat aber darüber bewusst schweigt, später aber doch anordnet, handelt künftig rechtlich wirksam, weil in Ausübung seiner durch die geplante Gesetzesänderung erweiterten Testierfreiheit.

Es drängen sich drei Fragen auf:

1. Die erste lautet: Wie kann der Erblasser zukünftig lebzeitig einen Verzicht auf seine Freiheit zu einer nachträglichen letztwilligen Anrechnungsbestimmung rechtswirksam zugunsten des im Rahmen der vorweggenommen Erbfolge vertraglich Begünstigten vereinbaren?

2. Die zweite Frage ist von ebenso zentraler Bedeutung, sie lautet: Wie sollen die zukünftigen gesetzlichen Systemänderungen auf erbrechtliche Altfälle wirken?

3. Die dritte Frage weist auf das Pflichtteilsrecht. Wenn denn zukünftig schon nachträglich durch den Erblasser eine Anrechnungs- bzw. Ausgleichungsbestimmung einseitig getroffen werden kann, so fragt sich: Was kann denn alles eine Zuwendung im Sinne der §§ 2315 und 2316 BGB sein? Der zukünftige Zuwendungsbegriff muss vor dem Hintergrund der Erweiterung der Testierfreiheit durch die geplante Gesetzesänderung, gewissermaßen als ein Korrelat hierzu, klare Konturen haben, soll durch die geplante Gesetzesänderung nicht das Pflichtteilsrecht „durch die Hintertür“ ausgehöhlt werden. Es fragt sich, ob diese klaren Konturen bereits nach heutigem Stand der Rechtsprechung und Literatur vorhanden sind.

1. Ist ein vertraglicher Verzicht auf nachträgliche Anrechnung- bzw. Ausgleichungsbestimmung mit erbrechtlicher Bindungswirkung möglich?

Erbrecht ist Generationenrecht – die Auswirkungen einer Vereinbarung, sei sie lebzeitig als vorweggenommene Erbfolgeregelung, sei sie von Todes wegen erfolgt, können noch Jahrzehnte später erstmalig zum Tragen kommen. Gerade an dieser entscheidenden Fragestellung, juristisch betrachtet also der Frage nach der Kreation einer angemessenen Übergangsvorschrift, stellt der Referentenentwurf allein darauf ab, ob der Erbfall vor oder nach der Gesetzesänderung datiert.⁴ Die Frage der Anrechnungsbestimmung war aber bisher stets eine Frage des lebzeitigen Rechtsgeschäftes. Bisher konnte derjenige Zuwendungsempfänger, der bei der Zuwendung keinem Anrechnungsvorbehalt ausgesetzt wurde, sicher sein, dass er im Erbfall nicht doch noch vom Gegenteil überrascht wurde, es sei denn, er verwirklichte nachträglich einen Pflichtteilsentziehungsgrund gemäß § 2333 BGB. Nur in einem solchen Falle konnte der Erblasser ausnahmsweise noch nachträglich die Anrechnung bzw. Ausgleichung anordnen. Ansonsten war dies nur durch eine notarielle Erklärung des Pflichtteilsberechtigten in der Form eines Pflichtteilsteilverzichtes nach den §§ 2346, 2348 BGB, letztlich also nur auf seinen freien Wil-

3) Bonefeld/Lange/Tanck, ZErb 2007, 292 ff, 294. Auch die Stellungnahme des Dt. Notarvereins zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechtes vom 31. August 2007 fällt in diesem Punkte durchweg zustimmend aus, vgl. dort, S. 19 f (<http://www.dnotv.de/pdf/STN-Erbrecht.pdf>).

4) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechtes, vom 1. Mai 2007, Artikel 2, 2. Absatz, S. 47 (<http://www.bmj.bund.de/files/-12049/GesetzE%20Pflichtteilsrecht.pdf>).

lensakt hin möglich.⁵ Die gesetzliche Regelung, die von Anfang an Bestandteil des Bürgerlichen Gesetzbuches war, also eine mehr als einhundertjährige Tradition aufweist, wurde bisher in der richterlichen Argumentation geradezu als systemimmanente Regelung betrachtet. So führte das OLG Düsseldorf⁶ noch 1994 aus, dass Zweck der gesetzlichen Anordnung einer Anrechnungs- oder Ausgleichsbestimmung im Moment der lebzeitigen Zuwendung die Bewusstseinswerdung beim Pflichtteilsberechtigten sei, eine Zuwendung zu erhalten, die mit dem Nachteil der späteren Anrechnungsbestimmung behaftet sei. Es könne aus diesem Grunde zwar evtl. auch einmal eine stillschweigend angeordnete Anrechnungsbestimmung geben,⁷ diese sei jedoch nur dann wirksam, wenn der Zuwendungsempfänger sie als solche erkannt hat. Entscheidend sei, dass der Pflichtteilsberechtigte durch seine gewonnene Erkenntnis, eine Zuwendung mit Anrechnungs- oder Ausgleichsbestimmung erhalten zu sollen, bewusst die Annahme der Zuwendung erklärt oder ablehnt.⁸ Diese Argumentationskette ist nicht deshalb falsch geworden, weil man jetzt einen Perspektivwechsel hin zu einem größeren Maß an Testierfreiheit gesetzgeberisch vornehmen will. Sie wird vielmehr durch den Gesetzgeber zukünftig als irrelevant angeordnet und insofern ein neues erbrechtliches Axiom gesetzt, das zu befolgen ist.

Bei Umsetzung des Referentenentwurfs wird der Zuwendungsempfänger also die bisher als unabdingbar bezeichnete Sicherheit nicht mehr erhalten (müssen). Er muss vielmehr zukünftig immer damit rechnen, dass der Erblasser späterhin die Anrechnung letztwillig anordnet. Er wird daher in dem einen oder anderen Fall den Wunsch verspüren, diese letztwillige Dispositionsfreiheit seines lebzeitigen Vertragspartners und zukünftigen Erblassers rechtsgeschäftlich durch lebzeitiges Rechtsgeschäft zu beseitigen. Beispielsweise ist ein solcher Wunsch denkbar in Fällen der Betriebsvermögensnachfolge, bei der der Zuwendungsempfänger im Rahmen einer gemischten Schenkung (belastetes) risikobehaftetes Betriebsvermögen übernimmt. In einem solchen Falle ist es aus Sicht des Verfassers sogar naheliegend, dass der Nachfolger sichergestellt wissen will, dass er später bei der Verteilung des Privatvermögens nicht schlechter gestellt wird als seine Geschwister – die sich oftmals gerade nicht zur Übernahme des Familienbetriebs entscheiden konnten, sondern „sicherere berufliche Wege“ einschlagen wollten. Die heutigen lebzeitigen Übergabeverträge der „Generation der Erben“ sind eben häufig gerade keine plumpen Vereinbarungen von „Leistungen ohne Gegenleistung“ mehr, sondern komplexe (rechtliche) Gebilde.⁹ Kann man denn die durch die geplante Gesetzesänderung beim Erblasser entstandene neue Facette der Testierfreiheit lebzeitig erbrechtlich wirksam wieder beseitigen?

Klar ist, dass dies zukünftig nur über einen Erbvertrag möglich sein wird, denn durch den Systemwechsel des Gesetzgebers muss zukünftig die Testierfreiheit des Erblassers in diesem Punkte wieder eingeschränkt werden. Grundsätzlich kann gemäß § 2278 Absatz 2 BGB aber nur eine Erbeinsetzung, eine Vermächtnis- oder Auflagenanordnung erbvertraglich bindend getroffen werden. Wäre eine (singuläre) nachträglich letztwillig angeordnete Ausgleichsbestimmung eine unzulässige Veränderung der Erbeinsetzung im Sinne des § 2278 Absatz 2 BGB und insofern unwirksam, sofern der Erblasser zuvor in notarieller Form, zum Beispiel in einer entsprechend gekennzeichneten Passage im Rahmen des Übergabevertrages, den Verzicht

