



**Internationale  
Göttinger Reihe**

# **RECHTSWISSENSCHAFTEN**

Florian Bühler

## **Veränderungen in den Familienstrukturen und die Auswirkungen auf das Erbrecht:**

Eignet sich das „Berliner Testament“ für  
Stieffamilien, wenn diese ihre Kinder  
gleich behandeln wollen?

**Band 75**



**Cuvillier Verlag Göttingen**  
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Internationale Göttinger Reihe

Rechtswissenschaften

Band 75





**Veränderungen in den Familienstrukturen und die Auswirkungen auf das Erbrecht: Eignet sich das „Berliner Testament“ für Stieffamilien, wenn diese ihre Kinder gleich behandeln wollen?**

**Inaugural-Dissertation**

zur

**Erlangung der juristischen Doktorwürde**

dem

**Fachbereich Rechtswissenschaften  
der Philipps-Universität Marburg**

vorgelegt von

Florian Bühler

Rechtsanwalt und Notar aus Twistringen

**Marburg**

**2016**

Druck vom Cuvillier Verlag in Göttingen



## **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen: Cuvillier, 2017  
Zugl.: Marburg, Univ., Diss., 2016

### **Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften**

**angenommen am:** 09.11.2016

**Berichterstatter:** *Professor Dr. Stephan Buchholz*

**Mitberichterstatter:** *Professor Dr. Tobias Helms*

**Tag der mündlichen Prüfung:** 07. 02.2017

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2017

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

[www.cuvillier.de](http://www.cuvillier.de)

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2017

Gedruckt auf umweltfreundlichem, säurefreiem Papier  
aus nachhaltiger Forstwirtschaft.

ISBN 978-3-7369-9526-0

eISBN 978-3-7369-8526-1



---

## Danksagung

Meinem Doktorvater, Prof. Dr. Stephan Buchholz, möchte ich an dieser Stelle meinen Dank aussprechen, weil er mir trotz seiner Emeritierung die Durchführung der Promotion ermöglicht hat. Ebenso möchte ich mich bei Prof. Dr. Tobias Helms für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie besonders für die fortwährende Unterstützung im Zuge des Promotionsverfahrens bedanken.

Ferner gebührt an dieser Stelle ein Dankeswort meinen guten Freunden für ihre Anmerkungen und Hilfestellungen. Zum einen sind an dieser Stelle Rechtsanwalt und Notar a.D. Wolfgang Meckelburg sowie Udo Hoffmüller zu nennen, die mir durch die kritische Betrachtung der Arbeit neue Denkipulse gegeben haben. Zum anderen möchte ich auch Rechtsanwalt Jan-Ole Lüers sowie Alexander Pachaly erwähnen, die mir immer wieder bei der Beschaffung von Literatur hilfreich zur Seite standen und mich auch in den Phasen des Zweifels stets motivierten, die Arbeit fertig zu stellen. Gleiches gilt für Rechtsanwalt Dr. Michael Horn, der mich insbesondere auch im Zusammenhang mit der Vorbereitung auf die Disputation mit Ratschlägen unterstützt hat.

Ebenso sollen Richterin am Amtsgericht Isabel Bohl, Rechtsanwalt Dr. Sebastian Ertel und Richter am Amtsgericht Dr. Johann Lessing nicht unerwähnt bleiben, die mich sowohl im Studium wie auch im Referendariat durch ihre stetige Verbundenheit, die bis heute Bestand hat, maßgeblich geprägt haben.

Letztlich möchte ich meiner Familie danken, die mir nicht nur die Ausbildung ermöglicht, sondern mir auch fortlaufend den Freiraum verschafft hat, damit ich mich neben meiner beruflichen Tätigkeit der Fertigstellung dieser Arbeit widmen konnte.

Marburg, im März 2017

Florian Bühler





# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XII</b>
<b>1. Einleitung</b> .....	<b>1</b>
1.1. Problemstellung.....	1
1.2. Ausgangslage und Ziel der Arbeit.....	4
1.3. Aufbau der Arbeit.....	6
<b>2. Soziale und rechtliche Aspekte von Stieffamilien</b> .....	<b>9</b>
2.1. Relevanz sozialer Veränderungen.....	9
2.2. Die Veränderungen von Lebensformen.....	9
2.3. Stiefkindverhältnisse im geltenden deutschen Recht.....	12
2.3.1. Relevanz der Fragestellung.....	12
2.3.2. Stiefkindverhältnisse im Erbrecht.....	12
2.3.3. Stiefkindverhältnisse im Erbschaftssteuerrecht.....	14
2.3.3.1. Die Regelungen der §§ 15 f. ErbStG.....	14
2.3.3.2. Verfassungsrechtliche Würdigung der §§ 15 und 16 ErbStG.....	15
2.3.4. Stiefkindverhältnisse im Familienrecht.....	19
2.3.4.1. Bedeutung des Familienrechts für Stiefkindverhältnisse.....	19
2.3.4.2. Namensrecht.....	20
2.3.4.3. Umgangsrecht.....	21
2.3.4.4. „Kleines Sorgerecht“ gemäß § 1687b BGB.....	24
2.3.4.5. Unterhaltsrecht.....	25
2.3.4.6. Zwischenergebnis.....	26
2.3.5. Verfassungsrechtliches Verständnis des Familienbegriffs.....	27
2.3.5.1. Familie als unbestimmter Begriff.....	27
2.3.5.2. Traditionelles Begriffsverständnis des BVerfG.....	28
2.3.5.3. Wandel des traditionellen Begriffsverständnisses.....	29
2.3.6. Zwischenergebnis.....	30
2.4. Zusammenfassung des zweiten Kapitels.....	31
<b>3. Gestaltungsoptionen beim gemeinschaftlichen Testament und die damit verbundenen Auswirkungen bei Stieffamilien</b> .....	<b>33</b>
3.1. Typen letztwilliger Verfügungen von Ehegatten.....	33
3.1.1. Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag.....	33
3.1.2. Gemeinschaftliches Testament mit Trennungslösung.....	34
3.1.2.1. Regelungszweck der Trennungslösung.....	34
3.1.2.2. Nacherbschaft im gemeinschaftlichen Testament.....	35
3.1.3. Gemeinschaftliches Testament mit Einheitslösung.....	36
3.1.3.1. Regelungszweck der Einheitslösung.....	36
3.1.3.2. Einheitslösung im gemeinschaftlichen Testament.....	36
3.2. Pflichtteilsansprüche und „Berliner Testament“.....	37
3.2.1. Beispielfall.....	37
3.2.1.1. Ausgangslage.....	37
3.2.1.2. Berechnungsbeispiel zur Ausgangskonstellation.....	38
3.2.1.3. Auswirkungen bei anderen Familienstrukturen.....	39
3.2.1.3.1. F stirbt zuerst.....	39
3.2.1.3.2. M und F haben jeweils (nur) ein Kind.....	40
3.2.1.3.3. Der erstversterbende M hat zwei Kinder, F ein Kind.....	40
3.2.1.3.3.1. Veränderung bei der Anzahl der Kinder.....	40
3.2.1.3.3.2. Einseitige und gemeinschaftliche Kinder.....	41
3.2.1.3.4. Der erstversterbende M hat ein Kind, F zwei Kinder.....	41
3.2.1.3.5. Zwischenergebnis.....	41
3.2.1.4. Berechnungsbeispiele bei Vermögensunterschieden.....	41





3.2.1.4.1. Berechnungsbeispiele bei gleichem Vermögen.....	42
3.2.1.4.1.1. F stirbt zuerst.....	42
3.2.1.4.1.2. M und F haben jeweils (nur) ein Kind.....	42
3.2.1.4.1.3. Der erstversterbende M hat zwei Kinder, F ein Kind.....	42
3.2.1.4.1.4. Der erstversterbende M hat ein Kind, F zwei Kinder.....	42
3.2.1.4.1.5. Zwischenergebnis .....	43
3.2.1.4.2. Berechnungsbeispiele bei Vermögensunterschieden .....	43
3.2.1.4.2.1. F stirbt zuerst.....	43
3.2.1.4.2.2. M und F haben jeweils (nur) ein Kind.....	43
3.2.1.4.2.3. Der erstversterbende M hat zwei Kinder, F ein Kind.....	43
3.2.1.4.2.4. Der erstversterbende M hat ein Kind, F zwei Kinder.....	44
3.2.1.4.2.5. Zwischenergebnis .....	44
3.2.1.4.3. Schlussfolgerungen .....	44
3.2.2. Ursachen dieses unbilligen Ergebnisses .....	45
3.2.2.1. Die Konstruktion des „Berliner Testaments“ .....	45
3.2.2.2. Der Pflichtteilsanspruch leiblicher Verwandter .....	45
3.2.3. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Erb- und Pflichtteilsrechts .....	46
3.2.3.1. Die Erbrechtsgewährleistung gemäß Art. 14 Abs. 1 GG .....	46
3.2.3.2. Testierfreiheit als Element der Privatautonomie.....	49
3.2.3.2.1. Der Begriff der Privatautonomie.....	49
3.2.3.2.2. Verfassungsrechtliche Verankerung der Privatautonomie .....	50
3.2.3.2.3. Einschränkung der Privatautonomie .....	51
3.2.3.3. Verfassungsmäßigkeit der §§ 2303 ff. BGB .....	52
3.2.3.4. Auswirkungen bei Einforderung des Pflichtteils .....	55
3.2.4. Sanierung durch Pflichtteils klauseln .....	55
3.2.4.1. Der Begriff der Pflichtteils klausel .....	55
3.2.4.2. Zweck der Pflichtteils klauseln.....	56
3.2.4.3. Pflichtteils klauseln beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen .....	58
3.2.4.3.1. Folgen verschiedener Abstammung .....	58
3.2.4.3.2. Keine Nachlassbeteiligung beim Tod des Letztversterbenden.....	58
3.2.4.3.3. Keine abschreckende Wirkung durch Pflichtteils klausel .....	60
3.2.4.3.3.1. Problemstellung.....	60
3.2.4.3.3.2. Keine Bindungswirkung.....	61
3.2.4.3.3.3. Aufnahme einer Abänderungsbefugnis.....	63
3.2.4.3.3.4. Unsichere Beteiligung beim Schlusserbfall.....	63
3.2.4.3.3.5. Zwischenergebnis .....	65
3.2.4.3.4. Wirkung der Pflichtteils klausel .....	66
3.2.4.3.4.1. Beispielrechnung mit Pflichtteils klausel.....	66
3.2.4.3.4.2. Beispielrechnung ohne Pflichtteils klausel.....	67
3.2.4.3.4.3. Zwischenergebnis .....	68
3.2.4.3.5. Die Pflichtteils klausel als probates Gestaltungsmittel in Stieffamilien?.....	69
3.2.4.4. Schlussfolgerungen.....	72
<b>3.3. Steuerrechtliche Besonderheiten .....</b>	<b>72</b>
3.3.1. Auswirkungen der Einheitslösung .....	72
3.3.2. Auswirkungen der Trennungslösung .....	73
<b>3.4. Auswirkungen auf die Beratungspraxis.....</b>	<b>74</b>
3.4.1. Einführung.....	74
3.4.2. Durchführung und Konzeption der Untersuchung .....	75
3.4.3. Untersuchungsinstrument.....	75
3.4.4. Kreis der Befragten .....	78
3.4.5. Technische Umsetzung .....	79
3.4.6. Studienteilnehmer.....	80
3.4.7. Ergebnisse .....	80
3.4.7.1. Würden Sie die Frage stellen, ob es sich um gemeinsame Kinder handelt? .....	81
3.4.7.2. Wenn ja, warum? .....	82
3.4.7.3. Zu welcher Form der Testierung würden Sie raten?.....	83



3.4.7.4. Würden Sie dem Ehepaar von der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes in Form des „Berliner Testamentes“ abraten, wenn Ihnen bekannt wäre, dass es sich um nicht gemeinsame Abkömmlinge handelt? .....	85
3.4.7.5. Würden Sie – sofern Sie keine Bedenken gegen die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes in Form des „Berliner Testamentes“ haben – die Anordnung einer Pflichtteils Klausel zur Absicherung der Rechtsposition des überlebenden Ehegatten empfehlen? .....	86
3.4.7.6. Wenn nein, warum? .....	87
3.4.8.    Würdigung der Ergebnisse .....	88
3.4.8.1. Limitation der Ergebnisse .....	88
3.4.8.2. Vertrautheit mit der Problematik .....	89
3.4.8.3. Der Einfluss des Pflichtteilsrechts bei Stieffamilien .....	89
3.4.8.4. Abweichungen zwischen den Notariatstypen .....	90
3.4.8.5. Zwischenergebnis .....	90
<b>3.5.    Zusammenfassung des dritten Kapitels .....</b>	<b>91</b>
<b>4.    Überlegungen zur Sicherstellung einer Gleichbehandlung der Kinder in Stieffamilien durch die Kautelarpraxis beim „Berliner Testtament“ .....</b>	<b>93</b>
<b>4.1.    Pflichtteilsverzichtsvertrag .....</b>	<b>93</b>
<b>4.2.    Erweiterte Pflichtteils Klausel .....</b>	<b>94</b>
<b>4.3.    Auflösend bedingte Vollerbschaft des Längerlebenden .....</b>	<b>96</b>
4.3.1.    Problemstellung .....	96
4.3.2.    Die Bedingung der Geltendmachung des Pflichtteiles .....	98
4.3.3.    Die Rechtsposition des überlebenden Ehegatten .....	98
4.3.3.1. Darstellung verschiedener Rechtsauffassungen .....	98
4.3.3.1.1. Auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe .....	99
4.3.3.1.2. Auflösend bedingter Vorerbe und aufschiebend bedingter Vollerbe .....	99
4.3.3.1.3. Freies Wahlrecht der Ehegatten .....	99
4.3.3.2. Stellungnahme .....	100
4.3.4.    Die Rechtsposition der Schlusserben .....	104
4.3.4.1. Bedingungseintritt durch Verhalten einzelner Schlusserben .....	104
4.3.4.2. Wer ist Bedachter des Erstversterbenden beim „Berliner Testament“? .....	104
4.3.4.2.1. Nur der Vollerbe als Bedachter .....	104
4.3.4.2.2. Nur der Schlusserbe als Bedachter .....	105
4.3.4.2.3. Sowohl Voll- als auch Schlusserbe als Bedachter .....	105
4.3.4.2.4. Stellungnahme .....	105
4.3.4.3. Vorschlag einer Verwirkungsklausel .....	109
4.3.4.4. Bedenken gegen die Verwirkungsklausel .....	110
4.3.4.4.1. Einschränkung der Testierfreiheit durch das Pflichtteilsrecht .....	110
4.3.4.4.2. Denkbare Verstoß gegen die §§ 2139-2146 BGB .....	111
4.3.4.4.3. Zwischenergebnis .....	111
4.3.4.5. Die Abschreckungswirkung der Verwirkungsklausel .....	112
4.3.4.5.1. Beispielfall .....	112
4.3.4.5.2. Denkbare Konsequenzen des Beispielfalles .....	113
4.3.4.5.2.1. Keine weitergehende testamentarische Regelung .....	113
4.3.4.5.2.2. Gestaltungsüberlegung der auflösend bedingten Voll- und aufschiebend bedingten Vorerbschaft .....	113
4.3.4.5.2.2.1. Auswirkungen von Vermögensunterschieden .....	114
4.3.4.5.2.2.1.1. Größeres Vermögen bei F .....	114
4.3.4.5.2.2.1.2. Gleichmäßige Vermögensverteilung .....	115
4.3.4.5.2.2.2. Auswirkungen der Familienstrukturen .....	116
4.3.4.5.3. Stellungnahme .....	116
4.3.4.6. Umsetzung in der Praxis .....	118
4.3.5.    Zwischenergebnis .....	119
<b>4.4.    Aussetzung von Vermächtnissen .....</b>	<b>120</b>
4.4.1.    Problemstellung .....	120
4.4.2.    Das Herausgabevermächtnis auf den Überrest .....	121
4.4.2.1. Grundlegende Konstruktion .....	121
4.4.2.2. Anfall und Fälligkeit des Vermächtnisses .....	121



4.4.2.2.1. Annahme der Abzugsfähigkeit.....	123
4.4.2.2.2. Keine Annahme der Abzugsfähigkeit.....	123
4.4.2.2.3. Stellungnahme.....	123
4.4.2.3. Aufschiebend befristetes oder bedingtes Vermächtnis?.....	125
4.4.2.4. Beschränkung des Herausgabevermächtnisses.....	126
4.4.2.5. Steuerliche Auswirkungen.....	128
4.4.2.6. Stellungnahme.....	129
4.4.3. Das Herausgabevermächtnis auf den gesamten Nachlass bzw. auf einen Nachlassteil (s.g. Quotenvermächtnis).....	131
4.4.3.1. Grundlegende Konstruktion.....	131
4.4.3.2. Aufschiebend befristetes oder bedingtes Vermächtnis?.....	132
4.4.3.3. Grenzen dieser Konstruktion.....	134
4.4.3.3.1. Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten.....	135
4.4.3.3.2. Reihenfolge des Versterbens.....	137
4.4.3.3.2.1. Größeres Vermögen bei M.....	137
4.4.3.3.2.2. Kleineres Vermögen bei M.....	138
4.4.3.3.3. Auswirkungen der jeweiligen Familienstruktur.....	138
4.4.3.3.3.1. M und F haben jeweils (nur) ein Kind.....	138
4.4.3.3.3.2. Der erstversterbende M hat zwei Kinder, F ein Kind.....	139
4.4.3.3.3.3. Der erstversterbende M hat ein Kind, F zwei Kinder.....	139
4.4.3.3.3.4. Veränderung bei der Anzahl der Kinder.....	139
4.4.3.3.4. Zwischenergebnis.....	141
4.4.3.4. Umfang des Vermächtnisses.....	142
4.4.3.4.1. Problemstellung.....	142
4.4.3.4.2. Denkbare Verstoß gegen das Pflichtteilsrecht.....	143
4.4.3.4.3. Beschränkung der Vollerbenstellung des Längerlebenden?.....	147
4.4.3.4.4. Zwischenergebnis.....	149
4.4.3.5. Flexibilität bei der Höhe des Vermächtnisses?.....	150
4.4.3.5.1. Vermächtnis durch den Längerlebenden?.....	152
4.4.3.5.2. Anordnung eines Zweckvermächtnisses gemäß § 2156 BGB?.....	153
4.4.3.5.2.1. Auswirkungen der Vermögensverteilung.....	154
4.4.3.5.2.1.1. Vermögensungleichgewicht unter den Ehegatten.....	154
4.4.3.5.2.1.2. Gleiche Vermögensverteilung unter den Ehegatten.....	156
4.4.3.5.2.2. Zweckvermächtnis durch beide Ehegatten?.....	157
4.4.3.5.3. Zwischenergebnis.....	162
4.4.3.5.4. Umsetzung in eine Verwirkungsklausel.....	162
4.4.3.6. Abzugsfähigkeit des Vermächtnisses.....	164
4.4.3.7. Unterschiedlicher Lauf von Verjährungsfristen?.....	164
4.4.3.8. Steuerliche Betrachtung.....	165
4.4.3.8.1. Relevanz der steuerlichen Auswirkungen.....	165
4.4.3.8.2. Aufschiebend bedingtes bzw. befristetes Vermächtnis.....	166
4.4.3.8.3. Kumulation von aufschiebend befristetem und aufschiebend bedingtem Vermächtnis... ..	167
4.4.3.8.4. Vermächtnis durch den länger lebenden Ehegatten.....	167
4.4.3.9. Stellungnahme.....	168
<b>4.5. Zusammenfassung des vierten Kapitels.....</b>	<b>171</b>
<b>5. Ergänzende Auslegung des Testamentes.....</b>	<b>175</b>
<b>5.1. Problemstellung.....</b>	<b>175</b>
<b>5.2. Der Begriff der ergänzenden Testamentsauslegung.....</b>	<b>176</b>
<b>5.3. Zulässigkeit der ergänzenden Testamentsauslegung.....</b>	<b>177</b>
<b>5.4. Voraussetzungen der ergänzenden Testamentsauslegung.....</b>	<b>178</b>
<b>5.5. Die „Aundeutungstheorie“.....</b>	<b>179</b>
<b>5.6. Vorgehen bei der ergänzenden Auslegung.....</b>	<b>180</b>
5.6.1. Bestimmung des Zieles der Erblasser.....	180
5.6.2. Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke.....	181
5.6.3. Schließung der Regelungslücke.....	182
5.6.4. Aundeutung des Erblasserwillens.....	183
<b>5.7. Lösungsansätze der Rechtsprechung.....</b>	<b>185</b>
5.7.1. Lösung des OLG Stuttgart aus dem Jahr 1978.....	186



5.7.1.1. Sachverhalt .....	186
5.7.1.2. Begründung der Entscheidung.....	187
5.7.1.3. Anwendung der Pflichtteils Klausel .....	188
5.7.1.3.1. Sinn und Zweck der Pflichtteils Klausel .....	188
5.7.1.3.2. Kritik an der Lösung des OLG Stuttgart .....	189
5.7.1.3.3. Auswirkungen der Entscheidung des OLG Stuttgart .....	190
5.7.1.4. Stellungnahme .....	192
5.7.2. Die Lösung des OLG Celle aus dem Jahr 2009 .....	194
5.7.2.1. Begründung der Entscheidung.....	195
5.7.2.2. Stellungnahme .....	195
5.7.3. Die Lösung des OLG Schleswig aus dem Jahr 2013 .....	196
5.7.3.1. Begründung der Entscheidung.....	196
5.7.3.2. Stellungnahme .....	197
5.7.4. Die Lösung des OLG Frankfurt aus dem Jahr 2014.....	197
5.7.4.1. Begründung der Entscheidung.....	198
5.7.4.2. Stellungnahme .....	198
<b>5.8. Zusammenfassung des fünften Kapitels .....</b>	<b>199</b>
<b>6. Schlussbetrachtung .....</b>	<b>201</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>207</b>
<b>I. Beiträge in Zeitschriften .....</b>	<b>207</b>
<b>II. Lehr- und Fachbücher .....</b>	<b>213</b>
<b>III. Kommentierungen.....</b>	<b>216</b>
<b>IV. Dissertationen .....</b>	<b>218</b>
<b>V. Sonstiges .....</b>	<b>218</b>



## Abkürzungsverzeichnis

§§	Paragrafen
a.a.O.	Am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungssammlung des Bayerischen Obersten Landesgerichts
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFSFJ	Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BFH	Bundesfinanzhof
BIB-Mitteilungen	Informationen aus dem Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung
BNotO	Bundesnotarordnung
BSG	Bundessozialgericht



---

BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
Einf. v. §	Einführung vor §
Einl. zu §	Einleitung zu §
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ErbStG	Erbschaftssteuergesetz
ErbStRG	Erbschaftsteuerreformgesetz
EStG	Einkommenssteuergesetz
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FGG	Reichsgesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland



---

GGs	Generation and Genes Survey
ggfs.	gegebenenfalls
HK-BGB	Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs., Halbs.	Halbsatz
InsO	Insolvenzordnung
i. V. m.	in Verbindung mit
JStG	Jahressteuergesetz
JZ	Juristenzeitung
JuS	Juristische Schulung
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
LG	Landgericht
lit.	Litera
LPartnG	Lebenspartnerschaftsgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NamensÄndG	Namens-Änderungs-Gesetz
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift



---

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilsachen
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift Spezial
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidung des Oberlandesgerichts
RGE	Reichsgericht-Rechtsprechung, amtliche Sammlung
RGRK	Reichsgerichtskommentar
RGZ	Reichsgericht-Rechtsprechung in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitung
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S. (Gesetz)	Satz
S. (Zahl)	Seite
s.g.	sogenanntes
Überbl. v. §	Überblick vor §
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WiStA	Wirtschaft und Statistik
WM	Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel





---

ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfB	Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik



# 1. Einleitung

## 1.1. Problemstellung

In der gegenwärtigen gesellschaftlichen Realität entstehen Familien nicht notwendig durch die Geburt eines ehelichen Kindes, sondern häufig dadurch, dass Partner mit oder ohne gemeinsame Kinder oder mit den Kindern eines Partners aus einer früheren nichtehelichen oder ehelichen Lebensgemeinschaft in einem familiären Verbund zusammenleben. Für derartige Konstellationen hat sich der Begriff der „Patchwork-Familie“<sup>1</sup>, der „sozialen Elternschaft“<sup>2</sup> oder „Stieffamilie“<sup>3</sup> herausgebildet, der dem Umstand Rechnung trägt, dass die Kinder aus einer früheren Beziehung mit dem jetzigen Partner des Elternteils im rechtlichen Sinne nicht verwandt sind.<sup>4</sup> Unabhängig vom Bestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses entsteht zwischen den Kindern und den sozialen Eltern oftmals ein besonderes Näheverhältnis, mit der Folge, dass häufig das Bedürfnis besteht, beim Erbfall sowohl gemeinsame wie auch einseitige Abkömmlinge gleich zu behandeln.<sup>5</sup>

Wollen leibliche und „soziale“ Eltern eine Gleichbehandlung ihrer Kinder im Erbfall erreichen, stellt ihnen der Gesetzgeber dafür verschiedene Optionen, nämlich den Erbvertrag oder das gemeinschaftliche Testament mit Anordnung der Einheits- oder Trennungslösung, zur Verfügung. Unter Ehegatten stellt sich dabei das gemeinschaftliche Testament mit Anordnung der Einheitslösung<sup>6</sup> als die beliebteste Verfügungsform<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Bernau in KJ 2006, S. 320; Peuckert, S. 381 ff.

<sup>2</sup> Peuckert, S. 212 ff.

<sup>3</sup> Der Begriff der Stieffamilie bzw. des Stiefkindes ist rechtlich nicht eindeutig definiert. Dem BGB liegt unverändert das Leitbild der klassischen Familie zugrunde, wenngleich zumindest im Familienrecht in Einzelaspekten immer mehr alternative Lebensformen berücksichtigt werden. Eine Legaldefinition für diese Lebensform besteht in der deutschen Rechtsordnung jedoch ebenso wenig wie eine eindeutige Definition für das Stiefkindverhältnis, vgl. insoweit ausführlich Peschel-Gutzeit in FPR 2004, S. 47; Bernau in KJ 2006, S. 320.

<sup>4</sup> Das Bundessozialgericht hat drei unterschiedliche Konstellationen skizziert, für die der Begriff des Stiefkindes anwendbar sein kann: Stiefkinder sind nur die aus einer früheren Ehe des anderen Ehegatten stammenden Kinder; Stiefkinder sind alle in die Ehe „eingebrachten“ – auch nicht ehelichen – Kinder; Stiefkinder sind alle Kinder des anderen Ehegatten, vgl. insoweit BSG in MDR 1978, S. 83-84.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu auch Mayer in ErbR 2014, S. 47 m.w.N.

<sup>6</sup> Umgangssprachlich auch: „Berliner Testament“.

<sup>7</sup> *Vollmer*, S. 64. Insoweit hat die von *Vollmer* durchgeführte Untersuchung ergeben, dass innerhalb einer bestehenden Ehe im Rahmen der Errichtung einer letztwilligen Verfügung in 65 % der Fälle das gemeinschaftliche Testament als Verfügungsform gewählt wurde. Wiederum 70 % dieser Testierenden haben sich in diesem Zusammenhang für die Anordnung der Einheitslösung entschieden. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit der Untersuchung von *Metternich* (S. 40), die – für einen anderen Bereich – bei den Eheleuten in 84,9 % der Fälle die Auswahl des gemeinschaftlichen Testaments als Form der letztwilligen Verfügung ermittelt hat, wobei in 66,3 % dieser Fälle auf die Einheitslösung zurückgegriffen wurde (S. 68). Ergänzend hierzu kann auch auf *Lameyer*, S. 14, verwiesen werden, der im Rahmen der Testierung unter Ehegatten insoweit von der „Standardlösung“ spricht.



dar, weil diese das während der Ehe beiderseitig erwirtschaftete Vermögen faktisch als Einheit betrachten<sup>8</sup> und dieses meist auch beim Tod eines Partners bewahren wollen. Im Rahmen dieser Konstruktion errichten die Ehegatten zwar getrennte, aber aufeinander bezogene und auf einem gemeinschaftlichen Entschluss sowie in wechselseitiger Kenntnis der Verfügung des anderen Ehegatten beruhende Verfügungen.<sup>9</sup> In Bezug auf Dritte – dies sind in der Regel, aber nicht notwendig, die Kinder – zielen diese Verfügungen darauf, dass der später versterbende Ehepartner zunächst Erbe des Erstversterbenden wird und nach dem Tod des Überlebenden das Vermögen beider Ehegatten den Dritten zukommt.<sup>10</sup> Die Einheitslösung beruht demnach auf der Einsetzung des überlebenden Partners als Erben des zunächst Versterbenden, sodass sich in dessen Person das Vermögen beider Partner vereinigt. Nach dem Tod des Zweitversterbenden werden die Drittbegünstigten sodann Schlusserben des einheitlichen Nachlasses beider Ehepartner.<sup>11</sup> Bei der alternativ gebräuchlichen Trennungslösung setzen sich die Ehegatten gegenseitig zu Vorerben und den oder die Dritten zu Nacherben ein, sodass es nicht zur Vereinigung des Vermögens der Ehepartner nach dem Tod des Erstversterbenden kommt.<sup>12</sup>

Welche Art des gemeinschaftlichen Testamentes – in Betracht kommt auch ein Nießbrauchsvermächtnis<sup>13</sup> – die Ehegatten gewollt haben, ist durch Auslegung zu ermitteln. Im Zweifel ist nach der gesetzlichen Vermutung des § 2269 Abs. 1 BGB davon auszugehen, dass die Einheitslösung gewollt war.<sup>14</sup>

Im Gegensatz zur Trennungslösung und dem Nießbrauchsvermächtnis führt die Einheitslösung dazu, dass die leiblichen Kinder des Erstversterbenden beim ersten Erbfall enterbt werden und Pflichtteilsansprüche geltend machen können. Diese Gefahr liegt beispielsweise nahe, wenn einseitigen Kindern der Partner unterschiedliche Pflichtteilsquoten beim Schlusserbfall zustehen und diese über den nach dem Willen der Ehegatten sämtlichen Kindern ohne Berücksichtigung ihrer Abstammung zugedachten

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf in FamRZ 1996, S. 1568; Buchholz in FamRZ 1985, S. 873; Mayer in ZEV 1995, S. 136; Muscheler I, § 32, Rdn. 2027.

<sup>9</sup> Buchholz in FamRZ 1985, S. 873; Frank/Helms, § 12, Rn. 2; Leipold, Rn. 456; Muscheler I, § 32, Rn. 2037; MüKo BGB (Musielak), Rn. 8 zu § 2265; Palandt (Weidlich), Rn. 1 zu § 2269.

<sup>10</sup> Olzen in JuS 2005, S. 673; Schlüter/Röthel, § 22, Rn. 41 f.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu auch ausführlich Kapitel 3.1.3.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu auch ausführlich Kapitel 3.1.2.

<sup>13</sup> Dabei setzt jeder Ehegatte den oder die Dritten als Vollerben ein und wendet dem überlebenden Teil nur den Nießbrauch am gesamten Nachlass oder einem Teil hiervon zu (§ 1089 BGB i.V.m §§ 1085 ff. BGB; §§ 2147 ff. BGB), vgl. dazu auch BeckOK BGB/Litzenburger BGB § 2269 Rn. 4; Erman (S. und T. Köppler), Rn. 4 zu § 2269 BGB.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu ergänzend BGH in NJW 1973, S. 41; BGHZ 112, 229 (229 ff.); Leipold, Rn. 464; Michalski, Rn. 258.



Erbquoten liegen.<sup>15</sup> Dies wäre beispielsweise dann denkbar, wenn der erstversterbende Ehegatte zwei und der letztversterbende Ehegatte ein Kind hinterlässt, jedoch alle drei Kinder beim Schlusserbfall zu gleichen Teilen als Erben berücksichtigt werden sollen. In diesem Fall könnte das Kind des Letztversterbenden beim Schlusserbfall einen Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB geltend machen, da dieses als alleiniger gesetzlicher Erbe durch die gewillkürte Erbfolge im Rahmen des gemeinschaftlichen Testamentes einen unter dem Pflichtteil (1/2) liegenden Erbanteil (1/3) zugewiesen bekommt. Gerade in den Fällen, in denen der erstversterbende Ehegatte über das größere Vermögen verfügt, besteht die Gefahr, dass dessen Abkömmlinge in einer solchen Situation bereits beim ersten Erbfall einen Pflichtteil einfordern, um sich eine entsprechende Teilhabe am Nachlass ihres leiblichen Elternteils zu sichern.

Dieses Risiko kann sich auch bei der Trennungslösung sowie beim Nießbrauchsvermächtnis verwirklichen, sofern die Abkömmlinge des Erstversterbenden die Zuwendung gemäß § 2307 Abs. 1 S. 1 BGB ausschlagen und den Pflichtteil einfordern.<sup>16</sup> Die Trennungslösung beinhaltet darüber hinaus noch hohes Streitpotenzial in Bezug auf die Verwaltung des Nachlasses durch den Überlebenden als Vorerben.<sup>17</sup> Daher ist sowohl die Einheits- wie auch die Trennungslösung, trotz möglicher „Pflichtteilklauseln“, auf die in der Folge ausführlich einzugehen ist, mit der Gefahr behaftet, dass der gemeinschaftliche Wille der Ehegatten im Hinblick auf die angestrebte Gleichbehandlung aller Kinder nicht oder nicht vollständig umgesetzt werden kann. Um diesem Bedürfnis zu entsprechen, müssen die Ehegatten versuchen, durch Gestaltung ihrer letztwilligen Verfügung die angestrebten Ziele umzusetzen. Während sich das „Berliner Testament“ unter den Ehegatten der größten Beliebtheit erfreut, ist dieses im Rahmen einer „Patchwork-Familie“ mit einer Vielzahl von Problemen behaftet, die bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung berücksichtigt werden müssen, damit der Erblasserwille umgesetzt werden kann.

Tatsächlich hat die mit der vorliegenden Arbeit aufgeworfene Fragestellung längst auch außerhalb der juristischen Fachliteratur und der Rechtspraxis Interesse gefunden. Im Jahr 2012 wurde in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* ein Beitrag<sup>18</sup> mit dem Titel „Worauf Eltern von Patchwork-Familien im Testament achten müssen“ veröffentlicht, indem unter anderem auch eine Unterüberschrift lautete „Testament von Patchwork-Eltern birgt Tücken“; damit wird deutlich, dass die Umsetzung des Erblasser-

<sup>15</sup> Lameyer (2009), S. 14.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu auch FN 383.

<sup>17</sup> Lameyer (2009), S. 14.

<sup>18</sup> Flick/Hannes in FAZ vom 16.12.2012.



willens im Rahmen von letztwilligen Verfügungen mit besonderen Familienstrukturen nicht immer einfach ist.

Dass dies nicht nur aus Sicht der Publikumspresse der Fall ist, zeigt die Tatsache, dass die Umsetzung des Erblasserwillens in letztwilligen Verfügungen auch immer wieder Anlass von Rechtsanwalts- und Notarhaftungen ist. Bemerkenswert ist dabei, dass selbst der BGH nach einem Urteil aus dem Jahr 2006<sup>19</sup> die Haftung eines Rechtsanwaltes selbst in solchen Fällen anzunehmen scheint, in denen sich der Gestalter von letztwilligen Verfügungen im Rahmen des ihm übertragenen Mandates am Erblasserwillen und nicht am wirtschaftlichen Vorteil seines Mandanten, der dem Erblasserwillen im konkreten Fall widersprach, orientiert. *Keim*<sup>20</sup> hat diese Entscheidung zum Anlass einer Kritik genommen und dabei festgestellt, dass der Rechtsanwalt im Rahmen eines ihm übertragenen Mandates offensichtlich dann zum „taktischen Foulspiel“ greifen muss, wenn die von ihm angeratenen Schritte dem Erblasserwillen ganz offensichtlich widersprechen, um eine Haftung zu vermeiden.

Demzufolge ist zu erkennen, dass die Umsetzung des Erblasserwillens in einer letztwilligen Verfügung – insbesondere auch bei besonderen Familienstrukturen – nicht immer einfach und oftmals auch haftungsträchtig zu sein scheint; nur durch eine wohl durchdachte Abfassung einer letztwilligen Verfügung kann sichergestellt werden, dass die Regelungsziele der Erblasser tatsächlich auch umgesetzt werden können.

## 1.2. Ausgangslage und Ziel der Arbeit

Der historische Gesetzgeber folgte bei der Kodifizierung des Erbrechts und insbesondere des Pflichtteilsrechts den gesellschaftlichen Verhältnissen im ausgehenden 19. Jahrhundert und formulierte in deren Kontext eine zum damaligen Zeitpunkt nicht unumstrittene<sup>21</sup>, aus heutiger Sicht auf die damaligen sozialen Verhältnisse der Epoche aber adäquate Gesamtregelung, die auf der Idee der Familie als Solidargemeinschaft und Wirtschaftsgemeinschaft beruhte.<sup>22</sup> Leitbild des Gesetzgebers war die bürgerliche Familie im Sinne einer aus Eltern und Kindern bestehenden patriarchalisch strukturierten Kernfamilie.<sup>23</sup> Dieser Familientyp wurde von den mittleren und oberen Schichten

---

<sup>19</sup> BGH in NJW 2006, S. 3064.

<sup>20</sup> Keim: Haftungsfallen bei Pflichtteilsstrafklauseln – Pflicht des Rechtsanwalts zum „taktischen Foul“? in NJW 2007, S. 974.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu auch Baumgarten, S. 92 ff.

<sup>22</sup> Ausführlich hierzu Mertens, S. 81 ff.

<sup>23</sup> Baumgarten, S. 92 ff.; Frank/Helms, § 1, Rn. 1.



der Bürger in der Gesellschaft repräsentiert, aber auch in der proletarischen Unterschicht uneingeschränkt akzeptiert und als selbstverständliches privates Lebensmodell verstanden.<sup>24</sup> Vor diesem Hintergrund entsprachen die erb- und familienrechtlichen Regelungen in dem am 01.01.1900 in Kraft getretenen BGB nur den Bedürfnissen dieses, die gesellschaftlichen Lebensbedingungen der Epoche prägenden, Familientyps. Der historische Gesetzgeber hatte keinen Anlass, erbrechtliche Regelungen zu konzipieren, für die in der Epoche der Kodifizierung des BGB kein Bedürfnis bestand.

Bemerkenswert ist jedoch, dass auch mehr als 100 Jahre später der Gesetzgeber nur wenig Anlass sieht, das Erbrecht den zwischenzeitlich völlig geänderten gesellschaftlichen Lebensbedingungen, zu denen Stieffamilien als Normalfall zählen, anzupassen. Während im Familienrecht in mehreren Reformschritten den geänderten sozialen Umständen immer wieder Rechnung getragen wurde und beispielsweise Art. 6 Abs. 5 GG als an den Gesetzgeber adressierter verfassungsrechtlicher Auftrag dahingehend verstanden wird, die Lebensverhältnisse unehelicher Kinder an die ehelicher Kinder anzupassen<sup>25</sup>, was zur Zeit der Abfassung des BGB als undenkbar galt, sieht der Gesetzgeber offenbar nach wie vor keinen Anlass dafür, auch in Bezug auf die erbrechtliche Behandlung „sozialer Kinder“ angemessene Änderungen des Erbrechts vorzunehmen, die den geänderten gesellschaftlichen Verhältnissen gerecht werden. Dabei stellen sich im Rahmen der „Patchwork-Familie“ insbesondere die Regelungen des Pflichtteilsrechts als problematisch dar, weil diese auf dem gesetzlichen Erbrecht basieren, dass sich wiederum an der Abstammung und der Verwandtschaft orientiert.<sup>26</sup> Im Gegensatz zur gesetzlichen Erbfolge, die durch eine letztwillige Verfügung unproblematisch in eine gewillkürte Erbfolge verändert werden kann, gilt dies für das Pflichtteilsrecht nicht.<sup>27</sup>

Obwohl das Pflichtteilsrecht beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Kindern die Umsetzung der Einheitslösung stören kann, sieht der Gesetzgeber keine Notwendigkeit für dessen Reform. Unter Berufung auf das Bundesverfassungsgericht, das in einer Entscheidung aus dem Jahr 2005 das Pflichtteilsrecht im Grundsatz als verfassungsrechtlich garantierten Ausfluss der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG bewertet hat<sup>28</sup>, kam der Gesetzgeber im Jahr 2008 im Zuge der

---

<sup>24</sup> Nipperdey, S. 66 ff.

<sup>25</sup> Maunz/Dürig (Badura), Rn. 175 zu Art. 6.

<sup>26</sup> MüKo BGB (Lange), Rn. 1 zu § 2303; Frank/Helms, § 1, Rn. 1.

<sup>27</sup> Sofern der Pflichtteilsberechtigte auf das ihm zustehende Pflichtteilsrecht nicht freiwillig verzichtet (§ 2346 Abs. 2 BGB), ist ein Entzug des Pflichtteilsrechtes nur unter den engen Voraussetzungen des § 2333 BGB möglich.

<sup>28</sup> BVerfGE 112, 332 ff.





Beratungen über eine Erbrechtsreform zu dem Schluss, dass substantielle Änderungen des Pflichtteilsrechts mit der Verfassung nicht in Einklang stünden.<sup>29</sup> Die Gesichtspunkte der Familiensolidarität und die verbliebene schützende Funktion des Pflichtteilsrechts auch in Familien, in denen die Solidarität zwischen den Familienmitgliedern nicht mehr oder nur noch eingeschränkt bestünde, lassen aus Sicht des Gesetzgebers substantielle Eingriffe in das Pflichtteilsrecht nicht zu.

Sowohl die Änderungen in den Strukturen des familiären Zusammenlebens wie auch die Besonderheiten des Pflichtteilsrechtes, die sich insbesondere bei der Einheitslösung bemerkbar machen, werfen die Frage auf, ob sich das von den Erblassern angestrebte Ziel einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall auch beim „Berliner Testament“, welches sich unter Ehegatten einer hohen Beliebtheit erfreut, erreichen oder sich dieses aufgrund der geltenden Rechtslage nicht oder nur in Grenzen umsetzen lässt.

### 1.3. Aufbau der Arbeit

*Kapitel 2* als erster Hauptteil der Dissertation stellt in der gebotenen Kürze die wesentlichen Veränderungen gesellschaftlicher Strukturen seit der Kodifizierung des in weiten Teilen bis heute unverändert gültigen Erbrechts des BGB zum Ende des 19. Jahrhunderts dar. Insoweit werden zunächst die wesentlichen Gründe für die Zunahme der Anzahl der Stieffamilien dargestellt. Sodann wird untersucht, inwieweit sich einerseits der Gesetzgeber in einzelnen Regelungsmaterien und andererseits das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtssprechungsentwicklung den geänderten sozialen Verhältnissen in den Formen des familiären Zusammenlebens angepasst haben.

*Kapitel 3* als zweiter Hauptteil der Arbeit untersucht die Gestaltungsoptionen beim Ehegattentestament unter Berücksichtigung der Auswirkungen des Vorhandenseins von nicht gemeinsamen Abkömmlingen. Insoweit werden insbesondere die Auswirkungen des Pflichtteilsrechts im Rahmen der Einheitslösung und die daraus resultierenden Problematiken bei der Umsetzung des Erblasserwillens beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Kindern vor dem Hintergrund einer angestrebten gleichmäßigen Vermögensteilhabe beim Schlusserbfall betrachtet. Ferner wird in diesem Kapitel untersucht, inwieweit sich die Beratungspraxis mit den zunehmenden Veränderungen in den Familienstrukturen und den daraus resultierenden Besonderheiten im Erbrecht bisher auseinandersetzt hat und wie damit in der Gestaltungspraxis umgegangen wird.

---

<sup>29</sup> Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechtes vom 24.04.2008, BT-Drucksache 16/8954, S. 8.



Über eine durchgeführte Befragung von Nur- und Anwaltsnotaren, die in der Beratungspraxis sowohl im großstädtischen als auch im ländlichen Bereich tätig sind, wird insoweit ein Überblick über die praktische Relevanz der in der vorliegenden Arbeit erörterten Problematik geschaffen.

*Kapitel 4* als dritter Hauptteil der Arbeit untersucht sodann verschiedene Gestaltungsansätze, die einerseits im Schrifttum diskutiert werden und andererseits auf eigenen Überlegungen beruhen. Dabei geht es um die Frage, ob und wie eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder, ohne Rücksicht auf deren leibliche Abstammung, im Rahmen eines „Berliner Testamentes“ durch die Gestaltung sichergestellt werden kann.

*Kapitel 5* als vierter Hauptteil der Arbeit beschäftigt sich letztlich mit der Fragestellung, ob dem Erblasserwillen bei bereits existierenden letztwilligen Verfügungen, welche die Besonderheiten des Vorhandenseins von nicht gemeinsamen Kindern nicht berücksichtigen, durch eine (ergänzende) Testamentsauslegung zur Geltung verholfen werden kann. In einigen, insbesondere für Stieffamilien bedeutenden, Entscheidungen hat die Rechtsprechung zuletzt im Wege der ergänzenden Auslegung denkbare Optionen aufgezeigt, durch die eine von den Erblassern angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe auch beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen zumindest in den Fällen gefördert werden kann, in denen durch die Einforderung von Pflichtteilsansprüchen ein Ungleichgewicht im Rahmen der Vermögensverteilung nach dem Tod des länger lebenden Ehegatten herbeigeführt wird.

*Kapitel 6* nimmt eine Schlussbetrachtung vor. Insoweit werden auch Optionen erwo-gen, mit denen der Gesetzgeber, vergleichbar der rechtlichen Entwicklung im Familienrecht, auch im Erbrecht den geänderten sozialen Verhältnissen und insbesondere der zunehmenden Zahl von Stieffamilien gerecht werden könnte.







## **2. Soziale und rechtliche Aspekte von Stieffamilien**

### **2.1. Relevanz sozialer Veränderungen**

Wie in Kapitel 1.2. einleitend erörtert, hat der Gesetzgeber bei Kodifizierung des BGB den zum damaligen Zeitpunkt bestehenden gesellschaftlichen Verhältnissen entsprochen und, wie auch das Familienrecht, die erbrechtlichen Vorschriften an das Modell der patriarchalischen Familie aus verschiedengeschlechtlichen Ehepartnern mit ehelichen Kindern angepasst. Die Regelungen des Erbrechts entsprachen somit den gesellschaftlichen Gegebenheiten der Epoche ihrer Kodifizierung, sodass sich im Umkehrschluss die Frage aufwirft, ob diese ohne substantielle Änderungen auch dann noch passen können, wenn sich die der Kodifizierung zugrunde gelegten gesellschaftlichen Verhältnisse grundlegend verändert haben. Pointiert ausgedrückt erweist sich in diesem Fall eine ursprünglich ausgewogene und sozial adäquate Regelung als nicht mehr ausgewogen und adäquat, wenn sie nicht geeignet ist, die durch geänderte soziale Verhältnisse entstehenden rechtlichen Probleme zu lösen.

Die Relevanz der in der vorliegenden Arbeit untersuchten Thematik steht somit in unmittelbarem Zusammenhang zur Verbreitung der vom historischen Gesetzgeber nicht berücksichtigten Lebensformen, die den Wunsch der Erblasser begründen können, auch ihre „sozialen“ Kinder, bzw. zum Wunsch von Ehegatten, ihre Kinder, ungeachtet der leiblichen Abstammung, in ihrer letztwilligen Verfügung in gleichem Maße zu bedenken. Ferner kann die Nichtberücksichtigung dieser Lebensformen dazu führen, dass diese Kinder im Erbfall auch solche Rechte geltend machen wollen, wie sie de lege lata nur leiblichen Kindern ohne Rücksicht auf ihre soziale Verbundenheit zum Erblasser zustehen.

### **2.2. Die Veränderungen von Lebensformen**

Die Familienstruktur hat sich in der Bundesrepublik Deutschland, wie auch in anderen industrialisierten Ländern, in den mehr als 100 Jahren seit der 1873 begonnenen Kodifizierung des BGB und dessen Inkrafttreten am 01.01.1900 deutlich verändert.<sup>30</sup> Dies

---

<sup>30</sup> Bernau in KJ 2006, S. 320; Klinger/Tremel in NJW-Spezial 2007, S. 205; Odersky in MittBayNot 2008, S. 4; Hausman in DNotZ 2011, S. 602; Peukert, S. 9. Dabei geht die überwiegende Anzahl der Sozialwissenschaftler davon aus, dass sowohl die Ehe als auch die Familie als solche eine Krise durchleben; teilweise wird innerhalb der Sozialwissenschaft sogar vom „Tod der Familie“ gesprochen.



beruht auf einer Reihe von Einzelursachen, die sich teils gegenseitig bedingen.<sup>31</sup> Faktoren wie sinkende Heirats- und steigende Scheidungshäufigkeit, rückläufige Geburtenzahlen<sup>32</sup> sowie eine höhere Lebenserwartung verändern die Formen des Zusammenlebens<sup>33</sup>, wobei sich die insgesamt bei etwa einem Drittel aller geschlossenen Ehen liegenden Scheidungszahlen regional stark unterscheiden und diese weit weniger zugenommen als die Zahl der Eheschließungen abgenommen haben. So ist die Anzahl der Eheschließungen zwischen den Jahren 1950 und 2011 von 11/1.000 Einwohner auf 4,5/1.000 Einwohner pro Jahr gesunken, während die Zahl der Scheidungen, ebenfalls bezogen auf 1.000 Einwohner, lediglich von 2,0 auf 2,3/1000 Einwohner pro Jahr gestiegen ist.<sup>34</sup>

Trotz eines sich parallel dazu zeigenden Rückgangs der Geburtenzahlen ist in der Konsequenz die Zahl der nichtehelichen Kinder deutlich gestiegen. Beispielsweise hat sich zwischen den Jahren 2000 und 2011, also in einem kurzen Zeitraum, die Zahl der Kinder in ehelichen Lebensgemeinschaften von 81 % auf 75 % verringert, während die Zahl der Kinder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften von 14 % auf 17 % gestiegen ist.<sup>35</sup> Insoweit bestehen zudem deutliche regionale Unterschiede. In Ostdeutschland werden etwa 60 % der Kinder nichtehelich geboren, während es in Westdeutschland etwa 30 % sind. Wesentliche Ursache dafür ist die hohe Erwerbsquote ostdeutscher Frauen, die weniger auf die ökonomischen Vorteile einer Ehe angewiesen sind.<sup>36</sup> Soziologische Untersuchungen deuten jedoch darauf hin, dass auch Arbeitslosigkeit und unsichere Arbeitsplatzsituationen die Zahl der Eheschließungen verringern.<sup>37</sup> Sowohl in Westdeutschland als auch Ostdeutschland sinkt der Anteil unehelicher Kinder in Abhängigkeit davon, ob diese erstgeboren sind. Bei Zweitgeborenen liegt die Nichtehelichenquote bei 20 % bzw. 50 %, während es bei Erstgeborenen noch 40 % bzw. 75 % sind.

Alleine die Tatsache, dass in Ostdeutschland drei Viertel aller erstgeborenen Kinder nicht innerhalb einer Ehe geboren werden, illustriert deutlich, wie sich die gesell-

---

<sup>31</sup> Peukert (S. 16) sieht die Ursache hierfür darin, dass die Ehe und Familie in den Nachkriegsjahren dominant und ausgesprochen homogen war; aus der Liebe folgte im Regelfall die Eheschließung.

<sup>32</sup> Die Zahl der Lebendgeburten hat sich im früheren Bundesgebiet zwischen 1964 und 1985 von 1,1 Millionen auf 586.000 halbiert, vgl. dazu Peukert (S. 21). Seitdem haben sich die Zahlen stabilisiert. Dies gilt seit dem Jahr 2005 auch für Ostdeutschland, wo nach der Wende ein deutlicher Rückgang der Geburtenzahlen festzustellen war, vgl. hierzu Destatis (2013), S. 34.

<sup>33</sup> Lengerer/Klein in WiSta 2007, S. 433; Steinbach in ZfB 2008, S. 154 m. w. N.; Hausmann in DNotZ 2011, S. 603; Peukert, S. 95.

<sup>34</sup> Destatis (2013), S. 50.

<sup>35</sup> Ebd. S. 51.

<sup>36</sup> Ebd.

<sup>37</sup> Ebd.



schaftliche Relevanz von nicht traditionellen Familien seit der Zeit der Beratung zum BGB am Ende des 19. Jahrhunderts verändert hat. Zum damaligen Zeitpunkt lag die Zahl der unehelichen Kinder bei etwa 9 % aller Geburten mit deutlichen Unterschieden zwischen städtischen und ländlichen Gebieten<sup>38</sup>, wobei es sich aber ganz überwiegend um Kinder handelte, die als Folge eines „Seitensprunges“ geboren wurden.<sup>39</sup> Lebensformen zwischen unverheirateten Eltern und Kindern waren weitgehend unbekannt. Neu ist das Phänomen, dass gesellschaftliche Umstände zu einer Veränderung der familiären Lebensformen führen, jedoch nicht: So war beispielsweise auch zwischen dem 16. und 18. Jahrhundert die Familienform der Stieffamilie weit verbreitet und etwa 25-30 % aller Familien Stieffamilien.<sup>40</sup> Ursache dafür war zur damaligen Zeit vor allem die geringe Lebenserwartung und die hohe Müttersterblichkeit. Um das wirtschaftliche Überleben der Familie zu sichern, waren verwitwete Ehepartner häufig gezwungen, erneut zu heiraten. Während in dieser Epoche Stieffamilien demnach oft durch Verwitwung sowie die erneute Heirat des verbliebenen Elternteiles und daher als Folge ungewollter Ereignisse entstanden sind, führt in der Gegenwart die bewusste und gewollte Lockerung familiärer Strukturen zur zunehmenden Verbreitung von Stieffamilien.

Losgelöst davon lässt sich die Anzahl der Stieffamilien in Deutschland nicht erfassen.<sup>41</sup> Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend gibt an, dass – je nach Datenquelle – davon auszugehen ist, dass es sich bei 7 % bis 13 % aller Familien in Deutschland um Stieffamilien handelt; dabei führen die verschiedenen Datensätze aber zu keinem einheitlichen Ergebnis.<sup>42</sup>

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die gesellschaftliche Relevanz nicht traditioneller Lebensformen mit der stark gestiegenen Zahl der davon betroffenen Menschen zugenommen hat. *Muscheler* ist sogar der Auffassung, dass die Stieffamilie die sich am schnellsten ausbreitende Familienform der westlichen Welt ist.<sup>43</sup> Da dieser Verände-

---

<sup>38</sup> Beispielsweise für München wurde für das Jahr 1890 bereits eine Unehelichenquote von 31,6 % berichtet; ähnlich hoch war die Quote in Universitäts- und Hafenstädten, vgl. hierzu Baumgarten, S. 64.

<sup>39</sup> Baumgarten, S. 16 ff.

<sup>40</sup> Mayer in ErbR 2014, S. 10; Bien/Hartl/Teubner, S. 202; Peukert, S. 213.

<sup>41</sup> Steinbach in ZfB 2008, S. 155 ff. Die Ursache dafür ist darin zu sehen, dass diese Familienform äußerst komplex und damit zahlenmäßig nur schlecht zu erfassen ist. Aus diesem Grund finden Stieffamilien auch im Rahmen des 2005 neu gestalteten Mikrozensus nach wie vor keine Berücksichtigung, obwohl dieser um alternative Lebensformen erweitert wurde, vgl. hierzu auch BMFSFJ in Monitor Familienforschung, S. 9; Peukert, S. 214.

<sup>42</sup> BMFSFJ in Monitor Familienforschung, S. 9. Die Problematik besteht dabei insbesondere darin, dass die Frage, wie die Ermittlung von Stieffamilien zu erfolgen hat, nicht unumstritten ist und hierfür völlig unterschiedliche Ansätze gewählt werden, vgl. hierzu auch ausführlich Steinbach in ZfB 2008, S. 158.

<sup>43</sup> Muscheler in FamRZ 2004, S. 913, ähnlich auch Bernau in KJ 2006, S. 321 m.w.N.



rungsprozess weiter voranschreitet, ist davon auszugehen, dass künftig immer mehr Kinder außerhalb traditioneller Familienformen aufwachsen werden.<sup>44</sup>

## 2.3. Stiefkindverhältnisse im geltenden deutschen Recht

### 2.3.1. Relevanz der Fragestellung

Wie einleitend in Kapitel 1.2. angesprochen, erkennt die deutsche Rechtsordnung im Rahmen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts den Stiefkindern mangels Bestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses keinerlei Ansprüche gegen den Nachlass des Stiefelternteils zu. Dies bedeutet jedoch nicht zwingend, dass der deutsche Gesetzgeber die erörterte wachsende Bedeutung von, im Vergleich zum klassischen Familienmodell, alternativen Formen des familiären Zusammenlebens grundsätzlich negiert. Aus diesem Grund soll nachfolgend untersucht werden, ob und mit welcher Begründung Stiefkindverhältnisse in der bestehenden deutschen Rechtsordnung berücksichtigt werden; in einem weiteren Schritt soll sodann hinterfragt werden, ob eine mögliche unterschiedliche Behandlung von Stiefkindern sowohl im Erbrecht als auch in anderen Regelungsmaterien noch als verfassungskonform angesehen werden kann.

### 2.3.2. Stiefkindverhältnisse im Erbrecht

Im deutschen Erbrecht ist eine Gleichstellung von Stiefkindern mit leiblichen Abkömmlingen bisher nicht erfolgt.<sup>45</sup> Es ist jedoch im Zusammenhang mit den Diskussionen im Zuge der Erbrechtsreform vom 01.01.2010<sup>46</sup> festzustellen, dass der Gesetzgeber auch für das Erbrecht die Problematik der Veränderungen in den Strukturen des familiären Zusammenlebens erkannt und Regelungsbedarf gesehen hat. So ist im Bereich der Pflichtteilsentziehung nach § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB der Kreis der Personen, denen nach dem Leben getrachtet werden muss, um die Pflichtteilsentziehung vorzunehmen, dahin gehend erweitert worden, dass auch dem Erblasser nahestehende Personen eine Berücksichtigung finden. Durch diese Neufassung der Norm sind demnach auch Personen erfasst, die mit dem Erblasser dauerhaft in einer Lebensgemeinschaft zusammenleben oder mit diesem auf eine andere Weise eng verbunden sind.<sup>47</sup> Darunter sind nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich auch Stiefkinder zu verstehen.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Mayer in ErbR 2014, S. 11; Bien/Hartl/Teubner, S. 202.

<sup>45</sup> Halaczinsky in ZErB 2004, S. 149; Peschel-Gutzeit in FPR 2004, S. 51; Mayer in ErbR 2014, S. 12.

<sup>46</sup> Gesetz zur Reform des Erb- und Verjährungsrechtes vom 24.9.2009, BGBl. I 2009, S. 3142 ff.

<sup>47</sup> BeckOK BGB/G. Müller BGB § 2333 Rn. 9.

<sup>48</sup> BT-Drucksache 16/8954, S. 23, vgl. hierzu auch Hausmann in DNotZ 2011, S. 607; Mayer in ErbR 2014, S. 12; Burandt/Rojahn (Müller), Rn. 15 zu § 2333; Jauernig (Stürner), Rn. 5 zu § 2333; Kroiß/Ann/Mayer (Herzog), Rn. 6 zu § 2333.



Aus Sicht des Gesetzgebers trägt die Aufnahme von Stiefkindern im Zusammenhang mit einer Pflichtteilsentziehung wegen eines schwerwiegenden Angriffes auf den persönlichen Lebensbereich des Erblassers der Veränderung des Verständnisses eines schutzwürdigen Lebensbereiches in entsprechendem Maße Rechnung<sup>49</sup>; ob dabei die Voraussetzungen des § 2333 Abs. 1 Ziff. 1 BGB vorliegen, ist im Rahmen einer Einzelfallprüfung festzustellen.<sup>50</sup> Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass der Gesetzgeber das bisherige Verständnis eines Näheverhältnisses im Sinne des § 2333 Abs. 1 Ziff. 1 BGB nicht aufgegeben hat, da leibliche Kinder vom Schutzbereich der Norm ausnahmslos und unabhängig vom Bestehen eines solchen umfasst sind.<sup>51</sup>

Bei genauer Betrachtung ist somit zu erkennen, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit erkannt hat, die Veränderungen in den Formen des familiären Zusammenlebens auch im Erbrecht zumindest punktuell zu erfassen. Das Kriterium für die Erweiterung des Schutzbereiches des § 2333 Abs. 1 Ziff. 1 BGB durch den Gesetzgeber war dabei die geänderte soziale Wirklichkeit, die zu Lebensformen geführt hat, bei denen nicht leibliche und/oder nicht verwandte Personen ein ähnliches Näheverhältnis zum Erblasser aufbauen, wie dies traditionell insbesondere auch bei leiblichen Kindern der Fall ist.<sup>52</sup> Da das Erb- und Pflichtteilsrecht auf „Familiensolidarität und Familienschutz“ beruht, könnte daher auch darüber nachgedacht werden, ob nahestehende nicht verwandte Personen in diesen Familienschutz mit einzubeziehen sind; diesem grundlegenden Reformgedanken ist der Gesetzgeber bisher aber nicht gefolgt.

