

NOTAR
DR. JÖRG MAYER
INNSTRASSE 18
84359 SIMBACH AM INN

Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Ihre Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, unsere Nachricht vom	Telefon, Name	Datum
			06.10.2008

ENTWURF EINES GESETZES ZUR ÄNDERUNG DES ERB- UND VERJÄHRUNGSRECHTS –
BT-DRUCKSACHE 16/8954

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem oben genannten Gesetzentwurf darf ich in einigen Punkten nachstehend Stellung nehmen. Daneben wirft die geplante Neuregelung gerade aus der Sicht der Praxis zahlreiche Einzelprobleme auf, die aus Zeit- und Platzgründen hier nicht dargestellt werden können. Ich erlaube mir daher, als Anlage das Manuskript meines anlässlich der 1. Jahrestagung Erbrecht des Deutschen Anwaltsinstituts (DAI) gehaltenen Vortrags beizufügen, der sich vertieft mit den durch den Gesetzesentwurf aufgeworfenen Fragen der Anrechnung, Ausgleichung, der Honorierung von Pflegeleistungen und des Zuwendungsverzichts befasst.

I. Grundsätzliches

Anders als in den übrigen Bereichen des Bürgerlichen Gesetzbuchs waren Änderungen des Erbrechts bisher selten und nur auf Einzelbereiche beschränkt, so auf die sich aus dem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ergebenden Auswirkungen und die in drei Schritten erfolgende erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder. Dadurch blieb die strenge Systematik, die dem Erbrecht des BGB in besonderem Maße inne wohnt und ohne die dieses nicht zu verstehen ist, weitgehend erhalten.

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung konstatiert nun einen „punktuellen Änderungsbedarf“ aufgrund „gesellschaftlicher Entwicklungen und veränderter Wertvorstellungen“, insbesondere wegen einer „stärkeren Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte des Einzelnen, sowie durch die Akzeptanz nicht traditionell vorgegebener Lebensentwürfe“. Betrachtet man jedoch, dass das BGB bereits 1900 in Kraft trat und seitdem das Kaiserreich, die Weimarer Republik, das „Dritte Reich“ und auch die DDR überdauert hat, so fanden seitdem viel größere gesellschaftliche Umwälzungen statt, ohne dass sich der Gesetzgeber jeweils zu einer Erbrechtsreform veranlasst sah (zur Wandlungsfähigkeit des BGB s. etwa *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,

1967, S. 476). Vielmehr war die Kautelarjurisprudenz und eine die praktischen Bedürfnisse erkennende Rechtsprechung, insbesondere des BGH, in der Lage, auch ohne große Gesetzesänderungen das Erbrecht des BGB in seiner praktischen Anwendung an die sich ändernden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse anzupassen.

II. Positiva der Erbrechtsreform

Aus meiner Sicht ist bei dem oben genannten Gesetzentwurf insbesondere Folgendes äußerst positiv zu bewerten:

1. Zuwendungsverzicht (§ 2352 BGB)

Er erstreckt sich zukünftig auch auf die Abkömmlinge des mit einer erbrechtlichen Zuwendung (Erbeinsetzung, Vermächtnis) zunächst Bedachten (Art. 1 Nr. 31 des Entwurfs). Damit besteht in ganz erheblich vergrößertem Maß die Möglichkeit, oftmals unbewusst eingetretene erbrechtliche Bindungen durch privatautonome Gestaltung zu korrigieren: Der **Schulfall** ist der, dass Ehegatten sich in einem eigenhändigen gemeinschaftlichen Testament zu Erben einsetzen und dann ohne jeden Änderungsvorbehalt bestimmen, dass Schlusserben nach beider Tod die beiden Kinder sind. Diese Schlusserbeneinsetzung ist für den länger lebenden der Ehegatten bindend, wenn er nach dem Tod des Erstversterbenden die Erbschaft angenommen hat (§§ 2270, 2271 Abs. 2 BGB). Nicht selten ergibt sich in der Praxis die Notwendigkeit, dass nun nur noch eines der Kinder nach dem Tod beider Eltern der Erbe werden soll. Selbst wenn dann das andere Kind bereit ist, durch einen Zuwendungsverzicht auf seinen Erbteil zu verzichten, so ergaben sich in nach der bisherigen Rechtslage Probleme daraus, dass der Zuwendungsverzicht – anders als der Erbverzicht (§ 2349 BGB) – nicht mit Wirkung gegenüber den Abkömmlingen erklärt werden konnte. Und oftmals enthalten solche bindende testamentarische Anordnungen eine ausdrückliche Ersatzerbenbestimmung, etwa der Kinder des Verzichtenden. Dann mussten nach bisheriger Rechtslage diese ebenfalls einen Verzicht abgeben. Waren sie noch minderjährig, so bedurfte es der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht (§ 2347 Abs. 1 BGB), die oftmals nicht zu erreichen war. Der Zuwendungsverzicht war *weitgehend zwecklos* (so programmatisch J. Mayer ZEV 1996, 127). Damit wurde viel Konfliktpotenzial in die Familien hineingetragen, ja auch viel Leid und unnötiger Streit. Dies wird nun durch die Neuregelung einfacher.

Der Gesetzesentwurf beseitigt aber noch nicht alle **Probleme**:

- Der Zuwendungsverzicht **wirkt** nach wie vor **nicht** gegenüber anderen Ersatzbedachten, wenn
 - der Verzichtende kein Abkömmling des Erblassers ist, also etwa bei einem Zuwendungsverzicht des Ehegatten oder Elternteils,
 - Ersatzbedachte keine Abkömmlinge des Verzichtenden sind, also etwa nicht gegenüber einem ersatzweise eingesetzten Schwiegekind.

Es bleibt daher grundsätzlich zu überlegen, ob die von einem **gemeinschaftlichen Testament** ausgehenden weitreichenden **Bindungswirkungen** nicht im Rahmen der Erbrechtsreform beseitigt werden könnten. Diese sind den Ehegatten durchweg nicht bekannt und schaffen unübersehbare, angesichts der heutigen sich ständig ändernden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse nicht vorhersehbare Probleme und verhindern sachgerechte Reaktionsmöglichkeiten. Nicht zu Unrecht wollte man ursprünglich das gemeinschaftliche Testament mit dieser Bindung nicht zulassen (vgl. dazu etwa *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 2006, Vorbem 3 zu §§ 2265 ff), sondern nur den Erbvertrag als Mittel zur Schaffung von bindenden Verfügungen von Todes wegen, bei

dem eine sachkundige Belehrung durch den Notar erfolgen muss. Durch eine solche Neuregelung könnte tatsächlich den geänderten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen Rechnung getragen werden, die sich tendenziell als bindungskritisch darstellen. So ist es mit den heutigen Lebensvorstellung nur schwer vereinbar wenn der BGH annimmt, dass Ehegatten hinsichtlich ihrer wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament einen Aufrechterhaltungswillen dahingehend besitzen können, dass diese trotz der Scheidung weiterhin als bindende Verfügungen wirksam sind (BGH NJW 2004, 3113; dazu auch *Keim* ZEV 2004, 425) und daher der Grundsatz gilt: Einmal wechselbezüglich, immer wechselbezüglich (*Keim* aaO). Zum anderen darf nicht verkannt werden, dass der **historische Gesetzgeber** mit seiner bisherigen **Differenzierung** vielleicht nicht so Unrecht hatte. Für die Erstreckungswirkung des Erb- und Pflichtteilsverzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden lässt sich anführen, dass der Grundsatz gilt: „das Gesetz gibt es, das Gesetz nimmt es“. Beim Zuwendungsverzicht liegt es anders. Hier handelt es sich nicht um eine gesetzlich entstandene Rechtspositionen, die auch gesetzlich wieder genommen werden kann. Vielmehr stellt sich die Frage, ob der primär Bedachte durch seinen Zuwendungsverzicht auch die Ersatzberufung beseitigen kann, was dann problematisch wäre, wenn man dem Ersatzberufenen eine rechtlich gesicherte Anwartschaft zusprechen würde (ausf. zum Objekt des Zuwendungsverzichts und dessen Einordnung *Kornexl*, Der Zuwendungsverzicht, 1998, Rn. 20 ff). Dies ist jedenfalls ein sehr weit gehender Eingriff in die zunächst privatautonom getroffene Nachlassplanung, insbesondere wenn etwa der längerlebende Ehegatte durch ein gemeinschaftliches Testament an die Ersatzschlussfolgerbestimmung gebunden ist (§§ 2270, 2271 BGB). Die sich hieraus ergebende, uU auch verfassungsrechtlich abzuklärende Diskussion ließe sich vermeiden, wenn man von vornherein den gemeinschaftlichen Testamenten jede Bindungswirkung abspräche.

2. Änderung des § 2306 Abs. 1 BGB

Diese Vorschrift galt bisher als eine der schwierigsten Normen des BGB. Bislang musste der pflichtteilsberechtigte Erbe, der mit Beschränkungen und Beschwerungen, wie Vermächtnissen oder Testamentsvollstreckung, belastet war danach unterscheiden, ob ihm mehr als die „Hälfte des gesetzlichen Erbteils“ hinterlassen wurde. Ging sein Erbteil nicht über den seinen Pflichtteil hinaus, so waren diese Beschränkungen und Beschwerungen kraft Gesetzes unwirksam und er erhielt seinen ungekürzten Erbteil, und einen etwa darüber liegenden Restpflichtteil (§ 2305 BGB). Wurde er mit einem höheren Erbteil bedacht, dann musste er ausschlagen, um seinen Pflichtteil zu erhalten. Diese Differenzierung wurde dadurch verkompliziert, weil es nach einer weit verbreitenden Meinung, der sog. „*Werttheorie*“, für die Berechnung der Vergleichsgröße „Hälfte des gesetzlichen Erbteils“ auch auf die früheren Vorempfänge ankommen sollte, wenn für die Berechnung des Pflichtteils im Einzelfall Anrechnungs- und Ausgleichungspflichten (§§ 2315, 2316 BGB) zu berücksichtigen sind (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl. 2007, § 2306 Rn. 4). Jedoch war nicht geklärt, ob nicht stattdessen die reine „*Quotentheorie*“ gilt. Zudem führte § 2306 im Bereich von gesellschaftlichen Nachfolgeklauseln, die in ihrer pflichtteilsrechtlichen Relevanz im Gesetz überhaupt nicht angesprochen werden, zu nicht geklärten Problemen.

Probleme ergeben sich auch nach der Reform daraus, dass für die **Ausschlagung** die kurze **6-Wochenfrist** gilt. Dies ist relativ kurz, auch wenn § 2306 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt, dass die Frist erst beginnt, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt.

Vorschlag: Die 6-Wochenfrist für die Ausschlagung der Erbschaft ist nicht nur im Bereich des § 2306, sondern auch in den „Normalfällen“ angesichts der heute durchweg sehr komplexen

wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse oftmals zu kurz und nicht mehr zeitgemäß. Es sollte daher die Möglichkeit eingeführt werden, dass das Nachlassgericht diese verlängern kann.

III. Zu zentralen Fragen der Erbrechtsreform

Der Gesetzentwurf enthält insbesondere zwei wesentliche Reformansätze, die allerdings mE nicht befriedigend genug umgesetzt werden.

1. Erweiterungen der Stundungsmöglichkeiten des § 2331 a BGB (Art. 1 Nr. 26):

Die bisher schon bestehende Stundungsmöglichkeit hatte bis heute keine praktische Bedeutung. Eine aktuelle „*juris-Abfrage*“ ergab nur zwei einschlägige Entscheidungen hierzu. Der Gesetzentwurf will nunmehr die Stundungsmöglichkeiten in persönlicher und sachlicher Hinsicht verbessern. Während bisher erforderlich war, dass die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs den Erben „ungewöhnlich hart“ treffen würde, soll nunmehr die Schwelle für die gerichtliche Stundung dadurch herabgesetzt werden, dass es genügt, wenn die Erfüllung für den Erben eine „unbillige Härte“ bedeutet. Ob diese semantische Differenzierung den gewünschten Erfolg hat, erscheint jedoch mehr als fraglich. Dies gilt insbesondere für den Fall, den Frau Bundesjustizministerin Dr. *Brigitte Zypries* auf dem „Zweiten Deutschen Erbrechtstag“ in Berlin 2007 vortrug und der sie offensichtlich persönlich stark bewegt hat. Dies ist die Pflichtteilsbelastung, die gerade für einen älteren überlebenden Ehegatten entsteht, der über kein wesentliches sonstiges Vermögen verfügt als das selbst bewohnte, vom erstversterbenden Ehegatten ererbte Familienwohnheim. Gerade ältere Menschen erhalten von Kreditinstituten regelmäßig in dieser Situation keinen Kredit mehr oder zumindest nicht zu angemessenen Konditionen, so dass die Pflichtteilsbelastung für sie besonders hart ist und auch dazu führen kann, dass sie ihr Haus verkaufen müssen. Der *Deutschen Notarverein* hat in seiner Stellungnahme vom 31.8.2007 (S. 8 = Notar 2007, 148) hierzu vorgeschlagen, dass eine besondere Privilegierung des selbstbewohnten Familienwohnheims im Rahmen der Stundung des Pflichtteils geschaffen werden sollte. Dies könnte dahingehend geschehen, dass der diesbezügliche Anteil des Pflichtteils regelmäßig zu stunden wäre, was gesetzestechnisch durch Anführung eines Regelbeispiels in die Neuregelung des Stundungsrechts geschehen könnte.

Im Übrigen wird man gerade im Bereich der **Unternehmensnachfolge** mit einer bloßen Stundungsmöglichkeit die Härten aus der Pflichtteilsbelastung nicht voll ausgleichen können. Zu überlegen ist hier vielmehr, ob anstelle der Bewertung zum Verkehrswert nicht ein niedrigerer Bewertungsansatz gewählt werden kann. Das **Ertragswertprivileg** des § 2312 BGB, das für landwirtschaftliche Betriebe gilt, könnte sich sicherlich auch für die Erhaltung von Handwerksbetrieben und kleineren mittelständischen Unternehmen segensreich auswirken.

2. Bessere Honorierung von Pflegeleistungen (Artikel 1 Nummer 14)

Auch dies ist ein Hauptanliegen der Reform. Dies soll durch den neu zu schaffenden § 2057b BGB geschehen, wonach ein gesetzlicher Erbe, der den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat, bei der Auseinandersetzung die Ausgleichung seiner Leistungen verlangen kann. Gegenüber dem bisherigen Recht, der bereits in § 2057 a BGB eine entsprechende Ausgleichung vorsah, ergeben sich folgende Änderungen:

- anders als bisher sollen nicht nur die Abkömmlinge, sondern künftig **alle gesetzlichen Erben** an dem entsprechenden Ausgleichungsverfahren beteiligt werden;

- anders als bisher ist nicht erforderlich, dass unter Verzicht auf berufliches Einkommen die Pflegeleistung erbracht wurde.

Die Neuregelung erscheint in vielfacher Beziehung als äußerst problematisch:

- es ist zu befürchten, dass es eine **ganze Vielzahl von Streitigkeiten** darüber geben wird, ob und in welchem Umfang die einzelnen gesetzlichen Erben Pflegeleistungen erbracht haben (ebenso die Einschätzung bei *Keim* ZEV 2008, 161, 166; *Odersky* MittBayNot 2008, 2, 6). Insbesondere zeigt die Praxis immer wieder, dass verschiedene Familienangehörige mit unterschiedlichen sachlich und zeitlichen Beiträgen die häusliche Pflege ermöglichen.
- es erscheint bereits aus systematischen Gründen fraglich, ob sich eine sachgerechte Lösung im Sinne der besseren Honorierung von Pflegeleistungen über das **rechtstechnisch äußerst komplizierte Ausgleichungsverfahren** erzielen lässt (dazu etwa *Krug* ZFE 2008, 324; *Schiemann*, FS Dieter Schwab, 2005, 549, 562 f.). Diese Probleme waren sicherlich auch ein Grund dafür, dass die Ausgleichung besonderer Leistungen nach § 2057a BGB bisher praktisch kaum eine Bedeutung erlangte.
- in **persönlicher Hinsicht** ist das Ausgleichungsverfahren in sofern ungenügend, als andere pflegende Personen, insbesondere Schwiegerkinder, nach wie vor dadurch nicht berücksichtigt werden.
- Die Neuregelung stellt eine **Erweiterung des Kreises der Ausgleichungsbeteiligten** dar, da bislang die Ausgleichung nur zwischen Abkömmlingen stattfand. Daher ist erforderlich, dass nunmehr eine doppelte Ausgleichungsberechnung durchgeführt wird. Zum einen zur Berücksichtigung der Pflegeleistungen, zum anderen zur Durchführung der eigentlichen erbrechtlichen Ausgleichung. Dies verkompliziert die Sachlage erheblich (vergleiche dazu mit Beispielen *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 6);
- offenbar kaum bedacht wurden die **pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen** der Ausgleichung, die sich aus § 2316 Abs. 3 BGB in zwingender Form ergeben. Dadurch kann sich eine ganz erhebliche Erhöhung des Pflichtteils eines pflegenden Pflichtteilsberechtigten ergeben, was insbesondere dann ganz einschneidende Folgen für die erbrechtliche Nachlassplanung hat, wenn der zu Pflegenden erbrechtlich, etwa zu Gunsten seiner Kinder aus erster Ehe gebunden ist, der pflegende zweite Ehegatte aber über dieses Ausgleichungsverfahren ganz erhebliche Pflichtteilsansprüche geltend machen kann.

Nicht zu Unrecht steht daher diese Neuregelung im Zentrum der Kritik, so etwa in der Stellungnahme des Bundesrats, aber in den Ausführungen von *Otte* (ZEV 2008, der für ein gesetzliches Vermächtnis eintritt) oder von *Windel* (ZEV 2008, 305, der eine gesetzliche Nachlassverbindlichkeit begründen will; ebenso jetzt *Krug* ZFE 2008, 324). ME muss aber bereits **bezweifelt** werden, ob überhaupt ein Bedarf für eine gesetzliche Regelung besteht:

- die die sozialen Sicherungssysteme entlastende **häusliche Pflege** wird häufig, insbesondere im ländlichen Bereich, schon deswegen erbracht, weil diesbezüglich entsprechende Vereinbarungen im Rahmen der **vorweggenommenen Erbfolge** getroffen wurden. Solche vertraglichen Verpflichtungen werden allerdings dadurch erschwert, dass deren sachgerechte Abstufung und **Begrenzung** auf den Bereich der **häuslichen Pflege** zunehmend von den **Sozialhilfeträgern**, gefolgt von der Rspr. einiger Landgerichte, **nicht anerkannt** wird und stattdessen bei der Heimunterbringung der Übergeber weit reichende Ersatzansprüche angenommen werden, die dann als geldwerte Vermögensrechte auf den Sozialhilfeträger übergeleitet werden können (krit. hierzu *J. Mayer* DNotZ 2008, 672, 684 ff. mwN). Dies führt dazu, dass zu-

nehmend auf die Vereinbarung solcher Pflegeverpflichtungen verzichtet wird, was letztlich die Sozialhilfeträger nicht entlastet.