auf sein Recht auf nachträgliche Anordnung der Zuwendung zur Anrechnung oder Ausgleich erklärt hat? Ein Verzicht des Erblassers auf die neue hinzugetretene Möglichkeit einer nachträglichen Anrechnungs- oder Ausgleichsbestimmung ist sicher keine Erbeinsetzung im Sinne der Norm, da der Verzicht auf die Ausgleichsbestimmung sowohl im Erbfall als auch im Pflichtteilsfall über die §§ 2316, 2050 ff BGB Wirksamkeit entfalten kann. Ein solcher singulärer Verzicht des Erblassers müsste daher, um erbvertragliche Bindungswirkung erzeugen zu können, schon als Anordnung eines aufschiebend bedingten (Voraus-)vermächtnisses des Erblassers gegenüber dem vertraglich Begünstigten ausgelegt werden, um überhaupt erbrechtliche Bindungswirkung, die ja von den Parteien bei Vertragsabschluss gewollt ist, erzielen zu können. Zugunsten des Begünstigten wäre dann gegenüber der Erbengemeinschaft das Recht vermacht, von der Erbengemeinschaft die Nichtanrechnung seines Vorauserwerbes auf sein Erb- oder Pflichtteil verlangen zu können, wenn die Anrechnung oder Ausgleichung denn vom Erblasser späterhin durch letztwillige Verfügung doch noch angeordnet worden sein sollte. Ob die konstruktive Schwierigkeit des rechtswirksamen erbrechtlich bindenden Verzichts auf die nachträgliche Ausgleichs- bzw. Anrechnungsbestimmung bisher gesehen wurde, kann bezweifelt werden. Als Zwischenergebnis lässt sich jedoch feststellen, dass, wenn auch mit hohem konstruktivem Aufwand, eine Beseitigung der neuen Testierfreiheitskomponente, nämlich des Rechtes des Erblassers auf nachträgliche Anrechnungs- oder Ausgleichsbestimmung, immerhin im Ergebnis erreichbar ist. Dennoch ist die Anregung sicher erlaubt, hier über den zulässigen Regelungsbereich des § 2278 Absatz 2 BGB und somit über dessen Wortlaut im Zuge der geplanten Gesetzesänderung nochmals nachzudenken. Wäre der Verzicht auf nachträgliche Anrechnungs- und Ausgleichsbestimmungen als zulässiger isolierter Regelungsbestandteil eines Erbvertrages dort erweiternd mit aufgenommen, wäre die Sache hier sicher klarer und insofern „volksnaher“ ausgestaltet – und „Volksnähe“ möchte der Gesetzgeber doch durch Vorlage seines Referentenentwurfes dokumentieren.

2. Regelung der Übergangsfälle

Soll die geplante neue Rechtslage auch rückwirkend auf Zuwendungen Anwendung finden, die in der Vergangenheit (bei noch alter Rechtslage) zugesagt wurden, bei denen der Todesfall aber erst unter der Gültigkeit der neuen Rechtslage eintritt? Letztlich wird man dies wohl bejahen müssen, da ansonsten eine Übergangsrechtslage geschaffen würde, die noch jahrzehntelang Bestand haben würde. Letztlich schärft die Fragestellung nach der Übergangsbestimmung nochmals den Blick auf den sich anbahnenden grundsätzlichen System-

5) RGZ 71, 133.

6) OLG Düsseldorf, ZEV 1994, 173 mit Anm. Baumann.

7) So schon RGZ 67, 306, 307, RG Recht 1921 Nr. 150, OLG Hamm 1966, 330.

8) Staudinger/Haas (2006), § 2315 Rn 19, Weimar JR 1967, 97 f; RG Recht 1912, Nr. 81; BayObLG HRR 1929Nr. 390; Kipp/Coing § 11 Fn 2; Thubauville MittRhNotK 1992, 289, 297.