In diesem Zusammenhang wird allerdings ein Wertungsunterschied deutlich: Trotz des dem Erblasser zugestandenem Näheverhältnisses zu nicht verwandten Personen im Hinblick auf die Frage der Pflichtteilsentziehung werden diese vom gesetzlichen Erbrecht, insbesondere aber auch vom Pflichtteilsrecht, weiterhin ausgeschlossen. Unabhängig davon ist zu erkennen, dass der Gesetzgeber auch im Bereich des Erbrechts die Veränderungen in den Formen des familiären Zusammenlebens erkannt hat und das Näheverhältnis zu einem nicht leiblichen Elternteil innerhalb einer sozialen Familie zumindest in einem kleinen Teilbereich durchaus berücksichtigen wollte.

<sup>49</sup> BT-Drucksache 16/8954, S. 23; vgl. hierzu auch Hausmann in DNotZ 2011, S. 608; Burandt/Rojahn (Müller), Rn. 16 zu § 2333; Jauernig (Stürner), Rn. 1 ff. zu § 2333, MüKo BGB (Lange), Rn. 17 zu § 2333.

<sup>50</sup> BeckOK BGB/G. Müller BGB § 2333 Rn. 9.

<sup>51</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucksache 16/8954, S. 23, vgl. hierzu auch Mayer in ErbR 2014, S. 12.

<sup>52</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucksache 16/8954, S. 23.





### 2.3.3. Stiefkindverhältnisse im Erbschaftssteuerrecht

#### 2.3.3.1. Die Regelungen der §§ 15 f. ErbStG

Im Gegensatz zum im fünften Buch des BGB normierten Erbrecht, das über die erörterte neue Fassung des § 2333 Abs. 1 Ziff. 1 BGB hinaus keine besonderen Regelungen für Stiefkinder enthält, geht das Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz auf die besondere Situation der Stieffamilien ein. Insoweit sind gemäß § 15 Abs. 1 ErbStG leibliche Kinder und Stiefkinder steuerrechtlich gleichgestellt, so dass in Bezug auf die erbschaftsteuerliche Bewertung Stiefkinder und leibliche Kinder gleich behandelt werden.<sup>53</sup> Stiefkinder, nicht jedoch Pflegekinder, sind danach aus steuerrechtlicher Sicht wie die leiblichen Kinder des anderen Ehepartners zu behandeln.<sup>54</sup>

Das Erbschafts- bzw. Schenkungssteuerrecht begründet jedoch keine zivilrechtlichen Verwandtschaftsverhältnisse, sondern bewirkt eine steuerliche Gleichstellung von bestimmten Nichtverwandten mit tatsächlich verwandten Personen, wozu auch adoptierte Abkömmlinge gehören können. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass ein Stiefkindverhältnis bestehen muss, demzufolge also der leibliche und der nicht leibliche Elternteil im Zeitpunkt der Schenkung oder des Erbfalls miteinander verheiratet<sup>55</sup> bzw. miteinander verheiratet gewesen sind.<sup>56</sup>

Begründet wird die Gleichstellung von Stiefkindern und leiblichen Kindern einerseits sowie die Schlechterstellung der in Steuerklasse III eingestuften Pflegekinder andererseits damit, dass § 15 ErbStG auf das persönliche Verhältnis zwischen dem Erblasser und dem Erwerber als Unterscheidungsmerkmal für die Steuerklassen abstellt.<sup>57</sup> Unter persönlichem Verhältnis wird im steuerrechtlichen Zusammenhang das nach formalen Kriterien des Familienstandes, der Verwandtschaft oder Schwägerschaft bestimmte Verhältnis des Erwerbers zum Erblasser verstanden.<sup>58</sup> Irrelevant sind im gegebenen Zusammenhang damit die persönliche Vertrautheit, langjährige Fürsorge oder das ge-

<sup>53</sup> Halaczinsky in ZErB 2004, S. 151; Peschel-Gutzeit in FPR 2004, S. 51; Hausmann in DNotZ 2011, S. 601; Burandt/Rojahn (Milatz), Rn. 7 zu § 15 ErbStG.

<sup>54</sup> Der Begriff des Stiefkindes wird im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht verwendet, sondern ausschließlich in einigen Steuergesetzen, ohne dass diese eine Erläuterung dieses Begriffes erkennen lassen. Der Bundesfinanzhof hat daher (für das Steuerrecht) entschieden, dass der Begriff des Stiefkindes jeweils nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes auszulegen ist, vgl. Urteil des BFH vom 19.4.1989 – II R 27/86, vgl. hierzu auch Halaczinsky in ZErB 2004, S. 149.

<sup>55</sup> Im Gegensatz zur Regelung des § 2333 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. Nach der Gesetzesbegründung kommt es bei dieser Regelung nicht darauf an, ob der leibliche Elternteil und der Stiefelternteil miteinander verheiratet sind oder waren. Maßgeblich ist vielmehr nur ein dauerhaftes Zusammenleben oder eine enge Verbundenheit.

<sup>56</sup> Meincke, Rn. 7 zu § 15; Troll/Gebel/Jülicher (Jülicher), Rn. 56 zu § 15.

<sup>57</sup> Wilms/Jochum (Götz), Rn. 2 zu § 15.

<sup>58</sup> Meincke, Rn. 2 zu § 15.



meinsame Zusammenleben zwischen Erblasser und Stiefkind<sup>59</sup>; diese Faktoren spielen also keine Rolle für die Bestimmung der Erbschaftssteuerklasse. Während im Rahmen des Stiefkindverhältnisses das Bestehen einer Schwägerschaft gemäß § 1590 Abs. 1 S. 2 BGB angenommen wird, gilt dies für ein Pflegekind nicht. Pflegekinder sind demnach nicht anders zu behandeln als andere langjährige Vertrauenspersonen, die den Erblasser beispielsweise gepflegt haben oder von diesem gepflegt wurden, da auch insoweit keine formalen verwandtschaftlichen Beziehungen bestehen.<sup>60</sup> Aus diesem Grund wird eine steuerliche Begünstigung ausgeschlossen. Ein Pflegekind könnte daher lediglich mittels Adoption durch den Erblasser in Steuerklasse I eingestuft werden.<sup>61</sup>

Sofern an dieser Stelle ein Vergleich mit der in Kapitel 2.3.2. erörterten Argumentation des Gesetzgebers zum Einbezug der Stiefkinder in den Schutzbereich des § 2333 Abs. 1 Ziff. 1 BGB vorgenommen wird, zeigt sich auch hier ein bemerkenswerter Wertungsunterschied: Während es in Bezug auf das Kriterium des „Nahestehens“ im Sinne der zitierten Norm für Stiefkinder, nicht jedoch für leibliche Kinder, darauf ankommt, dass auch eine räumliche Nähebeziehung besteht oder zumindest bestanden hat, werden im erbschaftssteuerlichen Kontext Stiefkinder und leibliche Kinder gleichgestellt, wobei es insoweit auf eine räumliche Nähebeziehung gerade nicht ankommt. Im Ergebnis wird damit eine steuerrechtliche Begünstigung des Stiefkinds auch dann normiert, wenn dieses keine oder keine enge persönliche Beziehung zum Erblasser unterhalten hat. Unabhängig vom Vorliegen eines Wertungswiderspruches ist allerdings zu bedenken, dass dies in der Praxis nur selten Auswirkungen haben wird, da Stiefkinder gerade kein gesetzliches Erbrecht haben und ihre erbrechtliche Berücksichtigung somit eine bewusste begünstigende letztwillige Verfügung des Erblassers voraussetzt.

### **2.3.3.2. Verfassungsrechtliche Würdigung der §§ 15 und 16 ErbStG**

Während der Gesetzgeber im Erbrecht die Stiefkindverhältnisse im Wesentlichen nicht berücksichtigt, ist dies im Erbschaftssteuergesetz anders. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wie der Gesetzgeber diese Privilegierung von Stiefkindverhältnissen begründet und inwieweit dies mit dem Grundgesetz im Einklang steht.

---

<sup>59</sup> Meincke, Rn. 2 f. zu § 15.

<sup>60</sup> Troll/Gebel/Jülicher (Jülicher), Rn. 60 zu § 15.

<sup>61</sup> Wilms/Jochum (Götz), Rn. 77 zu § 15.





Steuerrechtliche Konzepte müssen sich nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG<sup>62</sup> jedenfalls im Geltungsbereich des Grundgesetzes am Prinzip der gleichmäßigen Besteuerung und damit an ihrer Verfassungsmäßigkeit messen lassen. Nach dieser Rechtsprechung des BVerfG ist der Maßstab dafür zunächst der in Art. 3 GG normierte Gleichheitssatz. Für den Bereich des Steuerrechts folgt aus dem Gleichheitssatz der Grundsatz der Steuergerechtigkeit<sup>63</sup>, der mit dem Grundsatz der Belastungsgleichheit<sup>64</sup> korrespondiert. Diese Grundsätze beziehen sich sowohl auf die Steuergesetzgebung als auch auf die Anwendung der Steuergesetze im Einzelfall und somit auf die Tätigkeit des Gesetzgebers genauso, wie auf die Tätigkeit der Verwaltung und Gerichte.<sup>65</sup> Führt die Anwendung einer an sich verfassungsmäßigen Steuer im Ergebnis zu einer eklatanten Ungerechtigkeit im Einzelfall, kann dies zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes selbst führen.<sup>66</sup> Unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes in Art. 3 GG hat der Gesetzgeber demnach darauf zu achten, dass die steuerliche Belastung des einzelnen Steuerpflichtigen gerecht ist und zu grundsätzlich gleichen Belastungen führt.

Gleich im Sinne des Gleichheitssatzes sind dabei aber nicht materiell gleich hohe Belastungen, sondern Belastungen, die eine individuelle Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen gleichermaßen ausschöpfen; direkte Steuern haben in ihrer Belastungswirkung daher auf den Grundsatz der Leistungsfähigkeit Rücksicht zu nehmen.<sup>67</sup> Entscheidend ist somit die Vergleichbarkeit der individuellen Belastungswirkung für jeden Steuerpflichtigen und nicht die in absoluten Werten ausgedrückte tatsächliche Belastungshöhe. Die steuerrechtliche Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers wird somit durch das Gebot der vertikalen Steuergerechtigkeit wie auch durch das Gebot der horizontalen Steuergerechtigkeit, die eine gleiche Besteuerung Steuerpflichtiger mit gleicher Leistungsfähigkeit vorsieht, begrenzt.<sup>68</sup>

Im gegebenen Zusammenhang trifft die Besteuerung sowohl die Stiefkinder als auch die leiblichen Kinder in gleichem Maße, während Pflegekinder höher belastet werden. Diesbezüglich bestehen aber keine Bedenken, da dem Gesetzgeber bei der Festlegung von Gegenständen der Besteuerung grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zur

<sup>62</sup> BVerfGE 93, 165, vgl. hierzu auch Tipke/Lang (Hey), § 3, Rn. 110 ff.

<sup>63</sup> Vgl. Tipke, S. 17.

<sup>64</sup> BVerfG, Urteil vom 6.3.2002 - 2 BvL 17/99105, BVerfGE 105, 73.

<sup>65</sup> BVerfG, Urteil vom 27.6.1991 - 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239.

<sup>66</sup> BVerfG, Urteil vom 9.3.2004 - 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94.

<sup>67</sup> Vgl. Insoweit auch Tipke/Lang (Hey), § 3, Rn. 121.

<sup>68</sup> BVerfG, Beschluss vom 16.3.2005 - 2 BvL 7/00, BVerfGE 112, 268.



Verfügung steht<sup>69</sup>; für die Bemessung des jeweils anzuwendenden Steuersatzes gilt dies ebenso.<sup>70</sup> Gegenstand einer Vorlage, die zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Jahr 2006 führte<sup>71</sup>, mit dem die damalige erbschaftssteuerrechtliche Regelung für verfassungswidrig erklärt wurde, war die Frage, ob die Anwendung des einheitlichen Steuertarifs gemäß § 19 Abs. 1 des damaligen ErbStG wegen einer gleichheitswidrigen Ausgestaltung der Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage bei den unterschiedlichen Vermögensarten verfassungswidrig ist. Der Ansatz war dabei die Erwägung, dass steuerrechtlich vergleichbare Umstände durch Heranziehung unterschiedlicher Bemessungsgrundlagen für unterschiedliche Vermögensarten in gleichheitswidrig unterschiedlicher Weise behandelt wurden, was letztlich bestätigt wurde. Demgegenüber wurden politische Lenkungsentscheidungen, die zu einer unterschiedlichen Besteuerung grundsätzlich vergleichbarer Sachverhalte führen, aber nicht auf einer willkürlichen Anpassung der Bemessungsgrundlagen beruhen, als unbedenklich angesehen.

Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass die gleiche Besteuerung von leiblichen Kindern und Stiefkindern und der insoweit vom Gesetzgeber vorgenommene Ausschluss von Pflegekindern im Rahmen der Berücksichtigung von besonderen Lebensformen als gewollte gesetzgeberische Entscheidung und damit als verfassungsrechtlich zulässig anzusehen ist. Dafür spricht auch, dass im Einkommensteuerrecht wieder andere Kriterien gelten. Auf Grundlage der eigenen Sachgesetzlichkeit des Einkommenssteuergesetzes werden in dessen Anwendungsbereich Stiefkinder nur einbezogen, solange die Ehe besteht, durch die das Stiefkindverhältnis einmal begründet wurde, und darüber hinaus – anders als im Erbschaftssteuerrecht – gemäß § 32 Abs. 4 EStG auch Pflegekinder als Kinder im steuerrechtlichen Sinne verstanden.

Es ist daher davon auszugehen, dass auch eine Änderung der Steuerklasseneinteilung im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht zulässig wäre, nach der beispielsweise die besondere Verbundenheit mit Pflegekindern berücksichtigt wird und diese sodann ebenfalls in Steuerklasse I eingestuft werden.<sup>72</sup> Dies insbesondere auch deshalb, weil auch die nunmehr geltende erbschaftssteuerrechtliche Gleichbehandlung von leiblichen Kindern und Stiefkindern erst durch das Erbschaftssteuergesetz 1974 eingeführt und durch das Erbschaftssteuergesetz 1980 in diese Form gebracht wurde.<sup>73</sup> Nach dem

<sup>69</sup> BVerfG Beschluss vom 6.12.1983 - 2 BvR 1275/79, BVerfGE 65, 325.

<sup>70</sup> BVerfG Urteil vom 27.6.1991 - 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239.

<sup>71</sup> BVerfG in DStR 2007, S. 235.

<sup>72</sup> BFH in BStBl. II 1978, S. 39.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu BFH in BStBl. 1989 II S. 898.



Erbschaftssteuergesetz 1959 waren Stiefkinder gemäß § 16 ErbStG 1959 leiblichen Kindern noch nicht gleichgestellt und daher nicht der Steuerklasse I zugeordnet; insoweit hat der BFH zu § 16 ErbStG 1959 noch festgestellt, dass diese Andersbehandlung der Stiefkinder nicht als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu bewerten sei.<sup>74</sup> Zwar seien nach der schon damals bestehenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes Stiefkinder wie leibliche Kinder vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG umfasst<sup>75</sup>; dies enthalte für den Gesetzgeber aber noch keinen unmittelbaren Auftrag, diese auch in steuerrechtlicher Hinsicht gleich zu behandeln. Der Gesetzgeber könne auch den Begriff des Stiefkindes nach dem jeweiligen Regelungszusammenhang bestimmen. Im gegebenen Zusammenhang besonders bemerkenswert erscheint folgende Passage der Entscheidung:<sup>76</sup>

*Zwar sind Stiefkinder als leibliche Kinder des einen Ehegatten mit diesem und dieser wiederum mit dem andern Ehegatten in einem Familienband umschlossen; das Familienband im weiteren Sinne umschließt damit auch sie. Was daraus für die Gewährleistung des Art. 6 Abs. 1 GG im Einzelnen folgt, braucht aber nicht näher untersucht zu werden. Denn jedenfalls enthält Art. 6 Abs. 1 GG nicht die Forderung, Stiefkinder den ehelichen Kindern schlechthin gleichzustellen. So wäre es z.B. abwegig, aus Art. 6 Abs. 1 GG die Forderung abzuleiten, den Stiefkindern müsse in gleicher Weise ein gesetzliches Erbrecht und ein Pflichtteilsrecht zustehen wie den leiblichen Kindern.*

Ob eine derartige Entscheidung aus heutiger Sicht als abwegig zu beurteilen ist, mag dahinstehen. Nach dem erörterten breiten Spielraum, den Art. 3 GG nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes dem Steuergesetzgeber eingeräumt hat, steht es diesem aber zumindest frei, „Steuerbefreiungen, die er leiblichen Kindern oder im Interesse leiblicher Kinder einräume, unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen Wertentscheidungen und der Sachproblematik des jeweiligen Steuerbereichs auf andere Kinder zu erstrecken oder nicht zu erstrecken“<sup>77</sup>.

Der breite Regelungsspielraum des Gesetzgebers bezieht sich dabei aber nicht nur auf steuerrechtliche Sachverhalte, sondern auf sämtliche ihm von der Verfassung zugewiesenen Gesetzgebungsakte.<sup>78</sup> Davon ausgehend erscheint es durchaus denkbar, dass es dem Gesetzgeber auch im Bereich des Erbrechts freisteht, die insoweit bestehenden Regelungen an die erbschaftsteuerrechtlichen Regelungen anzupassen, soweit diese

<sup>74</sup> BFH in BStBl. II 1978, S. 39.

<sup>75</sup> BVerfGE 18, 192.

<sup>76</sup> BFH in BStBl. II 1978, S. 39.

<sup>77</sup> Ebd.

<sup>78</sup> Schlaich/Korioth, Rn. 530 f.



die Zielsetzung, nämlich die Gleichstellung von Stiefkindern und leiblichen Kindern, vorsehen.

Dass der Gesetzgeber dies derzeit offensichtlich nicht beabsichtigt, ergibt sich jedoch aus den Gesetzgebungsmaterialien zur Erbrechtsreform 2010. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung hat ausdrücklich auf die geänderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen hingewiesen<sup>79</sup> und festgestellt, dass „immer häufiger (...) nicht nur gemeinsame Kinder, sondern auch Kinder aus verschiedenen Beziehungen der Eltern in einer Familie“ aufwachsen. Da beinahe 40 % der geschiedenen Ehepartner neue Ehen eingehen würden, sei die ständige Zunahme der Zahl der Stiefkinder „zwangsläufig“. Dies könne „zu engen Beziehungen zu dem neuen sozialen Elternteil führen, die Beziehung zu dem nicht in der neuen Familie lebenden Elternteil aber lockern“.<sup>80</sup>

Insoweit thematisieren die Gesetzgebungsmaterialien diese Änderung der gesellschaftlichen Strukturen im erbrechtlichen Kontext jedoch im Zusammenhang mit einer erwogenen Einschränkung des Pflichtteilsrechts und nicht mit Blick auf eine denkbare Einbeziehung von Stiefkindern in das gesetzliche Erbrecht. Unter dem Gesichtspunkt der weitgehenden Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist auf den ersten Blick jedoch davon auszugehen, dass auch eine derartige Maßnahme davon umfasst wäre.

Trotz ausdrücklicher Erörterung der Veränderungen in den Formen des familiären Zusammenlebens im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Erbrechtsreform 2010 hat der Gesetzgeber derartige Erwägungen aber – noch – nicht angestellt, was in Anbetracht der zunehmenden Veränderungen in den Formen des familiären Zusammenlebens durchaus bemerkenswert erscheint. Losgelöst davon muss dieser Ansatz des Gesetzgebers als Inanspruchnahme der ihm zustehenden gesetzgeberischen Freiheit verstanden werden.

## **2.3.4. Stiefkindverhältnisse im Familienrecht**

### ***2.3.4.1. Bedeutung des Familienrechts für Stiefkindverhältnisse***

Familienrecht regelt, anders als das Erbrecht, Rechtsverhältnisse, die im Alltag der von der jeweiligen Regelungsmaterie betroffenen Kinder und Eltern eine erhebliche Rolle spielen. Es liegt daher nahe, dass vor allem familienrechtliche Fragen vom Gesetzgeber vergleichsweise rasch geregelt und bestehende gesetzliche Vorschriften bei der Verbreitung neuer Lebensformen in der Gesellschaft angepasst werden. Hiervon betroffen sein können allerdings auch Dritte: In deliktsrechtlicher Hinsicht war bei-

<sup>79</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucksache 14/8495, S. 8.

<sup>80</sup> Ebd.



spielsweise unklar, ob ein Stiefelternteil im Rahmen der elterlichen Aufsichtshaftung in Anspruch genommen werden kann, wenn sein Stiefkind einen Dritten schädigt.<sup>81</sup>

Trotz der Normierung einer Reihe von Regelungen in diesem Bereich, die der zunehmenden Verbreitung von Stieffamilien Rechnung tragen sollen, geht jedoch beispielsweise *Salgo*<sup>82</sup> davon aus, dass eine umfassende Regelung der familienrechtlichen Stiefkindproblematik bisher nicht erfolgt sei und die einzelnen Regelungen lediglich punktuell auf besonders drängende Probleme reagieren würden. Dies mag im Grundsatz durchaus zutreffen; zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass der Gesetzgeber durch die sich rasch entwickelnde Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes<sup>83</sup> immer wieder zur punktuellen Anpassung bestehender Vorschriften gezwungen wird, was die Erarbeitung und Umsetzung eines Gesamtkonzeptes erschweren dürfte.

Unabhängig davon sind im Familienrecht eine Vielzahl von Regelungen zu finden, die zu erkennen geben, dass sich der Gesetzgeber mit den veränderten gesellschaftlichen Strukturen in diesem Bereich befasst und hierauf durch Schaffung entsprechender Regelungen reagiert hat.

#### **2.3.4.2. Namensrecht**

Eine aus damaliger Sicht weitreichende Reform des Kindschaftsrechts nahm der Gesetzgeber im Jahr 1998 vor.<sup>84</sup> In diesem Zusammenhang wurde beispielsweise § 1618 BGB im Hinblick auf die Besonderheiten des Stiefkindverhältnisses den sozialen Entwicklungen angepasst. Nach dieser Norm ist es nunmehr innerhalb einer Ehe möglich, die leiblichen Abkömmlinge nur eines Ehegatten namensmäßig dadurch in den Familienverbund zu integrieren, dass der von den Eheleuten gewählte Familienname auch von den einseitigen Kindern des jeweils anderen Ehegatten geführt werden kann; dies war in der Vergangenheit nur unter großem Aufwand durch eine öffentlich-rechtliche Namensänderung mit weitreichender Auslegung des Merkmals „wichtiger Grund“ im Sinne des § 3 NamensÄndG möglich.

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung dieser Erleichterung hinsichtlich der namensmäßigen Integration von nicht leiblichen Abkömmlingen auf die Veränderungen in den Formen des familiären Zusammenlebens reagiert. Sinn und Zweck dieser neuen

<sup>81</sup> Ausführlich dazu Bernau in FamRZ 2006, S. 82 ff.

<sup>82</sup> Staudinger (*Salgo*), Rn. 3 zu § 1682. Vgl. hierzu auch Mayer in ErbR 2014, S. 11 m.w.N., der plastisch von einer „stiefmütterlichen“ Berücksichtigung von Stiefkindverhältnissen im Familien- und Erbrecht spricht.

<sup>83</sup> Auf die Entwicklung der familienrechtlichen Rechtsprechung des BVerfG wird in Kapitel 2.3.5 ausführlich eingegangen.

<sup>84</sup> Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechtes vom 16.12.1997, veröffentlicht im BGBl. I 1997, S. 2942 ff.





Regelung ist es, den Kindern, die von nur einem Ehepartner eingebracht werden, die Integration in die Stieffamilie, die durch den einheitlichen Familiennamen auch nach außen manifestiert werden kann, zu erleichtern.<sup>85</sup> Gleichzeitig sollte aber nach dem Willen des Gesetzgebers die leibliche Abstammung des Kindes nicht unbeachtet bleiben. Dem trägt beispielsweise das Einwilligungserfordernis des leiblichen Elternteils gemäß § 1618 Abs. 3 BGB ebenso Rechnung, wie das grundsätzlich ab Vollendung des fünften Lebensjahrs bestehende altersabhängige Zustimmungserfordernis des Kindes gemäß § 1618 S. 3 letzter Hs. BGB<sup>86</sup>, das den Persönlichkeitsrechten des Kindes Rechnung trägt. Weitere rechtliche Folgen hat die Namenserteilung nicht, insbesondere ist sie nicht mit der Erlangung eines Sorgerechts durch den Stiefelternteil verbunden.<sup>87</sup>

### **2.3.4.3. Umgangsrecht**

Ebenfalls durch die Reform des Kindschaftsrechtes 1998 wurde im Zuge einer vollständigen Novellierung des Umgangsrechts auch § 1685 BGB verändert. Durch diese Norm werden einerseits die durch Abstammung entstandenen Beziehungen sowie andererseits die Sozialbeziehungen des Kindes geschützt, die in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung und auch unabhängig von leiblicher Verwandtschaft durch die Neufassung rechtlich gestärkt werden sollten.<sup>88</sup>

Insoweit ist zunächst die leibliche Verwandtschaft gemäß § 1685 Abs. 1 BGB eine Voraussetzung für ein Umgangsrecht der Großeltern und Geschwister; dies wiederum erfordert, dass der Umgang aber auch dem Wohl des Kindes dient. In der Praxis wird von der Möglichkeit der Durchsetzung des Umgangsrechts mit Hilfe des § 1685 Abs. 1 BGB nur selten Gebrauch gemacht.<sup>89</sup> Unter der Voraussetzung, dass dessen Ausübung dem Kindeswohl entspricht, besteht gemäß § 1685 Abs. 2 BGB durch die Reform auch ein Umgangsrecht für enge Bezugspersonen, soweit diese für das Kind im Sinne einer sozial-familiären Beziehung Verantwortung tragen oder getragen haben. Dies wird in den Fällen vermutet, in denen der Umgangsberechtigte mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat. Damit soll verhindert werden, dass eine gewach-

<sup>85</sup> BT-Drucksache 13/4899, S. 92, vgl. hierzu auch Mayer in ErbR 2014, S. 11; Bamberger/Roth (Enders), Rn. 1 zu § 1618; Grandel/Stockmann (Seebach), Ziff. 168, Rn. 24; Jauernig (Budzikiewicz), Rn. 1 zu § 1618; MüKo BGB (von Sachsen Gessaphe), Rn. 2 zu § 1618.

<sup>86</sup> Wagenitz in FamRZ 1998, S. 1545, 1551; MüKo BGB (von Sachsen Gessaphe), Rn. 3 zu § 1618.

<sup>87</sup> Wagenitz in FamRZ 1998, S. 1551; Jauernig (Budzikiewicz), Rn. 4 zu § 1618; MüKo BGB (von Sachsen Gessaphe), Rn. 4 zu § 1618.

<sup>88</sup> Bernau in KJ 2006, S. 329; Grandel/Stockmann (Treu), Ziff. 219, Rn. 80 f.; MüKo BGB (Hennemann), Rn. 1 zu § 1685; Staudinger (Salgo), Rn. 1 ff. zu § 1682.

<sup>89</sup> Theurer in MDR 2005, S. 250 ff.



sene soziale Beziehung durch Trennung des leiblichen Elternteils und des Stiefeltern-  
teils zerstört wird.<sup>90</sup>

§ 1685 Abs. 1 und Abs. 2 BGB normieren demnach ein subjektives, einklagbares und  
vollstreckbares Recht der Normadressaten<sup>91</sup>, nicht aber des Kindes.<sup>92</sup> Dieses besteht  
gemäß § 1684 Abs. 1 BGB jedoch im Verhältnis zu den leiblichen Eltern, sodass der  
Gesetzgeber eine Ungleichbehandlung von leiblichen Eltern und Stiefeltern aus Sicht  
des Kindes normiert.<sup>93</sup> Für die leiblichen Eltern, nicht aber für die Stiefeltern, stellt der  
Umgang mit dem Kind zudem eine elterliche Pflicht dar, die allerdings nicht gericht-  
lich durchgesetzt werden kann.<sup>94</sup> Durch die Betonung des Kindeswohls als Umgangs-  
voraussetzung ist dennoch klargestellt, dass § 1685 BGB den Interessen des Kindes  
auf Aufrechterhaltung seiner sozialen Beziehungen dient. Dieses Interesse reicht aber  
aus Sicht des Gesetzgebers nicht so weit wie bei leiblichen Kindern, da die Initiative  
zur Geltendmachung des Umgangsrechts alleine den sozialen Eltern oder anderen in  
§ 1685 BGB einbezogenen Personen zukommt. Dennoch ist auch die Regelung des  
Umgangsrechts in den §§ 1684 f. BGB ein Hinweis dafür, dass der Gesetzgeber von  
seiner Freiheit, die leibliche Abstammung als Kriterium für die Kodifizierung be-  
stimmter Rechte und Pflichten heranzuziehen, nicht nur im Erbrecht, sondern auch im  
Familienrecht Gebrauch macht.

Das Bundesverfassungsgericht hat sodann 2003<sup>95</sup> klargestellt, dass § 1685 BGB in der  
zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung als verfassungswidrig anzusehen ist, da die  
Rechte des leiblichen Vaters nicht angemessen berücksichtigt werden. Soweit zwi-  
schen dem Kind und dem leiblichen Vater eine soziale Beziehung bestehe oder be-  
standen habe, müsse dem leiblichen Vater ein Umgangsrecht eingeräumt werden, auch  
wenn das Kind mit einem sozialen Vater in einer häuslichen Lebensgemeinschaft le-  
be.<sup>96</sup> Ebenso wurde der damalige § 1600 BGB als mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht

---

<sup>90</sup> Bernau in KJ 2006, S. 329; Johannsen/Henrich (Jaeger), Rn. 3a zu § 1685; Staudinger (Peschel-Gutzeit),  
Rn. 8, 10 zu § 1685.

<sup>91</sup> BGH in NJW 2001, S. 3337.

<sup>92</sup> BeckOK BGB/Veit BGB § 1684 Rn. 9.

<sup>93</sup> Ebd.

<sup>94</sup> Ebd.

<sup>95</sup> BVerfGE 108, 82.

<sup>96</sup> Insoweit hat das BVerfG den Begriff der „sozial-familiären“ Beziehung geprägt und damit zum Ausdruck  
gebracht, dass sich die Regelungen des Umgangsrechtes nicht mehr ausschließlich am traditionellen Fami-  
lienbegriff orientieren können, vgl. hierzu BVerfGE 108, 82 (112). Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber  
diesen Begriff auch bei der Neufassung des § 1685 Abs. 2 S. 1 BGB wörtlich übernommen.



vereinbar bewertet, soweit dem leiblichen Vater nicht das Recht der Anfechtung einer Vaterschaftsanerkennung eingeräumt wurde.<sup>97</sup>

In der sodann geschaffenen Neufassung des § 1685 BGB hat der Gesetzgeber diesen Bedenken Rechnung getragen und das Umgangsrecht ohne weitere Präzisierung auf Bezugspersonen, die eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind aufgebaut haben, erweitert. Zu diesen Bezugspersonen konnte sodann, falls dies im Interesse des Kindeswohls lag und eine sozial-familiäre Beziehung bestand, auch der leibliche Vater gehören.<sup>98</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang jedoch betont, dass der bloße Wunsch, eine solche Beziehung aufbauen zu wollen, die bisher noch nicht bestanden hat, ein Umgangsrecht des leiblichen Vaters nicht rechtfertigen könne.<sup>99</sup> Damit hat das Bundesverfassungsgericht eine bestehende soziale Beziehung zwischen Kind und Stiefelternteil aus Sicht des Kindes höher bewertet, als die auf Abstammung beruhende Beziehung zu einem leiblichen Elternteil.<sup>100</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat es jedoch als Verletzung des Art. 8 EMRK bewertet, wenn einem leiblichen Vater bei Fehlen einer sozialen Beziehung zum Kind das Umgangsrecht grundsätzlich und ohne Prüfung des Kindesrechts versagt werde, weil die soziale Elternschaft in diesem Fall schützenswerter sei als das Umgangsinteresse des leiblichen Vaters.<sup>101</sup> Der Gesetzgeber hat auf diese Rechtsprechung mit der Einführung der Regelung des § 1686a BGB im Jahr 2013 reagiert, so dass nunmehr auch dem biologischen Vater losgelöst von einer sozial-familiären Beziehung ein Umgangsrecht zusteht, sofern es dem Kindeswohl dient.<sup>102</sup>

Demzufolge lässt sich feststellen, dass sowohl der Gesetzgeber als auch das Bundesverfassungsgericht im erbrechtlichen und im familienrechtlichen Kontext die Rolle der leiblichen und der sozialen Eltern sehr unterschiedlich bestimmen. Während familiär-soziale Elternbeziehungen, ungeachtet der insofern modifizierenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, nach Beurteilung des Bundesverfassungsgerichtes im Hinblick auf das Umgangsrecht einen grundsätzlichen Vorrang gegenüber der auf Abstammung beruhenden biologischen Elternschaft genießen, besteht im erbrechtlichen Zusammenhang eine umgekehrte Priorisierung: das Erbrecht und insoweit insbesondere der Pflichtteilsanspruch des leiblichen Kindes besteht

<sup>97</sup> BVerfGE 108, 82.

<sup>98</sup> BeckOK BGB/Veit BGB § 1684 Rn. 4.

<sup>99</sup> BVerfG in FamRZ 2006, S. 1661 f.

<sup>100</sup> BeckOK BGB/Veit BGB § 1684 Rn. 4.

<sup>101</sup> Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte in FamRZ 2011, S. 269 ff..

<sup>102</sup> Jauernig (Budzikiewicz), Rn. 1 zu § 1686a; Johannsen/Henrich (Jaeger), Rn. 1 zu § 1686a BGB; MüKo BGB (Heinemann), Rn. 1 zu § 1686a.





grundsätzlich und ungeachtet jeder tatsächlichen sozialen Beziehung selbst in Fällen, in denen es nie zum Kontakt zwischen dem leiblichen Elternteil und dem Kind gekommen ist, während gegenüber einem sozialen Elternteil keinerlei erbrechtliche Ansprüche zu Gunsten der nicht leiblichen Kinder existieren.

Damit hat sich seit Inkrafttreten des BGB nicht nur die Berücksichtigung sozialer Kinder im Familienrecht entscheidend geändert, sondern dadurch, dass im Erbrecht die zur damaligen Zeit gerechtfertigte Wertentscheidung des historischen Gesetzgebers bis heute nicht verändert wurde, in Bezug auf die Behandlung von Stiefkindern bzw. Stieffamilien auch die Einheitlichkeit der Rechtsordnung.

#### **2.3.4.4. „Kleines Sorgerecht“ gemäß § 1687b BGB**

Eine ähnliche Entwicklung ist auch im Bereich der elterlichen Sorge festzustellen. Im Zusammenhang mit der Einführung des LPartnG ist dem gleichgeschlechtlichen Lebenspartner ein „Mitsorgerecht“ in Angelegenheiten des täglichen Lebens für die Kinder des anderen Lebenspartners gewährt worden (§ 9 Abs. 1 LPartnG). Dies hatte zur Folge, dass dieses Recht dem Stiefelternteil im Rahmen einer Ehe mit dem leiblichen Elternteil auch nicht mehr verwehrt werden konnte, so dass mit der Regelung des § 1687b Abs. 1 BGB die Rechte eines verschiedengeschlechtlichen Stiefelternpaares denen gleichgeschlechtlicher Lebenspartner angepasst wurden.<sup>103</sup> Nach § 1687b BGB haben Stiefelternteile somit ein Mitentscheidungsrecht in Angelegenheiten des täglichen Lebens des leiblichen Kindes des Ehepartners. Voraussetzung ist allerdings, dass der leibliche Elternteil das alleinige Sorgerecht besitzt und der Stiefelternteil mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft lebt sowie die Entscheidungsbefugnis im Einvernehmen mit dem leiblichen Elternteil ausgeübt wird.<sup>104</sup> Mit Widerruf des Einvernehmens oder bei nicht nur vorübergehender Trennung des leiblichen Elternteils vom Stiefelternteil entfällt das Sorgerecht des Stiefelternteils.<sup>105</sup> Ratio legis dieser Vorschrift soll sein, im Interesse der in einer Stieffamilie lebenden Kinder tatsächliche Betreuungsverhältnisse abzusichern<sup>106</sup> und auch der Bedeutung neuer Lebensformen Rechnung zu tragen.<sup>107</sup> Fraglich ist die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift, da dem Stiefvater – ähnlich wie bis zur Einführung des § 1686a BGB beim Umgangs-

<sup>103</sup> Gesetzesentwurf, BT-Drucksache 14/2096, S. 8, vgl. auch Peschel-Gutzeit in FPR 2004, S. 48; Hausmann in DNotZ 2011, S. 606; Johannsen/Henrich (Jaeger), Rn. 1 zu § 1687b; MüKo BGB (Hennemann), Rn. 1 zu § 1687b.

<sup>104</sup> Mayer in ErbR 2014, S. 12; BeckOK BGB/Veit BGB § 1687b Rn. 2-6.1

<sup>105</sup> BeckOK BGB/Veit BGB § 1687b Rn. 9; MüKo BGB (Hennemann), Rn. 8 zu § 1687b; Johannsen/Henrich (Jaeger), Rn. 2 zu § 1687b.

<sup>106</sup> Gesetzesentwurf, BT-Drucksache 14/2096 S. 8.

<sup>107</sup> Kanther in NJW 2003, S. 797 f.



recht – im Ergebnis stärkere Rechte eingeräumt werden als dem nicht sorgeberechtigten leiblichen Elternteil; diese Frage ist bisher aber nicht höchstrichterlich entschieden.<sup>108</sup>

Auf nicht eheliche Lebensgemeinschaften ist § 1687b BGB nicht anwendbar, sodass unverheirateten Stiefeltern weiterhin keinerlei Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf leibliche Kinder des Partners zukommen.<sup>109</sup>

#### 2.3.4.5. *Unterhaltsrecht*

Durchaus bemerkenswert erscheint, dass das – wenn auch „kleine“ – Sorgerecht eines Stiefelternteils aus § 1687b BGB nicht mit einer Unterhaltspflicht gegenüber dem Stiefkind korrespondiert.<sup>110</sup> Zumindest in seiner Wirkung eine Ausnahme ist in diesem Zusammenhang der oft in der Praxis wenig bekannte<sup>111</sup> § 1371 Abs. 4 BGB, der bereits 1958 eingeführt wurde und einen Unterhaltsanspruch für den Fall begründet, dass die Stiefeltern im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt haben und dieser durch den Tod eines Ehegatten beendet wird; in diesem Fall wird der überlebende Ehegatte verpflichtet, auch den nicht von ihm leiblich abstammenden Kindern des verstorbenen Ehegatten die „Mittel zu einer angemessenen Ausbildung“ aus dem ihm (dem Ehegatten) gemäß § 1371 Abs. 1 BGB zusätzlich zustehenden güterrechtlichen Viertel zu gewähren.<sup>112</sup> Die Norm hat, wie sich schon aus ihrer systematischen Einordnung im Gesetz ergibt, nicht primär unterhaltsrechtliche Regelungsziele, sondern einen Mischcharakter aus Erb-, Güter- und gesetzlichem Unterhaltsrecht.<sup>113</sup> Voraussetzung eines Anspruches aus § 1371 Abs. 4 BGB ist allerdings, dass die gesetzliche Erbfolge eintritt. Stiefabkömmlinge, die als Erbe oder Vermächtnisnehmer durch letztwillige Verfügung bedacht sind, können daher aus dieser Norm keine Ansprüche ableiten, da die ratio legis der Norm darauf zielt, zugunsten der leiblichen Abkömmlinge des Verstorbenen die Nachteile der gesetzlichen Erbrechtsverstärkung zugunsten ihres Stiefelternteiles auszugleichen.<sup>114</sup> Insofern handelt es sich um eine erbrechtliche Nachteilsausgleichung und nicht um einen primären Unterhaltsanspruch. Unabhängig

<sup>108</sup> BeckOK BGB/Veit BGB § 1687b Rn. 11-13.

<sup>109</sup> Schwab in FamRZ 2001, S. 385.

<sup>110</sup> Das Fehlen der gesetzlichen Regelung einer Unterhaltspflicht führt aus Sicht des Stiefkinds dazu, dass dieses gegen einen Dritten, der durch eine unerlaubte Handlung den Tod des Stiefelternteils verursacht hat, keine Schadensersatzansprüche geltend machen kann, auch wenn der Stiefelternteil dem Stiefkind zu Lebzeiten tatsächlich Unterhalt geleistet hat. Hintergrund ist, dass § 844 BGB eine gesetzliche Unterhaltsverpflichtung voraussetzt, die in diesem Fall gerade nicht besteht, vgl. hierzu BGH in NJW 2001, S. 971.

<sup>111</sup> So beispielsweise Hausmann in DNotZ 2011, S. 602; Mayer in ErbR 2014, S. 12.

<sup>112</sup> Vgl. hierzu Schausten in FPR 2008, S. 349 ff.; Mayer in ErbR 2014, S. 12.

<sup>113</sup> Zacher-Röder/Grimm-Hanke in FPR 2011, S. 268; BeckOK BGB/Siede BGB § 1371 Rn. 36; Jauernig (Budzikiewicz), Rn. 16 zu § 1371.

<sup>114</sup> BeckOK BGB/Siede BGB § 1371 Rn. 36; Palandt (Brudermüller), Rn. 7 zu § 1371.



davon werden auch insoweit durch den Gesetzgeber bereits die besonderen Umstände in der Stieffamilie berücksichtigt.

#### **2.3.4.6. Zwischenergebnis**

Sowohl im Familien- als auch im Erbschaftssteuerrecht hat der Gesetzgeber auf Veränderungen in den Strukturen des familiären Zusammenlebens in der Vergangenheit zumindest in Teilen reagiert. Dabei ist jedoch zu bemerken, dass die Beachtung des Stiefkindverhältnisses vom jeweiligen Regelungszusammenhang abhängt und daraus resultierende Regelungsanforderungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Grob vereinfacht lässt sich feststellen, dass der Gesetzgeber gesetzliche Regelungen von Stiefkindverhältnissen dort vorsieht, wo sich im täglichen Leben für die betroffenen Familien und insbesondere die Kinder aus der fehlenden leiblichen Elternschaft Nachteile ergeben. So wurde beispielsweise die durch Änderung des § 1618 BGB ermöglichte Einbenennung von Stiefkindern mit der Erleichterung der Integration in die Stieffamilie und der Verhinderung sozialer Stigmatisierung begründet.<sup>115</sup> Die Gleichbehandlung von Stiefkindern und leiblichen Kindern im erbschaftssteuerrechtlichen Kontext ist hingegen als Umsetzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 GG im Steuerrecht zu verstehen.<sup>116</sup> Im Vordergrund stand dabei das erkennbare Bestreben des Gesetzgebers, insbesondere die rechtliche Stellung für Kinder in Stieffamilien zu verbessern und, im steuerrechtlichen Zusammenhang, eine Gleichbehandlung mit leiblichen Kindern zu erreichen.

Dass geänderte gesellschaftliche Verhältnisse zu neuen Familienstrukturen geführt haben, ist dem Gesetzgeber auch im erbrechtlichen Kontext bewusst, hat sich aber bisher lediglich in der Erweiterung des im Sinne des § 2333 Abs. 1 S. 1 BGB geschützten Personenkreises auf die Gesetzgebung ausgewirkt. Dies führt letztlich zu einem Wertungswiderspruch, weil der Gesetzgeber in den einzelnen Regelungsbereichen von einem unterschiedlichen Familienbild auszugehen scheint. Besonders sichtbar wird das Auseinanderfallen des erbrechtlichen und des familienrechtlichen bzw. erbschaftsteuerrechtlichen Familienverständnisses des Gesetzgebers beispielsweise mit Blick auf die vor allem bei Nichtbestehen einer sozialen Bindung bis vor kurzer Zeit noch sehr geringen Rechte des leiblichen Vaters, denen bis zur Einführung des § 1686a BGB im Jahr 2013 die Rechte des sozialen Vaters vorgehen konnten; nach wie vor kann dies im Zusammenhang mit dem „kleinen Sorgerecht“ gemäß § 1687b BGB der Fall sein. Dabei steht dieser Position des leiblichen Vaters womöglich systemwidrig die Verpflich-

<sup>115</sup> BT-Drucksache 13/8511, S. 73.

<sup>116</sup> Halaczinsky in ZErB 2004, S. 151.



tung gegenüber, seine leiblichen Kinder durch das Pflichtteilsrecht auch dann an seinem Nachlass teilhaben zu lassen, wenn eine familiär-soziale Elternbeziehung gerade nicht oder nicht mehr besteht.

Abgesehen davon fehlen im Erbrecht, vor allem im Bereich des Pflichtteilsrechtes, bisher Regelungen, die auf diese Veränderungen in den Familienstrukturen eingehen, wobei an dieser Stelle offen bleiben kann, ob diese in einer Einschränkung oder einer Erweiterung des Pflichtteilsrechtes bestehen könnten.

### **2.3.5. Verfassungsrechtliches Verständnis des Familienbegriffs**

#### **2.3.5.1. Familie als unbestimmter Begriff**

Im allgemeinen Sprachgebrauch kann Familie als soziale Einheit verstanden werden, deren konventionellen Abgrenzungskriterien durch die Merkmale der Verwandtschaft und der Heirat gekennzeichnet sind.<sup>117</sup>

Zum Teil wird der Begriff der Familie beschränkt auf die sogenannte Kernfamilie im Sinne einer auf Dauer angelegten Beziehung von Mann und Frau mit mindestens einem Kind<sup>118</sup>, die insbesondere im politischen Kontext gerne als „Keimzelle der Gesellschaft“ und Gegenstand von Familienpolitik verstanden wird. Vertreten wird aber auch ein Familienverständnis, das lediglich das Bestehen irgendeiner verwandtschaftlichen Beziehung voraussetzt, ohne eine Begrenzung hinsichtlich des Grades der Verwandtschaft vorzunehmen.<sup>119</sup> In diesem Sinne lässt sich Familie verstehen als Gruppe von Menschen, die in einem verwandtschaftlichen oder angeheirateten Verhältnis zueinander stehen.<sup>120</sup>

In der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland ist Familie die soziale Struktur, die von Art. 6 GG eigens geschützt wird. Dabei fungiert Art. 6 GG als „wertentscheidende Grundsatznorm“. In einer Entscheidung vom 17.01.1957<sup>121</sup> hat das Bundesverfassungsgericht, formuliert als obiter dictum, ausdrücklich festgestellt, dass die Vorschrift des Art. 6 GG über ihre Funktion als Abwehnorm hinaus auch als „wertentscheidende Grundsatznorm“ zu verstehen sei, die eine verbindliche Wert-

<sup>117</sup> Spelsberg, S. 7.

<sup>118</sup> Ott in NJW 1998, S. 117 f.; Uhle in NVwZ 2015, S. 272.

<sup>119</sup> V. Mangold/Klein/Start (Robbers), Rn. 11 sowie 13 ff. und 84 f. zu Art. 6.

<sup>120</sup> Spelsberg, S. 7.

<sup>121</sup> BVerfGE 6, 55. Insoweit hatte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Besteuerung von Ehegatten zu beschäftigen. Nach der damaligen Rechtslage führte die Zusammenveranlagung von Ehegatten wegen der progressiven Tarifgestaltung in bestimmten Konstellationen dazu, dass die steuerliche Belastung der Ehegatten insgesamt höher war als bei der getrennten Veranlagung. Darin sahen die Beschwerdeführer eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 GG



scheidung für den gesamten Bereich des Ehe- und Familienrechts sowohl im privatrechtlichen als auch im öffentlich-rechtlichen Bereich treffe.<sup>122</sup> Die Wertentscheidung beziehe sich darauf, dass Ehe und Familie als Keimzelle der staatlichen Gemeinschaft verstanden und als solche unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung gestellt sein müsse. Art. 6 Abs. 1 GG stelle daher „Ehe und Familie als die Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann, unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“.<sup>123</sup> Aus Art. 6 Abs. 1 GG ergebe sich somit die dem Staat obliegende Aufgabe, die Ehe und Familie vor Beeinträchtigungen zu schützen, aber auch durch aktive Tätigkeit zu fördern und zu unterstützen. Aus dem Abwehrgrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG folgt die objektive Wertentscheidung, Ehe und Familie eine besondere Stellung in der staatlichen Ordnung und dem Staat eine besondere Schutzverpflichtung zuzuweisen.<sup>124</sup>

Damit wird der Gesetzgeber zum Adressaten der staatsgerichteten Verpflichtung, die aus Art. 6 Abs. 1 GG abzuleitende Wertentscheidung in die Rechtsordnung zu implementieren; ebenso werden Exekutive und Judikative bei Auslegung und Anwendung einfachen Rechts zur Beachtung der Grundsatzentscheidung der zitierten Norm verpflichtet.<sup>125</sup> Mit Änderung der als Familie anerkannten sozialen Strukturen ändert sich somit zwingend auch der Schutzbereich des Art. 6 GG.

### **2.3.5.2. Traditionelles Begriffsverständnis des BVerfG**

Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Hinblick auf den Familienbegriff lange Zeit an dem abstammungsorientierten Familienverständnis des bürgerlichen Rechts<sup>126</sup> orientiert. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes in den letzten Jahren zeigt aber, dass sich eine Erweiterung des Familienbegriffes einstellt, um damit den geänderten gesellschaftlichen Bedingungen zu entsprechen.

Traditionell versteht das Bundesverfassungsgericht Familie als umfassende Gemeinschaft von Eltern und ihren Kindern mit dem familienspezifischen Recht und der Pflicht, Kinder zu pflegen und zu erziehen.<sup>127</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 1959 hat das Bundesverfassungsgericht diese Gemeinschaft als „unantastbaren Ordnungskern der Gesellschaft“ und grundlegend für das allgemeine Rechtsgefühl und

<sup>122</sup> BVerfGE 6, 55.

<sup>123</sup> Ebd.

<sup>124</sup> Vgl. hierzu Scholz/Uhle in NJW 2001, S. 93.

<sup>125</sup> Vgl. hierzu BVerfG in NJW 1992, S. 2213.

<sup>126</sup> BVerfG in NJW 1957, S. 417.

<sup>127</sup> BVerfGE 10, 59.





Rechtsbewusstsein bewertet.<sup>128</sup> Bereits im Jahr zuvor, 1958, hatte das Gericht zwar auch die Lebensgemeinschaft zwischen einer Mutter und ihrem nicht ehelichen Kind als vom Familienbegriff des Art. 6 GG geschützt angesehen<sup>129</sup>, aber ausdrücklich betont, dass sich die „tatsächliche und die rechtliche Lage des unehelichen Kindes im Familienverband (...) durch das Fehlen des ehelichen Vaters grundlegend und unabänderlich von der des ehelichen Kindes“<sup>130</sup> unterscheide. Das Gericht hat weiter ausgeführt: „Während die Familie, in die das eheliche Kind hineingeboren wird, eine Erweiterung der Ehegemeinschaft seiner – gemeinsam sorge- und erziehungsberechtigten – Eltern ist, besteht eine Familiengemeinschaft für das uneheliche Kind stets nur mit der – allein sorge- und erziehungsberechtigten – Mutter“.<sup>131</sup>

Eine Stieffamilie als soziale Familiengemeinschaft auch zwischen Kind und Stiefvater hat das Bundesverfassungsgericht damit im Jahr 1958 noch ausgeschlossen.

### ***2.3.5.3. Wandel des traditionellen Begriffsverständnisses***

Im Jahr 1964 hat das Bundesverfassungsgericht sodann bereits festgestellt, dass es für den Familienbegriff jedenfalls im steuerrechtlichen Sinne nicht auf die Blutsverwandtschaft ankomme, sodass auch die Gemeinschaft mit Stief-, Adoptiv- und Pflegekindern vom Familienbegriff erfasst und als „soziale Familie“ bezeichnet werden könne.<sup>132</sup> Die Rechtsprechung ging demzufolge bereits im Jahr 1964 von einem im verfassungsrechtlichen Sinne weiteren Familienbegriff aus, der auch volljährige Kinder samt ihren Eltern, Restfamilien nach dem Ableben eines Ehegatten oder nach Scheidung sowie auch Eltern oder Geschwister als Familie versteht<sup>133</sup>; nicht unter den Schutz des Art. 6 GG sollten jedoch nach überwiegender Auffassung kinderlose Paare fallen, woraus sich ableiten lässt, dass ungeachtet der Abstammungs- und Verwandtschaftsverhältnisse zumindest zwei Generationen in einer Familie vertreten sein mussten, um in den Schutzbereich des Art. 6 GG zu fallen. Ausgehend von diesem weiten Familienverständnis liegt es nahe, auch Großfamilien und Familienverbände außerhalb der Kernfamilie in ihren verschiedenen Entwicklungsphasen als Familie im Sinne des Art. 6 GG anzuerkennen.<sup>134</sup> Unter Familie ist insofern ein Verband von nicht nur in direkter Linie miteinander Verwandter zu verstehen, wobei es auch nicht zwingend auf die Blutsverwandtschaft, sondern auf die soziale Zuordnung zum Verband ankommt.

<sup>128</sup> BVerfGE 10, 59.

<sup>129</sup> BVerfGE 8, 210 (215).

<sup>130</sup> Ebd.

<sup>131</sup> Ebd.

<sup>132</sup> BVerfGE 18, 97.

<sup>133</sup> Vgl. hierzu BeckOK GG/Uhle, Rn. 18 zu Art. 6.

<sup>134</sup> So etwa Maunz/Dürig (Badura), Rn. 60 zu Art. 6.



Der Begriff der „sozial-familiären“ Beziehung, als Kennzeichen für die Familie, wurde vom Bundesverfassungsgericht sodann im Jahr 2003 im Zusammenhang mit der Entscheidung, leiblichen Vätern bei bestehender „sozial-familiärer Beziehung“ ein Umgangsrecht einzuräumen<sup>135</sup>, geprägt und in der Folge vom Gesetzgeber bei Neufassung des § 1685 Abs. 2 S. 1 BGB wörtlich übernommen. Eine endgültige Aufgabe des „engen Familienbegriffes“ nimmt das Bundesverfassungsgericht sodann mit seinem Beschluss vom 24.06.2014<sup>136</sup> vor. Insoweit führt das Gericht aus, dass Art. 6 Abs. 1 GG „generell auf den Schutz spezifischer familiärer Bindungen“ abziele und demgemäß nicht nur die Gemeinschaft von Eltern und Kindern schütze, sondern auch „tatsächlich von familiärer Verbundenheit geprägte engere Beziehungen“.<sup>137</sup> Dabei stützt sich das Bundesverfassungsgericht insbesondere auch auf den Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 GG, der darauf hindeuten würde, dass der Verfassungsgeber unter Familie mehr versteht, als die Gemeinschaft von Eltern und Kindern. *Uhle*<sup>138</sup> spricht im Rahmen dieser Entscheidung von einer „Neujustierung“ und damit von einem „Abschied vom engen Familienbegriff“.

### 2.3.6. Zwischenergebnis

Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze sind nur in engem Zusammenhang mit den gesellschaftlichen, politischen und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechungstätigkeit aufgenommen hat, zu verstehen.<sup>139</sup> Daher erscheint es wenig verwunderlich, dass das Gericht seinem Familienverständnis zunächst die zur damaligen Zeit herrschenden gesellschaftlichen Vorstellungen, die weitgehend denen des 19. Jahrhunderts entsprachen, zugrunde gelegt hat und von der traditionellen Familie mit Vater, Mutter und ehelichen Kindern als Keimzelle des Staates ausgegangen ist. Bemerkenswerter erscheint hingegen, dass das Gericht vergleichsweise rasch sein Familienverständnis den geänderten gesellschaftlichen Vorstellungen angepasst hat. Dabei lassen sich langsame Adaptierungsprozesse bei der Erweiterung des Familienverständnisses, in deren Rahmen der Familienbegriff auch auf die Stieffamilie erweitert wurde, und radikale Einschnitte, wie etwa die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare als rechtliche Eltern, differenzieren.

<sup>135</sup> BVerfGE 108, 82 (112).

<sup>136</sup> BVerfG in NJW 2014, S. 2853 ff.

<sup>137</sup> Ebd., S. 2855.

<sup>138</sup> Uhle in NVwZ 2015, S. 272 ff.

<sup>139</sup> Vgl. hierzu auch Wahl, S. 378 ff.



Insgesamt hat das Bundesverfassungsgericht in vielen Bereichen im Rahmen seiner Rechtsprechung der gesellschaftlichen Entwicklung Rechnung getragen und besonders im Familienrecht dem Gesetzgeber auch konkrete Handlungsanweisungen zur Adaptation des materiellen Rechts an die geänderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen erteilt. Umso auffälliger muss erscheinen, dass – wie der Gesetzgeber – auch das Bundesverfassungsgericht im Bereich des Erbrechts offensichtlich bisher nicht bereit ist, die Änderung der gesellschaftlichen Vorstellungen umzusetzen.

## 2.4. Zusammenfassung des zweiten Kapitels

Stieffamilien haben sich als alternative Lebensform in Deutschland etabliert.<sup>140</sup> Während sich sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der Gesetzgeber noch Anfang der 1950er Jahre auf die im Wesentlichen im vorletzten Jahrhundert geprägten familiären Strukturen gestützt haben, ist seit den 1970er Jahren eine deutliche Veränderung dieser Strukturen zu erkennen, was sich in einer zunehmenden Abwendung von der klassischen Familienform der Ehe und der daraus resultierenden Hinwendung zu alternativen Lebensformen ausdrückt. Diese Entwicklung wird durch die steigende Anzahl der Ehescheidungen sowie die zunehmende Anzahl an Wiederverheiratungen, insbesondere auch nach einer Ehescheidung, weiter gefördert. Hinzu kommt, dass die geringe Zahl der Eheschließungen dazu führt, dass das Zusammenleben in nicht ehelichen Lebensgemeinschaften zunimmt.<sup>141</sup>

Der Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht haben diese Entwicklung sowohl durch Veränderungen in der Gesetzgebung als auch im Rahmen der Rechtsprechung berücksichtigt und damit auf die Bedürfnisse dieser anderen Formen des familiären Zusammenlebens zumindest in Teilen reagiert. Dies gilt jedoch – bis auf die Regelung des § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB – nicht für das Erbrecht; auch für die Zukunft ist insoweit ein Reformwille des Gesetzgebers nicht zu erkennen. Bei einer derzeitigen durchschnittlichen Lebenserwartung von 77 Jahren bei Männern bzw. von 82 Jahren bei Frauen, jeweils mit steigender Tendenz<sup>142</sup>, ist anzunehmen, dass der Erbfall bei einem Großteil derjenigen, die in den letzten fünfzig Jahren an diesen Veränderungen in den Familienstrukturen beteiligt waren und demzufolge in alternativen Lebensformen leben, noch nicht eingetreten ist.

<sup>140</sup> So im Ergebnis auch Bernau in KJ 2006, S. 331; Steinbach in ZfB 2008, S. 175; Mayer in ErbR 2014, S. 10.

<sup>141</sup> Vgl. hierzu Bernau in KJ 2006, S. 321; Mayer in ErbR 2014, S. 10; Steinbach, S. 175.

<sup>142</sup> Pressemitteilung Nr. 143 des Statistischen Bundesamtes vom 22.04.2015.





Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass die Auswirkungen dieser Veränderungen in den Formen des familiären Zusammenlebens im Bereich des Erbrechts sowohl in der Rechtsprechung als auch in der erbrechtlichen Beratungspraxis bisher nur rudimentär aufgetreten sind und in nennenswertem Umfang erst in der Zukunft auf die Jurisprudenz zukommen werden. Im Hinblick auf die von Erblassern bei der Abfassung einer letztwilligen Verfügung erwartete Rechtssicherheit mag diese Aussicht jedoch als unbefriedigend verstanden werden. Daher ist es gerade für die in der Beratungspraxis tätigen Rechtsanwälte und Notare von essentieller Bedeutung, sich mit den rechtlichen Auswirkungen dieser alternativen Lebensformen zu beschäftigen, um sowohl bei der Beratung wie auch bei der Abfassung von letztwilligen Verfügungen hinsichtlich der sich insoweit ergebenden erbrechtlichen Besonderheiten ausreichend sensibilisiert zu sein.