- Aufgrund einer später notwendig gewordenen Unterbringung des Pflegebedürftigen in ein Pflegeheim wird oftmals **gar kein verteilungsfähiger Nachlass** zwischen den Ausgleichsberechtigten mehr zur Verfügung stehen.
- Dass es durchaus Fälle gibt, in denen der **Erblasser** gerade **keine Ausgleichungsverpflichtung** bei der Erbringung solcher Pflegeleistungen möchte. Der Gesetzesentwurf greift zu kurz, wenn er auf Seite 18 ausdrücklich betont, dass auf die Ausgleichung bei der gesetzlichen Erbfolge verzichtet wird. Dabei wird offenbar übersehen, dass nach § 2316 Absatz 1 Satz 3 des Entwurfes die Pflegeleistungen bei der Berechnung des Ausgleichspflichtteils zu berücksichtigen sind. Dadurch verringert sich unter Umständen ganz erheblich der Pflichtteil der anderen Pflichtteilsberechtigten. Und da grundsätzlich die Bestimmungen über den Ausgleichspflichtteil zwingender Natur sind (vgl. § 2316 Abs. 3 BGB) kann der Erblasser auch einseitig eine solche pflichtteilsrechtliche Fernwirkung nicht verhindern.
- Der Pflegebedürftige wie aber auch der Pflegende können unabhängig davon eine **privatautonome Regelung** treffen, wonach sie in den Grenzen der subjektiven Äquivalenz die Angemessenheit der für die Pflege zu erbringenden Gegenleistung festlegen. Soweit der Pflegebedürftige nicht mehr geschäftsfähig ist, kann für ihn sein amtlich bestellter Betreuer oder ein Bevollmächtigter aufgrund einer Vorsorgevollmacht handeln. Unterbleibt eine solche Regelungen, so ist angesichts des Umfangs und der Schwierigkeit der hier regelmäßig in der Praxis erbrachten Pflegeleistungen zu vermuten, dass eben gerade keine Vergütung geschuldet sein sollte, denn wer eine Vergütung seiner doch sehr weitreichenden Leistungen wollte, hätte dies sonst vereinbart. Wird andererseits aber eine Vergütung vereinbart, sollten im Interesse der davon letztlich profitierten Sozialversicherungssysteme den Beteiligten hieraus wieder steuerliche noch sozialversicherungsrechtliche Nachteile erwachsen. Letztlich ist es aber meines Wissens nach bis heute ungeklärt, inwieweit aus solchen Vergütungszusagen nicht solche nachteiligen Folgen entstehen können (großzügig zur einkommensteuerlichen Behandlung solcher Pflegevergütungen BFH NJW 2000, 1815 = DStR 1999, 1807, wo die Einkommenssteuerpflicht wegen der fehlenden Einkünfteerzielungsabsicht verneint wurde). Insbesondere wenn die Fälligkeit der Pflegevergütung mehr als ein Jahr hinausgeschoben wird, drohen ganz erhebliche einkommensteuerrechtliche Probleme aus der sog. Abzinsungsrechtsprechung des BFH, die dieser aus § 12 Absatz 3 Bewertungsgesetz herleitet (dazu etwa BFH DStR 1984, 568; DStR 1975, 344; DStR 1981, 234; zu den Auswirkungen im Erbrecht s. *J. Mayer* DStR 2005, 1371, 1375 f.). Hier wäre dringender anzusetzen als durch die Anerkennung fiktiver, in ihrem Endergebnis zweifelhafter Ausgleichungsbestimmungen.

IV. Details

Daneben überzeugen aber auch andere Bestimmungen des Gesetzesentwurfes nicht:

1. Möglichkeit nachträglicher Ausgleichungsanordnung (Art. 1 Nr. 11 des Entwurfs).

Nach dem bisherigen Recht musste eine Ausgleichungsanordnung (§ 2050 Abs. 3 BGB), wonach eine lebzeitige Zuwendung im Rahmen der Erbaueinandersetzung zur Ausgleichung zu bringen war, **spätestens** bei der Zuwendung durch entsprechende Erklärung gegenüber dem Zuwendungsempfänger erfolgen, damit dieser wegen der damit verbundenen nachteiligen Auswirkungen auf seinen Erbteil diese Zuwendung zurückweisen konnte. Die Reform des Erb- und Verjährungsrechts will nun die Testierfreiheit des Erblassers stärken. Deshalb soll der Erblasser künftig

die Möglichkeit erhalten, nachträglich die Ausgleichung anzuordnen oder auszuschließen. Das bedeutet, dass er künftig eine Anordnung über die Ausgleichung oder deren Ausschluss nachträglich treffen oder eine bei Zuwendung oder nachträglich erklärte Anordnung wieder rückgängig machen kann.

Diese Neureglung ist aber zum einen überhaupt nicht nötig und eröffnet wenig neue Gestaltungsmöglichkeiten (ebenso *Spall ZErB* 2007, 272, 277; *Keim ZEV* 2008, 161, 165; *Schaal/Grigat BWNotZ* 2008, 2; *Herrler/Schmied ZNotP* 2008, 178, 179). Bereits nach bisherigem Recht konnte durch eine entsprechende **Vermächtnisanordnung** oder gar Erbeinsetzung ein wirtschaftlich vergleichbares Ergebnis erzielt werden. Wenn jetzt für die nachträgliche Anordnung die Form der Verfügung von Todes wegen verlangt wird, so ergibt sich in formeller Hinsicht kein Unterschied. Nachteilig sind aber die mit Ausgleichung verbundenen pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen, die sich aus § 2316 Abs. 3 BGB ergeben, weil dadurch der Pflichtteil anderer Pflichtteilsberechtigter zwingender erhöht wird. Denn auch wenn § 2316 Abs. 3 BGB die nachträgliche Anordnung nicht ausdrücklich erwähnt, dürfte dies in gleicher Weise zu in der Regel nicht gewollten, weil irreparablen Erhöhungen des Pflichtteils der anderen Pflichtteilsberechtigten führen, weil ganz allgemein und ohne weitere Differenzierung auf die Ausgleichspflicht nach § 2050 BGB auch nach der Neufassung des Gesetzes verwiesen wird (so ausdrücklich *Keim ZEV* 2008, 161, 165; *Bonefeld ZErB* 2008, 73; aM nur *Schaal/Grigat BWNotZ* 2008, 2, 3 für die „gekorene Ausgleichungspflicht“ nach § 2050 Abs. 3 BGB). Während es für die sofortige Ausgleichsanordnungen bei der lebzeitige Zuwendung einen sachlichen Grund insofern gibt, als sich oftmals zur Zeit der Zuwendung der Zuwendende noch nicht zu einer den Erbteil des Zuwendungsempfängers verringernden Verfügung von Todes wegen entschließen kann, entfällt dieser Grund, wenn zur späteren Anordnung der Ausgleichspflicht ohnehin eine Verfügung von Todes wegen errichtet werden muss. Demnach ist die nachträgliche Anordnung einer Ausgleichungspflicht regelmäßig ein **haftungsrelevanter Kunstfehler**.

2. Nachträgliche Pflichtteilsanrechnung (Art. 1 Nr. 23)

Nach dem bisherigen Recht musste eine Bestimmung, dass eine Zuwendung auf den späteren Pflichtteil des Empfängers angerechnet wird (§ 2315 BGB), **spätestens bei** der Zuwendung angeordnet werden, so dass der Empfänger die Möglichkeit hatte, die Zuwendung samt der ihn belastenden Pflichtteilsanrechnung zurückzuweisen. Anders als bei der Ausgleichung auf den Erbteil, bei der insbesondere die Ausstattung kraft Gesetzes immer ausgleichspflichtig ist, gibt es nach bisherigem Recht keine Zuwendung, die immer kraft Gesetzes auf den Pflichtteil anzurechnen ist. Daher wurde häufig aus Rechtsunkenntnis bei Zuwendungen vergessen, entsprechende Anrechnungsbestimmungen zutreffen. Um die Testierfreiheit des Erblassers zu stärken, räumt nunmehr der Gesetzesentwurf dem Erblasser die Möglichkeit ein, eine **nachträgliche** Anordnung über die Anrechnung zu treffen. Demnach muss nach der neuen Rechtslage der Pflichtteilsberechtigten immer damit rechnen, dass der Erblasser eine zunächst anrechnungsfreie Zuwendung nachträglich zu einer noch anrechnungspflichtigen macht. Damit werden aber die sich aus der mangelnden Rechtskenntnis breiter Bevölkerungskreise grundsätzlich ergebenden Probleme nicht gelöst, sondern nur zu Gunsten des Erblassers/Schenkers verschoben. Dies gilt zumindest dann, wenn dieser wiederum entsprechend rechtlich beraten ist, und sei es spätestens bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen. Hätte man grundsätzlich die Testierfreiheit des Erblassers erweitern wollen, so wäre die bessere Lösung gewesen, generell alle Zuwendung, die über die üblichen Weihnachts- und Gelegenheitsgeschenke hinausgehen, anrechnungspflichtig zu machen. Diesen Weg sind andere europäische Staaten gegangen (vgl. *Reimann FamRZ* 2007, 1597, 1598 unter Bezug auf *Henrich DNotZ* 2001, 441, 450 f).

Neben zahlreichen Einzelproblemen, etwa der Frage, ob auch eine „**vorträgliche Anrechnungsbestimmung**“ für alle zukünftigen Zuwendungen möglich ist, die erst nach der testamentarischen Anrechnungsbestimmung getätigt werden (dafür etwa *Bonefeld/Lange/Tanck* ZErB 2007, 292, 300; dagegen *Keim* ZEV 2008, 161, 163; zu weiteren Einzelproblemen s. Anlage S. 19 ff.), bestehen auch grundsätzliche Bedenken gegen die Zulassung einer nachträglichen Anrechnungsbestimmung. Denn damit erhält der Erblasser die Möglichkeit, rückwirkend nicht nur in das verfassungsrechtlich geschützte Pflichtteilsrecht des Empfängers einzugreifen, sondern auch in die bereits getroffene **privatautonome vertragliche Regelung** der Vertragsteile.

Beispiel: *Der Vater wendet dem Sohn einen Sportwagen im Wert von 100.000 € ohne jede Anrechnungsbestimmung zu. Drei Jahre später bestimmt er einseitig in einem Testament, dass der gesamte Wert der Zuwendung auf den Pflichtteil des Sohnes anzurechnen ist. Der Sportwagen wurde mittlerweile zu Schrott gefahren. Nach dem Erbfall muss der Sohn feststellen, dass er wegen der nachträglichen Pflichtteilsanrechnung nun keinen Pflichtteilsanspruch mehr besitzt. Er versteht die Welt nicht mehr. Zumindest aber macht er geltend, er wäre allenfalls mit der Zuwendung eines „kleinen Sportwagens“ zu 50.000 € unter entsprechender Pflichtteilsanrechnung einverstanden gewesen.*

Abweichend zum Referentenentwurf bietet nunmehr der Gesetzesentwurf durch die Neufassung des § 2278 Abs. 2 die Möglichkeit, dass durch einen **Erbvertrag** der Zuwendungsempfänger sich gegen solche nachträglichen Anrechnungsbestimmungen schützen kann. Aber diese Möglichkeit kann er nur dann nutzen, wenn er die entsprechende **Rechtskenntnis** hat, dass eine solche Regelung notwendig ist. Hieran wird es bei vielen Rechtsgeschäften, die keiner notariellen Beurkundung bedürfen, aber fehlen, da ein entsprechendes Rechtsbewusstsein sich nur schwer einstellen wird.

Auch erscheint es zwar dogmatisch konsequent, dass ein solcher Ausschluss einer nachträglichen Anrechnungsbestimmung durch einen **Erbvertrag** erfolgen muss. Jedoch wird die Beachtung dieser Form in der **Rechtsbevölkerung** auf allgemeines **Unverständnis** stoßen. Wird etwa ein Bausparvertrag zu gewandt, so bedarf zwar die Schenkung desselben dann nicht der notariellen Beurkundung, wenn durch entsprechende Abtretung des Anspruchs die mangelnde Form des § 518 BGB geheilt wird. Damit der Zuwendungsempfänger aber sichergeht, dass er nicht nachträglich mit einer Pflichtteilsanrechnung überrascht wird, ist hierfür doch die Beurkundung mit den entsprechenden zusätzlichen Kosten erforderlich. Daneben tauchen zahlreiche **Einzelprobleme** auf (ausf. hierzu Anlage, S. 19 ff.), weshalb der Bundesrat nicht zu Unrecht gefordert hat, dass die Erbvertragsform nur dann notwendig sein sollte, wenn die entsprechenden Vereinbarungen zeitlich nach der Zuwendung getroffen werden.

Verfassungsrechtlich bedenklich erscheint mir, dass bei **Altfällen** mangels einer eigenständigen, speziellen Übergangsvorschrift auch für Zuwendungen, die bereits vor Inkrafttreten der Erbrechtsreform verwirklicht wurden, nachträglich eine Pflichtteilsanrechnung bestimmt werden kann. Hier liegt verfassungsrechtlich eine unechte Rückwirkung vor (so auch die Stellungnahme des Bundesrates; aM *Schaal/Grigas* BWNNotZ 2008, 2, 25).

Da sowohl die bisherige Rechtslage wie aber die von dem Gesetzesentwurf angestrebte neue nur dann dem Erblasser eine effektive Pflichtteilsreduzierung durch eine Anrechnungsbestimmung bei lebzeitigen Zuwendungen ermöglicht, erscheint mir der bisherige vorzugswürdiger, da durch diese kein nachträglicher Eingriff in die privatautonome Vertragsgestaltung erfolgt. Was sicherlich verbessert werden müsste ist die **Aufklärung der Rechtsbevölkerung** über die Anrechnungs- und Ausgleichungsmöglichkeiten. Geschieht dies effektiv, so besteht auch bezüglich der Anrechnungsmöglichkeit nach § 2315 BGB **kein praktischer Änderungsbedarf**.

3. Änderung der Ausschlussfrist des Pflichtteilergänzungsanspruchs (§ 2325 Abs. 3 BGB), Art. 1 Nr. 25 des Gesetzesentwurfs

Zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten gegen Schleichwege am Erbrecht vorbei sieht § 2325 BGB hinsichtlich von Schenkungen des Erblassers einen Pflichtteilergänzungsanspruch vor. Jedoch bleiben Schenkungen unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls 10 Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstands unterstrichen sind. Wie bei allen Ausschlussfristen kann es dabei zu Härten im Einzelfall kommen. Verstirbt der Erblasser auch nur **einen Tag vor Ablauf** der Frist, so wird der Pflichtteilsberechtigte für die Berechnung seines Anspruchs so gestellt, als ob die Schenkung in ihrem gesamten Umfang noch zum Nachlass gehören würde. Verstirbt er dagegen nach Ablauf der Frist, erhält der Pflichtteilsberechtigte aus der Schenkung nichts.

Nach dem vorliegenden Regierungsentwurf soll das bislang für die Ausschlussfrist nach § 2325 Abs 3 BGB geltende „**Alles- oder Nichts-Prinzip**“ durch eine **flexiblere Abschmelzungsregelung** ersetzt werden. Demnach sollen für den Pflichtteilergänzungsanspruch Schenkungen immer weniger Berücksichtigung finden, je länger diese zurückliegen: Eine Schenkung im ersten Jahr vor dem Erbfall wird demnach voll in Ansatz gebracht, im zweiten Jahr nur noch zu 9/10, im dritten Jahr zu 8/10, usw. Dadurch soll die **Ausschlussfrist** für Pflichtteilergänzungsansprüche **flexibler gestaltet** und sowohl dem Erben als auch dem Beschenkten mehr Planungssicherheit eingeräumt werden. Diese Regelung ist grundsätzlich auch aus der Sicht der Praxis und zur Verwirklichung einer größeren Einzelfallgerechtigkeit zu begrüßen (eingehend dazu *G. Müller ZNotP 2007, 444 ff.* mit Berechnungsbeispielen). Allerdings besteht die Gefahr, dass die geplante Neuregelung in vielen Fällen zu keiner Änderung der bisherigen Rechtslage führt. Denn nach der Rechtsprechung des BGH liegt keine Leistung im Sinn des § 2325 Absatz 3 BGB aF vor, wenn der Schenker den verschenkten Gegenstand - sei es aufgrund vorbehaltener dinglicher Rechte, sei es durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche - **im „Wesentlichen“** weiter nutzt. Dies gilt insbesondere für den **vorbehaltenen Nießbrauch** (BGHZ 125, 395, 398 f. = NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784 = FamRZ 1994, 885 = JZ 1994, 1120 m. Anm. *Leipold*; ablehnend etwa *Daragan, FS Damrau, 2008, 131, 150*). In diesen Fällen beginnt daher die Ausschlussfrist nicht vor dem Erlöschen des vorbehaltenen Nutzungsrechts. Würde die bisherige Rspr. aber auch für die Neuregelung gelten (so etwa *G. Müller aaO*), so käme es in diesen Fällen meist gar **nicht** zur Anwendung der neuen **Pro-rata-Lösung**. Allerdings könnte m.E. auch in diesen Fällen auf Grund der Formulierung des Gesetzesentwurfs ein sofortiger Fristbeginn angenommen werden, weil Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs für die Berechnung der Verringerung des Pflichtteilergänzungsanspruchs **allein auf den Erbfall** abstellt. Unklar wird die Regelung durch **Satz 2** des Entwurfs, der dann – aber offenbar nur klarstellend - bestimmt, dass die Schenkung dann unberücksichtigt bleibt, wenn „seit der Leistung“ zehn Jahre verstrichen sind. Hier wird **allein** wieder auf den **Leistungsbegriff** abgestellt, was zum Einfallstor für die BGH-Rspr. werden könnte.

Vorschlag: Im Hinblick auf die genannte Nießbrauchsrechtsprechung des BGH ist daher der Gesetzesentwurf diesbezüglich ausdrücklich klar zu formulieren und eine **gesetzgeberische Grundsatzentscheidung** zu treffen. Dies ist m.E. auch im Hinblick auf die **Wesentlichkeitsrechtsprechung** des Bundesverfassungsgerichts geboten.

Nicht übersehen werden kann, dass § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB-E unverändert den bisherigen § 2325 Abs. 3 HS 2 BGB übernimmt, wonach bei **Schenkungen an den anderen Ehegatten** die Zehnjahresfrist **erst ab Auflösung der Ehe** beginnt. Diese die Ehegatten benachteiligende Regelung soll nach dem Gesetzesentwurf beibehalten werden, um pflichtteilsmindernde Vermögensverschiebungen zulasten von Abkömmlingen aus früheren Ehen und anderen Beziehungen zu vermeiden (dagegen aber Stellungnahme des *Deutschen Notarvereins* Notar 2007, 152; *Muscheler*

ZEV 2008, 105, 107; *Daragan* ZErb 2008, 2). Dies erscheint vor dem durch Art. 6 GG gewährleisteten Schutz der Ehe problematisch: So kann derjenige, der eine Zuwendung an seinen nicht mit ihm verheirateten Lebenspartner macht, die Ausschlussfrist sofort in Gang setzen, obgleich er uU in gleicher Weise das Zuwendungsobjekt aufgrund der bestehenden Lebensgemeinschaft nutzen kann, nicht aber ein Ehegatte. Daher sollte diese den Ehegatten benachteiligende Regelung abgeschafft werden.

4. Pflichtteilsentziehung (Art. 1 Nr. 28 ff.)

Ziel des Regierungsentwurfs ist es auch die Testierfreiheit des Erblassers zu erweitern. Nach der Pressemitteilung der Bundesregierung soll sogar das „Enterben“ leichter werden. Dem dient auch eine Neufassung des Pflichtteilsentziehungsrechts. Allerdings erscheint auch dies in manchen Punkten nicht zielführend. Dies gilt sowohl hinsichtlich der materiellen Seite, wie aber auch der formellen.

Beginnen wir mit der **formellen Seite**. Nach § 2336 Abs. 2 BGB muss der Entziehungsgrund in der Verfügung von Todes wegen, durch die diese ausgesprochen wird, angegeben werden. Die Rechtsprechung geht hinsichtlich der formellen Anforderungen sehr weit. Notwendig ist die Angabe eines „**Kernsachverhalts**“. Die Anforderungen hieran wurden von der Rspr. immer mehr gesteigert (eingehend zur Entwicklung *K. W. Lange* ZErb 2008, 59, 61 f.; krit. auch *Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung – ein vernachlässigtes Rechtsinstitut, 2003, S. 363 ff.). Dies geschieht offenbar deshalb, um eine inhaltliche Prüfung des Vorliegens von Pflichtteilsentziehungsgründen zu vermeiden (*Soergel/Dieckmann*, BGB, 12. Aufl. 2002, Vor § 2333 Rn. 2). Dadurch besteht die Gefahr der „praktischen Wirkungslosigkeit des Entziehungsrechts kraft Richterrechts“ (*Soergel/Dieckmann* Vor § 2333 Rn. 2; zust. *Staudinger/Olshausen*, BGB, 2006, Vorbem. zu §§ 2333-2337 Rn. 5). Ohne eine qualifizierte juristische Beratung kann daher ein Testator diese Anforderungen nicht mehr erfüllen. Auch wenn mittlerweile ein Kammerbeschluss des BVerfG vorliegt, der diese weit reichende Rechtsprechung der Zivilgerichte grundsätzlich gebilligt hat (NJW 2005, 2691), sollte eingehend überprüft werden, ob nicht eine **Absenkung der formellen Anforderungen** möglich ist.

