

Der Regierungsentwurf zur Erbrechtsreform vom 30.1.2008 – Testierfreiheitserweiterung bei Anrechnung, Ausgleichung und gemeinsamem Testament

Dr. Michael Progl, Fachanwalt für Erbrecht, Neuss¹

Die Rechtfertigung für die erneute Behandlung des Themas – der Verfasser hatte sich gerade mit dem Thema in der Ausgabe 1/2008 der Zeitschrift befasst² – ergibt sich aus der zwischenzeitlichen Veröffentlichung des Regierungsentwurfes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechtes am 30. Januar 2008 und den darin enthaltenen Änderungen im Vergleich zum Referentenentwurf vom 1. Mai 2007. Der Regierungsentwurf entwickelt den geplanten Systemwechsel an der Schnittstelle zwischen lebzeitigen Generationenverträgen und letztwilligen Verfügungen weiter fort. Es ist daher reizvoll, den Fortschritt in der Entwicklung des Gesetzesvorhabens im Einzelnen zu betrachten. Im Blickwinkel dieser Untersuchung steht die Frage nach den Auswirkungen der geplanten Änderungen auf Verträge zur vorweggenommenen Erbfolge und auf das Rechtsinstitut des gemeinsamen Testaments.

Weiterhin außerhalb der Betrachtung bleibt die geplante Erweiterung des Ausgleichsrechtes der gesetzlichen Erben bei Pflegeleistungen zugunsten des Erblassers. Hier soll in § 2057 b BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage geschaffen werden, die nachfolgend der Vollständigkeit halber im geplanten Gesetzeswortlaut mit dargestellt wird. Der dogmatische Unterschied zwischen den geplanten Änderungen der Vorschriften der §§ 2050 und 2053 und der geplanten Kreation des § 2057 b BGB ist, dass Erstere lebzeitige Vermögenszuwendungen zwischen Erblasser und Abkömmlingen, also lebzeitige Generationenverträge, im Blickfeld haben, die in der Literatur gerne als „vorweggenommene Erbfolgeregelungen“ bezeichnet werden; Letztere (geplante neue) Vorschrift hingegen eine gesetzliche Anspruchsgrundlage für eine Kompensation des Wertes einer tatsächlichen Arbeitsleistung des pflegenden gesetzlichen Erben für Fälle schaffen will, in denen gerade keine lebzeitige erfolgte hinreichende vertragliche Regelung zwischen Erblasser und Pflegendem gefunden wurde.

1. Die textlichen Veränderungen und Ergänzungen des RegE bzgl. der geplanten gesetzlichen Regelungen – ein Überblick

Interessant ist, dass der Regierungsentwurf die geplanten textlichen Änderungen der einschlägigen Vorschriften nochmals überarbeitet und – in einem zentralen Punkt – auch systematisch entscheidend ergänzt hat. Nachfolgend wird zunächst die Fassung des Referentenentwurfes,³ sodann die Fassung des Regierungsentwurfes⁴ dargestellt.

§ 2050

Absatz 1 BGB – RefE

Abkömmlinge, die als gesetzlich 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.

Absatz 1 BGB – RegE

Es erfolgt keine Änderung des § 2050 Absatz 1 mehr.

Absatz 3 BGB – RefE

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.

Absatz 3 BGB – RegE

Es erfolgt keine Änderung des § 2050 Absatz 3 mehr.

Absatz 4 BGB – RefE

Nicht vorhanden.

Absatz 4 BGB – RegE

Der Erblasser kann nachträglich Anordnungen über die Ausgleichung oder den Ausschluss der Ausgleichung von Zuwendungen treffen. Die Anordnung erfolgt von Todes wegen.

§ 2053

Die gleiche Technik wird in § 2053 angewandt. Der RegE fügt einen Absatz 4 ein, der lautet: „§ 2050 Absatz 4 gilt entsprechend.“

§ 2057 b

Absatz 1 – RefE

Ein gesetzlicher Erbe, der den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat, kann bei der Auseinandersetzung die Ausgleichung dieser Leistung verlangen. § 2052 und § 2057 a Absatz 2 und 4 gelten entsprechend.

Absatz 2 – RefE

Die Höhe der Ausgleichsbeträge bemisst sich in der Regel nach den zur Zeit des Erbfalls in § 36 Abs. 3 des Elften Buches Sozialgesetzbuch vorgesehenen Beiträgen.

Absatz 1 und 2 – RegE

Keine Veränderungen zum Referentenentwurf.

§ 2278

Im RefE war hier keine Änderung vorgesehen.

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

2) Progl, ZErb 2008, 10 – 14.

3) Der Referentenentwurf wird nachfolgend mit der Abkürzung „RefE“ belegt; der Regierungsentwurf mit der Abkürzung „RegE“.

4) Wie zuvor.

Absatz 2 BGB – RegE

Andere Verfügungen als

1. Erbeinsetzungen,
2. Vermächtnisse,
3. Auflagen und
4. Anordnungen nach den §§ 2050, 2053, 2315 können vertraglich nicht getroffen werden.