### **3. Gestaltungsoptionen beim gemeinschaftlichen Testament und die damit verbundenen Auswirkungen bei Stieffamilien**

#### **3.1. Typen letztwilliger Verfügungen von Ehegatten**

##### **3.1.1. Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag**

Wie einleitend in Kapitel 1.1. angesprochen, besteht im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft regelmäßig ein Bedürfnis der Ehegatten, die Rechtslage nach dem Tod des Erst- und Zweitversterbenden von ihnen durch gemeinsam besprochene und aufeinander abgestimmte Verfügungen von Todes wegen zu regeln. Neben dem eigenhändigen Einzeltestament (§ 2247 BGB) und dem öffentlichen Einzeltestament (§ 2232 BGB) können Ehegatten auch ein gemeinschaftliches Testament (§ 2265 BGB, das sogenannte Ehegattentestament) sowohl in eigenhändiger als auch in öffentlicher Form errichten. Ebenso kann der letzte Wille in einem Erbvertrag (§ 2274 BGB), an dem auch Dritte beteiligt sein können, zum Ausdruck gebracht werden.<sup>143</sup>

Als Erbvertrag wird ein Vertrag verstanden, durch den zumindest ein Vertragsteil Erklärungen mit erbvertraglicher Bindungswirkung gegenüber dem anderen Vertragsteil abgibt, wobei es sich hierbei gemäß § 2278 Abs. 2 BGB um eine Erbeinsetzung, eine Vermächtniszurückwendung oder eine Auflage handeln muss; ebenso kann die Wahl des anzuwendenden Rechts eine vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen darstellen.<sup>144</sup> Im gemeinschaftlichen Testament können hingegen, wie auch beim Erbvertrag, Dritte zwar Adressat der Verfügung der Erblasser sein und sind dies in der Regel auch, allerdings kann mit diesen insoweit kein Rechtsverhältnis begründet werden. Während das gemeinschaftliche Testament nur für Ehegatten und eingetragene Lebenspartner im Sinne des LPartnG zugelassen ist, können einen Erbvertrag beliebige Personen miteinander abschließen. Da ein Erbvertrag und ein gemeinschaftliches Testament sich für unterschiedliche Konstellationen eignen, ist daher bei der erbrechtlichen Beratung der wahre Regelungswille zu erforschen und auf die Regelungsabsicht der Erblasser abzustellen.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> Langenfeld in NJW 1987, S. 1577; Lange, § 13, Rn. 3; Muscheler I, § 32, Rn. 2038; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 14, Rn. 11 f.

<sup>144</sup> Schlüter/Röthel, § 23, Rn. 11; BeckOK BGB/Litzenburger BGB § 2274 Rn. 1.

<sup>145</sup> Leipold, Rn. 491; Muscheler I, § 32, Rn. 2038; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 14, Rn. 11 f.; BeckOK BGB/Litzenburger, § 2265 BGB, Rn. 11.



Im Folgenden werden aufgrund des engen thematischen Zuschnitts zunächst die unterschiedlichen Regelungsoptionen des gemeinschaftlichen Testaments, nämlich die Trennungs- sowie die Einheitslösung, dargestellt und sowohl der Zweck als auch die Auswirkungen auf die Nachkommen der Erblasser untersucht. Dabei werden insbesondere die jeweiligen Regelungsoptionen im Zusammenhang mit der Regelungsabsicht der Erblasser im Hinblick auf eine angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller, also auch der nicht gemeinsamen, Kinder dargestellt und die sich insoweit ergebenden Besonderheiten herausgearbeitet.

### **3.1.2. Gemeinschaftliches Testament mit Trennungslösung**

#### ***3.1.2.1. Regelungszweck der Trennungslösung***

Im Rahmen der Vor- und Nacherbschaft eröffnet das Gesetz dem Erblasser in den §§ 2100 ff. BGB die Möglichkeit, auf das künftige Schicksal seines Vermögens Einfluss zu nehmen, da es die Einsetzung von Nacherben gestattet.<sup>146</sup> Dadurch steht dem Erblasser durch die Einsetzung von Vor- und Nacherben die Möglichkeit offen, in den zeitlichen Grenzen des § 2109 BGB die Weitergabe des Nachlasses zu bestimmen, weil dieser nicht zum Eigenvermögen des Vorerben gehört.<sup>147</sup>

Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft gemäß §§ 2100 ff. BGB über den Nachlass des Erblassers führt demnach zur Trennung der Erbmasse (sogenanntes Sondervermögen) vom Eigenvermögen des Vorerben, weswegen die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft auch als Trennungslösung bezeichnet wird.<sup>148</sup> Im Gegensatz zur Miterbengemeinschaft wird der Erblasser nicht von mehreren Begünstigten gleichzeitig, sondern nacheinander beerbt, wobei zwischen dem Vorerbfall und dem Nacherbfall zumindest eine „juristische Sekunde“ liegen muss; zwischen den jeweiligen Vor- und Nacherben besteht demnach keine Miterbengemeinschaft.<sup>149</sup> Vielmehr hat jeder Vor- und Nacherbe ein ungeteiltes Erbrecht, das lediglich zeitlich beschränkt ist. Sofern der Vorerbe nicht nach § 2136 BGB von den ihm obliegenden Beschränkungen<sup>150</sup> im Hinblick auf den Nachlass befreit ist, kann der Erblasser auf diese Weise demnach

<sup>146</sup> Frank/Helms, § 9, Rn. 1; Michalski, Rn. 673; HK-BGB (Hoeren), Rn. 1 vor § 2100; MüKo BGB (Grunsky), Rn. 3 zu § 2100; Schlüter/Röthel, § 34, Rn. 1.

<sup>147</sup> Leipold, Rn. 673, spricht insoweit plastisch von einem „Weiterregieren“ des Erblassers, vgl. auch Frank/Helms, § 9, Rn. 1; MüKo BGB (Grunsky), Rn. 3 zu § 2100.

<sup>148</sup> Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 14, Rn. 89; Schlitt/Müller (Müller), § 10, Rn. 301; Schlüter/Röthel, § 22, Rn. 42; Kroiß/Ann/Mayer (Gierl), Rn. 33 zu § 2100; Staudinger (Avenarius), Rn. 49 ff. zu § 2100.

<sup>149</sup> Brox/Walker, Rn. 343; Michalski, Rn. 675; Soergel (Harder), Rn. 5 zu Vorbem. zu § 2100; Palandt (Weidlich), Rn. 10 zu § 2100.

<sup>150</sup> Wenn der Vorerbe nicht befreit ist, steht diesem zwar die Nutzung der Erbschaft zu, jedoch darf er die Substanz nicht angreifen, vgl. auch MüKo BGB (Grunsky), Rn. 3 zu § 2100; Staudinger (Avenarius), Rn. 54 zu § 2100.



sicherstellen, dass den Nacherben die Substanz der Erbschaft erhalten bleibt.<sup>151</sup> Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck dieser Konstruktionsmöglichkeit, da es im Regelfall bei Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft dem Willen des Erblassers entspricht, das erwirtschaftete Vermögen auf Dauer in der Familie zu halten.<sup>152</sup>

### **3.1.2.2. Nacherbschaft im gemeinschaftlichen Testament**

Im Rahmen des gemeinschaftlichen Testamentes wird die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft typischerweise so konstruiert, dass der länger lebende Ehegatte als Vorerbe des erstversterbenden Ehegatten eingesetzt wird. Ein Dritter, in der Regel die Abkömmlinge eines oder beider Erblasser, werden sodann bei Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses gemäß § 2139 BGB als Nacherben des erstversterbenden Ehegatten eingesetzt.<sup>153</sup> Der überlebende Ehegatte wird somit Vorerbe und der jeweilige Dritte, also in der Regel die Abkömmlinge, Nacherben des erstversterbenden Ehegatten.<sup>154</sup> Der Dritte erlangt mit dem Tod des erstversterbenden Ehegatten die Nacherbenstellung und somit eine Anwartschaft auf den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten bei Eintritt des Nacherbfalls, sodass dieser nicht enterbt wird.<sup>155</sup>

Die praktische Relevanz der Trennungslösung im gemeinschaftlichen Testament ist gering, da der überlebende Ehegatte als Vorerbe – selbst wenn dieser nach § 2136 BGB befreit wurde – nicht uneingeschränkt über das Sondervermögen verfügen kann<sup>156</sup>; die Rechtsstellung des Vorerben ist also auch im Falle einer Befreiung nach § 2136 BGB nicht mit der Stellung eines Vollerben zu vergleichen.<sup>157</sup> Demgegenüber ist die praktische Relevanz der Trennungslösung bei „Patchwork-Familien“ deutlich höher, da der Erblasser in dieser Konstellation oftmals zwar den überlebenden

<sup>151</sup> Schlüter/Röthel, § 34, Rn. 1; MüKo BGB (Grunsky), Rn. 17 zu § 2100.

<sup>152</sup> Frank/Helms, § 9, Rn. 3; Leipold, Rn. 668; Schlüter/Röthel, § 34, Rn. 1; MüKo BGB (Grunsky), Rn. 3 zu § 2100.

<sup>153</sup> Brox/Walker, Rn. 356; Leipold, Rn. 670; Erman (M. Schmidt), Rn. 8 zu § 2100, MüKo BGB (Grunsky), Rn. 1 zu § 2100; Palandt (Weidlich), Rn. 12 zu § 2100; Soergel (Harder), Rn. 1 zu Vorbem. zu § 2100.

<sup>154</sup> BGH FamRZ 1987, S. 476; OLG Köln in ZEV 2000, S. 233; Harder, Rn. 162; Leipold, Rn. 462; Michalski, Rn. 258; Palandt (Weidlich), Rn. 1 zu § 2100; Soergel (Harder), Rn. 7 zu § 2102.

<sup>155</sup> BGHZ 37, 319 (326); Brox/Walker, Rn. 188; Leipold, Rn. 683; Michalski, Rn. 259; MüKo BGB (Grunsky), Rn. 34 zu § 2100; Staudinger (Avenarius), Rn. 69 zu § 2100.

<sup>156</sup> Der Vorerbe kann beispielsweise nicht vom Verbot der unentgeltlichen Verfügung (§ 2113 Abs. 2 BGB) oder vom Surrogationsgrundsatz (§ 2111 BGB) befreit werden, vgl. hierzu auch Buchholz FamRZ 1985, S. 873; Jünemann in ZEV 2000, S. 82; Brox/Walker, Rn. 188; Lange/Kuchinke, § 22 IV 1; MüKo BGB (Musielak), Rn. 32 zu § 2269; Staudinger (Kanzleiter), Rn. 1 zu § 2269; Seubert, S. 49.

<sup>157</sup> Um die Einschränkungen, die mit der Anordnung der Trennungslösung hinsichtlich § 2113 Abs. 2 BGB verbunden sind, aufzuweichen, wird im Schrifttum die Konstruktion des „superbefreiten Vorerben“ diskutiert, vgl. insoweit Mayer in ZEV 2000, S. 1; derselbe in ErbR 2014, S. 45.



Ehegatten absichern, nach dessen Tod sodann aber doch die Weitergabe der eigenen Erbmasse an seine leiblichen Kinder sicherstellen kann.<sup>158</sup>

### 3.1.3. Gemeinschaftliches Testament mit Einheitslösung

#### 3.1.3.1. Regelungszweck der Einheitslösung

Wegen der mit der Vorerbenstellung verbundenen Einschränkungen des Überlebenden bevorzugen Ehegatten in „traditionellen Familienkonstellationen“ mit nur gemeinsamen Kindern in der Regel die Einheitslösung bei Errichtung eines Ehegattentestamentes.<sup>159</sup> Das Charakteristikum der Einheitslösung ist die Verschmelzung oder auch Vereinheitlichung der Vermögensmassen beider Ehegatten nach dem Tod des Erstversterbenden. Außer in den Fällen der Gütergemeinschaft nach § 1416 BGB führt nämlich die Ehe nicht zu einem gemeinschaftlichen Ehevermögen, sondern jedem Ehegatten bleiben weiterhin seine Vermögensgegenstände sowohl schuldrechtlich als auch dinglich zugeordnet.<sup>160</sup> Trotzdem betrachten die meisten Eheleute während der Ehe ihr beiderseitiges Vermögen faktisch als Einheit und wollen diese meist auch beim Tod von einem von ihnen bewahren.<sup>161</sup> Das Gesetz trägt dem Rechnung, indem es durch die Möglichkeit der Anordnung der Einheitslösung im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes die Zusammenführung des Vermögens beider Ehegatten beim Längerlebenden bewirkt.<sup>162</sup> Umgangssprachlich hat sich für diese Konstruktion die Bezeichnung als „Berliner Testament“ herausgebildet.<sup>163</sup>

#### 3.1.3.2. Einheitslösung im gemeinschaftlichen Testament

Die Ehegatten wollen durch die Anordnung der Einheitslösung regelmäßig erreichen, dass das Vermögen beider Ehegatten nach dem ersten Todesfall zunächst dem überlebenden Ehegatten ungeschmälert zur Verfügung steht und erst nach dem Tod des Letztversterbenden von ihnen an die jeweiligen Schlusserben – im Regelfall die Abkömmlinge – fällt.<sup>164</sup> Demzufolge ist das „Berliner Testament“ in der Weise konstruiert, dass der überlebende Ehegatte zum alleinigen Erben des erstversterbenden Ehe-

<sup>158</sup> Klinger/Tremel in NJW - Spezial 2007, S. 205; Mayer in ErbR 2014, S. 45.

<sup>159</sup> Vgl. hierzu FN 8.

<sup>160</sup> Pfeiffer in FamRZ 1993, S. 1267; Johannsen/Henrich (Jaeger), Vor § 1372 BGB, Rn. 3; Schlüter FamR, Rn. 147; Schwab FamR, Rn. 200, Büte, Rn. 1.

<sup>161</sup> Vgl. hierzu FN 7 und 8 m.w.N.

<sup>162</sup> BeckOK BGB/Litzenburger BGB § 2269 Rn. 3; Kroiß/Ann/Mayer (Gierl), Rn. 1 zu § 2269; MüKo BGB (Musielak), Rn. 3 zu § 2269.

<sup>163</sup> Brox/Walker, Rn. 187; Leipold, Rn. 463; Schlüter/Röthel, § 22, Rn. 41; MüKo BGB (Musielak), Rn. 11 zu § 2269 BGB.

<sup>164</sup> OLG München in ZErB 2008, S. 115; Buchholz in FamRZ 1985, S. 873; Buchholz in MDR 1990, S. 378; Mayer in MittBayNot 1999, S. 265, Michalski, Rn. 258



gatten berufen wird.<sup>165</sup> Es gibt daher einen Voll- und einen Schlusserben. Beim Schlusserbfall geht sodann der gesamte Nachlass beider Ehegatten in einem Erbgang auf die Schlusserben über.<sup>166</sup> Die Schlusserben werden sodann – im Gegensatz zur Trennungslösung – nur Erbe des letztversterbenden Ehegatten, obwohl tatsächlich zwei Erbfälle geregelt werden.<sup>167</sup> Demnach führt das „Berliner Testament“ durch seine Konstruktion dazu, dass die Abkömmlinge der testierenden Ehegatten nach dem ersten Todesfall von der Erbfolge ausgeschlossen, mithin enterbt sind und sodann erstmals nach dem Tod des länger Lebenden als Schlusserben bedacht werden.<sup>168</sup> Durch diese Konstruktion des „Berliner Testamentes“ kommt dem Pflichtteilsrecht eine besondere Bedeutung zu.

## 3.2. Pflichtteilsansprüche und „Berliner Testament“

### 3.2.1. Beispielfall

Obwohl sich das „Berliner Testament“ besonderer Beliebtheit erfreut, hat es durch seine Konstruktion auch Schattenseiten, die sich insbesondere dann zeigen können, wenn die Erblasser (auch) einseitige Abkömmlinge haben und alle Kinder gleichermaßen beim Schlusserbfall begünstigen wollen.

#### 3.2.1.1. Ausgangslage

Ein Beschluss des Oberlandesgerichtes Stuttgart aus dem Jahre 1978<sup>169</sup> verdeutlicht, welche Schwierigkeiten das „Berliner Testament“ den Schlusserben bereiten kann, wenn im Zuge der Errichtung der letztwilligen Verfügung die Auswirkungen des Pflichtteilsrechtes nicht ausreichend bedacht werden. Im entschiedenen Fall hatten sich die Eheleute, die beide in zweiter Ehe miteinander verheiratet waren, in einem öffentlichen gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben des jeweils zuerst versterbenden Ehegatten von ihnen eingesetzt. Zu Erben des überlebenden Ehegatten, also als Schlusserben, hatten sie den Sohn (K 1) und die Tochter (K 2) des Ehemannes (M) aus dessen erster Ehe sowie die Tochter (K 3) der Ehefrau (F) aus deren erster Ehe zu gleichen Teilen, also jeweils zu einem Anteil von 1/3, eingesetzt. Zudem hatten M

<sup>165</sup> Brox/Walker, Rn. 187; Leipold, Rn. 463; Schlüter/Röthel, § 22, Rn. 41; HK-BGB (Hoeren), Rn. 5 zu § 2269; Palandt (Weidlich), Rn. 1 zu § 2269.

<sup>166</sup> Brox/Walker, Rn. 22; Leipold, Rn. 463; Schlüter/Röthel, § 22, Rn. 41; MüKo (Musielak), Rn. 13 zu § 2269; Palandt (Weidlich), Rn. 1 zu § 2269.

<sup>167</sup> BGHZ 37, 319 (324); BGH in NJW 1983, S. 2876; Harder, Rn. 162; HK-BGB (Hoeren), Rn. 5 zu § 2269; MüKo (Musielak), Rn. 5 zu § 2269.

<sup>168</sup> Buchholz in FamRZ 1985, S. 873; Brox/Walker, Rn. 188; Leipold, Rn. 465; Muscheler I, § 32, Rdn. 2111; Schlitt/Müller (Müller), § 10, Rn. 195.

<sup>169</sup> Beschluss des OLG Stuttgart vom 09.11.1978 in DNotZ 1979, S. 104 ff.

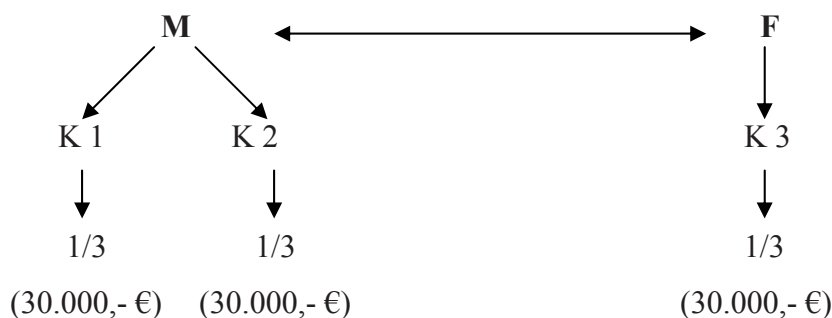




und F bestimmt, dass der Abkömmling, der nach dem Tod des zuerst versterbenden Ehegatten den Pflichtteil verlangt, mitsamt seiner Nachkommenschaft auch auf den Tod des überlebenden Ehegatten enterbt sein sollte. Im Februar 1977 ist der Ehemann und im Juni 1977 die Ehefrau verstorben. Sodann hat die Tochter der F (K 3) gegenüber den Kindern des M einen Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB geltend gemacht, mit der Begründung, dass sie durch die gewillkürte Erbfolge im Rahmen des gemeinschaftlichen Testamentes einen unter ihrem Pflichtteil<sup>170</sup> liegenden Erbanteil zugewendet bekommen habe.

### 3.2.1.2. Berechnungsbeispiel zur Ausgangskonstellation

Die Einforderung des Zusatzpflichtteils durch K 3 führt dazu, dass die von den Erblassern angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall gestört wird. Im Rahmen des folgenden Rechenbeispiels<sup>171</sup> ist zu unterstellen, dass der Ehemann (M) über ein Vermögen in Höhe von 60.000,- € verfügt und die Ehefrau (F) über ein Vermögen von 30.000,- €. <sup>172</sup>



Nach dem Willen der Erblasser sollen die Abkömmlinge zu gleichen Teilen als Schlusserben berücksichtigt werden, mithin jeweils mit 30.000,- €. Dies kollidiert jedoch mit dem Pflichtteilsanspruch der Tochter (K 3) der zuletzt verstorbenen Ehefrau (F). Der Pflichtteilsanspruch von K 3 beläuft sich der Höhe nach auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils (§ 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB).<sup>173</sup> Da sich im Todeszeitpunkt im

<sup>170</sup> Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des gesetzlichen Erbteils des Pflichtteilsberechtigten (§ 2303 Abs. 1 S. 2 BGB).

<sup>171</sup> Es ist im Folgenden immer vom gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§ 1363 Abs. 1 BGB) auszugehen, mit der Folge, dass ein pauschaler Zugewinnausgleich gemäß § 1371 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen ist.

<sup>172</sup> Die F hatte vor dem Tod des M ein Vermögen von 30.000,- €. Durch das Vorversterben von M ist dessen Vermögen, nämlich 60.000,- €, im Rahmen der Einheitslösung in das Vermögen der F übergegangen, sodass diese sodann über ein Vermögen in Höhe von 90.000,- € verfügt.

<sup>173</sup> Bei der Festlegung des gesetzlichen Erbteils müssen auch die Abkömmlinge hinzugezählt werden, die von der Erbfolge durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen sowie für erbnunwürdig erklärt worden sind oder die Erbschaft ausgeschlagen haben, vgl. auch: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Horn), § 29, Rn. 139 f.; MüKo BGB (Lange), Rn. 13 zu § 2303; Staudinger (Otte), Rn. 47 zu 2303.



Vermögen der F infolge der Einheitslösung ein Vermögen in Höhe von 90.000,- € befand, steht der leiblichen Tochter (K 3) ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von insgesamt 45.000,- € zu. Tatsächlich wird K 3 durch das gemeinschaftliche Testament der Erblasser aber nur ein Erbteil in Höhe von 30.000,- € zugewendet, sodass die Zuwendung an K 3 im Rahmen der Schlusserbfolge hinter dem ihr zustehenden Pflichtteilsanspruch zurückbleibt. Daher kann K 3 von den übrigen Miterben, also von K 1 und K 2, gemäß § 2305 BGB die Zahlung eines Zusatzpflichtteils<sup>174</sup> in Höhe von insgesamt 15.000,- € beanspruchen.<sup>175</sup>

Dies hat zur Folge, dass K 3 aus dem Nachlass beider Ehegatten einen Anteil von 1/2, mithin 45.000,- €, erhält, während für K 1 und K 2 nur ein Betrag in Höhe von jeweils 22.500,- € verbleibt. Durch die Einforderung des Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB durch K 3 wird demnach der eigentliche Wille der Erblasser, nämlich eine gleichmäßige Vermögensteilnahme aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall herbeizuführen, beeinträchtigt und damit nicht umgesetzt. Vielmehr führt die Anordnung der Einheitslösung in diesem Fall zur Bevorzugung von K 3, weil diese über das von den Erblassern angestrebte Maß hinaus am Nachlass partizipiert. Dieser Beispielfall verdeutlicht, welche Auswirkungen das Pflichtteilsrecht beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen haben kann.

### **3.2.1.3. Auswirkungen bei anderen Familienstrukturen**

Unter Zugrundelegung dieses Beispielfalles soll in der Folge untersucht werden, wie sich die Schlusserbensituation darstellen würde, wenn die Erblasser in anderer Reihenfolge versterben oder sich die Familienstrukturen (Anzahl der Kinder, Verteilung der Kinder und Vorhandensein von gemeinschaftlichen Kindern) verändern würden.

#### **3.2.1.3.1. F stirbt zuerst**

Stirbt F zuerst, fällt beim M zunächst ebenfalls ein Vermögen von 90.000,- € an. Nach dem Tod von F sind ebenfalls, in Ermangelung einer anderen testamentarischen Regelung, die drei nicht gemeinsamen Abkömmlinge jeweils zu einem Drittel als Erben berufen und sollen jeweils 30.000,- € erhalten. Die nach dem Tod von M pflichtteilsberechtigten Kinder K 1 und K 2 hätten unter Zugrundelegung der gesetzlichen Erb-

<sup>174</sup> Dieser wird auch als Pflichtteilsrestanspruch bezeichnet, vgl. Frank/Helms, § 20, Rn. 6; Michalski, Rn. 507; MüKo (Lange), Rn. 1 zu § 2305.

<sup>175</sup> Der Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB berechnet sich aus der Differenz zwischen dem tatsächlich zugewendeten, unter dem Pflichtteil liegenden Erbteil und dem zustehenden Pflichtteilsanspruch (sogenannte Quotentheorie), vgl. hierzu auch OLG Celle in ZEV 1996, S. 307 (308); Harder, Rn. 308; Lange, S. 914; Schlitt/Müller (Blum), § 3, Rn. 79; MüKo BGB (Lange), Rn. 4 zu § 2305; Palandt (Weidlich), Rn. 1 zu § 2305.





folge einen Pflichtteilsanspruch von jeweils 22.500,- €, während ihnen im Rahmen der gewillkürten Erbfolge durch die letztwillige Verfügung ein Anteil in Höhe von jeweils 30.000,- € zugewiesen wird. K 1 und K 2 könnten somit gegen K 3 keinen Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB geltend machen. Der Anwendungsbereich des § 2305 BGB wird somit nicht eröffnet.

#### *3.2.1.3.2. M und F haben jeweils (nur) ein Kind*

Unabhängig von der Reihenfolge des Versterbens der Erblasser würde der Längerlebende über ein Vermögen von 90.000,- € verfügen. Beim Schlusserbfall würde den beiden Kindern bei einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe im Rahmen der gewillkürten Erbfolge der Nachlass jeweils hälftig, also in Höhe von 45.000,- €, zustehen. Demgegenüber würde der Pflichtteilsanspruch des Kindes des letztversterbenden Ehegatten insoweit auch 45.000,- € betragen, was der Zuwendung im Rahmen des gemeinschaftlichen Testamentes entspricht. Demzufolge besteht in diesem Fall kein Anspruch auf einen Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB, so dass auch insoweit der Anwendungsbereich dieser Norm nicht eröffnet ist.

#### *3.2.1.3.3. Der erstversterbende M hat zwei Kinder, F ein Kind*

Dieser Fall entspricht dem Beispielfall. Der Anwendungsbereich des § 2305 BGB ist eröffnet, weil dem Kind von F ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von 45.000,- € zusteht und diesem durch die letztwillige Verfügung nur ein Erbanteil in Höhe von 30.000,- € zugewendet wird. In diesem Zusammenhang stellt sich sodann aber weiter die Frage, ob sich eine Veränderung bei der Anzahl der Kinder oder das Vorhandensein von gemeinschaftlichen Kindern in irgendeiner Form auswirkt.

##### *3.2.1.3.3.1. Veränderung bei der Anzahl der Kinder*

Die Veränderung bei der Anzahl der Kinder, also wenn beispielsweise der Erstversterbende drei Kinder und der Letztversterbende zwei Kinder hinterlassen würde, wirkt sich nicht auf die Eröffnung des Anwendungsbereiches des § 2305 BGB aus. Unter Zugrundelegung des Beispielfalles hätten die Kinder nach dem gemeinschaftlichen Testament einen Anspruch in Höhe von jeweils 18.000,- €; demgegenüber beträgt der Pflichtteilsanspruch der Kinder des letztversterbenden Ehegatten jeweils 22.500,- €, so dass auch in diesem Fall ein Anspruch nach § 2305 BGB zu Gunsten der Abkömmlinge des Letztversterbenden begründet wird. Insoweit wird der Zusatzpflichtteil aus § 2305 BGB demzufolge nur der Höhe nach berührt.



### 3.2.1.3.3.2. Einseitige und gemeinschaftliche Kinder

Die bisher gewonnenen Erkenntnisse werden auch in den Fällen nicht wieder verworfen, in denen neben den einseitigen Kindern auch gemeinschaftliche Kinder der Ehegatten vorhanden sind. Unter Zugrundelegung des Beispiels in Kapitel 3.2.1.2.3.1. ist anzunehmen, dass der Erstversterbende M zwei Kinder aus einer vorangegangenen Beziehung hinterlässt und ein gemeinschaftliches Kind mit F. F wiederum hinterlässt ein Kind aus einer vorangegangenen Beziehung. Die Kinder würden nach dem gemeinschaftlichen Testament zu gleichen Anteilen am Nachlass partizipieren, demzufolge also mit einem Anteil von jeweils  $\frac{1}{4}$ . Dies entspricht wiederum der Pflichtteilsquote der von F hinterlassenen Kinder, die ebenfalls mit  $\frac{1}{4}$  festzulegen ist. Auch in diesem Fall wird der Anwendungsbereich des § 2305 BGB demnach nicht eröffnet.

### 3.2.1.3.4. Der erstversterbende M hat ein Kind, F zwei Kinder

Nach dem Tod von M verfügt F zunächst über ein Vermögen von 90.000,- €. Nach dem Tod von F steht aufgrund des gemeinsamen Testamentes zunächst jedem der drei Kinder ein Erbanteil von 30.000,- € zu. Die beiden leiblichen Kinder von F haben einen Pflichtteilsanspruch von jeweils 22.500,- € der somit unter ihrem durch das Testament zugewiesenen Erbteil von 30.000,- € liegt. Somit besteht auch hier kein Anspruch auf den Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB; alle Kinder erhalten den ihnen durch das gemeinsame Testament zugewiesenen Erbteil.

### 3.2.1.3.5. Zwischenergebnis

Die vorstehenden Beispiele machen zunächst deutlich, dass der Anwendungsbereich des § 2305 BGB immer in den Fällen eröffnet ist, in denen der Erstversterbende mehr leibliche Abkömmlinge hinterlässt als der Letztversterbende. Dabei spielt die Anzahl der Kinder oder die Frage, ob es sich um einseitige oder gemeinschaftliche Kinder handelt, keine Rolle.

### 3.2.1.4. Berechnungsbeispiele bei Vermögensunterschieden

Nunmehr ist die Frage zu klären, ob sich der unter Ziffer 3.2.1.3.5. gezogene Rückschluss auch dann bestätigt, wenn sich die Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten ändert. Insoweit soll einerseits der Fall unterstellt werden, dass diese über ein gleiches bzw. im Wesentlichen gleiches Vermögen verfügen und andererseits bei der Vermögensverteilung unter den Ehegatten eine deutliche Diskrepanz zu erkennen ist.



### 3.2.1.4.1. Berechnungsbeispiele bei gleichem Vermögen

Auf Grundlage des Ausgangsfalles wird für die Berechnung dieser Fälle angenommen, dass die Erblasser jeweils über ein Vermögen in Höhe von 45.000,- € verfügen und demzufolge der Letztversterbende einen Nachlass in Höhe von 90.000,- € hinterlässt.

#### 3.2.1.4.1.1. F stirbt zuerst

Stirbt F zuerst, fällt beim M zunächst ein Vermögen von 90.000,- € an. Insoweit tritt also keine Änderung zu der Berechnung unter 3.2.1.3.1. ein. Da auch in diesem Fall der Pflichtteilsanspruch der Kinder von M mit jeweils 22.500,- € unter dem zugewiesenen Erbteil von 30.000,- € liegt, besteht kein Anspruch nach § 2305 BGB, so dass der Anwendungsbereich dieser Norm bei dieser Konstellation nicht eröffnet wird.

#### 3.2.1.4.1.2. M und F haben jeweils (nur) ein Kind

Auch in diesem Fall ist – wie im Fallbeispiel 3.2.1.3.2. – der Anwendungsbereich des § 2305 BGB nicht eröffnet, weil das Kind des letztversterbenden Erblassers durch das gemeinschaftliche Testament den Nachlass zu 1/2 Anteil zugewiesen bekommt und damit die Pflichtteilsquote in jedem Fall erreicht wird.

#### 3.2.1.4.1.3. Der erstversterbende M hat zwei Kinder, F ein Kind

Auch bei gleichen Vermögensverhältnissen unter den Erblassern ändert sich an dem Ergebnis des Fallbeispiels unter 3.2.1.3.3. nichts. Das Kind der letztversterbenden F hat eine Pflichtteilsquote von 1/2, wobei das gemeinschaftliche Testament eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller drei Kinder, also mit jeweils 1/3, vorsieht. Aus diesem Grund erreicht die Zuwendung aus dem Nachlass in dieser Konstellation in keinem Fall die Pflichtteilsquote, so dass ein Anspruch zu Gunsten von F gemäß § 2305 BGB besteht.

#### 3.2.1.4.1.4. Der erstversterbende M hat ein Kind, F zwei Kinder

Auch im Rahmen dieser Konstruktion führt der Umstand, dass die Erblasser über ein gleiches Vermögen verfügen, zu keiner Änderung im Verhältnis zum Berechnungsbeispiel unter 3.2.1.3.4., weil die Zuwendung beim Schlusserbfall an die Kinder der F mit jeweils 30.000,- € über dem ihnen zustehenden Pflichtteil (22.500,- €) liegt. Demzufolge wird auch in diesem Fall der Anwendungsbereich des § 2305 BGB nicht eröffnet.



#### 3.2.1.4.1.5. Zwischenergebnis

Demzufolge kann als weiteres Zwischenergebnis festgehalten werden, dass sich die gleichmäßige bzw. im Wesentlichen gleiche Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes mit Einheitslösung auf die Eröffnung des Anwendungsbereiches des § 2305 BGB nicht auswirkt; vielmehr wird ein Anspruch auf den Zusatzpflichtteil auch in diesen Fällen nur dann begründet, wenn der Erstversterbende mehr leibliche Abkömmlinge hinterlässt als der Letztversterbende.

#### 3.2.1.4.2. Berechnungsbeispiele bei Vermögensunterschieden

Sodann soll für die weitergehende Untersuchung überprüft werden, wie es sich auswirkt, wenn die Ehegatten über ein der Höhe nach deutlich unterschiedliches Vermögen verfügen. Dabei soll angenommen werden, dass M über ein Vermögen in Höhe von 800.000,- € verfügt und F über ein Vermögen in Höhe von 100.000,- €.

##### 3.2.1.4.2.1. F stirbt zuerst

Sofern F zuerst verstirbt, fällt infolge der im gemeinschaftlichen Testament angeordneten Einheitslösung beim M ein Vermögen in Höhe von 900.000,- € an. Der Pflichtteilsanspruch der Kinder des M beträgt in diesem Fall jeweils 225.000,- €. Durch das gemeinschaftliche Testament wird den Kindern des M jedoch ein Erbteil in Höhe von jeweils 300.000,- € zugewendet, so dass ein Anspruch nach § 2305 BGB auch in diesem Fall nicht besteht. Der Anwendungsbereich des § 2305 BGB ist demnach nicht eröffnet.

##### 3.2.1.4.2.2. M und F haben jeweils (nur) ein Kind

Unabhängig von der Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten ist auch in dieser Konstellation der Anwendungsbereich des § 2305 BGB nicht eröffnet, weil die Zuwendung aus dem gemeinschaftlichen Testament der Ehegatten im Rahmen einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe der Abkömmlinge beim Schlusserbfall mit 1/2 Anteil stets der Pflichtteilsquote des Kindes des Letztversterbenden entspricht.

##### 3.2.1.4.2.3. Der erstversterbende M hat zwei Kinder, F ein Kind

Die deutlichen Vermögensunterschiede unter den Ehegatten wirken sich ferner in den Fällen nicht anders aus, in denen der erstversterbende Ehegatte zwei Kinder und der letztversterbende ein Kind hinterlässt. Das Kind der letztversterbenden F hat eine Pflichtteilsquote von 1/2, mithin einen Anspruch auf eine Nachlassbeteiligung in Höhe von 450.000,- €. Durch das gemeinschaftliche Testament wird diesem Kind aber nur



ein Erbteil in Höhe von 300.000,- € zugewendet. Da die Zuwendung im Rahmen der gewillkürten Erbfolge aufgrund der von den Erblassern angestrebten gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller drei Kinder immer  $\frac{1}{3}$  beträgt und die Pflichtteilsquote des Kindes von F im Rahmen dieser Konstellation stets mit  $\frac{1}{2}$  anzusetzen ist, wird die Zuwendung aus dem Nachlass immer hinter der aufgrund des Pflichtteilsrechts zugewiesenen Beteiligung zurückstehen. Aus diesem Grund ist der Anwendungsbereich des § 2305 BGB auch insoweit – unabhängig vom Ausmaß der Vermögensunterschiede unter den Erblassern – stets eröffnet; die Vermögensdiskrepanz wirkt sich nur auf die Höhe des Zusatzpflichtteils aus.

#### 3.2.1.4.2.4. Der erstversterbende M hat ein Kind, F zwei Kinder

Auch im Rahmen dieser Konstruktion wirken sich die deutlichen Vermögensunterschiede unter den Ehegatten nicht aus. Die sich aus dem gemeinschaftlichen Testament für die Kinder von F ergebende Zuwendung in Höhe von jeweils 300.000,- € liegt über der Beteiligung, die sich aufgrund der Pflichtteilsquote von  $\frac{1}{4}$  am Nachlass ergeben würde (225.000,- €). Demzufolge wird auch insoweit der Anwendungsbereich des § 2305 BGB nicht eröffnet.

#### 3.2.1.4.2.5. Zwischenergebnis

Somit ist weiter festzustellen, dass sich eine deutliche Differenz in der Verteilung des Vermögens unter den Erblassern auf die Eröffnung des Anwendungsbereiches des § 2305 BGB ebenfalls nicht in besonderer Weise auswirkt. Auch in diesem Fall wird ein Anspruch auf den Zusatzpflichtteil nur dann begründet, wenn der Erstversterbende mehr leibliche Abkömmlinge hinterlässt als der Letztversterbende.

#### 3.2.1.4.3. Schlussfolgerungen

Die vorstehende Untersuchung hat ergeben, dass der Anwendungsbereich des § 2305 BGB im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes bei Anordnung der Einheitslösung und beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen immer dann eröffnet wird, wenn der erstversterbende Erblasser mehr Kinder hinterlässt als der Letztversterbende.<sup>176</sup> Somit ist festzustellen, dass die Umsetzung des Erblasserwillens im Rahmen der hier diskutierten Konstellation von der Versterbensreihenfolge der Erblasser abhängig ist.<sup>177</sup> Sowohl die Verteilung des Vermögens unter den Erblassern als auch das Vorhandensein von gemeinsamen Abkömmlingen neben nicht gemeinsa-

<sup>176</sup> So im Ergebnis auch Dickuth-Harrach, § 12, Rn. 40; Kornexl, Rn. 462.

<sup>177</sup> Klinger/Tremel in NJW-Spezial 2007, S. 206; Hausmann in DNotZ 2011, S. 601; Enzensberger, Rn. 229; Lange/Kuchinke, § 24 IV; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 21, Rn. 23 f.; Lameyer, S. 14



men Kindern wirkt sich dabei im Hinblick auf die Frage, ob der Anwendungsbereich des § 2305 BGB eröffnet wird oder nicht, in keiner Weise aus.

Durch die Eröffnung des Anwendungsbereiches des § 2305 BGB kann demnach die von den Erblassern angestrebte gleichmäßige Verteilung des Nachlasses unter den Kindern erheblich gestört werden und damit zum Entstehen von unbilligen Ergebnissen beitragen. Dies wiederum deckt sich regelmäßig nicht mit dem Erblasserwillen, sondern durchkreuzt diesen.

### **3.2.2. Ursachen dieses unbilligen Ergebnisses**

#### ***3.2.2.1. Die Konstruktion des „Berliner Testaments“***

Einerseits ergeben sich die Ursachen für dieses unbillige Ergebnis aus der Konstruktion des „Berliner Testaments“ und dem Zusammenspiel mit den Regelungen zum Pflichtteilsrecht. Andererseits sind die zunehmenden Veränderungen in den Familienstrukturen dafür verantwortlich, dass diese Problematik verstärkt in den Vordergrund tritt. Gerade beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen kann das Zusammenspiel von Einheitslösung und Pflichtteilsrecht mit den Regelungsabsichten der Testierenden kollidieren.

#### ***3.2.2.2. Der Pflichtteilsanspruch leiblicher Verwandter***

Das „Berliner Testament“ ist – wie in Kapitel 3.1.3. dargestellt wurde – in der Weise konstruiert, dass der überlebende Ehegatte zum alleinigen Erben des erstversterbenden Ehegatten berufen wird. Demnach sind die Abkömmlinge beim ersten Erbfall von der Erbfolge ausgeschlossen und damit enterbt. Sofern ein Erblasser im Rahmen seiner Testierfreiheit die ihm nächsten Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt, verletzt er damit das Prinzip der Familienerbfolge.<sup>178</sup> Dies führt zu einem Pflichtteilsanspruch gemäß § 2303 Abs. 1 BGB, der sich beim „Berliner Testament“ im Rahmen des ersten Erbfalls gegen den überlebenden Ehegatten und im Rahmen des zweiten Erbfalls gegen die Schlusserben richtet. Dabei ist der Pflichtteilsanspruch als schuldrechtlicher Anspruch gegen den oder die Erben konzipiert.<sup>179</sup>

Beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen wird dieser Umstand weiter verschärft, da insoweit nicht alle Kinder, die innerhalb einer Familie leben, nach dem letztversterbenden Ehegatten zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehören. Vielmehr sind nach dem letztversterbenden Ehegatten nur dessen leibliche Abköm-

<sup>178</sup> Auch: Verwandtenerbrecht, vgl. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel 3.2.3.1.

<sup>179</sup> Harder, Rn. 273; Klingelhöffer, Rn. 131 ; Leipold, Rn. 828; Olzen, Rn. 479.





linge pflichtteilsberechtig; die Stiefkinder finden demgegenüber keine Berücksichtigung. Die Umsetzung eines Erblasserwillens dahingehend, dass alle, also auch einseitige Kinder, im Rahmen einer solchen Stieffamilienkonstellation beim Schlusserbfall gleichermaßen an dem vorhandenen Vermögen partizipieren sollen, wird demzufolge immer in den Fällen gestört, in denen der durch letztwillige Verfügung zugewendete Erbteil unter dem Pflichtteil liegt, den die leiblichen Abkömmlinge des Letztversterbenden im Falle einer Enterbung beim Schlusserbfall beanspruchen können. Dies hat zur Folge, dass den leiblichen Abkömmlingen des länger lebenden Ehegatten gegenüber den übrigen Miterben in diesen Fällen ein Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB zusteht, wodurch es zu erheblichen Vermögensverschiebungen kommen und damit der eigentliche Erblasserwille in erheblichem Maße gestört werden kann. Das Pflichtteilsrecht erweist sich somit aus Sicht der Erblasser als Hindernis bei der Umsetzung von Gestaltungswünschen für die Vermögensnachfolge, weil es den Erblasserwillen in einer solchen Konstruktion durchkreuzen kann.

### 3.2.3. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Erb- und Pflichtteilsrechts

Aus diesem Grund soll zunächst ein Blick auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Erb- und insbesondere des Pflichtteilsrechtes geworfen werden, um in der Folge zu erörtern, in welcher Weise eine Beschränkung desselbigen im Rahmen der Konstruktion von letztwilligen Verfügungen, insbesondere beim gemeinschaftlichen Testament, denkbar erscheint.

#### 3.2.3.1. Die Erbrechtsgewährleistung gemäß Art. 14 Abs. 1 GG

Wie der Beispielfall zeigt, wurden die Erblasser durch das Pflichtteilsrecht daran gehindert, mit ihrem Vermögen von Todes wegen so zu verfahren, wie es ihren persönlichen Vorstellungen entsprochen hat. Das Pflichtteilsrecht leiblicher Angehöriger kann daher als Grenze der Testierfreiheit des Erblassers verstanden werden. Es beruht auf dem Gedanken, dass die nächsten Angehörigen am Familienvermögen beteiligt werden sollen.<sup>180</sup> Auf diese Weise kommt dem Familienerbrecht ein eigener Gerechtigkeitswert zu.<sup>181</sup> Das Erbrecht wird in Art. 14 GG sowohl als Individualrecht als auch als Rechtsinstitut geschützt.<sup>182</sup> Als Individualrecht garantiert Art. 14 GG zwei voneinander zu differenzierende, auf unterschiedliche Personengruppen bezogene Freiheiten:

<sup>180</sup> BGHZ 111, 36 (39); BayObLG in DNotZ 1995, S. 712; BGH in FamRZ 1983, S. 54; Gerken in RPfleger 1989, S. 48; Klingelhöffer, Rn. 1.

<sup>181</sup> BGH NJW 1983, S. 674 (675); Seubert, S. 28.

<sup>182</sup> BVerfGE 19, 202 (206); BVerfGE 91, 346 (358); BVerfGE 99, 341 (350); Papier in ErbR 2007, S. 135; Gerken in RPfleger 1989, S. 45; Michalski, Rn. 5.



Aus Sicht des Erblassers garantiert Art. 14 Abs. 1 GG die Freiheit, sein Vermögen durch eine letztwillige Verfügung an denjenigen zu vererben, an den er es vererben möchte sowie sämtliche weiteren rechtlich zulässigen Verfügungen über sein Vermögen von Todes wegen vorzunehmen (Testierfreiheit).<sup>183</sup>

Mit der Testierfreiheit des Erblassers korrespondiert das ebenfalls durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistete subjektive Recht des Erben, nämlich gesetzlicher oder testamentarischer Rechtsnachfolger zu werden, also das Verwandtenerbrecht<sup>184</sup> als spezifisches Eigentumserwerbsrecht.

Demgegenüber wird im Rahmen der Institutsgarantie das Erbrecht per se als Komplex von einfachgesetzlichen Normen, der sich mit der Rechtsnachfolge aus Anlass des Todes einer Person befasst, geschützt.<sup>185</sup> Dabei muss das Erbrecht so gestaltet sein, dass auch der Einzelne seinen grundrechtlichen Schutz aus der Erbrechtsgarantie, also beispielsweise auch das Recht, gesetzlicher oder testamentarischer Rechtsnachfolger zu werden, erlangen kann. Aus diesem Grund wird durch Art. 14 GG nicht nur irgendeine beliebige Nachlassverteilung geschützt, sondern vielmehr eine verfassungsrechtlich verbürgte bestimmte Form der Nachlassverteilung.<sup>186</sup> Bestandteile dieses Instituts sind demnach die wesentlichen Grundstrukturen und die essentiellen Ordnungsprinzipien des Erbrechts, wobei es in diesem Zusammenhang wesentliche und unwesentliche Bestimmungen gibt. Das Erbrecht ist als Fortsetzung und notwendige Ergänzung der verfassungsmäßig gewährleisteten privaten Vermögensordnung über den Tod hinaus zu verstehen.<sup>187</sup> Beschränkungen von Verfügungen über das Eigentum unter Lebenden wie von Todes wegen sind aufgrund des Schrankenvorbehaltes des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zulässig.<sup>188</sup> Eine besondere Form des Schrankenvorbehaltes regelt Art. 14 Abs. 2 GG, der die Sozialpflichtigkeit des Eigentums normiert und im Grunde die uneingeschränkte Verfügungsgewalt über Eigentum unter den Vorbehalt des sozialen Nutzens stellt.<sup>189</sup> Im Hinblick auf den herausragenden Stellenwert von Privateigentum in einer

<sup>183</sup> BVerfGE 67, 329 (341); BGHZ 111, 36 (39); Papier in ErbR 2007, S. 135.

<sup>184</sup> BVerfGE 67, 329 (341); BVerfGE 78, 132 (154); BVerfGE 91, 346 (360); BVerfGE 93, 165 (174); Papier in ErbR 2007, S. 135; Leipold, Rn. 65; Frank/Helms, § 1, Rn. 14; Michalski, Rn. 6; Maunz/Dürig (Papier), Rn. 303 f. zu Art. 14.

<sup>185</sup> BVerfGE 67, 329 (340); Frank/Helms, § 1, Rn. 14; Leipold, Rn. 65; Michalski, Rn. 6; Papier in ErbR 2007, S. 135; Maunz/Dürig (Papier), Rn. 299 f. zu Art. 14.

<sup>186</sup> BVerfG in DNotZ 2006, S. 61; Papier in ErbR 2007, S. 136; Weiler in MittBayNot 2006, S. 296; Maunz/Dürig (Papier), Rn. 299 f. zu Art. 14.

<sup>187</sup> BVerfG in NJW 2005, 1561.

<sup>188</sup> Vgl. hierzu Paulus/Zenker in JuS 2001, S. 1 ff.

<sup>189</sup> BVerfGE 100, 226.





freiheitlich-demokratischen Grundordnung sind Eingriffe in das Eigentum nur unter strikter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig.<sup>190</sup>

Zu den wesentlichen Grundsätzen des Institutes des Erbrechts gehören demnach die Testierfreiheit und das Verwandtenerbrecht.<sup>191</sup> Die Testierfreiheit ist insoweit ein bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie. Die Testierfreiheit ist eng mit der Eigentumsgarantie und der Privatautonomie verknüpft und genießt – wie das Eigentum – aus der Verfassung heraus einen besonders ausgeprägten Schutz.<sup>192</sup> Testierfreiheit als Element der Erbrechtsgarantie „umfasst die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken.“<sup>193</sup> So kann der Erblasser das Schicksal seines Vermögens nach eigenem Gutdünken regeln und ist insbesondere nicht verpflichtet, seine Abkömmlinge in gleicher Weise zu bedenken.<sup>194</sup> Andererseits ist der Erblasser in seiner Entscheidung über die Vermögensnachfolge nach seinem Tod auch nicht vollständig frei. Die Testierfreiheit wird durch das Verwandtenerbrecht, das ebenfalls ein Bestandteil der Erbrechtsgarantie ist und wiederum aus dem Sinnzusammenhang mit der Garantie von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG resultiert, begrenzt.<sup>195</sup> Bestandteil der Erbrechtsgarantie ist demzufolge auch ein Anrecht enger Familienangehöriger auf einen angemessenen Anteil am Nachlass.<sup>196</sup> Die Wertentscheidung, die in Art. 6 Abs. 1 GG enthalten ist, und die traditionelle Gestaltung der Regelungen zum Erbrecht sind derart miteinander verknüpft, dass sie ein Recht der nächsten Familienangehörigen auf Teilhabe am Nachlass verfassungsrechtlich verbürgen.<sup>197</sup>

Damit trifft der historische Gesetzgeber eine Wertentscheidung zugunsten der Familienstrukturen, wie sie dem Familienverständnis am Ende des 19. Jahrhunderts entsprechen haben. Vorbild war dabei das römische Recht, das auch bei den meisten an-

<sup>190</sup> BVerfGE 122, 374.

<sup>191</sup> BVerfG 93, 165 (173); Papier in ErbR 2007, S. 136; Leipold, Rn. 67 ff.; Michalski, Rn. 6; Maunz/Dürig (Papier), Rn. 299 f. zu Art. 14.

<sup>192</sup> BVerfGE 58, 377 (398); BVerfGE 67, 329 (341); BVerfGE 99, 341 (350); Gerken in RPfleger 1989, S. 46; Papier in ErbR 2007, S. 136; Leipold, Rn. 69.

<sup>193</sup> BVerfGE 112, 332.

<sup>194</sup> BVerfGE 58, 377 (398).

<sup>195</sup> Gerken in RPfleger 1989, S. 47; Leipold, Rn. 72; Maunz/Dürig (Papier), Rn. 299 f. zu Art. 14; MüKo BGB (Lange), Rn. 1 zu § 2303.

<sup>196</sup> Gerken in RPfleger 1989, S. 47; Papier in ErbR 2007, S. 136; Maunz/Dürig (Papier), Rn. 301 f. zu Art. 14.

<sup>197</sup> BVerfGE 57, 170 (178); BVerfG in DNotZ 2006, S. 62; Weiler in MittBayNot 2006, S. 298; Papier in ErbR 2007, S. 136; Horsch in NVwZ 2010, S. 234; Maunz/Dürig (Papier), Rn. 300 f. zu Art. 14.



deren kontinentalen Rechtsordnungen vergleichbare Regelungen angeregt hat.<sup>198</sup> Im gemeinen deutschen Recht war Testierfreiheit hingegen weitgehend unbekannt; die Vererbung innerhalb der Familie galt als selbstverständlich.<sup>199</sup> Da das verfassungsrechtlich garantierte Erbrecht nicht gleichzeitig die unbeschränkte Testierfreiheit einerseits und unbegrenzte Familienerbfolge andererseits gewähren kann, musste ein Ausgleich geschaffen werden. Der Gesetzgeber hatte demzufolge die Aufgabe, durch angemessene Pflichtteilstvorschriften den Ausgleich zwischen Testierfreiheit und Verwandtenerbrecht zu finden.<sup>200</sup> Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber die Regelungen zum Pflichtteilsrecht naher Angehöriger bzw. des Ehegatten am Nachlass in den §§ 2303 ff. BGB aufgenommen. Dabei hat der Gesetzgeber mit den Regelungen zum Pflichtteilsrecht zwar den Grundsatz berücksichtigt, dass den nahen Angehörigen bzw. dem Ehegatten zwar der Nachlass zufallen soll; dieser Grundsatz wurde allerdings unter den Vorbehalt der Testierfreiheit des Erblassers gestellt, sodass die zwingende Beteiligung am Nachlass der Höhe nach begrenzt wird.<sup>201</sup>

Zwingend ist dieser Grundsatz nicht; Rechtsordnungen aus dem angelsächsischen Raum kennen häufig kein oder nur ein auf einen Unterhaltsanspruch begrenztes Pflichtteilsrecht.<sup>202</sup>

### **3.2.3.2. Testierfreiheit als Element der Privatautonomie**

#### *3.2.3.2.1. Der Begriff der Privatautonomie*

Die Privatautonomie ist wesentliches Element einer freiheitlichen Rechtsordnung, einer am Wettbewerb orientierten freiheitlichen Wirtschaftsordnung sowie Ausfluss des jedem Menschen zukommenden Selbstbestimmungsrechts<sup>203</sup> und umfasst insbesondere die Vertragsfreiheit, die Eigentumsfreiheit und die Testierfreiheit.<sup>204</sup> Diese für die gesamte Rechtsordnung grundlegende Rolle der Privatautonomie prägt auch die Privatrechtsordnung: So wird das deutsche BGB als „Gesetzbuch des liberalen Bürgertums“<sup>205</sup> verstanden, das Freiheit, Selbstentscheidungsfähigkeit und Selbstverantwor-

<sup>198</sup> Staudinger (Otte), Rn. 2 ff. zur Einl. zu § 2303 ff.

<sup>199</sup> Mudgan, S. 382 f.

<sup>200</sup> Papier in ErbR 2007, S. 136; Bamberger/Roth (Mayer), Rn. 3 zu § 2303; MüKo BGB (Lange), Rn. 1 zu § 2303; Maunz/Dürig (Papier), Rn. 300 f. zu Art. 14.

<sup>201</sup> Gerken in RPfleger 1989, S. 47; Papier in ErbR 2007, S. 136; Frank/Helms, § 1, Rn. 14; Maunz/Dürig (Papier), Rn. 302 zu Art. 14 GG.

<sup>202</sup> Vgl. hierzu Edenfeld in ZEV 2001, S. 467. Andere Staaten aus dem romanischen Rechtskreis wiederum kennen noch ein deutlich stärker ausgestaltetes Pflichtteilsrecht als das BGB; vgl. dazu auch Dörner/Lagarde, Internationales Erbrecht in der EU, S. 324; Süß, S. 596.

<sup>203</sup> Vgl. hierzu Schuck, S. 123 ff.

<sup>204</sup> BGH in NJW 1984, S. 2150; BVerfG in NJW 1984, S. 476 sowie in NJW 1986, S. 243; Schellhammer, Rn. 1882 ff.

<sup>205</sup> Vgl. etwa Schroeder in JuS 2000, S. 1047 ff.



tung der Gesetzesanwender als Adressaten als oberstes Ziel verfolgt.<sup>206</sup> Die dazu erforderliche Privatautonomie als jedenfalls nicht durch staatliche Maßnahmen eingeschränkte Freiheit, Entscheidungen eigenverantwortlich zu treffen und Entscheidungsgegenstände eigenverantwortlich auszugestalten, ist daher Grundpfeiler der freiheitlichen Rechtsordnung.<sup>207</sup> In den Worten von Schellhammer: „Das BGB setzt die Privatautonomie voraus, das Grundgesetz garantiert sie.“<sup>208</sup>

Dabei ist die Freiheit, Entscheidungen zu treffen, nicht notwendig uneingeschränkt, da auch die Selbstbeschränkung und damit ein möglicher Verzicht auf im Grunde offenstehende Entscheidungen als Teil des Entscheidungsfindungsprozesses zu verstehen ist: Nicht jeder muss alles tun, was er tun könnte. In einer Privatrechtsordnung, die auf Gewährleistung der Privatautonomie zielt, manifestiert sich dieser „Grundpfeiler“ der Entscheidungsfreiheit insbesondere in der Freiheit, rechtsverbindliche Willenserklärungen abzugeben, dies bleiben zu lassen und Rechtsgeschäfte nach Belieben zu gestalten.<sup>209</sup> Beispiel für die Umsetzung der Privatautonomie in der Privatrechtsordnung ist, neben der Eigentums- und Testierfreiheit und der etwa in den §§ 305 ff. BGB geregelten allgemeinen Vertragsfreiheit, die im Grundsatz jedermann das Recht einräumt, einen Vertrag nach eigener freier Entscheidung abzuschließen oder dies bleiben zu lassen, auch die Vereinigungsfreiheit. Allerdings beruht die Privatautonomie auf der oft von den tatsächlichen Umständen nicht gedeckten Fiktion, dass bei einem Vertragsschluss grundsätzliche Abschlussfreiheit besteht, was auf den ersten Blick schon dann nicht der Fall ist, wenn ein Vertragsteil der Vertragsdurchführung weit dringender bedarf als der andere Vertragsteil.

#### 3.2.3.2.2. *Verfassungsrechtliche Verankerung der Privatautonomie*

Nach deutschem Verfassungsrecht basiert die Privatautonomie nach überwiegender Auffassung auf den Artt. 2 und 14 GG; nach vereinzelt vertretener Ansicht unter bestimmten Gesichtspunkten auch auf den Artt. 1, 5, 6 und 9 GG, wobei die angesprochenen Anspruchsgrundlagen teils einzeln, teils kumuliert herangezogen werden.<sup>210</sup> Art. 2 GG schützt die allgemeine Handlungsfreiheit gegen staatliche Beeinflussung und staatliche Beschränkung und gewährt somit im Sinne der vom BVerfG vertretenen weiten Auslegung das Recht, nach Belieben alles „tun und lassen zu können“, was der

<sup>206</sup> Jarass/Pieroth (Jarass), Rn. 22 ff. zu Art. 2.

<sup>207</sup> Paulus/Zenker in JuS 2001, S. 1 ff.

<sup>208</sup> Schellhammer, Rn. 1882 mit Hinweis auf BGH in NJW 1984, S. 2150 und BVerfG in NJW 1984, S. 476 sowie in NJW 1986, S. 243 (zur Vertragsfreiheit).

<sup>209</sup> Paulus/Zenker in JuS 2001, S. 1 ff.

<sup>210</sup> Vgl. hierzu Schuck, S. 123 ff.



freien Entfaltung der Persönlichkeit dient.<sup>211</sup> Dieser weite Anwendungsbereich verleiht dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit jedoch auch eine gewisse Beliebigkeit mit der Folge, dass es nur in wenigen Fällen ohne spezielle Ausgestaltung als alleinige Schutznorm im Hinblick auf behauptete Grundrechtseingriffe herangezogen wird.<sup>212</sup> Der Beliebigkeit der Berufung auf Art. 2 GG als „Universalgrundrecht“ ist das BVerfG inzwischen mit einer Vielzahl von Konkretisierungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, teils unter Schaffung eigens bezeichneter, aus Art. 2 GG abgeleiteter Grundrechte oder grundrechtsgleicher Rechte im Hinblick auf konkrete Sachverhalte und typische Gefährdungslagen, entgegengetreten.<sup>213</sup>

Wenig zielführend erscheint insoweit auch eine Einbeziehung der Gewährung von Privatautonomie auf Grundlage des Art. 1 GG. Im Hinblick auf die Menschenwürde als zentrales Schutzobjekt staatlichen Handelns mag zwar auch die Privatautonomie als Konkretisierung der jedem Menschen zustehenden Würde und staatliches Handeln unter dem Primat der Gewährleistung der selbigen verstanden werden<sup>214</sup>, allerdings ohne dass daraus ein zusätzlicher Schutzanspruch des Einzelnen gewonnen werden könnte. Demzufolge kommt der Berufung auf Art. 1 GG als Grundlage der Privatautonomie allenfalls deklaratorische Wirkung zu.

### 3.2.3.2.3. *Einschränkung der Privatautonomie*

Die im Rahmen der Privatautonomie bestehende Freiheit kann jedoch beispielsweise dann eingeschränkt oder gar aufgehoben sein, wenn ein Vertragspartner bei der Entscheidung, eine vertragliche Bindung einzugehen, aufgrund einer starken Asymmetrie der Machtverhältnisse, die in der Konzeption etwa des BGB kaum gewürdigt wird<sup>215</sup>, aus wirtschaftlichen Gründen nicht frei und somit von einem Vertragsschluss abhängiger ist als der andere; in derartigen Konstellationen verbleibt kaum die Freiheit zur Ausübung von Privatautonomie. Dies ist beispielsweise häufig in Arbeitsbeziehungen der Fall, wenn etwa ein seit Langem beschäftigungsloser Bewerber bereit ist, weitgehend jede Vertragsbedingung hinzunehmen, nur um überhaupt wieder Arbeit zu erhalten. In diesen Fällen wird erwogen, ob und in welchem Umfang der Staat in die Privatautonomie eingreifen kann und soll, um besonders schützenswerten Rechten eines

<sup>211</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 6, S. 32 ff. Bei dieser Leitentscheidung handelt es sich um die häufig zitierte „Elfen-Entscheidung“, mit welcher das BVerfG erstmals einen unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung begründet hat.

<sup>212</sup> Jarass/Pieroth (Jarass), Rn. 22 zu Art. 2.

<sup>213</sup> So etwa im „Volkszählungsurteil“ aus dem Jahr 1983, in dem das BVerfG ein „Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“ als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts konzipiert hat, vgl. hierzu BVerfGE 65, S. 1 ff.