Zu den **Pflichtteilsentziehungsgründen**: Zu begrüßen ist, dass die **personenbezogene Differenzierung** der Pflichtteilsentziehungsgründe danach, ob einem Abkömmling, einem Ehegatten oder einem Elternteil der Pflichtteil entzogen werden soll, beseitigt wird. So konnte zwar nach § 2333 Nr. 2 BGB einem Abkömmling der Pflichtteil entzogen werden, wenn dieser sich einer vorsätzlichen körperlichen Misshandlung des Erblassers schuldig machte, nicht aber einem Elternteil wegen eines solchen Fehlverhaltens, wenn dieses nicht als ein Verbrechen oder ein schweres vorsätzliches Vergehen im Sinne von 2333 Nr. 3 BGB angesehen werden konnte. Auch war der Pflichtteilsentziehungsgrund des § 2333 Nr. 5 BGB „wegen eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels des Abkömmlings wider des Willens des Elternteils“ in den Zeiten des Prostitutionsgesetzes praktisch bedeutungslos geworden. Anstelle dessen berechtigt nunmehr zur Pflichtteilsentziehung, wenn der Pflichtteilsberechtigten wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wurde und die Teilhabe des Pflichtteilsberechtigten am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist (§ 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E). Es ist jedoch zu bezweifeln, ob sich hieraus eine größere Möglichkeit zur Pflichtteilsentziehung gibt. Zum einen zwingt dies den Erblasser in solchen Fällen zu einer **Strafanzeige**, um eine entsprechende rechtskräftige Verurteilung als Vorbereitung einer Pflichtteilsentziehung herbeizuführen, auch wenn er eigentlich zur Wahrung der Familienehre keine gerichtliche Strafverfolgung möchte. Zum anderen erscheint das Tatbestandsmerkmal der "Unzumutbarkeit der Nachlassteilhabe" als ein sehr **unbestimmter**, auslegungsbedürftiger

Rechtsbegriff, der Ansatzpunkt für zahlreiche Streitigkeiten bietet. Insgesamt dürfte die Reform des Pflichtteilsentziehungsrechtes in ihren **praktischen Auswirkungen** weit gehend leer laufen.

Da die Pflichtteilsentziehungsgründe dem grundsätzlich zwingenden Pflichtteilsrecht Grenzen setzen, geht es hier um die Herstellung einer **praktischen Konkordanz** zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und dem Recht des Pflichtteilsberechtigten an einen legitimen Teilhabe am Nachlass, und zwar auch unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben im Spannungsfeld des Artikel 14 GG und Artikel 6 GG. Hierzu hat das **BVerfG** zwar nunmehr entschieden hat, dass das Pflichtteilsrecht der Kinder als grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung am Nachlass des Erblassers durch die Erbrechtsgarantie des Artikel 14 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet ist (BVerfGE 112, 332 = NJW 2005, 1561). Ist aber der Grund für die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Pflichtteilsrechts der Gedanke der Familiensolidarität (BVerfG aaO, Tz 73), so gebietet dies, dass der Gesetzgeber eine Pflichtteilsentziehungsmöglichkeit für die Fälle schafft, in denen diese Solidarität nicht mehr besteht. Daher erkennt das BVerfG nunmehr ausdrücklich an, dass es Fallkonstellation gibt, bei denen es nicht möglich ist, das Prinzip der Testierfreiheit mit dem Grundsatz der uneingeschränkten Nachlassteilhabe der Kinder in Übereinstimmung zu bringen, insbesondere wenn es dem Erblasser bei einem besonders schwer wiegenden Fehlverhalten des Kindes schlechthin unzumutbar ist, eine Nachlassteilhabe der Kinder hinzunehmen (BVerfGE 112, 332, Tz 79 ff.). Allerdings muss ein Fehlverhalten des Kindes, das den Ausschluss des Pflichtteilsrechts rechtfertigt, deutlich über die Störungen des familiären Beziehungsverhältnisses hinausgehen, die üblicherweise vorliegen, wenn der Erblasser seine Kinder von der Erbfolge ausschließt. Für solche Ausnahmefälle hat der Gesetzgeber aber Regelungen vorzunehmen, die dem Erblasser die Entziehung oder **Beschränkung der Nachlassteilhabe** des Kindes **ermöglichen**. Wenn nun nach § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E eine Pflichtteilsentziehung erst aufgrund einer so schwerwiegenden rechtskräftigen Verurteilung möglich ist, erscheint mir die Eingriffsschwelle für die Pflichtteilsentziehung im Lichte dieser Rspr. des BVerfG zu hoch angesetzt, zumal die anderen Entziehungsgründe nur Extremfälle betreffen und kaum praktisch werden.

V. Zusammenfassende Beurteilung

Der Gesetzesentwurf bringt für die Praxis durch die seit langem notwendige Vereinfachung des § 2306 BGB und durch die Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge eine ganz erhebliche Verbesserung der bisherigen Rechtslage. Problematisch sind die durch den Gesetzesentwurf teilweise erfolgenden, bislang noch nicht beachteten Auswirkungen auf die **Privatautonomie**. Diese ist grundsätzlich über Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt (vgl. etwa *Di Fabio* in Maunz/Dürig, GG, Stand Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 ff. mwN). In die Privatautonomie kann der Gesetzgeber zwar trotz deren verfassungsrechtliche Gewährleistung eingreifen, jedoch ist dabei insbesondere der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu beachten (*Di Fabio* in Maunz/Dürig Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 41). Wie die vorstehenden Ausführungen versuchten deutlich zu machen, ist aber ein solcher Eingriff in vielen Fällen, etwa bei den nachträglichen Anrechnungs- und Ausgleichsbestimmungen gerade nicht erforderlich. Ob diesbezüglich die verfassungsrechtlichen Grenzen überschritten sind ist angesichts eines dem Gesetzgeber einzuräumenden Beurteilungsspielraums schwer einzuschätzen und letztlich nicht meine Aufgabe. Es erscheint jedoch problematisch, eine gesetzliche Neuregelung an der *verfassungsrechtlichen* „borderline“ zu erlassen.

Für dringend erforderlich halte ich es zudem, eine **sachgerechte Übergangsregelung** zu finden, insbesondere hinsichtlich der Zulässigkeit nachträglicher Anrechnungsbestimmung auf den Pflichtteil und der Frage, ob sich frühere Zuwendungsverzichte bei Erbfällen nach dem Inkraft-

treten des Gesetzes nunmehr „rückwirkend“ auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecken.

Sowohl für das alte wie auch für das neue Erbrecht gilt zum einen, dass nur der es für sich nutzen kann, der über die erforderliche Rechtskenntnis verfügt oder sich diese „einkaufen“ kann. Zum anderen wird die praktische Rechtsanwendung nicht unbedingt einfacher, wenn man von der begrüßenswerten Neufassung des § 2306 BGB absieht. Qualifizierte Rechtskenntnis ist nach wie vor gefordert. Eine Chance für den versierten rechtlichen Berater. Aber ginge es nicht einfacher? Auch der Erbrechtsspezialist stößt an seine Grenzen, die das Erbrechtsreformgesetz nicht einmal tangiert: Wie ist das beim Zusammentreffen von ausgleichspflichtigen Zuwendungen (§ 2316 BGB) und ergänzungspflichtigen Schenkungen (§ 2325 BGB)? Klingt kompliziert, ist aber ein Alltagsfall: Die Eltern geben dem Sohn 50.000 Euro für seine Existenzgründung, der Tochter die gleiche Summe für ihr Sparbuch. Wie würden Sie entscheiden? Im Gesetz nicht gelöst – nach altem und neuem Recht (hierzu Bamberger/Roth/*J. Mayer*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2316 Rn. 23 ff.).

gez. Dr. Jörg Mayer

Anlage zur gutachterlichen Äußerung für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags

DAI

1. Jahresarbeitstagung Erbrecht

16. – 17. Mai 2008

DAI-Ausbildungscenter Rhein/Main

Konsequenzen der Reform des Pflichtteilsrechts

Dr. Jörg Mayer, Notar, Simbach am Inn

Teil A: Teil: Ausgleichung auf den Erbteil, Bessere Honorierung von Pflegeleistungen, Erweiterung der erbvertragsmäßigen Verfügungen, Anrechnung auf den Pflichtteil, Stundung des Pflichtteilsanspruchs, Zuwendungsverzicht, In-Kraft-Treten

(J. Mayer)

Teil A: Teil: Ausgleichung auf den Erbteil, Bessere Honorierung von Pflegeleistungen, Erweiterung der erbvertragsmäßigen Verfügungen, Anrechnung auf den Pflichtteil, Stundung des Pflichtteilsanspruchs, Zuwendungsverzicht, In-Kraft-Treten	2
I. Schrifttumshinweise	3
II. Einführung	5
1. Überblick, die amtliche Begründung für die Erbrechtsreform	5
2. Erste Stellungnahmen	6
III. Die Ausgleichung auf den Erbteil	7
1. Geplante Gesetzesänderung	7
2. Gegenwärtige Rechtslage	7
3. Entwurf der Bundesregierung	7
4. Stellungnahme des Bundesrates	8
5. Stellungnahme	9
6. Folgerungen für die Praxis	11
IV. Bessere Honorierung von Pflegeleistungen	11
1. Geplante Gesetzesänderung	11
2. Regierungsentwurf – amtliche Begründung	11
3. Stellungnahme des Bundesrats	14
4. Eigene Stellungnahme	15
5. Folgerungen für die Praxis	18
V. Anrechnung auf den Pflichtteil (§ 2315 BGB)	18
1. Geplante Gesetzesänderung	18
2. Gegenwärtige Rechtslage	18
3. Entwurf der Bundesregierung, amtliche Begründung	18
4. Stellungnahme des Bundesrats	19
5. Eigene Stellungnahme, Folgerungen für die Praxis	19
VI. Ausgleichung auf den Pflichtteil	22
1. Geplante Gesetzesänderung	22
2. Gegenwärtige Rechtslage	22

3. Amtliche Begründung der Bundesregierung.....	22
4. Folgerungen für die Praxis	23
VII. Erweiterung der erbvertragsmäßigen Verfügungen - Schutz vor nachträglichen Anrechnungs- und Ausgleichungspflichten.....	23
1. Geplante Gesetzesänderung	23
2. Gegenwärtige Rechtslage	23
3. Entwurf der Bundesregierung – amtliche Begründung.....	23
4. Stellungnahme des Bundesrats	24
5. Eigene Stellungnahme, Folgerungen für die Praxis	24
VIII. Stundung des Pflichtteilsanspruch	28
1. Geplante Gesetzesänderung	28
2. Gegenwärtige Rechtslage	28
3. Amtliche Begründung der Bundesregierung.....	29
4. Stellungnahme des Bundesrats	30
5. Eigene Stellungnahme	30
a) Stellungnahme	30
aa) Harmonisierung der §§ 1382 BGB und 2331a RegE	30
bb) Privilegierung des selbst bewohnten Familienwohnheims	31
6. Folgerungen für die Praxis	32
IX. Zuwendungsverzicht.....	33
1. Geplante Gesetzesänderung	33
2. Gegenwärtige Rechtslage	33
3. Amtliche Begründung der Bundesregierung.....	34
4. Stellungnahme des Bundesrats	34
5. Eigene Stellungnahme, Folgerungen für die Praxis	34
X. Übergangsvorschriften	36

I. Schrifttumshinweise

- Bonefeld/K.W. Lange/Tanck,* Die geplante Reform des Pflichtteilsrechts, ZErB 2007, 292
- Bonefeld,* Synopse und Auswirkungen des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts auf das Erbrecht – Update zur Reform des Erbrechts, ZErB 2008, 67

- Deutscher Notarverein* Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, Stellungnahme, Notar 2007, 148
- Grziwotz,* Erbrecht: Geplante Neuregelung bei Pflichtteil, Pflegeausgleich und Schenkungen, StWK Gruppe 10/ Seite 243
- Keim,* Die Reform des Erb- und Verjährungsrechts und ihre Auswirkung auf die Gestaltung, ZEV 2008, 161
- Machulla-Notthoff,* Zur Reform des Pflichtteilsrechts, ZFE 2007, 413
- Müller, G.,* Erbrechtsreform: Einführung einer Pro-Rata-Regelung im Rahmen der Pflichtteilsergänzung, ZNotP 2007, 445
- Muscheler,* Die geplante Änderung im Erbrecht, Verjährungsrecht und Nachlassverfahrensrecht, ZEV 2008, 105
- Odersky,* Reformüberlegungen im Erbrecht, MittBayNot 2008, 8
- Progl,* Die geplante Erweiterung der Testierfreiheit bei Ausgleichs- und Anrechnungsbestimmungen nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 1. Mai 2007 und ihre Auswirkungen auf die Praxis, ZErB 2008, 10
- ders.,* Der Regierungsentwurf zur Erbrechtsreform vom 30.1.2008 – Testierfreiheitserweiterung bei Anrechnung und Ausgleich, ZErB 2008, 78
- Röthel,* Was bringt die Pflichtteilsreform für Stiftungen?, ZEV 2008, 112
- Schall/Grigas* Der Regierungsentwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, BWNotZ 2008, 2
- Schindler,* Die Anwendung des § 2306 BGB nach altem und neuem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Werttheorie, ZEV 2008, 125
- ders.* Die Anwendung des § 2306 BGB nach altem und neuem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Werttheorie – Ergänzung und Berichtigung, ZEV 2008, 187
- Spall,* Geplante Erbrechtsreform und Behindertentestament – ein Update, ZErB 2007, 272

Beachte: Die Literatur ist nachstehend nur hinsichtlich der bis Ende April 2008 veröffentlichten Erscheinungen berücksichtigt.

II. Einführung

1. Überblick, die amtliche Begründung für die Erbrechtsreform

Das Erbrecht ist in den letzten Jahren von Gesetzesänderungen weit gehend verschont geblieben. Das soll sich nun ändern. Das Bundeskabinett hat am 30. Januar 2008 den Entwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts“ beschlossen¹. Für das nachlassgerichtliche Verfahren sind Änderungen durch das „Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ (FamFG) vorgesehen; hierzu liegt seit dem 9.5.2007 ein Gesetzentwurf der Bundesregierung vor².

Die geplanten Änderungen im Erbrecht betreffen vor allem das Pflichtteilsrecht. Dabei musste der Gesetzgeber die Vorgaben beachten, die diesbezüglich der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.4.2005 machte³ und die dem Gesetzgeber für **künftige Reformvorhaben** wenig Spielraum einräumen⁴. Der Reformentwurf beschränkt sich dabei auf Detailkorrekturen. Die Pflichtteilsquote bleibt unverändert und die teilweise geforderte Privilegierung von Zuwendungen an Stiftungen⁵ wurde nicht berücksichtigt.

Die Bundesregierung sah sich jedoch zu einer Änderung des Erbrechts veranlasst, weil sich aufgrund gesellschaftlicher Entwicklungen und veränderter Wertvorstellungen, insbesondere einer stärkeren Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte des Einzelnen, sowie durch die Akzeptanz nicht traditionell vorgegebener Lebensentwürfe sich im Erbrecht, vor allem im Pflichtteilsrecht, punktueller Änderungsbedarf ergeben habe. Dafür habe das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 19. April 2005⁶ den Rahmen vorgegeben: Kernpunkt der Entscheidung ist die Feststellung, dass die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass durch die Erbrechtsgarantie und den Schutz der Familie nach Maßgabe des Grundgesetzes gewährleistet ist.

Weiterer Änderungsbedarf habe sich im Verjährungsrecht ergeben. Seit dem 1. Januar 2002 sind die Verjährungsvorschriften durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit einer Regelverjährung von drei Jahren grundlegend neu geordnet worden. Für die familien- und erbrechtlichen Ansprüche gilt eine Sonderverjährung von 30 Jahren. Die unterschiedliche Verjährung führe in der Praxis zu Wertungswidersprüchen und Schwierigkeiten bei der Abwicklung der betroffenen Rechtsverhältnisse.

¹ Abrufbar über die Internetseite des Bundesministerium der Justiz, <http://www.bmj.bund.de>; anschauliche Synopse des bisherigen Rechts und des Gesetzesentwurfs bei *Bonefeld*, ZErB 2008, 67 ff.; eingehend jetzt *Muscheler*, ZEV 2008, 105 ff; *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2.

² Abrufbar unter http://www.bmj.bund.de/files/-/3019/RegE_FGG-Reformgesetz.pdf.

³ BVerfGE 112, 332 = DNotZ 2006, 60 = ZNotP 2005, 460 = ZErB 2005, 169 m. Anm. *Lange* = FamRZ 2005, 1441 m. Anm. *J. Mayer*.

⁴ MünchKommBGB/*Lange*, Erg-Band, zu § 2303, Rn 4.

⁵ Dazu *Hüttemann/Rawert* ZEV 2007, 107.

⁶ BVerfGE 112, 332 ff. (s. Fn. 3).

Ziel des Entwurfs ist es dabei, das Erbrecht unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts durch punktuelle Änderungen an die heutigen Lebensverhältnisse anzupassen und die Verjährung der familien- und erbrechtlichen Ansprüche in das System der Regelverjährung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zu integrieren.

Der Entwurf sieht vor,

- das Selbstbestimmungsrecht und damit die Testierfreiheit des Erblassers zu erweitern,
- die Rechte der Erben gegenüber den Pflichtteilsberechtigten zu stärken,
- Leistungen aufgrund von Familiensolidarität stärker zu honorieren und auszugleichen,
- Vereinfachungen und Modernisierungen vorzunehmen und
- die bisherige familien- und erbrechtliche Sonderverjährung soweit wie möglich an die dreijährige Regelverjährung anzupassen.

Nachteilige finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte sollen sich keine ergeben. Auch für die Wirtschaft, insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen, sollen keine Kosten entstehen. Zwar lägen hierzu keine statischen Daten vor, aber es sei davon auszugehen, dass die Änderung der Stundungsregelung in § 2331a BGB-E positive nicht bezifferbare Auswirkungen gerade für kleinere und mittlere Unternehmen haben kann. Künftig kann jeder Erbe eines Unternehmens die Stundung des Pflichtteilsanspruchs verlangen, wenn durch die Auszahlung des Pflichtteilsanspruchs die Gefahr der Nichtfortführung dieses Unternehmens besteht. Auswirkungen des Gesetzes auf Einzelpreise, auf das allgemeine Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

Es werden keine Informationspflichten für Unternehmen, Bürgerinnen und Bürger oder die Verwaltung eingeführt, vereinfacht oder abgeschafft.

Der **Bundesrat** hat in seiner 842. Sitzung am 14. März 2008 zu dem Gesetzentwurf Stellung genommen;⁷ der entsprechende Text ist jeweils nachstehend abgedruckt.

2. Erste Stellungnahmen

Die ersten **Stellungnahmen** zu dieser Reform des Erbrechts sind eher zurückhaltend. So wird etwa davon gesprochen, dass der vorliegende Referentenentwurf sicherlich nicht „der große Wurf“ ist⁸ oder keine „große Reform“ des Erbrechts darstellt, jedoch einige Verbesserungen und Klarstellungen bringt⁹. Es wird hervorgehoben, dass es sich um eine „kleine Lösung“ handelt, welche die in letzter Zeit gemachten umfassenden Reformvorschläge nur zu einem geringen Teil berücksichtigt, aber dennoch für die erfassten Teilfragen eine „praktikable und ausgewo-

⁷ Bundesrat Drucksache 96/08.