§ 2315

Absatz 1 BGB – RefE

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.⁵ Gleiches gilt, wenn der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen die Anrechnung nachträglich bestimmt hat.

Absatz 1 BGB – RegE

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.⁶ Gleiches gilt, wenn der Erblasser die Anrechnung nachträglich bestimmt hat. Der Erblasser kann seine Anordnungen über die Anrechnung nachträglich ändern. Nachträgliche Anordnungen erfolgen von Verfügung von Todes wegen.

§ 2316

Absatz 1 – RefE

In Absatz 1 Satz 1 wird die Angabe „2057 a“ durch die Angabe „§§ 2057 a, 2057 b“ ersetzt.

Absatz 1 – RegE

Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für die Pflichtteilsberechtigten bei der Ausgleichung von Pflegeleistungen nach § 2057 b.

2. Der Regierungsentwurf – eine Fortentwicklung und Vertiefung der dogmatischen Strukturen des geplanten Gesetzesvorhabens

Betrachtet man die vorstehenden Vorschriften und die erfolgten Veränderungen im Regierungsentwurf, so fällt auf, dass meistens lediglich redaktionelle Änderungen in der Formulierung vorgenommen worden sind. Es fällt jedoch die geplante Neufassung des § 2278 Absatz 2 BGB als „Neuigkeit des RegE“ in das Blickfeld. Die Ergänzung dieser Vorschrift war notwendig, da ansonsten eine praxisrelevante Regelungslücke entstanden wäre.

3. Die Regelungslücke des § 2278 Absatz 2 BGB im RefE und ihre praktische Fallrelevanz

Der RefE sah zwar bereits die Möglichkeit vor, dass der Erblasser zukünftig auch nach der Zuwendung noch, durch eine Anordnung der Ausgleichung im Rahmen einer letztwilligen Verfügung, in das Gefüge von lebzeitiger Vermögenszuwendung und Zuwendung von Todes wegen – korrigierend – eingreifen kann, blieb aber an einer entscheidenden Stelle lückenhaft. Er übersah nämlich, dass diese neue zugunsten des Erblassers und seiner Testierfreiheit geplante nachträgliche Eingriffsmöglich-

keit im Rahmen einer letztwilligen Verfügung dann nicht angemessen sein muss, wenn bereits relativ umfangreiche lebzeitige Generationenverträge, oft bezeichnet als „lebzeitige Vermögensübergaben“, stattfinden sollen.

Welche Lebenssituation insbesondere gemeint ist, soll folgendes Beispiel verdeutlichen:

Der 60-jährige Erblasser (E) ist verheiratet und hat drei Kinder. Er hat vor 25 Jahren ein Unternehmen im Bereich des Straßen- und Tiefbaus gegründet. Sein Wunsch ist, seine Familie zu schützen, ihr die Existenzgrundlage des Betriebes zu erhalten und darüber hinaus seinen Mitarbeitern, die teilweise schon Jahrzehnte im Betrieb sind, die Arbeitsplätze zu sichern. Er möchte daher den Betrieb mit vierzig Angestellten und umfangreichem Fuhrpark auf eigenem Grundstück unbedingt in der Familie weiterführen. Zwei der drei Kinder lehnen sofort ab, als sie gefragt werden. Sie planen ihre Erwerbsbiografien völlig anders. Der jüngste Sohn zögert. In längeren Gesprächsrunden einigen sich Vater und Sohn über das Procedere der Unternehmensnachfolge. Der Sohn vertritt den Standpunkt, dass er späterhin voll am Privatvermögen der Eltern beteiligt werden müsse, schließlich hätten seine Geschwister die gleiche Möglichkeit gehabt wie er, sich jedoch für einen eigenen, sichereren Weg entschieden. Der Vater teilt die Meinung des Sohnes und sucht nach Möglichkeiten, den Wunsch seines Sohnes rechtsverbindlich umzusetzen.

Der Verfasser kam in seiner vorherigen Untersuchung des RefE zu dem Schluss, dass dieser Fall auf der Basis des RefE nur unbefriedigend gelöst werden könnte, da kein rechtswirksamer Verzicht auf geplante erweiterte Testierfreiheit der nachträglichen Anrechnungs- bzw. Ausgleichsbestimmung möglich sei. Diese Schlussfolgerung war aus der dogmatischen Struktur der erbrechtlichen Vorschriften heraus zwingend. Stellt doch der geplante Eingriff in das Regelungsgefüge der Ausgleichungs- und Anrechnungsbestimmungen des fünften Buches des BGB eine Erweiterung der Testierfreiheit dar, die wiederum zwingend nur durch ein letztwilliges Rechtsgeschäft für den Erblasser mit bindender Wirkung beseitigt werden kann. Hierfür sieht das Erbrecht nur den Erbvertrag vor. Dieser dem Formerfordernis der notariellen Beurkundung unterliegende Vertrag lässt aber bisher als der erbvertraglichen Bindungswirkung zugänglicher Regelungsgegenstand nur die Anordnung einer Erbeinsetzung, eines Vermächtnisses oder einer Auflage zu. Die Vorschrift des § 2278 Absatz 2 bedurfte daher einer Erweiterung, wollte man die geplante Testierfreiheitserweiterung im Bereich der Anrechnungs- und Ausgleichsbestimmungen verwirklichen, ohne hierdurch die Vertragsgerechtigkeit lebzeitiger Übergabeverträge durch eine Regelungslücke im Bereich der letztwilligen vertraglichen Regelungsmöglichkeiten zu gefährden oder gar zu verhindern.