<sup>214</sup> Vgl. hierzu Repgen, S. 82 ff.

<sup>215</sup> Vgl. hierzu Gierke, S. 59; Menger, S. 15 ff.



Vertragsteils zur Durchsetzung zu verhelfen. *Klein*<sup>216</sup> geht davon aus, dass die von der Verfassung garantierte Privatautonomie als Institut dann keinen Schutz mehr verdient habe, wenn sie zur zwingenden Verletzung des Schutzinteresses eines abhängigen oder aus anderen Gründen in seinen Entscheidungen unfreien Vertragspartners führe.<sup>217</sup> Dann treffe den Staat die Pflicht zum Schutz der verfassungsrechtlich relevanten Rechtsgüter des Schwächeren, da ansonsten die Friedensordnung gefährdet wäre.<sup>218</sup> Im Grundsatz unstrittig ist die Annahme, dass die Privatrechtsordnung von den Werten geprägt wird, die über die Grundrechte auch die verfassungsmäßige Ordnung ausgestalten. Deshalb ist es die Aufgabe des Staates, in einer auf der Privatautonomie beruhenden Privatrechtsordnung den Schutz der Schwächeren zu gewährleisten, die etwa aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage sind, ihre Rechte und damit auch ihre Privatautonomie angemessen selbst wahrzunehmen.<sup>219</sup>

Die erörterten Kriterien zur Zulässigkeit der Einschränkung der Privatautonomie sind nicht ohne weiteres auf das Erbrecht übertragbar. So wird zwar die in Art. 14 GG geschützte Testierfreiheit als eine Ausprägung der Privatautonomie durch das ebenfalls geschützte Verwandtenerbrecht begrenzt. Eine Übertragung scheint aber auf den ersten Blick ausgeschlossen, weil zwar – bis auf den Ehegatten – ein Verwandtschafts-, aber kein Vertragsverhältnis zwischen Berechtigten und Erblassern besteht. Vergleichbar sind die Konstellationen aber insofern, dass in beiden Fällen verfassungsrechtlich geschützte Ansprüche kollidieren. Aus Sicht des BVerfG ist die Einschränkung der Testierfreiheit durch das Pflichtteilsrecht von Verwandten oder des Ehegatten als Ausfluss des Art. 6 Abs. 1 GG eine wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte Familien- und Erbrecht.<sup>220</sup> Geschützt wird durch die Beschränkung der Testierfreiheit somit nicht der Schwächere, sondern derjenige, der unter dem Schutz des Art. 6 GG und damit unter dem Schutz eines mit Art. 14 GG potenziell kollidierenden Grundrechts steht. Die Einschränkung der Testierfreiheit durch ein gesetzliches Pflichtteilsrecht ist somit ein durch die Verfassung gebotener Interessenausgleich und insofern mit den anderen Fällen der Einschränkung der Privatautonomie vergleichbar.

### **3.2.3.3. Verfassungsmäßigkeit der §§ 2303 ff. BGB**

In einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2005 hatte das BVerfG im ersten von zwei parallel entschiedenen Fällen über die Verfassungsbeschwerde eines Be-

---

<sup>216</sup> Klein in NJW 1989, S. 1633.

<sup>217</sup> Stern, S. 931 ff.

<sup>218</sup> Klein in NJW 1989, S. 1633.

<sup>219</sup> Singer in JZ 1995, S. 1133.

<sup>220</sup> BVerfGE 112, 332.





schwerdeführers zu entscheiden, der sich als Erbe seiner Mutter gegen die Verurteilung zur Zahlung des Pflichtteils an seinen Bruder wehrte und eine Verletzung seiner Grundrechte aus den Artt. 6 und 14 GG geltend machte.<sup>221</sup> Der Bruder hatte die gemeinsame Mutter im Zustand der Schuldunfähigkeit erschlagen. Das zuständige OLG hatte festgestellt, dass der Bruder, trotz des Tötungsdelikts, wegen der zum Tatzeitpunkt gegebenen Schuldunfähigkeit nicht als pflichtteilsunwürdig gemäß §§ 2339 Abs. 1 Nr. 1, 2345 Abs. 2 BGB angesehen werden könne.<sup>222</sup> Im parallel entschiedenen zweiten Fall hatte der Erblasser seinem Sohn den Pflichtteil entzogen, da er den Kontakt des Erblassers zu dessen Enkel unterbunden hatte.<sup>223</sup>

Im ersten Fall hat das Gericht die Entscheidungen der Instanzgerichte aufgehoben und zur Begründung ausgeführt, dass der historische Gesetzgeber nicht von der Schuldhaftigkeit eines gegen den Erblasser gerichteten Verhaltens als Voraussetzung der Pflichtteilsentziehung ausgegangen sei, wovon das zuletzt entscheidende Oberlandesgericht aber ausgegangen war. Die Rechtssache wurde insofern gemäß § 95 Abs. 2 BVerfGG an das zuständige OLG zur neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen. Im Parallellfall hat das Gericht hingegen ausgeführt, dass das Verhältnis zwischen Pflichtteilsberechtigtem und Erblasser zwar gestört gewesen sei, dieses vorgeworfene Verhalten jedoch keinen Pflichtteilsentziehungsgrund darstelle; vielmehr läge eine Zerrüttung der persönlichen Verhältnisse vor und damit ein typischer Anwendungsfall für das Pflichtteilsrecht. Der Erblasser könne daher dem gestörten Verhältnis durch die Enterbung des Sohnes, aber nicht durch den Pflichtteilsentzug entsprechend Rechnung tragen.<sup>224</sup>

Das Bundesverfassungsgericht ist insoweit zu dem Ergebnis gekommen, dass eine wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Abkömmlinge eines Erblassers an dessen Nachlass ein tragendes Strukturprinzip des Pflichtteilsrechts ist, welches durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet wird.<sup>225</sup> Die Nachlassteilhabe der Abkömmlinge ist Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Abkömmlingen bzw. dem Ehegatten besteht. Demzufolge hat das Pflichtteilsrecht die Funktion, die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhanges von Vermögen und Familie über den Tod des Vermögensinhabers hinaus zu ermögli-

---

<sup>221</sup> BVerfGE 112, 332.

<sup>222</sup> Ebd.

<sup>223</sup> Ebd.

<sup>224</sup> Ebd.

<sup>225</sup> Ebd. (348 f.); Weiler in MittBayNot 2006, S. 298; Lange/Kuchinke, § 37 III 4; Staudinger (Otte), Rn. 22 ff. zur Einl. zu §§ 2303 ff.



chen.<sup>226</sup> Das BVerfG hat in diesem Zusammenhang deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber diese Mindestbeteiligung der Abkömmlinge bzw. des Ehegatten des Erblassers am Nachlass durch die §§ 2303 ff. BGB in verfassungskonformer Weise geregelt und insbesondere auch den eingeräumten Gestaltungsspielraum nicht überschritten hat.<sup>227</sup> Aus diesem Grund bestehen aus Sicht des Bundesverfassungsgerichtes keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der §§ 2303 ff. BGB.<sup>228</sup>

Das BVerfG hat jedoch nicht entschieden, dass der Gesetzgeber gehalten ist, das Pflichtteilsrecht in einer bestimmten Form zu regeln, solange der Interessensgegensatz zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und dem Verwandtenerbrecht in einer mit den Artt. 6, 14 GG vereinbaren Weise gelöst wird. Zwar entspreche die gesetzliche Regelung in der zum Entscheidungszeitpunkt im Jahr 2005 gegebenen Fassung nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes den verfassungsrechtlichen Anforderungen; unabhängig davon sei es dem Gesetzgeber im Grundsatz nicht verwehrt, andere Regelungen zu finden.<sup>229</sup> Diese müssten aber die Erfordernisse der „Normenklarheit, Justiziabilität und der Rechtssicherheit“ beachten, weswegen eine allgemeine Zerrütungsklausel womöglich nicht verfassungskonform sei.<sup>230</sup>

Aus diesem Grund erscheint es durchaus auch denkbar, dass durch eine Reform des Pflichtteilsrechts eine Erweiterung auf Stiefkinder vorgenommen werden könnte. Eine solche Erweiterung würde aber dazu führen, dass sich die Pflichtteilsquoten der leiblichen bzw. der adoptierten Abkömmlinge wiederum reduzieren würden. Insoweit wäre also zu prüfen, ob das Verwandtenerbrecht durch eine Erweiterung des Pflichtteilsrechtes auf Stiefkinder in unzulässiger Weise beschränkt und damit wiederum ein Verstoß gegen die Artt. 6, 14 GG vorliegen würde. Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage soll an dieser Stelle aber – auch wegen des engen Themenzuschnitts – nicht erfolgen; dies insbesondere deshalb, weil der Gesetzgeber eine Erweiterung des Pflichtteilsrechtes auf Stiefkinder derzeit nicht in Betracht zieht. Gerade im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsrecht wird vielmehr nach wie vor diskutiert, ob dieses noch zeitgemäß oder möglicherweise eher eine Einschränkung bzw. Abschaffung sinnvoll ist. Dabei wird von den Befürwortern insbesondere hervorgehoben, dass dem Pflichtteilsrecht ursprünglich häufig auch eine Unterhaltsfunktion beigemessen wurde und die

<sup>226</sup> BVerfGE 112, 332 (352 f.); Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Horn), § 29, Rn. 2; Staudinger (Otte), Rn. 24 zur Einl. zu §§ 2303 ff.

<sup>227</sup> BVerfGE 112, 332 (354 f.); Weiler in MittBayNot 2006, S. 298; Nieder/Kössinger (W. Kössinger), § 2, Rn. 2; Jauernig (Stürmer), Rn. 10 zu § 2303.

<sup>228</sup> BVerfGE 112, 332 (348 f.).

<sup>229</sup> Ebd.

<sup>230</sup> Ebd.





Notwendigkeit hierfür heute – in der Regel – überhaupt nicht mehr bestehen würde, weil die Kinder wirtschaftlich auf eigenen Beinen stehen.<sup>231</sup> Aus diesem Grund ist nicht zu erkennen, dass die aufgeworfene Fragestellung in Zukunft relevant wird, so dass eine weitere Auseinandersetzung unterbleiben soll.

#### **3.2.3.4. Auswirkungen bei Einforderung des Pflichtteils**

Während die Einforderung des Pflichtteils beim Tod des erstversterbenden Ehegatten im Rahmen der einfürend in Kapitel 3.1.2. angesprochenen Trennungslösung vom Nacherben zumindest verlangt, dass dieser die Nacherbschaft ausschlägt<sup>232</sup> und damit seine Rechtsposition aufgibt, ist dies bei der Einheitslösung gerade nicht so.<sup>233</sup> Vielmehr würde der pflichtteilsfordernde Abkömmling, soweit keine weitergehenden Regelungen getroffen werden, neben dem Pflichtteil nach dem erstversterbenden Ehegatten beim zweiten Todesfall uneingeschränkt am Nachlass des letztversterbenden Ehegatten partizipieren, wozu aufgrund der Einheitslösung sodann auch das Vermögen des zuerst versterbenden Ehegatten gehört. Demnach würde der pflichtteilsfordernde Abkömmling im Ergebnis am Vermögen des erstversterbenden Ehegatten zweimal beteiligt.<sup>234</sup> Der pflichtteilsfordernde Abkömmling muss daher im Zusammenhang mit seiner Pflichtteilsforderung nach dem Tod des ersten Elternteils grundsätzlich keine Rechtsposition aufgeben und demzufolge auch keine Einschränkungen hinnehmen, soweit anderslautende Anordnungen der Erblasser nicht vorliegen. Damit stellt sich aus Sicht der Erblasser die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs beim Tod des erstversterbenden Ehegatten regelmäßig als Störfaktor<sup>235</sup> dar.

### **3.2.4. Sanierung durch Pflichtteilklauseln**

#### **3.2.4.1. Der Begriff der Pflichtteilklausel**

Die aus der Anordnung der Einheitslösung resultierenden Folgen im Hinblick auf die Auswirkungen des Pflichtteilsrechts werden häufig auch als Konstruktionsfehler<sup>236</sup> bezeichnet. Aus diesem Grund wird im Rahmen der Abfassung eines „Berliner Testaments“

<sup>231</sup> So beispielsweise Klingelhöffer in ZEV 2010, S. 386.

<sup>232</sup> Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten ist nur möglich, wenn sich dessen leibliche Abkömmlinge zur Ausschlagung der Nacherbschaft gemäß § 2142 Abs. 1 BGB i.V.m. § 2306 Abs. 2 BGB entschließen.

<sup>233</sup> Lange, § 16, Rn. 100; Leipold, Rn. 465; Muscheler I, § 32, Rn. 2111; Olzen, Rn. 481; Palandt (Weidlich), Rn. 11 zu § 2269; Staudinger (Kanzleiter), Rn. 54 zu § 2269.

<sup>234</sup> Brox/Walker, Rn. 188; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 14, Rn. 77; Schlitt/Müller (Müller), § 10, Rn. 206; Kroiß/Ann/Mayer (Kornexl), Rn. 19 zu § 2280.

<sup>235</sup> Buchholz in FamRZ 1985, S. 873; Lübbert in NJW 1988, S. 2706; Mayer in ZEV 1995, S. 136; Dauner-Lieb in DNotZ 2001, S. 461; Radke in ZEV 2001, S. 137; Lange, § 16, Rn. 100; Olzen, Rn. 479; Schlitt/Müller (Müller), § 10, Rn. 195.

<sup>236</sup> Vgl. insoweit Buchholz in FamRZ 1985, S. 873; Friedrichs, S. 258.



menten“ regelmäßig<sup>237</sup> durch die Anordnung von besonderen Ausgleichs- oder Verwirkungsklauseln, die als Pflichtteils- oder auch Pflichtteilsstrafklausel<sup>238</sup> bezeichnet werden, der Versuch unternommen, den Erblasserwillen umzusetzen und unbilligen Ergebnissen vorzubeugen.

### 3.2.4.2. Zweck der Pflichtteils klauseln

Das Pflichtteilsrecht ist zwar zwingendes Recht und beschränkt, wie oben erörtert, die Privatautonomie der Erblasser hinsichtlich ihrer letztwilligen Verfügung insbesondere im Hinblick auf die aus Art. 14 GG resultierende Testierfreiheit. Im Sinne der erörterten weiten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist aber davon auszugehen, dass dieser auch alternative Regelungen vorsehen darf, soweit dadurch die Nachlassteilhabe der Pflichtteilsberechtigten de facto nicht unterlaufen wird.<sup>239</sup> Da diese im Grundsatz nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht umgangen werden kann, soll durch die Aufnahme von Pflichtteils klauseln die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen für die Abkömmlinge möglichst unattraktiv gestaltet werden.<sup>240</sup> Dabei hat eine solche Pflichtteils klausel zweierlei Wirkungen: Zum einen verliert der pflichtteilsfordernde Abkömmling durch die Geltendmachung des Pflichtteils nach dem erstversterbenden Ehegatten seine Schlusserbenstellung, mit der Folge, dass dieser auch nach dem letztversterbenden Ehegatten lediglich den Pflichtteil beanspruchen kann; die Einsetzung der Abkömmlinge als Schlusserben ist in diesem Fall durch die Geltendmachung des Pflichtteils somit auflösend bedingt.<sup>241</sup> Zum anderen kann die Pflichtteils klausel auch in der Weise konstruiert werden, dass der widerspenstige Abkömmling neben dem Verlust der Schlusserbenstellung weitere erhebliche finanzielle Einschnitte hinnehmen muss, mit der Folge, dass dieser im Ergebnis durch die Geltendmachung des Pflichtteils nicht einmal ansatzweise eine solche Vermögenszuwendung erhält, wie für diesen als Schlusserbe vorgesehen war.<sup>242</sup> Insoweit wird häufig im Schrifttum die sogenannte „Jastrow’sche Klausel“ erwähnt.<sup>243</sup> Die Geltendmachung des Pflichtteils kann sich

<sup>237</sup> Vollmer, S. 99. Diese hat festgestellt, dass im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes von den Ehegatten, in denen die Einheitslösung gewählt worden ist, in 74,26 % auch eine Pflichtteils klausel mit aufgenommen wurde.

<sup>238</sup> Im Folgenden nur Pflichtteils klausel.

<sup>239</sup> Dazu ausführlich Keim in NJW 2008, S. 2074 f.

<sup>240</sup> Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Horn), § 21, Rn. 20; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 14, Rn. 77; Schlitt/Müller (Müller), § 11, Rn. 184.

<sup>241</sup> Sogenannte einfache Pflichtteils klausel, vgl. hierzu auch OLG München in ZErB 2008, S. 115; Mayer in MittBayNot 1996, S. 81; Radke in ZEV 2001, S. 136; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Horn), § 21, Rn. 3; Reimann/Bengel/Mayer (Mayer), § Rn. 83 ff zu 2269.

<sup>242</sup> Sogenannte besondere Pflichtteils klausel.

<sup>243</sup> Vgl. zur „Jastrow’schen Klausel“ die Ausführungen in FN 351 m.w.N.



daher für den pflichtteilsfordernden Abkömmling als ein wirtschaftlich mit Nachteilen verbundenes Unterfangen darstellen.<sup>244</sup>

Zweck der Anordnung einer solchen Pflichtteilklausel ist also primär die Sicherstellung der finanziellen Unabhängigkeit des überlebenden Ehegatten in der Weise, dass die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten, insbesondere aus wirtschaftlicher Sicht, unattraktiv gestaltet wird.<sup>245</sup> Durch die Anordnung einer solchen Pflichtteilklausel kann zwar nicht der Pflichtteilsanspruch der Pflichtteilsberechtigten ausgeschlossen werden; allerdings führt die Aufnahme einer solchen Klausel zur Ausübung von mittelbarem Druck auf die Pflichtteilsberechtigten, mit der Folge, dass der letzte Wille des Erblassers im Regelfall durch diese beachtet wird und damit im Ergebnis auch umgesetzt werden kann. Zweitrangig soll die Pflichtteilklausel durch ihre Rechtsfolgen, nämlich die Verwirkung der Schlusserbenposition, verhindern, dass der pflichtteilsfordernde Abkömmling beim Schlusserbfall uneingeschränkt am Nachlass beteiligt wird, weil er bereits den Pflichtteil beim ersten Erbfall erhalten hat. Demnach soll durch die Anordnung einer Pflichtteilklausel auch verhindert werden, dass die von den Erblassern geplante Verteilung des Nachlasses nach dem Schlusserbfall gestört und damit eine Besserstellung des pflichtteilsfordernden Abkömmlings eintritt.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> Im Rahmen der notariellen Gestaltungspraxis wird häufig davon Abstand genommen, eine Pflichtteilklausel aufzunehmen. Hintergrund ist, dass die Pflichtteilklausel im Falle der Einforderung des Pflichtteils nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten in jedem Fall eingreift und ihre Funktion durch den überlebenden Ehegatten nicht aufgehoben werden kann. Tatsächlich kann der überlebende Ehegatte aber in der komfortablen finanziellen Situation sein, dass ihm die Geltendmachung des Pflichtteils nichts ausmacht oder aus steuerlichen Gründen sogar sinnvoll erscheint. Aus diesem Grund sollte es in der Hand des länger lebenden Ehegatten liegen, ob der pflichtteilsfordernde Abkömmling beim Schlusserbfall enterbt und demgemäß nur den Pflichtteil erhalten soll. Dieses Ziel kann durch Einschränkung der Bindungswirkung erreicht werden; dem überlebenden Ehegatten wird dabei die Möglichkeit eingeräumt, im Falle einer Pflichtteilseinforderung nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten frei darüber zu entscheiden, ob der pflichtteilsfordernde Abkömmling beim Schlusserbfall enterbt sein soll oder nicht, vgl. auch FN 256.

<sup>245</sup> Diese Abschreckungswirkung ist jedoch abhängig von der jeweiligen Vermögensverteilung unter den Ehegatten bzw. der zu erwartenden Entwicklung des Vermögens zwischen beiden Erbfällen, vgl. hierzu auch Mayer in MittBayNot 1996, S. 80; Klingelhöffer, Rn. 125; Lange, § 16, Rn. 101; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Horn), § 21, Rn. 20; Seubert, S. 29.

<sup>246</sup> So auch BGH in NJW-RR 1991, S. 706 (707): Der Bundesgerichtshof hatte sich in diesem Verfahren mit der Auslegung einer Pflichtteilklausel beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen zu befassen; weiter hierzu auch BayObLGZ 90, 58 (60); Lübbert in NJW 1988, S. 1448; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Horn), § 21, Rn. 20; Soergel (Loritz), Rn. 18 zu § 2075.



### ***3.2.4.3. Pflichtteilklauseln beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen***

#### *3.2.4.3.1. Folgen verschiedener Abstammung*

In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, wie sich die Anordnung einer Pflichtteilklausel beim Vorhandensein von einseitigen und damit nicht gemeinsamen Abkömmlingen auswirkt. Denkbar erscheint nämlich, dass die Anordnung einer Pflichtteilklausel in diesem Fall gerade dazu führt, dass die von den Erblassern angestrebten Ziele nicht nur gefährdet, sondern sogar verfehlt werden.

#### *3.2.4.3.2. Keine Nachlassbeteiligung beim Tod des Letztversterbenden*

Eine Pflichtteilklausel sieht regelmäßig vor, dass der Abkömmling, der nach dem Tod des Erstversterbenden einen Pflichtteilsanspruch geltend macht, auch nach dem Tod des Letztversterbenden enterbt wird und auch insoweit nur einen Pflichtteil erhalten soll.<sup>247</sup> Beim Vorhandensein von einseitigen Abkömmlingen werden die Folgen einer solchen Pflichtteilklausel aber dadurch verschärft, dass die Abkömmlinge des Erstversterbenden, die durch die Einforderung des Pflichtteils nach ihrem leiblichen Elternteil ihre Rechtsposition nach dem Tod des Letztversterbenden verwirkt haben, nach diesem keinen Pflichtteil beanspruchen können, weil diese nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehören. Demnach haben die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten beim Tod des letztversterbenden Ehegatten im Falle der Verwirkung der Schlusserbenposition nicht nur keinen Erb-, sondern insbesondere auch keinen Pflichtteilsanspruch mehr.<sup>248</sup>

Zu einer bemerkenswerten Entscheidung ist in diesem Zusammenhang das OLG Celle im Jahr 2009<sup>249</sup> gekommen, indem durch ergänzende Testamentsauslegung zu Gunsten der Abkömmlinge, die nach dem letztversterbenden Ehegatten nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehören, ein fiktiver Pflichtteil in Form eines Geldvermächtnisses geschaffen wurde. Im Ausgangsverfahren stammten zwei Kinder von der Ehefrau und ein Kind vom Ehemann. Die Ehegatten hatten sich wechselseitig zu befreiten Vorerben eingesetzt und ohne Differenzierung nach der Abstammung die drei Kinder zu Nach- bzw. Ersatzerben bestimmt. Ebenfalls wurde eine Pflichtteilklausel mit aufgenommen, die vorsah, dass die Kinder, die nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil geltend machen würden, auch nach dem Letztversterbenden „nur den

<sup>247</sup> Dies gilt sowohl für die einfache wie auch für die besondere Pflichtteilklausel.

<sup>248</sup> Mayer in ZEV 1995, S.136; Mayer in MittBayNot 1996, S. 81; Radke in ZEV 2001, S. 137; Olzen, Rdn. 482.

<sup>249</sup> OLG Celle in ZErB 2010, S. 87.



Pflichtteil“ erhalten sollten.<sup>250</sup> Nach dem Tod der zunächst verstorbenen Ehefrau machten ihre beiden Kinder den Pflichtteil geltend und erhielten ihn auch. Beim Tod des Letztversterbenden entstand zwischen den Abkömmlingen der Ehefrau und dem Erben ein Streit darüber, ob den Kindern der Ehefrau noch ein Pflichtteil zusteht.

Das OLG Celle hat festgestellt, dass für die Abkömmlinge der Ehefrau nach dem Tod ihres Stiefvaters ohnehin kein Pflichtteilsrecht bestehe, weswegen die von den Eheleuten gewählte Formulierung der Pflichtteilklausel dahingehend, dass diese „nur den Pflichtteil“ erhalten sollen, auslegungsbedürftig sei. Aus dieser Formulierung folge, dass es gerade der Wille der Eheleute war, auch dann den Abkömmlingen des Erstversterbenden etwas aus dem gemeinsamen Nachlass zukommen zu lassen, wenn diese nach dem Tod ihres leiblichen Elternteils den Pflichtteil geltend machen würden. Das OLG Celle hat die Erklärung der Eheleute daher so ausgelegt, dass die Abkömmlinge der Ehefrau wegen der Geltendmachung des Pflichtteils zwar nicht Ersatzerben des Stiefvaters geworden sind, ihnen aber nach dem Willen der testierenden Eheleute ein Geldvermächtnis in Höhe eines fiktiven Pflichtteils zugedacht sei.<sup>251</sup> Die ursprünglich von den Erblassern gewollte Nach- bzw. Ersatzerbeneinsetzung der Kinder sei von den Ehegatten daran geknüpft worden, dass diese keinen Pflichtteilsanspruch geltend machen würden; dass die Kinder, die sich an diesen Wunsch nicht halten würden, beim Tod des Zweitversterbenden überhaupt nicht bedacht werden sollten, sei der Verfügung der Eheleute jedoch gerade nicht zu entnehmen. In Ermangelung eines Pflichtteilsanspruches der Kinder der Erstversterbenden nach dem Tod des Zweitversterbenden war daher nach Auffassung des OLG Celle der rechtlich nicht umsetzbare Pflichtteilsanspruch als Einräumung eines Geldvermächtnisses auszulegen.<sup>252</sup>

Dieser Entscheidung wird mit der Begründung der steigenden Zahl der Stieffamilien erhebliche Bedeutung für die künftige erbrechtliche Praxis zugeschrieben.<sup>253</sup> Sie betrifft aber nur solche Konstellationen, in denen die Erblasser in der letztwilligen Verfügung angedeutet haben, dass ihren Kindern, unabhängig von der leiblichen Abstammung, trotz der Verwirkung der Schlusserbenstellung etwas beim Tod des Letztversterbenden zugewendet werden soll. In den übrigen Fällen, in denen sich eine entspre-

<sup>250</sup> Die Anordnung einer Pflichtteilklausel macht bei der Vor- und Nacherbschaft tatsächlich keinen Sinn, weil die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gemäß § 2306 Abs. 2 BGB die vorherige Ausschlagung der Nacherbschaft gemäß § 2142 Abs. 1 BGB voraussetzt, vgl. hierzu auch FN 232. Im Hinblick auf die vorgenommene Auslegung kann dieser Fall aber in gleicher Weise auf die Voll- und Schlusserbschaft übertragen werden.

<sup>251</sup> Dabei wurde für den Nacherbfall unterstellt, dass alle drei Kinder nach dem Tod des Letztversterbenden als Pflichtteilsberechtigte in Betracht kommen, vgl. OLG Celle in ZErB 2010, S. 87.

<sup>252</sup> So auch OLG Schleswig in NJOZ 2013, S. 1457 in einer ähnlichen Konstellation.

<sup>253</sup> NJW-Spezial 2010, S. 40.





chende Andeutung in der letztwilligen Verfügung nicht findet, sollen die Abkömmlinge des Erstversterbenden beim Tod des Letztversterbenden im Zweifel nichts mehr erhalten.

### *3.2.4.3.3. Keine abschreckende Wirkung durch Pflichtteilklausel*

#### 3.2.4.3.3.1. Problemstellung

Ein weiteres Problem beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen kann darin bestehen, dass die mit der Anordnung der Pflichtteilklausel angestrebten Ziele der Erblasser, nämlich insbesondere die Sicherstellung der finanziellen Unabhängigkeit des überlebenden Ehegatten durch Erzielung einer Abschreckungswirkung, verfehlt werden können. Dies insbesondere deshalb, weil die Abkömmlinge des Erstversterbenden sich aus verschiedenen Erwägungen heraus gezwungen sehen könnten, den ihnen zustehenden Pflichtteil nach dem Tod ihres Elternteils einzufordern, um sich eine entsprechende Beteiligung am Nachlass zu sichern.

Wie im Vorfeld dargestellt, führt das Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen zwangsläufig dazu, dass nur die Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten nach diesem pflichtteilsberechtigt sind. Im Rahmen eines „Berliner Testamentes“ birgt dies zumindest in den Fällen, in denen der Letztversterbende weniger Kinder hinterlässt, als der Erstversterbende, die Gefahr in sich, dass die Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten im Rahmen der letztwilligen Verfügung einen Erbanteil zugewendet bekommen, der unterhalb des ihnen eigentlich zustehenden Pflichtteilsanspruchs liegt; die Geltendmachung eines Zusatzpflichtteils nach § 2305 BGB durch die Abkömmlinge des länger lebenden Ehegatten liegt demnach auf der Hand.

Demzufolge kann die Interessenlage der jeweiligen Abkömmlinge des erst- und des letztversterbenden Ehegatten durchaus voneinander abweichen und damit gerade die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen beim Tod des ersten Ehegatten unbeabsichtigt fördern. Dieses Problem ist Folge der Konzeption des „Berliner Testamentes“ und tritt denkwürdigerweise mit der Zunahme der Anzahl von Stieffamilien gehäuft auf. Aus diesem Grund ist zu untersuchen, in welchen Fällen sich die Aufnahme einer Pflichtteilklausel in eine letztwillige Verfügung beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen nicht empfiehlt, weil hierdurch die Umsetzung des Erblasserwillens nicht gefördert, sondern dieser sogar noch torpediert werden könnte.





### 3.2.4.3.3.2. Keine Bindungswirkung

Die Besonderheit der Einheitslösung besteht darin, dass die wechselseitig von den Ehegatten getroffenen Verfügungen von einem gemeinsamen Willen getragen sind und insoweit die Rechtslage sowohl beim ersten Erbfall als auch beim Schlusserbfall durch aufeinander abgestimmte letztwillige Verfügungen geregelt werden soll.<sup>254</sup> Diese Willensverbundenheit aus der gemeinsamen Ehe- und Lebensgemeinschaft führt üblicherweise zu einer Abhängigkeit der gemeinsamen Verfügungen, sodass diese im Zweifel miteinander stehen und fallen sollen.<sup>255</sup> Unter Zugrundelegung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB ist davon auszugehen, dass die Verfügungen der Ehegatten daher im Regelfall wechselbezüglich (korrespektiv) sind. In diesen Fällen entsteht nach Eintritt des ersten Erbfalls für den überlebenden Ehegatten im Hinblick auf die gemeinschaftlich getroffenen Verfügungen in der Regel eine Bindungswirkung<sup>256</sup> mit der Folge, dass das gemeinschaftliche Testament nicht mehr geändert werden kann und damit die Rechtsposition sowohl der gemeinsamen als auch der nicht gemeinsamen Abkömmlinge beim Schlusserbfall gesichert wird. Insoweit unterscheidet sich auf den ersten Blick die Rechtsposition der leiblichen und der nicht leiblichen Abkömmlinge im Hinblick auf die zugedachte Schlusserbenstellung zunächst nicht.

An dieser Situation könnte sich dann etwas ändern, wenn die Frage der Wechselbezüglichkeit im Sinne des § 2270 BGB beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen anders beantwortet wird, als beim Vorhandensein von ausschließlich gemeinsamen Abkömmlingen. Die Überlegungen zur Wechselbezüglichkeit im Sinne des § 2270 BGB sind insbesondere an das Verwandtschaftsverhältnis der Schlusserben mit dem (erstversterbenden) Erblasser gekoppelt (§ 2270 Abs. 2 BGB). Während die Verfügungen der Ehegatten, mit denen die gemeinsamen Abkömmlinge zu Schlusserben eingesetzt werden, regelmäßig als wechselbezügliche Verfügungen anzusehen sind, führen Zuwendungen an solche Personen, die mit dem erstversterbenden Ehegat-

---

<sup>254</sup> Vgl. hierzu FN 9.

<sup>255</sup> Als wechselbezüglich (korrespektiv) bezeichnet man Verfügungen, die zwei Erblasser in einem gemeinschaftlichen Testament von Todes wegen treffen und die so eng miteinander verbunden sind, dass die Verfügung des einen Erblassers nicht ohne die des anderen getroffen worden wäre, vgl. auch Frank/Helms, § 12, Rn. 17; Leipold, Rn. 467; Michalski, Rn. 264; Jauernig (Stürmer), Rn. 1 zu § 2270; Staudinger (Kanzleiter), Rn. 25 zu § 2270.

<sup>256</sup> Die Ehegatten, die ein gemeinschaftliches Testament errichten, können frei bestimmen, ob und inwieweit ihre letztwilligen Anordnungen wechselbezüglich sein sollen, d. h. die Ehegatten können die Wechselbezüglichkeit aufheben und dem überlebenden Ehegatten freie Hand im Hinblick auf die Schlusserbschaft lassen, s.g. Abänderungsbefugnis. Etwas anderes gilt für den Erbvertrag, bei dem ein totaler Änderungsvorbehalt nicht zulässig ist, vgl. hierzu auch BGHZ 26, 204 (208); BGH in NJW-RR 1997, S. 1027.



ten nicht verwandt sind, sondern nur mit dem letztversterbenden, im Regelfall zu keiner Bindungswirkung.<sup>257</sup>

Die Frage der Verwandtschaft wird durch § 1589 BGB beantwortet, wonach diese nur dann entstehen kann, wenn ein Abstammungsverhältnis, d.h. eine biologische Herkunft<sup>258</sup> oder eine Adoption vorliegt; bei einem Stiefkindverhältnis ist dies nicht der Fall, sodass eine Verwandtschaft nicht vorliegt. Allerdings folgt aus § 2270 Abs. 2, 2. Variante BGB, dass eine Wechselbezüglichkeit auch dann anzunehmen ist, wenn die Zuwendung an solche Personen beim Tod des länger lebenden Ehegatten fallen soll, zu denen ein besonderes Näheverhältnis des erstversterbenden Ehegatten bestanden hat. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um eine reine Auslegungsregel handelt, mit der Folge, dass jeder Einzelfall gesondert zu beurteilen ist.<sup>259</sup> Damit die mit § 2270 Abs. 2, 2. Variante BGB einhergehende Vermutung nicht zum Regelfall wird, ist der Begriff des besonderen Näheverhältnisses somit restriktiv auszulegen.<sup>260</sup> Die Frage der Wechselbezüglichkeit ist daher insbesondere beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen im Einzelfall und gegebenenfalls durch Auslegung zu prüfen.<sup>261</sup> Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich die Ehegatten im Rahmen des „Berliner Testamentes“ zwar wechselseitig zu unbeschränkten Vollerben einsetzen; gleichzeitig setzt der Längerlebende aber auch die Abkömmlinge des Erstversterbenden (ersatzweise) zu seinen Erben für den Fall ein, dass der Erstversterbende vor dem Längerlebenden verstirbt. Demgemäß besteht die Bindungswirkung bereits durch die Wechselbezüglichkeit dieser Verfügung, die sodann mit dem Tod des Erstversterbenden eintritt und damit eine Abänderung ausschließt.

Das Nichtbestehen einer Bindungswirkung könnte nur im Hinblick auf die Einsetzung der Kinder des Längerlebenden zu (Ersatz-)Erben beim Schlusserbfall durch den Erstversterbenden in Betracht kommen, sofern sich ein besonderes Näheverhältnis im Sinne des § 2270 Abs. 2, 2. Variante BGB nicht begründen lässt.<sup>262</sup> Für die Abkömmlinge des Erstversterbenden besteht im Hinblick auf ihre erbrechtliche Position als Schlusserben insoweit aber keine Gefahr.

<sup>257</sup> BayObLG in DNotZ 1994, S. 791 (794) mit Anm. Musielak; OLG Köln in FamRZ 1996, S. 310 (311); OLG Frankfurt in ZEV 1997, S. 420 (421); Bamberger/Roth (Litzenburger), Rn. 12 zu § 2270.

<sup>258</sup> Palandt (Brudermüller), Rn. 1 zu Einf. zu § 1591 m. w. N.

<sup>259</sup> KG in OLGZ 1993, S. 398 (402); BayObLG in FamRZ 1994, S. 191 (193); MüKo BGB (Musielak), Rn. 13 zu § 2270; Palandt (Weidlich), Rn. 9 zu § 2270.

<sup>260</sup> BayObLG in FamRZ 1991, S. 1232 (1234); KG in OLGZ 1993, S. 398 (403); OLG Hamm FamRZ 2001, S. 1647 (1649); OLG Koblenz in NJW-RR 2007, S. 1599 (1600); Bamberger/Roth (Litzenburger), Rn. 21 zu § 2270.

<sup>261</sup> BayObLG in NJW-RR 1992, S. 1223 (1224); OLG München in FGPrax 2011, S. 131; Staudinger (Kanzleiter), Rn. 31 zu § 2270.

<sup>262</sup> BayObLG in OLGZ 1982, S. 474 (478 f.); Kroiß/Ann/Mayer (Müßig), Rn. 26 f. zu § 2270 BGB.



### 3.2.4.3.3. Aufnahme einer Abänderungsbefugnis

Die Bindungswirkung kann ferner in den Fällen entfallen, in denen eine Abänderungsbefugnis in das gemeinschaftliche Testament mit aufgenommen wird, weil die Rechtsfolge der Bindungswirkung von wechselbezüglichen Verfügungen abdingbar ist.<sup>263</sup> Aus diesem Grund kann dem länger lebenden Ehegatten das Recht eingeräumt werden, die wechselbezüglichen Verfügungen von Todes wegen durch eine neue letztwillige Verfügung einseitig zu ändern oder aufzuheben (so genannter Änderungsvorbehalt oder Freistellungsklausel). Die Aufnahme einer Abänderungsbefugnis würde demzufolge den Längerlebenden berechtigen, die mit dem Erstversterbenden im Rahmen des gemeinschaftlichen Testamentes getroffenen Verfügungen, insbesondere auch die insoweit festgelegte Schlusserbeneinsetzung, einseitig zu ändern.<sup>264</sup>

Da den einseitigen Abkömmlingen des erstversterbenden Ehegatten nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten gegenüber dessen Nachlass nicht einmal einen Pflichtteilsanspruch zusteht, würde die Aufnahme einer Abänderungsbefugnis den Abkömmlingen des Erstversterbenden jegliche Rechtssicherheit nehmen. Genau aus diesem Grund könnten diese die Notwendigkeit sehen, den ihnen zustehenden Pflichtteil bereits beim Tod ihres leiblichen Elternteils, demgemäß also beim ersten Erbfall, einzufordern, um sich eine Mindestteilhabe am Nachlass zu sichern. Dies würde die Regelungsentention der Erblasser im Hinblick auf die Sicherstellung der finanziellen Unabhängigkeit des länger lebenden Ehegatten torpedieren.

### 3.2.4.3.3.4. Unsichere Beteiligung beim Schlusserbfall

Letztlich könnten sich die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten auch deshalb genötigt sehen, einen Pflichtteilsanspruch nach dem Tod ihres leiblichen Elternteils geltend zu machen, weil das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten die von den Erblassern durch letztwillige Verfügung vorgesehene Beteiligung aller Kinder beim Schlusserbfall beeinflussen kann. Denkbar ist insoweit, dass es in Bezug auf die Höhe der Beteiligung beim Schlusserbfall – wie vorstehend bereits dargestellt wurde – trotz eindeutiger Regelung in der letztwilligen Verfügung durch den Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB zu einer Beeinträchtigung der von den Erblassern beabsichtigten Regelungsziele kommt.

<sup>263</sup> Vgl. hierzu FN 256 sowie BGHZ 2, 35 (37); BGHZ 30, 261 (265); BayObLG in NJW-RR 1989, S. 588; Musielak in ZErB 2008, S. 194; Frank/Helms, § 12, Rn. 20; Lange/Kuchinke, § 24 VI 5a; Leipold, Rn. 471; MüKo BGB (Musiak), Rn. 31 f. zu § 2271; Staudinger (Kanzleiter), Rn. 6 zu § 2270.

<sup>264</sup> Die dem Längerlebenden eingeräumte Änderungsbefugnis kann auch beschränkt werden, vgl. insoweit Basty in MittBayNot 2000, S. 77 m.w.N.



Hinzu kommt weiter, dass die sich aus der Einheitslösung ergebende Vereinheitlichung der Vermögensmassen beider Ehegatten beim Längerlebenden dazu führt, dass sich dessen Vermögen erhöht und sich dieser Umstand positiv auf die Höhe der Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten auswirkt.<sup>265</sup> Diese – als paradox zu bezeichnende – Situation wirkt sich insbesondere auch in den Fällen deutlich aus, in denen der länger lebende Ehegatte über ein geringeres Vermögen verfügt als der erstversterbende Ehegatte. Dies wird unter Heranziehung des in Kapitel 3.2.1.2. angesprochenen Zahlenbeispiels deutlich:

Während K 3 ohne das Hinzutreten des Vermögens des M einen Pflichtteilsanspruch von 15.000,- €<sup>266</sup> nach dem isoliert zu betrachtenden Vermögen von F gehabt hätte, führt die Vereinheitlichung der Vermögensmassen im Rahmen der Einheitslösung bei F zu einem Pflichtteilsanspruch von K 3 beim Schlusserbfall in Höhe von 45.000,- €; ferner wird durch diese Vereinheitlichung der Vermögensmassen bei F der Anwendungsbereich des § 2305 BGB faktisch eröffnet.

Demgemäß könnte die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch die Abkömmlinge des Erstversterbenden bei dessen Tod – trotz der damit einhergehenden Verwirkung der Schlusserbenposition – immer in den Fällen günstig sein, in denen dieser über ein deutlich größeres Vermögen verfügt, als der Letztversterbende.

Neben den Rechtsfolgen, die sich aus der Eröffnung des Anwendungsbereiches des § 2305 BGB ergeben, darf ferner nicht unberücksichtigt bleiben, dass der länger lebende Ehegatte im Rahmen des „Berliner Testamentes“ in seiner Eigenschaft als Vollerbe uneingeschränkt über den gesamten Nachlass verfügen kann.<sup>267</sup> Somit kann der Längerlebende den Nachlass auch verbrauchen, so dass die Höhe der Beteiligung der Abkömmlinge des Erstversterbenden beim Schlusserbfall auch aus diesem Grund offen ist und damit für diese im Hinblick auf ihre Vermögensbeteiligung eine weitere Gefahr besteht; dabei ist aber zu konstatieren, dass dies auch beim Vorhandensein von ausschließlich gemeinsamen Abkömmlingen der Fall ist.

<sup>265</sup> Mayer in ErbR 2014, S. 47; Lameyer, S. 14 ff.

<sup>266</sup> Das Vermögen der F betrug ursprünglich 30.000,- €. Der Pflichtteilsanspruch von K 3 ist gemäß § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB mit der Hälfte des gesetzlichen Erbteils anzusetzen. Da es sich bei K 3 um den einzigen Abkömmling der F handelt, hätte K 3 demnach ohne das Hinzutreten des Vermögens des M infolge der Wirkungen der Einheitslösung einen Pflichtteilsanspruch von (lediglich) 15.000,- €.

<sup>267</sup> Zu beachten ist die Regelung des § 2287 BGB, die auf das gemeinschaftliche Testament analog angewendet wird: Eine zu Lebzeiten vom Längerlebenden getroffene Verfügung kann aufgrund dieser Norm nach dessen Tod unwirksam werden. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit der Abdingbarkeit dieser Norm, vgl. insoweit Burandt/Rojahn (Burandt), Rn. 23 zu § 2287 m.w.N.



### 3.2.4.3.3.5. Zwischenergebnis

Sofern die besonderen Auswirkungen, die sich beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen im Zusammenhang mit der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes ergeben können, übersehen werden, birgt dies die Gefahr in sich, dass die von den Erblassern insoweit angestrebten Regelungsziele sowohl im Hinblick auf die Nichtgeltendmachung von Pflichtteilsansprüchen beim ersten Erbfall als auch im Hinblick auf die Verteilung des Nachlasses unter den Abkömmlingen beim Schlusserbfall gestört werden.

Dieses aus Sicht der Erblasser ohnehin schon missglückte Ergebnis kann noch verstärkt werden, wenn eine Verwirkungsklausel in Form einer Pflichtteilklausel in die letztwillige Verfügung mit aufgenommen wird. Wie vorstehend bereits dargestellt, soll durch die Anordnung einer Pflichtteilklausel primär die Sicherstellung der finanziellen Unabhängigkeit des überlebenden Ehegatten, der nicht nach dem Tod des Erstversterbenden mit Pflichtteilsansprüchen konfrontiert werden soll, erreicht werden. Sekundär soll verhindert werden, dass die Einforderung von Pflichtteilsansprüchen durch die Abkömmlinge sanktionslos möglich wäre und diese sich dadurch einen Vermögensvorteil gegenüber den übrigen, nicht den Pflichtteil einfordernden Kindern, verschaffen können. Dabei ändern Pflichtteilklauseln nichts am Pflichtteilsanspruch als solches; vielmehr sollen diese eine Abschreckungswirkung in wirtschaftlicher Hinsicht bewirken, indem sich die Einforderung auf die Nachlassbeteiligung der illoyalen Abkömmlinge nachteilig auswirkt. Pflichtteilklauseln sind daher grundsätzlich dazu geeignet, die Pflichtteilsberechtigten zu bewegen, den Erblasserwillen zu respektieren und von der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches abzusehen.

Beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen kann sich die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen aus Sicht der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten aber als sinnvoll erweisen. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Geltendmachung des Pflichtteils bei Anordnung einer Pflichtteilklausel zum Verlust der Schlusserbenstellung der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten führt, mit der Folge, dass mangels Bestehen eines Pflichtteilsrechtes nach dem Tod des länger lebenden Ehegatten eine Beteiligung am Nachlass beim Schlusserbfall im Regelfall komplett ausgeschlossen ist. Damit kann das ohnehin von den Erblassern nicht gewollte Ergebnis hinsichtlich der Vermögensverteilung beim Schlusserbfall unter allen Kindern durch die Anordnung einer Pflichtteilklausel im Zweifel weiter konterkariert werden.





#### 3.2.4.3.4. Wirkung der Pflichtteils Klausel

Aus diesem Grund soll ergänzend untersucht werden, inwieweit die Anordnung einer Pflichtteils Klausel dazu führt, dass die von den Erblassern angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall gestört und damit das angestrebte Erblasserziel beeinträchtigt wird.

##### 3.2.4.3.4.1. Beispielrechnung mit Pflichtteils Klausel

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Aufnahme einer Pflichtteils Klausel den mit der Anordnung verfolgten Zweck der Erblasser gerade beim Vorhandensein von einseitigen Abkömmlingen durchaus durchkreuzen kann. Gerade vor dem Hintergrund einer angestrebten gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall sollen nunmehr die wirtschaftlichen Auswirkungen, die mit der Aufnahme einer solchen Pflichtteils Klausel verbunden sind, unter Verwendung des in Kapitel 3.2.1.2. dargestellten Fallbeispiels beleuchtet werden:

Sowohl K 1 als auch K 2 könnten bei Anordnung der Einheitslösung, weil sie im Rahmen des ersten Erbgangs enterbt sind, beim Versterben ihres leiblichen Elternteiles einen Pflichtteilsanspruch geltend machen; dieser Pflichtteilsanspruch beträgt jeweils 7.500,- €. <sup>268</sup> Im Falle der Anordnung einer Pflichtteils Klausel hätte die Einforderung des Pflichtteils allerdings zur Konsequenz, dass sowohl K 1 als auch K 2 im Rahmen des Schlusserbfalls, also nach dem Tod der F, als enterbt anzusehen wären. Insoweit könnten K 1 und K 2 nach dem Tod der F also nicht einmal einen weiteren Pflichtteilsanspruch geltend machen, weil sie im Verhältnis zur F nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2303 Abs. 1 BGB gehören; damit würden diese bei Eintritt des Schlusserbfalls überhaupt nicht mehr berücksichtigt werden. Die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs nach dem Tod von M hätte also zur Folge, dass K 1 und K 2 an dessen Vermögen jeweils nur mit einem Anteil von 7.500,- € partizipieren würden, während K 3 im Rahmen der Schlusserbschaft am gesamten Nachlass von M und F mit einem Anteil von 75.000,- € beteiligt wäre.

Eine Beschränkung der sich hieraus ergebenden Problematik im Sinne des Erblasserwillens bietet jedoch der in Kapitel 3.2.4.3.2. erörterte Ansatz des OLG Celle <sup>269</sup>, der zuletzt auch vom OLG Schleswig <sup>270</sup> aufgegriffen wurde, an. Demnach kann

<sup>268</sup> Das Vermögen des M betrug ursprünglich 60.000,- €. Der Pflichtteilsanspruch von K 1 und K 2 würde sich gemäß § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils belaufen; da K 1 und K 2 jeweils ein gesetzlicher Erbteil in Höhe von 15.000,- € zustehen würde, beträgt der Pflichtteilsanspruch jeweils 7.500,- €.

<sup>269</sup> Vgl. FN 249.

<sup>270</sup> Vgl. FN 252.





die rechtlich verfehlte Pflichtteilseinsetzung nach dem Stiefelternteil beim Schlusserbfall als Anordnung eines Geldvermächtnisses in Höhe eines fiktiven Pflichtteils nach diesem auszulegen sein. Hierdurch würde sich die Verteilung des Nachlasses wie folgt ändern:

Nach dem Tod des Erstversterbenden würden K 1 und K 2 ihren Pflichtteil in Höhe von jeweils 7.500,- € erhalten. Beim Schlusserbfall befindet sich im Nachlass des länger lebenden Ehegatten F noch ein Vermögen in Höhe von 75.000,- €. Auf dieser Grundlage werden die fiktiven Pflichtteilsansprüche von K 1 und K 2 berechnet; dabei wird unterstellt, dass auch K 1 und K 2 nach dem Letztversterbenden pflichtteilsberechtigt sind. Demzufolge ist die Pflichtteilsquote von K 1 und K 2 mit jeweils  $\frac{1}{6}$  festzulegen, so dass der Pflichtteilsanspruch mit einem Betrag in Höhe von jeweils 12.500,- € anzusetzen ist. Die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Tod des M hätte also in diesem Fall zur Folge, dass K 1 und K 2 am Nachlass der Erblasser mit jeweils 20.000,- € und K 3 mit 50.000,- € partizipieren würden.

Demgemäß würde weiterhin ein deutliches Ungleichgewicht im Zusammenhang mit der Verteilung des Vermögens beim Schlusserbfall unter den Kindern bestehen; ohne diese Korrektur der Rechtsprechung wäre dieses – wie vorstehend dargestellt – aber noch fataler. Wenn die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten sich also genötigt sehen, bereits beim Tod ihres leiblichen Elternteils einen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen, wird durch das Ergebnis des erörterten Beispielfalles deutlich, dass insbesondere in den Fällen, in denen der größere Teil des Vermögens nicht vom Längerlebenden stammt, durch die Aufnahme einer Pflichtteilklausel diese von der Beteiligung am Nachlass ihres leiblichen Elternteils zu einem nicht unerheblichen Teil ausgeschlossen werden; dies würde wegen der Regelung des § 2305 BGB selbst dann gelten, wenn diese sich an den Erblasserwillen halten würden.

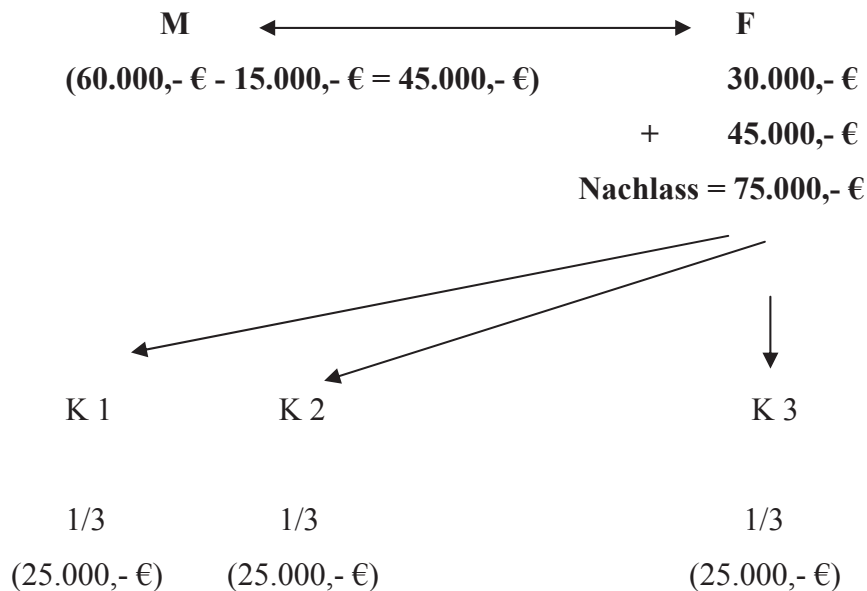
#### 3.2.4.3.4.2. Beispielrechnung ohne Pflichtteilklausel

Ohne die Anordnung einer Pflichtteilklausel würde die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Tod von M nicht zu einer Verwirkung der Schlusserbenstellung von K 1 und K 2 führen, so dass diese beim Schlusserbfall nach F weiterhin als Erben zu berücksichtigen sind. Dies wirkt sich wie folgt aus:

Sofern K 1 und K 2 nach dem Tod von M jeweils einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von 7.500,- € geltend machen, verbleibt bei der F ein Vermögen in Höhe von 75.000,- €, welches im Schlusserbfall zu verteilen wäre. Durch die letztwillige Verfügung der Erblasser würde K 3 als Schlusserbe mit einem Anteil von  $\frac{1}{3}$ , also 25.000,- €, be-



dacht werden. Da sich im Vermögen von F beim Schlusserbfall jedoch ein Vermögen von 75.000,- € befindet, ergibt sich gemäß § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB zugunsten von K 3 ein Pflichtteil in Höhe von 37.500,- €.



Demzufolge könnte K 3 wiederum gemäß § 2305 BGB einen Zusatzpflichtteil in Höhe von 12.500,- € gegenüber K 1 und K 2 (jeweils 6.250,- €) geltend machen. Im Ergebnis würden daher K 1 und K 2 in diesem Fall unter Berücksichtigung ihres Pflichtteils nach dem Tod von M mit jeweils 26.250,- € (7.500,- € + 18.750,- € - 6.250,- € = 26.250,- €) am Nachlass beider Ehegatten partizipieren und K 3 mit 37.500,- €.

#### 3.2.4.3.4.3. Zwischenergebnis

Unter Heranziehung der vorstehenden Berechnungsbeispiele wird deutlich, dass die Anordnung einer Pflichtteilklausel bei Anwendung der Einheitslösung auf nicht gemeinsame Abkömmlinge der Ehegatten zumindest mittelbar die Ungleichbehandlung der einseitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten beim Schlusserbfall fördert. Während die Anordnung einer Pflichtteilklausel ohne weitere Regelung dazu führen würde, dass K 1 und K 2 im Falle der Geltendmachung eines Pflichtteils und der damit einhergehenden Verwirkung der Schlusserbenposition am Nachlass mit jeweils nur 7.500,- € teilhaben, würde es selbst bei Annahme eines fiktiven Pflichtteilsanspruchs nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten zu einer deutlich geringeren Beteiligung am gesamten Nachlass, nämlich mit jeweils 20.000,- €, im Verhältnis zu K 3 kommen.



Die Ursache dafür ist einerseits darin zu sehen, dass es durch die Vereinheitlichung der Vermögensmassen im Rahmen der Einheitslösung beim länger lebenden Ehegatten zumindest mittelbar zu einer Förderung der Eröffnung des Anwendungsbereiches des § 2305 BGB kommt. Andererseits zeigt die Berechnungsalternative unter 3.2.4.3.2., dass K 1 und K 2 ohne die Anordnung einer Pflichtteils Klausel – trotz der Regelung des § 2305 BGB – zumindest ansatzweise die Teilhabe am Nachlass (26.250,- €) erhalten würden, die nach der letztwilligen Verfügung der Erblasser vorgesehen war (30.000,- €). Demzufolge kann im Zweifel nur in den Fällen, in denen die Kinder des erstversterbenden Ehegatten sanktionslos die Möglichkeit haben, bereits beim ersten Erbfall nach ihrem leiblichen Elternteil einen Pflichtteil geltend zu machen, sichergestellt werden, dass die von den Erblassern angestrebte gleichmäßige Vermögensteilnahme aller Abkömmlinge gefördert und damit dem Erblasserwillen zur Geltung verholfen werden kann.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten der eigentlichen Intention des „Berliner Testamentes“, nämlich die wirtschaftliche Absicherung des überlebenden Ehegatten sicherzustellen, widerspricht. Genau zur Umsetzung dieses Ziels soll durch die Anordnung einer Pflichtteils Klausel die Schlusserbenposition der illoyalen Abkömmlinge bei Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen gerade verwirkt werden, um einen finanziellen Einschnitt herbeizuführen und damit die angestrebte Abschreckungswirkung zu erzielen. Sofern sich die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten aber aufgrund ihrer unsicheren Rechtsposition beim Schlusserbfall – wie vorstehend erörtert – genötigt fühlen, nach dem Tod ihres leiblichen Elternteils einen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen, um sich auf diese Weise eine Beteiligung an dessen Nachlass zu sichern, läuft die Pflichtteils Klausel in ihrer Abschreckungswirkung fehl; hierdurch kann es sodann zu einer Durchkreuzung des Erblasserwillens kommen. Zudem wird in diesem Fall noch die Ungleichbehandlung der Abkömmlinge im Zusammenhang mit der Verteilung des Nachlasses gefördert und auch insoweit der Erblasserwille torpediert, weil die einseitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten nach dem letztversterbenden Ehegatten nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehören und damit beim Schlusserbfall nicht mehr am Nachlass beteiligt werden.

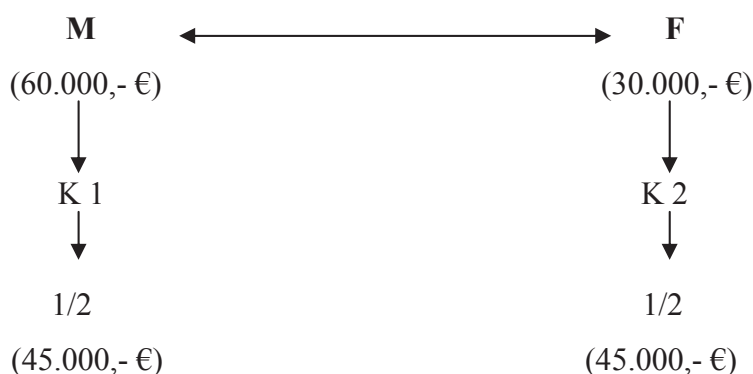
#### *3.2.4.3.5. Die Pflichtteils Klausel als probates Gestaltungsmittel in Stieffamilien?*

Die vorstehende Untersuchung hat ergeben, dass die Anordnung einer Pflichtteils Klausel beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen auf Grundlage des



Beispielfalles in Kapitel 3.2.1.2. regelmäßig nicht geeignet ist, die Umsetzung des Erblasserwillens uneingeschränkt zu fördern.

Etwas anderes kann aber in den Fällen gelten, in denen sich eine andere Familienstruktur zeigt.<sup>271</sup> Im Rahmen der durchgeführten Untersuchung wurde nämlich festgestellt, dass der Anwendungsbereich des § 2305 BGB in den Fällen nicht eröffnet wird, in denen sowohl der Erstversterbende wie auch der Zweitversterbende jeweils die gleiche Anzahl an pflichtteilsberechtigten Kinder hinterlässt; gleiches gilt in den Fällen, in denen der erstversterbende weniger leibliche Abkömmlinge hinterlässt, als der Letztversterbende. In diesen Fällen könnten sich die Kinder des erstversterbenden Ehegatten ohne Anordnung einer Pflichtteils Klausel einen Vermögensvorteil gegenüber den Kindern des letztversterbenden Ehegatten verschaffen, indem diese beim ersten Erbfall nach ihrem Elternteil den Pflichtteil einfordern und beim Schlusserbfall uneingeschränkt als Schlusserben berücksichtigt werden würden. Unter Abwandlung des Fallbeispiels in Kapitel 3.2.1.2. würde sich die Situation wie folgt darstellen:



Beim Tod des M würde K 1 einen Pflichtteil in Höhe von 15.000,- € beanspruchen können. Sofern keine Sicherungsmaßnahmen getroffen werden, würde K 1 beim Tod von F trotz Einforderung eines Pflichtteils als Schlusserbe mit einem Anteil von 1/2 berücksichtigt werden. Der Nachlass von F beträgt beim Schlusserbfall 75.000,- € (90.000,- € - 15.000,- € = 75.000,- €). An diesem Nachlass wäre K 1 aufgrund seiner Nachlassbeteiligung von 1/2 also mit 37.500,- € beteiligt. Der Anwendungsbereich des § 2305 BGB ist insoweit nicht eröffnet, weil K 2 am Nachlass von F ebenfalls mit einer Quote von 1/2 beteiligt wird, was der Pflichtteilsquote von K 2 entspricht. Demzufolge würde K 1 in diesem Fall ohne die Anordnung einer Pflichtteils Klausel mit 52.500,- € (37.500,- € + 15.000,- € = 52.500,- €) am Nachlass beteiligt werden und K 2 mit 37.500,- €. Ein hiervon abweichendes Ergebnis in der Sache würde sich auch

<sup>271</sup> Vgl. hierzu auch Mayer in ErbR 2014, S. 45, der beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen ebenfalls vor einer „unreflektierten Anwendung“ der Pflichtteils Klausel warnt.



in den Fällen nicht ergeben, in denen der erstversterbende Ehegatte weniger leibliche Abkömmlinge hinterlässt, als der letztversterbende Ehegatte.