9) Das Beispiel, in der Stellungnahme des Dt. Notarvereins vom 31. August 2007 (siehe dort, S. 20 unter 2.) zu der Angemessenheit der geplanten gesetzlichen Änderung einer nachträglichen Anrechnungsbestimmungsmöglichkeit stellt bezeichnenderweise ein recht einfach strukturiertes Beispiel einer Bauplatzschenkung dar. Also ein Beispiel einer einfachen „Leistung ohne Gegenleistung“. Was hier angemessen erscheint, nämlich die Möglichkeit der nachträglichen Anrechnungsbestimmungsmöglichkeit, kann in komplexeren Übergabefällen unangemessen sein.

wechsel. Die Testierfreiheit des Erblassers soll im Referentenentwurf zulasten der Vertragsgerechtigkeit erweitert werden, mit dem dahinterschimmernden Argument, dass die unentgeltliche Zuwendung, gerade wegen ihrer Unentgeltlichkeit vom Zuwendenden noch nachträglich zulasten des Beschenkten durch letztwillige Anordnung einer Anrechnungs- oder Ausgleichsbestimmung beeinflussbar sein muss. Die Frage nach der Anrechnungsnotwendigkeit im späteren Erbfall soll zukünftig (in der Regel) gerade keine Vertragsgrundlage des lebzeitigen Vertrages mehr sein, sondern allein aus der Perspektive des Erblassers unter Ausformulierung seiner Testierfreiheit beantwortet werden. Entscheidet man sich für einen solchen Systemwechsel, der in seiner dogmatischen Dimension kaum gravierender denkbar ist, dann sollte er auch klar und hart erfolgen. Beide Regelungsansätze (bisher: Primat der lebzeitigen Vertragsgerechtigkeit; später: Primat der Testierfreiheit) sind so unterschiedlich, dass sie kein „Sowohl-als-Auch“ für eine jahrzehntelange Übergangsphase vertragen. Die Begründung des Referentenentwurfs stellt daher zu Recht klar, dass bei Anrechnungs- und Ausgleichsfragen allein der Zeitpunkt des Erbfalls über die Rechtswirksamkeit einer nachträglichen Anordnung entscheiden wird. Allein hierauf wird Absatz drei der neuen Überleitungsvorschrift zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts abgestellt. Zu Recht – Systemwechsel dulden keine Kompromisse. Ob man den Systemwechsel selbst als notwendig und richtig bezeichnen muss, wird vom Verfasser allerdings bezweifelt.

3. Existiert ein hinreichend klar umrissener Zuwendungsbegriff im Rahmen der §§ 2315 und 2316 BGB?

Untersucht man die Rechtsprechung zu § 2315 und § 2316 BGB im Hinblick auf die Fragestellung, was alles eine „Zuwendung“ im Sinne der §§ 2315 und 2316 BGB sein kann, so erkennt man zunächst, dass die durch den Bundesgerichtshof ergangene Rechtsprechung zu diesem Thema eher dünn geblieben ist. Man findet jedoch mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts. Betrachtet man zunächst § 2315 BGB, die „einfachere“ der beiden Vorschriften, die lediglich das Verhältnis zwischen Erbe bzw. Erbengemeinschaft und Pflichtteilsberechtigten betrifft, innerhalb der Erbengemeinschaft aber keine Wirkung entfaltet, so ist das Ergebnis eindeutig. Unter einer Zuwendung im Sinne des § 2315 BGB versteht man alle freigebigen Vermögensabflüsse des Erblassers, die den künftigen Nachlass schmälern.¹⁰ Vermögensabflüsse an künftige Erben bzw. Pflichtteilsberechtigte, die auf einer rechtlichen Verpflichtung beruhen, also insbesondere Unterhaltsleistungen an die Kinder, sind in diesem Sinne nicht „freigebig“ und können daher auch nicht zur Anrechnung gestellt werden.¹¹