5) Satz 1 ist der unveränderte Gesetzestext, der zum besseren Verständnis hier mit wiedergegeben wird.

6) Wie zuvor.

4. Der Lückenschluss des RegE – und das nun ausformulierte gesetzgeberische Regelungsziel der Testierfreiheitserweiterung

4.1. Lückenschluss durch Erweiterung des § 2278 Absatz 2 – RegE

Die Tatsache, dass der RegE hier jetzt die Lücke schließt und § 2278 Absatz 2 BGB – RegE nunmehr ausdrücklich auch einer Regelung im Sinne der §§ 2050, 2053 und 2315 BGB zugänglich macht, kann nur uneingeschränkt begrüßt werden. Ist doch nur so ein freiwilliger Verzicht auf die zukünftig neu geschaffene Testierfreiheitskomponente zu Lebzeiten des Erblassers mit verbindlicher Wirkung möglich.

Im oben dargestellten Fallbeispiel würde ohne diese geplante Erweiterung des Gesetzesvorhabens im Bereich des § 2278 BGB die Unternehmensnachfolge letztlich gefährdet sein⁷ und somit auch die Existenz von (im Beispielfall einmal fiktiv angenommenen vierzig) Arbeitsplätzen. Die jetzt gefundene Lösung wird daher in der Zukunft unmittelbar positive Auswirkungen in wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Hinsicht zeigen. Sie bedarf der uneingeschränkten Umsetzung.

4.2 Testierfreiheitserweiterung und lebzeitige Vertragsgerechtigkeit

Der Regierungsentwurf führt die wesentliche Zielsetzung der Gesetzesänderung, die auch bereits im RefE enthalten, aber in der Begründungen des RefE noch nicht vollständig durchdrungen und verbalisiert, sondern lediglich aus der durch ihn geplanten Änderung des erbvertraglichen Regelungsgefüges heraus erkennbar, gewissermaßen „herauslesbar“ war, nunmehr prägnant aus. Sie lautet:

- „Die Reform des Erb- und Verjährungsrechts will die Testierfreiheit des Erblassers stärken.⁸ Deshalb erhält der Erblasser künftig die Möglichkeit, nachträglich die Ausgleichung anzunehmen oder auszuschließen. Das bedeutet, dass er künftig
- eine Anordnung über die Ausgleichung oder deren Ausschluss nachträglich treffen oder
 - eine bei der Zuwendung oder nachträglich erklärte Anordnung wieder rückgängig machen kann.

Der Erblasser kann also seine Entscheidungen immer wieder ändern. Er kann damit auch nach Anordnung und Rücknahme eine erneute Entscheidung über die Anordnung treffen und auch diese wieder zurücknehmen usw. Damit kann der Erblasser künftig besser auf veränderte Umstände nach der Zuwendung reagieren. Will sich der Empfänger einer Zuwendung vor nachträglichen Änderungen der Ausgleichungsbestimmung schützen, hat er nach der Neuregelung des § 2278 Abs. 2 BGB – RegE die Möglichkeit, nachträgliche Änderungen zusammen mit dem Erblasser bindend in einem Erbvertrag auszuschließen. Lässt sich der Erblasser darauf nicht ein, muss dem Empfänger der Zuwendung bewusst sein, dass er mit solchen nachträglichen Änderungen rechnen muss.⁹ Der Erblasser kann solche nachträglichen Anordnungen jedoch nur in Form einer Verfügung von

Todes wegen treffen. Damit wird ein Gleichlauf zu § 2315 BGB/RegE hergestellt. Auch dort können künftig nachträgliche Bestimmungen über die Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil durch Verfügung von Todes wegen getroffen werden.“¹⁰

Mit der Erweiterung der erbvertraglichen Regelungsmöglichkeiten in § 2278 Absatz 2 BGB gelingt es dem RegE, das Ziel der Testierfreiheitserweiterung zu verwirklichen, ohne die allgemeinen Grundsätze der Vertragsgerechtigkeit infrage zu stellen. Kommt es den beiden Generationen als Vertragspartnern eines lebzeitigen Generationenvertrages (einer vorweggenommenen Erbfolge) in den Sinn, die Frage der späteren Anrechnungs- bzw. Ausgleichungsverpflichtung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für die Zukunft verbindlich zu regeln, so können sie es fortan. Hierin liegt der entscheidende „qualitative Sprung“ des RegE im Bereich der geplanten Änderungen der Anrechnungs- und Ausgleichsbestimmungen der §§ 2050, 2053 und 2315, 2316 BGB. Die Begründung zu § 2315 BGB lautet jetzt im RegE ebenfalls stark verbessert und konsequent:

„Um die Testierfreiheit des Erblassers zu stärken, räumt der RegE dem Erblasser die Möglichkeit ein, nachträgliche Anordnungen über die Anrechnung zu treffen. Dazu gehört auch, dass der Erblasser eine einmal getroffene Anordnung über die Anrechnung wieder ändern kann. Der Erblasser kann damit veränderte Umstände nach der Zuwendung (z. B. Undank des Bedachten, aber auch eine Verbesserung der Beziehung zum Bedachten) besser berücksichtigen. Künftig muss der Pflichtteilsberechtigte immer damit rechnen, dass der Erblasser eine anrechnungsfreie Zuwendung nachträglich noch zu einer anrechnungspflichtigen macht. Eine unzumutbare Beeinträchtigung des Pflichtteilsberechtigten ist damit nicht verbunden. Dem Pflichtteilsberechtigten wird seine Teilhabe am Gesamtvermögen nicht entzogen. Er bekommt seinen Anteil aus dem Vermögen des Erblassers nur zu einem früheren Zeitpunkt und geht damit nicht leer aus. Ist die Zuwendung geringer als der Pflichtteil, kann er im Erbfall den Fehlbetrag als Pflichtteilsanspruch geltend machen. Will sich der Empfänger einer Zuwendung vor nachträglichen Willensänderungen des Erblassers schützen, hat er nach der Neuregelung des § 2278 Absatz 2 BGB – RegE die Möglichkeit, nachträgliche Anordnungen von Anordnungen zusammen mit dem Erblasser bindend in einem Erbvertrag auszuschließen. Es muss dem Empfänger der Zuwendung bewusst sein, dass er mit solchen nachträglichen Anordnungen oder deren Änderung rechnen muss.“

7) Der Verfasser hatte in seiner vorangegangenen Untersuchung darauf hingewiesen, dass kautelarjuristisch die Regelungslücke durch die Konstruktion der Anordnung eines (Voraus-)Vermächtnisses des Erblassers noch hätte geschlossen werden können. Diese Konstruktion hätte jedoch erheblichen konstruktiven Aufwand erfordert und wäre letztlich nur eine notdürftige Korrektur gewesen, die das eigentliche Defizit, nämlich die – nach Realisierung des Reformvorhabens – zu enge Aufzählung des erbvertraglichen Regelungsbereiches in § 2278 BGB, nicht hätte beseitigen können. Vgl. Progl, ZErb 2008, 12.

8) Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, Besonderer Teil, Artikel 1, zu Nummer 11 und 12 (§ 2050 Abs. 1 und 3 und § 2053 Abs. 1 BGB) S. 34.

9) Wie zuvor, S. 35, 1. Absatz.

10) Wie zuvor, S. 35, 2. Absatz.

5. Strukturanalyse

5.1. Verstärkte erbrechtliche Bedeutungsdimension der lebzeitigen Zuwendung

Durch die Neuordnung der Anrechnungs- und Ausgleichsvorschriften erhält die lebzeitige Zuwendung zukünftig eine deutlich stärkere erbrechtliche Bedeutungsdimension, als ihr bisher zukam.¹¹ Bisher war die lebzeitige Zuwendung im Regelfall klar vom letztwilligen Rechtsgeschäft abgegrenzt und ragte nur dann in die Regelungssphäre des zukünftigen Erbfall hinein, wenn entweder der Erblasser die Anordnung der Anrechenbarkeit oder der Ausgleichsverpflichtung bei der Zuwendung dem Zuwendungsempfänger offengelegt und auferlegt hatte¹² oder aber ein gesetzlicher Fall der Anrechnungs- bzw. der Ausgleichsverpflichtung¹³ vorlag. Zukünftig soll der Erblasser jedoch mit jeder lebzeitigen Zuwendung, mit jedem so bereits vorzeitig geregelt Vermögenabfluss in die nächste Generation ein höheres Maß an „Reaktionsmasse“ für zukünftige Entwicklungen erhalten. Je größer die Menge der lebzeitigen Vorausverfügungen, desto größer ist zukünftig der Handlungsspielraum für den Erblasser, letztwillig innerhalb der Gruppe seiner Abkömmlinge ausdifferenzierte letztwillige Regelungen zu treffen. Die lebzeitige Übergabe von Vermögensteilen wird zukünftig über die neue Testierfreiheit des Erblassers bei Anrechnung und Ausgleichung in deutlich verstärkter Form zu einem Element des „Feinjustierens“ und „Nachjustierens“ im Rahmen der Errichtung einer letztwilligen Verfügung. Der hiermit verbundene Gewinn an Testierfreiheit kann nicht hoch genug eingeschätzt werden.