⁸ *Bonefeld/Tanck/Lange*, ZErB 2007, 292, 300; auch *Scherer/Lemann*, ZEV 2007, 318, 319 beklagen, dass zahlreiche weitere Änderungsvorschläge zum Pflichtteilsrecht nicht aufgegriffen werden.

⁹ *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 112.

gene gesetzgeberische Lösung darstellt“¹⁰. Andererseits wird hervorgehoben, dass sich für die Praxis „weitgehend erfreuliche Änderungen“ ergeben, die insbesondere die „Testierfreiheit“ des Erblassers „stärken“¹¹. Die von der Erbrechtsreform angestrebte Anpassung des Erbrechts an die geänderte Gesellschaft wird als „sinnvoll und nützlich“ bezeichnet¹².

III. Die Ausgleichung auf den Erbteil

1. Geplante Gesetzesänderung

Dem § 2050 wird folgender Absatz angefügt:

„(4) Der Erblasser kann nachträglich Anordnungen über die Ausgleichung oder den Ausschluss der Ausgleichung von Zuwendungen treffen. Die Anordnung erfolgt durch Verfügung von Todes wegen.“

Dem § 2053 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„§ 2050 Abs. 4 gilt entsprechend.“

2. Gegenwärtige Rechtslage

Die §§ 2050 und 2053 BGB enthalten gesetzliche Vermutungen, ob und welche Zuwendungen des Erblassers an einen Abkömmling im Erbfall im Verhältnis zu den anderen Abkömmlingen auszugleichen sind. Will der Erblasser von den gesetzlichen Vermutungen abweichen, muss er dies spätestens bei der Zuwendung erklären. Nachträglich kann der Erblasser keine Anordnung über die Ausgleichung oder deren Ausschluss treffen. Bei formfreien Zuwendungen wird sich der Erblasser häufig mit der Frage der Ausgleichung nicht auseinandersetzen, weil er die entsprechenden Regelungen der §§ 2050, 2053 BGB nicht kennt. Vielfach wird der Erblasser daher keine Bestimmung über den Ausschluss der Ausgleichung nach § 2050 Abs. 1 BGB oder die Anordnung der Ausgleichung nach § 2050 Abs. 3 BGB treffen.

3. Entwurf der Bundesregierung

Die Reform des Erb- und Verjährungsrechts will die Testierfreiheit des Erblassers stärken. Deshalb erhält der Erblasser künftig die Möglichkeit, nachträglich die Ausgleichung anzuordnen oder auszuschließen. Das bedeutet, dass er künftig

- eine Anordnung über die Ausgleichung oder deren Ausschluss nachträglich treffen oder
- eine bei 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

¹⁰ Reimann, FamRZ 2007, 1597, 1660 zum vorausgehenden Referentenentwurf.

¹¹ Schaal/Grigas, BWNotZ 2008, 2, 25.

¹² Machulla-Notthoff, ZFE 2007, 413, 418.

Änderungen der Ausgleichsbestimmung schützen, hat er nach der Neuregelung des § 2278 Abs. 2 BGB-E die Möglichkeit, nachträgliche Anordnungen oder Änderungen zusammen mit dem Erblasser bindend in einem Erbvertrag auszuschießen. Lässt sich der Erblasser darauf nicht ein, muss dem Empfänger der Zuwendung bewusst sein, dass er mit solchen nachträglichen Änderungen rechnen muss. Der Erblasser kann solche nachträglichen Anordnungen jedoch nur in Form einer Verfügung von Todes wegen treffen. Damit wird ein Gleichlauf zu § 2315 BGB-E hergestellt. Auch dort können künftig nachträgliche Bestimmungen über die Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil durch Verfügung von Todes wegen getroffen werden.

4. Stellungnahme des Bundesrates

3. Zu Artikel 1 Nr. 11 (§ 2050 Abs. 4 BGB)

Nr. 12 (§ 2053 Abs. 1 Satz 2 BGB)

Nr. 18 (§ 2278 Abs. 2 Nr. 4 BGB)

Nr. 23 (§ 2315 Abs. 1 Satz 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob ein vertraglicher Ausschluss der nachträglichen Änderung von Ausgleichs- bzw. Anrechnungsbestimmungen bei einer Zuwendung des Erblassers an einen Abkömmling zwingend der Form des Erbvertrages bedarf.

Begründung:

Die Neuregelungen des § 2050 Abs. 4 und des § 2053 Abs. 1 BGB-E werden grundsätzlich begrüßt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich der Erblasser bei formfreien Zuwendungen häufig mit der Frage der Ausgleichung nicht auseinandersetzen wird und er die bisherigen Regelungen nicht kennt, so dass er de lege lata eine Ausgleichung oder deren Ausschluss nicht rechtzeitig erklärt und seine Gestaltungsrechte damit leer laufen. Es kann hierbei nicht verkannt werden, dass durchaus ein Bedürfnis beim Zuwendungsempfänger bestehen kann, über die Frage, ob die Zuwendung auszugleichen ist oder nicht, Rechtssicherheit zu gewinnen. Insoweit sieht der Gesetzentwurf der Bundesregierung nunmehr abweichend vom Referentenentwurf die Möglichkeit einer vertraglichen Bindung vor. Allerdings ist hierzu die Einhaltung erbvertraglicher Formvorschriften vorgesehen. Eine nachträgliche vertragliche Bindung nur im Rahmen eines Erbvertrages ist zwar grundsätzlich systemgerecht. Es ist jedoch zu prüfen, ob die Einhaltung der erbvertraglichen Formvorschriften auch dann geboten ist, wenn die vertraglich bindende Bestimmung (der vertraglich vereinbarte Änderungsausschluss) zum Zeitpunkt der Zuwendung erfolgt.

Die Problematik betrifft nicht nur Zuwendungen im Sinne einer "Handschenkung", bei welchen die Möglichkeit, sich im Rahmen eines Erbvertrages hinsichtlich der Ausgleichs- bzw. Anrechnungsbestimmung vertraglich zu binden, weitgehend unbekannt und damit auch ungenutzt bleiben wird. Insbesondere aber im Bereich der beurkundeten Grundstücksüberlassungsverträge im Wege der vorweggenommenen Erbfolge würde die bereits jetzt einzuhaltende Form der notariellen Beurkundung durch die Neuregelung nicht unwesentlich verschärft, da die noch strengeren Bestimmungen über die Errichtung einer letztwilligen Verfügung einzuhalten wären. Neben der zwingenden persönlichen Anwesenheit des Erblassers (§ 2064 BGB), auch wenn ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht nicht vereinbart werden

soll, wären dann die Vorschriften der §§ 27 ff. BeurkG zusätzlich zu berücksichtigen. Insbesondere aber gelten die Regelungen zur amtlichen Verwahrung nach § 34 BeurkG, was ungeachtet des damit einhergehenden Aufwandes unnötige Kosten verursachen würde.

Weiterhin ist zu bedenken, dass nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung eine Regelung zu Altfällen angeraten erscheint, da es verfassungsrechtlich bedenklich erscheint, würde man dem Zuwendungsempfänger eine bereits gesicherte Rechtsposition (nämlich die Tatsache, sich eine Zuwendung im Erbfall nicht ausgleichen bzw. sich deren Wert nicht auf den Pflichtteil anrechnen lassen zu müssen) rückwirkend durch eine Gesetzesänderung entziehen. Bei den besagten Grundstücksüberlassungen besteht allein schon auf Grund der hohen Werte in erhöhtem Maße das Bedürfnis des Zuwendungsempfängers nach Rechtssicherheit. Er soll gerade auch die erb- und pflichtteilsrechtsrelevanten Bestimmungen prüfen und die Schenkung gegebenenfalls auch zurückweisen können. Soweit auf Grund der Neuregelung eine getroffene Bestimmung hinsichtlich der Ausgleichungs- bzw. Anrechnungspflicht nachträglich geändert werden könnte, würde Rechtssicherheit zerstört und dies gerade in den Fällen, in denen den Parteien die Regelungen über die Ausgleichungs- und Anrechnungspflicht auf Grund der notariellen Belehrung bekannt waren und sie sich bewusst für die eine oder andere Möglichkeit entschieden haben.

Es erscheint daher vorzugswürdig, die vertragliche Vereinbarung über die Ausgleichungs- und Anrechnungspflicht oder deren Ausschluss nur in solchen Fällen der erbvertraglichen Form zu unterwerfen, in denen diese Vereinbarung zeitlich nach der Zuwendung getroffen wird. In den übrigen Fällen jedoch sollte die entsprechende Vereinbarung den jeweiligen Formanforderungen der zugrundeliegenden Zuwendung folgen.

5. Stellungnahme

Die gesetzliche Neuregelung zur nachträglichen Anordnung einer Ausgleichungsverpflichtung **überzeugt aus mehreren Gründen** nicht:

- Sie ist zum einen überhaupt nicht nötig und eröffnet wenig neue Gestaltungsmöglichkeiten¹³. Bereits nach bisherigem Recht konnte durch eine entsprechende **Vermächtnisanordnung** oder gar Erbeinsetzung eine wirtschaftlich vergleichbares Ergebnis erzielt werden¹⁴. Wenn jetzt für die nachträgliche Anordnung die Form der Verfügung von Todes wegen verlangt wird, so ergibt sich in formeller Hinsicht kein Unterschied.
- Auch in Zukunft wird vielen nicht rechtlich qualifiziert beratenen Erblasser die Möglichkeit **nicht bekannt** sein, nachträglich eine Ausgleichungsanordnung zu treffen¹⁵.
- Nachteilig sind aber die **pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen** der Ausgleichung auf den Erbteil, die sich aus § 2316 Abs. 3 BGB ergeben, weil sich dadurch der Pflichtteil anderer Pflichtteilsberechtigter zwingend erhöht. Denn auch

¹³ Ebenso Spall, ZErB 2007, 272, 277; Keim, ZEV 2008, 161, 165; Schaal/Grigat, BWNotZ 2008, 2.

¹⁴ Unverständlich daher teilweise die Ausführungen von Progl, ZErB 2008, 78, 80 Fn. 7 iVm ZErB 2008, 10, 12, wonach dies „jedoch erheblichen konstruktiven Aufwand erfordert und ... letztlich nur eine notdürftige Korrektur gewesen“ wäre.

¹⁵ Muscheler, ZEV 2008, 105, 108.

wenn § 2316 Abs 3 BGB die nachträgliche Anordnung nicht explizit erwähnt, dürfte diese in gleicher Weise zur idR nicht gewollten, weil irreparablen Erhöhung des Pflichtteils der anderen Pflichtteilsberechtigten führen, weil ganz allgemein und ohne Differenzierung auf die Ausgleichungspflicht nach § 2050 BGB verwiesen wird¹⁶. Während es für die sofortige Ausgleichungsanordnung bei der lebzeitigen Zuwendung einen sachlichen Grund insofern gibt, als sich oftmals der Zuwender noch nicht zu einer den Zuwendungsempfänger hinsichtlich seines gesetzlichen Erbteils reduzierenden Verfügung von Todes wegen entschließen kann, entfällt dieser Grund, wenn ohnehin eine Verfügung von Todes wegen errichtet wird. Wegen der irreparablen Erhöhung des Pflichtteils der anderen Pflichtteilsberechtigten ist eine solche nachträgliche Anordnung in einer Verfügung von Todes wegen daher regelmäßig ein „**Kunstfehler**“.

- Soweit es zugleich um die **Reduzierung des Pflichtteils** des Zuwendungsempfängers geht, ist die – nunmehr auch nachträglich zulässige – Pflichtteilsanrechnung nach § 2315 BGB ohnehin viel besser geeignet, dessen Pflichtteil zu verringern als die lange nicht so stark wirkende Ausgleichungsanordnung¹⁷. Demgegenüber führte eine Vermächtnisanordnung, die eine einer Ausgleichungsanordnung vergleichbaren vermögensmäßigen Besserstellung des anderen Abkömmlings bewirkt, nicht zu einer solchen Pflichtteilerhöhung nach § 2316 BGB¹⁸.
- Daher bedürfte es der nachträglichen Ausgleichungsmöglichkeit **gar nicht**¹⁹.
- Aus der Sicht des Zuwendungsempfängers ist die **nachträgliche Anordnungsmöglichkeit**, die ihm oftmals nicht bekannt war, äußerst problematisch; zu Gestaltungsmöglichkeiten gegen die spätere Anordnung s. unten bei der Parallelproblematik nachträglicher Anrechnungsbestimmungen, Teil A:VII.
- Die Anordnung der Ausgleichung und deren Widerruf können nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Regierungsentwurfs nur „**nachträglich**“ erfolgen, also nur für solche Zuwendungen, die zeitlich vor dieser Anordnung getätigt wurden. Eine „vorträgliche“ Anordnung, dass auch alle zukünftigen Zuwendungen ausgleichungspflichtig sein sollen, ist daher nicht möglich²⁰. Für zurückliegende Zeiträume ist jedoch eine „**pauschale**“ **nachträgliche Ausgleichungsanordnung**²¹ oder ein genereller Widerruf einer bereits bestehenden Ausgleichungspflicht möglich, letzterer hat jedoch keine pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen.
- Auch die nachträgliche Ausgleichungsanordnung ermöglicht nicht zu Lasten von Pflichtteilsberechtigten in die **gesetzliche Wertbestimmungsanordnung** nach § 2055 Abs. 2 BGB einzugreifen. Soll dies geschehen, so bedarf es wie

¹⁶ So ausdrücklich *Keim*, ZEV 2008, 161, 165; *Bonefeld*, ZErB 2008, 73; aM nur *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 3 für die „gekorene“ Ausgleichungspflicht nach § 2050 Abs. 3 BGB, bezüglich der gesetzlichen Ausgleichungspflicht nach § 2050 Abs. 1 und 3 BGB aber ebenso wie hier.

¹⁷ Dazu etwa *Keim*, MittBayNot 2008, 8, 9; *J. Mayer*, ErbR 2007, 135 m. Beisp.

¹⁸ RGZ 69, 306, 308.

¹⁹ So zutr. Stellungnahme des deutschen Notarvereins, *Notar*, 2008, 148, 151; dies übersieht aber nicht nur der Regierungsentwurf, sondern etwa auch *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2 f.

²⁰ *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 6; aM *Bonefeld*, ZErB 2008, 73 zur Pflichtteilsanrechnung.

²¹ Formulierungsvorschlag bei *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 6.

bisher eines (beschränkten) Pflichtteilsverzichts der dadurch Betroffenen²². Im Rahmen der reinen Erbaueinandersetzung sind allerdings abweichende Bewertungsanordnungen zulässig.

6. Folgerungen für die Praxis

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass wegen der nachteiligen pflichtteilsrechtlichen Fernwirkung so wenig wie möglich von der nachträglichen Ausgleichungsanordnung Gebrauch gemacht werden sollte.

Formulierungsvorschlag nachträgliche Ausgleichungsanordnung:

„Ich ordne hiermit nach § 2050 Abs. 4 BGB an, dass die meinem Sohn xxxx mit Urkunde Notars Sigi Vielschreib am xxxx URNr. Xxxx gemachte Zuwendung im Falle des Eintritts der gesetzlichen Erbfolge oder einer gewillkürten, die dieser entspricht, auszugleichen ist.

Formulierungsvorschlag nachträgliche Beseitigung einer Ausgleichungsanordnung

„Ich ordne hiermit nach § 2050 Abs. 4 BGB an, dass die meinem Sohn xxxx mit Urkunde Notars Sigi Vielschreib am xxxx URNr. Xxxx gemachte Zuwendung, die nach der damals getroffenen Bestimmung ausgleichspflichtig sein sollte, nicht zur Ausgleichung zu bringen ist.“

(Gegebenenfalls Zusatz über die pflichtteilsrechtliche Seite)

IV. Bessere Honorierung von Pflegeleistungen

1. Geplante Gesetzesänderung

§ 2057a Abs. 1 Satz 2 wird gestrichen.

Nach § 2057a wird folgender § 2057b eingefügt:

„§ 2057b

Ausgleichungspflicht bei Pflegeleistungen eines gesetzlichen Erben

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

(2) Die Höhe des Ausgleichungsbetrags bemisst sich in der Regel nach den zur Zeit des Erbfalls in § 36 Abs. 3 des Elften Buches Sozialgesetzbuch vorgesehenen Beträgen.“

2. Regierungsentwurf – amtliche Begründung

Zu Absatz 1

Zwei Drittel der auf Pflege angewiesenen Personen werden nicht in einem Pflegeheim, sondern im eigenen Zuhause versorgt. Viele Angehörige erbringen hier

²² Zutr. Schaal/Grigat, BWNotZ 2008, 2, 6.

wichtige Leistungen. Da die Pflege aufgrund der familiären Verbundenheit erfolgt, treffen die Beteiligten in der Praxis vielfach keine verbindlichen und nachweisbaren Regelungen über einen finanziellen Ausgleich, z. B. die Vereinbarung eines angemessenen Entgelts für die Pflegeleistung. Der Gepflegte sorgt aus den unterschiedlichsten Gründen auch nicht immer dafür, die ihm erbrachten Leistungen aus der Pflegeversicherung an die pflegenden Angehörigen weiterzuleiten. Hat der Erblasser auch keine Verfügung von Todes wegen errichtet, mit der er die Pflege durch Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis hätte honorieren können, geht der pflegende Angehörige für seine erbrachten Leistungen oftmals leer aus. Ist er nur Miterbe, so spiegelt sein Erbteil die überobligatorisch erbrachten Pflegeleistungen im Vergleich zu den anderen Erben häufig nicht wider. § 2057a Abs. 1 Satz 2 BGB ordnet zwar die Anrechnung von Pflegeleistungen an, hilft aber oft nicht weiter: Die Regelung ist zu eng. Sie gilt nur für Abkömmlinge und nur, wenn die Pflege unter Verzicht auf berufliches Einkommen geleistet wurde. Gerade die letztgenannte Voraussetzung schließt den häufigsten praktischen Pflegefall aus. Hausfrauen, die meist noch neben der Betreuung und Erziehung ihrer Kinder zusätzlich einen Elternteil pflegen, verzichten nicht auf berufliches Einkommen. Sie erhalten deshalb bei einer Erbauseinandersetzung für die Pflege keinen Ausgleich.

Mit dem vorgeschlagenen neuen § 2057b BGB-E soll die Pflegeleistung stärker und in zahlreicheren Fällen honoriert werden. Dazu setzt der Entwurf in Absatz 1 an folgenden Punkten an:

- Zunächst sollen künftig **alle gesetzlichen Erben** und nicht nur Abkömmlinge ausgleichungsberechtigt sein. Es gibt keinen zwingenden Grund, die Ausgleichungspflicht auch weiterhin nur für Abkömmlinge zuzulassen. Zwar soll mit der geltenden Konzeption der §§ 2050 ff. BGB und damit auch des § 2057a Abs. 1 Satz 2 BGB eine Gleichstellung aller Abkömmlinge erreicht werden (Heldrich in MüKommBGB, 4. Auflage 2004, § 2057a Rn. 1). In der Regel sind die in diesen Vorschriften aufgeführten Zuwendungen an einen Abkömmling (z. B. die Ausstattung in § 2050 Abs. 1 BGB oder Ausbildungsaufwendungen gemäß § 2050 Abs. 2 BGB) oder Leistungen des Abkömmlings (z. B. Mitarbeit im Haushalt, Beruf oder Geschäft des Erblassers gemäß § 2057a Abs. 1 BGB) typische Zuwendungen oder Leistungen zwischen Eltern und Kindern. Gerade bei den Pflegeleistungen ist dieses Regelverhältnis jedoch nicht zwingend. Vielfach übernehmen Kinder die Pflege ihrer Eltern. Immer mehr Menschen leben aber ohne Kinder. Etwa ein Drittel der Frauen und Männer eines Jahrgangs bleiben zeitlebens kinderlos. Wird die Pflege dann von einem anderen Verwandten übernommen, besteht kein Grund, z. B. Pflegeleistungen der Schwester des kinderlosen unverheirateten Erblassers gegenüber den anderen erbberechtigten Geschwistern nicht zu berücksichtigen.
- Weiterhin soll das Tatbestandsmerkmal „**Verzicht auf berufliches Einkommen des Pflegenden**“ **gestrichen** werden. Diese Voraussetzung wird dem Wert der erbrachten Pflegeleistung nicht gerecht und hat sich in der Praxis nicht bewährt. Auch wer zugunsten der Pflege nicht auf berufliches Einkommen verzichtet, erfüllt eine wichtige Aufgabe, die honoriert werden soll. Darüber hinaus berücksichtigt der Entwurf, dass der Pflegende regelmäßig dazu beitragen wird, das Vermögen des Erblassers nicht durch teure ansonsten anderweitig in Anspruch zu nehmende Pflegeleistungen zu mindern. Eine Ausgleichungspflicht unabhängig vom Verzicht auf berufliches Einkommen ist daher geboten.