Der Zuwendungsbegriff des § 2316 BGB ist streng genommen nicht vorhanden. Er existiert nur im Zuwendungsbegriff der allgemeinen Ausgleichsvorschriften für die Erbengemeinschaft, also in den §§ 2050 bis 2055 BGB, denn hierauf wird in § 2316 BGB verwiesen. Der Referentenentwurf lässt daher konsequenterweise den Wortlaut des § 2316 BGB völlig unangetastet und erweitert lediglich den Wortlaut des § 2050 Absatz 1 und 3 BGB. Das Gesetz unterscheidet dort vier Arten von Vorempfängern, nämlich Ausstattungen (§§ 2050 Absatz 1, 1624 BGB), Zuschüsse (§ 2050 Absatz 2 Variante 1 BGB), ein Übermaß an Aufwendungen für die Vorbildung zum Beruf (§ 2050 Absatz 2 Variante 2 BGB) und „andere Zuwendun-

gen“, für die Ausgleichung angeordnet wurde (§ 2050 Absatz 3 BGB). Möglicherweise aufgrund dieser mehrfachen Artenbildung des Gesetzes ist der Zuwendungsbegriff der Ausgleichsvorschriften des BGB unklarer als der Zuwendungsbegriff des § 2315 BGB. Ausreichend soll hier jeder Vermögensvorteil sein, der dem Vermögensempfänger zuteil wird, gleich ob rechtsgeschäftlich oder durch Realakt zugeflossen; jede Maßnahme, durch die dem Abkömmling auf Kosten des künftigen Nachlasses ein Vermögensvorteil zufließt, durch den wiederum das Auseinandersetzungsguthaben der übrigen Erben verringert wird, soll „Zuwendung“ im Sinne des § 2050 BGB sein können.¹² Der Zuwendungsbegriff des § 2050 BGB wird in weiten Teilen der Literatur also weiter verstanden als der Zuwendungsbegriff des § 2315 BGB. Im Rahmen des Zuwendungsbegriffs der §§ 2050 ff BGB sollen nicht nur die freigebigen Hingaben von etwas, sondern auch die aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung beruhenden Leistungen des Erblassers eine Zuwendung im Sinne des § 2050 Absatz 3 BGB sein können.¹³ Bedenkt man weiter, dass nach dieser weiten Auffassung die Zuwendung noch nicht einmal rechtsgeschäftlich erfolgt sein muss, so erkennt man, dass diese Auffassung jetzt, d. h. unter der Geltung des geplanten neuen Rechts, der „Todesstoß des Pflichtteilsrechts“ werden könnte. Man könnte geneigt sein anzunehmen, dass dann so ziemlich alles, was man seinen Kindern im Laufe der Jahre ohne Gegenleistung zugewendet hat, irgendwie in einer Ausgleichsordnung Niederschlag finden kann, letztlich es hier nur auf die Formulierungskunst des Erblassers ankommen würde.

Die weite Auffassung des Zuwendungsbegriffs war bisher schon falsch.¹⁴ Auf der Basis des geplanten neuen Rechts wäre sie fatal. Kasper hat in seiner Monographie¹⁵ deutlich herausgearbeitet, dass das erweiterte Verständnis des Zuwendungsbegriffs auf einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1910¹⁶ basiert, dieses Urteil seinerseits bereits einen Bruch mit der vorher ergangenen Rechtsprechung des Reichsgerichtes,¹⁷ aber auch der nachfolgenden viel zitierten Entscheidung aus dem Jahre 1938 darstellte. In dieser Entscheidung aus dem Jahre 1938 stellte das Reichsgericht fest, dass Leistungen, die dem Zuwendungsempfänger aufgrund eines diesem zustehenden Rechts zugeflossen seien, also nicht freigebig erfolgten, weder nach § 2050 Absatz 1 BGB noch nach Absatz 3 der Vorschrift auszugleichen seien. Nur Letzteres kann richtig sein. So sah es bereits der historische Gesetzgeber, denn es heißt in den Motiven des BGB: „...dass Erfüllung einer Verbindlichkeit keine Zuwendung ist, bedarf einer besonderen Hervorhebung