In diesen Konstellationen würde die sanktionslose Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch die leiblichen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten demnach zu einer finanziellen Benachteiligung der leiblichen Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten führen. Aus diesem Grund ist es bei diesen Familienstrukturen angezeigt, als Gestaltungsmittel zur Gleichbehandlung von gemeinsamen und nicht gemeinsamen Abkömmlingen im Zusammenhang mit der Anordnung der Einheitslösung eine Pflichtteilklausel aufzunehmen.<sup>272</sup> Dabei kann die Ausgestaltung einer derartigen Pflichtteilklausel vielfältig sein; eine Pflichtteilklausel beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen könnte in einem solchen Fall beispielsweise wie folgt formuliert werden:

*Wir setzen uns hiermit im Wege des gemeinschaftlichen Testaments gegenseitig zu einzigen und ausschließlichen Erben ein. Zu Erben des Längerlebenden von uns bestimmen wir mein, des Ehemanns, Kind aus erster Ehe und mein, der Ehefrau, Kind aus erster Ehe zu unter sich gleichen Bruchteilen ... Ein Pflichtteilsberechtigter des Zuerstversterbenden von uns erhält auf Verlangen lediglich den gesetzlichen Pflichtteil als Vermächtnis. Es ist jedoch unser Wunsch, dass Pflichtteilsansprüche erst beim Tode des Längerlebenden von uns geltend gemacht werden. Wer von unseren Kindern bzw. Stiefkindern diesem Wunsche zuwiderhandelt, soll auch beim Tode des Längerlebenden von uns nur seinen gesetzlichen Pflichtteil bzw. nichts mehr erhalten.*<sup>273</sup>

Das BayObLG hat ausdrücklich das Recht der Ehegatten betont „dem Schutz des Überlebenden den Vorrang vor der Gleichbehandlung aller Kinder einzuräumen.“<sup>274</sup> Dies sei keine unangemessene Benachteiligung der Kinder des erstversterbenden Ehemannes, da Erblasser nie gehalten seien, bei letztwilligen Verfügungen alle Abkömmlinge gleich zu behandeln. Ausreichend sei, dass deren Pflichtteilsansprüche gewahrt bleiben. Der im Hinblick auf die Kinder des Erstverstorbenen eingetretene Ef-

<sup>272</sup> Hausmann in DNotZ 2011, S. 614. Der Autor weist zudem ausdrücklich darauf hin, dass gerade in diesem Zusammenhang die Unterschiede zwischen gemeinsamen Kindern der Erblasser und Kindern unterschiedlicher Abstammung in der Praxis von den Erblassern häufig übersehen werden.

<sup>273</sup> Diese Klausel wurde in einem Verfahren, das vor dem Bayerischen Obersten Landesgericht geführt wurde, verwendet und für wirksam erklärt, vgl. insoweit BayObLG in NJW-RR 1994, 1495.

<sup>274</sup> BayObLG in NJW-RR 1994, 1495. So im Ergebnis auch BGH in NJW 2015, S. 1382; OLG München in MittBayNot 2008, 393; Mayer in ErbR 2014, S. 45; MüKo BGB (Leipold), Rn. 45 zu § 2074.



fekt sei auch nicht sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB.<sup>275</sup> Aus diesem Grund würden aus Sicht des BayObLG keine Bedenken an der Wirksamkeit einer solchen Pflichtteils Klausel bestehen.

#### **3.2.4.4. Schlussfolgerungen**

Das konkrete Ergebnis jeder Verfügungsform von Todes wegen hängt immer vom Einzelfall ab und wird von mehreren Faktoren beeinflusst. Die Anwendung einer Pflichtteils Klausel ist beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen zumindest in den Fällen, in denen der Längerlebende weniger leibliche Abkömmlinge hinterlässt als der Erstversterbende, nicht geeignet, die Umsetzung des eigentlichen Erblasserwillens zu fördern. Vielmehr kann dieser durch die Anordnung einer Pflichtteils Klausel häufig sogar noch konterkariert werden, indem die Einforderung des Pflichtteils beim Tod des ersten Ehegatten gefördert und beim Tod des zweiten Ehegatten die Ungleichbehandlung bei der Nachlassbeteiligung unter den Kindern verstärkt wird.

### **3.3. Steuerrechtliche Besonderheiten**

#### **3.3.1. Auswirkungen der Einheitslösung**

Beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen führt die Konstruktion der Einheitslösung dazu, dass die einseitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten beim Schlusserbfall nicht von ihrem leiblichen Elternteil erben, sondern von ihrem Stiefelternteil. Wie in Kapitel 2.3.3. erörtert, werden in erbschaftssteuerrechtlicher Hinsicht allerdings Stiefkinder wie leibliche Kinder behandelt.<sup>276</sup> Wegen der Gleichstellung leiblicher und nicht leiblicher Kinder im Verhältnis zu den Stiefeltern gemäß § 15 Abs. 1 ErbStG bleibt die Anordnung der Einheitslösung beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen aus steuerrechtlicher Sicht daher folgenlos.

Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die Ehe durch Scheidung oder Tod beendet wird. Im Erbschaftssteuerrecht ist es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, anders als im Einkommenssteuerrecht, unerheblich, ob die Ehe zur Zeit des Erwerbvorgangs durch das Stiefkind noch besteht oder durch eine Ehescheidung been-

<sup>275</sup> BayObLG in NJW-RR 1994, 1495. Dies gilt im Übrigen selbst dann, wenn der erstversterbende Ehegatte das deutlich höhere Vermögen besitzt.

<sup>276</sup> Ergänzend hierzu auch Halaczinsky in ZErB 2004, S. 151; Kroiß/Ann/Mayer (Pohl), Rn. 29 zum Anhang zu § 1922 BGB; Meincke, Rn. 2 zu § 15; Troll/Gebel/Jülicher (Jülicher), Rn. 1 zu 15.





det wurde.<sup>277</sup> Auch sieht es der BFH als unschädlich an, dass beim Eintritt des Erbfalles der Ehepartner, von dem das sodann erbende Stiefkind abstammt, schon verstorben ist; auch in diesem Fall wird die steuerrechtliche Privilegierung nicht aufgehoben.<sup>278</sup> Demzufolge bleibt die steuerliche Privilegierung für das Stiefkind bestehen, wenn einmal eine Ehe zwischen dem leiblichen Elternteil und dem Stiefelternteil bestanden hat und diese durch Ehescheidung oder Tod beendet wurde.

### 3.3.2. Auswirkungen der Trennungslösung

Die Trennungslösung führt dazu, dass die als Nacherben eingesetzten Abkömmlinge – im Gegensatz zur Einheitslösung – das zur Vorerbschaft gehörende Vermögen nicht als Erben des letztversterbenden Ehegatten erhalten, sondern vielmehr als Erben des erstversterbenden Ehegatten. Dies hat zur Folge, dass die einseitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten letztlich trotz Anordnung der Vor- und Nacherbschaft bei Eintritt des Nacherbfalls die Erben ihres leiblichen Elternteils werden. Aus diesem Grund stehen den leiblichen Abkömmlingen des erstversterbenden Ehegatten in diesem Fall hinsichtlich des zur Vorerbschaft gehörenden Vermögens ohnehin die vollen Steuerfreibeträge in der Steuerklasse I zu.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht für den Nachlass, der vom letztversterbenden Ehegatten stammt und bei Eintritt des Nacherbfalls an die Abkömmlinge als Ersatz-erben für den erstversterbenden Ehegatten gemäß § 2102 BGB übergeht. In diesem Fall würden zwar beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen auch die nicht leiblichen Abkömmlinge im Rahmen der Ersatzerbschaft vom Längerelebenden, nicht leiblichen Elternteil, erben; da aber gemäß § 15 Abs. 1 ErbStG die Stiefkinder aus steuerrechtlicher Sicht wie die leiblichen Kinder des anderen Ehepartners zu behandeln sind, wirkt sich dieser Umstand nicht aus.

Demzufolge gibt es auch bei Anordnung der Trennungslösung aus erbschaftssteuerlicher Sicht keinen Unterschied zwischen den leiblichen und den nicht leiblichen Ab-

---

<sup>277</sup> BFH vom 19.4.1989 - II R 27/86; Hausmann DNotZ 2011, S. 601; Troll/Gebel/Jülicher (Jülicher), Rn. 57 zu § 15; krit. hierzu Meincke, Rn. 7 zu § 15. Meincke vertritt insoweit die Auffassung, dass es keinen nachvollziehbaren Grund für die steuerrechtliche Privilegierung des Stiefkinds nach Beendigung durch Ehe mit dem leiblichen Elternteil durch Scheidung gibt. Die steuerrechtliche Privilegierung des Stiefkinds sei auf die Berücksichtigung des engen Verhältnisses zwischen dem leiblichen und dem nicht leiblichen Elternteil zurückzuführen. Diese würde aber mit Beendigung der Ehe durch Ehescheidung wegfallen, sodass für eine steuerrechtliche Berücksichtigung des Stiefkinds kein Raum mehr sei. Dafür spricht, dass auch der geschiedene (leibliche) Elternteil diese steuerrechtliche Privilegierung verlieren würde.

<sup>278</sup> BFH vom 31.1.1973 - II R 30/65; BFH vom 31.1.1973 - II R 10/68; Hausmann in DNotZ 2011, S. 601; Erman (E. Hammermann), Rn. 4 zu § 1590, wo von einem Fortbestand des Stiefkindverhältnisses auch bei Beendigung der Ehe durch Scheidung ausgegangen wird, a. A. Meincke, Rn. 7 zu § 15; Staudinger (Rauscher), Rn. 7 zu § 1590.



kömmlingen, zu denen im Zeitpunkt des Erwerbs ein Stiefkindverhältnis besteht bzw. bestanden hat. Auch im Rahmen der Trennungslösung haben die nicht gemeinsamen Abkömmlinge demzufolge aus steuerrechtlicher Sicht keine rechtlich nachteilige Position, da diese steuerrechtlich mit den leiblichen Abkömmlingen vollständig gleichgestellt sind.

Im Übrigen gilt diese Privilegierung gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG auch für die Abkömmlinge der Stiefkinder. Dies hat zur Folge, dass auch diese im Falle des Vorversterbens eines Stiefkinds steuerrechtlich privilegiert sind und nicht mit geringeren Freibeträgen auskommen müssen bzw. einer anderen Steuerklasse zugeordnet werden. Ein steuerrechtlicher Unterschied besteht demzufolge beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen weder im Rahmen der Anordnung der Einheits- noch im Rahmen der Trennungslösung.

### 3.4. Auswirkungen auf die Beratungspraxis

#### 3.4.1. Einführung

Als vorläufiges, sehr vereinfacht zusammengefasstes Teilergebnis der vorliegenden Arbeit lässt sich feststellen, dass die meisten Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung des Erblasserwillens auch beim gemeinschaftlichen Testament darauf beruhen, dass sich die Testierenden unklar ausgedrückt oder wesentliche Aspekte der von ihnen getroffenen Anordnungen nicht bedacht bzw. jedenfalls nicht in eindeutiger Form in ihre Verfügungen aufgenommen haben. In einem Aufsatz aus dem Jahr 2014 beschreibt *Kanzleiter* das Problem schon im Titel in einprägsamer Weise: „Das Berliner Testament: immer aktuell und fast immer ergänzungsbedürftig“.<sup>279</sup> *Kanzleiter* weist darauf hin, dass trotz der Vertrautheit deutscher Rechtsanwender mit den seit Inkrafttreten des BGB am 01.01.1900 in diesen enthaltenen Vorschriften über das „Berliner Testament“ und kaum überschaubarer Rechtsprechung und Literatur<sup>280</sup> immer noch zahlreiche Unklarheiten bestehen, die oft zu nicht im Sinne der Erblasser tragfähigen Ergebnissen führen.<sup>281</sup> Mit Bedacht auf die in der vorliegenden Arbeit gegenständliche Problematik im Zusammenhang mit der Abfassung eines „Berliner Testamentes“ in Stieffamilien wurde daher durch eine empirische Untersuchung die praktische Relevanz dieses Themas für die anwaltliche und die notarielle Praxis, insbesondere bei erbrechtlichen Beratungen, überprüft. Dabei stand vor allem die Frage im Vor-

<sup>279</sup> *Kanzleiter* in ZEV 2014, S. 225.

<sup>280</sup> Vgl. zur Problematik des „Berliner Testamentes“ in der Stieffamilie etwa Lameyer, S. 14 oder Bernau in KJ 2006, S. 320 sowie die hier erörterte Rechtsprechung.

<sup>281</sup> *Kanzleiter* in ZEV 2014, S. 225; so im Ergebnis auch Mayer in ErbR 2014, S. 51.



dergrund, inwieweit die erbrechtlichen Besonderheiten beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen in der Praxis bekannt sind und im Rahmen der anwaltlichen bzw. notariellen Beratung bei Erstellung von letztwilligen Verfügungen berücksichtigt werden.

### 3.4.2. Durchführung und Konzeption der Untersuchung

Durchgeführt wurde eine anonyme Befragung bei Notarinnen und Notaren<sup>282</sup> im Bezirk des Hanseatischen OLG sowie im Bereich des OLG Oldenburg, die einen Überblick zu dieser Fragestellung geben sollte. Mit der Befragung sollte nicht der wissenschaftliche Anspruch einer empirischen Untersuchung verfolgt werden, was im Hinblick auf die mangelnde Repräsentativität des Studienansatzes ausscheidet, sondern ein Einblick in die praktische Relevanz der hier untersuchten Materie, nämlich das Problembewusstsein der mit letztwilligen Verfügungen befassten Praktiker, gewonnen und in die Arbeit aufgenommen werden. Die Befragung ist mittels eines Online-Fragebogens durchgeführt worden. Anhand der gezielten Fragestellung sollte insbesondere herausgearbeitet werden, ob den Befragten einerseits das Zusammenspiel der Einheitslösung mit dem Pflichtteilsrecht bekannt und andererseits ein Problembewusstsein im Hinblick auf die zunehmend veränderten Familienstrukturen, die im Rahmen der Beratung berücksichtigt werden müssen, vorhanden ist.

### 3.4.3. Untersuchungsinstrument

In einem ersten Schritt wurde vom Verfasser der vorliegenden Arbeit ein Fragebogen entworfen<sup>283</sup>, der sich auf ein Fallbeispiel bezieht, das in der erbrechtlichen Beratungspraxis alltäglich ist und auch in der Umsetzung inhaltlich den letztwilligen Verfügungen von zahlreichen, später auch von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen, dem Grunde nach entspricht. Die fiktive Konstellation war wie folgt formuliert:

*Ein Ehepaar kommt in Ihre Kanzlei und erklärt: „Wir möchten ein Testament errichten. Zunächst soll der Überlebende von uns alles erhalten, dann unsere drei Kinder, jeweils zu gleichen Teilen.“*

In der Folge sind – aufbauend auf dieses Fallbeispiel – verschiedene Fragen angeführt worden, die auf die weitere Vorgehensweise im Rahmen der Beratung durch den Notar abstellen. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang schon durch die Fragestellung berücksichtigt worden, ob bei den jeweils Befragten überhaupt ein Problembewusstsein dahingehend, dass das Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen bei

<sup>282</sup> Im Folgenden nur als Notar bezeichnet.

<sup>283</sup> Fragebogen beim Verfasser.



der Gestaltung von erbrechtlichen Verfügungen entscheidende Bedeutung haben kann, vorhanden ist und diesem Umstand durch den Beratenden entsprechende Bedeutung beigemessen wird. Zunächst ist einleitend folgende Frage gestellt worden:

*Würden Sie die Frage stellen, ob es sich um gemeinsame Kinder handelt?*

Hierdurch sollte zunächst hinterfragt werden, inwieweit im Rahmen der erbrechtlichen Beratung überhaupt ein Problembewusstsein dahingehend vorhanden ist, dass es sich beim Vorhandensein von Kindern nicht zwangsläufig um gemeinsame Abkömmlinge handeln muss. Gleichzeitig sollte durch diese Fragestellung geklärt werden, ob dieser Umstand aus Sicht des Praktikers für die weitere Beratung gegebenenfalls von Bedeutung sein könnte. Deshalb ist diese Frage nachfolgend konkretisiert worden:

*Wenn ja, warum?*

Durch diese Konkretisierung sollte ergänzend hinterfragt werden, welche Gründe aus Sicht des Beratenden für die Differenzierung von gemeinsamen und nicht gemeinsamen Abkömmlingen sprechen. Auf diese Weise sollte herausgearbeitet werden, ob der Beratende insbesondere die pflichtteilsrechtliche Problematik beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen erkannt hat. Die nachfolgende Frage zwei war wie folgt formuliert:

*Zu welcher Form der Testierung würden Sie raten?*

In Ergänzung zur Frage eins sollte in der Folge überprüft werden, ob der Beratende tatsächlich die Besonderheiten des Pflichtteilsrechtes im Zusammenhang mit dem Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen erkannt und dies gleichzeitig bei der Empfehlung im Hinblick auf die Ausgestaltung der letztwilligen Verfügung in entsprechendem Maße berücksichtigt hat. Durch diese Fragestellung sollte insbesondere herausgearbeitet werden, ob ein Problembewusstsein im Hinblick auf das Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen und den daraus resultierenden Besonderheiten bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen vorhanden ist oder nicht. Denjenigen, die der Frage nach dem Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen keine Bedeutung beigemessen und an dieser Stelle die Einheitslösung empfohlen haben, ist der im Rahmen dieser Ausarbeitung behandelte Problemkreis offensichtlich nicht hinreichend bekannt. Die anschließende Frage drei lautete sodann wie folgt:



*Würden Sie dem Ehepaar von der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes in Form des „Berliner Testamentes“ abraten, wenn Ihnen bekannt wäre, dass es sich nicht um gemeinsame Abkömmlinge handelt?*

Für den Fall, dass der Beratende zu diesem Zeitpunkt noch kein oder noch kein ausreichendes Problembewusstsein für die Besonderheiten beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen gezeigt hat, sollte im Rahmen der Frage drei ergänzend hinterfragt werden, ob zumindest in den Fällen, in denen das Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen bekannt ist, ein entsprechendes Problembewusstsein besteht. Diese Frage wurde sodann konkretisiert:

*Wenn ja, warum?*

Durch diese weitere Konkretisierung sollte ergänzend herausgearbeitet werden, welche Gründe aus Sicht des Beratenden gegen die Errichtung einer letztwilligen Verfügung in Form eines „Berliner Testamentes“ in diesem Fall sprechen. Hierdurch sollte insbesondere hinterfragt werden, ob der Beratende auch die pflichtteilsrechtliche Problematik erkannt hat, die sich beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen ergibt. Die sich daran anschließende Frage vier lautete wie folgt:

*Würden Sie – sofern Sie keine Bedenken gegen die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes in Form des „Berliner Testamentes“ haben – die Anordnung einer Pflichtteils Klausel zur Absicherung der Rechtsposition des überlebenden Ehegatten empfehlen?*

Im Rahmen dieser Ausarbeitung ist bereits dargestellt worden, dass die Anordnung einer Pflichtteils Klausel die Situation der nicht gemeinsamen Abkömmlinge beim „Berliner Testament“ zumindest dann verschlechtert, wenn der erstversterbende Ehegatte mehr Abkömmlinge hinterlässt als der letztversterbende und damit hierdurch die Umsetzung des eigentlichen Erblasserwillens im Zweifelsfall nicht gefördert wird. Vor dem Hintergrund, dass die Anordnung einer Pflichtteils Klausel durch die Testierenden beim „Berliner Testament“ den Regelfall darstellt (*Vollmer* hat in ihrer Dissertation insoweit festgestellt, dass in 74,26 % der Fälle beim „Berliner Testament“ eine Pflichtteils Klausel zur Anwendung kommt<sup>284</sup>), sollte durch diese Frage die Erkenntnis gewonnen werden, ob dem Beratenden die Auswirkungen einer Pflichtteils Klausel im Rahmen der Einheitslösung beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Kindern bewusst ist. Aus diesem Grund wäre aus Sicht des Beratenden an dieser Stelle eine Abwägung vorzunehmen, ob beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlin-

<sup>284</sup> Vgl. hierzu auch FN 237 m.w.N.





gen zur Aufnahme einer Pflichtteils Klausel geraten wird oder nicht; insoweit müssten die Testierenden nämlich an dieser Stelle über das Für und Wider im Hinblick auf die Aufnahme einer Pflichtteils Klausel beraten und gleichzeitig danach gefragt werden, was im Hinblick auf das beabsichtigte Regelungsziel aus deren Sicht Priorität hat. Um die dabei angestellten Überlegungen zu erfassen, wurde diese Frage weiter konkretisiert:

*Wenn nein, warum?*

Mit dieser Konkretisierung sollte nunmehr abschließend hinterfragt werden, ob dem Beratenden das Zusammenspiel von Einheitslösung und Pflichtteilsrecht beim Vorhandensein nicht gemeinsamer Abkömmlinge nunmehr bewusst geworden ist oder ob nach wie vor kein Problembewusstsein besteht. Gleichzeitig sollte mit der Beantwortung dieser Frage abgeklärt werden, ob der Beratende im Hinblick auf die Nichtanordnung einer Pflichtteils Klausel eine Abwägung dahingehend vornimmt, welches Regelungsziel für die Testierenden im Ergebnis wichtiger ist. Sofern es nämlich das primäre Regelungsziel der Erblasser ist, die finanzielle Absicherung des überlebenden Ehegatten sicherzustellen, kann die Anordnung einer Pflichtteils Klausel hierbei regelmäßig helfen. Wenn dieses Regelungsziel für die Testierenden nicht von wesentlicher Bedeutung ist, sollte der Beratende insbesondere beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen abwägen, ob die Anordnung einer Pflichtteils Klausel tatsächlich sinnvoll ist oder hierdurch die Erblasserziele möglicherweise sogar torpediert werden können; insbesondere in den Fällen, in denen sich die Familienstrukturen beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen anders darstellen, als in dem dieser Befragung zugrundeliegenden Beispielfall, kann die Anordnung einer Pflichtteils Klausel sogar sinnvoll sein. Dies gilt insbesondere immer in den Fällen, in denen beide Ehegatten die gleiche Anzahl an leiblichen Kindern hinterlassen oder der Längerlebende mehr leibliche Kinder hinterlässt, als der Erstversterbende. Insoweit könnte nämlich die angestrebte Vermögensverteilung beim Schlusserbfall ohne die Anordnung einer Pflichtteils Klausel durch die Möglichkeit der sanktionslosen Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen der einseitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten im Rahmen des ersten Erbfalls die von den Erblassern vorgesehene Vermögensverteilung ohne spürbare Konsequenzen beeinträchtigen.

#### **3.4.4. Kreis der Befragten**

Notare sind freiberuflich tätig, üben jedoch kein Gewerbe aus. Ihre Stellung ist mit der Stellung eines Beamten vergleichbar; in Baden-Württemberg steht ein Teil der Notare





sogar in den Diensten des Landes. Daraus wird schon ersichtlich, dass die Einrichtung des Notaramtes den Ländern zusteht (Art. 84 Abs. 1 GG). Von diesem Recht haben die Bundesländer in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht. Insoweit kann grob zwischen dem sogenannten Nurnotariat und dem Anwaltsnotariat unterschieden werden. Unter dem Nurnotariat versteht man die hauptberufliche Amtsausübung als Notar auf Lebenszeit.<sup>285</sup> Die Bundesnotarordnung nennt in § 3 Abs. 1 BNotO diese Notariatsform als Regelform; von der Anzahl her überwiegen jedoch die Anwaltsnotare. Im Rahmen des Anwaltsnotariats übt der Notar sein Amt neben seinem Beruf als Rechtsanwalt aus. Im Rahmen dieser Befragung sind sowohl Nur- als auch Anwaltsnotare befragt worden; dies vor dem Hintergrund, dass der Nurnotar regelmäßig über eine höhere Beurkundungspraxis verfügen dürfte als der Anwaltsnotar, der auch als Rechtsanwalt tätig ist und damit ein deutlich umfassenderes Spektrum abdecken muss.

Dabei wurde die Befragung unter Notaren im Bezirk des Oberlandesgerichtes Oldenburg und im Bezirk des Hanseatischen Oberlandesgerichtes Hamburg durchgeführt. Der Oberlandesgerichtsbezirk Oldenburg befindet sich in Niedersachsen, wo das Anwaltsnotariat praktiziert wird. Demgegenüber wird im Stadtstaat Hamburg das Nurnotariat praktiziert. Die Unterscheidung zwischen dem Notar, der überwiegend auf dem Lande tätig ist und dem Notar, der in einer Großstadt sein Amt ausübt, erfolgte weiter vor dem Hintergrund, dass sich die Familienstrukturen auf dem Lande von den Familienstrukturen in der Großstadt, wo es in deutlich mehr Fällen zu einem Zerfall der Kernfamilie<sup>286</sup> kommt und damit erbrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit „Patchwork-Familien“ deutlich häufiger vorkommen dürften, unterscheiden.

### 3.4.5. Technische Umsetzung

Der für die Befragung erstellte Fragebogen wurde als Website in das Internet eingestellt, konnte dort abgerufen und online beantwortet werden. Die befragten Notare sind mittels Email angeschrieben worden, wobei die Kontaktdaten über die jeweiligen Notarkammern, also über die Notarkammer in Oldenburg und über die Hamburgische Notarkammer, beschafft wurden. Insoweit wurden die Notare um die Beteiligung im Zusammenhang mit der Ausarbeitung einer Dissertation gebeten und auf den Fragebogen im Internet aufmerksam gemacht.

Dieser Fragebogen wurde von den befragten Notaren direkt auf der Website ausgefüllt und musste nicht gesondert ausgedruckt werden. Dabei bestand die Möglichkeit, durch

<sup>285</sup> Das „Nurnotariat“ gibt es in den Bundesländern Bayern, Rheinland-Pfalz, Hamburg, Saarland, in Teilen Baden-Württembergs und Nordrhein-Westfalens sowie in den neuen Bundesländern, mit Ausnahme von Berlin.

<sup>286</sup> Theile in Spiegel Special 2008, S. 96; Bien/Hartl/Teubner, S. 249; Peukert, S. 175.



das Anklicken der einzelnen Felder die Fragen zu beantworten. Teilweise sind die Fragen nur mit „Ja“ oder „Nein“ durch das Anklicken des jeweiligen Feldes zu beantworten gewesen. Ebenso bestand die Möglichkeit, in den Textfeldern Antworten individuell einzugeben und damit die hinter der Antwort stehenden Überlegungen bekannt zu geben.

Nachdem der Fragebogen auf der Website ausgefüllt worden ist, musste dieser durch das Anklicken des Symbols „Antwort senden“ abgeschickt werden. Die Antworten wurden in Form einer Email rückgemittelt und ausgewertet. Die Auswertung ist manuell in Tabellenform erfolgt und in der Folge zur Verbesserung der Übersichtlichkeit der Ergebnisse in Grafiken dargestellt worden.

### **3.4.6. Studienteilnehmer**

Insgesamt wurden 494 Notare angeschrieben<sup>287</sup>, davon 426 von 525 Notaren im Bezirk des Oberlandesgerichtes Oldenburg und 68 von 76 Notaren im Bezirk des Hanseatischen Oberlandesgerichtes. Im Rahmen des vordefinierten Befragungsgebietes wurden daher die infrage kommenden Notare nahezu flächendeckend um ihre Mitwirkung bei der Untersuchung gebeten. Von den befragten Notaren haben insgesamt 326 auf die Anfrage durch Ausfüllen des Fragebogens geantwortet. Dies entspricht einer Quote von 66 %. Im Bezirk des Oberlandesgerichtes Oldenburg waren dies 278 von 426 Notaren (dies entspricht einer Quote von 65 %) und im Bezirk des Hanseatischen Oberlandesgerichtes 48 von 68 Notaren, was einer Quote von 70 % entspricht. Damit kann zwar, bezogen auf die vordefinierten Gebiete der Befragung, durchaus von einem repräsentativen Ergebnis ausgegangen werden; dies ist jedoch naturgemäß nicht bezogen auf den gesamten Geltungsbereich des deutschen Erbrechts.

### **3.4.7. Ergebnisse**

Die Befragung der Notare hat bemerkenswerte Ergebnisse zutage gefördert, die eine Vielzahl von Rückschlüssen zulassen. Insbesondere hat sich gezeigt, dass den Nurnotaren die Problematik im Hinblick auf das Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen aus erbrechtlicher Sicht eher bekannt ist, als den Anwaltsnotaren; zumindest ist ein größeres Problembewusstsein im Hinblick auf diese spezielle Problematik bei den Nurnotaren zu erkennen. Im Einzelnen hat sich im Zuge der durchgeführten Befragung folgendes gezeigt:

---

<sup>287</sup> Es konnten nur solche Notare befragt werden, die im Zeitpunkt der Durchführung der Befragung über einen E-Mail Anschluss verfügten bzw. deren E-Mailadressen bei der Notarkammer bekannt waren. Es ist darauf verzichtet worden, die übrigen Notare postalisch in die Befragung mit einzubeziehen, da aufgrund der geringen Anzahl keine ausschlaggebenden Veränderungen im Rahmen der Befragung zu erwarten gewesen wären.



### 3.4.7.1. Würden Sie die Frage stellen, ob es sich um gemeinsame Kinder handelt?

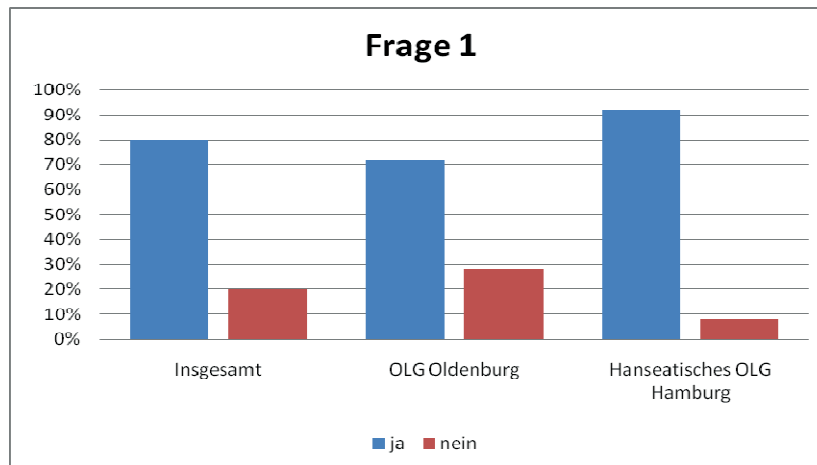


Abbildung 1: Darstellung der Antworten zu Frage 1

Insgesamt würden 80 % der befragten Notare bei Schilderung dieses Sachverhaltes ohne weiteren Hinweis durch die Testierenden die Frage stellen, ob es sich um gemeinsame Abkömmlinge handelt oder nicht. Dies sind 261 der insgesamt 326 befragten Notare. Immerhin in 20 % der Fälle (65 Notare) wäre diese Frage gar nicht gestellt worden.

Bereits an dieser Stelle zeigt sich ein bemerkenswerter Unterschied zwischen dem Anwalts- und dem Nurnotariat. Die Nurnotare haben im Regelfall immer die Nachfrage gestellt, ob es sich um gemeinsame Kinder handelt oder nicht; lediglich 8 % der befragten Nurnotare (vier Notare) hätten diese Frage tatsächlich nicht gestellt. Demgegenüber liegt diese Zahl bei den Anwaltsnotaren bei 27 % (75 Notare). Die Ursache hierfür mag darin zu sehen sein, dass sich die Veränderungen in den Familienstrukturen deutlich häufiger in Großstädten, wie z.B. Hamburg, zeigen und weniger in den ländlichen Strukturen. Im Ergebnis würden daher 92 % der befragten Nurnotare (44 Notare) sowie 73 % (203 Notare) der befragten Anwaltsnotare die Frage stellen, ob es sich bei vorhandenen Abkömmlingen tatsächlich ausschließlich um gemeinsame Abkömmlinge handelt oder nicht.



### 3.4.7.2. Wenn ja, warum?

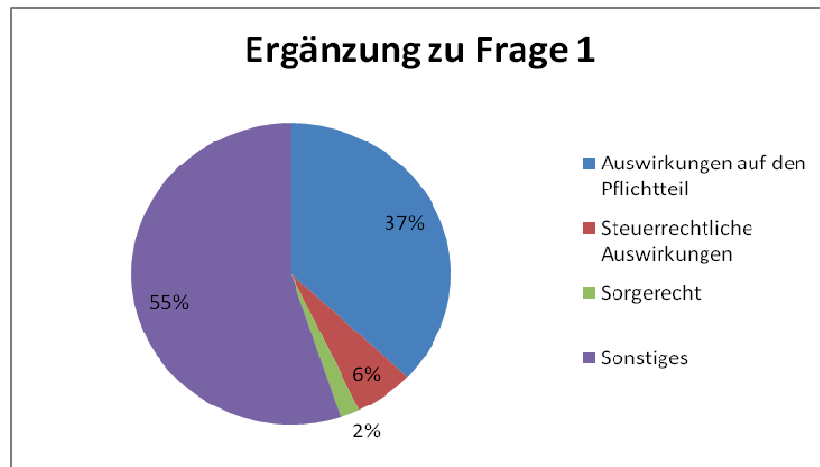


Abbildung 2: Darstellung der Antworten zur Ergänzungsfrage zu Frage 1

Die Nachfrage nach dem Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen ist von 37 % der Befragten (97 Notare) aus pflichtteilsrechtlichen Erwägungen heraus erfolgt. In den übrigen Fällen sind andere, pflichtteilsfremde Erwägungen maßgebend gewesen. Insoweit sind für 8 % der befragten Notare (21 Notare) steuerrechtliche Erwägungen von Bedeutung gewesen. Dies insbesondere wohl auch deshalb, weil in der Beratungspraxis nicht immer bekannt sein dürfte, dass die Stiefkinder den leiblichen Abkömmlingen steuerrechtlich gleichgestellt sind und insoweit das Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen als solches zu keiner anderen steuerlichen Belastung führt. Für 2 % der befragten Notare (fünf Notare) sind familienrechtliche Erwägungen maßgeblich gewesen; erstaunlicherweise sind hier vielfach sorgerechtliche Problemstellungen erwähnt worden, die jedoch im Rahmen der Errichtung einer letztwilligen Verfügung tatsächlich kaum eine Rolle spielen dürften.

Auch an dieser Stelle der Untersuchung zeigt sich, dass einer Vielzahl der befragten Notare die pflichtteilsrechtliche Problematik beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen nicht hinreichend bewusst ist, sondern diese die Frage nach dem Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen aus ganz anderen, pflichtteilsfremden Erwägungen heraus stellen würden. Lediglich ein Anteil von 37 % der Notare, die überhaupt danach gefragt haben, ob es sich um gemeinsame Abkömmlinge handelt oder nicht (80 % der befragten Notare), haben dies vor dem Hintergrund der bestehenden pflichtteilsrechtlichen Problematik gemacht. Demnach haben also lediglich 97 von 326 Notaren, die im Rahmen dieser Untersuchung befragt wurden, die besondere Problematik des Pflichtteilsrechts beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen bei ihren Erwägungen berücksichtigt.



Im Übrigen lässt sich auch in diesem Fall eine deutliche Abgrenzung zwischen dem Nur- und dem Anwaltsnotariat feststellen. Während bei den Nurnotaren, die mit einem Anteil von 92 % (44 Notare) die Frage nach dem Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen gestellt haben, dies allesamt (100 %) vor dem Hintergrund des Pflichtteilsrechts gemacht haben, war dies bei den Anwaltsnotaren anders. Von den Anwaltsnotaren haben zwar 73 % der Befragten (203 Notare) die Frage nach dem Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen gestellt; insoweit allerdings nur 42 % vor dem Hintergrund, dass dieser Umstand für das Pflichtteilsrecht von Bedeutung sein könnte. Hierbei handelt es sich um 85 Notare, welche die besonderen Auswirkungen des Pflichtteilsrechts beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen erkannt haben. Die Mehrzahl der befragten Anwaltsnotare (58 %) hat verschiedene andere Erwägungen angeführt, die sie dazu bewogen hat, die Frage nach dem Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen zu stellen (118 Notare). Dabei waren allerdings sämtliche Erwägungen nicht auf die pflichtteilsrechtliche Problematik beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen im Rahmen der Einheitslösung zurückzuführen, sondern vielmehr auf ausschließlich pflichtteilsfremde Erwägungen, so dass unterstellt werden muss, dass der Problembereich des Pflichtteilsrechts beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen insoweit nicht erkannt wurde. Losgelöst von der Frage, ob die Befragten die besondere pflichtteilsrechtliche Problematik beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen erkannt haben, sollte sodann durch die befragten Notare eine Empfehlung für die Gestaltung einer letztwilligen Verfügung erfolgen.

### 3.4.7.3. Zu welcher Form der Testierung würden Sie raten?

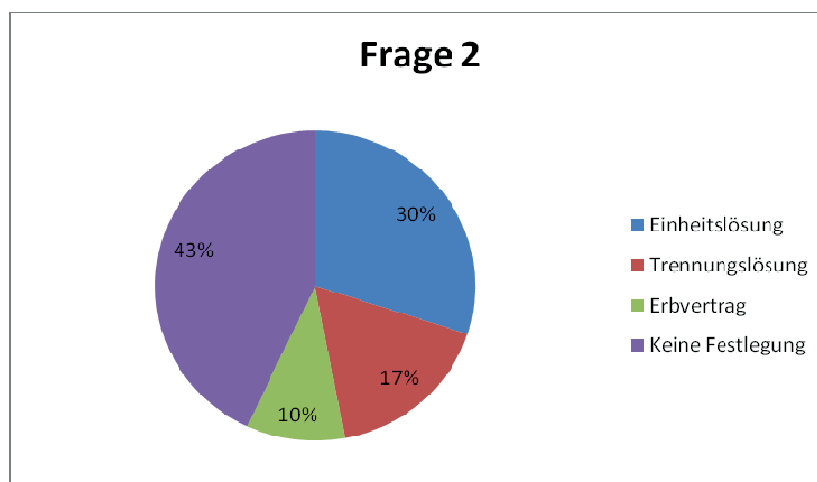


Abbildung 3: Darstellung der Antworten zu Frage 2



30 % aller befragten Notare (98 Notare) würden ohne Bedenken die Einheitslösung, also das klassische „Berliner Testament“, empfehlen. Dabei liegt der Anteil derjenigen, die überhaupt nicht hinterfragt haben, ob es sich um gemeinsame oder nicht gemeinsame Abkömmlinge handelt, bei 86 % (84 Notare). In den übrigen Fällen haben die Berater zwar hinterfragt, ob es sich um gemeinsame Abkömmlinge handelt oder nicht; allerdings ist diese Fragestellung nicht vor dem Hintergrund der pflichtteilsrechtlichen Problematik erfolgt. Im Regelfall ist die Nachfrage, ob es sich bei den vorhandenen Abkömmlingen um gemeinsame handelt oder nicht, vor dem Hintergrund anderer Überlegungen (z.B. steuerrechtliche Konsequenzen) vorgenommen worden.

Demgegenüber haben sich lediglich 17 % der befragten Notare für die Trennungslösung entschieden (55 Notare) und ein weiterer Anteil von 10 % der befragten Notare für den Erbvertrag (33 Notare). In beiden Fällen ist den Antworten zu entnehmen, dass insbesondere pflichtteilsrechtliche Erwägungen für diese Notare bei der Entscheidung, welche Form der letztwilligen Verfügung gewählt wird, maßgeblich waren. Insgesamt sind demnach aber nur 27 % aller befragten Notare zu dem Ergebnis gekommen, dass die Anordnung der Einheitslösung beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen mit Problemen verbunden sein kann (88 Notare). Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch der Anteil von 43 % der Notare, die sich auf keine Form der letztwilligen Verfügung festlegen wollten (140 Notare). Insoweit ist von den befragten Notaren regelmäßig im Detail dargestellt worden, unter welchen Voraussetzungen zu einer bestimmten Form der letztwilligen Verfügung geraten werden sollte; aus diesem Grund war eine statistische Erhebung nicht möglich. Beispielhaft hierfür ist z.B. folgende Antwort:

*Ich würde den Eheleuten zu einer gegenseitigen Erbeinsetzung raten, mit der Bestimmung der Kinder zu Schlusserben. Dem überlebenden Ehegatten soll durch eine Abänderungsbefugnis die Möglichkeit eingeräumt werden, die Schlusserbeinsetzung zu modifizieren.*

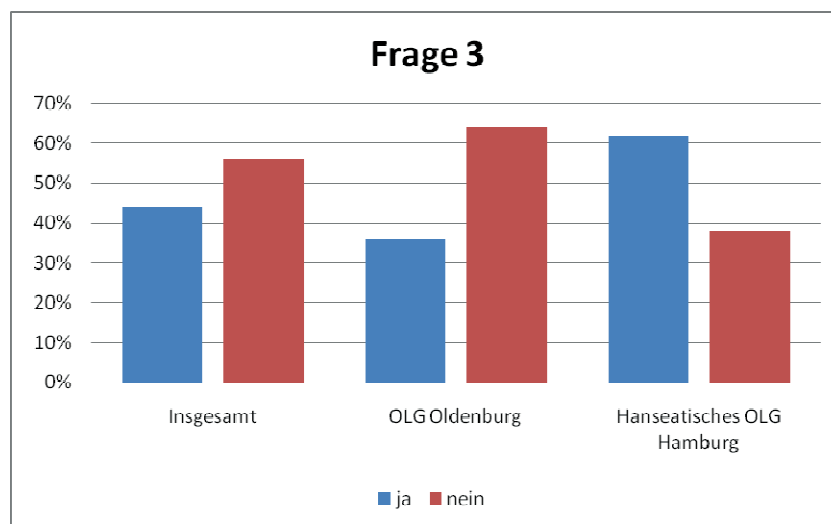
Dieser Antwort lässt sich entnehmen, dass trotz der Kenntnis über das Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen die Errichtung eines „Berliner Testamentes“ empfohlen wird; durch die Anordnung einer Abänderungsbefugnis wird die Ausgestaltung der letztwilligen Verfügung als Einheitslösung nicht berührt. Insoweit war einer Vielzahl der Antworten der befragten Notare, die sich auf keine Form der Testierung festlegen wollten, die Empfehlung zur Errichtung eines „Berliner Testamentes“ zu entnehmen. Von den Notaren, die sich letztlich auf keine bestimmte Form der Testierung festgelegt haben, haben sich demgegenüber nur 27 % (38 Notare) gänzlich gegen





die Errichtung eines „Berliner Testamentes“ ausgesprochen. Die übrigen 73 % der befragten Notare (102 Notare) haben zunächst nicht gänzlich ausgeschlossen, dass sie zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung mit Anordnung der Einheitslösung raten würden, wobei diese hierfür aber ausschließlich pflichtteilsfremde Erwägungen in den Vordergrund gestellt haben. Da diese Erwägungen – in der Regel – im Rahmen der Anordnung der Einheitslösung keine Auswirkungen haben, ist zumindest zu unterstellen, dass in einer Vielzahl dieser Fälle auch zur Errichtung eines „Berliner Testamentes“ geraten worden wäre.

**3.4.7.4. Würden Sie dem Ehepaar von der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes in Form des „Berliner Testamentes“ abraten, wenn Ihnen bekannt wäre, dass es sich um nicht gemeinsame Abkömmlinge handelt?**



**Abbildung 4: Darstellung der Antworten zu Frage 3.**

Bei Beantwortung dieser Frage spiegelt sich das Gesamtergebnis dieser Erhebung wieder. 58 % der befragten Notare (189 Notare) würden in Kenntnis der Tatsache, dass bei den Ehegatten nicht gemeinsame Abkömmlinge vorhanden sind, bedenkenlos die Testierung in Form eines „Berliner Testamentes“ empfehlen. Zumindes 42 % der Befragten würden von der Errichtung eines „Berliner Testamentes“ unter diesen Umständen abraten (137 Notare). Bei einer vergleichenden Betrachtung mit den vorherigen Ergebnissen ist eine entsprechende Tendenz dahingehend zu erkennen, dass mehr als 50 % aller befragten Notare ohne Weiteres die Einheitslösung im Zusammenhang mit der Errichtung einer letztwilligen Verfügung empfehlen würden. Dabei liegt der Anteil der Nurnotare, die in Kenntnis des Vorhandenseins nicht gemeinsamer Abkömmlinge die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes mit Einheitslösung empfehlen würden, bei 38 % (18 Notare); demgegenüber beträgt der Anteil der Anwaltsnotare



insoweit 64 % (178 Notare). Demgemäß ist der Anteil der Nurnotare, die sich zur Errichtung eines „Berliner Testamentes“ entschieden haben, deutlich geringer, als der Anteil der Anwaltsnotare. Damit werden die bisherigen Ergebnisse dahingehend bestätigt, dass die Anwaltsnotare beim Vorhandensein nicht gemeinsamer Abkömmlinge weniger Bedenken bei der Empfehlung der Einheitslösung haben, als die Nurnotare.

**3.4.7.5. Würden Sie – sofern Sie keine Bedenken gegen die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes in Form des „Berliner Testamentes“ haben – die Anordnung einer Pflichtteilsclause zur Absicherung der Rechtsposition des überlebenden Ehegatten empfehlen?**

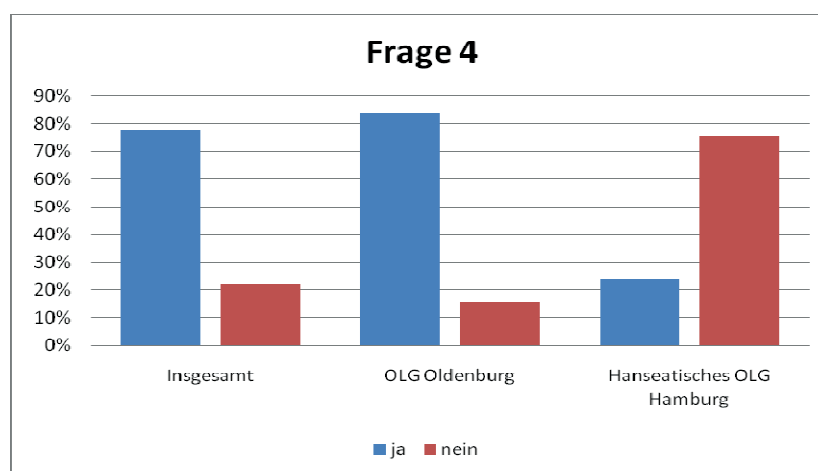


Abbildung 5: Darstellung der Befragung zu Frage 4.

Die Anordnung einer Pflichtteilsclause im Rahmen des „Berliner Testamentes“ stellt, wie bereits dargestellt wurde, den Regelfall dar. Daher soll die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch die Anordnung einer Pflichtteilsclause für die Abkömmlinge nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht so unattraktiv wie möglich gestaltet werden. Demzufolge haben auch 78 % aller befragten Notare (254 Notare) erklärt, dass sie in Kenntnis des Umstandes, dass nicht gemeinsame Abkömmlinge vorhanden sind, die Anordnung einer Pflichtteilsclause empfehlen würden. Demgegenüber würden 22 % der Befragten die Anordnung einer Pflichtteilsclause nicht empfehlen (72 Notare).

Auch insoweit ist der Unterschied in den Ergebnissen zwischen dem Nur- und dem Anwaltsnotariat beachtlich. Während bei den Anwaltsnotaren 84 % der Befragten (234 Notare) die Anordnung einer Pflichtteilsclause empfehlen würden, liegt der Anteil bei den Nurnotaren bei lediglich 24 % (zwölf Notare). Die Ursachen hierfür können vielfältig sein: Zum einen kann die Empfehlung zur Aufnahme einer Pflichtteilsclause in



der Überlegung liegen, dass dem regelmäßig vorherrschenden Erblasserwillen, nämlich den überlebenden Ehegatten vor Pflichtteilsansprüchen der Kinder nach dem Tod des Erstversterbenden zu schützen, aus Sicht des Beratenden der Vorrang einzuräumen ist. Auf der anderen Seite kann die Ursache hierfür darin liegen, dass insbesondere die Anwaltsnotare das Zusammenspiel von Einheitslösung und Pflichtteilsrecht, gerade auch die sich im konkreten Fall ergebende verschärfende Funktion der Pflichtteilklausel, vielfach nicht hinreichend berücksichtigten. Dies mag wiederum dem Umstand geschuldet sein, dass die Familienstrukturen in den ländlichen Regionen nicht mit denen in einer Großstadt vergleichbar sind. Ebenso kann auch der geringe Anteil derjenigen, die von der Anordnung einer Pflichtteilklausel abraten, möglicherweise dadurch erklärt werden, dass der fachkundige Gestalter in der Regel eine Pflichtteilklausel wegen ihrer statischen Wirkung nicht empfiehlt, sondern vielmehr eine Abänderungsbefugnis für den länger lebenden Ehegatten.<sup>288</sup> Aus diesem Grund wäre an dieser Stelle eine umfassende Beratung der Testierenden erforderlich gewesen, um diesen die Vor- und Nachteile im Hinblick auf die Aufnahme einer Pflichtteilklausel hinreichend bewusst zu machen und die Beweggründe für einen bestimmten Anordnungswunsch zu klären. Insoweit muss der Berater insbesondere hinterfragen, welche Interessen bei den Testierenden im Vordergrund stehen und vor diesem Hintergrund die Problematik auflösen. Für den Fall, dass die Aufnahme einer Pflichtteilklausel von den befragten Notaren nicht empfohlen wurde, stellt sich die Frage, aus welchem Grund diese von der Aufnahme einer Pflichtteilklausel im konkreten Fall abgeraten haben.

#### 3.4.7.6. Wenn nein, warum?

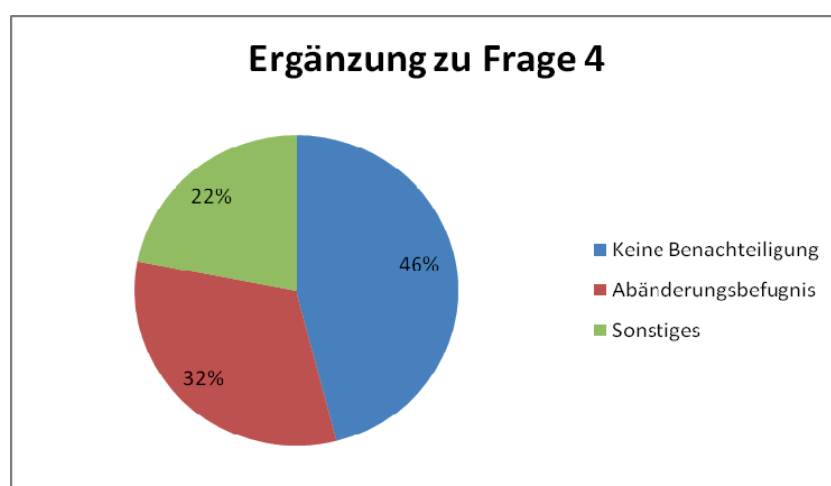


Abbildung 6: Darstellung der Befragung in Ergänzung zu Frage 4.

<sup>288</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel 3.2.4.3.3.2 sowie Metternich, S. 126. Nach den Untersuchungen von Metternich enthalten 17,8 % aller gemeinschaftlichen Testamente aus den Bereichen der Amtsgerichte Potsdam, Neuruppin und Lübben eine Abänderungsbefugnis.



46 % der Befragten (33 Notare), die von der Aufnahme einer Pflichtteilklausel im Rahmen des „Berliner Testamentes“ bei Kenntnis über das Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen abraten würden, haben dies wegen einer möglichen Benachteiligung der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten getan; dies sind 22 % aller befragten Notare. Weitere 32 % der befragten Notare (23 Notare), die von der Anordnung einer Pflichtteilklausel abraten würden, haben dies vor dem Hintergrund getan, dass diese zwingend die Enterbung der Abkömmlinge beim Schlusserbfall zur Konsequenz hat, die beim ersten Erbfall ihren Pflichtteil geltend machen; stattdessen würden diese Notare die Aufnahme einer Abänderungsbefugnis zugunsten des überlebenden Ehegatten empfehlen. Auf diese Weise soll es also dem überlebenden Ehegatten überlassen bleiben, die getroffenen Verfügungen auch nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten abändern zu können und damit das Ergebnis der Enterbung der illoyalen Abkömmlinge beim Schlusserbfall situationsbedingt festzulegen.

Letztlich haben weitere 22 % (16 Notare) verschiedene andere Erwägungen angegeben, die dazu geführt haben, dass diese die Aufnahme einer Pflichtteilklausel im Rahmen eines „Berliner Testamentes“ beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen nicht empfehlen würden. Hierbei haben die befragten Notare unterschiedliche Überlegungen angestellt, deren Darstellung für diese Untersuchung aber nicht notwendig ist, da sie keine Informationen zur Beantwortung der Kernfrage geben.

### **3.4.8. Würdigung der Ergebnisse**

#### ***3.4.8.1. Limitation der Ergebnisse***

Zusammenfassend lässt sich dieser Befragung zwar kein abschließendes Ergebnis entnehmen, weil sowohl der Umfang als auch die Durchführung im Hinblick auf die geografische Begrenzung auf Notare aus dem Bezirk des OLG Oldenburg und dem Hanseatischen OLG nicht den wissenschaftlichen Ansprüchen an eine empirische Untersuchung genügen. Auch ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass zwar mit Hamburg eine moderne Großstadt Gegenstand der Untersuchung war, hier aber ausschließlich Nurnotare befragt wurden, die womöglich häufiger zur Beurkundung aufgesucht werden als Anwaltsnotare und damit regelmäßig über eine höhere Beurkundungspraxis verfügen. Demgegenüber müssen Anwaltsnotare, die auch als Rechtsanwälte tätig sind, ein breiteres fachliches Spektrum abdecken. Hinzu kommt weiter, dass der Zerfall der Kernfamilie wesentlich häufiger in der Großstadt als auf dem Lande zu finden ist. Im Hinblick darauf, dass die gesellschaftlichen Entwicklungen, die zur zunehmen-



den Verbreitung von Stieffamilien führen, immer noch stärker in Großstädten ablaufen, hätte womöglich die Befragung von Anwaltsnotaren, die in einer Großstadt tätig sind, wie beispielsweise in Berlin, ein anderes Bild ergeben als die Befragung von Anwaltsnotaren aus der vermehrt ländlich geprägten Region des OLG Oldenburg.

#### **3.4.8.2. *Vertrautheit mit der Problematik***

Abgesehen von den angesprochenen Begrenzungen lässt sich aus der durchgeführten Befragung aber zumindest der Rückschluss ziehen, dass die erbrechtliche Praxis mit den immer vielfältiger werdenden Familienstrukturen, insbesondere im Hinblick auf die Stieffamilie, bisher nicht in ausreichendem Maße vertraut ist. Allein die Tatsache, dass bereits 20 % aller befragten Notare im Rahmen der Beratung nicht geklärt haben, ob es sich bei den vorhandenen Abkömmlingen ausschließlich um gemeinsame Abkömmlinge handelt oder nicht, lässt zumindest die Annahme zu, dass eine Vielzahl der befragten Notare sich mit den veränderten Familienstrukturen in der Bundesrepublik Deutschland und den damit verbundenen Auswirkungen auf das Erbrecht bisher nicht in ausreichendem Maße auseinandergesetzt hat.

In diesem Zusammenhang darf nicht unerwähnt bleiben, dass immerhin 80 % der befragten Notare die Frage gestellt haben, ob es sich bei den vorhandenen Abkömmlingen um gemeinsame Kinder handelt oder nicht. Allerdings haben hiervon lediglich 37 % diese Frage aus der Überlegung heraus gestellt, dass sich aus pflichtteilsrechtlicher Sicht beim Vorhandensein nicht gemeinsamer Abkömmlinge im Rahmen der Einheitslösung rechtliche Schwierigkeiten ergeben, die nicht nur eine besondere Beratungssituation begründen, sondern auch bei der Gestaltung der letztwilligen Verfügung in entsprechendem Maße berücksichtigt werden müssen. Demgegenüber haben die übrigen Notare (63 %), die überhaupt die Frage nach dem Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen gestellt haben, pflichtteilsfremde Beweggründe angegeben. Aus diesem Grund kann auch insoweit angenommen werden, dass einer Vielzahl der befragten Notare die pflichtteilsrechtliche Problematik beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen im Zusammenspiel mit dem Wunsch der Erblasser, eine gleiche Vermögensteilhabe aller Kinder sicherzustellen, nicht in jeder Hinsicht bewusst ist.

#### **3.4.8.3. *Der Einfluss des Pflichtteilsrechts bei Stieffamilien***

Insbesondere das Zusammenspiel zwischen Einheitslösung und Pflichtteilsrecht mit- samt den sich daraus ergebenden Konsequenzen sowohl in erbrechtlicher als auch in wirtschaftlicher Hinsicht beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Kindern ist bis-



her offensichtlich nicht wesentliches Kriterium im Rahmen der Beratungstätigkeit der Befragten gewesen. Dies wird insbesondere dadurch deutlich, dass immerhin 78 % der befragten Notare im Rahmen der Errichtung eines „Berliner Testamentes“ die Aufnahme einer Pflichtteils Klausel auch dann uneingeschränkt empfehlen würden, wenn sie Kenntnis vom Vorhandensein nicht gemeinsamer Abkömmlinge hätten. Hierdurch wird deutlich, dass beim Vorhandensein nicht gemeinsamer Abkömmlinge die auftretende Pflichtteilsproblematik im Rahmen der Einheitslösung durch den Berater nicht hinreichend durchdacht wurde. Im Vordergrund steht insoweit ganz offensichtlich vielmehr stets die Überlegung, dass der überlebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden hinreichend abgesichert und insbesondere die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch die vorhandenen Abkömmlinge finanziell so unattraktiv wie gesetzlich zulässig gestaltet werden soll. Dem Grunde nach handelt es sich hierbei um ein legitimes Ziel, das jedoch beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen eine genau in das Gegenteil verlaufende Wirkung haben kann.

#### ***3.4.8.4. Abweichungen zwischen den Notariatstypen***

Im Hinblick auf die Ergebnisse, die durch diese Befragung ermittelt worden sind, ist insbesondere die Abweichung zwischen dem Anwalts- und dem Nurnotariat beachtlich. Während die befragten Anwaltsnotare in einer Vielzahl der Fälle die Besonderheiten des Zusammenspiels von Pflichtteilsrecht und Einheitslösung nicht ausreichend berücksichtigt haben, war bei den Nurnotaren das gegenteilige Ergebnis zu verzeichnen. Der Grund dafür mag in der angesprochenen Diskrepanz zwischen ländlichen und städtischen Strukturen liegen. Hinzu kommt, dass die Nurnotare im Regelfall über eine wesentlich höhere praktische Erfahrung verfügen, was die Gestaltung von letztwilligen Verfügungen angeht, weil sie ausschließlich als Notare tätig sind, während die Anwaltsnotare auch als Rechtsanwälte tätig sind und in der Regel ein viel breiteres fachliches Spektrum abdecken müssen.

#### ***3.4.8.5. Zwischenergebnis***

Als Zwischenergebnis kann festgestellt werden, dass sich eine Vielzahl der befragten Notare mit den veränderten Familienstrukturen und deren erbrechtlichen Auswirkungen noch nicht ausreichend auseinandergesetzt hat. Der Unterschied zwischen dem Anwalts- und Nurnotariat dürfte insbesondere auf das unterschiedliche Beratungsbedürfnis der jeweils vorrangig betreuten Bevölkerungsgruppen zurückzuführen sein. Daraus lässt sich allerdings nicht ableiten, dass das Anwaltsnotariat qualitativ schlechter ist, als das Nurnotariat. Um dies beurteilen zu können, hätten auch Anwaltsnotare





befragt werden müssen, die in Großstädten ihr Amt ausüben. Daher lässt sich aus den Ergebnissen nicht ableiten, dass sich eine Qualitätssteigerung im Rahmen der erbrechtlichen Beratungspraxis ergeben würde, wenn es zur ohnehin nicht absehbaren bundesweiten Einführung des Nurnotariats käme. Zu erkennen ist aber, dass erbrechtliche Berater in beiden Notariatssystemen teils erheblichen Fortbildungsbedarf zur erbrechtlichen Behandlung der Stieffamilie im Rahmen der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen aufweisen.