- Der Verweis in Absatz 1 Satz 2 auf § 2057a Abs. 2 BGB regelt, dass eine Ausgleichung **nur** erfolgt, soweit für die Pflegeleistung **kein angemessenes Entgelt** gewährt oder vereinbart worden ist. Zahlungen, die der Gepflegte aus der Pflegeversicherung erhält und an den Pflegenden weiterleitet, reduzieren damit einen Ausgleichsanspruch in der entsprechenden Höhe. Dies entspricht der geltenden Rechtslage bei einer Ausgleichung von Pflegeleistungen (*Werner* in *Staudinger*, 2002, § 2057a Rn. 22).

Der Entwurf verzichtet auf Ausgleichung auch bei gewillkürter Erbfolge. Wie die §§ 2050 ff. und § 2057a BGB geht auch § 2057b BGB-E von der Vermutung aus, der Erblasser habe in den dort geregelten Fällen die Ausgleichung gewollt. Für eine solche Vermutung ist aber kein Raum, wenn der Erblasser sich durch eine Verfügung von Todes wegen eindeutig geäußert und das Erbe nicht der gesetzlichen Erbfolge entsprechend aufgeteilt hat. Im Rahmen einer letztwilligen Verfügung hat es der Erblasser in der Hand, Pflegeleistungen z. B. durch Zuwendung eines erhöhten Erbteils oder eines Vermächnisses an den Pflegenden zu honorieren.

Die vorgeschlagene Regelung erfasst allerdings einen in der Praxis häufig vorkommenden Fall nicht: Die Pflege des Erblassers durch **Schwiegerkinder** oder Lebensgefährten. Werden die pflegenden Schwiegerkinder oder Lebensgefährten nicht ausdrücklich in einem Testament oder Erbvertrag oder zu Lebzeiten des Erblassers durch Zuwendungen bedacht, gehen sie für die erbrachten Leistungen leer aus.

Diese Fälle könnten durch die Regelung eines gesetzlichen Vermächnisses für Pflegeleistungen gelöst werden. Dies würde aber bedeuten, dass auch in den Fällen, in denen sich der Erblasser aus welchen Gründen auch immer bewusst gegen die Honorierung des Pflegenden entscheidet, ein Teil des Nachlasses an den Pflegenden fließen würde. Damit läge aber eine verfassungsrechtlich bedenkliche Einschränkung der Testierfreiheit vor, die der Entwurf gerade stärken will.

Die vorgeschlagene Regelung zur Ausgleichung von Pflegeleistungen wird dennoch positive Auswirkungen auch für die oben beschriebenen nicht geregelten Fälle haben. Die Regelung der grundsätzlichen Ausgleichungspflicht bei gesetzlicher Erbfolge soll dokumentieren, dass die Pflegeleistungen ein wichtiger und für die Gesellschaft hoch anerkennenswerter Beitrag sind. Durch die Gesetzesänderung soll der Erblasser motiviert werden, sich mit dieser Thematik auseinanderzusetzen und gegebenenfalls im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen solche überobligatorischen Leistungen zu honorieren. In den Fällen, in denen eine Verfügung von Todes wegen bereits besteht, die nicht mehr abgeändert werden kann, soll der Entwurf dazu anregen, zu Lebzeiten einen finanziellen Ausgleich zu treffen. Die Honorierung dieser Leistungen soll thematisiert und damit enttabuisiert werden.

Zu Absatz 2

Praktische Probleme verursacht das geltende Recht auch für die Berechnung der Ausgleichung. Das vom Gesetz vorgegebene Zusammenspiel von Dauer und Umfang der Leistungen mit dem Wert des Nachlasses unter Berücksichtigung der Billigkeit gibt weder für die Beratungspraxis noch für die Gerichte leicht ermittelbare und für die Beteiligten transparente Anhaltspunkte. Der Entwurf schlägt deshalb

für die Höhe der Ausgleichung als regelmäßige Berechnungsgrundlage die Sätze des § 36 Abs. 3 des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI) vor. Danach sind je Kalendermonat Pflegesätze bis zu einem Gesamtwert von 384 Euro für Pflegestufe I, 921 Euro für Pflegestufe II und 1432 Euro für Pflegestufe III vorgesehen.

Die Pflege durch den Erben wird mit der Anknüpfung an die höheren Beträge für die Fremdleistung grundsätzlich angemessen honoriert. Allerdings werden damit Pflegeleistungen derselben Person im Erbrecht und im SGB XI unterschiedlich bewertet. Bei der Berechnung der Ausgleichung im Erbrecht wird auf die höheren Sätze für Fremdleistungen abgestellt. Das Pflegegeld, das bei einer Pflege durch Angehörige beantragt werden kann, sieht dagegen niedrigere Sätze vor, § 37 Abs. 1 SGB XI. Dies ist kein Widerspruch. Bei Leistungen aus der Pflegeversicherung geht es um staatliche Leistungen, während das Erbrecht eine privatrechtliche Auseinandersetzung betrifft.

Die Sätze des § 36 Abs. 3 SGB XI beziffern den jeweils aktuell geltenden Pflegesatz. Der Pflegesatz für die jeweilige Pflegestufe kann über die Jahre hinweg variieren. Derzeit ist im Gesetzentwurf zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz, BT-Drs. 16/7439) eine gestaffelte Erhöhung der Gesamtwerte für die häusliche Pflegehilfe vorgesehen. Um den Wert für die Ausgleichung der Pflegeleistung zu ermitteln, wird in der Regel auf die zur Zeit des Erbfalls in § 36 Abs. 3 SGB XI festgesetzten Pflegesätze abzustellen sein.

Die Anknüpfung an die Gesamtbeträge für Fremdleistungen aus der Pflegeversicherung soll – wie dargelegt – nur ein regelmäßiger Anhaltspunkt für die Bewertung der Höhe der Pflegeleistung sein. Im Einzelfall kann es durchaus gerechtfertigt sein, an andere Beträge als die der Pflegeversicherung anzuknüpfen. So kann z. B. ein nur geringer Pflegeumfang zwar eine Ausgleichung rechtfertigen, aber möglicherweise nicht in dem in § 36 Abs. 3 SGB XI beschriebenen Umfang. Der Entwurf schließt nicht aus, bei der Berechnung der Pflegeleistung nach den einzelnen Pflegestufen zu unterscheiden. Das kann sinnvoll sein, wenn der Erblasser verschiedene Pflegephasen über einen längeren Zeitraum hinweg durchlaufen hat. Letztlich wird das Gericht im Streitfall nach den vorgetragenen Umständen zu entscheiden haben, an welche Beträge und welche Sätze es bei der Berechnung der Ausgleichung anknüpft.

3. Stellungnahme des Bundesrats

Zu § 2057a Abs. 1:

„Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob und wie eine Erweiterung des Kreises der ausgleichsberechtigten Personen in die Regelung des § 2057b Abs. 1 Satz 1 BGB-E aufgenommen werden kann.

Begründung (Hervorhebungen nicht amtlich):

Die Zielsetzung der Neuregelung, Pflegeleistungen künftig stärker zu honorieren, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Allerdings ist die derzeit vorgesehene **Begrenzung des Kreises der Ausgleichsberechtigten nicht zielführend**. Es sind beispielsweise pflegende Schwiegerkinder oder sonstige Verwandte, die nicht gesetzliche Erben werden, vom Kreis der Ausgleichsberechtigten ausgeschlossen. Es sollte jedoch auch ein Dritter, der nicht zum derzeit privilegierten Personenkreis

zählt, einen Ausgleich für erbrachte Pflegeleistungen erhalten können. Nur auf diese Weise wird dem gestiegenen Pflegebedarf effektiv entsprochen. Es sollte daher eine Erweiterung des privilegierten Personenkreises dahin gehend erfolgen, dass auch Pflegende, die nicht auf Grund gesetzlicher Erbfolge, sondern auf Grund letztwilliger Verfügung erben, mit einbezogen werden. Häufig erfolgt die Testamentserrichtung zu einem Zeitpunkt, zu dem der Erblasser eine spätere Pflege nicht in seine Überlegungen aufnimmt. Bei Eintritt der tatsächlichen Pflegebedürftigkeit ist dann in vielen Fällen die für eine Berücksichtigung innerhalb der letztwilligen Verfügung erforderliche Testierfähigkeit des Erblassers nicht mehr gegeben. Eine aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenkliche Einschränkung der Testierfreiheit ist mit der hier vorgeschlagenen Erweiterung des ausgleichsberechtigten Personenkreises nicht verbunden. Eine gesetzliche Regelung könnte grundsätzlich auf zwei verschiedenen Wegen erfolgen:

a) In § 2057b Abs. 1 Satz 1 BGB-E könnten nach dem Wort "gesetzlicher" die Wörter "*oder gewillkürter*" eingefügt werden, so dass eine Ausgleichspflicht in jedem Fall besteht.

b) Alternativ könnte jedoch - ähnlich wie derzeit bereits bei § 2052 BGB - eine *Ausgleichspflicht nur als Auslegungsregel* aufgenommen werden. Dies wäre zwar mit weniger Rechtssicherheit verbunden als die unter Buchstabe a dargestellte Lösung, würde jedoch den möglicherweise entgegengesetzten Willen des Erblassers besser berücksichtigen.

Zu § 2057b Abs. 2

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Regelung zur Höhe des Ausgleichsbetrags in § 2057b Abs. 2 BGB-E klarzustellen.

Begründung:

§ 2057b Abs. 2 BGB-E verweist hinsichtlich der Höhe des Ausgleichsbetrages auf § 36 Abs. 3 SGB XI. Es wird jedoch nicht hinreichend deutlich, ob die Beträge nach § 36 Abs. 3 SGB XI für *jeden Monat* der Pflege oder jährlich oder nur einmal angesetzt werden sollen. Ob allein aus der in Bezug genommenen Formulierung "je Kalendermonat" in § 36 Abs. 3 SGB XI auf eine monatliche Ansetzung geschlossen werden kann, ist zweifelhaft. Dies sollte klargestellt werden.

4. Eigene Stellungnahme

Die geplante Neuregelung macht eine uU komplizierte Ausgleichsberechnung erforderlich, die wiederum **pflichtteilsrechtliche Fernwirkungen** hat.

Beispiel²³: Otto Normalerblasser wird in seinen letzten zwei Lebensjahren von seiner Ehefrau Mathilde Normalerblasserin, mit der er in Zugewinnngemeinschaft lebt, aufopferungsvoll gepflegt. Hierfür erhält sie kein Entgelt. Das Pflegegeld in Höhe der Pflegestufe III wird an Otto Normalerblasser ausgezahlt und wird für seinen Unterhalt und seine teuren Medikamente verwendet. Bei seinem Tod hinterlässt er seine beiden Söhne Arnulf und Borris. Der Nachlass beträgt 100.000 Euro. Es wird keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen. Auch wurden keine ausgleichspflichtigen Zuwendungen gemacht.

Berechnung der Ausgleichung nach § 2057b BGB n.F.:

²³ Nach *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 6.

Wert der Pflegeleistung von Mathilde 24 Monate * 1.432 Euro = 34.368 Euro

Berechnung des Ausgleichsnachlasses

Nachlass	100.000
Abzüglich Pflegeleistung	<u>34.368</u>
	65.632
Erbteil der Mathilde: ½	32.816
Zuzüglich Pflegeleistung	<u>34.368</u>
<u>Ausgleichserbteil Mathilde</u>	<u>67.184</u>
<u>Ausgleichserbteile Arnulf und Borris je</u>	<u>16.408</u>

Wie sich zeigt, ergibt sich eine ganz erhebliche Veränderung der Nachlassbeteiligung.

Die Regelung vermag in verschiedener Hinsicht nicht zu überzeugen:

- Sie ist **zum einen zu eng**, weil sie **nur** eine Ausgleichung zu Gunsten der **gesetzlichen Erben ermöglicht**, somit etwa die pflegende Schwiegertochter, was in der Praxis häufiger vorkommt, nach wie vor hinsichtlich ihrer Pflegeleistungen leer ausgeht²⁴. Zu denken ist allerdings daran, dass man in solchen Fällen zu einer Ausgleichung gelangt, weil die Tätigkeit als durch die gesetzlichen Erben erbracht anzusehen ist, die sich ihrerseits Dritter bedienen²⁵. Jedoch wird für eine solche Zurechnung gefordert, dass hierfür „**bezahlte Hilfskräfte**“ herangezogen werden, was bei der Zuziehung von Familienangehörigen der gesetzlichen Erben regelmäßig gerade nicht der Fall ist²⁶.
- Andererseits stellt die geplante Neuregelung eine **Erweiterung** des Kreises der Ausgleichungsbeteiligten dar, da bislang die Ausgleichung **nur** zwischen **Abkömmlingen** stattfand und auch weiterhin die allgemeine Ausgleichung nach § 2050 BGB sowie die Ausgleichung nach § 2057 a BGB nur zwischen Abkömmlingen stattfindet. Dies kann zu gewissen Friktionen führen, die unter Umständen eine doppelte Ausgleichungsberechnungen erforderlich machen²⁷.

Abwandlung des Ausgangsbeispiels²⁸:

Arnulf hat vor 10 Jahren von Otto Normalerblasser eine ausgleichspflichtige Zuwendung erhalten, deren indexierter Wert im Erbfall nunmehr 10.000 beträgt.

Es ist eine **doppelte Ausgleichsberechnung** vorzunehmen: Nach der Berechnung der Pflegeausgleichung hat anschließend die Berechnung der erbrechtlichen Ausgleichspflichten nach § 2050 BGB zu erfolgen und zwar, da diese nur zwi-

²⁴ Krit. daher auch *Machulla-Notthoff*, ZFE 2007, 413, 418, die ansonsten der Erbrechtsreform sehr positiv gegenübersteht

²⁵ Darauf weist *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 107.

²⁶ *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 2057a Rn. 7 aE; *Muscheler*, aaO, geht auf diese Problematik leider nicht ein; für weitergehende Zurechnung der Pflegeleistung der nahen Angehörigen des gesetzlichen Erben *Odersky*, MittBayNot 2008, 2, 6; dies ebenfalls erwägend *Keim*, ZEV 2008, 161, 166.

²⁷ Dazu bereits *Bonefeld/Lange/Tanck*, ZErB 2007, 292, 294.

²⁸ Aus *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 6.

schen Abkömmlingen stattfindet, nur berechnet am Restnachlass, der den Abkömmlingen nach dem ersten Rechenschritt verbleibt.

Für die Abkömmlinge verbleibender Restnachlass	32.816
Bildung des Ausgleichsnachlasses:	
Zuwendung an Arnulf	<u>10.000</u>
	42.816
daraus Erbteil Arnulf	21.408
abzüglich seiner ausgleichspflichtigen Zuwendung	<u>11.408</u>
Ausgleichserbteil Borris	21.408

- Der **Höhe** des Ausgleichsbetrages bemisst nur „in der Regel“ nach den Sätzen des Pflegeversicherungsgesetzes. Dies lässt damit erheblichen Raum für Streitigkeiten, ob nicht im Einzelfall eine höhere Vergütung angemessen wäre.
- Aber es ist noch weitergehend zu befürchten, dass auch die Streitigkeiten über die Frage, **ob und in welchem Umfang Pflegeleistungen** erbracht wurden, im Hinblick auf diese Ausgleichsregelung zunehmen werden. Dies wird zu schwierigen **Beweisfragen** führen, die die Gerichte nicht unerheblich beschäftigen werden²⁹.
- Schließlich lässt das Gesetz offen, wie die Fälle zu lösen sind, in denen der pflegende Angehörige zugleich das **Pflegegeld** bekommen hat. Ist hierin eine **vollständig Abgeltung** im Sinne von § 2057b Absatz 1 Satz 2, 2057 a Absatz 2 Satz 1 BGB zu sehen?³⁰ Wird auf Grund einer Pflegevereinbarung ein Entgelt bezahlt, das unterhalb der Sätze des SGB XI für Sachleistungen liegt, könnte man allerdings annehmen, dass in Höhe des Differenzbetrags eine Ausgleichung möglich bleibt³¹.
- möglicherweise gar nicht bedacht werden vom Gesetzgeber die weitreichenden **pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen** dieser Ausgleichungsverpflichtung³². Denn nach § 2316 Absatz 1 Satz 3 des Regierungsentwurfs sind die Pflegeleistungen nach § 2057b bei der Berechnung des Ausgleichspflichtteils zu berücksichtigen. Damit wird auch der Pflichtteil anderer Pflichtteilsberechtigter durch die Pflegeleistungen uU erheblich verändert.

Weitere Abwandlung des Ausgangsbeispiels: Pflichtteilsrechtliche Auswirkungen

Mathilde ist die zweite Ehefrau. Arnulf und Borris sind die Kinder aus der ersten Ehe von Otto Normalerblasser. Seine Kinder hat er in einem bindenden gemein-

²⁹ Ebenso die Einschätzung von *Keim*, ZEV 2008, 161, 166; *Odersky*, MittBayNot 2008, 2, 6; *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 7.

³⁰ *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 7; in diese Richtung *Staudigner/Werner*, § 2057a Rn. 22; dem wohl auch zuneigend *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 106; keinerlei Auswirkungen misst diesem Umstand *Odersky*, MittBayNot 2008, 2, 6 bei; der RegE (S. 37) verneint dies zwar, jedoch schweigt der Gesetzesentwurf hierzu.

³¹ *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 7; ebenso die Begründung des RegE.

³² So im Ansatz richtig *Keim*, ZEV 2008, 161, 166; *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 7; vgl. auch *Odersky*, MittBayNot 2008, 2, 6.

schaftlichen Testament mit seiner ersten Ehefrau zu Erben je zur Hälfte eingesetzt. Der Zugewinn in der nur kurzen zweiten Ehe beträgt für beide Ehegatten 0.

Ohne die Ausgleichung der Pflegeleistungen nach § 2057b BGB nF stünde Mathilde nur ein Pflichtteil von 1/8 ist, das sind 12.250

Auf Grund der Berücksichtigung der Pflegeleistungen ergibt sich aber nach der obigen Berechnung ein Ausgleichserbteil von 67.184

Und somit ein Ausgleichspflichtteil von 33.592.

5. Folgerungen für die Praxis

Wie die vorstehenden Beispiele zeigen, werden in fast allen Erbfällen, in denen der Erblasser nicht nur ganz kurzfristig gepflegt wurde, sich durch die vorzunehmende Ausgleichsordnung ganz erhebliche Abweichungen von der reinen Erb- und Pflichtteilsquote hin zu einer ganz anderen wertmäßigen Beteiligung. Ein später Sieg der „Werttheorie“.