10) Staudinger/Haas (2006), § 2315, Rn 10; BGH DNotZ 1963, 113, 114; OLG Düsseldorf ZEV 1994, 173; RG JW 1902, 266; Thubawille MittRhNotK 1992, 289, 292; Sostmann MittRhNotK 1976, 479, 482; Bamberger/Roth/Mayer § 2315 Rn 3; MüKo/Frank, § 2315 Rn 7; Soergel/Dieckmann, § 2315 Rn 4; Kasper, Anrechnung und Ausgleich im Pflichtteilsrecht, 1999, S. 19.
11) RGZ 67, 306, 308; Soergel/Dieckmann, § 2315 Rn 4; Planck/Greif § 2315, Anm 3 a; Kasper, aaO S. 19.
12) RGZ 73m 372m 377; BGH NJW-RR 1993, 1197; Ermann/Schlüter, § 2050 Rn 9; Staudinger/Werner (2002) § 2050, Rn 17, 31; Bamberger/Roth/Mayer, § 2316 Rn 5.
13) RGRK/Kregel, § 2050, Rn 14; MüKo/Dütz, § 2050 BGB Rn 8 und Rn 30; Staudinger/Werner § 2050 Rn 21 und Rn 31.
14) Staudinger/Haas (2006), § 2316, Rn 10; MüKo/Heldrich, § 2050 Rn 30; Schultz DAVorm 1984, 712, 716; Thubawille MittRhNotK 1992, 289, 292; Handbuch Pflichtteilsrecht/Tanck, (2003), § 7, Rn 43.
15) Kasper, Anrechnung und Ausgleich im Pflichtteilsrecht, 1999, S. 19 ff.
16) RGZ 73, 372, 377.
17) RG JW 1902, Beilage 11, S. 266 Nr. 198; RGZ 67, 306, 308.

nicht.¹⁸ Es spricht viel dafür, in § 2050 Absatz 2 Var. 2 BGB den Grundtatbestand der Ausgleichsvorschriften zu erblicken. In ihm ist die richtige Systematik der Norminterpretation angelegt, heißt es doch dort, dass (nur) diejenige Aufwendung für die Vorbildung zu einem Beruf insoweit zur Ausgleichung zu bringen ist, die das die Vermögensverhältnisse des Erblassers entsprechende Maß überstiegen hat. Damit scheidet alle gesetzlichen Unterhaltspflichten gemäß § 1601 BGB von vornherein aus.¹⁹ Die Ausgestaltung der gesetzlichen Unterhaltspflicht ist demnach per se für angemessen zu halten.²⁰ Übermaß kann also letztlich erst dort beginnen, wo die Zahlung den großen (§ 1603 Absatz 2 BGB) oder den kleinen (§ 1603 Absatz 2 BGB gegenüber Minderjährigen) Selbstbehalt des Erblassers beeinträchtigt hat.²¹ Besteht bei der Interpretation des § 2050 Absatz 2 Var. 2 BGB wegen seines insoweit eindeutigen Wortlauts weitgehende Einigkeit, so wird bei den Vertretern des weiten Zuwendungsbegriffs verkannt, dass es sich hierbei um den Grundtatbestand der Norm handelt, der eine erweiterte Betrachtung über den unbestimmten Rechtsbegriff der „anderen Zuwendung“ gemäß § 2050 Absatz 3 BGB ausschließt.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass der Zuwendungsbegriff des § 2316 (2050 BGB) dem des § 2315 BGB entspricht und Freigebigkeit voraussetzt, was die Hingabe aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung (Unterhaltsleistung) aus-

schließt.²² Die Prognose sei durch den Verfasser an dieser Stelle gewagt, dass dies auch die zukünftige Auffassung des Bundesgerichtshofes im Rahmen einer Grundlagenentscheidung zu dieser Thematik sein wird, die, sobald das geplante neue Recht in Kraft treten sollte, schon aus Gründen der Rechtsklarheit dringend geboten erscheint. Der BGH hat zum Problem des Zuwendungsbegriffs gem. den §§ 2316, 2050 ff BGB bisher nämlich noch nicht ausdrücklich Stellung bezogen. Herausragt gewiss die Entscheidung des Senats IV a vom 30. September 1981,²³ mit der festgestellt wurde, dass die Kosten einer angemessenen Berufsausbildung nicht auszugleichen sind, sondern nur diejenigen Kosten, die darüber hinaus gingen oder neben der Berufsausbildung gewährt worden sind. Durch diese Entscheidung ist die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „anderen Zuwendung“ gemäß § 2050 Absatz 3 BGB zwar noch nicht höchstgerichtlich erfolgt. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Sinne der hier vertretenen Auffassung ist aber hier bereits erkennbar geworden.