### 3.5. Zusammenfassung des dritten Kapitels

Wie der Beschluss des Oberlandesgerichtes Stuttgart aus dem Jahre 1978<sup>289</sup> zeigt, kann das „Berliner Testament“ in seinen zahlreichen Facetten dem eigentlichen Erblasserwillen beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen auch entgegenstehen. Insbesondere in den Fällen, in denen zusätzlich eine Pflichtteilklausel in die letztwillige Verfügung mit aufgenommen wird, um die Durchsetzung des eigentlichen Erblasserwillens zu fördern, wird genau das gegenteilige Ergebnis erreicht und der Erblasserwille durch eine derartige Konstruktion im Zweifelsfalle sogar noch torpediert.<sup>290</sup> Das mit dem „Berliner Testament“ bei den Ehegatten regelmäßig zum Ausdruck kommende Bedürfnis, nämlich auf der einen Seite den überlebenden Ehegatten finanziell abzusichern und gleichzeitig die Abkömmlinge als Schlusserben gleichermaßen zu bedenken, lässt sich in den Fällen nicht ohne Weiteres verwirklichen, in denen bereits der Pflichtteilsanspruch der einseitigen Abkömmlinge des länger lebenden Ehegatten größer ist, als die zugedachte Beteiligung am Nachlass als Schlusserbe; dies ist immer dann der Fall, wenn der Letztversterbende weniger Pflichtteilsberechtigte hinterlässt als der Erstversterbende.<sup>291</sup>

Die durchgeführte Befragung der als Praktiker tätigen Notare hat sodann verdeutlicht, dass die Veränderungen in den Formen des familiären Zusammenlebens und die daraus resultierenden erbrechtlichen Besonderheiten durch die Beratungspraxis noch nicht vollständig durchdrungen wurden. Vor dem Hintergrund, dass sich das „Berliner Testament“ besonderer Beliebtheit erfreut und dieses in den meisten Fällen mit einer Pflichtteilklausel versehen wird, ist die Untersuchung und Darstellung der sich hie-

<sup>289</sup> Vgl. FN 169.

<sup>290</sup> So auch Mayer in ZEV 1995, S. 138; Mayer in ErbR 2014, S. 45; Grziwotz (Keim), S. 62; Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz (Mayer), § 12, Rn. 64.

<sup>291</sup> Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 708; Mayer in MittBayNot 1999, S. 267; Hausmann in DNotZ 2011, S. 616; Mayer in ErbR 2014, S. 47; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 21, Rn. 23.



raus ergebenden erbrechtlichen Probleme beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Kindern von erheblicher praktischer Bedeutung.

Die Einheitslösung ist demnach ganz offensichtlich nicht ohne weiteres geeignet, das von den Erblassern angestrebte Ziel einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall umzusetzen, wenn (auch) einseitige Kinder vorhanden sind.<sup>292</sup> Das Entstehen dieser teilweise unbillig erscheinenden Ergebnisse kann nur durch eine letztwillige Verfügung verhindert oder zumindest eingeschränkt werden, die auf die Besonderheiten, die sich beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen insbesondere aus dem Pflichtteilsrecht ergeben, in entsprechendem Maße Rücksicht nimmt. Fraglich ist in diesem Zusammenhang jedoch, ob das von den Erblassern regelmäßig angestrebte Ziel der Gleichbehandlung sowohl der gemeinsamen wie auch der einseitigen Abkömmlinge nach dem Tod des letzten von ihnen auch dann umgesetzt werden kann, wenn diese sich im Rahmen ihrer letztwilligen Verfügung für die Errichtung eines „Berliner Testamentes“ und damit für die Einheitslösung entschieden haben.

---

<sup>292</sup> Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 708; Mayer in MittBayNot 1999, S. 267; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 21, Rn. 23; a. A. Enzensberger, Rn. 230, der die Einheitslösung auch in diesem Fall grundsätzlich als geeignete Form der Testierung ansieht.



## 4. Überlegungen zur Sicherstellung einer Gleichbehandlung der Kinder in Stieffamilien durch die Kautelarpraxis beim „Berliner Testament“

### 4.1. Pflichtteilsverzichtsvertrag

Die Sicherstellung einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge im Rahmen der Einheitslösung beim Schlusserbfall kann zunächst über einen Pflichtteilsverzicht mit den jeweils leiblichen Abkömmlingen der Ehegatten erreicht werden.<sup>293</sup>

Der Pflichtteilsverzicht, als zulässige Beschränkung des Erbverzichtes, ist ein Vertrag gemäß § 2346 Abs. 2 BGB, welcher der notariellen Beurkundung bedarf (§ 2348 BGB).<sup>294</sup> Auf diese Weise kann im Rahmen der Einheitslösung sichergestellt werden, dass die leiblichen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten die beabsichtigte Vollerbschaft des länger lebenden Ehegatten durch die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nicht stören können. Beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen darf sich der Pflichtteilsverzicht allerdings nicht nur auf den ersten Erbfall beziehen, sondern muss auch den zweiten Erbfall erfassen, wobei insoweit ein Teilverzicht ausreichend wäre.<sup>295</sup>

Daneben sollte der Pflichtteilsverzicht unter eine auflösende Bedingung gestellt werden, damit die Testierenden die letztwillige Verfügung, die eine entsprechende Berücksichtigung aller Kinder beim Schlusserbfall vorsieht, zu einem späteren Zeitpunkt nicht nach Belieben ändern können. Letztlich ist es in diesem Zusammenhang auch ratsam, dass unter den Parteien des Pflichtteilsverzichtsvertrages eine Nichtaufhebungsvereinbarung getroffen wird, um die nachträgliche Aufhebung des Pflichtteilsverzichtes durch die Erblasser mit einzelnen Abkömmlingen zu sanktionieren und damit eine spätere Ungleichbehandlung unter den Kindern zu verhindern.<sup>296</sup>

Auch wenn es sich beim Pflichtteilsverzichtsvertrag um das Gestaltungsmittel handelt, bei dem der Erblasserwille mit der größtmöglichen Sicherheit umgesetzt werden kann, ist zu berücksichtigen, dass dies nur gelingt, wenn die jeweiligen Abkömmlinge auch

<sup>293</sup> Grziwotz (Keim), S. 63; Kornexl, Rn. 451 ff.; Von Dickuth-Harrach, § 12, Rn. 24.

<sup>294</sup> Dies gilt auch für den Pflichtteilsverzichtsvertrag, vgl. hierzu: Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 21, Rn. 129; Sudhoff (Stenger), § 21, Rn. 19; Kroiß/Ann/Mayer (Beck/Kroiß), Rn. 1 § zu 2346.

<sup>295</sup> Der Pflichtteilsverzicht kann nur auf die Geltendmachung eines Zusatzpflichtteils nach § 2305 BGB beschränkt werden, vgl. hierzu auch BeckOK BGB/Litzenburger BGB § 2346 Rn. 17

<sup>296</sup> So beispielsweise auch Kornexl, Rn. 457.



mitwirken; ansonsten kann der Vertrag über den Pflichtteilsverzicht nicht zustande kommen. Eine besondere Problematik ergibt sich insbesondere in den Fällen, in denen die Abkömmlinge, die einen Pflichtteilsverzicht erklären sollen, noch nicht volljährig sind. Gerade bei minderjährigen Abkömmlingen dürfte eine Beteiligung an einem Pflichtteilsverzichtsvertrag in der Praxis nicht möglich sein, weil die notwendige familiengerichtliche Genehmigung gemäß § 2347 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. BGB in der Regel nicht erteilt werden wird.<sup>297</sup> Der Pflichtteilsverzichtsvertrag ist demgemäß nur dann das Mittel der Wahl, wenn die Abkömmlinge volljährig sind und die Mitwirkung nicht verweigern.

## 4.2. Erweiterte Pflichtteilklausel

Aus diesem Grund muss gerade beim Vorhandensein von minderjährigen Abkömmlingen über Alternativen bei der Gestaltung der letztwilligen Verfügung nachgedacht werden, um das Regelungsziel der Erblasser im Hinblick auf eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge umzusetzen. Insoweit kann zunächst überlegt werden, ob eine gleichmäßige Vermögensteilhabe der gemeinsamen wie auch der einseitigen Abkömmlinge in einer Stieffamilie beim Schlusserbfall durch Anordnung einer Verwirkungsklausel in Form einer „erweiterten“ Pflichtteilklausel erreicht werden kann. Von einer „erweiterten“ Pflichtteilklausel wird in den Fällen gesprochen, in denen eine Verwirkung der Schlusserbenstellung bei der Einforderung eines Pflichtteils bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB auch dann erfolgen soll, wenn der Schlusserbfall bereits eingetreten ist.<sup>298</sup> Eine solche „erweiterte“ Pflichtteilklausel könnte wie folgt formuliert werden:

*Sollte ein Abkömmling auf den Tod des erstversterbenden Ehegatten den Pflichtteil verlangen, so ist er und seine Nachkommenschaft auch auf den Tod des überlebenden Ehegatten von der Erbfolge ausgeschlossen. Dies gilt auch dann, wenn der Pflichtteil erst nach dem Tod des Längerlebenden von uns geltend gemacht wird.*<sup>299</sup>

<sup>297</sup> Bei der Prüfung, ob eine Genehmigung zu erteilen ist oder nicht, hat das Gericht nur auf das Wohl des Minderjährigen abzustellen. Tatsächlich erfolgt der Verzicht vor dem Hintergrund, dass beim Tod des Erstversterbenden die mit der Einheitslösung verbundenen Regelungsziele nicht durch die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen gestört und beim Schlusserbfall eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge sichergestellt werden kann. Aus diesem Grund wird ein Pflichtteilsverzicht durch das Gericht nur dann genehmigt werden, wenn ein gleichwertiger Ausgleich erfolgt, weil ansonsten ein rechtlicher Vorteil für die Minderjährigen nicht zu erkennen ist, vgl. dazu auch BGH in ZEV 1995, S. 27; Kornexl, Rdn. 458; Bamberger/Roth (Mayer), Rn. 5 zu § 2347; MüKo (Wegerhoff), Rn. 8 zu § 2347. Eine derartige Gegenleistung für einen Verzicht dürfte aber regelmäßig dem Interesse der testierenden Ehegatten entgegenstehen.

<sup>298</sup> Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 711 m.w.N.

<sup>299</sup> Vgl. hierzu auch OLG Stuttgart in DNotZ 1979, S. 104.



Die Besonderheit einer solchen Konstruktion besteht also darin, dass der Anwendungsbereich der Pflichtteils Klausel durch ausdrückliche Formulierung oder durch Auslegung nicht auf die Zeit zwischen den ersten und den zweiten Erbfall begrenzt wird; somit führt die Einforderung eines Pflichtteils auch nach dem Tod des Längerlebenden zur Verwirkung der Schlusserbenposition. Dabei war die Frage der Zulässigkeit einer solchen „erweiterten“ Pflichtteils Klausel im Schrifttum lange umstritten<sup>300</sup>; dieser Meinungsstreit dürfte sich jedoch durch die Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB im Zuge der Erbrechtsreform vom 01.01.2010 erledigt haben, weil eine automatische Unwirksamkeit einer solchen „erweiterten Pflichtteils Klausel“ im Falle ihrer Anordnung nicht mehr eintreten kann.

Eine Darstellung des Meinungsstands kann an dieser Stelle aber auch deshalb unterbleiben, weil die „erweiterte“ Pflichtteils Klausel kein probates Regelungsinstrument darstellt, um das erklärte Ziel der Erblasser, nämlich eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten, zu erreichen. Durch die Anordnung einer „erweiterten“ Pflichtteils Klausel wird für die Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten im Rahmen der hier diskutierten Konstellation nämlich keine abschreckende Wirkung erzeugt, die dazu führen könnte, dem Erblasserwillen zu folgen.<sup>301</sup> Dies deshalb, weil durch die Anordnung einer „erweiterten“ Pflichtteils Klausel bei Einforderung des Pflichtteils bzw. des Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB durch die Abkömmlinge des Letztversterbenden als schärfste Folge nur die Verwirkung der Schlusserbenstellung folgen kann. Demzufolge führt die Anordnung einer „erweiterten“ Pflichtteils Klausel bei Einforderung des Pflichtteils für die pflichtteilsfordernden Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten faktisch zu keinen nachteiligen Konsequenzen; diese verlieren durch die Einforderung des Pflichtteils bzw. Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB zwar ihre Schlusserbenstellung, erhalten dadurch aber die Beteiligung am Nachlass, die mit der Geltendmachung des Pflichtteils bzw. Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB von diesen letztlich auch beansprucht wurde und über der vorgesehenen Beteiligung als Schlusserbe liegt. Da die von den Erblassern vorgesehene Zuwendung im Rahmen der Schlusserbschaft für die pflichtteilsfordernden Abkömmlinge geringer ist, als der Pflichtteil, wird auf diese Weise die Mindestteilhabe am Nachlass des leiblichen Elternteils gesichert.

Demzufolge kann das mit der Anordnung einer solchen Regelung verbundene Ziel, nämlich die Einforderung eines Pflichtteils bzw. Zusatzpflichtteils im Sinne des

<sup>300</sup> Vgl. hierzu auch Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 711 m.w.N.

<sup>301</sup> Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 712.



§ 2305 BGB durch die Abkömmlinge des Letztversterbenden zu sanktionieren, nicht erreicht werden. Somit eignet sich die „erweiterte“ Pflichtteils Klausel nicht als probates Gestaltungsmittel zur Umsetzung der Ziele der Erblasser.

### 4.3. Auflösend bedingte Vollerbschaft des Längerlebenden

#### 4.3.1. Problemstellung

Als weitere Gestaltungsüberlegung erscheint denkbar, dass die Vollerbschaft des länger lebenden Ehegatten an eine auflösende Bedingung im Sinne des § 2075 BGB geknüpft wird. Demzufolge würde im Rahmen dieser Konstruktion die Vollerbenstellung des Längerlebenden unter die auflösende Bedingung gestellt werden, dass dessen Abkömmlinge beim Schlusserbfall keinen Pflichtteilsanspruch bzw. keinen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend machen.

Die Besonderheit dieser Überlegung besteht darin, dass der Bedingungseintritt erst nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten erfolgen kann; die Vollerbschaft des Längerlebenden wird bei Bedingungseintritt demnach aufgelöst und in eine Vor- und Nacherbschaft umgewandelt, so dass die Trennungslösung herbeigeführt wird.<sup>302</sup> Die Herbeiführung der Trennungslösung durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung führt dazu, dass die Vorzüge des „Berliner Testamentes“ wieder aufgehoben werden; aus diesem Grund wird die Aufnahme einer auflösenden Bedingung häufig auch als „Gestaltungsfehler“ im Rahmen der Einheitslösung verstanden.<sup>303</sup> Typischer Anwendungsbereich einer derartigen Konstruktion sind sogenannte „Wiederverheirathungsklauseln“.<sup>304</sup> Diese zielen darauf ab, dass der überlebende Ehepartner bei erneuter Eheschließung nicht das gemeinschaftliche Vermögen in einen neuen Stamm überführen kann<sup>305</sup> und dieses somit in der Familie des Erblassers gehalten wird. Neben dieser Ausschlussfunktion haben „Wiederverheirathungsklauseln“ nach dem Willen der Erblasser häufig auch eine Zuteilungsfunktion, da im Falle der Wiederverheirathung das Vermögen für Dritte, im Regelfall die Abkömmlinge, gesichert werden soll. Dabei können „Wiederverheirathungsklauseln“ im Hinblick auf die Eheschließungsfreiheit im Einzelfall sittenwidrig sein<sup>306</sup>; an ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit besteht aber kein

<sup>302</sup> Zur Trennungslösung Kapitel 3.1.2.

<sup>303</sup> Vgl. zu dieser Problematik auch FN 319 m.w.N. sowie Langenfeld/Fröhler, Kapitel 3, Rn. 388.

<sup>304</sup> Vgl. hierzu auch MüKo BGB (Musielak), Rn. 47 zu § 2269; Palandt (Weidlich), Rn. 16 zu § 2269; RGRK (Johannsen), Rn. 19 zu § 2269.

<sup>305</sup> Ausführlich hierzu Staudinger (Kanzleiter) Rn. 39 ff. zu § 2269.

<sup>306</sup> BVerfG in NJW 2004, S. 2008 ff.





Zweifel, da es als legitimes Interesse der Erblasser verstanden wird, das Vermögen in der Familie zu halten bzw. dessen „Abwanderung“ zu verhindern.<sup>307</sup>

Derartige auflösende Bedingungen können auf unterschiedliche Weise ausgestaltet werden.<sup>308</sup> Nach überwiegender Auffassung steht im Falle der „Wiederverheiratursklausel“ die Vollerbeneinsetzung des überlebenden Ehegatten unter der auflösenden Bedingung der Wiederverheiratur. Dadurch werden nach der h.M. der länger lebende Ehegatte auflösend bedingter Vollerbe sowie aufschiebend bedingter Vorerbe<sup>309</sup> und – beispielsweise – die Kinder aufschiebend bedingte Nacherben. Unerheblich ist dabei, ob der Nacherbfall bereits mit der Wiederverheiratur oder erst mit dem Tod des überlebenden Ehegatten eintritt. Eine solche Klausel kann beispielsweise wie folgt formuliert werden:

*Der Erstversterbende beruft zu seinem alleinigen Erben den Überlebenden von uns. Der Überlebende soll Vollerbe sein. Sollte der Überlebende erneut eine Ehe eingehen, endet mit der Eheschließung seine Stellung als Vollerbe und er soll Vorerbe sein. Als Vorerbe ist er von sämtlichen gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen des Vorerben befreit, soweit diese Befreiung gesetzlich zulässig ist. Der Nacherbfall tritt ein mit dem Tod des Vorerben.*

Bei der „Wiederverheiratursklausel“ handelt es sich um eine häufige, hier aber nur beispielhaft zum Verständnis angeführte Interessenlage, die aus Sicht der Erblasser die Anordnung auflösender bzw. aufschiebender Bedingungen sinnvoll erscheinen lässt. Im Rahmen der Gestaltungsüberlegung, die dieser Untersuchung zugrunde liegt, würde demzufolge die Vollerbschaft des überlebenden Ehegatten nach dessen Tod durch den Eintritt einer Bedingung, in diesem Fall also die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch dessen Abkömmlinge, rückwirkend aufgehoben werden. Damit wird das Fortbestehen der Vollerbschaft des länger lebenden Ehegatten also unter die auflösende Bedingung gestellt, dass dessen Abkömmlinge bei Eintritt des Schlusserbfalles keinen Pflichtteilsanspruch bzw. keinen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend machen und damit die von den Eheleuten angestrebte Vermögensteilhabe nicht stören.

<sup>307</sup> Palandt (Weidlich), Rn. 16 f. zu § 2269.

<sup>308</sup> Ausführlich hierzu Völzmann in RNotZ 2012, 1.

<sup>309</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 4.3.3. sowie BGH in FamRZ 1961, S. 276; BGH in NJW 1988, S. 60; BGHZ 156, S. 172 (180 f.); Mayer in FRP 2013, S. 317; Kipp/Coing, § 79 IV 1; Jauernig (Stürmer), Rn. 7 zu § 2269; RGRK (Johannsen), Rn. 19 zu § 2269; Soergel (Wolf), Rn. 26 zu § 2269; Staudinger (Kanzleiter), Rn. 42 zu § 2269; Palandt (Weidlich), Rn. 17 zu § 2269.



### 4.3.2. Die Bedingung der Geltendmachung des Pflichtteiles

Bedingungen in letztwilligen Verfügungen sind Bestimmungen des Erblassers, nach denen die Rechtswirkungen der gesamten Verfügung von Todes wegen, einzelner darin enthaltener Verfügungen oder eines Teiles davon vom Eintritt oder Nichteintritt eines nach dem Erbfall eintretenden Ereignisses abhängig sein sollen.<sup>310</sup> Diese sind gemäß 158 BGB i.V.m. §§ 2074, 2075 BGB grundsätzlich zulässig.<sup>311</sup>

Die Bedingung des Fortbestandes der Vollerbschaft des länger lebenden Ehegatten unter der Voraussetzung der Nichtgeltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach Eintritt des Schlusserbfalles durch dessen pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge würde eine Potestativbedingung im Sinne des § 2075 BGB darstellen. Das zum Bedingungseintritt führende Verhalten muss daher alleine vom Willen des Bedachten abhängen.<sup>312</sup>

Die Konstruktion einer derartigen Regelung ist demgemäß mit einer „Wiederverheiratsklausel“, die ebenfalls unter § 2075 BGB fällt<sup>313</sup>, zu vergleichen. Im Verhältnis zur „Wiederverheiratsklausel“ ist in diesem Fall aber die Besonderheit zu berücksichtigen, dass die Verwirkung der Rechtsposition des länger lebenden Ehegatten nicht durch diesen selbst, sondern vielmehr durch dessen Abkömmlinge und auch erst nach dessen Tod herbeigeführt werden kann.<sup>314</sup>

Fraglich ist daher, ob eine derartige Konstruktion rechtsdogmatisch überhaupt umsetzbar ist, weil der Bedingungseintritt eben nicht vom Verhalten des länger lebenden Ehegatten abhängig ist und dieser zudem auch erst nach dessen Tod herbeigeführt werden kann. Daneben ist zu überlegen, ob durch eine derartige Regelung nicht möglicherweise die Zielsetzung, welche die Testierenden mit der Anordnung der Einheitslösung verbinden, unterlaufen und damit der eigentliche Erblasserwille vereitelt wird.

### 4.3.3. Die Rechtsposition des überlebenden Ehegatten

#### 4.3.3.1. Darstellung verschiedener Rechtsauffassungen

Dabei ist zunächst die Rechtsposition des überlebenden Ehegatten im Rahmen einer solchen Konstruktion zu bedenken. Die Regelungsintention, die mit einem „Berliner Testament“ verbunden ist, darf durch eine solche Gestaltung nämlich nicht berührt

<sup>310</sup> Bamberger/Roth (Litzenburger), Rn. 2 zu § 2074; Jauernig (Stürner), Rn. 1 der Anm. zu §§ 2074-2076; MüKo BGB (Leipold), Rn. 14 zu § 2074; Staudinger (Otte), Rn. 8 zu 2074.

<sup>311</sup> So auch BGH in DNotZ 2010, S. 202.

<sup>312</sup> Frank/Helms, § 4, Rn. 12; Lange, § 16, Rn. 101; Leipold, Rn. 448; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 15, Rn. 170; Bamberger/Roth (Litzenburger), Rn. 2 zu § 2075; MüKo BGB (Leipold), Rn. 2 zu § 2075; Palandt (Weidlich), Rn. 2 zu § 2075; Staudinger (Otte), Rn. 3 zu § 2075 BGB.

<sup>313</sup> BeckOK BGB/Litzenburger BGB § 2075 Rn. 3.

<sup>314</sup> BGH in MittBayNot 1986, S. 94; Zavar in NJW 1988, S. 16 ff.; Bamberger/Roth (Litzenburger), Rn. 2 zu § 2075; MüKo BGB (Leipold), Rn. 4 zu § 2075; Staudinger (Otte), Rn. 2 zu § 2075.



werden, weil die Testierenden ansonsten auch von vornherein die Trennungslösung wählen könnten; demzufolge muss der überlebende Ehegatte im Rahmen einer solchen Regelung weiterhin uneingeschränkter Vollerbe sein. Es stellt sich daher die Frage, welche Rechtsstellung der überlebende Ehegatte bei der Einheitslösung in Verbindung mit einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung vor einem möglichen Bedingungseintritt einnimmt. Dazu gibt es verschiedene Ansichten, die kurz dargestellt werden sollen:

#### *4.3.3.1.1. Auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe*

Auf der einen Seite kann der überlebende Ehegatte bis zum Bedingungseintritt als auflösend bedingter Vollerbe und gleichzeitig als aufschiebend bedingter Vorerbe angesehen werden.<sup>315</sup> Nach dieser Auffassung ist der überlebende Ehegatte zunächst Vollerbe, verliert diese Vollerbenstellung jedoch bei Eintritt der jeweiligen Bedingung, also im konkreten Fall mit der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Schlusserbfall, und wird durch den Bedingungseintritt zum Vorerben.

#### *4.3.3.1.2. Auflösend bedingter Vorerbe und aufschiebend bedingter Vollerbe*

Auf der anderen Seite kann der überlebende Ehegatte als auflösend bedingter Vorerbe und als aufschiebend bedingter Vollerbe angesehen werden.<sup>316</sup> In diesem Fall ist der überlebende Ehegatte zunächst Vorerbe und wird durch den jeweiligen Bedingungseintritt, also im konkreten Fall bei der Nichtgeltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Schlusserbfall, zum Vollerben.

#### *4.3.3.1.3. Freies Wahlrecht der Ehegatten*

Letztlich wird die Auffassung vertreten, dass die Testierenden die freie Wahl haben, ob der überlebende Ehegatte nach dem ersten Erbfall als auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe oder als auflösend bedingter Vorerbe und aufschiebend bedingter Vollerbe anzusehen ist.<sup>317</sup> Demnach ist nach dieser Meinung stets der Wille der Testierenden für die Ausgestaltung der Rechtsposition des länger lebenden Ehegatten maßgeblich, der bei nicht eindeutiger Regelung im Wege der Auslegung zu ermitteln ist.<sup>318</sup>

<sup>315</sup> Vgl. hierzu FN 309.

<sup>316</sup> Völmann in RNotZ 2012, S. 10; MüKo BGB (Musielak), Rn. 51 zu § 2269.

<sup>317</sup> Zawar in DNotZ 1986, S. 526; Jünemann in ZEV 2000, S. 86; Völmann in RNotZ 2012, S. 8; Buchholz, S. 45; Münchener Anwaltshandbuch (Ridder), § 11, Rn. 92.

<sup>318</sup> OLG Celle in ZEV 2013, S. 41; Völmann in RheinNotZ 2012, S. 8; Buchholz, S. 45.



#### 4.3.3.2. *Stellungnahme*

Die erst- und die zweitgenannte Auffassung unterscheiden sich dadurch, dass der Längerlebende im Rahmen einer solchen Konstruktion bis zu einem möglichen Bedingungseintritt entweder als Voll- oder als Vorerbe zu behandeln ist. Dabei ist die zweitgenannte Auffassung insbesondere deshalb als problematisch anzusehen, weil diese nicht ohne Weiteres mit der eigentlichen Konstruktion des „Berliner Testamentes“, nämlich einer uneingeschränkten Vollerbschaft des überlebenden Ehegatten, in Einklang zu bringen ist; diese Auffassung geht nämlich von vornherein von einer Vorerbschaft des Längerlebenden aus. Dies dürfte allerdings dem Sinn und Zweck der Regelungszintention, welcher mit der Anordnung der Einheitslösung verbunden wird, widersprechen und damit den Willen der Testierenden nicht wiedergeben.

Losgelöst davon würde die Annahme, dass der Überlebende auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe wäre, wie von der erstgenannten Meinung vertreten, mit kaum überwindbaren dogmatischen Problemen verbunden sein: Auch für den aufschiebend bedingten Vorerben gelten nämlich die Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB.<sup>319</sup> Der überlebende Ehegatte wird demzufolge zwar als Vollerbe bezeichnet, ist im Ergebnis jedoch keiner, da er – wie ein Vorerbe – den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 ff. BGB unterliegt; ferner gilt der Surrogationsgrundsatz des § 2111 BGB.<sup>320</sup> Sofern man also der h. M. in der Auffassung folgt, dass im Falle einer angeordneten Bedingung in der diskutierten Form der überlebende Ehegatte als auflösend bedingter Voll- und aufschiebend bedingter Vorerbe anzusehen ist, ändert dies nichts daran, dass dieser faktisch auch nur die Rechtsposition eines Vorerben hat und damit konsequenterweise eine Vor- und Nacherbschaft und gerade keine Voll- und Schlusserbschaft vorliegt.<sup>321</sup> Dieser Widerspruch zu dem eigentlichen Regelungswillen, der mit der Anordnung des „Berliner Testamentes“ verbunden wird, lässt sich auch nicht dadurch beseitigen, dass der überlebende Ehegatte den Status des befreiten Vorerben im Sinne des § 2136 BGB erhält, weil auch dies insbesondere wegen § 2113 Abs. 2 BGB nicht zum Entstehen einer Vollerbschaft führt und damit die Rechtsposition des länger lebenden Ehegatten mit der eines Vollerben gerade nicht vergleichbar ist.<sup>322</sup>

<sup>319</sup> BGH in DNotZ 1986, S. 543; BGHZ 1996, S. 204; BayObLGZ 1966, S. 231; MüKo BGB (Musielak), Rn. 52 zu § 2269; Palandt (Weidlich), Rn. 18 zu § 2269; Staudinger (Kanzleiter), Rn. 42 zu § 2269.

<sup>320</sup> So auch Soergel (Harder), Rn. 10 vor § 2100, m. w. N.

<sup>321</sup> Vgl. auch Jünemann in ZEV 2000, S. 82; Lange-Kuchinke, § 22 IV 1; Leipold, Rn. 447; Erman (S. und T. Käppler), Rn. 14 zu § 2269; MüKo BGB (Musielak), Rn. 51 zu § 2269.

<sup>322</sup> Vgl. auch FN 156. Eine andere Auffassung vertritt an dieser Stelle der BGH (beispielsweise in DNotZ 1986, S. 543/544). Demnach soll gerade die Befreiung nach § 2136 BGB ein Indiz dafür sein, dass die Rechtsposition mit dem Vollerben durchaus vergleichbar ist und die Testierenden diese Gestaltung nur deshalb so gewählt haben, um ein bestimmtes Regelungsziel zu erreichen, was nicht verwehrt werden darf.



Dabei wird von den Gegnern der erstgenannten Auffassung insoweit auch zu Recht eingewendet, dass diese nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang zu bringen ist. Um die Wirkungen der §§ 2113 ff. BGB im Falle einer auflösend bedingten Voll- und einer aufschiebend bedingten Vorerbschaft zugunsten des Nacherben entfalten zu können, müssten die Regelungen der §§ 2113 ff. BGB im Falle des Bedingungseintrittes nämlich zurückwirken. Daher führt die Konstruktion einer aufschiebend bedingten Vorerbschaft, die bei Bedingungseintritt zurückwirkt, zum Widerspruch im Hinblick auf den Regelungsgehalt des § 158 Abs. 1 BGB, wonach der Bedingungseintritt gerade nicht zurückwirkt. Nach dieser Norm tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst mit dem Eintritt der Bedingung ein; bis zu diesem Zeitpunkt ist die Wirkung hinausgeschoben.<sup>323</sup> Demzufolge kann im Rahmen einer Konstruktion, die letztlich den Längerlebenden als auflösend bedingten Voll- und aufschiebend bedingten Vorerben ansieht, ein Schutz der Nacherben, der letztlich mit den Regelungen der §§ 2113 ff. BGB erreicht wird, erst nach Bedingungseintritt eintreten.

Möglicherweise lässt sich aber gerade aus diesem Umstand im Rahmen der hier diskutierten Gestaltungsüberlegung eine Begründung dafür herleiten, dass die Rechtsposition des länger lebenden Ehegatten tatsächlich doch als auflösend bedingter Vollerbe zu bewerten ist. Im Rahmen dieser Konstruktion ist nämlich zu erkennen, dass zu Lebzeiten des länger lebenden Ehegatten die Bedingung, die zum Eintritt der Vor- und Nacherbschaft führen soll, überhaupt nicht eintreten kann; vielmehr kann der Bedingungseintritt im Rahmen dieser Gestaltung nur nach dem Tod des Längerlebenden durch dessen Abkömmlinge mittels Einforderung eines Pflichtteils herbeigeführt werden. Aus diesem Grund besteht zu Lebzeiten des Längerlebenden keine Gefährdung im Hinblick auf die Verwirkung von dessen Rechtsposition als Vollerbe. Dieses Ergebnis dürfte regelmäßig auch dem Wunsch der Testierenden entsprechen, weil diese mit einer solchen Konstruktion – im Gegensatz zur „Wiederverheirathungsklausel“ – die Absicherung der Rechtsposition der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten beim Schlusserbfall, die durch Einforderung von Pflichtteilsansprüchen der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten beeinträchtigt werden kann, bewirken wollen. Demgegenüber soll dem Längerlebenden zu Lebzeiten die Position als uneingeschränkter Vollerbe erhalten bleiben; diese soll er im Interesse der Abkömmlinge des Erstversterbenden nur bei Bedingungseintritt verlieren, wobei es hierzu aber eben erst nach dem Schlusserbfall kommen kann. Bei Bedingungseintritt geht im Rahmen der Vor- und Nacherbfolge das noch vorhandene Vermögen des Erstversterbenden sodann aus-

<sup>323</sup> MüKo BGB (Westermann) Rn. 8 und Rn. 18 ff. zu § 158.





schließlich auf dessen Abkömmlinge über. Dabei wird das Vermögen des zuerst versterbenden Ehegatten also für eine „juristische Sekunde“ aus dem Vermögen des länger lebenden Ehegatten ausgegliedert und zu sogenanntem Sondervermögen<sup>324</sup>, welches unmittelbar danach auf die Nacherben übergeht.

Die Regelungen der §§ 2113 ff. BGB, die vornehmlich eine Schutzfunktion für den Nacherben entfalten sollen<sup>325</sup>, laufen demgegenüber leer, weil eine Rückwirkung nach § 158 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist. Demnach würden die Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 ff. BGB im Rahmen dieser Konstruktion frühestens mit der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch die Abkömmlinge des Letztversterbenden eingreifen können, so dass eine Schutzwirkung für die Nacherben bis zu diesem Zeitpunkt ausgeschlossen ist und damit leerläuft. Hierauf kommt es im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung aber auch nicht an: Den Erblassern ist nämlich nicht daran gelegen, eine Regelung zu treffen, die der Intention entspricht, welche regelmäßig mit der Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft verbunden wird. Vielmehr bringen diese mit der Anordnung der Einheitslösung den Wunsch nach einer Voll- und Schlusserbschaft zum Ausdruck. Demzufolge geht es dem erstversterbenden Ehegatten gerade nicht darum, das eigene Vermögen für seine Abkömmlinge – wie beispielsweise bei der Wiederverheirathungsklausel – in der Substanz zu erhalten; dieses soll dem länger lebenden Ehegatten tatsächlich bis zu dessen Tod uneingeschränkt zur Verfügung stehen. Daneben ist beim erstversterbenden Ehegatten durch die Festlegung einer bestimmten Schlusserbfolge aber regelmäßig die Absicht zu erkennen, dass dessen Abkömmlinge beim Schlusserbfall am (gesamten) Nachlass in entsprechendem Maße beteiligt werden sollen. Deswegen kann durchaus unterstellt werden, dass der Erstversterbende sichergestellt wissen möchte, dass dessen noch vorhandener Restnachlass beim Schlusserbfall zumindest in den Fällen seinen Abkömmlingen zufallen soll, in denen die beabsichtigte Nachlassverteilung durch die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen von Seiten der Abkömmlinge des Letztversterbenden beeinträchtigt wird. Demzufolge geht es im Rahmen einer solchen Gestaltungsüberlegung um die Herbeiführung einer Abschreckungswirkung für die Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten sowie um die Sicherstellung der Vermögensbeteiligung der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten in den Fällen, in denen die angestrebte Verteilung des Nachlasses beim Schlusserbfall durch die Geltendmachung eines

<sup>324</sup> Vgl. zum Begriff des „Sondervermögens“ im Rahmen der Trennungslösung auch FN 148 m.w.N.

<sup>325</sup> Bamberger/Roth (Litzenburger), Rn. 2 zu § 2113; Kroiß/Ann/Mayer (Gierl), Rn. 1 zu § 2113; MüKo BGB (Grunsky), Rn. 1 zu § 2113; Staudinger (Avenarius), Rn. 1 zu § 2113.





Pflichtteilsanspruches bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB gestört wird.

Es kommt somit im hier diskutierten Fall nicht darauf an, ob zugunsten der Abkömmlinge des Erstversterbenden die Schutzfunktion der §§ 2113 ff. BGB vor Bedingungseintritt eingreift oder nicht, weil eine solche Schutzfunktion von den Testierenden nicht gewollt ist. Aus diesem Grund ist nicht ersichtlich, dass sich die Einsetzung des überlebenden Ehegatten als auflösend bedingten Voll- und aufschiebend bedingten Vorerben im Rahmen dieser Konstruktion gegen die Intention, die mit der Anordnung der Einheitslösung verbunden ist, richtet. Auch der Umstand, dass die Schutzfunktion der §§ 2113 ff. BGB im Rahmen dieser Gestaltung wegen der Regelung des § 158 Abs. 1 BGB im Ergebnis leerläuft, ändert nichts an der dogmatischen Vertretbarkeit; der Wegfall der Vollerbschaft sowie der Eintritt der Vor- und Nacherbschaft innerhalb einer juristischen Sekunde erfolgt ausschließlich im Interesse der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten und spiegelt zudem den Erblasserwillen. Letzteres deckt sich auch mit der vom BGH im Beschluss vom 06.11.1985 (IVa ZB 5/85) vertretenen Rechtsansicht, dass die Vollerbenstellung bis zum Bedingungseintritt als solche anzuerkennen ist, weil es dem Erblasserwillen entspricht.

Somit bestehen zumindest im Rahmen dieser Konstruktion keine Bedenken dahingehend, den länger lebenden Ehegatten als auflösend bedingten Voll- und als aufschiebend bedingten Vorerben anzusehen. Dies dürfte im Übrigen auch der letztgenannten Auffassung am nächsten stehen, weil diese vornehmlich auf den Regelungswillen der Testierenden abstellt, der im Falle der Anordnung einer Vollerbschaft den länger Lebenden gerade von Verfügungsbeschränkungen befreien möchte. Entscheidend ist daher alleine die Formulierung in der letztwilligen Verfügung, aus der sich ergibt, welche Rechtsposition der überlebende Ehegatte im Falle des Bedingungseintrittes nach dem Willen der Erblasser einnehmen soll.<sup>326</sup> Gleichzeitig wird durch eine solche Gestaltung bei Bedingungseintritt – als positiver Nebeneffekt – auch die Berechnungsgrundlage für den Pflichtteil der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten beim Schlusserbfall minimiert, indem dessen Nachlass das Sondervermögen entzogen wird, so dass hierdurch der Anwendungsbereich des § 2305 BGB, dessen Eröffnung durch die Einheitslösung zumindest mittelbar gefördert wird, auch wieder geschlossen werden könnte.

---

<sup>326</sup> Völzmann in RNotZ 2012, S. 8.



#### 4.3.4. Die Rechtsposition der Schlusserben

##### 4.3.4.1. *Bedingungseintritt durch Verhalten einzelner Schlusserben*

Weiterhin ist fraglich, ob der Bedingungseintritt, der zum Verlust der Vollerbenstellung des länger lebenden Ehegatten führt, auch durch das Verhalten einzelner Schlusserben herbeigeführt werden kann. Die Besonderheit besteht nämlich – in Abweichung zu der Konstruktion bei der „Wiederverheiratsklausel“ – im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung darin, dass der Bedingungseintritt, und damit der Verlust der Vollerbenstellung des Längerlebenden, vom Verhalten eines Dritten, nämlich der Schlusserben, abhängig gemacht wird.

Die Regelung des § 2075 BGB beschäftigt sich mit der auflösend bedingten Zuwendung. Hierbei handelt es sich um eine Auslegungsregel, wonach der Bedingungseintritt im Zweifel von einem Verhalten des Bedachten abhängig sein muss; nach dem Wortlaut der Vorschrift muss dieses Verhalten aber „lediglich“ vom Willen des Bedachten ausgehen. Hier kann dahinstehen, ob als Bedingung im Sinne des § 2075 BGB nur solche Dinge anzusehen sind, die einen Bedingungseintritt ausschließlich vom Willen des Bedachten abhängig machen<sup>327</sup> oder auch die Mitwirkung eines Dritten erforderlich sein kann.<sup>328</sup> Entscheidend ist im Rahmen der hier diskutierten Konstruktion vielmehr, ob ausschließlich der Längerlebende als Bedachter des erstversterbenden Ehegatten im Sinne des § 2075 BGB beim „Berliner Testament“ erfasst wird und damit auch nur dieser den Bedingungseintritt herbeiführen kann oder auch ein Dritter, also beispielsweise ein Schlusserbe.

##### 4.3.4.2. *Wer ist Bedachter des Erstversterbenden beim „Berliner Testament“?*

Somit ist zu klären, wer als Bedachter des Erstversterbenden im Rahmen eines „Berliner Testamentes“ anzusehen ist; dabei ist die Rechtsposition eines Bedachten nicht immer mit der Rechtsposition eines Erben gleichzusetzen, der regelmäßig eine weitreichendere Stellung einnimmt und insbesondere auch als der Rechtsnachfolger des Erblassers anzusehen ist.

###### 4.3.4.2.1. *Nur der Vollerbe als Bedachter*

Zunächst ist denkbar, dass ausschließlich der länger lebende Ehegatte bei einem „Berliner Testament“ im Zuge des ersten Erbfalls als Bedachter anzusehen ist, weil diesem

<sup>327</sup> So beispielsweise Bosch in FamRZ 1968, S. 335; Bamberger/Roth (Litzenburger), Rn. 2 zu § 2075; Palandt (Weidlich), Rn. 2 zu § 2075.

<sup>328</sup> So beispielsweise MüKo BGB (Leipold), Rn. 2 zu § 2075; Soergel (Loritz), Rn. 3 zu § 2075; Staudinger (Otte), Rn. 27 zu § 2074. Nach der Auffassung von *Otte* handelt es sich um eine ohne erkennbare Absicht gewählte Formulierung des Gesetzgebers, die jedoch nicht als zusätzliche Voraussetzung anzusehen ist.



beim Tod des erstversterbenden Ehegatten der gesamte Nachlass zufällt und dieser aufgrund der Konstruktion des „Berliner Testamentes“ auch der alleinige Erbe wird.

#### *4.3.4.2.2. Nur der Schlusserbe als Bedachter*

Ebenso könnte man annehmen, dass ausschließlich der Schlusserbe bei einem „Berliner Testament“ als Bedachter insbesondere des erst- aber auch des letztversterbenden Ehegatten anzusehen ist, weil der länger lebende Ehegatte bei Eintritt des Schlusserbfales bereits vorverstorben ist und diesem der gesamte Nachlass beider Ehegatten beim zweiten Erbgang zufällt. Demzufolge erhält der Schlusserbe letztlich den Nachlass sowohl des Erst- als auch des Letztversterbenden.

#### *4.3.4.2.3. Sowohl Voll- als auch Schlusserbe als Bedachter*

Darüber hinaus erscheint denkbar, dass sowohl der länger lebende Ehegatte als auch der Schlusserbe bei einem „Berliner Testament“ als Bedachte des erstversterbenden Ehegatten in Betracht kommen, weil nach dem Erblasserwillen sowohl der Längerlebende als auch der Schlusserbe letztlich am Nachlass des erstversterbenden Ehegatten teilhaben sollen. Der Längerlebende kann nämlich aufgrund seiner Vollerbenstellung zu Lebzeiten (auch) über den Nachlass des Erstversterbenden verfügen; der sodann noch vorhandene Nachlass geht beim Tod des länger lebenden Ehegatten auf den Schlusserben über.

#### *4.3.4.2.4. Stellungnahme*

Für die erstgenannte und gegen die zweitgenannte Auffassung spricht zunächst die Konstruktion des „Berliner Testamentes“ dahingehend, dass sich im Rahmen der Einheitslösung das Vermögen beider Ehegatten zunächst beim überlebenden Ehegatten vereinheitlicht und sodann erst in einem zweiten Erbgang beim Tod des Letztversterbenden auf die Schlusserben übergeht. Die Besonderheit des „Berliner Testamentes“ besteht nämlich gerade darin, dass nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten im Rahmen des ersten Erbganges zunächst der überlebende Ehegatte zum Alleinerben berufen wird, mithin die Schlusserben im Rahmen dieses Erbganges von der Erbfolge ausgeschlossen und somit enterbt werden. Erst beim zweiten Erbgang, nämlich beim Tod des Letztversterbenden, erlangen diese eine Erbenstellung; ein Anwartschaftsrecht besteht bis zu diesem Zeitpunkt – im Gegensatz zur Trennungslösung – gerade nicht. Demzufolge müssten bereits aufgrund der Konstruktion des „Berliner Testamentes“



die Schlusserben ausschließlich als Bedachte des letztversterbenden Ehegatten anzusehen sein und nicht als Bedachte des erstversterbenden Ehegatten.<sup>329</sup>

Dem steht allerdings entgegen, dass die Schlusserbeneinsetzung auch auf die Verfügung des erstversterbenden Ehegatten zurückzuführen ist und damit die Erlangung der Schlusserbenposition tatsächlich nicht ausschließlich auf einer Verfügung des Letztversterbenden beruht. Hierbei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass es gerade im Rahmen des gemeinschaftlichen Testamentes die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen der Ehegatten zueinander gibt, d.h. die Verfügungen der Ehegatten stehen nach deren Willen im Verhältnis zueinander, mit der Folge, dass die Verfügung des einen ohne die Verfügung des anderen keinen Bestand haben soll.<sup>330</sup> Im Rahmen der Korrespondenz ist der überlebende Ehegatte an die gemeinschaftliche Verfügung im Regelfall nach dem Tod des anderen gebunden und kann diese nicht mehr abändern.<sup>331</sup> Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass dem letztversterbenden Ehegatten im Rahmen einer letztwilligen Verfügung die Möglichkeit eingeräumt werden kann, die Schlusserbfolge zu ändern, indem im Hinblick auf die wechselbezügliche Schlusserbeneinsetzung zugunsten des überlebenden Ehegatten ein Änderungsvorbehalt mit aufgenommen wird.<sup>332</sup> Damit hat der Gesetzgeber zwar den testierenden Ehegatten durch die Möglichkeit der Aufnahme eines Änderungsvorbehaltes freigestellt, ob und in welchem Umfang die in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen bindend sein sollen, so dass hierdurch die Reichweite der Wechselbezüglichkeit im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB eingeschränkt wird.<sup>333</sup> Aus diesem Grund können sich die testierenden Ehegatten gegenseitig oder einseitig im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes die Möglichkeit einräumen, auch solche Verfügungen nach dem ersten Erbfall ganz oder zum Teil abzuändern, die wechselbezüglich sind, mit der Folge, dass der überlebende Ehegatte auch nach dem ersten Erbfall vollumfänglich neu verfügen und damit die Schlusserbenregelung ändern kann.<sup>334</sup> Dass die Abänderung der Schlusserbfolge durch den überlebenden Ehegatten bei einem gemeinschaftlichen Testament nach dem ersten Erbfall in einem solchen Fall aber nur dann möglich ist, wenn die letztwillige Verfügung einen Abänderungsvorbehalt zugunsten des länger lebenden Ehegatten vorsieht, verdeutlicht, dass die

<sup>329</sup> Vgl. hierzu ergänzend auch FN 167.

<sup>330</sup> Vgl. zur Frage der Bindungswirkung FN 255 m.w.N.

<sup>331</sup> Vgl. hierzu FN 255.

<sup>332</sup> Vgl. zur Frage der Abänderungsbefugnis FN 256 m.w.N.

<sup>333</sup> BGH in NJW 1964, S. 2056; BGH in NJW 1987, S. 901; OLG Stuttgart OLGZ S. 261 (263); Musielak in ZErB 2008, S. 189 (194); Leipold, Rn. 472.

<sup>334</sup> Eine solche vollumfängliche Änderungsbefugnis ist demgegenüber beim Erbvertrag nicht möglich, vgl. auch BGHZ 2, 35 (37); BGHZ 26, 204 (208); OLG Stuttgart in DNotZ 1986, S. 552; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 11, Rn. 84.



Schlusserbeneinsetzung nicht losgelöst von der Verfügung des erstversterbenden Ehegatten zu betrachten ist. Diese beruht bei einem gemeinschaftlichen Testament vielmehr auf einer gemeinschaftlichen Verfügung und damit auf einem gemeinschaftlichen Willen beider Ehegatten.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass der Längerlebende im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testaments in seiner Eigenschaft als Vollerbe zwar uneingeschränkt über den Nachlass verfügen kann, von ihm getroffene Verfügungen aber mit Eintritt des Schlusserbfalls analog §§ 2287, 2288 BGB unwirksam werden können, sofern der erstversterbende Ehegatte derartige Zuwendungen nicht zugelassen hat oder diese ohne ein lebzeitiges Eigeninteresse des Längerlebenden erfolgt sind und die Schlusserben beeinträchtigen.<sup>335</sup> Auch durch die Regelungen der §§ 2287, 2288 BGB wird deutlich, dass (auch) durch die Verfügung des Erstversterbenden die Rechtsposition des Schlusserben mit ausgestaltet wird und der Längerlebende ohne entsprechende Freistellungen des Erstversterbenden in seinen Verfügungsmöglichkeiten als Vollerbe zumindest mittelbar eingeschränkt wird, weil diese nicht in jedem Fall kondiktionsfest sind.

Demzufolge ist auf der einen Seite zu erkennen, dass der überlebende Ehegatte zwar Vollerbe ist und damit sowohl über das eigene als auch über das geerbte Vermögen zu Lebzeiten frei und uneingeschränkt verfügen kann. Auf der anderen Seite ist der überlebende Ehegatte aber an die gemeinschaftliche Verfügung aufgrund der Wechselbezüglichkeit, zumindest im Hinblick auf die Schlusserbfolge, gebunden, soweit diese einen Verwandten oder eine sonst nahestehenden Person des Erstversterbenden begünstigt; ferner gibt es zum Schutz der Schlusserben die Regelungen der §§ 2287, 2288 BGB, die letztlich etwaige Verfügungen des Längerlebenden im Falle der Beeinträchtigung der Schlusserbenposition kondizierbar machen können. Daher spricht vieles dafür, dass sowohl der länger lebende Ehegatte als auch die Schlusserben als Bedachte des erstversterbenden Ehegatten im Rahmen des „Berliner Testamentes“ anzusehen sind.

Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht der Regelung des § 2065 BGB. Danach darf ein Erblasser einem Dritten nicht überlassen, ob eine letztwillige Verfügung gelten soll oder nicht.<sup>336</sup> Insoweit darf also der Erblasser grundsätzlich keine Entscheidung auf

<sup>335</sup> BGH in NJW 1983, S. 2378; MüKo BGB (Musielak), Rn. 36 zu § 2269 m.w.N.

<sup>336</sup> Durch § 2065 BGB wird das in § 2064 BGB zum Ausdruck kommende Prinzip der Höchstpersönlichkeit um das Verbot der Vertretung im Willen bzw. den Ausschluss der Fremdbestimmung ergänzt und erweitert, vgl. auch Bamberger/Roth (Litzenburger), Rn. 1 zu § 2065; Kroiß/Ann/Mayer (Beck/Selbherr), Rn. 1 zu § 2065; MüKo BGB (Leipold), Rn. 1 zu § 2065; Staudinger (Otte), Rn. 1 f. zu § 2065.





Dritte delegieren, sofern diese die Frage betrifft, ob eine letztwillige Verfügung gelten soll oder nicht bzw. ob ein Dritter zum Erben berufen wird.<sup>337</sup> Hieran könnte man aber denken, wenn einzelne Schlusserben durch ihr Verhalten über den Bedingungseintritt bestimmen und damit faktisch über die Frage entscheiden, ob die Vollerbenstellung des länger lebenden Ehegatten verwirkt wird oder nicht.<sup>338</sup> Tatsächlich ist der Regelungsinhalt dieser Norm im Schrifttum seit jeher umstritten; es wird nämlich auch als Ausfluss der Testierfreiheit angesehen, dass der Erblasser die Entscheidung über das Schicksal seines Nachlasses in die Hände Dritter legen darf.<sup>339</sup> Mit Blick darauf, dass die Rechtsordnung bei allen anderen Verfügungsarten dem Verfügenden weitestgehend freistellt, einem Dritten über den Gegenstand der Verfügung und deren Wirksamkeit entscheiden zu lassen, erscheint die Vorschrift des § 2065 BGB daher systemwidrig.<sup>340</sup> Losgelöst davon ist eine weitergehende Positionierung in diesem Fall aber auch unnötig: Bereits aufgrund der Konstruktion des „Berliner Testamentes“ wird deutlich, dass der Anwendungsbereich des § 2065 BGB in diesem Fall nicht eröffnet ist. Der überlebende Ehegatte ist im Rahmen des ersten Erbanges der alleinige Erbe des erstversterbenden Ehegatten. Im zweiten Erbgang fällt der Nachlass sodann an die Schlusserben, wobei diese aufgrund der Konstruktion des gemeinschaftlichen Testamentes ausschließlich Erben des letztversterbenden Ehegatten werden. Aus diesem Grund wird die Entscheidung darüber, ob eine letztwillige Verfügung gelten soll oder nicht bzw. ob ein Dritter zum Erben berufen wird, gerade nicht in die Hand eines Dritten gelegt. Vielmehr entscheidet der Dritte nur darüber, ob die Vollerbenstellung des Längerlebenden nach dessen Tod aufgelöst und in eine Vorerbenstellung umgewandelt wird.

Demzufolge ist nicht davon auszugehen, dass ausschließlich der länger lebende Ehegatte als Bedachter im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes anzusehen ist. Gerade die Regelungen zur Wechselbezüglichkeit machen deutlich, dass die Verfügungen der Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament gerade als gemeinschaftlich getroffene Verfügungen anzusehen sind, die in ihrem Bestand regelmäßig zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Demnach ist im Rahmen der Einheitslösung auch der Schlusserbe als Bedachter sowohl des erst- als auch des letztversterbenden Ehegatten im Sinne des § 2075 BGB anzusehen. Aus diesem Grund ist der Schlusserbe auch in der Lage, den Bedingungseintritt durch Einforderung eines

<sup>337</sup> BGH in NJW 1984, S. 87; Jauernig (Stürner), Rn. 1 zu § 2065; Kroiß/Ann/Mayer (Beck/Selbherr), Rn. 1 zu § 2065; MüKo BGB (Leipold), Rn. 1 zu § 2065.

<sup>338</sup> Burandt/Rojahn (Czubayko), Rn. 1 zu § 2065; Palandt (Weidlich), Rn. 1 zu § 2065.

<sup>339</sup> BeckOK BGB/Litzenburger BGB § 2065 Rn. 1.

<sup>340</sup> Ebd.





Pflichtteils bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB herbeizuführen, mit der Folge, dass es zum Verlust der Vollerbenstellung des länger lebenden Ehegatten nach dessen Tod kommen und diese sich in eine Vorerbenstellung verwandeln kann.

#### **4.3.4.3. Vorschlag einer Verwirkungsklausel**

Somit bestehen keine Bedenken dahingehend, eine Verwirkungsklausel zu konstruieren, durch die nach dem Schlusserbfall die Verwirkung der ursprünglichen Vollerbenstellung des länger lebenden Ehegatten aufgrund des Verhaltens einzelner Schlusserben herbeigeführt werden kann.<sup>341</sup> Eine Verwirkungsklausel, die dem Schlusserben diese Option eröffnet, könnte wie folgt gestaltet werden:

*Der Längerlebende ist Vollerbe; die Vollerbschaft steht jedoch unter der auflösenden Bedingung, dass die Abkömmlinge des länger lebenden Ehegatten nach dessen Tod einen Pflichtteilsanspruch oder einen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend machen. Für den Fall der Geltendmachung durch einen der Abkömmlinge des Letztversterbenden kommt es im Hinblick auf den Nachlass des Erstversterbenden von uns zum Eintritt der Vor- und Nacherbschaft. Der Längerlebende von uns ist somit aufschiebend bedingter Vorerbe, wobei die Vorerbschaft unmittelbar nach Bedingungseintritt beendet ist und der Nacherbfall eintritt. Zu Nacherben bestimmt der Erstversterbende von uns seine zu diesem Zeitpunkt lebenden Abkömmlinge, ersatzweise wiederum deren Abkömmlinge, jeweils stammweise zu gleichen Teilen.*

Damit erfüllt eine solche Verwirkungsklausel im Prinzip die gleiche Funktion, wie eine „Wiederverheiratungsklausel“. Der Unterschied zur „Wiederverheiratungsklausel“ besteht lediglich darin, dass im Rahmen dieser Gestaltung die Verwirkung der Rechtsposition des Längerlebenden nicht von dessen Verhalten abhängig ist und es hierzu auch erst nach dem Schlusserbfall kommen kann. Die Rechtsposition des länger lebenden Ehegatten wird dabei zwar beeinträchtigt, weil dieser rückwirkend die Vollerbenstellung verliert; dieser Umstand belastet den überlebenden Ehegatten tatsächlich jedoch nicht, weil dieser bei Bedingungseintritt bereits verstorben ist. Aber auch zu Lebzeiten führt der mögliche Verlust der Rechtsposition als Vollerbe durch den Bedingungseintritt aufgrund der Regelung des § 158 Abs. 1 BGB nicht zu nachteiligen Auswirkungen und schränkt dessen Vollerbenposition nicht ein.

<sup>341</sup> So im Ergebnis auch BGH in ZErB 2006, S. 361 (361); OLG Stuttgart OLGZ 1979, 52 (54); OLG Zweibrücken in ZEV 1999, S. 109; Lübbert in NJW 1988, S. 2713; Lange/Kuchinke, § 24 IV 5; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 21, Rn. 24; Erman (S. und T. Läßler), Rn. 12 ff. zu § 2269; Palandt (Weidlich), Rn. 13 zu § 2269.



#### **4.3.4.4. Bedenken gegen die Verwirkungsklausel**

##### *4.3.4.4.1. Einschränkung der Testierfreiheit durch das Pflichtteilsrecht*

Wie in Kapitel 3.2.3 erörtert, wird die Testierfreiheit durch das Pflichtteilsrecht begrenzt. Durch eine Verwirkungsklausel, die einen nachträglichen Wegfall der Vollerbenstellung des Längerlebenden nach dessen Tod bei Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB vorsieht, wird das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten aber nicht berührt und damit die Testierfreiheit des erstversterbenden Ehegatten auch nicht in verfassungswidriger Weise überschritten. Sinn und Zweck einer derartigen Verwirkungsklausel ist, dass die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen für die Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten nach dessen Tod insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht möglichst unattraktiv gestaltet und auf diese Weise bewirkt wird, dass diese sich an den Willen der Erblasser halten. Sofern es trotz dessen zu einer Verwirkung der Vollerbenstellung des Längerlebenden nach dessen Tod kommt, wird das Vermögen des Erstversterbenden von diesem Moment an als Sondervermögen behandelt; gleichzeitig wird dieses Vermögen innerhalb einer juristischen Sekunde an die Nacherben, somit also an die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten, weitergegeben. Somit ist das Sondervermögen nicht mehr Bestandteil des Vermögens des Längerlebenden, das als Grundlage für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche von dessen Abkömmlingen dient. Dabei wird die Rechtsposition der Abkömmlinge des länger lebenden Ehegatten aber nicht beeinträchtigt; durch diese Konstruktion verändert sich lediglich die Höhe der Bemessungsgrundlage für den Pflichtteil, der von diesen beansprucht wird.

Hiergegen bestehen jedoch keine Bedenken, weil das Vermögen des letztversterbenden Ehegatten durch diese Regelung nicht über das zulässige Maß hinaus reduziert wird. Es werden lediglich, wenn auch zeitlich versetzt, die Regelungen der Vor- und Nacherbschaft<sup>342</sup> umgesetzt, deren Zulässigkeit im Rahmen von letztwilligen Verfügungen außer Frage steht. Demnach berührt eine solche Konstruktion die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des Längerlebenden nicht, weil nach wie vor das Vermögen zur Grundlage für die Berechnung dieser herangezogen wird, was dem länger lebenden Ehegatten auch tatsächlich zuzuordnen ist. Insoweit ist es daher auch unerheblich, ob der länger lebende Ehegatte die Rechtsposition als Vollerbe zu Lebzeiten, bei Eintritt des Schlusserbfalls oder erst in der Zeit danach verliert. Zudem ist eine solche Konstruktion zumindest im Hinblick auf die damit einhergehenden Auswirkungen

<sup>342</sup> Vgl. zur Trennungslösung die Ausführungen in Kapitel 3.1.2.



auch mit einem aufschiebend befristeten Vermächtnis des erstversterbenden Ehegatten zu Gunsten von dessen Abkömmlingen oder Dritten vergleichbar, dessen Pflichtteilsfestigkeit im Sinne des § 2311 BGB auch nicht ernsthaft in Frage gestellt wird.<sup>343</sup>

#### 4.3.4.4.2. Denkbare Verstoß gegen die §§ 2139-2146 BGB

Den §§ 2139-2146 BGB wird unter anderem der Schutzzweck zugeschrieben, Nacherben, aber auch Dritte, im Nacherbfall zu schützen.<sup>344</sup> Dabei soll den Nacherben durch die §§ 2139-2146 BGB die Schutzfunktion der §§ 2113 ff. BGB zuteilwerden, sodass eine Beeinträchtigung des Sondervermögens nicht durch Gestaltungsalternativen herbeigeführt werden können soll.

Die Schutzfunktion der §§ 2113 ff. BGB würde den Nacherben im Rahmen der hier diskutierten Konstruktion vorenthalten werden, wenn die Vorerbschaft des Längerlebenden nur eine juristische Sekunde andauert und sodann unmittelbar der Nacherbfall eintreten würde; in diesem Fall gibt es faktisch überhaupt kein Zeitfenster, indem die Schutzfunktion der §§ 2113 ff. BGB zu Gunsten der Nacherben eingreifen könnte.<sup>345</sup>

Da der Wegfall der Vollerbschaft und der umgehende Übergang zur Vor- und Nacherbschaft im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung aber ausschließlich im Interesse der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten erfolgt, die als dessen Nacherben berufen wären, kommt es auf die Schutzfunktion der §§ 2139-2146 BGB in diesem Fall aber nicht an. Es geht bei dieser Konstruktion nämlich gerade darum, die Interessen der Abkömmlinge des Erstversterbenden und deren wirtschaftliche Beteiligung am Nachlass zu sichern, so dass durch die Anordnung einer solchen Verwirkungsklausel der Schutzzweck, der den Regelungen der §§ 2139-2146 BGB zugeschrieben wird, nicht berührt wird. Daher würde eine solche Konstruktion auch nicht zu einem Überschreiten der Testierfreiheit im Sinne des § 2139 BGB führen, so dass ein Verstoß gegen die Regelungen der §§ 2139-2146 BGB nicht festgestellt werden kann.