Beachte: Durch die ebenfalls geplante Neuregelung des **§ 2204 BGB** wird klargestellt, dass auch der **Testamentsvollstrecker** in Rahmen der von ihm zu bewirkenden Erbaueinandersetzung die Ausgleichungspflichten zu berücksichtigen hat. Wie sich gezeigt hat, keine ganz einfache Aufgabe.

V. Anrechnung auf den Pflichtteil (§ 2315 BGB)

1. Geplante Gesetzesänderung

Dem § 2315 Abs. 1 werden folgende Sätze angefügt:

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

2. Gegenwärtige Rechtslage

Bislang sind die Voraussetzungen, unter denen ein Erblasser anordnen kann, dass eine Zuwendung auf den Pflichtteil anzurechnen ist, sehr eng ausgestaltet. Die Anrechnung muss bereits vor oder **spätestens** bei der **Zuwendung** angeordnet werden.

3. Entwurf der Bundesregierung, amtliche Begründung

Da die Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem geltenden Recht spätestens bei der Zuwendung angeordnet werden muss, unterblieb dies vielfach in Folge der Rechtsunkenntnis des Zuwendenden. Daher heißt es jetzt in der amtlichen Begründung:

„In den meisten Fällen (außer bei Grundstücksgeschäften und anderen beurkundungsbedürftigen Geschäften, bei denen der beurkundende Notar den Zuwendenden über die Rechtslage belehrt) wird der Erblasser diese Rechtslage nicht kennen und sich folglich auch keine Gedanken darüber machen, ob er eine Anrechnung will.

Um die Testierfreiheit des Erblassers zu stärken, räumt der Entwurf 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 Abs. 2 BGB-E die Möglichkeit, nachträgliche Anordnungen oder Änderungen von Anordnungen 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 Anordnungen oder deren Änderung rechnen muss.

Die Anrechnungsanordnung vor oder bei der Zuwendung ist formfrei. Sie muss nicht schriftlich erfolgen, sondern kann auch mündlich als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung abgegeben werden. Jede nachträgliche Anordnung über die Anrechnung dagegen soll nach dem Gesetzentwurf formbedürftig sein. Dies dient dem Schutz des Pflichtteilsberechtigten vor ansonsten möglicherweise übereilten Anrechnungsanordnungen, die der Erblasser z. B. aus spontaner Verärgerung über den Pflichtteilsberechtigten getroffen haben kann.“

4. Stellungnahme des Bundesrats

Die entsprechende Stellungnahme ist bereits oben im Zusammenhang mit § 2050 BGB wiedergegeben (s. III.4).

5. Eigene Stellungnahme, Folgerungen für die Praxis

Die nachträgliche Anrechnungsmöglichkeit auf den Pflichtteil bringt für den Erblasser in der Tat eine erhebliche Erweiterung seiner Testiermöglichkeit. Gerade bei nicht beurkundungspflichtigen Zuwendungen, die aber etwa wie die Schenkung von Bausparverträgen oder Lebensversicherungen, uU einen ganz erheblichen Wert haben können, wurde aus Rechtsunkenntnis häufig versäumt, bereits bei der Zuwendung eine entsprechende Anrechnungsbestimmung zu treffen, die nach dem bisherigen Recht dann nicht mehr nachgeholt werden kann. Es blieb dann mitunter nur noch die „Flucht in den Pflichtteilsergänzungsanspruch“³³, weil für diesen kraft Gesetzes eine Anrechnungspflicht für Eigengeschenke besteht (§ 2327 BGB).

Im einzelnen ist zu bemerken:

- Die **nachträgliche Anrechnungsbestimmung** muss – anders als die bereits bei der Zuwendung gemachte³⁴ – in der Form einer **Verfügung von Todes**

³³ So plastisch *Tanck*, ZErb 2000, 3.

³⁴ Für grundsätzliche Formfreiheit der vor oder bei der Zuwendung gemachten Anrechnungsbestimmung auch *Keim*, ZEV 2008, 161, 163; eine Formbedürftigkeit ergibt sich für diese Anrech-

wegen erfolgen. Dies kann in einem Testament aber auch in einem Erbvertrag, und dort nach dem RegE sogar als vertragsmäßige Anordnung geschehen (§ 2278 Abs 2 BGB nF, dazu näher Teil A:VII).

- Aber auch dies setzt wiederum eine **Kenntnis** des Erblassers voraus, dass eine solche Anordnung überhaupt notwendig ist. Häufig wird diese aber auch in Zukunft fehlen. Es wäre daher besser, wenn entsprechend den Regelungen in den meisten anderen europäischen Staaten die **Anrechnung auf den Pflichtteil zum Regelfall** erklärt wurde³⁵.
- Die Anrechnung muss **nachträglich** getroffen werden. Dies setzt voraus, dass die entsprechende Verfügung von Todes wegen nach dem Abschluss der Zuwendung errichtet wird. Eine zugleich „**vorträgliche**“ Anrechnungsbestimmung, dass etwa generell auch die erst künftigen Zuwendungen auf den Pflichtteil anzurechnen sind, die erst nach der letztwilligen Anrechnungsbestimmung getätigt werden, ist daher nicht möglich³⁶. Hierfür besteht weder ein praktisches Bedürfnis³⁷, noch ist dies mit der Vorstellung des Gesetzgebers vereinbar. Dieser will durch die Schaffung der nachträglichen Anrechnungsbestimmung dem Erblasser ermöglichen, auf die nach der konkreten Zuwendung eingetretene Veränderung von Umständen zu reagieren³⁸. Zwar kann auch die Anrechnungsbestimmung für künftige Zuwendungen gelegentlich der entsprechenden **Verfügung von Todes wegen** über die Begründung der Anrechnungspflicht für frühere Zuwendungen mit aufgenommen werden, scheitert aber dann, wenn diese Anrechnungsbestimmung für die künftige Zuwendung nicht spätestens bei der Zuwendung dem Zuwendungsempfänger zur Kenntnis gebracht wird³⁹.
- Ob eine **generelle Anrechnungsbestimmung**, dass alle künftigen Zuwendungen auf den Pflichtteil des Empfängers anzurechnen sind, möglich ist wird bestritten. So wird teilweise vertreten, dass diese nur in Form eines beschränkten **Pflichtteilsverzichts** möglich sei⁴⁰. Dabei wird diesbezüglich auch eine Öffnungsklausel vorgeschlagen, dass eine Anrechnung aber dann nicht erfolgen soll, wenn bei der Zuwendung im Einzelfall ausdrücklich vereinbart wird, dass eine Anrechnung nicht erfolgen soll⁴¹.
- Eine „**pauschale nachträgliche Anrechnungsbestimmung**“ für alle in der Vergangenheit gemachten Zuwendungen durch Verfügungen von Todes wegen

nungsbestimmungen nach gegenwärtigem und aber auch nach künftigen Recht nur aus den allgemeinen Grundsätzen der Formbedürftigkeit des Zuwendungsgeschäfts, etwa bei der Übertragung eines Grundstücks aus § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB.

³⁵ Reimann, FamRZ 2007, 1597, 1598 unter Bezug auf Henrich, DNotZ 2001, 441, 450 f.

³⁶ Ebenso Keim, ZEV 2008, 161, 163; Schaal/Grigat, BWNotZ 2008, 2, 10; anders Bonefeld/Lange/Tanck, ZErB 2007, 292, 300 unter – jedoch nicht überzeugender – Berufung auf die „ratio legis“ der geplanten Neuregelung.

³⁷ Wengleich nicht übersehen werden darf, dass dann, wenn die Anrechnung bei der neuen Zuwendung vergessen wurde, wiederum eine nachträgliche Anrechnungsbestimmung in einer Verfügung von Todes wegen notwendig wird, Schaal/Grigat, BWNotZ 2008, 2, 10.

³⁸ Keim, ZEV 2008, 161, 163; s. dazu die Begründung des RegE, S. 44.

³⁹ Ebenso Keim, ZEV 2008, 161, 164.

⁴⁰ So Keim, ZEV 2008, 161, 164 mit Formulierungsvorschlag.

⁴¹ Keim, ZEV 2008, 161, 164 mit Formulierungsvorschlag.

wird aber für möglich gehalten⁴². Gerade in einem **Behindertentestament** wird man darüber verstärkt nachdenken müssen⁴³. Denn gerade bei behinderten Kindern werden oftmals von den Eltern weitreichende Zuwendungen gemacht, auf welche der Behinderte keinen Anspruch hat. Werden diese dann pflichtteilsmindernd bedeutsam, so wird es für den Betreuer des Behinderten zunehmend problematisch, die mit umfassender Vor- und Nacherbschaft sowie Dauer-testamentsvollstreckung belastete Erbschaft des Behinderten auszuschlagen und statt dessen den Pflichtteil mit umfangreichen Anrechnungspflichten zu wählen.

- Problematisch bleibt aus der Sicht des Erben allerdings immer noch, dass er nach wie vor die Darlegungs- und **Beweislast** für das Bestehen und die Höhe der anrechnungspflichtigen Zuwendung trägt. Hieraus können sich umfangreiche Streitigkeiten ergeben⁴⁴.
- Auch bei der nachträglichen Anrechnungsbestimmung durch Verfügung von Todes wegen darf jedoch nicht der **Anrechnungswert** nach § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB **überschritten** werden. Dies ist nach wie vor nur durch Pflichtteilsverzicht möglich⁴⁵. Dagegen darf der Erblasser natürlich hinter dem gesetzlichen Anrechnungswert bei seiner Anrechnungsbestimmung zurück bleiben.
- Die **nachträgliche Aufhebung** einer anlässlich der lebzeitigen Zuwendung gemachten Anrechnungsbestimmung war bislang **formfrei** möglich⁴⁶. Ob dies auch noch nach der Neuregelung so weiter gilt erscheint zweifelhaft. Die nachträgliche Anordnung der Anrechnungsbestimmung erfolgt nach der ausdrücklichen Regelung in § 2315 Abs 1 Satz 3 RegE „durch Verfügung von Todes wegen“. Sie kann künftig sogar erbvertragsmäßig getroffen werden (§ 2278 Abs. 2 Nr. 4 RegE). Daraus schließt *Keim*, dass auch die ausdrückliche Nichtanrechnung einer Verfügung von Todes wegen bedarf⁴⁷. Dementsprechend bedürften auch die Aufhebung einer getroffenen Anrechnungsbestimmung als „actus contrarius“ der Form der Verfügung von Todes wegen⁴⁸. Zwingenden ist dies allerdings schon deshalb nicht, weil für die bei der Zuwendung gemachte Anrechnungsbestimmung nach wie vor nicht die Form der Verfügung von Todes wegen verlangt wird.
- Da nach dem RegE die Anrechnung auf den Pflichtteil **künftig jederzeit** auch noch nach der Zuwendung ohne jede Beteiligung des Zuwendungsempfängers möglich sein soll, wird nunmehr ganz überwiegend vertreten, dass auch bei Zuwendungen an einen **Minderjährigen kein rechtlicher Nachteil** iS von § 107 BGB anzunehmen sei, und zwar sowohl in den Fällen, in denen künftig

⁴² *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 10; *Keim*, ZEV 2008, 161, 164, wobei entgegen dessen Ausführungen die „pauschale Zulässigkeit“ nichts mit der Andeutungstheorie zu tun hat. Vielmehr fordert der RegE nicht, dass die anzurechnende Zuwendung genau bezeichnet wird, so zutr. *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 10.

⁴³ *J. Mayer*, ZErB 2007, 276; zust. *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 10.

⁴⁴ *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 10.

⁴⁵ *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 10.

⁴⁶ Vgl. etwa *Staudinger/Hass*, Bearb. 2006, § 2315 Rn. 33; *J. Mayer*, ZEV 1996, 441, 446; *Thubauville*, MittRhNotK 1992, 289, 298.

⁴⁷ *Keim*, ZEV 2008, 161, 164.

⁴⁸ *Keim*, ZEV 2008, 161, 164; ders., MittBayNot 2008, 8, 11; zust. *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 108.

die Anrechnungsbestimmung bereits spätestens bei der Zuwendung erfolgt, aber auch in den Fällen, in denen dies erst nachträglich durch Verfügung von Todes wegen geschieht⁴⁹. Demgegenüber sah dies die bislang hM bei der Anrechnung auf den Pflichtteil⁵⁰ anders, so dass zur Entgegennahme der Anrechnungsbestimmung die Bestellung eines Ergänzungspflegers (§§ 1795, 181 BGB) gefordert wurde und teilweise auch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach § 1822 Abs. Nr. 1 BGB⁵¹. Dieses Ergebnis erscheint aus der Sicht des nach unserer Rechtsordnung idR besonders schutzwürdigen Minderjähriger äußerst bedenklich⁵². Es ist auch dogmatisch nicht zwingend. Denn man kann dagegen entweder argumentieren, dass immer dann, wenn die Anrechnung nicht durch eine auch nach neuem Recht mögliche Vereinbarung explizit ausgeschlossen ist, wegen der Gefahr der späteren Anrechnungsbestimmung die Zuwendung iS der hM immer noch nachteilig ist. Oder aber man verneint auch ohne einen ausdrücklichen Ausschluss der nachträglichen Anrechnungsmöglichkeit die Zulässigkeit derselben, weil diese dann „ex tunc“ die für den Minderjährigen nachteilige Wirkung herbeiführen könnte.

- Wie sich aus dem vorstehend erörterten Problemkreis der Zuwendungen an Minderjährige besonders deutlich zeigt, wird für die Praxis besonders bedeutsam, welche **Schutzvorkehrungen** es für den Zuwendungsempfänger gegen nachträgliche Anrechnungsmöglichkeiten gibt (s. dazu Teil A:VII).

VI. Ausgleichung auf den Pflichtteil

1. Geplante Gesetzesänderung

Dem § 2316 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

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

2. Gegenwärtige Rechtslage

Auch bisher schon hatte die Ausgleichung von besonderen Leistungen eines Abkömmlings nach § 2057a BGB auch Auswirkungen auf den Pflichtteil im Rahmen des sog. „Ausgleichspflichtteils“ gem. § 2316 BGB.

3. Amtliche Begründung der Bundesregierung

„Es handelt sich um eine notwendige Folgeänderung aufgrund der derzeit in § 2057a Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Ausgleichungspflicht für Pflegeleistungen, die künftig in § 2057b BGB-E für alle gesetzlichen Erben geregelt ist.“

⁴⁹ So *Schaal/Grigat*, BWNotZ 2008, 2, 10; *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 108; *Keim*, MittBayNot 2008, 8, 13; ders., ZEV 2008, 161, 165, der allerdings einräumt, dass bis zu einer endgültig klärenden Rechtsprechung die Praxis den sichersten Weg gehen und daher wie bisher verfahren sollte.

⁵⁰ Anders war dies bei der Ausgleichung nach § 2050 BGB, bei welcher der BGH dies ausdrücklich verneint hat (BGHZ 15, 168, 170 f; MünchKommBGB/*Heldrich*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 2050 Rn. 31), aber auf die pflichtteilsrechtliche Fernwirkung nach § 2316 BGB gar nicht einging.

⁵¹ Dazu etwa Gutachten DNotI-Report 2007, 160 ff.; *Staudinger/Haas*, § 2315 Rn. 16 mwN; aM OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288.

⁵² Zutr. räumt auch Keim ein, dass „die Erweiterung der Testierfreiheit ... zulasten des Pflichtteilsrechts“ geht.

4. Folgerungen für die Praxis

Die pflichtteilsrechtliche Ausstrahlung der „besseren Honorierung von Pflegeleistungen nach § 2057b BGB darf nicht unterschätzt werden. Hierzu wird auf die obigen Ausführungen (s. Teil A:IV.4) Bezug genommen.

VII. Erweiterung der erbvertragsmäßigen Verfügungen - Schutz vor nachträglichen Anrechnungs- und Ausgleichungspflichten

1. Geplante Gesetzesänderung

§ 2278 Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) *Andere Verfügungen als*

1. *Erbeinsetzungen,*

2. *Vermächtnisse,*

3. *Auflagen und*

4. *Anordnungen nach §§ 2050, 2053 und 2315 können vertragsmäßig nicht getroffen werden.“*

2. Gegenwärtige Rechtslage

Nach § 2278 Abs. 2 BGB können nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen als vertragsmäßige, und damit erbvertraglich bindende Verfügungen getroffen werden. Mit der Zulassung einer nachträglichen Anordnung einer Ausgleichungspflicht nach den §§ 2050 ff., 2316 BGB oder einer Anrechnung auf den Pflichtteil nach § 2315 BGB stellt sich jedoch die Notwendigkeit, im Rahmen der gesetzlichen Neuregelung im Interesse des Zuwendungsempfängers Schutzmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen.

3. Entwurf der Bundesregierung – amtliche Begründung

Es soll nunmehr eine Erweiterung des bisherigen Kreises der erbvertragsfähig, bindenden Verfügungen zugelassen werden. Hierzu heißt es in der amtlichen Begründung:

„Künftig wird dem Erblasser aber die Möglichkeit eingeräumt, auch nachträgliche Anordnungen über die Ausgleichung oder Anrechnung von Zuwendungen vorzunehmen (Änderung der §§ 2050, 2053 und 2315 BGB). So kann der Erblasser künftig nachträglich die Ausgleichung oder Anrechnung einer Zuwendung anordnen, diese Anordnung wieder rückgängig machen oder erneut die Ausgleichung oder Anrechnung anordnen usw. Diese nachträglichen Anordnungen sind formbedürftig und können nur in einer Verfügung von Todes wegen erfolgen.

In der Praxis besteht aber aufgrund der vorgeschlagenen Neuregelung das Bedürfnis, zum Schutz des Zuwendungsempfängers bindend in einem Erbvertrag zu vereinbaren, dass eine nachträgliche Anordnung über die Ausgleichung oder Anrechnung einer Zuwendung nicht getroffen wird. Deshalb sollen durch § 2278 Abs. 2 Nr. 4 BGB-E auch für derartige Anordnungen vertragsmäßige Verfügungen zugelassen werden.

Darüber hinaus werden die vertragsmäßig zulässigen Verfügungen in § 2278 Abs. 2 BGB-E durchnummeriert. Dies dient der besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit der Vorschrift.“

4. Stellungnahme des Bundesrats

Die entsprechende Stellungnahme ist bereits oben im Zusammenhang mit § 2050 BGB wiedergegeben (s. III.4).

5. Eigene Stellungnahme, Folgerungen für die Praxis

Auch diese geplante Neuregelung wirft Zweifelsfragen auf.

- So stellt sich bereits die Frage der **Notwendigkeit** der Neuregelung. Man könnte auch auf der Basis des geltenden Rechts den Zuwendungsempfänger zwanglos und systemkonform auch durch eine **vermächtnisweise** Regelung in einem **Erbvertrag** gegen ihn belastende nachträgliche Anordnungen ausreichend sichern. So könnte er gegen die nachträgliche Ausgleichsanordnung dadurch geschützt werden, das ihm erbvertragsmäßig ein Vermächtnis zugewandt wird, dass etwa bestehende Ausgleichungsverpflichtungen nach den §§ 2050 ff. BGB wieder beseitigt⁵³. Gegen die nachträgliche Anrechnungsbestimmung hinsichtlich seines Pflichtteils könnte er durch ein erbvertragsmäßiges **Pflichtteilsvermächtnis** gesichert werden, wonach ihm auf alle Fälle sein gesetzlicher Pflichtteil in voller Höhe verbleibt. Und eine „Nichtanrechnungsbestimmung“ könnte man als Vermächtnis qualifizieren, wonach dem Zuwendungsempfänger ein Anspruch auf eine Leistung zugewandt wird, indem der Empfänger in Höhe einer späteren Anrechnungsbestimmung seinen Pflichtteilsanspruch zurückerlangt⁵⁴.