5.2. Begrüßenswerte Stärkung der Bedeutung von erbvertraglichen Regelwerken

Strukturell betrachtet schlägt der RegE einen Weg ein, der die Parteien des lebzeitigen Generationenvertrages (richtigerweise) dazu zwingt, Abweichungen vom (zukünftigen gesetzlichen) Normalfall erbvertraglich, also nach vorheriger notarieller Belehrung über den Bedeutungsinhalt der gewünschten Regelung, zu vereinbaren. Das schafft Rechtsklarheit. Nur durch einen erbvertraglichen Verzicht auf die Möglichkeit einer letztwilligen Anrechnungs- bzw. Ausgleichsbestimmung erhält der Zuwendungsempfänger zukünftig die evtl. von ihm gewünschte Sicherheit. Der Dt. Notarverein hatte in seiner Stellungnahme vom 31. August 2007 als Gestaltungsmöglichkeit noch die Umkehr des bisher in den Normen des Anrechnungs- und Ausgleichsrechtes (§ 2050 Abs. 2 und 3 BGB) niedergelegten Regel-Ausnahme-Verhältnisses vorgeschlagen.¹⁴ Nachteil dieser Gestaltung wäre aber gewesen, dass die dann ausnahmsweise im lebzeitigen Übergabevertrag getroffene Regelung der Nichtanrechnung ein pflichtteilsrelevantes „Nachjustieren“, insbesondere im Sinne des § 2316 BGB, nicht ermöglicht hätte. Hier schafft die jetzt gefundene Regelung ein relativ einfach zu handhabendes letztwilliges Regelungsinstrument für den Erblasser. Die Schranke des § 2316 Absatz 3 BGB bleibt jedoch nach dem RegE weiterhin bestehen. Abgrenzungsfragen, was denn eine Ausstattung im Sinne des § 1624 BGB oder eine sonstige Zuwendung im Sinne des § 2050 Absatz 2 BGB war und insofern nicht zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten von der Anrechnung ausgeschlossen werden konnte, werden

zukünftig stark an Häufigkeit zunehmen, was nochmals das praktische Bedürfnis unterstreicht, über einen klar umrissenen, nicht zu weit reichenden Zuwendungsbegriff im Sinne des § 2316 BGB verfügen zu können.¹⁵ Durch die nunmehr vorgesehene Gestaltungslösung wird die Bedeutung erbvertraglicher Regelwerke eindeutig gestärkt und somit auch das deutsche Notariat selbst. Dies gelingt, indem der RegE die Frage der Anrechnungs- und Ausgleichsbestimmung nicht mehr als denkbare Regelungsmaterie eines lebzeitigen Generationenvertrages (zum Zwecke der Herbeiführung einer vorweggenommen Erbfolgeregelung) vorsieht, sondern diese Frage zukünftig in den Bereich der Verfügungen von Todes wegen verschiebt, um dem Erblasser so ein Handlungsmaximum im Rahmen seiner letztwilligen Verfügungen zu ermöglichen.

6. Die geplanten Gesetzesänderungen und das Rechtsinstitut des gemeinsamen Testaments – der Normzusammenhang zwischen den §§ 2278 Absatz 2 RegE und § 2270 BGB

Betrachtet man die nunmehr durch den Regierungsentwurf vorgezeichneten neuen erbrechtlichen Strukturen, insbesondere den Willen des Gesetzgebers, die Testierfreiheit des Erblassers zu stärken, so gerät die weiterhin bestehende Möglichkeit des Verlustes der Testierfreiheit durch (einfaches) privatschriftliches gemeinsames Testament in das Blickfeld. Wesenskern des gemeinsamen Testaments ist, dass es grundsätzlich zwei getrennte letztwillige Verfügungen enthält, die aber dann, wenn sie Erbinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen enthalten und diese Anordnungen zwischen den Eheleuten¹⁶ „wechselbezüglich“ angeordnet sind, den länger lebenden Ehegatten bzw. Lebenspartner nach dem Tode des Erstversterbenden binden, also dessen Testierfreiheit nach dem Tode des erstversterbenden Ehe- oder Lebenspartners beseitigen. Die Vermutungsregel des § 2270 Absatz 2 BGB ordnet an, dass die Wechselbezüglichkeit „im Zweifel“ anzunehmen ist, wenn sich die Ehegatten¹⁷ gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.

Dass das Rechtsinstitut des gemeinschaftlichen Testaments von den geplanten neuen Regelungen zur Erweiterung der Testierfreiheit bei Anrechnung und Ausgleichung stark betroffen ist, soll folgendes einfache Fallbeispiel zeigen:

11) Die Begründung des RegE spricht gerade davon, dass ein entscheidender Vorteil der geplanten neuen Regelung sei, dass der Erblasser seine Anrechnungsbestimmungen zukünftig immer wieder ändern könne und so jederzeit auf veränderte Umstände (innerhalb der Familie) jederzeit (flexibel) reagieren könne (Klammerzusätze vom Verfasser), vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechtes, Besonderer Teil, Artikel 1, zu Nummer 11 und 12 (§ 2050 Abs. 1 und 3 und § 2053 Abs. 1 BGB) S. 34; zu Nummer 18 (§ 2278 Abs. 2 BGB), S. 40; zu Nummer 23 (§ 2315 BGB) S. 44.