#### 4.3.4.4.3. Zwischenergebnis

Demzufolge bestehen im Hinblick auf die Konstruktion einer solchen Verwirkungsklausel auch aus rechtlicher Sicht keine Bedenken.

<sup>343</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel 4.2.2.1. f.

<sup>344</sup> Palandt (Weidlich) Rn. 1 f. zu § 2140.

<sup>345</sup> Vgl. insoweit für die Wiederverheiratsklausel auch Zawar in NJW 1988, S. 19; Völzmann in RheinNotZ 2012, S. 9 m.w.N.

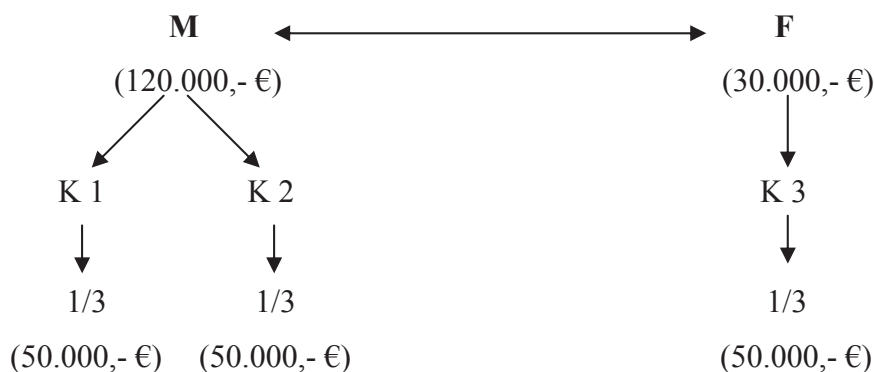


#### 4.3.4.5. Die Abschreckungswirkung der Verwirkungsklausel

Diese Konstruktion würde im Ergebnis das von den Erblassern angestrebte Ziel, nämlich eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall sicherzustellen, aber nur dann erreichen, wenn die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB durch die Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten durch Herbeiführung einer Abschreckungswirkung verhindert wird; damit geht aber nicht einher, dass auch eine gleichmäßige Vermögensverteilung unter den Abkömmlingen, die im Rahmen dieser Untersuchung angestrebt wird, auch dann noch erreicht werden kann, wenn es zu einem Bedingungseintritt kommt. Diese kann vielmehr nur dann erreicht werden, wenn die Abkömmlinge des Letztversterbenden keinen Pflichtteilsanspruch bzw. Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend machen. Aus diesem Grund kann mit dieser Gestaltungsüberlegung nur das Ziel verfolgt werden, die Geltendmachung eines solchen Anspruchs beim Schlusserbfall durch die Abkömmlinge des Längerlebenden wirtschaftlich möglichst unattraktiv zu gestalten, um damit die Umsetzung des Erblasserwillens zu fördern.

##### 4.3.4.5.1. Beispielfall

Das Vermögen des Ehemannes (M) beträgt 120.000,- €. Die Ehefrau (F) hat ein Vermögen von 30.000,- €. Die im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten haben keine gemeinsamen Abkömmlinge; M hat jedoch zwei Kinder, nämlich K 1 und K 2 und F hat ein Kind, K 3. Die Ehegatten haben ein „Berliner Testament“ errichtet, wonach die drei nicht gemeinsamen Abkömmlinge zu gleichen Teilen als Schlusserben nach dem letztversterbenden Ehegatten eingesetzt sind. M verstirbt im Jahr 2001.





#### 4.3.4.5.2. Denkbare Konsequenzen des Beispielfalles

##### 4.3.4.5.2.1. Keine weitergehende testamentarische Regelung

Ohne eine weitergehende testamentarische Regelung würde das gesamte Vermögen des M in Anwendung der Einheitslösung an F fallen und sich mit dem dort bereits vorhandenen Vermögen vereinen. Demnach hätte F zu diesem Zeitpunkt ein Vermögen in Höhe von 150.000,- €. <sup>346</sup> Beim Tod der F würden nach dem Testament die drei nicht gemeinsamen Abkömmlinge der Eheleute jeweils zu 1/3 zu Erben berufen werden. Diesen würde also ein Anteil am Nachlass in Höhe von jeweils 50.000,- € zufallen. Nach F sind allerdings nur deren leibliche Abkömmlinge, in diesem Fall also K 3, pflichtteilsberechtigt, so dass K 3 einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von 75.000,- € hätte. Tatsächlich wird K 3, wie K 1 und K 2 auch, durch die letztwillige Verfügung aber nur ein Erbanteil in Höhe von 50.000,- € zugewiesen, sodass K 3 einen Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB in Höhe von 25.000,- € gegenüber K 1 und K 2 einfordern könnte.

##### 4.3.4.5.2.2. Gestaltungsüberlegung der auflösend bedingten Voll- und aufschiebend bedingten Vorerbschaft

Im Rahmen der untersuchten Konstruktion würde die Geltendmachung eines Zusatzpflichtteils durch K 3 beim Schlusserbfall die Verwirkung der Vollerbenposition des länger lebenden Ehegatten bewirken und sodann die Vor- und Nacherbschaft herbeiführen. Sofern unterstellt wird, dass das Vermögen des erstversterbenden Ehegatten in Höhe von 120.000,- € (z.B. in Form einer Immobilie) zu diesem Zeitpunkt noch vollständig vorhanden ist, wird dieses als Sondervermögen aus dem Nachlass des Letztversterbenden ausgegliedert und fällt innerhalb einer juristischen Sekunde an die Nacherben, also an K 1 und K 2. Zum Nachlass des letztversterbenden Ehegatten gehört sodann nur noch dessen Eigenvermögen, nämlich 30.000,- €. An diesem Vermögen sind K 1, K 2 und K 3 aufgrund der testamentarischen Verfügung mit jeweils 1/3, also mit jeweils 10.000,- €, beteiligt; eine Verwirkung der Schlusserbenposition tritt in diesem Fall nicht ein.

Auch insoweit ist zu berücksichtigen, dass K 3 ohne testamentarische Regelung als gesetzlicher Erbe von F der Nachlass insgesamt zufallen würde. Somit könnte K 3 gemäß § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB einen Pflichtteil in Höhe von 15.000,- € beanspruchen. Demgegenüber erhält K 3 durch die testamentarische Zuwendung aber nur ein Drittel

<sup>346</sup> Die Ehefrau hatte vor dem Tod des Ehemannes ein Vermögen von 30.000,- €. Auf Grundlage des vereinheitlichten Vermögens hat diese beim Schlusserbfall ein Vermögen in Höhe von 150.000,- €.





vom Nachlass der F, mithin lediglich 10.000,- €. Demnach wäre die Zuwendung an K 3 wiederum geringer (10.000,- €) als der ihr tatsächlich zustehende Pflichtteil (15.000,- €). Aus diesem Grund könnte K 3 einen Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB in Höhe von 5.000,- € gegenüber K 1 und K 2 beanspruchen.

Im Ergebnis würde K 3 demnach am Nachlass von F mit 15.000,- € partizipieren, während K 1 und K 2 an diesem mit jeweils 7.500,- € beteiligt sind. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass K 1 und K 2 darüber hinaus die Nacherbschaft in Höhe von insgesamt 120.000,- € zufällt, sodass diese im Ergebnis mit 67.500,- € (60.000,- € + 7.500,- € = 67.500,- €) und K 3 mit 15.000,- € am Nachlass beider Erblasser teilhaben. Falls K 3 aber die Anordnungen der Erblasser befolgt, würden sowohl K 1, K 2 und K 3 mit jeweils 50.000,- € am Nachlass der Erblasser partizipieren. Die Nichtbeachtung der Anordnungen der Erblasser kann somit für die illoyalen Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten mit deutlichen finanziellen Einbußen verbunden sein.

#### **4.3.4.5.2.2.1. Auswirkungen von Vermögensunterschieden**

Fraglich ist, wie sich die Vermögensverteilung und Vermögensunterschiede unter den Ehegatten auf das Funktionieren einer solchen Regelung auswirken.

##### *4.3.4.5.2.2.1.1. Größeres Vermögen bei F*

Sofern im Beispielfall die Vermögensverteilung unter den Ehegatten umgekehrt wäre und damit das wesentliche Vermögen von F stammt, würde die angestrebte Abschreckungswirkung einer solchen Konstruktion leerlaufen.

In diesem Fall würde nämlich das Vermögen des erstversterbenden Ehegatten in Höhe von 30.000,- € als Sondervermögen aus dem Nachlass des Letztversterbenden ausgegliedert und an die Nacherben K 1 und K 2 fallen. Der Nachlass von F wäre sodann noch mit 120.000,- € zu beziffern; an diesem Vermögen sind K 1, K 2 und K 3 aufgrund der testamentarischen Verfügung mit jeweils 1/3, also mit jeweils 40.000,- €, beteiligt. K 3 würde ohne die testamentarische Regelung als gesetzlicher Erbe von F deren Nachlass insgesamt zufallen; somit könnte K 3 gemäß § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB einen Pflichtteil in Höhe von 60.000,- € beanspruchen. Da K 3 nach der letztwilligen Verfügung aber nur 40.000,- € erhält, kann diese einen Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB in Höhe von insgesamt 20.000,- € gegenüber K 1 und K 2 beanspruchen. Im Ergebnis würde K 3 demnach am Nachlass von F mit 60.000,- € partizipieren, während K 1 und K 2 an diesem Nachlass mit jeweils 30.000,- € beteiligt sind. K 1 und K 2 fällt darüber hinaus die Nacherbschaft in Höhe von insgesamt 30.000,- € zu, sodass diese



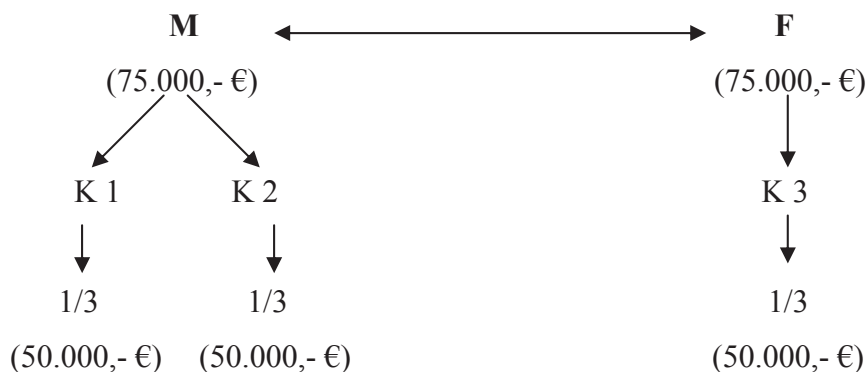


im Ergebnis jeweils mit 45.000,- € (30.000,- € + 15.000,- € = 45.000,- €) am Nachlass beider Erblasser teilhaben, während K 3 ein Anteil von 60.000,- € erhält.

Daher kann das angestrebte Regelungsziel, nämlich die Erzielung einer Abschreckungswirkung bei den Abkömmlingen des Letztversterbenden, in den Fällen nicht erreicht werden, in denen das wesentliche Vermögen vom Längerlebenden stammt; konstatiert werden muss allerdings, dass die massiven Benachteiligungen der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten durch die Anordnung einer solchen Regelung zumindest eingeschränkt werden können.

#### 4.3.4.5.2.2.1.2. Gleichmäßige Vermögensverteilung

Weiterhin ist zu untersuchen, wie sich eine solche Klausel auswirkt, wenn das Vermögen unter den Ehegatten gleichmäßig bzw. nahezu gleichmäßig verteilt ist.



Bei Bedingungseintritt würde auch in diesem Fall das Vermögen des erstversterbenden Ehegatten in Höhe von 75.000,- € als Sondervermögen aus dem Nachlass des Letztversterbenden ausgegliedert und an die Nacherben K 1 und K 2 fallen; im Nachlass des Letztversterbenden verbleibt sodann noch ein Vermögen in Höhe von 75.000,- €. An diesem Vermögen sind K 1, K 2 und K 3 aufgrund der testamentarischen Verfügung mit jeweils 1/3, also mit jeweils 25.000,- €, beteiligt. K3 würde ohne die letztwillige Verfügung der Ehegatten der Nachlass von F als gesetzlicher Erbe insgesamt zufallen, so dass diesem gemäß § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB ein Pflichtteil in Höhe von 37.500,- € zusteht. Da K 3 aufgrund der letztwilligen Verfügung nur 25.000,- € erhält, kann dieses einen Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB in Höhe von insgesamt 12.500,- € gegenüber K 1 und K 2 beanspruchen. Im Ergebnis würde K 3 demnach am Nachlass von F mit 37.500,- € partizipieren, während K 1 und K 2 an diesem Nachlass mit jeweils 18.750,- € beteiligt sind. K 1 und K 2 fällt darüber hinaus die Nacherbschaft in Höhe von insgesamt 75.000,- € zu, sodass diese im Ergebnis mit jeweils



56.250,- € (37.500,- € + 18.750,- € = 56.250,- €) am Nachlass beider Erblasser teilhaben, während K 3 einen Anteil in Höhe von 37.500,- € erhält.

Demnach kann die mit der Anordnung einer solchen Verwirkungsklausel bezweckte Abschreckungswirkung auch in den Fällen erreicht werden, in denen das Vermögen unter den Ehegatten gleichmäßig bzw. im Wesentlichen gleichmäßig verteilt ist.

#### **4.3.4.5.2.2. Auswirkungen der Familienstrukturen**

Die Gefahr, dass die Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten durch die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB die von den Testierenden angestrebte gleichmäßige Vermögensverteilung beim Schlusserbfall stören, besteht nur in den Fällen, in denen der länger lebende Ehegatte weniger Abkömmlinge hinterlässt, als der erstversterbende Ehegatte.<sup>347</sup>

Aus diesem Grund könnte die Anordnung einer solchen Verwirkungsklausel auf den Fall beschränkt werden, dass nur der Ehegatte die Vollerbschaft des Längerlebenden unter eine auflösende Bedingung stellt, der mehr Abkömmlinge hinterlässt; zwingend ist dies jedoch nicht, weil sich durch die Anordnung einer solchen Verwirkungsklausel auch im Falle einer umgekehrten Versterbensreihenfolge für den länger lebenden Ehegatten und dessen Abkömmlinge keinerlei Nachteile ergeben, da der Bedingungseintritt mangels Eröffnung des Anwendungsbereiches des § 2305 BGB gerade nicht herbeigeführt werden kann.

#### **4.3.4.5.3. Stellungnahme**

Durch die möglichen massiven finanziellen Auswirkungen zulasten der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten mag zunächst der Eindruck entstehen, dass durch die Anordnung einer solchen Verwirkungsklausel die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen zu deren Lasten zumindest mittelbar eingeschränkt wird. Tatsächlich ist es den Abkömmlingen des Letztversterbenden aber freigestellt, ob diese nach dem Tod ihres leiblichen Elternteiles etwaige ihnen zustehende Pflichtteilsansprüche geltend machen oder nicht. Die Illoyalität der Abkömmlinge des Längerlebenden führt in der Konsequenz lediglich dazu, dass dieser die Stellung als Vollerbe des Erstversterbenden verliert, sich das zunächst vereinheitlichte Nachlassvermögen um das Vermögen des erstversterbenden Ehegatten durch das Eintreten des Nacherbfalls wieder reduziert und damit die Berechnungsgrundlage für die Pflichtteilsansprüche der pflichtteilsfordernden Abkömmlinge in Abhängigkeit der Vermögensverteilung unter den Ehegatten

<sup>347</sup> Vgl. insoweit die Ausführungen in Kapitel 3.2.1.3.



deutlich reduzieren kann.<sup>348</sup> Hiergegen bestehen rechtlich aber keine Bedenken, weil die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten durch die Anordnung einer solchen Verwirkungsklausel und den damit bei Bedingungseintritt einhergehenden Übergang zur Trennungslösung nicht berührt werden; vielmehr erhalten diese den vollen Pflichtteil aus dem Vermögen nach ihrem leiblichen Elternteil.

Den Erblassern wird mit der Anordnung einer solchen Verwirkungsklausel die Möglichkeit gegeben, die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Tod des Letztversterbenden durch dessen Abkömmlinge mit Konsequenzen zu belegen, die erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für diese haben können; damit können die Testierenden das angestrebte Ziel einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall zumindest fördern. Sofern sich die Abkömmlinge des Letztversterbenden an die Vorgaben der Erblasser halten und die beabsichtigte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge nicht durch die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne von § 2305 BGB stören, verbleibt das Vermögen des zuerst versterbenden Ehegatten im Nachlass des letztversterbenden Ehegatten und wird nach den Vorgaben der Erblasser im Rahmen der Schlusserschaft weitergegeben. Kommt es demgegenüber durch die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen zur Verwirkung der Vollerbenstellung des Längerlebenden, wird das Vermögen des erstversterbenden Ehegatten dem (vereinheitlichten) Vermögen des überlebenden Ehegatten durch die Überleitung in die Trennungslösung wieder entzogen. Auch wenn der Nachlass des Letztversterbenden durch diese Konstruktion (lediglich) um das Sondervermögen gemindert wird, kann die nachträgliche Verwirkung der Vollerbenstellung erhebliche finanzielle Folgen für dessen Abkömmlinge haben, wie sich an den Beispielrechnungen gezeigt hat.

Unabhängig davon hängt das Funktionieren einer solchen Konstruktion von der Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten ab. Insbesondere in den Fällen, in denen das wesentliche Vermögen vom länger lebenden Ehegatten stammt, läuft die mit der Anordnung einer solchen Verwirkungsklausel verbundene Abschreckungswirkung leer. Die angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall kann mit dieser Gestaltung demnach nicht sichergestellt, sondern allenfalls geför-

---

<sup>348</sup> Im Rahmen dieser Gestaltung geht es um die Pflichtteilsansprüche nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten durch dessen Abkömmlinge. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten ohne weitergehende Regelung nach dessen Tod uneingeschränkt einen Pflichtteilsanspruch geltend machen könnten. Dies muss zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung zu Lasten der Abkömmlinge des Letztversterbenden konsequenterweise im Rahmen einer solchen Konstruktion durch die Aufnahme einer Pflichtteils-klausel sanktioniert bzw. durch die Aufnahme einer Abänderungsbefugnis für den Längerlebenden die Möglichkeit einer Sanktionierung dieses Verhaltens geschaffen werden.



dert werden. Zudem ändert die Anordnung einer solchen Verwirkungsklausel nichts daran, dass der länger lebende Ehegatte zu Lebzeiten uneingeschränkt über das Nachlassvermögen verfügen und dieses demgemäß auch vollständig verbrauchen kann; ein endgültiger Schutz der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten ist durch eine solche Verwirkungsklausel auch aus diesem Grund daher nicht zu erreichen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Anordnung der Einheitslösung durch die Testierenden gerade bezweckt, dass der länger lebende Ehegatte zu Lebzeiten uneingeschränkt auf den Nachlass zugreifen und diesen gegebenenfalls auch verbrauchen kann. Demgemäß wäre eine Beschränkung des Längerlebenden dahingehend, die Substanz des Nachlasses für einen möglichen späteren Bedingungseintritt zu erhalten, mit der Anordnung der Einheitslösung und dem damit einhergehenden Regelungswillen der Erblasser nicht zu vereinbaren.

#### ***4.3.4.6. Umsetzung in der Praxis***

Ob eine solche Verwirkungsklausel in der Praxis umsetzbar ist, erscheint allerdings fraglich. Dies insbesondere deshalb, weil der überlebende Ehegatte als Vollerbe nicht gezwungen ist, das vom erstversterbenden Ehegatten zugewendete Vermögen von vornherein als Sondervermögen zu behandeln und damit zu separieren. Demgemäß wird das Vermögen des Erstversterbenden mit dem Vermögen des länger lebenden Ehegatten durch die Einheitslösung vereint, sodass bei einem späteren Übergang zur Trennungslösung eine Aussonderung dieses Vermögens in der Praxis nicht oder nur eingeschränkt möglich sein dürfte.

Denkbar ist in diesem Zusammenhang, dem länger lebenden Ehegatten beim ersten Erbfall aufzuerlegen, den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten gemäß § 2311 BGB durch Erstellung eines Nachlassverzeichnisses festzustellen und unter Umständen auch gesondert zu verwalten. Dadurch kann zumindest die Möglichkeit geschaffen werden, den Nachlass des Erstversterbenden bei einem etwaigen späteren Eintritt der Vor- und Nacherbschaft auszusondern. Demzufolge müssten die Testierenden im Rahmen der Gestaltung der letztwilligen Verfügung also entscheiden, ob eine derartige Auflage mit den von ihnen angestrebten Regelungszielen im Zusammenhang mit der Anordnung der Einheitslösung zu vereinbaren ist oder die mit der Erfüllung einer sol-



chen Aufgabe für den Längerlebenden entstehende Belastung aus Sicht der Erblasser mit den angestrebten Regelungszielen nicht zu vereinbaren ist.<sup>349</sup>

#### 4.3.5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis bestehen sowohl tatsächlich als auch rechtlich keine Bedenken gegen die Konstruktion einer Verwirkungsklausel in der Weise, dass der überlebende Ehegatte als auflösend bedingter Voll- und als aufschiebend bedingter Vorerbe eingesetzt wird. Dabei ist allerdings die Besonderheit dieser Konstruktion dahingehend, dass die Verwirkung der Vollerbenstellung nicht von einem Verhalten des länger lebenden Ehegatten abhängig ist, sondern vielmehr von einem Verhalten der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten, zu beachten. Aus diesem Grund ist eine solche Verwirkungsklausel nicht unmittelbar mit der „Wiederverheiratungsklausel“ gleichzusetzen, die letztlich darauf abstellt, dass der Bedingungseintritt durch den Längerlebenden selbst herbeigeführt wird.

Durch die Gestaltung einer Verwirkungsklausel, die bei der Einforderung von Pflichtteilsansprüchen durch die Abkömmlinge des Letztversterbenden nach dessen Tod eine Verwirkung der Vollerbenstellung herbeiführt, kann ein erheblicher wirtschaftlicher Druck auf die insoweit pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten ausgeübt werden, damit diese sich an die letztwillige Verfügung der Erblasser halten; das Funktionieren einer solchen Regelung hängt allerdings von der Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten ab. Aus diesem Grund kann durch eine solche Konstruktion das von den Erblassern angestrebte Ziel einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall nur dann erreicht werden, wenn die wirtschaftlichen Auswirkungen bei Bedingungseintritt für die Abkömmlinge des Längerlebenden spürbar sind und damit die angestrebte Abschreckungswirkung erzeugt wird. Losgelöst davon kann mit einer solchen Gestaltung das von den Erblassern angestrebte Regelungsziel einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall nur gefördert werden; eine abschließende Sicherheit wird jedoch nicht erreicht. Im Falle des Bedingungseintritts wird sich nämlich eine gleichmäßige

<sup>349</sup> Bei der Auflage im Sinne des § 1940 BGB handelt es sich um eine Verfügung von Todes wegen, durch die einem Erben oder Vermächtnisnehmer eine Verpflichtung auferlegt wird. Es kann ein Tun oder Unterlassen jeglicher Art auferlegt werden, vgl. insoweit BGH in ZEV 2009, S. 469; OLG Koblenz in NJW-RR 1986, S. 1040; MüKo BGB (Leipold), Rn. 4 zu § 1940. Dem Begünstigten steht insoweit aber kein eigener Leistungsanspruch zu; allerdings können die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten die Vollziehung der Auflage gemäß § 2194 BGB beanspruchen und – im Falle der Nichtbeachtung durch den länger lebenden Ehegatten – diesen Anspruch durch Erhebung einer Klage durchsetzen. Aus diesem Grund könnte im Falle der Anordnung einer solchen Auflage darüber nachgedacht werden, die Vollerbenstellung des länger lebenden Ehegatten unter die (weitere) auflösende Bedingung zu stellen, dass das Nachlassverzeichnis im Sinne des § 2311 BGB beim ersten Erbfall erstellt wird, vgl. insoweit OLG Stuttgart in ZEV 1998, S. 225; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Stahl), § 14, Rn. 29.





Vermögensteilhabe unter den Abkömmlingen, wie sich auch an den durchgeführten Beispielrechnungen zeigt, nicht mehr erreichen lassen.

Unklar bleibt zudem die praktische Anwendbarkeit einer solchen Konstruktion. Dies insbesondere auch deshalb, weil beim Eintritt des Nacherbfalls und dem Übergang zur Trennungslösung sichergestellt werden muss, dass der Nachlass des Erstversterbenden ausgesondert werden kann. Hierfür bietet sich die Möglichkeit an, durch Anordnung einer Auflage dem länger lebenden Ehegatten aufzuerlegen, den Bestand des Nachlasses des Erstversterbenden durch die Erstellung eines Nachlassverzeichnisses im Sinne des § 2311 BGB beim ersten Erbfall festzustellen. Sofern die Testierenden den damit verbundenen Aufwand und die Einschränkungen nicht scheuen, stellt dies ein probates Mittel zur Ermittlung des Nachlassbestandes dar und kann damit die praktische Umsetzung einer solchen Konstruktion begünstigen. Sofern die Ehegatten dies aber vor dem Hintergrund der damit einhergehenden Belastungen des Längerlebenden ausschließen, dürfte die praktische Umsetzung schwierig sein.

## 4.4. Aussetzung von Vermächnissen

### 4.4.1. Problemstellung

Ebenso kann darüber nachgedacht werden, ob das angestrebte Regelungsziel der Erblasser, nämlich die gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall, auf Grundlage der ursprünglich von Jastrow<sup>350</sup> mit einem anderen Regelungsziel<sup>351</sup> beschriebenen Aussetzung aufschiebend befristeter bzw. aufschiebend bedingter Vermächnisse erreicht werden kann; dabei werden diese Vermächnisse in der Weise gestaltet, dass diese zu Gunsten der einseitigen Abkömmlinge des Erstversterbenden unbedingt oder nur im Falle der Einforderung eines Pflichtteils bzw. Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB durch die Abkömmlinge des Letztversterbenden anfallen. Im Schrifttum wurde insoweit zuletzt vor allem erörtert, ob unter gleichzeitiger Beibehal-

<sup>350</sup> Jastrow in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1904, S. 424 ff.

<sup>351</sup> Jastrow hat beim „Berliner Testament“ mit gemeinsamen Abkömmlingen als Schlusserben eine (erweiterte) Sicherung des Erblasserwillens dadurch geschaffen, dass für die nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten nicht den Pflichtteil verlangenden Abkömmlinge jeweils Vermächnisse in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile ausgesetzt werden, die zwar sofort anfallen, aber erst beim Tod des überlebenden Ehegatten fällig werden sollen. Da lediglich die Fälligkeit dieser Vermächnisse aufschiebend bedingt ist, gelten diese als vom erstversterbenden Ehegatten angeordnet, mit der Folge, dass diese beim Schlusserbfall vorab dem vereinheitlichten Vermögen des Letztversterbenden zu entziehen sind. Damit ist Berechnungsgrundlage für den Pflichtteilsanspruch der pflichtteilsfordernden Abkömmlinge der Nachlassbestand des letztversterbenden Ehegatten unter Abzug dieser Vermächnisse. Auf diese Weise wird verhindert, dass den Pflichtteil fordernde illoyale Kind am Nachlass des erstversterbenden Ehegatten im Ergebnis zweimal partizipiert, wie es bei Anordnung einer „einfachen“ und damit lediglich enterbenden Pflichtteilklausel der Fall wäre, vgl. hierzu auch Mayer in ZEV 1995, S. 136; Mayer in MittBayNot 1996, S. 81; Radke in ZEV 2001, S. 137; Olzen, Rdn. 482.





tung der Intention, die mit der Anordnung der Einheitslösung verbunden wird, durch ein aufschiebend befristetes bzw. aufschiebend bedingtes Herausgabevermächtnis, das entweder der Höhe nach auf das noch vorhandene Restvermögen des erstversterbenden Ehegatten beim Schlusserbfall beschränkt wird (nachfolgend 4.4.2.) bzw. die Herausgabe des gesamten Nachlasses oder eines bestimmten Nachlassteiles (sogenanntes Quotenvermächtnis<sup>352</sup>) beim Schlusserbfall vorsieht (nachfolgend 4.4.3.), zumindest die Absicherung der einseitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten erreicht werden kann.

#### **4.4.2. Das Herausgabevermächtnis auf den Überrest**

##### **4.4.2.1. Grundlegende Konstruktion**

Beim Herausgabevermächtnis auf den Überrest werden zu Gunsten der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten solche Vermächtnisse ausgesetzt, die eine Herausgabe des Nachlasses des Erstversterbenden vorsehen, der im Zeitpunkt des Anfalles bzw. der Fälligkeit des Vermächtnisses noch vorhanden ist (Restnachlass).<sup>353</sup>

##### **4.4.2.2. Anfall und Fälligkeit des Vermächtnisses**

Fraglich ist dabei zunächst, wie der Anfall und die Fälligkeit eines solchen Herausgabevermächtnisses auszugestalten ist. Bei der Anordnung von Vermächtnissen ist grundsätzlich zwischen dem Anfall und der Fälligkeit zu unterscheiden. Dabei muss der Anfall des Vermächtnisses nicht mit der Fälligkeit zusammenfallen.

Das Herausgabevermächtnis wird vom erstversterbenden Ehegatten angeordnet; dieses kann sowohl beim Tod des erstversterbenden Ehegatten anfallen und sodann beim Schlusserbfall fällig werden (betagtes oder auch aufschiebend bedingtes Herausgabevermächtnis) als auch beim Schlusserbfall anfallen und gleichzeitig fällig werden (aufschiebend befristetes Herausgabevermächtnis). Insoweit nimmt § 2176 BGB als Regelfall an, dass ein Vermächtnis bereits mit dem Erbfall anfällt. Von diesem Regelfall kann aber in der Weise abgewichen werden, dass der Anfall des Vermächtnisses auch auf einen anderen Zeitpunkt, beispielsweise den Zeitpunkt des Todes des Beschwerten, hinausgeschoben wird.<sup>354</sup> Sofern der Erblasser nichts weiter anordnet, ist davon auszugehen, dass das Herausgabevermächtnis mit dem Anfall auch fällig wird.<sup>355</sup> In den üb-

<sup>352</sup> Vgl. hierzu auch Kühne/Warlich in ZERB 2012, S. 259.

<sup>353</sup> So beispielsweise Reimann in MittBayNot 2002, S. 4; Hartmann in ZEV 2007, S. 458; Grziwotz (Keim), S. 59; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 21, Rn. 43 f.

<sup>354</sup> OLG Bremen in DNotZ 1956, S. 151; Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 716; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 10, Rn. 132.

<sup>355</sup> Sudhoff (Scherer), § 7, Rn. 3; Kroiß/Ann/Mayer (Mayer), Rn. 9 zu § 2176; MüKo BGB (Rudy), Rn. 4 zu § 2176; Staudinger (Otte), § 2176, Rn. 5.



rigen Fällen ist durch Auslegung zu ermitteln, ob eine vom Erblasser angeordnete aufschiebende Befristung die Fälligkeit des Vermächnisses hinausschieben soll.<sup>356</sup>

Dabei ist allerdings zu bedenken, dass in der Schwebezeit, also zwischen dem Erbfall und dem Anfall des Vermächnisses, dem aufschiebend bedingten Vermächtnisnehmer gemäß § 2179 BGB eine geschützte Anwartschaft zusteht.<sup>357</sup> Beim aufschiebend bedingten Herausgabevermächtnis ist dabei umstritten, ob auch insoweit die Regelung des § 2177 BGB zur Anwendung kommt. Dabei stellt § 2177 BGB eine Sonderregelung zu § 2176 BGB im Zusammenhang mit dem Anfall eines Vermächnisses dar; in Angleichung zu den §§ 158 Abs. 1, 163 BGB soll der Anfall des Vermächnisses demnach nicht bereits mit dem Erbfall (Tod des erstversterbenden Ehegatten), sondern vielmehr aufgrund der gesetzlichen Regelung mit der Fälligkeit des Vermächnisses erfolgen. Sofern also die Anordnung eines aufschiebend bedingten Herausgabevermächnisses die Anwendung der Regelung des § 2177 BGB bewirken würde, hätte dies zur Folge, dass auch in diesem Fall das Vermächtnis beim Tod des Längerlebenden anfallen und fällig werden würde.<sup>358</sup> Damit würde das aufschiebend bedingte Herausgabevermächtnis wie ein aufschiebend befristetes Herausgabevermächtnis wirken.

Die Frage der Anwendung des § 2177 BGB beim aufschiebend bedingten Herausgabevermächtnis wäre jedoch in dem an dieser Stelle untersuchten Regelungszusammenhang nur dann von Bedeutung, wenn das aufschiebend befristete Herausgabevermächtnis keine Nachlassverbindlichkeit im Sinne des § 2311 BGB darstellen und sich damit nicht pflichtteilsmindernd auswirken würde. Sinn und Zweck der Anordnung eines Herausgabevermächnisses ist vornehmlich die Sicherstellung der Beteiligung der einseitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten an dessen Nachlass und eine Minimierung des Risikos der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB durch die Abkömmlinge des Letztversterbenden; das Ziel einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge wird nicht primär verfolgt.<sup>359</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anordnung eines

<sup>356</sup> Reimann in MittBayNot 2002, S. 6; Kroiß/Ann/Mayer (Mayer), Rn. 7 zu § 2177; Soergel (Wolf), Rn. 4 zu § 2177; Staudinger (Otte), Rn. 5 zu § 2177.

<sup>357</sup> Mayer in ZEV 2000, S. 9; Reimann in MittBayNot 2002, S. 7; Klinger/Scheuber in NJW-Spezial 2006, S. 445; Hölscher in ZEV 2009, S. 214; Kroiß/Ann/Mayer (Mayer), Rn. 13 zu § 2179; MüKo BGB (Rudy), Rn. 1 zu § 2177. Losgelöst davon können die leiblichen Abkömmlinge das ihnen zugewandte Vermächtnis gemäß § 2307 Abs. 1 S. 1 BGB – unabhängig von der Höhe der Zuwendung – ausschlagen und den Pflichtteil verlangen, vgl. ergänzend hierzu auch die Ausführungen in FN 383.

<sup>358</sup> So beispielsweise Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 10, Rn. 131. Andererseits wird die Auffassung vertreten, dass im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln ist, was der Erblasser mit seiner Anordnung erreichen wollte, vgl. beispielsweise Soergel (Wolf), Rn. 5 zu § 2177; Staudinger (Otte), Rn. 5 zu § 2177.

<sup>359</sup> Bamberger/Roth (Müller/Christmann), Rn. 2 zu § 1939, Kroiß/Ann/Mayer (Mayer), Rn. 2 zu § 1939.



Herausgabevermächtnisses in dieser Form nicht nur die Herausgabe des beim Schluss-erbfall noch vorhandenen Nachlasses des Erstversterbenden bewirkt und damit eine Zuteilungsfunktion aufweist, sondern gleichzeitig auch dem Nachlass des Längerlebenden dieser Vermögenswert entzogen und damit die Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des Letztversterbenden reduziert werden soll. Dieses Ergebnis würde jedoch nicht erreicht werden, wenn ein aufschiebend befristetes Herausgabevermächtnis beim Tod des letztversterbenden Ehegatten nicht als Nachlassverbindlichkeit im Sinne des § 2311 BGB zu berücksichtigen und damit auch nicht als Abzugsposten bei der Festlegung des Reinnachlasses des letztversterbenden Ehegatten, der für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche sodann maßgeblich ist, anzusetzen wäre. Hierdurch würde die von den Erblassern verfolgte Intention durchkreuzt werden.<sup>360</sup>

#### *4.4.2.2.1. Annahme der Abzugsfähigkeit*

Die h.M. im Schrifttum sieht aufschiebend befristete Vermächtnisse als Nachlassverbindlichkeit an.<sup>361</sup>

#### *4.4.2.2.2. Keine Annahme der Abzugsfähigkeit*

Die Gegenauffassung verneint eine Abzugsfähigkeit mit der Begründung, dass es sich bei dem aufschiebend befristeten Vermächtnis um ein solches handelt, das bis zum Tod des letztversterbenden Ehegatten noch nicht entstanden und damit nicht nach der Legaldefinition des § 1967 BGB als Erblasserschuld zu bewerten ist; dieses kann daher nach dieser Auffassung nicht als vom Erblasser begründet angesehen werden.<sup>362</sup>

#### *4.4.2.2.3. Stellungnahme*

Gegen den letztgenannten Ansatz spricht allerdings bereits der Wortlaut des Gesetzes. Aus § 1967 Abs. 2 BGB folgt, dass Nachlassverbindlichkeiten insbesondere auch Erblasserschulden sind, also die Verbindlichkeiten, die vom Erblasser selbst begründet wurden. Insoweit wird verkannt, dass zu den Erblasserschulden im Sinne des § 1967 BGB auch solche Verbindlichkeiten gehören, die ihre Anlage in der Person des Erblassers haben, also der Entstehungsgrund vor oder mit dem Erbfall in der Person des Erblassers liegt.<sup>363</sup> Hierzu gehört insbesondere auch ein Vermächtnis, das erst mit dem

<sup>360</sup> Hölscher in ZEV 2011, S. 570; Reimann in MittBayNot 2002, S. 7; Bamberger/Roth (Mayer), Rn. 8 zu § 2311; Dauner/Lieb u. a. (Wartenburger/Leiß), Rn. 21 zu § 2311.

<sup>361</sup> BGHZ 32, 367 (369); Hölscher in ZEV 2009, S. 14 und derselbe in ZEV 2011, S. 571; Lange/Kuchinke, § 47 II 1 b; MüKo BGB (Lange), Rn. 15 zu 2311.

<sup>362</sup> LangenfeldMayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz (Mayer), § 12, Rn. 31.

<sup>363</sup> Burandt/Rojahn (Joachim), Rn. 4 zu § 1967; Lange/Kuchinke, § 47 II 1 b; MüKo BGB (Küpper), Rn. 9 zu § 1967.



Tod des letztversterbenden Ehegatten anfällt, auch wenn dieser durch die Aussetzung desselbigen zu Lebzeiten keinerlei Beeinträchtigung erfahren hat.

Weiterhin spricht gegen die letztgenannte Auffassung, dass der Vermächtnisnehmer etwaige Sicherungsrechte, die sich aus der Vermächtnisanwartschaft<sup>364</sup> ergeben, gegenüber dem Längerlebenden geltend machen muss; demnach kann der Längerlebende zu Lebzeiten mit der Geltendmachung von Sicherungsrechten durch den Vermächtnisnehmer konfrontiert werden.

Ferner spricht die Regelung des § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO, wonach nur die vom letztversterbenden Ehegatten selbst angeordneten Vermächtnisse im Rahmen eines Nachlassinsolvenzverfahrens bei der Rangfolge nicht dem Vorwegabzug unterfallen, für die Annahme einer Abzugsfähigkeit. Im Rahmen dieser Regelung werden nämlich Vermächtnisse, mit denen der letztversterbende Ehegatte beschwert gewesen ist, gerade nicht genannt und stellen damit eine vollberechtigte Insolvenzforderung dar.<sup>365</sup> Auch dieses Argument spricht demnach für die erstgenannte Auffassung.

Diese Bewertung ist auch mit den Grundprinzipien des Pflichtteilsrechts vereinbar. Teilweise wird im Schrifttum zwar darauf hingewiesen, dass nach der „pflichtteilsfreundlichen“ Rechtsprechung des BGH ein Vermächtnis, das den länger lebenden Ehegatten nur formal und nicht tatsächlich belastet, bei dessen Tod als Abzugsposten zur Minderung der Höhe des Pflichtteilsanspruches von dessen Abkömmlingen möglicherweise nicht in Betracht kommt und damit durch die höchstrichterliche Rechtsprechung im Falle der Überprüfung eine Abzugsfähigkeit verneint werden könnte.<sup>366</sup> Dies überzeugt allerdings deshalb nicht, weil die Erblasser den leiblichen Abkömmlingen des letztversterbenden Ehegatten eine die Pflichtteilsansprüche übersteigende Vermögensposition ohnehin durch eine letztwillige Verfügung ohne Weiteres entziehen können.<sup>367</sup> Diesen Weg wählen die Erblasser aber deshalb nicht, weil der länger lebende Ehegatte durch die Anordnung dieses Vermächtnisses nicht belastet werden soll, so dass mit der Anordnung einer solchen Regelung insbesondere auch der Sinn und Zweck verfolgt wird, die Wirkungen der Einheitslösung vollständig beizubehal-

<sup>364</sup> Vgl. hierzu FN 357 m.w.N.

<sup>365</sup> Reimann in MittBayNot 2002, S. 8; Hölscher in ZEV 2009, S. 215; Grziwotz (Keim), S. 60.

<sup>366</sup> So beispielsweise auch Mayer in ZEV 1995, S. 138.

<sup>367</sup> Einem Testierenden ist es nicht uneingeschränkt möglich, durch letztwillige Verfügung oder zu Lebzeiten durch eine Weitergabe des Vermögens den Pflichtteilsanspruch von Pflichtteilsberechtigten auszuschließen bzw. im Hinblick auf die Höhe zu beeinträchtigen, vgl. insoweit beispielsweise §§ 2287, 2289 BGB sowie § 2325 BGB. Gerade diese Regelungen kommen aber beim aufschiebend bedingten Vermächtnis zugunsten der leiblichen Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten nicht zum Tragen, weil dieser das Vermächtnis nicht anordnet und damit keine Verfügung über den eigenen Nachlass trifft.



ten.<sup>368</sup> Beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen kommt aber weiter die Besonderheit hinzu, dass die einseitigen Kinder des letztversterbenden Ehegatten nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten des erstversterbenden Ehegatten gehören. Aus diesem Grund können insoweit etwaige Pflichtteilsrechte der Abkömmlinge des Letztversterbenden überhaupt nicht berührt werden.

Demzufolge sind auch aufschiebend befristete Vermächtnisse als abzugsfähige Erblässerschuld im Sinne des § 2311 BGB anzusehen und die letztgenannte Auffassung abzulehnen. Aus diesem Grund kommt es auf die Anwendbarkeit von § 2177 BGB im Zusammenhang mit dem betagten Herausgabevermächtnis im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung auch nicht an; selbst wenn diese Norm zur Anwendung kommen würde, wäre eine Abzugsfähigkeit des Herausgabevermächtnisses im Sinne des § 2311 BGB gegeben. Das von den Erblassern angestrebte Ziel wird demnach auch bei Anwendung des § 2177 BGB nicht gefährdet.

#### ***4.4.2.3. Aufschiebend befristetes oder bedingtes Vermächtnis?***

Ungeachtet einer Anwendbarkeit von § 2177 BGB kommt es bei der Gestaltung des Herausgabevermächtnisses auch darauf an, dass neben dem gewünschten Ziel der Absicherung der einseitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten auch die mit der Einheitslösung verbundenen Wirkungen für den Längerlebenden beibehalten und nicht eingeschränkt werden. Bereits aus diesem Grund erscheint es sinnvoll, das Herausgabevermächtnis erst beim Tod des länger lebenden Ehegatten anfallen und fällig werden zu lassen, somit also das Vermächtnis aufschiebend befristet auszugestalten.<sup>369</sup> Eine Notwendigkeit dahingehend, das Herausgabevermächtnis bereits beim Tod des erstversterbenden Ehegatten anfallen und erst beim Schlusserbfall fällig werden zu lassen, ist im Zusammenhang mit den hier diskutierten Regelungsinteressen nicht zu erkennen.

Für diese Überlegung spricht insbesondere, dass die Situation für den Beschwerten bei einem aufschiebend bedingten Herausgabevermächtnis in der Zeit zwischen Anfall und Fälligkeit nicht unproblematisch ist. Im Falle eines solchen betagten Herausgabevermächtnisses kann der länger lebende Ehegatte nämlich verpflichtet sein, die in der Schwebezeit angefallenen Früchte und Nutzungen im Sinne des § 2184 BGB an die

<sup>368</sup> Alternativ könnte eine Vor- und Nacherbschaft angeordnet werden, mit der Folge, dass das Vermögen bei Eintritt des Nacherbfalls an die Nacherben fällt.

<sup>369</sup> So beispielsweise Reimann in MittBayNot 2002, S. 4 f.; Hartmann in ZEV 2007, S. 458; Grziwotz (Keim), S. 59.





Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten bei Fälligkeit herauszugeben.<sup>370</sup> Dabei besteht die Gefahr, dass sich der länger lebende Ehegatte schadensersatzpflichtig im Sinne der §§ 280 Abs. 1, 281, 283 BGB macht, sofern die gezogenen Früchte bei Fälligkeit des Vermächtnisses nicht mehr vorhanden sind.<sup>371</sup> Bereits dieses Ergebnis würde der mit Anordnung der Einheitslösung verfolgten Intention der Erblasser zuwiderlaufen. Darüber hinaus gilt ausschließlich bei einem betagten Vermächtnis § 813 Abs. 2 BGB, sodass etwaige vor Fälligkeit auf dieses Vermächtnis erbrachte Leistungen nicht zurückgefordert werden können. Eine solche Situation wäre beispielsweise denkbar, wenn das Herausgabevermächtnis – z.B. aus steuerlichen Gründen – bereits zu Lebzeiten des Längerlebenden erfüllt werden würde. Auch dieser Umstand wäre mit den Regelungszielen der Testierenden, die mit der Anordnung der Einheitslösung verbunden werden, nicht zu vereinbaren.

Somit erscheint es insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Regelungsziele der Einheitslösung durch die Anordnung eines solchen Herausgabevermächtnisses nicht beeinträchtigt werden sollen, sinnvoll, das Herausgabevermächtnis aufschiebend befristet anzuordnen, mit der Folge, dass dieses beim Tod des Längerlebenden anfällt und fällig wird.

#### **4.4.2.4. Beschränkung des Herausgabevermächtnisses**

Letztlich sollte das Herausgabevermächtnis der Höhe nach auf das bei Eintritt des Schlusserbfalles noch vorhandene Restvermögen des erstversterbenden Ehegatten beschränkt werden.<sup>372</sup> Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass der länger lebende Ehegatte durch dieses Vermächtnis nicht in seiner Verfügungsfreiheit beeinträchtigt wird. Anderenfalls wäre die Verfügungsbefugnis des Längerlebenden, trotz der Stellung als Vollerbe, nicht wesentlich weitergehend als die eines befreiten Vorerben, der ebenfalls nicht uneingeschränkt über das Nachlassvermögen verfügen kann.<sup>373</sup>

Hintergrund ist, dass in der Zeit zwischen Erbfall und Anfall sowohl beim aufschiebend bedingten als auch beim aufschiebend befristeten Herausgabevermächtnis auf Grundlage der Regelung des § 2179 BGB die Vorschriften zur Anwendung kommen, die bei einer Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung (§§ 158 ff. BGB) gelten.

<sup>370</sup> Vgl. insoweit beispielsweise Reimann in MittBayNot 2002, S. 7; Burandt/Rohjahn (Burandt), Rn. 2 ff. zu § 2184; Kroiß/Ann/Mayer (Mayer), Rn. 6 zu § 2184.

<sup>371</sup> Burandt/Rohjahn (Burandt), Rn. 6 zu § 2184; Kroiß/Ann/Mayer (Mayer), Rn. 7 zu § 2184.

<sup>372</sup> Reimann in MittBayNot 2002, S. 5; Hölscher in ZEV 2009, S. 216; Grziwotz (Keim), S. 59.

<sup>373</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 3.1.2. zur Trennungslösung sowie ergänzend Hölscher in ZEV 2009, S. 215; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Wachter), § 17, Rn. 20; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 10, Rn. 131; Sudhoff (Scherer), § 8, Rn. 23.





Dies hätte zur Konsequenz, dass dem Vermächtnisnehmer im Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung der ihm zustehenden Rechte ein Schadensersatzanspruch nach § 160 Abs. 1, 2 BGB zustehen könnte.<sup>374</sup> Ein solches Ergebnis wird von den Testierenden regelmäßig aber nicht gewollt sein, weil auch dies mit der Regelungszintention, die sich aus der Anordnung der Einheitslösung ergibt, nicht zu vereinbaren ist.<sup>375</sup>

Hinzu kommt weiter, dass der Vermächtnisnehmer keineswegs darauf beschränkt ist, diesen Schadensersatzanspruch erst nach dem Tod des länger lebenden Ehegatten geltend zu machen; der aufschiebend befristete Vermächtnisanspruch kann nämlich bereits vor Bedingungseintritt durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert werden.<sup>376</sup> So kann der Vermächtnisnehmer erreichen, dass dem länger lebenden Ehegatten gemäß § 938 ZPO i.V.m. §§ 136, 135 BGB jede Verfügung über den Vermächtnisgegenstand untersagt wird.<sup>377</sup> Ebenso kann auf Antrag des Vermächtnisnehmers die Nachlassverwaltung angeordnet werden.<sup>378</sup> Auch diese Folgen wären jedoch mit der Regelungszintention, die mit der Anordnung der Einheitslösung durch die Testierenden verbunden wird, nicht zu vereinbaren.

Sinn und Zweck dieser Konstruktion ist insbesondere auch, dass der länger lebende Ehegatte durch das angeordnete Vermächtnis zu Gunsten der Abkömmlinge des Erstversterbenden nicht belastet oder eingeschränkt werden soll. Hierzu würde es aber kommen, wenn das Herausgabevermächtnis der Höhe nach nicht auf den beim Schlusserbfall vorhandenen Nachlassrest beschränkt würde, weil dies zu Schadensersatzforderungen oder Anordnung von Sicherungsmaßnahmen führen kann. Daher erscheint es sinnvoll, das Herausgabevermächtnis auf das beim Schlusserbfall noch vorhandene Restvermögen des erstversterbenden Ehegatten zu beschränken, um die mit der Einheitslösung verbundenen Regelungsziele der Erblasser beizubehalten. Dabei muss den Testierenden allerdings bewusst sein, dass durch die Beschränkung des Herausgabevermächtnisses auf den Überrest die spätere Nachlassbeteiligung der ein-

<sup>374</sup> Aus § 160 Abs. 1 und 2 BGB folgt, dass der aufschiebend bedingte Vermächtnisnehmer nach Eintritt der Bedingung in den Fällen Schadensersatz verlangen kann, in denen während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht vereitelt oder beeinträchtigt wird, vgl. insoweit auch Hölscher in ZEV 2009, S. 215; Grziwotz (Keim), S. 59.

<sup>375</sup> Vgl. hierzu FN 357. Über die Regelung des § 2179 BGB wird zu Gunsten des Vermächtnisnehmers zwischen Erbfall und Anfall des Vermächtnisses auch in diesem Fall ein geschütztes Anwartschaftsrecht begründet, so auch Reimann in MittBayNot 2002, S. 7; Klinger/Scheuber in NJW-Spezial 2006, S. 445; Kroiß/Ann/Mayer (Mayer), Rn. 21 f. zu § 2179.

<sup>376</sup> Mayer in ZEV 2000, S. 8; Hölscher in ZEV 2009, S. 216; MüKo (Rudy), Rn. 3 f. zu § 2179; Soergel (Wolf), Rn. 3 zu § 2179.

<sup>377</sup> Beim Vorhandensein eines Grundstückes oder eines Grundstückrechtes kann darüber hinaus die Absicherung des schuldrechtlichen Anspruches durch Eintragung einer Vormerkung erfolgen, vgl. auch Zawar in DNotZ 1986, S. 525; Hölscher in ZEV 2009, S. 216 m. w. N.

<sup>378</sup> Hölscher in ZEV 2009, S. 216 m. w. N.



seitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten ungewiss ist, weil der länger lebende Ehegatte den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten verbrauchen und damit das Herausgabevermächtnis leerlaufen lassen kann. Die Vollerbenstellung des Längerlebenden impliziert aber gerade, dass dieser frei und unbeschränkt Verfügungen treffen und insoweit auch den Nachlass verbrauchen können soll, um insbesondere auch die wirtschaftliche Situation des länger lebenden Ehegatten sicherzustellen. Aus diesem Grund stellt die Beschränkung des Herausgabevermächtnisses auf den Überrest aus Sicht der Erblasser kein anderes Risiko dar, als die Einsetzung des länger lebenden Ehegatten zum alleinigen Vollerben.

#### **4.4.2.5. Steuerliche Auswirkungen**

Sofern Ehegatten eine gleichmäßige Vermögensteilhabe ihrer Kinder erreichen wollen, ist davon auszugehen, dass sich die angestrebte Gleichmäßigkeit auch auf den jedem einzelnen Kind nach Durchführung des gesamten Nachlassverfahrens verbleibenden Nachlassanteil bezieht. Daher sind auch die steuerlichen Auswirkungen der angedachten Verfügungsformen zu berücksichtigen, da diese womöglich dazu führen, dass eine gleichmäßige Vermögensteilhabe nur ohne Berücksichtigung von Steuerlasten erreicht wird.

Sofern das aufschiebend befristete Herausgabevermächtnis, das mit dem aufschiebend bedingten Herausgabevermächtnis insoweit steuerlich gleichbehandelt wird<sup>379</sup>, mit dem Tod des länger lebenden Ehegatten fällig wird, kommt es im Rahmen der Erbschaftsteuer zu einer Gleichstellung mit einer Nacherbschaft nach § 6 Abs. 4 ErbStG.<sup>380</sup> Dabei ist die Vor- und Nacherbfolge erbschaftsteuerlich wenig vorteilhaft, weil das Vermögen des erstversterbenden Ehegatten sowohl beim Eintritt des Vor- als auch beim Eintritt des Nacherbfalles gemäß §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 ErbStG der Erbschaftsteuer unterliegt. Weil solche Vermächtnisse, die erst beim Tod des damit Beschwerten fällig werden, den Nacherbschaften gleichgestellt sind, ist der Vermächtniserwerb wegen § 6 Abs. 2 S. 1 ErbStG als Erwerb vom länger lebenden Ehegatten anzusehen. Wie bei der Vor- und Nacherbschaft steht den Begünstigten sodann aber das Wahlrecht nach § 6 Abs. 2 S. 2 ErbStG zu.

<sup>379</sup> Das Erbschaftsteuergesetz geht grundsätzlich vom Anfallsprinzip aus. Bei der Anordnung von Bedingungen und Befristungen ist jedoch der Eintritt der Bedingung oder Befristung für den Anfall der Erbschaftsteuer maßgeblich, vgl. § 9 Abs. 1 Ziff. 1 a ErbStG.

<sup>380</sup> Klinger/Scheuber in NJW-Spezial 2006, S. 446; Mayer in ErbR 2014, S. 48; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 10, Rn. 149; Kroiß/Ann/Mayer (Mayer), Rn. 12 zu § 2176; Meincke, Rn. 55 zu § 6; Troll/Gebel/Jülicher (Gebel), Rn. 55 zu § 6.



Unabhängig davon ist im Rahmen der Gestaltung einer letztwilligen Verfügung zu berücksichtigen, dass die Anordnung eines solchen Herausgabevermächtnisses mit Fälligkeit beim Tod des Beschwerten zu einer Besteuerung nach den Regelungen des § 6 Abs. 4 ErbStG, also wie bei einer Vor- und Nacherbschaft, führt und damit – je nach Vermögensgröße – steuerlich massive Auswirkungen haben kann. Diese steuerliche Behandlung kann bei der Anordnung von aufschiebend befristeten Herausgabevermächtnissen nur dann verhindert werden, wenn die Fälligkeit desselbigen auf einen Zeitpunkt nach dem Tod des Längerlebenden hinausgeschoben wird<sup>381</sup>; gleiches gilt auch, wenn das Herausgabevermächtnis aufschiebend bedingt ausgestaltet wird. Wenn sich ein Hinausschieben der Fälligkeit jedoch nicht umsetzen lässt, wird im Schrifttum vertreten, dass die mit der Anordnung eines solchen aufschiebend befristeten Herausgabevermächtnisses verbundenen steuerlichen Nachteile im Gestaltungsinteresse hingenommen werden müssen, um die angestrebten Regelungsziele zu erreichen.<sup>382</sup>

#### **4.4.2.6. Stellungnahme**

Zusammenfassend bleibt jedoch fragwürdig, ob durch die Anordnung eines aufschiebend befristeten Herausgabevermächtnisses, das der Höhe nach auf das beim Schlusserbfall noch vorhandene Restvermögen des erstversterbenden Ehegatten beschränkt wird, die von den Erblassern angestrebten Regelungsziele, nämlich eine Absicherung der einseitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten im Hinblick auf die angestrebte Nachlassbeteiligung und (nach Möglichkeit) eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall, erreicht werden können.

Zum einen wird das Herausgabevermächtnis auf das beim Schlusserbfall vorhandene Restvermögen aus dem Nachlass des erstversterbenden Ehegatten beschränkt, um die mit der Anordnung der Einheitslösung verbundene Intention der Testierenden nicht zu beeinträchtigen. Dies führt aber dazu, dass der länger lebende Ehegatte in seiner Eigenschaft als Vollerbe, anders als der Vorerbe, nicht den Verfügungsbeschränkungen der § 2113 ff. BGB unterworfen ist, so dass der Nachlass des erstversterbenden Ehegatten auch vollständig verbraucht und insoweit die Nachlassbeteiligung der Abkömmlinge des Erstversterbenden an dessen Vermögen auch unterlaufen werden kann. Aus diesem Grund besteht im Rahmen einer solchen Konstruktion das Risiko, dass sich die Abkömmlinge des Erstversterbenden in diesem Fall zum Zwecke der Absicherung genötigt sehen, dass angeordnete Herausgabevermächtnis auf Grundlage des

<sup>381</sup> Vgl. hierzu ausführlich Meincke, Rn. 24 zu § 6.

<sup>382</sup> Mayer in ErbR 2014, S. 48; Kornexl, Rn. 462; Von Dickhuth-Harrach, § 68, Rn. 34.



§ 2307 Abs. 1 S. 1 BGB auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen.<sup>383</sup> Dies könnte zwar für diese die Verwirkung der Rechtsposition als Schlusserbe zur Konsequenz haben, sofern zusätzlich eine Pflichtteilklausel zur Absicherung der Interessen des Längerlebenden angeordnet wurde<sup>384</sup>; demgegenüber wird hierdurch aber zumindest die sichere Beteiligung am Nachlass des leiblichen Elternteils in Höhe des Pflichtteils erreicht. Insbesondere in den Fällen, in denen der größere Teil des Vermögens vom erstversterbenden Ehegatten stammt, ist dieser Weg als echte Alternative anzusehen. Damit wird das mit der Anordnung der Einheitslösung angestrebte Ziel der Testierenden, nämlich den Überlebenden von Belastungen, insbesondere auch in Form von Pflichtteilsansprüchen, nach dem ersten Erbfall freizustellen, verfehlt.

Zum anderen kann durch eine solche Gestaltung auch keine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall erreicht werden. Einerseits ist nämlich – wie bereits vorstehend dargestellt – die Nachlassbeteiligung der Abkömmlinge des Erstversterbenden beim Schlusserbfall offen. Andererseits würde das Herausgabevermächtnis nach dieser Konstruktion unbedingt anfallen, mit der Folge, dass dieses den Abkömmlingen des Erstversterbenden neben der Schlusserbenstellung zustehen würde. Dies kann wiederum dazu führen, dass es zu einer Bevorzugung der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten kommt, weil diesen neben der Schlusserbenstellung auch das Herausgabevermächtnis zugewendet wird; damit wäre eine Ungleichbehandlung der Kinder beim Schlusserbfall vorprogrammiert. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, das Herausgabevermächtnis zusätzlich unter die aufschiebende Bedingung zu stellen, dass dieses nur dann fällig werden soll, wenn die Abkömmlinge des Letztversterbenden durch die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB die angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall stören. Aber auch in diesem Fall bleibt ungewiss, ob das von den Testierenden angestrebte Regelungsziel erreicht werden kann. Dies wäre nämlich nur dann der Fall, wenn das Herausgabevermächtnis die notwendi-

<sup>383</sup> Es ist umstritten, ob das aufschiebend bedingte Vermächtnis unter die Regelung des § 2306 BGB oder des § 2307 BGB fällt. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob das aufschiebend bedingte Vermächtnis zunächst ohne Rücksicht auf einen etwaigen Bedingungseintritt mit dem vollen Wert auf den Pflichtteil anzurechnen ist [so beispielsweise OLG Oldenburg in NJW 1991, S. 989; Soergel (Dieckmann), Rn. 2 zu § 2307; Staudinger (Otte), Rn. 6 zu § 2307] oder eine Anrechnung erst bei Bedingungseintritt erfolgen soll [so beispielsweise Schlitt in NJW 1992, S. 29; Bamberger/Roth (J. Mayer), Rn. 7 zu § 2306]. Im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung wirkt sich dieser Streit aber nicht weiter aus. Maßgeblich wäre die Frage, welche Norm bei einem aufschiebend bedingten Vermächtnis zur Anwendung kommt, dann gewesen, wenn unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen zur Ausschlagung berechtigen würden. Dieser Punkt hat sich aber mit der Reform des Erb- und Verjährungsrechtes zum 01.01.2010 erledigt, da eine Ausschlagung nunmehr auch im Rahmen des § 2306 BGB ohne Rücksicht auf die Höhe der Zuwendung möglich ist; insoweit wurde also ein Gleichlauf zwischen beiden Normen herbeigeführt.