Insgesamt erscheint die Neuregelung wenig **zielführend**:

- Nach dem Wortlaut des geplanten § 2278 Abs. 2 Nr. 4 RegE iVm § 2050 Abs. 4 Satz 1 RegE kann bereits bei der Zuwendung eine spätere Ausgleichsanordnung durch eine Vereinbarung ausgeschlossen werden. Sie bedarf jedoch nach der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung der **Form** des **Erbvertrags**:
 - Dies erfordert etwa bei der Überlassung eines Grundstücks neben der Beurkundung der eigentlichen Grundstückszuwendung **zusätzlich** auch noch die Beurkundung eines **Erbvertrags**, der den Ausschluss einer späteren Ausgleichungsverpflichtung enthält.
 - Dies verlangt dann aber auch die Beachtung der für den Erbvertrag geltenden **Formen** der §§ 2274 ff. BGB, so dass insbesondere der Erblasser an dieser Ausschlussvereinbarung **persönlich** mitwirken muss (§ 2274 BGB). Zudem löst dies nicht nur zusätzliche **Kosten** aus⁵⁵, sondern zugleich stellt sich die Frage, ob beides wegen eines Geschäftszusammenhangs in einer Urkunde beurkundet werden muss, was m.E. zu bejahen ist⁵⁶. Weiter ist zu klären, ob dann die gesamte Vereinbarung, die ja einen Erbvertrag enthält,

⁵³ Keim, ZEV 2008, 161, 165.

⁵⁴ Keim, ZEV 2008, 161, 164.

⁵⁵ Bisher hatte die zusätzlich bei der Grundstücksüberlassung getroffene Ausgleichsanordnung keine gebührenrechtlichen Auswirkungen.

⁵⁶ Eingehend dazu Keim, DNotZ 2001, 827, 835 ff.

nach § 34 BeurkG in die amtliche Verwahrung des Nachlassgerichts zu bringen ist, was im Zweifelsfall nicht anzunehmen ist (§ 34 Abs. 2, 2. Hs. BeurkG). Andererseits wird durch den Erbvertrag der Zuwendungsempfänger nach § 2289 BGB gegen nachträgliche Ausgleichungsanordnungen geschützt.

- Dass durch dieses Formerfordernis die „**erbrechtliche Bedeutungsdimension**“ verstärkt wird⁵⁷, ist demgegenüber eine Binsenwahrheit. Gleiches gilt für die These, dass dadurch die „Bedeutung des deutschen Notariats“ gestärkt würde⁵⁸. Allenfalls könnte man hervorheben, dass damit auch die **Belehrung** über die rechtliche Tragweite derartiger Vereinbarung über § 17 BeurkG gesichert wird. Jedoch ist dies nur die „halbe Wahrheit“. Besonders schützens- und vor allem aufklärungsbedürftig erscheint mir der Kern der Neuregelung, dass jeder Zuwendungsempfänger mit einer späteren Verschlechterung seiner Erb- und Pflichtteilsposition durch die nachträglichen Anrechnungs-/Ausgleichungsanordnungen rechnen muss. Diese weitreichenden Wirkungen müssten jedem Bürger letztlich deutlich vor Augen geführt werden, damit ihm nicht später unliebsame Überraschungen drohen. Aber selbst die „amtliche Presseinformation“ des Bundesjustizministeriums vom 30.1.2008 geht auf diese nachträglichen Anordnungsmöglichkeiten mit keinem Wort ein. Dass diese nicht so unproblematisch sind, zeigt folgendes

***Beispiel:** Otto Normalerblasser will seinem Sohn Arnulf einen Sportwagen im Wert von 150.000 Euro zuwenden. Die Notwendigkeit, dass dem Beschenkten die Anrechnungs- und Ausgleichungsanordnung spätestens bei der Zuwendung zur Kenntnis gebracht werden musste, wurde bisher damit begründet, dass ihm der Nachteil, dass damit insbesondere sein (nunmehr sogar verfassungsrechtlich gewährleisteter) Pflichtteil erheblich eingeschränkt wird, vor Augen geführt werden müsste⁵⁹. Er sollte daher die Möglichkeit haben, die Zuwendung zurück zu weisen. Durch das Erfordernis der ausdrücklichen Anordnung wurde für ihn das Problembewusstsein geweckt, sich gegebenenfalls über die weitreichenden rechtlichen Folgen ausreichend zu informieren. Wenn er die weitreichende Reduzierung des Pflichtteils nicht wollte, so konnte er die ganze Zuwendung zurück weisen. Oder er vereinbarte, dass ihm nur ein kleiner Sportwagen im Wert von 75.000 Euro zugewandt wird. Immerhin konnte der Sportwagen schon längst „zu Schrott gefahren“ sein, wenn der Erbfall eintrat. Nach dem RegE entsteht durch die nachträglich einseitige Anrechnungs-/Ausgleichungsanordnung dieses Problembewusstsein gar nicht mehr, wenn er nicht über ausreichende Rechtskenntnis verfügt. Noch problematischer ist, dass nach dem RegE sogar für unter dem alten Recht gemachte Zuwendungen, die also nach dem damaligen Recht anrechnungs-/ausgleichungsfrei waren, mit In-Kraft-Treten des neuen Rechts solch weitreichenden Wirkungen begründet werden können (dazu unten, X).*

⁵⁷ Progl, ZErb 2008, 78, 81, li. Sp.

⁵⁸ Progl, ZErb 2008, 78, 81, re. Sp

⁵⁹ Zur Frage, inwieweit oftmals sehr auslegungsfähige Formulierungen, wie etwa, dass die Zuwendung im Wege der „vorweggenommenen Erbfolge“ erfolgten, für solchen Anrechnungs- und Ausgleichungsanordnungen ausreichend waren, eingehend Tanck, FS Damrau, 2008, S. 85 ff.

- Dadurch, dass § 2278 Abs. 2 BGB nF für einen solchen Ausschluss einer späteren Ausgleichungsverpflichtung ausdrücklich die **Form des Erbvertrags** bereitstellt wird man wohl umgekehrt den Gegenschluss ziehen müssen, dass eine rein **schuldrechtliche Vereinbarung** über den Ausschluss einer nachträglichen Ausgleichspflicht, unzulässig ist⁶⁰. Auf die Zulassung eines gemeinschaftlichen Testaments für eine letztwillige Ausschlussvereinbarung durch Erweiterung des § 2270 Abs. 3 BGB hat man verzichtet, weil die Ausgleichung grds.⁶¹ nur zwischen den Abkömmlingen stattfindet und eine Ausschlussvereinbarung daher nur zwischen dem Erblasser und seinen Abkömmlingen relevant werden wird⁶².
- Hinsichtlich der **nachträglichen Ausgleichungsanordnung** schießt die geplante Neuregelung auch noch über ihr eigentliches Ziel hinaus. Nach der Begründung des RegE soll der Zuwendungsempfänger nur gegen **nachträgliche Anrechnungs- und Ausgleichsanordnung** geschützt werden. Tatsächlich aber kann die gesetzliche Neuregelung sogar **gegen Zuwendungsempfänger** eingesetzt werden, wie das nachstehende

Beispiel zeigt⁶³: Otto Normalerblasser hat seinem Sohn Arnulf ein Grundstück ohne jede Ausgleichungsanordnung geschenkt. Der andere Sohn Boris möchte nun aber sichergestellt werden, dass bei einer gesetzlichen Erbfolge oder einer gewillkürten, die dieser entspricht, Arnulf zu einer Ausgleich auf seinem Erbteil verpflichtet ist. Für den Fall, dass Arnulf enterbt wird, soll eine Berücksichtigung der Schenkung nach § 2316 BGB erfolgen. Nach der Neuregelung könnte Otto Normalerblasser nunmehr eine entsprechende Ausgleichungsanordnung zu Lasten des Arnulf, ohne dessen Mitwirkung, und zu Gunsten von Boris erbvertragsmäßig bindend vereinbaren. Diese Ausgleichungspflicht des Arnulf könnte dann wegen § 2289 BGB ohne Zustimmung des Boris nicht mehr einseitig geändert werden.

- Fraglich erscheint auch, ob ein **nachträgliche Anrechnungs- oder Ausgleichungsanordnung** auch durch den **erbrechtlich gebundenen Erblasser** möglich ist. Dies soll nachstehend für den Erbvertrag untersucht werden. Man wird dabei zu differenzieren haben:
 - Soll die nachträgliche Anordnung über eine Anrechnung auf den Pflichtteil oder eine Ausgleichung nur rein **pflichtteilsrechtliche Wirkung** haben, so wird man sie für zulässig halten. Dies wird dann relevant, wenn dem Zuwendungsempfänger erbvertragsmäßig bindend eine Erbenstellung oder ein Vermächtnis zugewandt wird. Hier sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:
 - Zum einen kann noch ein **Pflichtteilsrestanspruch** (§§ 2305, 2307 BGB) des vertragsmäßig Bedachten eine Rolle spielen, der durch die nachträgliche Anrechnungs- oder Ausgleichungsanordnung reduziert würde. Da je-

⁶⁰ *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 4 f.

⁶¹ Dass nach neuem Recht die Ausgleichung von Pflegeleistungen nach § 2057b RegE mit dem Ehegatten möglich ist und dies zu Lasten des weniger oder gar nicht pflegenden Ehegatten gehen kann (s. Teil A:IV) wurde dabei übersehen.

⁶² *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 5.

⁶³ Anschaulich *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 4.

doch der Zuwendungsempfänger durch eine entsprechende Regelung eine solche nachträgliche Anordnung ausschließen kann, ist er – wenn er diese unterlässt – diesbezüglich nach der Grundvorstellung des RegE genauso wenig schutzwürdig, wie wenn er einen (beschränkten) Pflichtteilsverzicht abgegeben hat. Daher wird eine solche nachträgliche Anrechnungsbestimmung nach § 2315 BGB nF auch im Hinblick auf eine bestehende erbrechtliche Bindung (§§ 2270, 2278, 2289 BGB) für zulässig gehalten⁶⁴. Entscheidend aber ist, dass hier nur ein Eingriff in das **Pflichtteilsrecht** und nicht in die erbvertragsmäßig durch § 2289 Abs. 1 geschützten Rechte vorliegt.

- Zum anderen kann dadurch, dass eine frühere Zuwendung an den erbvertragsmäßig Bedachten nachträglich für ausgleichspflichtig erklärt wird, sich **zu Gunsten** der dadurch **ausgleichsberechtigten** anderen **Pflichtteilsberechtigten** ein **höherer Pflichtteilsanspruch** ergeben, der den erbvertragsmäßig Begünstigten damit nachträglich wirtschaftlich stärker belastet als früher. Daher stellt sich dann die Frage, ob eine solche nachträgliche Anordnung nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unzulässig ist, weil sie die erbvertragsmäßigen Rechte des Bedachten „beeinträchtigt“. Dies wird teilweise deswegen verneint, weil der vertragsmäßig Bedachte nur durch § 2316 BGB in seiner Stellung als Pflichtteilsberechtigter beeinträchtigt wird. Und eine solche Beeinträchtigung lässt der RegE auf Grund der §§ 2316 Abs. 1, 2050 Abs. 4 BGB nF ausdrücklich zu⁶⁵. Zudem könnte auch hier mit der mangelnden Schutzwürdigkeit desjenigen argumentiert werden, der es unterließ, eine spätere Ausgleichsmöglichkeit auszuschließen. Auf der Grundlage der bei § 2289 Abs. 1 BGB hM, wonach die Frage der Beeinträchtigung der erbvertraglichen Rechte allein nach **rechtlichen Gesichtspunkten** zu beurteilen ist⁶⁶, wäre jedenfalls auch hier eine nachträgliche Ausgleichsordnung zu Lasten des vertragsmäßig Bedachten zulässig.

Praxistipp: Wer aus der Sicht des vertragsmäßig Bedachten den sichersten Weg gehen will, müsste in jedem Erbvertrag das Recht ausschließen, die Anrechnung oder Ausgleich nachträglich anzuordnen!

- Greift dagegen die **nachträgliche Ausgleichsordnung unmittelbar** in die erbvertragsmäßig begründete **Rechtsstellung** des Vertragserben oder Vertragsvermächtnisnehmers ein, so ist eine solche Anordnung nach **§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB** unwirksam. Dies ist der Fall, wenn sich eine Ausgleichspflicht nach **§ 2052 BGB** ergibt, weil die bindende gewillkürte Erbfolge der gesetzli-

⁶⁴ *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 5; ebenso *Progl*, ZErB 2008, 78, 82, wobei diese Frage in dessen Beispiel gar keine Rolle spielt, weil der Pflichtteil, der durch die Anrechnungsmöglichkeit nochmals reduziert werden könnte, noch weit hinter der bindenden Schlusserbeneinsatzung zurück bleibt.

⁶⁵ *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 5.

⁶⁶ So etwa MünchKommBGB/Musielak, § 2289 Rn. 10; *J. Mayer* in Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2289 Rn. 16 je mwN; anders müssen die entscheiden, die die Beeinträchtigung allein an wirtschaftlichen Kriterien messen, so etwa *Palandt/Edenhofer*, § 2289 Rn. 4; *Soergel/Wolf*, § 2289 Rn. 3; *AnwKomm-BGB/Kornexl*, BGB, BGB, 2. Aufl. 2007, § 2289 Rn. 29 stellt demgegenüber auf den Beeinträchtigung des erbvertraglich bindenden Verteilungsplans ab und hat es daher mE am schwierigsten, diese Frage zu lösen.

chen Erbfolge entspricht und daher in gleicher Weise eine Ausgleichung im Rahmen der Erbaueinandersetzung durchzuführen wäre.

- Der RegE geht ohne weitere Begründung davon aus, dass nach der neuen Gesetzesfassung ein Ausschluss einer **nachträglichen Anrechnungs- oder Ausgleichungsbestimmung zulässig** ist. Klar ist dies nur für die Verweisung des § 2278 Abs. 2 Nr. 4 BGB nF auf die Ausgleichungspflicht nach §§ 2050, 2053, weil § 2050 Abs. 4 Satz 1 des RegE ausdrücklich auch Anordnung über den „Ausschluss“ der Ausgleichung anspricht. Demgegenüber spricht der RegE in § 2315 Abs. 1 Satz 3 nur die Möglichkeit an, dass die Anrechnungsbestimmung nachträglich „geändert“ werden kann. Eine Änderung ist aber eigentlich nicht die viel weitergehende Aufhebung. Eine Klarstellung wäre dringend angezeigt. Offen ist auch, ob **pauschal** für alle **künftigen Zuwendungen** die Ausgleichung/Anrechnung ausgeschlossen werden kann. Das praktische Bedürfnis hierfür ist gerade nach dem Selbstverständnis des RegE vorhanden. Nachdem es aber Stimmen gibt, die zumindest für die Anrechnung auf den Pflichtteil dies verneinen (s. oben, Teil A:V.5) erscheint es nicht ausgeschlossen, dass für den „actus contrarius“, nämlich den des Ausschlusses, gleiches gilt.

Formulierungsvorschlag Ausschluss einer Anrechnungs- und Ausgleichungsmöglichkeit im Wege eines Erbvertrags

„Teil B: Erbvertrag

In Teil A dieser Urkunde wurde an den Erwerber der dort näher bezeichnete Grundbesitz überlassen. Unter gegenseitiger Annahme ihrer Erklärungen wird hiermit nach § 2278 Abs. 2 Nr. 4 BGB nF im Wege des Erbvertrags sowohl eine nachträgliche Anordnung auf den Pflichtteil nach § 2315 BGB als auch eine nachträgliche Ausgleichungsanordnung nach § 2050 Abs. 4 BGB nF ausgeschlossen. Der Veräußerer ist nach meiner, des Notars Überzeugung, voll geschäfts- und testierfähig. Die Zuziehung von Zeugen war weder gesetzlich erforderlich noch von den Erschienen gewünscht worden. Die amtliche Verwahrung dieses Erbvertrags wird hiermit ausgeschlossen. Von diesem Erbvertrag soll eine Ausfertigung offen in der allgemeinen Urkundensammlung des Notars verwahrt werden. Weitere Verfügungen von Todes wegen wollen wir heute nicht treffen.“

VIII. Stundung des Pflichtteilsanspruch

1. Geplante Gesetzesänderung

§ 2331a Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Der Erbe kann Stundung des Pflichtteils verlangen, wenn die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs für den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände eine unbillige Härte wäre, insbesondere wenn sie ihn zur Aufgabe des Familienheims oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts zwingen würde, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind angemessen zu berücksichtigen.“

2. Gegenwärtige Rechtslage

Die gerichtliche Stundungsmöglichkeit nach § 2331a BGB spielt bisher in der Praxis keine große Rolle. Dies insbesondere damit begründet, dass

- Nur der pflichtteilsberechtigten Erbe eine Stundung verlangen kann

- Und zudem die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände „ungewöhnlich hart treffen muss“.

3. Amtliche Begründung der Bundesregierung

„Die Praxis sieht ein großes Bedürfnis nach Stundung des Pflichtteils: Besteht das Vermögen des Erblassers im Wesentlichen aus einem Eigenheim oder einem Unternehmen, so kann der Erbe gezwungen sein, das Eigenheim zu verkaufen oder das Unternehmen zu zerschlagen, um den Pflichtteil auszahlen zu können. Zwar sieht das geltende Recht schon jetzt die Möglichkeit der Stundung vor, deren Voraussetzungen sind aber sehr eng ausgestaltet. Zum einen sind nur die selbst pflichtteilsberechtigten Erben stundungsberechtigt, zum anderen muss der Pflichtteilsanspruch den Erben ungewöhnlich hart treffen und die Stundung dem Pflichtteilsberechtigten zugemutet werden können.

Um den Erben künftig noch besser vor der Gefahr der Zerschlagung von Unternehmen oder dem Verlust des Eigenheims schützen und die Stundungsmöglichkeit auch verstärkt anwenden zu können, will der Entwurf die Voraussetzungen der Stundung maßvoll erweitern:

Zunächst soll künftig jeder Erbe, nicht nur der selbst pflichtteilsberechtigte, Stundung verlangen dürfen. Es ist nicht einzusehen, dass der vom Firmeninhaber eingesetzte Neffe das Unternehmen zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen zerschlagen muss, während dem Sohn bei gleicher Ausgangslage ein Instrument zur Rettung des Unternehmens zur Verfügung steht.

Der Erbe soll nach wie vor nur in Härtefällen Stundung verlangen können. Allerdings wird die Schwelle herabgesetzt. Während bislang die Erfüllung des Pflichtteils den Erben „ungewöhnlich hart“ treffen musste, soll künftig eine „unbillige Härte“ ausreichend sein. Die herabgesetzte Eingriffsschwelle soll den Anwendungsbereich und damit auch die Anwendung in der Praxis erweitern.

Da aber eine Stundung einen erheblichen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Position des Pflichtteilsberechtigten darstellt, dürfen bei der Entscheidung über die Stundung nicht einseitig nur die Interessen des Erben eine Rolle spielen. Die vorgeschlagene Neuregelung sieht daher vor, dass die Interessen des Pflichtteilsberechtigten angemessen berücksichtigt werden müssen. Die bislang geltende hohe Hürde, nach der die Stundung dem Pflichtteilsberechtigten auch zumutbar sein muss, wird maßvoll herabgesetzt. Dies ist vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass der Pflichtteil durch die Stundung nicht erlischt und Sicherungen dieses Anspruchs möglich sind.

Die Sicherheitsleistung zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten eigenständig zu regeln ist nicht notwendig. Bereits nach derzeit geltender Rechtslage kann der Pflichtteilsberechtigte nach § 2331a Abs. 2 Satz 2 BGB i. V. m. § 1382 Abs. 3 BGB Sicherheitsleistung verlangen. Diese wird nur in besonderen Fällen versagt werden können. Eine Stundung ist dem Pflichtteilsberechtigten regelmäßig dann nicht zumutbar, wenn der Erbe zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist (Thiele in Staudinger, 1994, § 1382 Rn. 27). Auch bei Herabsetzung der Schwelle der Zumutbarkeit werden die Interessen des Pflichtteilsberechtigten bei Gewährung der Stundung in der Regel nur dann angemessen berücksichtigt sein, wenn eine Sicherung seines verfassungsrechtlich geschützten Anspruchs erfolgt.“

4. Stellungnahme des Bundesrats

Der Bundesrat hat zu diesen Änderungsvorschlägen nicht ausdrücklich Stellung genommen.