12) Wortlaut des bisherigen § 2050 Absatz 3.

13) Fälle des § 1624 BGB (Ausstattung) und des § 2050 Absatz 2 BGB „sonstige Zuwendung“. Zur Dogmatik des Zuwendungsbegriffs und der Notwendigkeit einer „engen“ Interpretation im Rahmen der §§ 2315, 2316 BGB, Progl. ZErb 2008, 10 ff., 13 f.

14) Stellungnahme des Dt. Notarvereins vom 31. August 2007, S. 22, I. Absatz.

15) Progl. ZErb 2008, 10 ff., 13 f.

16) Bzw. die gleichgeschlechtlichen Lebenspartner nach § 10 IV LPartG.

Die im gesetzlichen Güterstand lebenden Eheleute E setzen sich gegenseitig zum alleinigen Erben des Erstversterbenden ein. Schlusserben sollen die drei Kinder A – C sein. Das Testament enthält keine Öffnungsklausel. Herr E wendet seinem Kind A vorab 100.000 €, seinem Kind B 25.000 € ohne lebzeitige Anrechnungsbestimmung zu; Frau E dem Kind A 50.000,- € und dem Kind C 10.000 €. Herr E verstirbt nach fünfzigjähriger Ehe mit Frau E. Frau E wird hilfsbedürftig. Seit dem Tode des Mannes hat sie, wider jede Erwartung, von A nichts mehr gesehen oder gehört. B und C kümmern sich aufopfernd um sie, sodass sie weiterhin zu Hause wohnen bleiben kann. Frau E fragt an, wie sie die erbrechtliche Position von A schwächen kann. Das hinterlassene Vermögen des Herrn E beträgt 400.000 €, das, nach der Geltendmachung des Pflichtteils durch A noch zu ca. 370.000 € vorhanden ist. Kein weiteres Kind hat seinen Pflichtteil geltend gemacht. Frau E verfügt über eigenes Vermögen von 150.000 €.

In diesem Fall greift – sofern nichts anderes nachweisbar ist – letztlich die Vermutungsregel des § 2270 Absatz 2 BGB¹⁸ ein. Das Fallbeispiel stellt den klassischen Fall des sog. Berliner Testaments mit Schlusserbfolgenanordnung zugunsten der gemeinsamen Kinder dar. Sein Erbrecht nach dem Tode von Frau E kann dem abtrünnigen A also bei Eingreifen des § 2270 Absatz 2 BGB nicht mehr genommen werden. Es fragt sich, ob Frau E dann jedoch zumindest noch eine nachträgliche Anrechnungsbestimmung bzgl. der Vorauserwerbe des Sohnes A zu dessen Lasten treffen kann. Die fortan bestehende lebzeitige Möglichkeit des Ehemannes, nachträglich eine Anrechnungsbestimmung treffen zu können, ist mit seinem Tode untergegangen. Die Vererblichkeit des Rechts zur letztwilligen Anrechnungsbestimmung betreffend der lebzeitigen Vorausverfügungen des Erblassers, hätte letztwillig von ihm verfügt werden müssen.

6.1. Das zukünftige Zusammenwirken der §§ 2278 Absatz 2 – RegE und 2270 Absatz 3 BGB

Es stellt sich aber die Frage, wie sich das geplante neue Recht zur abweichenden Anrechnungsbestimmung durch letztwillige Verfügung, zur grundsätzlich bestehenden Bindungswirkung des gemeinsamen Testamentes verhält. Im Fallbeispiel geht es konkret um die Zuwendung der Frau E gegenüber ihrem Kind A in Höhe von 50.000 €. Eine Erweiterung des Wortlautes des § 2270 Absatz 3 BGB entsprechend der geplanten Wortlauterweiterung des § 2278 Absatz 2 BGB ist im RegE nicht vorgesehen. Mag der § 2270 Absatz 3 BGB bisher auch schlicht außerhalb des Blickfeldes der Entwurfsverfasser gewesen sein, so ist dies doch in seiner Auswirkung begrüßenswert. Da auch zukünftig im Sinne des § 2270 Absatz 3 BGB lediglich Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen wechselseitig angeordnet werden können, kann der Längerlebende also zukünftig eigene Anrechnungsbestimmungen auch dann noch treffen, wenn er hinsichtlich seiner sonstigen Testierfreiheit aufgrund des Wirkungsbereiches des § 2270 Absatz 2 BGB als beschränkt gilt. Er kann also diesbezüglich ein ergänzendes Testament hinterlassen. Im Beispielfall könnte Frau E also noch testamentarisch zulasten des Sohnes A die Anrechnung ihrer Zuwendung an ihn in Höhe von 50.000,- € wirksam anordnen und insofern zumindest eine Teilkompensation

ihrer enttäuschten Erwartungen erreichen. Es zeigt sich hier die zuvor unter Punkt 5.1. bereits festgestellte verstärkte letztwillige Bedeutungsdimension einer lebzeitigen Zuwendung. Der Zuwendende erhält hierdurch einen verstärkten letztwilligen Handlungsspielraum, selbst im Falle der testamentarischen Bindung durch gemeinsames Testament, der nur begrüßt werden kann.