18) *Motive Bd. V, 704, Anm. 1 und 2.*

19) *Langel/Kuchinke § 15 III b; Soergel/Wolf, § 2050 Rn 14.*

20) *RGZ 114, 52, 53 f.*

21) *Praxiskommentar Erbrecht/Bothe, § 2050 Rn 27.*

22) *Staudinger/Haas (2006), § 2316, Rn 10; Kasper aaO S. 24.*

23) *BGH NJW 1982, 575, 577.*

Auf einen Blick

1. Ein lebzeitiger Verzicht des Erblassers, letztwillig eine nachträgliche Anrechnungs- oder Ausgleichsbestimmung verfügen zu dürfen, muss in erbrechtlich verbindlicher Form möglich sein. Da dies eine Einschränkung der Testierfreiheit voraussetzt, müsste ein solcher Verzicht erbvertraglich bindend, also notariell erklärt werden. Aufgrund des durch § 2278 Absatz 2 BGB definierten engen erbvertraglichen Regelungsbereiches ergeben sich genau für ein solches (isoliertes) Regelungsziel konstruktive Probleme, die aus Sicht des Verfassers eine Anpassung des § 2278 Absatz 2 BGB an das beschriebene Regelungsziel nahelegen. Demnach müsste der Wortlaut der Norm erweitert werden.
2. Die sich anbahnende Gesetzesänderung stellt ein neues erbrechtliches Axiom im Bereich der Anrechnungs- und

Ausgleichsbestimmungen auf, das einen Bruch mit den alten Denkschemata gesetzlich anordnet. Es duldet deshalb aus Sicht des Verfassers keine „weichen“ Übergangsrechtlagen. Der Referentenentwurf stellt an dieser Stelle zu Recht allein auf den Erbfall ab und ordnet so einen „harten“ Rechtsübergang an.

3. Der in der Literatur derzeit noch zahlreich vertretene „weite“ Zuwendungsbegriff im Rahmen der Pflichtteilsausgleichung nach § 2316 BGB muss angesichts der sich anbahnenden neuen Rechtslage (spätestens jetzt) aufgegeben werden, um eine unzulässige, systemwidrige Einschränkung des Pflichtteilsrechtes zu verhindern.

Tagungsbericht

Internationales Erbrecht-Symposium vom 26. bis 28. April 2007

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Voß, Würzburg

Vom 26. bis 28. April 2007 fand auf Mallorca ein internationales Erbrecht-Symposium statt. Der Geschäftsführer der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e. V. (DVEV), Herr *RA Jan Bittler*, begrüßte die Teilnehmer nochmals offiziell am 26.4.2007 im Hotel Son Caliu, Palmanova, nachdem es bereits am Anreisetag, dem 25.4.2007, einen Empfang mit Begrüßung gegeben hatte.

Die Veranstaltung begann mit einer „Einführung in das Internationale Privatrecht des Erbrechts“ durch *Dr. Ludwig Kroiß*, der als Direktor des Amtsgericht Traunstein häufig mit diesem Problemkreis befasst ist. Nach der Darstellung der Grundsätze zur Ermittlung des anwendbaren Rechts ging *Dr. Kroiß* insbe-

sondere auf für die forensische Praxis besonders relevante Fragen ein. Anschließend erfolgte eine „Einführung ins Internationale Erbschaftsteuerrecht“ durch Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht *Dr. Marc Jülicher*, Bonn. *Dr. Jülicher* stellte hierbei die Struktur des Internationalen Erbschaftsteuerrechts,