5. Eigene Stellungnahme

a) Stellungnahme

aa) Harmonisierung der §§ 1382 BGB und 2331a RegE

Entgegen der Einschätzung des Entwurfs der Bundesregierung ergeben sich aus der vorgeschlagenen Änderung des Stundungsgrundes 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.⁶⁷ Vielmehr wird dem Erben im Gegenteil regelmäßig zugemutet, dass er das Wirtschaftsgut, u.U. auch deutlich unter Wert, kurzfristig veräußert,⁶⁸ so dass ein ungünstiger Kurs der zum Nachlass gehörenden Wertpapiere kein Stundungsgrund ist.⁶⁹ Demgegenüber bildet im Bereich des Zugewinnausgleichs die Notwendigkeit einer unwirtschaftlichen Veräußerung zur Erfüllung der Ausgleichsforderung einen Stundungsgrund.⁷⁰ Angesichts der Liquiditätsprobleme, welche die sofortige Fälligkeit des Pflichtteilsanspruchs schafft, sollten daher im Rahmen der Stundungsmöglichkeiten **wirtschaftliche Erwägungen** verstärkt Berücksichtigung finden.⁷¹ 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 verdient⁷², 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 Stundungsentcheidung -- die Interessen des Pflichtteilsberechtigten nur noch angemessen zu berücksichtigen sind. Demgegenüber war bisher der Stundung nur dann statt zu

⁶⁷ Vgl. etwa zur bisherigen Rechtslage *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, § 14 Rn. 267 f.

⁶⁸ *Lange*, DNotZ 2007, 84, 90.

⁶⁹ *Staudinger/Olshausen*, BGB, Bearb. 2006, § 2331a Rn. 16 a. E.

⁷⁰ *MünchKomm/Koch*, BGB, 4. Aufl. 2000, § 1382 Rn. 7.

⁷¹ *Lange*, DNotZ 2007, 84, 94 f.

⁷² Vgl. dazu auch BVerfGE 67, 348 = NJW 1985, 1329, 1330, wo auf Art. 6 Abs. 1 GG abgestellt wird.

geben, wenn dies dem Pflichtteilsberechtigten, bei Abwägung der Interessen beider Teile zugemutet werden kann.

bb) Privilegierung des selbst bewohnten Familienwohnheims

Weiter ist noch ein Problem zu beachten, 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 2007 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.⁷³ 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 überlebenden 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 Sicherheitsinteresse 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.

⁷³ vgl. dazu etwa AnwK-BGB/Süß, BGB, 2. Aufl. 2007, Länderbericht Niederlande, Rn. 57.

6. Folgerungen für die Praxis

Nach wie vor ist die Stundungsmöglichkeit des Pflichtteilsanspruchs als Ausnahmenvorschrift konzipiert. Und nach wie vor ist die „Hürde“ für die Bejahung einer Stundung sehr hoch, da eine „unbillige Härte“ verlangt wird, die gerade aus der Art der Nachlassgegenstände resultieren muss. Es ist daher zu erwarten, dass auch die Neuregelung keine wesentliche Erleichterung der gerichtlichen Stundungsmöglichkeiten in der Praxis ermöglichen wird⁷⁴. Daher sollten auch in Zukunft vermehrt die Möglichkeiten einer **vertraglichen Stundungsvereinbarung** genutzt werden. Hier ist zu unterscheiden zwischen⁷⁵

- einer **echten Stundung**, die erst **nach dem Erbfall** vereinbart wird, also zu einem Zeitpunkt, zu dem der Pflichtteilsanspruch bereits entstanden ist⁷⁶. Hierbei ist folgendes zu beachten:
 - eine solche Vereinbarung kann Elemente eines **Erlassvertrages** im Sinne von § 397 BGB enthalten. Wenn daher Minderjährige oder unter Betreuung stehende Personen eine entsprechende Stundung ihres Pflichtteils erklären, ist hierfür die Genehmigung des Vormundschafts- oder Familiengerichts nach den § 1643 Abs. 2 Satz 1, 1822 Nr. 2 BGB erforderlich⁷⁷.
 - Weiter ist zu prüfen, ob bei Verfügungen von Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag nicht eine **Pflichtteilsstrafklausel** vorliegt. Denn hierzu wird vertreten, dass selbst die Stundung eines Pflichtteilsanspruchs, wenn sie mit einer höheren Verzinsung verbunden ist, der Geltendmachung des Pflichtteils gleichsteht und daher die Verwirkung des Erbrechts nach dem Tod des Längerlebenden der Ehegatten auslöst⁷⁸.
- Insbesondere bei längerfristigen Stundungen ist für eine **ausreichende Sicherheit** zur Erfüllung des späteren Zahlungsanspruch zu sorgen, etwa durch die Eintragung einer Hypothek im Grundbuch, gegebenenfalls auch Vorsorge gegen einen Wertverlust durch Inflation zu treffen, etwa durch eine Verzinsung oder, wenn die Voraussetzungen hierfür nach dem PreisG vorliegen⁷⁹, durch eine echte Wertsicherungsklausel mit Anpassung an den Verbraucherpreisindex.
- Des weiteren sind **nachteilige steuerliche Folgen** zu beachten, so ist
 - in der Stundungsvereinbarung ist **erbschaftsteuerrechtlich** die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zu sehen, so dass damit der Anspruch für

⁷⁴ Ebenso *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 106; *Bonefeld/Lange/Tanck*, ZErB 2007, 292, 296; ebenso *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 16, die zwar die semantischen Unterschiede (unter Bezug auf den „Duden“) hervorheben, für die praktische Relevanz der Unterscheidung aber betonen, dass dies keine „praktische Hilfe“ sei; eher zweifelnd auch *Reimann*, FamRZ 2007, 1597, 1599; optimistischer *Keim*, ZEV 2008, 161, 167; eine „Herabsetzung der Schwelle“ für die Stundung erwartet nur *Machulla-Notthoff*, ZFE 2007, 413, 416.

⁷⁵ *Keim*, ZEV 2008, 161, 167.

⁷⁶ Zu den steuerlichen Folgen s. *J. Mayer*, DStR 2004, 1541, 1547; *Wälzholz*, in *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, § 17 Rn. 57 ff.

⁷⁷ *Klingelhöffer*, ZEV 1998, 121, 122;

⁷⁸ Vgl. dazu etwa OLG München ZEV 2006, 411 = MittBayNot 2007, 62 = ZErB 2006, 203; dazu *J. Mayer*, MittBayNot 2007, 19.

⁷⁹ Zur Neuregelung desselben nun etwa *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 913; *Reul*, MittBayNot 2007, 445.

den Pflichtteilsberechtigten sofort erbschaftsteuerpflichtig wird, § 3 Abs. 1 Nr. 1, 4. Alt. ErbStG, soweit die entsprechenden Freibeträge überschritten werden⁸⁰.

- Erfolgt die **Stundung zinslos**, so ist nach der Praxis der Finanzverwaltung davon auszugehen, dass bei einer Stundung, die über ein Jahr hinaus dauern soll, eine fiktive Abzinsung nach § 12 Abs. 3 BewG erfolgt. Dies hat zur Folge, dass diese fiktiven Zinsen im Jahre des Zuflusses, also bei der Bezahlung des Pflichtteilsanspruchs, als Einkünfte aus Kapitalvermögen einkommensteuerpflichtig sind⁸¹.
- Erfolgt die **Stundung** jedoch bereits **vor** Eintritt des **Erbfalls**, also vor Entstehen des Pflichtteilsanspruchs, so ist diese nur möglich, wenn entweder zwischen dem künftigen Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten ein **beschränkter Pflichtteilsverzicht**⁸² in der Form des 2348 BGB vereinbart wird oder aber zwischen den künftigen Erben und dem Pflichtteilsberechtigten ein Erbschaftsvertrag nach § 311b Absatz 5 BGB, welcher ebenfalls der notariellen Beurkundung bedarf⁸³. Allerdings ist diesbezüglich zu beachten, dass die früher insofern angenommenen **erbschaftsteuerrechtlichen Vorteile** einer solchen antizipierten Stundung nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs entfallen sind. Denn nach Auffassung des BFH können die Kinder beim Tod des überlebenden Ehegatten keine Nachlassverbindlichkeiten im Sinn des § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG von ihrem steuerpflichtigen Erwerb abziehen, wenn sich deren Eltern im Wege eines Berliner Testaments zunächst gegenseitig zu Erben einsetzen und die Kinder zu Schlusserben bestimmten und weiter von den Kindern mit dem längerlebenden Elternteil vereinbart wurde, dass diese jeweils gegen Zahlung einer erst mit Tod des längerlebenden der Eltern fällige Abfindung auf die Geltendmachung ihres Pflichtteils nach dem Erstverstorbenen der Eltern verzichtet haben⁸⁴.

IX. Zuwendungsverzicht

1. Geplante Gesetzesänderung

In § 2352 wird die Angabe „, 2348“ durch die Wörter „bis 2349“ ersetzt.

2. Gegenwärtige Rechtslage

Der Zuwendungsverzicht nach § 2352 BGB wäre für die Praxis ein wichtiges Gestaltungsmittel, um eine durch ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag eingetretene Bindungswirkung wieder beseitigen zu können. Jedoch erstreckt er sich wegen der fehlenden Verweisung auf § 2349 BGB nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden. Er spielte daher in der erbrechtlichen Praxis wegen dieser fehlenden Erstreckungswirkung bislang keine praktische Bedeutung⁸⁵.

⁸⁰ Dazu *Muscheler*, ZEV 2001, 370, 379; *J. Mayer*, ZEV 1998, 50, 53.

⁸¹ *J. Mayer*, DStR 2004, 1541, 1547 f.

⁸² Hierzu etwa *J. Mayer*, ZEV 2000, 263.

⁸³ *MünchKommBGB/Lange*, § 2331a Rn. 1; *Klingelhöffer*, ZEV 1998, 121, 122.

⁸⁴ BFH vom 27.6.2007, ZEV 2007, 502 m. Anm. *Wälzholz* = NotBZ 2007, 337 = RNotZ 2007, 493 = NJW-RR 2007, 1458.

⁸⁵ Eingehend hierzu etwa *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 109; *Keim*, ZEV 2008, 161, 168.

3. Amtliche Begründung der Bundesregierung

Die gesetzliche Neuregelung will die fehlende Erstreckungswirkung des Zuwendungsverzichts beseitigen. Daher führt die amtliche Begründung aus:

„In der Praxis kann aber der Erblasser bei Erbeinsetzungen oder Vermächtnissen, die in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag bindend angeordnet wurden, das Bedürfnis haben, sich davon wieder zu lösen, weil er z. B. den Erben oder Vermächtnisnehmer bereits zu Lebzeiten durch eine Zuwendung abfinden will. Der Erblasser kann hier einen Zuwendungsverzicht mit dem Begünstigten vereinbaren. Dabei ist regelmäßig gewollt, dass sich dieser Zuwendungsverzicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt. Andernfalls kann dies zu ungerechten Ergebnissen führen, insbesondere wenn der Erbe für seinen Verzicht vollständig abgefunden wird und danach seine Abkömmlinge an seiner Stelle erben (Doppelbegünstigung des Stammes des Verzichtenden).

Daher hat die Rechtsprechung durch einen Rückgriff auf die allgemeinen Vermutungsregeln die Möglichkeit geschaffen, eine solche Doppelbegünstigung des Stammes zu vermeiden, indem der Zuwendungsverzicht unter bestimmten Voraussetzungen doch wieder auf Abkömmlinge erstreckt wird:

Ist der Verzichtende für seinen Verzicht vollständig abgefunden worden und hat der Erblasser keinen Ersatzerben ausdrücklich eingesetzt, kämen also die Abkömmlinge des Verzichtenden aufgrund der Auslegungsregel des § 2069 BGB zum Zuge, so besteht nach Ansicht der Rechtsprechung eine Vermutung dahingehend, dass die Abkömmlinge von der Erbfolge ausgeschlossen sein sollen (ausführlich dazu Schotten in Staudinger, 1997, § 2352 Rn. 31 ff.).

Dem bestehenden praktischen Bedürfnis, den Zuwendungsverzicht auch auf die Abkömmlinge zu erstrecken, soll künftig durch eine ausdrückliche Regelung entsprochen werden. Die Verweisung in § 2352 BGB-E wird auf § 2349 BGB erweitert. Damit wird vermutet, dass sich Zuwendungsverzicht künftig auf die Abkömmlinge erstreckt, unabhängig davon, ob der Verzichtende für seinen Verzicht abgefunden wird oder nicht. Will der Erblasser diese Folge ausschließen, muss er künftig ausdrücklich bestimmen, dass diese vermutete Erstreckung nicht gilt.

Die vorgeschlagene Regelung stärkt die Testierfreiheit des Erblassers.“

4. Stellungnahme des Bundesrats

Der Bundesrat hat zu dieser Änderung nicht ausdrücklich Stellung genommen.

5. Eigene Stellungnahme, Folgerungen für die Praxis

Die Neuregelung ist aus der Sicht der notariellen Praxis sehr zu begrüßen. Sie ist geeignet, dem Zuwendungsverzicht gerade bei den Fällen einer erbrechtlich bindenden Schlusserbenstellung wieder eine praktische Relevanz zukommen zu lassen und bringt Rechtssicherheit und –klarheit⁸⁶. Die Erstreckung erfolgt dabei unabhängig davon, ob der Verzichtende eine Abfindung erhält.

Die Neuregelung stellt auch keinen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter dar, weil die Erstreckungswirkung auf die Abkömmlinge des Verzichtenden kraft Ge-

⁸⁶ So etwa *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 109; *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 24.

setzes und unabhängig vom Willen der Vertragsteile eintritt⁸⁷. Trotzdem sind einige Umstände zu beachten:

- **Keine Erstreckungswirkung** auf die Abkömmlinge des Verzichtenden und damit auch keine Befreiung einer bereits eingetretenen erbrechtlichen Bindung tritt auch nach der geplanten Neuregelung ein, wenn⁸⁸
 - Wenn eine **Anwachsung** nach § 2094 BGB an die anderen in der Verfügung von Todes wegen berufenen (bindend eingesetzten) Erben eintritt
 - **Andere als Abkömmlinge** als Ersatzerben berufen sind
 - Der **Verzichtende nicht Abkömmling oder Seitenverwandter** des Erblassers ist, also etwa der Ehegatte des Verzichtenden
 - Im Zuwendungsverzichtsvertrag die **Erstreckungswirkung** ausdrücklich ausgeschlossen ist. Daher empfiehlt sich in Zukunft – wie bereits auch bisher beim Erb- oder Pflichtteilsverzicht – in die Verzichtsurkunde einen Vermerk zu der Erstreckungswirkung aufzunehmen, um diese den Beteiligten hinreichend deutlich zu machen⁸⁹.
- Erfasst die nunmehr geplante Erstreckungswirkung auch eine **ausdrückliche Ersatzerbenberufung**⁹⁰ oder nur eine solche, die sich aus der Anwendung des § 2069 BGB ergibt, für die sich eher eine Parallele zu § 2349 BGB mit seiner weitreichenden Erstreckungswirkung ziehen lässt?
- Der Zuwendungsverzicht enthält grundsätzlich **keinen** Verzicht auf den **gesetzlichen Erb- und Pflichtteil**⁹¹. Zudem sollte auch hier ein **Erbverzicht** vermieden werden, weil er gem. § 2310 Satz 2 BGB zu einer idR nicht gewollten Erhöhung des Erb- und Pflichtteils anderer führt.
- Der Zuwendungsverzicht **verhindert** nur den **Anfall** der diesbezüglichen Zuwendung an den Verzichtenden. Soll daher abweichend von der sonst durch den Verzicht eintretenden gesetzlichen Erbfolge ein neuer Erbe bestimmt werden, so ist eine entsprechende **neue Verfügung von Todes wegen** erforderlich⁹².
- Es ist zu überlegen, ob nicht auch **andere Vorschriften** des Erbverzichts für den Zuwendungsverzicht als anwendbar erklärt werden. Der BGH dies mit der hM gerade für die Aufhebungsmöglichkeit nach § 2351 BGB bejaht⁹³; zu denken ist aber auch an die entsprechende Anwendung des § 2350 und § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB⁹⁴.

⁸⁷ Muscheler, ZEV 2008, 105, 109.

⁸⁸ Muscheler, ZEV 2008, 105, 109, Fn. 64.

⁸⁹ Schaal/Grigas, BWNotZ 2008, 2, 24.

⁹⁰ Zweifelnd insoweit Schaal/Grigas, BWNotZ 2008, 2, 24.

⁹¹ MünchKommBGB/Strobel, § 2352 Rn. 16; Palandt/Edenhofer, § 2352 Rn. 4; großzügig auf Grund einer umfassenden Auslegung BGH, DNotZ 1972, 500.

⁹² Keim, ZEV 2008, 161, 168; vgl. dazu auch Weidlich, MittBayNot 2007, 194, 196.

⁹³ Dazu gerade erst BGH Urteil vom 20.2.2008, IV ZR 32/06.

⁹⁴ Muscheler, ZEV 2008, 105, 109.

X. Übergangsvorschriften

Nach der Übergangsregelung des RegE findet für die Erbfälle, die nach dem In-Kraft-Treten des Gesetzes eintreten, bereits das neue Recht Anwendung. Dies gilt unabhängig davon ob die Ereignisse und Umstände, an die die neuen Regelungen anknüpfen, noch unter dem alten Recht eingetreten sind. Dies überrascht und hat weitreichende Auswirkungen, wenn nur der Erbfall nach dem In-Kraft-Treten der Neuregelung eintritt⁹⁵.

- Bereits nach altem Recht **erbrachte Pflegeleistungen** sind dann nach § 2057b RegE auszugleichen,
- Bereits jetzt kann dann eine **nachträgliche Anordnung von Anrechnungs-/Ausgleichspflichten** getroffen werden⁹⁶,
- Auch die „**Abschmelzungsregelung**“ nach § 2325 Abs. 3 RegE gilt dann bereits früher erfolgte Schenkungen,
- auch die **Pflichtteilsentziehung** kann dann bereits auf die Regelungen des RegE gestützt werden.
- Gerade in den Fällen, in denen sich durch die Neuregelung aber eine erhebliche Einschränkung des Pflichtteilsrechts ergibt, bestehen mE erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, wenn das neue Recht auch für die in der Vergangenheit bereits verwirklichten Tatbestände Anwendung findet. Insbesondere bei Zuwendungen, die erst nachträglich anrechnungs-/ausgleichspflichtig werden, oder bei einer Pflichtteilsentziehungsmöglichkeit, die erst durch das neue Recht eröffnet wird, liegt eine unechte Rückwirkung vor, die **verfassungsrechtlich** mehr als **bedenklich** ist⁹⁷.
- Unabhängig von diesen Bedenken muss sich die Kautelarpraxis bereits jetzt auf diese weitreichenden **Rückwirkungsmöglichkeiten einstellen** und ab sofort das geplante neue Recht in ihre Gestaltungsüberlegungen aufnehmen. Dies gilt insbesondere bezüglich der Anrechnungs-/Ausgleichspflichten.

⁹⁵ S. etwa *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 24; *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 110.

⁹⁶ Formulierungsvorschlag bei *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 24, der allerdings mE wesentlich kürzer gefasst werden kann.

⁹⁷ Zutr. daher die Begründung des Bundesrats, s. oben Teil A:III.4; anders die Einschätzung von *Schaal/Grigas*, BWNotZ 2008, 2, 25.