6.2. Besteht jetzt Anlass zur Abschaffung der Vermutungsregel des § 2270 Absatz 2 BGB?

Dennoch fragt sich, ob nicht vor dem Hintergrund der geplanten Testierfreiheitserweiterungen im Bereich von Anrechnung und Ausgleichung dazu Anlass bestehen sollte, die Vermutungsregel des § 2270 Absatz 2 BGB abzuschaffen. Dann wäre gemäß der erwähnten bestehenden Rechtsprechung immer noch tatrichterlich die Frage nach der Bindungswirkung des länger lebenden Ehegatten zu klären, sofern hier nachträglich zwischen den Generationen Streit aufkommt. Es käme dann jedoch nicht mehr zur automatischen Fallentscheidung über die Vermutungsregel des § 2270 Absatz 2 BGB – zulasten der Testierfreiheit des Längerlebenden. Vielmehr würde dann nach der bestehenden höchstgerichtlichen Rechtsprechung¹⁹ weiterhin kein Erfahrungssatz für die Bindungswirkung des Ehegatten in einem solchen Falle festgestellt werden können. Der Abkömmling, der sich dennoch auf die Bindungswirkung und somit auf die Unwirksamkeit einer abweichenden späteren Verfügung seines letztversterbenden Elternteils berufen wollte, hätte dann die volle Beweislast. Bereits nach derzeitigem Recht ist die Möglichkeit des Verlustes der Testierfreiheit allein durch ein privatschriftliches gemeinsames Testament ein eigenartiger Gegensatz zu dem Formerfordernis der notariellen Beurkundung der Erbverträge, also der dort bestehenden Notwendigkeit, professionelle Hinweise über die Reichweite der geplanten Handlung vorab zu erhalten. Der RegE deklariert (zu Recht) die Erweiterung der Testierfreiheit, die höhere Flexibilität des Erblassers – bis zuletzt –, auf Veränderungen innerhalb des Familienverbandes reagieren zu können, als das den heutigen durchschnittlichen familiären Verhältnissen angemessene Regelungsziel. Es überrascht daher, dass der Gesetzentwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechtes die Regelung des § 2270 Absatz 2 BGB nicht mit in das Blickfeld genommen hat. Noch überraschender ist jedoch, dass die Stellungnahme des Dt. Notarvereins hier keinen Hinweis auf eine Regelungsnotwendigkeit enthält. Die hier aufgeworfene Fragestellung hat rechtspolitische Bedeutung und verschiedene Bedeutungsfacetten, die im Rahmen dieser Untersuchung nicht im Detail aufgeführt werden können und sollen. Aus Sicht des Verfassers mutet jedoch die nunmehr auf den Weg gebrachte Erweiterung der Testierfreiheit für den Erblasser auf der einen Seite und die

¹⁷⁾ Wie zuvor.

¹⁸⁾ Es gibt in einem solchen Falle zwar keinen Erfahrungssatz dahingehend, dass jeder der beiden Ehegatten die gemeinsamen Kinder nur deshalb bedenkt, weil auch der andere dies tut (BayObLG RPfleger 1985, 445; BayObLG FamRZ 1996, 1040; OLG Köln FamRZ 1993, 1371). Damit wird aber der Anwendungsbereich der Vermutungsregel des § 2270 Absatz 2 BGB erst eröffnet (vgl. Praxiskommentar Erbrecht, Damrau/Klessinger, § 2270 Rz. 17, Staudinger/Kanzleiter, (2006) § 2270 Rz. 28). Wechselbezüglich ist hiernach die Erbeinsetzung der Ehegatten untereinander (§ 2271 Abs. 2. Alt. 1 BGB) sowie die jeweilige Erbeinsetzung des anderen Ehegatten zur Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder (§ 2271 Abs. 2 Alt. 2 BGB).

¹⁹⁾ Wie zuvor.

Möglichkeit des Verlustes der Testierfreiheit allein durch die Anwendung der Vermutungsregel des § 2270 Absatz 2 BGB auf der anderen Seite als eine Ungereimtheit des Gesetzes an. Zukünftig sollte der Abkömmling, der sich auf die volle

Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testamentes der Eltern berufen will, hierfür auch die volle Beweislast tragen. Die Abschaffung dieser Vermutungsregel erscheint daher jetzt gerechtfertigt.

Auf einen Blick

1. Der Regierungsentwurf stellt eine konsequente Fortentwicklung des Referentenentwurfs dar.
2. Sind die textlichen Änderungen im Bereich der Anrechnungs- und Ausgleichsbestimmungen weitgehend redaktioneller Art, so war die Aufnahme eines erweiterten § 2278 Absatz 2 BGB dogmatisch zwingend und ist uneingeschränkt zu begrüßen.
3. Bisher war die lebzeitige Zuwendung im Regelfall klar vom letztwilligen Rechtsgeschäft abgegrenzt und ragte nur relativ selten in die Regelungssphäre des zukünftigen Erbfall hinein. Zukünftig ist dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. Die lebzeitige Zuwendung erhält hierdurch eine begrüßenswerte neue Bedeutungsdimension in der strategischen Nachfolgeplanung.
4. Da auch zukünftig im Sinne des § 2270 Absatz 3 BGB lediglich Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen

wechselbezüglich angeordnet werden können, kann der Längerlebende zukünftig eigene Anrechnungsbestimmungen auch dann noch treffen, wenn er hinsichtlich seiner sonstigen Testierfreiheit aufgrund des Wirkungsbereiches des § 2270 Absatz 2 BGB nach dem Ableben seines Ehepartners beschränkt.

5. Aus Sicht des Verfassers mutet die nunmehr auf den Weg gebrachte Erweiterung der Testierfreiheit für den Erblasser auf der einen Seite und die weiterhin unverändert bestehende Möglichkeit des Verlustes der Testierfreiheit allein durch die Anwendung der Vermutungsregel des § 2270 Absatz 2 BGB auf der anderen Seite als neue Ungereimtheit des Gesetzes an. Die Abschaffung dieser Vermutungsregel erscheint aus seiner Sicht jetzt gerechtfertigt.

Tagungsbericht

2. Stiftungsrechtstag an der Ruhr-Universität Bochum

Jonas Arnhold, Matthias Gantenbrink, Wiss. Mitarbeiter, Bochum

Am 18.1.2008 fand der von Fundare e.V., Gemeinnütziger Verein zur Förderung des Stiftungswesens, und dem Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte, Bürgerliches Recht und Handelsrecht (*Prof. Dr. Karlheinz Muscheler*) veranstaltete 2. Stiftungsrechtstag an der Ruhr-Universität Bochum statt. Die Tagung hatte „Stiftung und Recht: heute, morgen, grenzüberschreitend“ zum Generalthema und lockte weit über 150 Teilnehmer in das Veranstaltungszentrum der Ruhr-Universität.

In ihren Begrüßungsworten stellten die Vorstandsmitglieder von Fundare e. V. *Dr. Bernd Andrick* und *Prof. Dr. Karlheinz Muscheler* den Verein und die von diesem jährlich herausgegebene Zeitschrift „Die Stiftung – Jahreshefte zum Stiftungswesen“ vor, die nunmehr im zweiten Jahrgang erscheint und neben anderen Beiträgen auch alle auf den jeweiligen Stiftungsrechtstagen gehaltenen Vorträge beinhaltet.

Im interdisziplinären Eröffnungsvortrag erläuterte *Dr. Klaus Neuboff* von der Privaten Universität Witten/Herdecke die „historische Herkunft von („ewiger“) Dauer und Nachhaltigkeit im Stiftungsrecht“. Diese Erörterungen waren nicht nur für Rechtshistoriker von Interesse, sondern brachten gerade in Anbetracht der Tatbestandsmerkmale des § 80 II BGB auch einen erheblichen Erkenntnisgewinn für das aktuelle Stiftungsrecht mit sich. Anschließend widmete sich *Prof. Dr. Karlheinz Muscheler* der aktuellen Rechtsprechung im Stiftungszivilrecht. Insbesondere seine Vorschläge, wie in der Praxis die effektive

Reduzierung des Pflichtteils zugunsten einer Stiftung bewerkstelligt werden kann, stießen bei den Zuhörern auf offene Ohren. Ausführungen zur Haftung des Stiftungsvorstandes bildeten einen weiteren Schwerpunkt seines Vortrags. *Muscheler* hält eine landesgesetzliche oder satzungsmäßige Milderung des Innenhaftungsmaßstabs für Stiftungsvorstände für unzulässig, ein Stiftungsorgan hafte demzufolge nach den allgemeinen Regeln für Vorsatz und einfache Fahrlässigkeit. Im Folgenden stellte Ministerialrätin *Gisela Primas* vom Innenministerium NRW in einem Kurzreferat die Arbeit einer obersten Stiftungsaufsichtsbehörde vor. Danach widmete sich *Prof. Dr. Joachim Suerbaum* (Julius-Maximilians-Universität Würzburg) dem Reizthema „Stiftung und Aufsicht“. Nach der Darstellung der rechtlichen Grundlagen der Stiftungsaufsicht befasste sich *Suerbaum* mit den Instrumentarien derselben und bezeichnete diese als unverzichtbaren Bestandteil des deutschen Stiftungswesens. Gleichzeitig mahnte er aber Verbesserungen des Landesstiftungsgesetzes NRW an. Nach der Mittagspause referierte