<sup>384</sup> Vgl. insoweit zu den Funktionen der besonderen Verwirkungsklausel in Form der Pflichtteilklausel auch Kapitel 3.2.4 ff.



ge Abschreckungswirkung dahingehend entfaltet, dass die Abkömmlinge des Längerlebenden im Falle des Bedingungseintritts auf eine erhebliche Vermögensposition verzichten und sich damit spürbare wirtschaftliche Auswirkungen für diese einstellen. Aus diesem Grund kann eine solche Konstruktion selbst im Falle eines unbedingten Anfalls eine von den Erblassern angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim „Berliner Testament“ als Schlusserben allenfalls fördern; es kann aber weder eine vollständige Absicherung für die einseitigen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten noch eine abschließende Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Kinder beim Schlusserbfall durch diese Gestaltung erreicht werden.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Anordnung eines aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Herausgabevermächtnisses in dieser Form nicht geeignet, die von den Erblassern angestrebten Regelungsziele umzusetzen. Diese Konstruktion eignet sich vielmehr nur dazu, für die Abkömmlinge des Erstversterbenden eine Absicherung beim Schlusserbfall zu fördern, indem diesen ein Teil des Vermögens ihres leiblichen Elternteils bei Bedingungseintritt zugewiesen wird. Insoweit ist aber zu berücksichtigen, dass insbesondere die Höhe der Nachlassbeteiligung völlig offen bleibt und damit gerade in den Fällen, in denen das wesentliche Vermögen vom Erstversterbenden stammt, die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen naheliegend ist.

#### **4.4.3. Das Herausgabevermächtnis auf den gesamten Nachlass bzw. auf einen Nachlassteil (s.g. Quotenvermächtnis)**

##### **4.4.3.1. Grundlegende Konstruktion**

Aufgrund der unklaren Nachlassbeteiligung der Abkömmlinge des Erstversterbenden beim Herausgabevermächtnis auf den Überrest wird im Schrifttum auch die Aussetzung von aufschiebend befristeten und/oder aufschiebend bedingten Vermächtnissen in Höhe des gesamten Nachlasses bzw. eines Nachlassteils (s.g. Quotenvermächtnis, in der Regel in Höhe des gesetzlichen Erbteils) diskutiert, um die Nachlassbeteiligung für die Abkömmlinge des Erstversterbenden von vornherein festzulegen.<sup>385</sup> Insoweit wird der länger lebende Ehegatte bzw. dessen Nachlass mit einem Vermächtnis in der Weise beschwert, dass bei Anfall und Fälligkeit der gesamte Nachlass des erstversterbenden Ehegatten oder ein bestimmter Nachlassteil an die Abkömmlinge des Erstversterbenden herauszugeben ist.

Dabei wird die Aussetzung dieses Vermächtnisses – wie bei der Konstruktion zur auflösend bedingten Voll- und aufschiebend bedingten Vorerbschaft in Kapitel

<sup>385</sup> Grandel/Stockmann (Seebach), Ziff. 168, Rn. 24.



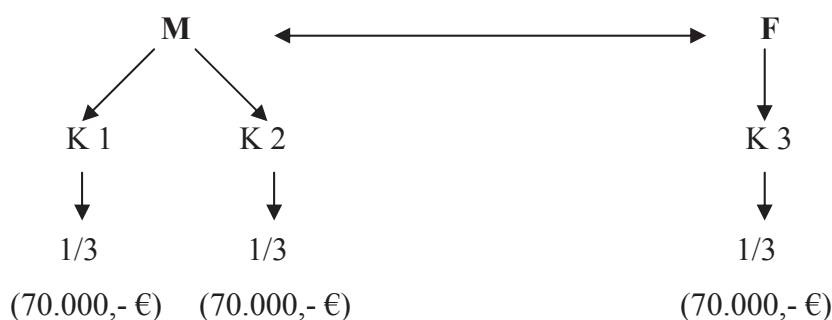


4.3.4.5.2.2.1. – allerdings auf den Ehegatten beschränkt, der mehr leibliche Abkömmlinge hinterlässt, und auch nur für den Fall seines Erstversterbens; nur in dieser Konstellation ist nämlich eine Benachteiligung von dessen Abkömmlingen im Rahmen des Schlusserbfalles zu befürchten.<sup>386</sup>

#### 4.4.3.2. Aufschiebend befristetes oder bedingtes Vermächtnis?

Ebenso wie beim Herausgabevermächtnis auf den Überrest besteht auch beim Vermächtnis in Höhe des gesamten Nachlasses bzw. eines Nachlassteils die Möglichkeit, das Vermächtnis mit dem Tod des erstversterbenden Ehegatten anfallen zu lassen und die Fälligkeit auf den Tod des letztversterbenden Ehegatten hinauszuschieben (aufschiebend bedingtes oder betagtes Vermächtnis) oder dieses mit dem Tod des letztversterbenden Ehegatten anfallen und in diesem Moment fällig werden zu lassen (aufschiebend befristetes Vermächtnis).<sup>387</sup> Auch im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung erscheint es vor dem Hintergrund der Ausführungen<sup>388</sup> im Zusammenhang mit dem Herausgabevermächtnis auf den Überrest sinnvoll, dieses als aufschiebend befristetes Vermächtnis auszugestalten. Dies würde allerdings dazu führen, dass das angeordnete Vermächtnis unbedingt beim Schlusserbfall anfallen und damit das Risiko eines Ungleichgewichtes im Hinblick auf die Verteilung des Nachlasses unter den Schlusserben erhöhen würde. Dies wird am folgenden Zahlenbeispiel deutlich:

Vermögen des Ehemannes zum Todeszeitpunkt:	180.000,- €
Vermögen der Ehefrau zum Todeszeitpunkt:	210.000,- € <sup>389</sup>



Sofern das Vermächtnis im Zeitpunkt des Todes von F anfällt und fällig wird, hätte dies zur Folge, dass K 1 und K 2 aus dem Nachlass vorab einen Betrag in Höhe von

<sup>386</sup> Vgl. hierzu Kapitel 3.2.1.4.3. sowie Grziwotz (Keim), S. 65; Kornexl, Rn. 460.

<sup>387</sup> So beispielsweise Kornexl, Rn. 462.

<sup>388</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 4.4.2.3.

<sup>389</sup> Die Ehefrau hatte vor dem Tod des Ehemannes ein Vermögen von 30.000,- €. Auf Grundlage des vereinheitlichten Vermögens hat diese beim Schlusserbfall ein Vermögen in Höhe von 210.000,- €.





jeweils 45.000,- € (90.000,- €)<sup>390</sup> erhalten würden. Demzufolge würde sich der Reinnachlass von F auf 120.000,- € (30.000,- €) reduzieren. Ausgehend von der angestrebten gleichmäßigen Vermögensteilhabe würden K 1, K 2 und K 3 jeweils 1/3 des Reinnachlasses, mithin jeweils 40.000,- € (10.000,- €) beanspruchen können. Dem steht wiederum der Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB von K 3 entgegen; K 3 kann insoweit von K 1 und K 2 die Zahlung eines Betrages in Höhe von insgesamt 20.000,- € (5.000,- €) beanspruchen, so dass K 3 insgesamt mit 60.000,- € (15.000,- €) am Nachlass der Erblasser partizipiert. Demgegenüber würden K 1 und K 2 mit jeweils 75.000,- € (97.500,- €) am Nachlass teilhaben, so dass eine von den Erblassern angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall nicht gegeben ist.

Demgemäß wird mit einer derartigen Konstruktion zwar erreicht, dass die Abkömmlinge des Erstversterbenden in entsprechendem Maße am Nachlass ihres leiblichen Elternteils beteiligt werden; in diesem Fall kommt es aber regelmäßig zu einem Ungleichgewicht zu Lasten der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten, so dass die angestrebten Regelungsziele der Erblasser im Hinblick auf eine gleichmäßige Vermögensteilhabe wiederum nicht erreicht werden können.<sup>391</sup> Da es den Testierenden aber auch um die Gleichbehandlung unter den Abkömmlingen beim Schlusserbfall geht, ist weiter zu untersuchen, ob dieses Ziel auch bei einem Vermächtnis in Höhe des gesamten Nachlasses bzw. eines Nachlassteils durch einen gestalterischen Eingriff erreicht werden kann.

Der vorstehende Beispielfall zeigt, dass dieses Regelungsziel der Erblasser regelmäßig in den Fällen nicht erreicht werden kann, in denen das Vermächtnis unbedingt beim Tod des Längerlebenden anfällt. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes sollte das Vermächtnis – wie beim Herausgabevermächtnis auf den Überrest auch – im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung zwar beim Tod des länger lebenden Ehegatten anfallen, aber nur dann fällig werden, wenn dessen Abkömmlinge einen Pflichtteilsanspruch bzw. einen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend machen (aufschiebend befristetes und aufschiebend bedingtes Vermächtnis).<sup>392</sup> Durch diese Konstruktion soll wiederum vornehmlich das Ziel der Abschreckung bei den Abkömmlingen des letzt-

<sup>390</sup> Im Folgenden wird bei den Berechnungsbeispielen einerseits das Quotenvermächtnis in Höhe des gesetzlichen Erbteils und andererseits das Herausgabevermächtnis auf den gesamten Nachlass dargestellt, wobei die maßgeblichen Zahlen für das Letztere in Klammern dargestellt werden. Die gesetzliche Erbquote von K 1 und K 2 ist gemäß §§ 1924 Abs. 1, 1931 Abs. 1, 3, 1371 BGB mit 1/4 festzulegen. Auf Grundlage eines Reinnachlasses von M beträgt der Anteil von K 1 und K 2 demzufolge jeweils 45.000,- €.

<sup>391</sup> Vgl. hierzu auch die Zusammenfassung in Kapitel 4.4.2.6.

<sup>392</sup> So beispielsweise Mayer in ErbR 2014, S. 48; Grziwotz (Keim), S. 65; Kornexl, Rn. 460; Von Dickhuth-Harrach, § 12, Rn. 36.



versterbenden Ehegatten herbeigeführt werden. Durch die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruches bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB wird das bereits angefallene Vermächtnis nämlich fällig und damit – je nach Vermögensstruktur – ein wesentlicher Vermögensteil dem Nachlass des Längerlebenden entzogen, so dass die Berechnungsgrundlage für einen Pflichtteilsanspruch möglicherweise deutlich reduziert wird.

Demzufolge würde das Vermächtnis im Rahmen dieser Gestaltung nicht eo ipso anfallen, sondern nur dann zum Tragen kommen, wenn die Abkömmlinge des länger lebenden Ehegatten nach dem Schlusserbfall durch die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen die angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder stören würden. Somit würde unter Berücksichtigung dieser Überlegungen das Herausgabevermächtnis im vorstehend dargestellten Beispielfall zu Gunsten von K 1 und K 2 in Höhe von jeweils 45.000,- € (90.000,- €) nicht automatisch mit dem Tod von F fällig werden; vielmehr steht die Fälligkeit unter der aufschiebenden Bedingung, dass K 3 einen Pflichtteilsanspruch bzw. einen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend macht. Insoweit haben K 1 und K 2 ohne diesen Bedingungseintritt keine Möglichkeit, das Vermächtnis einzufordern und hierdurch die angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe unter den Abkömmlingen zu stören, weil die Fälligkeit der zu Gunsten von K 1 und K 2 ausgesetzten Vermächtnisse vom Verhalten eines Dritten, nämlich K 3, abhängig ist. Ohne diesen Bedingungseintritt würde sich somit der Nachlass unter den Abkömmlingen nach der letztwilligen Verfügung mit einer Beteiligung von jeweils 70.000,- € gleichmäßig verteilen; demgegenüber würde der Bedingungseintritt die Fälligkeit der Vermächtnisse zu Gunsten von K 1 und K 2 auslösen und eine Nachlassverteilung – wie im vorstehenden Beispielfall dargestellt – erfolgen, die letztlich eine wirtschaftliche Bevorzugung von K 1 und K 2 bewirken würde. Somit kann durch eine solche Konstruktion zumindest eine Abschreckungswirkung zur Vermeidung der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruches bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB durch K 3 herbeigeführt werden. Allerdings muss konstatiert werden, dass auch insoweit das von den Erblassern angestrebte Ziel einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall allenfalls gefördert, aber nicht sichergestellt werden kann.

#### ***4.4.3.3. Grenzen dieser Konstruktion***

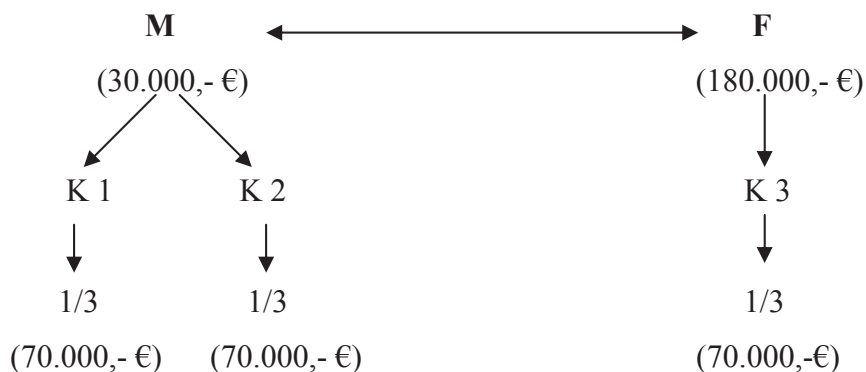
Ferner ist zu berücksichtigen, dass das Funktionieren einer solchen Konstruktion, demgemäß also die Herbeiführung einer Abschreckungswirkung für die Abkömmlinge



des letztversterbenden Ehegatten mit dem Ziel, den Erblasserwillen zu respektieren, von verschiedenen Faktoren abhängig ist. In diesem Zusammenhang soll daher eruiert werden, wie sich die Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten auswirkt sowie die Versterbensreihenfolge unter den Ehegatten. Letztlich soll auf Grundlage des Beispielfalles unter Ziffer 3.2.1.2. untersucht werden, welchen Effekt unterschiedliche Familienstrukturen im Zusammenhang mit der Verteilung des Nachlasses beim Schlusserbfall haben können.

#### 4.4.3.3.1. Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten

Zunächst ist durchaus denkbar, dass bei einer anderen Zusammensetzung des Vermögens unter den Ehegatten selbst im Falle der Anordnung von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen zu Gunsten der Kinder des erstversterbenden Ehegatten die gleichmäßige Vermögensteilhabe unter den Abkömmlingen beim Schlusserbfall nicht erreicht wird. Auf Grundlage des vorgenannten Beispielfalles (4.4.3.2.) wird die Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten zur Untersuchung dieser Frage spiegelbildlich angenommen:

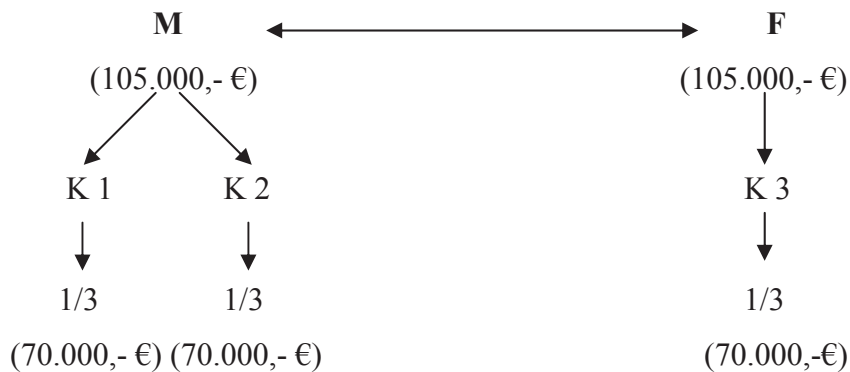


Die letztwillige Verfügung der Erblasser sieht eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall vor, so dass K 1, K 2 und K 3 jeweils 70.000,- € erhalten würden. In der vorstehenden Abwandlung des Beispielfalles würde der gesetzliche Erbteil von K 1 und K 2 beim Tod des M, der über einen Nachlass von 30.000,- € verfügt, jeweils 7.500,- € betragen.<sup>393</sup> Sofern K 3 einen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend macht, würden Vermächtnisse in dieser Höhe zu Gunsten von K 1 und K 2 fällig werden und den Nachlass von F mit insgesamt 15.000,- € (30.000,- €) belasten; der Reinnachlass reduziert sich demnach auf 195.000,- € (180.000,- €). Aus-

<sup>393</sup> Ausgehend vom gesetzlichen Güterstand würde F im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge mit einer Erbquote von 1/2 am Nachlass des M partizipieren, also mit einem Erbanteil in Höhe von 15.000,- € (§§ 1931 Abs. 1, 3 i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB). Auf K 1 und K 2 entfällt demnach eine Erbquote von jeweils 1/4 am Nachlass des M, mithin jeweils 7.500,- €.



gehend von der angestrebten gleichmäßigen Vermögensteilhabe durch die Erblasser im Rahmen der letztwilligen Verfügung würden K 1, K 2 und K 3 sodann jeweils 1/3 des Reinnachlasses, mithin jeweils 65.000,- € (60.000,- €) beanspruchen können. Insofern ist aber der von K 3 beanspruchte Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB zu berücksichtigen. Demnach kann K 3 von K 1 und K 2 die Zahlung eines Betrages in Höhe von insgesamt 32.500,- € (30.000,- €) einfordern, so dass K 3 mit insgesamt 97.500,- € (90.000,- €) am Nachlass der Erblasser partizipiert; K 1 und K 2 würden mit jeweils 56.250,- € (60.000,- €) am Nachlass teilhaben. Somit ist festzustellen, dass die angestrebte Abschreckungswirkung in den Fällen leerläuft, in denen der erstversterbende Ehegatte ein deutlich geringeres Vermögen hinterlässt, als der länger lebende Ehegatte. Fraglich ist in diesem Zusammenhang weiter, wie es sich auswirkt, wenn die Vermögensverhältnisse unter den Ehegatten gleich sind.



Auch in diesem Fall wird von den Erblassern das Ziel verfolgt, dass alle Kinder beim Schlusserbfall am Nachlass gleichermaßen, d.h. mit jeweils 70.000,- €, beteiligt werden. Im Rahmen dieses Fallbeispiels würde der gesetzliche Erbteil von K 1 und K 2 beim Tod des M, der über einen Nachlass von 105.000,- € verfügt, jeweils 26.250,- € (52.500,- €) betragen.<sup>394</sup>

Sofern K 3 einen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend macht, würden Vermächtnisse in dieser Höhe zu Gunsten von K 1 und K 2 fällig werden und den Nachlass von F mit insgesamt 52.500,- € (105.000,- €) belasten. Der Reinnachlass reduziert sich demgemäß auf 157.500,- € (105.000,- €). Auch insoweit würden K 1, K 2 und K 3 aufgrund der letztwilligen Verfügung jeweils 1/3 des Reinnachlasses, mithin jeweils 52.500,- € (35.000,- €), beanspruchen können. Dem steht wiederum der von

<sup>394</sup> Ausgehend vom gesetzlichen Güterstand würde F im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge mit einer Erbquote von 1/2 am Nachlass des M partizipieren, also mit einem Erbanteil in Höhe von 52.500,- € (§§ 1931 Abs. 1, 3 i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB). Auf K 1 und K 2 entfällt demnach eine Erbquote von jeweils 1/4 am Nachlass des M, mithin jeweils 26.250,- €.



K 3 beanspruchte Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB entgegen. Insoweit kann K 3 von K 1 und K 2 somit die Zahlung eines Betrages in Höhe von insgesamt 26.250,- € (17.500,- €) beanspruchen, so dass K 3 mit insgesamt 78.750,- € (52.500,- €) am Nachlass der Erblasser partizipiert; K 1 und K 2 würden mit jeweils 65.625,- € (78.750,- €) am Nachlass teilhaben.

Als Zwischenergebnis ist damit festzustellen, dass die mit der Anordnung von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen zu Gunsten der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten in Höhe des gesetzlichen Erbteils bzw. in Höhe des gesamten Nachlasses verbundene Zielrichtung, nämlich die Herbeiführung einer Abschreckungssituation, immer in den Fällen nicht erreicht werden kann, in denen das Vermögen des Erstversterbenden deutlich geringer ist, als das Vermögen des letztversterbenden Ehegatten. Demgegenüber kann eine abschreckende Wirkung im Rahmen einer solchen Konstruktion immer dann geschaffen werden, wenn der erstversterbende Ehegatte über das größere Vermögen verfügt oder die Vermögensverhältnisse unter den Ehegatten gleich bzw. im Wesentlichen gleich sind.

#### 4.4.3.3.2. Reihenfolge des Versterbens

Bisher wurde stets von einem Vorversterben von M ausgegangen. Fraglich ist weiter, wie sich ein Vorversterben von F auswirkt; insoweit sind auch unterschiedliche Vermögensverteilungen zu berücksichtigen.

##### 4.4.3.3.2.1. Größeres Vermögen bei M

Zunächst ist Grundlage der Ausgangsfall mit dem größeren Vermögen bei M (180.000,- €) und dem kleinen Vermögen bei F (30.000,- €). Sofern F zuerst verstirbt, kommt es zur Vereinheitlichung des Vermögens beim M, so dass sich im Vermögen von M beim Schlusserbfall 210.000,- € befinden. In diesem Fall wird die von den Erblassern angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe der Abkömmlinge beim Schlusserbfall nicht gestört, weil die durch letztwillige Verfügung vorgesehene Zuwendung für K 2 und K 3 in Höhe von jeweils 70.000,- € über deren Pflichtteilsanspruch (52.500,- €)<sup>395</sup> liegt und damit der Anwendungsbereich des § 2305 BGB nicht eröffnet wird.<sup>396</sup>

<sup>395</sup> Die gesetzliche Erbquote der Abkömmlinge von F ist gemäß § 1924 Abs. 1 BGB mit jeweils 1/2 festzulegen, die Pflichtteilsquote gemäß § 2305 S. 1 BGB mit 1/4. Auf Grundlage eines Reinnachlasses der F beim Schlusserbfall in Höhe von 210.000,- € beträgt der Pflichtteilsanspruch somit jeweils 52.500,- €.

<sup>396</sup> Grziwotz (Keim), S. 65.





#### 4.4.3.3.2.2. Kleineres Vermögen bei M

Gleiches gilt, wenn sich – wie in der Abwandlung des Ausgangsfalles dargestellt – das kleinere Vermögen (30.000,- €) bei M befindet und F über das größere Vermögen (180.000,- €) verfügt. Auch in diesem Fall liegt die durch letztwillige Verfügung an K 1 und K 2 mit jeweils 70.000,- € vorgenommene Zuwendung über deren Pflichtteilsanspruch (wiederum 52.500,- €), so dass ein Anspruch nach § 2305 BGB nicht begründet wird.

Demzufolge ist als weiteres Zwischenergebnis festzustellen, dass die Versterbensreihenfolge der Ehegatten für die Frage, ob das angestrebte Regelungsziel einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe beim Schlusserbfall gefördert bzw. erreicht werden kann, keine Rolle spielt.

#### 4.4.3.3.3. Auswirkungen der jeweiligen Familienstruktur

Neben der Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten mag aber auch die Familienstruktur für das Erreichen der angestrebten Regelungsziele von Bedeutung sein, so dass auch die sich hieraus ergebenden Auswirkungen zu betrachten sind. Aus diesem Grund soll weiter untersucht werden, welche Auswirkungen die Strukturen innerhalb der Familie haben, d.h. ob und welche Rolle insbesondere die Anzahl der Abkömmlinge spielt. Selbst wenn ein Ehegatte im Laufe seines Lebens deutlich mehr Vermögen erworben hat als der andere, muss dies nämlich nicht zwingend zum Ungleichgewicht im Erbfall führen. Auf Grundlage der Berechnungsbeispiele, die bereits unter Ziffer 3.2.1.2. dargestellt wurden, sollen daher die Auswirkungen der Familienstrukturen untersucht werden.

##### 4.4.3.3.3.1. M und F haben jeweils (nur) ein Kind

Unabhängig von der Reihenfolge des Versterbens der Erblasser würde der Längerlebende über ein Vermögen in Höhe von 210.000,- € verfügen. Beim Schlusserbfall würde beiden Kindern im Falle einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe der Nachlass jeweils hälftig, also in Höhe von 105.000,- € zustehen. Das Kind des letztversterbenden Erblassers hätte insoweit einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von 105.000,- €, so dass diesem durch die letztwillige Verfügung der Ehegatten das zugewendet wird, was auch als Pflichtteil beansprucht werden könnte. Demzufolge besteht in diesem Fall kein Anspruch auf einen Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB, so dass der Anwendungsbereich dieser Norm nicht eröffnet wird. Im Rahmen einer solchen Familienstruktur ist vielmehr festzustellen, dass dem Kind des Längerlebenden im Falle der Anordnung einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe beim Schlusserbfall immer ein





Nachlassanteil zugewendet wird, welcher dem Pflichtteil entspricht; aus diesem Grund ist der Anwendungsbereich des § 2305 BGB in einer solchen Konstellation niemals eröffnet.

#### 4.4.3.3.2. Der erstversterbende M hat zwei Kinder, F ein Kind

Dieser Fall entspricht dem Beispielfall. Auch bei Aussetzung von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen zu Gunsten der Abkömmlinge von M wird der Anwendungsbereich des § 2305 BGB eröffnet, weil K 3 nach Berücksichtigung der Vermächtnisse für K 1 und K 2 durch die letztwillige Verfügung nur ein Erbteil in Höhe von 40.000,- € (10.000,- €) zugewendet wird; tatsächlich steht K 3 aber ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von 60.000,- € (15.000,- €) zu, so dass ein Anspruch auf einen Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB in Höhe von 20.000,- € (5.000,- €) gegenüber K 1 und K 2 besteht.

#### 4.4.3.3.3. Der erstversterbende M hat ein Kind, F zwei Kinder

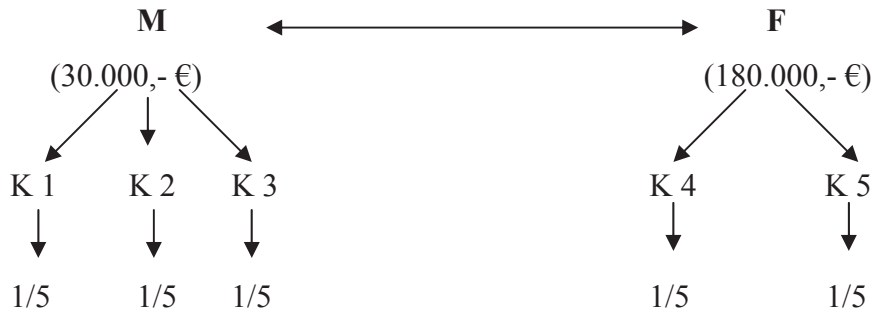
Durch die letztwillige Verfügung wird den Abkömmlingen von F jeweils 70.000,- € zugewendet. Demgegenüber würde der Pflichtteilsanspruch für diese mit jeweils 52.500,- € anzusetzen sein, so dass die Beteiligung am Nachlass durch die letztwillige Verfügung über dem Pflichtteil der Abkömmlinge von F liegt. Aus diesem Grund kommt das aufschiebend befristete und aufschiebend bedingte Vermächtnis zu Gunsten von K 1 nicht zum Tragen, weil der Anwendungsbereich des § 2305 BGB in diesem Fall nicht eröffnet wird.

#### 4.4.3.3.4. Veränderung bei der Anzahl der Kinder

Weiterhin ist in diesem Zusammenhang fraglich, wie sich eine Veränderung bei der Anzahl der Kinder auswirkt, also wenn beispielsweise der Erstversterbende drei und der Letztversterbende zwei Kinder hinterlässt. Hierzu folgender Beispielfall:



Vermögen des Ehemannes zum Todeszeitpunkt:	30.000,- €
Vermögen der Ehefrau zum Todeszeitpunkt:	210.000,- € <sup>397</sup>



In diesem Fall hätten die Kinder nach dem gemeinschaftlichen Testament beim Schlusserbfall einen Anspruch in Höhe von jeweils 42.000,- €. Der Pflichtteilsanspruch der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten beträgt demgegenüber jeweils 52.500,- €<sup>398</sup>, so dass auch in diesem Fall ein Anspruch nach § 2305 BGB in Höhe von jeweils 10.500,- € zu Gunsten der Abkömmlinge des Letztversterbenden begründet wird. Demzufolge würden K 1, K 2 und K 3 mit jeweils 35.000,- € und K 4 sowie K 5 mit jeweils 52.500,- € am Nachlass partizipieren.

Fraglich ist sodann, wie sich das Aussetzen von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen zu Gunsten der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten auswirkt. Im Falle der Anordnung würde der Nachlass von F um die Vermächtnisse für K 1, K 2 und K 3 in Höhe von jeweils 5.000,- € (10.000,- €), mithin um 15.000,- € (30.000,- €), vermindert werden, so dass noch ein Reinnachlass in Höhe von 195.000,- € (180.000,- €) vorhanden ist.<sup>399</sup> Im Falle einer beabsichtigten gleichmäßigen Vermögensverteilung würde den Kindern K 1, K 2, K 3, K 4 und K 5 ein Erbteil in Höhe von jeweils 39.000,- € (36.000,- €) zustehen. Demgegenüber beträgt der Pflichtteilsanspruch der Kinder des letztversterbenden Ehegatten (K 4 und K 5) in diesem Fall jeweils 48.750,- € (45.000,- €), so dass wiederum ein Anspruch nach § 2305 BGB in Höhe von jeweils 9.750,- € (9.000,- €) zu Gunsten der Abkömmlinge des Letztversterbenden begründet wird. Demzufolge würden K 1, K 2 und K 3 mit

<sup>397</sup> Die Ehefrau hatte vor dem Tod des Ehemannes ein Vermögen von 180.000,- €. Auf Grundlage des vereinheitlichten Vermögens hat diese beim Schlusserbfall ein Vermögen in Höhe von 210.000,- €.

<sup>398</sup> Vgl. hierzu FN 395.

<sup>399</sup> Ausgehend vom gesetzlichen Güterstand würde F im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge mit einer Erbquote von 1/2 am Nachlass des M partizipieren, also mit einem Erbanteil in Höhe von 15.000,- € (§§ 1931 Abs. 1, 3 i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB). Auf K 1, K 2 und K 3 entfällt demnach eine Erbquote von jeweils 1/6 am Nachlass des M, mithin jeweils 5.000,- €.



jeweils 37.500,- € (40.000,- €) und K 4 sowie K 5 mit jeweils 48.750,- € am Nachlass der Erblasser teilhaben.

Somit wird auch in diesem Fall durch das Aussetzen von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen zu Gunsten der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten lediglich bewirkt, dass die mit der Einforderung eines Pflichtteils durch die Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten einhergehenden nachteiligen Verschiebungen im Hinblick auf die angestrebte gleichmäßige Vermögensteilnahme aller Kinder beim Schlusserbfall in ihrer Wirkung zwar eingeschränkt, aber nicht vollständig beseitigt werden können.

#### 4.4.3.3.4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass der Anwendungsbereich des § 2305 BGB beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen immer in den Fällen eröffnet wird, in denen der Längerlebende weniger Kinder hinterlässt, als der Erstversterbende.<sup>400</sup> Aus diesem Grund bietet es sich an, dass ausschließlich der Ehegatte aufschiebend befristete und aufschiebend bedingte Vermächtnisse für seine leiblichen Abkömmlinge für den Fall seines Erstversterbens aussetzt, der mehr leibliche Abkömmlinge hinterlässt.<sup>401</sup>

Unabhängig davon lässt sich aber auch durch das Aussetzen von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen keine Gleichbehandlung aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall erreichen. Diese kann vielmehr nur gefördert werden, indem bei Fälligkeit der ausgesetzten Vermächtnisse dem Nachlass des Letztversterbenden eine möglicherweise nicht unerhebliche Vermögensposition entzogen wird und sich hierdurch eine für die Abkömmlinge des Letztversterbenden wirtschaftlich nachteilige Situation einstellt; diese müsste letztlich eine Abschreckung bei diesen bewirken. Ob eine solche Abschreckungswirkung herbeigeführt werden kann, hängt dabei aber von der Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten ab. Immer in den Fällen, in denen der länger lebende Ehegatte weniger Kinder hinterlässt und – im Verhältnis zum erstversterbenden Ehegatten – über mehr Vermögen verfügt, läuft die angestrebte Abschreckungswirkung ins Leere.<sup>402</sup>

<sup>400</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 3.2.1.2. (Berechnungsbeispiele).

<sup>401</sup> Vgl. hierzu FN 386 m.w.N.

<sup>402</sup> Grziwotz (Keim), S. 66.



#### 4.4.3.4. *Umfang des Vermächtnisses*

Die vorstehenden Berechnungsbeispiele stellen die im Schrifttum diskutierten Lösungswege vor, wobei im Hinblick auf den Umfang des anzuordnenden Vermächtnisses insoweit keine Einigkeit besteht und verschiedene Ansätze gewählt werden. Die durchgeführten Berechnungen haben aber deutlich gemacht, dass die wirtschaftlichen Auswirkungen beim Herausgabevermächtnis auf den gesamten Nachlass<sup>403</sup> nicht nur unerheblich von denen abweichen, die sich beim Herausgabevermächtnis auf eine nach Bruchteilen bestimmte Quote des Nachlasswertes, in diesem Fall also beispielhaft am gesetzlichen Erbteil orientiert, ergibt.<sup>404</sup> Dabei ist zur Erzielung der von den Erblassern angestrebten Abschreckungswirkung sicherlich ein wertmäßig hohes Vermächtnis sinnvoll; fraglich ist jedoch, ob dies auch mit den von den Erblassern im Rahmen der Anordnung der Einheitslösung angestrebten Regelungszielen vereinbar ist.

##### 4.4.3.4.1. *Problemstellung*

Während das Herausgabevermächtnis auf den Überrest im Wesentlichen das Ziel verfolgt, den Abkömmlingen des erstversterbenden Ehegatten eine Beteiligung in unbekannter Höhe am Nachlass ihres leiblichen Elternteils zukommen zu lassen<sup>405</sup>, wird beim Herausgabevermächtnis auf den gesamten Nachlass bzw. einen Nachlassteil den Abkömmlingen des Erstversterbenden bei Bedingungseintritt eine der Höhe nach sichere, weil im Vorfeld bestimmbare, Beteiligung an dessen Nachlass zugewiesen. Unklar bleibt insoweit aber, wie in den Fällen zu verfahren ist, in denen der Nachlass des erstversterbenden Ehegatten durch den länger lebenden Ehegatten im Rahmen seiner Eigenschaft als Vollerbe ganz oder teilweise verbraucht und damit eine Herausgabe des gesamten Nachlasses bzw. der im Vorfeld festgelegten Quote nicht mehr möglich ist. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob und inwieweit der Nachlass des erstversterbenden Ehegatten bei Bedingungseintritt möglicherweise mit dem Eigenvermögen des länger lebenden Ehegatten, beispielsweise über einen Schadensersatzanspruch gemäß § 160 Abs. 1, 2 BGB<sup>406</sup>, aufgefüllt werden muss, um wertmäßig den „gesamten Nachlass“ des erstversterbenden Ehegatten bzw. die festgesetzte Quote bei Fälligkeit herausgeben zu können.

<sup>403</sup> Befürwortet von Mayer in ErbR 2014, S. 48; Grziwotz (Keim), S. 65; Kornexl, Rn. 460; Von Dickuth-Harrach, § 12, Rn. 40.

<sup>404</sup> Befürwortet von Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 713; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 21, Rn. 24.

<sup>405</sup> Vgl. hierzu die Zusammenfassung in Kapitel 4.4.2.6.

<sup>406</sup> Vgl. hierzu FN 375 m.w.N..



Tatsächlich muss diese Folge wohl als zwingend angenommen werden, weil es sich ansonsten bei der insoweit diskutierten Konstruktion im Ergebnis auch (nur) um ein Herausgabevermächtnis auf den Überrest handeln würde, was gerade nicht gewollt ist. Diese Annahme würde weiter dazu führen, dass der Längerlebende in seiner Eigenschaft als uneingeschränkter Vollerbe zwar auf den ersten Blick nicht beeinträchtigt, jedoch die damit einhergehenden wirtschaftlichen Folgen wieder beseitigt und damit die mit der Einheitslösung verbundenen Regelungsintentionen nicht mehr beibehalten werden. Die Herausgabe des gesamten Nachlasses bzw. eines Nachlassteils bei Fälligkeit des Vermächtnisses berücksichtigt in einer solchen Gestaltungsüberlegung nämlich offensichtlich – zumindest wirtschaftlich betrachtet – nicht die lebzeitigen Verfügungen des Längerlebenden, die von diesem nach dem ersten Erbfall im Hinblick auf den Nachlass des Erstversterbenden getroffen werden. Vielmehr werden diese Verfügungen in den Fällen, in denen das Eigenvermögen des Längerlebenden zum Zwecke der Erfüllung der Vermächtnisse der Abkömmlinge des Erstversterbenden herangezogen werden muss, bei rein wirtschaftlicher Betrachtung faktisch wieder beseitigt.

Insoweit besteht somit die Gefahr, dass – je nach Zusammensetzung des Vermögens der Ehegatten – dem Vermögen des Längerlebenden bei Fälligkeit der Vermächtnisse zu Gunsten der Abkömmlinge des Erstversterbenden durch die Erfüllung ein nicht nur unerheblicher Vermögenswert entzogen und damit der Nachlass des letztversterbenden Ehegatten möglicherweise der Höhe nach deutlich reduziert werden könnte. Demzufolge würde eine solche Konstruktion zwar das Risiko minimieren, dass sich die Abkömmlinge des Letztversterbenden über die Regelung des § 2305 BGB eine höhere Nachlassbeteiligung sichern können und damit die von den Testierenden angestrebte Abschreckungswirkung erzielen; gleichzeitig wird hierdurch aber auch die Gefahr eines Ungleichgewichtes zu deren Lasten herbeigeführt, indem – insbesondere bei einem Vermächtnis, das auf die Herausgabe des gesamten Nachlasses gerichtet ist – lebzeitige Verfügungen des Längerlebenden über die Regelungen des § 160 Abs. 1, 2 BGB zwar nicht tatsächlich, aber zumindest wirtschaftlich betrachtet wieder beseitigt werden.<sup>407</sup>

#### 4.4.3.4.2. *Denkbarer Verstoß gegen das Pflichtteilsrecht*

Die faktische Nichtberücksichtigung der Verfügungen des länger lebenden Ehegatten im Hinblick auf den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten könnte zur Überschreitung der Testierfreiheit führen, indem der Nachlass des Längerlebenden über die Rege-

<sup>407</sup> Grziwotz (Keim), S. 65; Kornexl, Rn. 460.



lungen des § 160 Abs. 1, 2 BGB belastet wird. Die Gestaltungsfreiheit der Erblasser wird durch das Pflichtteilsrecht, den erbrechtlichen Typenzwang sowie durch die §§ 138, 242 BGB begrenzt.<sup>408</sup> Zudem wird durch die Regelungen der §§ 2305 – 2307 BGB sichergestellt, dass dem Pflichtteilsberechtigten der ihm zustehende Pflichtteil auch dann garantiert wird, wenn durch die Gestaltung von letztwilligen Verfügungen eine Beeinträchtigung des Pflichtteilsberechtigten geschaffen wird; insoweit befassen sich die Vorschriften der §§ 2305 – 2307 BGB also mit denjenigen Pflichtteilsberechtigten, die nicht gänzlich von der Erbfolge ausgeschlossen, jedoch von den Erblassern nicht ausreichend bedacht wurden oder deren Zuwendung durch Belastungen qualitativ beeinträchtigt wird.<sup>409</sup> Die §§ 2305 – 2307 BGB haben demzufolge eine Korrekturfunktion im Hinblick auf solche letztwillige Verfügungen, die eine den Pflichtteilsberechtigten beeinträchtigende Zuwendung vorsehen.

Im Rahmen eines Herausgabevermächtnisses, das auf die Herausgabe des gesamten Nachlasses bzw. eines Nachlassteils des Erstversterbenden beim Schlusserbfall gerichtet ist, könnte insbesondere die Regelung des § 2306 Abs. 1, 4. Var. BGB unterlaufen werden. Dabei gewährleistet § 2306 BGB, dass dem Pflichtteilsberechtigten das Recht der Ausschlagung der Erbenstellung mit der gleichzeitigen Möglichkeit der Einforderung des ihm zustehenden Pflichtteils immer dann zusteht, wenn er zwar nicht enterbt wurde, der Nachlass aber mit Beschränkungen oder Beschwerungen versehen ist, wozu auch das Vermächtnis gehört.<sup>410</sup>

Fraglich ist dabei zunächst jedoch, ob die Abkömmlinge des Längerlebenden im Rahmen dieser Konstruktion überhaupt als Beschwerde anzusehen sind. Dem Grunde nach ist als Beschwerter im Sinne des § 2306 Abs. 1, 4. Var. BGB nur der länger lebende Ehegatte anzusehen, weil dieser mit dem Vermächtnis als Erbe des erstversterbenden Ehegatten belastet wird; demgegenüber wird der Erbesebe grundsätzlich nicht als Beschwerter angesehen.<sup>411</sup> Im Rahmen der hier diskutierten Gestaltungsüberlegung wird der Längerlebende mit dem Vermächtnis tatsächlich aber nicht belastet, weil es zu dessen Lebzeiten unter keinen Umständen zu erfüllen ist; demzufolge erfolgt – auch insoweit wiederum bei rein wirtschaftlicher Betrachtung – nur eine Belastung der

<sup>408</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 3.2.3. sowie Langenfeld in ZEV 2007, S. 455; Münchener Anwalts- handbuch Erbrecht (Wachter), § 4, Rn. 15; Nieder/Kössinger (W. Kössinger), § 2, Rn. 2, ggfs. auch § 14 HeimG.

<sup>409</sup> RGZ 93, 3 (5); Klingelhöffer, Rn. 103 ff.; MüKo BGB (Lange), Rn. 1 zu § 2305; Soergel (Dieckmann), Rn. 1 zu § 2305; Staudinger (Otte), Rn. 1 zu § 2305.

<sup>410</sup> Kroiß/Ann/Mayer (Bock), Rn. 1 zu § 2306; MüKo BGB (Lange), Rn. 1 zu § 2306.

<sup>411</sup> BGH in NJW-RR 1986, S. 164; Kroiß/Ann/Mayer (Mayer), Rn. 8 zu § 2147; MüKo BGB (Rudy), Rn. 3 zu § 2147.





Schlusserben.<sup>412</sup> Aus diesem Grund könnte in diesem Fall durchaus darüber nachgedacht werden, auch die Schlusserben als Beschwerter im Sinne des § 2306 Abs. 1, 4. Var. BGB anzusehen.

Gegen diese Überlegung spricht zwar, dass die Schlusserben den Nachlass vom Längerlebenden bereits mit dem Vermächtnis belastet erhalten, so dass es sich hierbei um eine Nachlassverbindlichkeit im Sinne des § 1967 BGB handelt.<sup>413</sup> Auch der Umstand, dass der länger lebende Ehegatte zu Lebzeiten Verfügungen im Hinblick auf den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten vornimmt, die – im Zweifel – bei Fälligkeit des Vermächtnisses durch die Schlusserben im Rahmen eines Schadensersatzes im Sinne des § 160 Abs. 1, 2 BGB zum Zwecke der Erfüllung des Vermächtnisses auszugleichen sind, ändert nichts an dieser Bewertung, weil es sich auch insoweit um Nachlassverbindlichkeiten im Sinne des § 1967 BGB handelt, die vom Längerlebenden begründet wurden.

Losgelöst davon könnte eine solche Konstruktion dazu führen, dass der Pflichtteilsanspruch der Abkömmlinge des Längerlebenden faktisch ausgehöhlt wird, sofern über die Regelung des § 160 Abs. 1, 2 BGB ein über den Nachlass des Erstversterbenden hinausgehender Teil aufgewendet werden müsste, um den Vermächtnisanspruch zu erfüllen. In diesem Zusammenhang darf nämlich nicht aus dem Blick geraten, dass die Anordnung der Einheitslösung durch die Erblasser dazu führen soll, dass der länger lebende Ehegatte zu Lebzeiten uneingeschränkt auf das gesamte vereinheitlichte Vermögen zugreifen kann und die von diesem getroffenen lebzeitigen Verfügungen – zumindest wirtschaftlich betrachtet – zu einem späteren Zeitpunkt gerade nicht wieder beseitigt werden sollen. Dies wäre aber der Fall, wenn der gesamte Nachlass bzw. ein Nachlassteil ohne Berücksichtigung dieser Verfügungen beim Schlusserbfall an die Abkömmlinge des Erstversterbenden herauszugeben wäre und insoweit über die Regelung des § 160 Abs. 1, 2 BGB zum Zwecke der Erfüllung dieses Vermächtnisses das Eigenvermögen des Letztversterbenden aufgewendet werden müsste. Demnach würden durch die Anordnung eines Herausgabevermächtnisses, das auf die Herausgabe des gesamten Nachlasses bzw. eines Nachlassteils gerichtet ist, die mit der Einheitslösung verbundenen Regelungsziele in Bezug auf die uneingeschränkte Vollerbenstellung des länger lebenden Ehegatten und die damit einhergehende Weitergabe des beim

<sup>412</sup> So auch Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 717.

<sup>413</sup> Hölscher in ZEV 2011, S. 569; Kroiß/Ann/Mayer (Mayer), Rn. 8 zu § 2147; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 21 Rn. 53.



Schlusserbfall noch vorhandenen Vermögens zwar nicht beseitigt, aber zumindest wirtschaftlich betrachtet konterkariert werden.<sup>414</sup>

Somit besteht die pflichtteilsrechtliche Problematik im Rahmen einer solchen Konstruktion insbesondere darin, dass in den Fällen, in denen zur Erfüllung eines solchen Vermächtnisses bei Fälligkeit auch auf das originär vom Letztversterbenden stammende Nachlassvermögen zurückgegriffen werden muss, diesem auch solche Werte entzogen werden, die als Grundlage für die Berechnung von Pflichtteilsansprüchen der Abkömmlinge des Letztversterbenden maßgeblich gewesen wären. Aus diesem Grund sind auch die Schlusserben, die faktisch mit der Erfüllung des Vermächtnisses in einer derartigen Konstruktion belastet werden, durchaus als Beschwerde im Sinne der Regelung des § 2306 Abs. 1 4. Var. BGB anzusehen.

Streng genommen berücksichtigt das Herausgabevermächtnis auf den gesamten Nachlass bzw. einen Nachlassteil auch den Umstand nicht, dass der länger lebende Ehegatte an dem Vermögen des erstversterbenden Ehegatten sowohl in Form eines eigenen Pflichtteils- wie auch in Form eines fiktiven Zugewinnausgleichs als Mindestteilhabe zu beteiligen wäre. Losgelöst von der tatsächlichen Erbenstellung des Längerlebenden darf demzufolge – bei objektiver Betrachtung – nicht unberücksichtigt bleiben, dass zum Eigenvermögen des länger lebenden Ehegatten eine fiktive Vermögensposition gehört, die aus einem Pflichtteil sowie einem (pauschalen) Zugewinnausgleich aus dem Vermögen des erstversterbenden Ehegatten besteht und diesem als Mindestteilhabe zustehen würde.<sup>415</sup> Somit dürfte bei der Festlegung des Reinnachlasses im Sinne von § 2311 BGB, auf dessen Grundlage die Höhe der Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten berechnet werden, dieser Umstand ebenfalls nicht völlig außer Acht bleiben. Dies wäre aber der Fall, wenn der gesamte Nachlass bzw. ein Nachlassteil, welcher der Höhe nach diese Mindestbeteiligung des Letztversterbenden am Nachlass des Erstversterbenden nicht berücksichtigt, beim Schlusserbfall an die Abkömmlinge des Erstversterbenden herauszugeben wäre. Aus diesem Grund könnten durch eine solche Konstruktion dem Nachlass des Längerlebenden auch solche Vermögenswerte entzogen werden, welche diesem selbst

<sup>414</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel 4.4.2.4. zu den Beschränkungen des Längerlebenden während der Schwebezeit.

<sup>415</sup> Im Rahmen des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft kann der länger lebende Ehegatte, der im Rahmen der Nachlassverteilung durch seinen verstorbenen Ehegatten weder als Erbe noch als Vermächtnisnehmer berücksichtigt wird, gemäß § 2303 i. V. m. § 1371 Abs. 2 BGB zumindest den Pflichtteil (berechnet auf den nicht gemäß § 1931 Abs. 3 i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB durch pauschalen Zugewinn erhöhten gesetzlichen Erbteil) sowie den konkret zu berechnenden oder pauschal auszugleichenden Zugewinn beanspruchen, vgl. auch Schlitt/Müller, Rn. 124; Bamberger/Roth (Mayer), Rn. 20 zu § 1371; Kroiß/Ann/Mayer (Bock), Rn. 30 ff. zu § 2303.



im Falle einer vollständigen Enterbung als Mindestteilhabe zugestanden hätten; auch hierdurch würde die Berechnungsgrundlage für die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des Letztversterbenden über das zulässige Maß hinaus gemindert werden.

In diesem Zusammenhang muss allerdings konstatiert werden, dass der Längerlebende auf die ihm zustehenden Pflichtteils- und Zugewinnausgleichsansprüche auch verzichten kann und damit diese Ansprüche der freien Disposition der Testierenden unterfallen. Da die Erblasser ein solches Vermächtnis zu Gunsten der Abkömmlinge des Erstversterbenden aufgrund eines übereinstimmenden Willens im Rahmen ihrer letztwilligen Verfügung festlegen, muss daher angenommen werden, dass hierin zumindest ein konkludenter Verzicht liegt. Aus diesem Grund können etwaige fiktive Pflichtteils- oder Zugewinnausgleichsansprüche des Längerlebenden im Rahmen einer solchen Betrachtung zumindest dann keine Rolle spielen, wenn der länger lebende Ehegatte an der Errichtung der letztwilligen Verfügung mitgewirkt und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass etwaige Pflichtteils- oder Zugewinnausgleichsansprüche keine besondere Berücksichtigung erfahren sollen.

Zusammenfassend könnte demnach die Pflichtteilsfestigkeit einer solchen Konstruktion, auch unter Berücksichtigung der fortlaufend pflichtteilsfreundlichen Rechtsprechung des BGH<sup>416</sup>, zumindest in den Fällen fragwürdig sein, in denen die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des länger lebenden Ehegatten durch die Erfüllung eines solchen Vermächtnisses der Höhe nach beeinträchtigt werden, indem – bei isolierter Betrachtung – hierfür auch auf das Eigenvermögen des Längerlebenden zurückgegriffen werden muss und damit die Höhe des Reinnachlasses im Sinne des § 2311 BGB vermindert wird.

#### *4.4.3.4.3. Beschränkung der Vollerbenstellung des Längerlebenden?*

Unabhängig von der Frage der Pflichtteilsfestigkeit einer solchen Konstruktion darf durch die Anordnung eines Vermächtnisses, das auf die Herausgabe des gesamten Nachlasses bzw. eines Nachlassteils gerichtet ist, die Vollerbenstellung des Längerlebenden nicht eingeschränkt werden. Dies könnte aber im Rahmen einer solchen Gestaltungsüberlegung gerade aufgrund der Regelung des § 2179 BGB der Fall sein; demnach sollen sowohl beim betagten wie auch beim aufschiebend befristeten Vermächtnis zwischen Erbfall und Anfall des Vermächtnisses die §§ 2177, 2178 BGB zur Anwendung kommen, die wiederum auf die Rechtsvorschriften über den Erwerb bei

---

<sup>416</sup> Mayer in ZEV 2000, S. 9.



einer Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung (§§ 158 ff. BGB) verweisen.<sup>417</sup> Sofern das Herausgabevermächtnis den gesamten Nachlass bzw. einen Nachlassteil des erstversterbenden Ehegatten bei Fälligkeit erfasst, hätte dies zur Konsequenz, dass das zu Gunsten der Begünstigten, also in der Regel die Abkömmlinge des Erstversterbenden, begründete Recht im Falle einer Vereitelung oder Beeinträchtigung zum Entstehen eines Schadensersatzanspruches nach § 160 Abs. 1, 2 BGB führen könnte.<sup>418</sup> Ferner kann der Vermächtnisanspruch der Begünstigten bereits vor dem Schlusserbfall im Falle der drohenden Vereitelung oder Beeinträchtigung durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert werden.<sup>419</sup>

Demzufolge wäre der länger lebende Ehegatte im Rahmen der ihm zugewiesenen Vollerbenstellung zwar berechtigt, auf den gesamten Nachlass zuzugreifen und diesen zu verbrauchen; dieser muss sodann aber damit rechnen, dass die Abkömmlinge des Erstversterbenden die zu ihren Gunsten bestehenden Ansprüche sichern. Dies wäre jedoch wiederum mit der Regulationsintention, die mit der Anordnung der Einheitslösung durch die Erblasser verbunden wird, nicht zu vereinbaren. Dies insbesondere auch deshalb, weil hierdurch die unbeschränkte Alleinerbenstellung des Längerlebenden beispielsweise in den Fällen, in denen das wesentliche Vermögen vom erstversterbenden Ehegatten stammt, ohne weiteres konterkariert werden könnte. Zwar darf in diesem Zusammenhang nicht verkannt werden, dass die Vollerbenstellung des Längerlebenden auch dann nicht als uneingeschränkt anzusehen ist, wenn die Abkömmlinge des Erstversterbenden nach dessen Tod einen Pflichtteilsanspruch geltend machen; hierbei handelt es sich aber aus Sicht der Erblasser – im Gegensatz zu einer solchen Konstruktion – um zwingendes Recht, das nur unter Beteiligung der Pflichtteilsberechtigten aufgehoben werden kann.<sup>420</sup>

Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob die Rechtsfolgen des § 160 Abs. 1, 2 BGB beseitigt werden können, um die mit der Anordnung der Einheitslösung verbundenen Regulationsziele der Erblasser beizubehalten. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Regelung des § 160 Abs. 1, 2 BGB abdingbar ist.<sup>421</sup> Insoweit hat der Erblasser demnach im Rahmen der ihm zustehenden Testierfreiheit die Möglichkeit, die von ihm geschaffene Rechtsstellung des Vermächtnisnehmers zu modifizieren, demzufolge also zu verbessern und zu verschlechtern. Hierzu gehört auch, dass der Erblasser mangels

<sup>417</sup> Vgl. insoweit die Ausführungen unter Ziffer 4.4.2.4.

<sup>418</sup> Vgl. hierzu FN 375 m.w.N.

<sup>419</sup> Vgl. hierzu FN 376 m.w.N.

<sup>420</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 4.1. zum Pflichtteilsverzicht.

<sup>421</sup> Zawar in NJW 2007, S. 2254; MüKo BGB (Westermann), Rn. 8 zu § 160.



einer Verbotsnorm und ungeachtet des erbrechtlichen Typenzwangs den Haftungsmaßstab des § 160 Abs. 1, 2 BGB begrenzen (z.B. auf bestimmte Gegenstände, die zum Vermächtnis gehören) oder diesen völlig ausschließen kann.<sup>422</sup> Insoweit ist allerdings wiederum zu bedenken, dass es sich im Falle der Nutzung dieses Rechtes, also den Haftungsmaßstab des § 160 Abs. 1, 2 BGB zu begrenzen bzw. komplett auszuschließen, in der Konsequenz auch nicht mehr um ein Herausgabevermächtnis auf den gesamten Nachlass handeln kann, sondern vielmehr im Falle einer Begrenzung um ein Herausgabevermächtnis auf einen bestimmten Nachlassteil (Quotenvermächtnis) oder – ohne jegliche Begrenzung – um ein Herausgabevermächtnis auf den Überrest.<sup>423</sup>

#### 4.4.3.4.4. Zwischenergebnis

Somit ist als Zwischenergebnis festzustellen, dass im Falle der Anordnung eines Herausgabevermächtnisses, das auf den gesamten Nachlass bzw. einen Nachlassteil gerichtet ist, die Pflichtteilsfestigkeit nur dann sicher anzunehmen ist, wenn im Zeitpunkt der Fälligkeit des Vermächtnisses nicht über die Regelung des § 160 Abs. 1, 2 BGB auf das Eigenvermögen des Letztversterbenden zugegriffen werden muss. Bereits aus diesem Grund ist darüber nachzudenken, im Rahmen der Gestaltungsfreiheit die Regelung des § 160 Abs. 1, 2 BGB bei der Anordnung eines solchen Vermächtnisses in ihrer Anwendung einzuschränken oder gänzlich auszuschließen.

Ohne die Einschränkung bzw. den Ausschluss der Regelung des § 160 Abs. 1, 2 BGB führt die Anordnung eines solchen Vermächtnisses ferner dazu, dass sich der Längerlebende im Falle der Beeinträchtigung oder Vereitelung schadensersatzpflichtig machen und dieser Anspruch bereits vor dem Schlusserbfall durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert werden kann. Damit würde einhergehen, dass die Rechtsposition des länger lebenden Ehegatten als unbeschränkter Vollerbe beeinträchtigt wird; dies wäre wiederum mit der Regelungsintention, welche die Erblasser mit der Anordnung der Einheitslösung verbinden, nicht in Einklang zu bringen.

Es ist zwar sowohl der Ausschluss wie auch die Einschränkung der Regelung des § 160 Abs. 1, 2 BGB möglich; insoweit muss allerdings berücksichtigt werden, dass insbesondere der gänzliche Ausschluss dieser Norm dazu führt, dass das mit der Anordnung eines solchen Vermächtnisses verbundene Regelungsziel verfehlt wird, weil es sich dann auch (nur) um ein Herausgabevermächtnis auf den Überrest handelt. Sofern sich die Testierenden trotz der Einschränkungen, die sich aus der Regelung des

<sup>422</sup> Zawar in NJW 2007, S. 2254.

<sup>423</sup> So auch Zawar in NJW 2007, S. 2354.





§ 160 Abs. 1,2 BGB für den Längerlebenden ergeben können, für die Anordnung eines solchen Herausgabevermächnisses entscheiden, bietet es sich vermittelnd an, dieses nicht in der Weise auszugestalten, dass der gesamte Nachlass des Erstversterbenden beim Schlusserbfall herauszugeben ist. Vielmehr sollte im Rahmen der Gestaltung die Anordnung eines Herausgabevermächnisses in Höhe einer bestimmten Quote am gesamten Nachlasswert des Erstversterbenden angedacht werden, mit der Folge, dass hierdurch der Umfang des Herausgabevermächnisses beschränkt und damit die von der Schutzfunktion des § 160 Abs. 1, 2 BGB erfassten Ansprüche von vornherein begrenzt werden.<sup>424</sup> Demnach würde das Vermächtnis in der Weise angeordnet werden, dass die Vermächtnisnehmer einen als Bruchteil prozentual genau bestimmten Anteil am Nachlasswert erhalten sollen.<sup>425</sup> Insoweit spricht beispielsweise nichts dagegen, die im Schrifttum angedachte Variante, dass das Vermächtnis der Höhe nach auf den gesetzlichen Erbteil<sup>426</sup> der Abkömmlinge des erstversterbenden Elternteils bei dessen Tod<sup>427</sup> beschränkt wird, aufzugreifen, um die primär angestrebte Abschreckungswirkung zu erzielen oder – im Falle des Bedingungseintritts – die sekundär angestrebte Teilhabe am Nachlass des leiblichen Elternteils sicherzustellen. In beiden Fällen wird sodann die Regelungsintention der Erblasser im Hinblick auf die unbeschränkte Vollerbenstellung des Längerlebenden zumindest nicht uneingeschränkt aufgegeben, wie es bei der Anordnung eines Vermächnisses, das auf die Herausgabe des gesamten Nachlasses ausgerichtet ist, der Fall wäre.

Unabhängig davon, welche Konstruktion gewährt wird, sollte sinnvollerweise in diesen Fällen immer angegeben werden, ob die Berechnung des Nachlasswertes vor oder nach Begleichung sämtlicher Nachlassverbindlichkeiten zu erfolgen hat, um damit die Grundlage für die Festlegung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs eindeutig festzulegen.<sup>428</sup>

#### **4.4.3.5. Flexibilität bei der Höhe des Vermächnisses?**

Die vorstehende Untersuchung hat deutlich gemacht, dass die Verteilung des Vermögens unter den Erblassern für die Frage des Funktionierens einer derartigen Konstruk-

<sup>424</sup> Rißmann (Kurze), § 9, Rn. 61.

<sup>425</sup> Ebd.

<sup>426</sup> Der gesetzliche Erbteil stellt in jedem Fall eine sichere Größe dar. Letztlich kann auch eine Erhöhung vorgenommen werden, vgl. hierzu auch Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 713; Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 21, Rn. 24.

<sup>427</sup> An dieser Stelle darf nicht auf den Erbteil abgestellt werden, der sich für die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten als gewillkürte Erben beim Schlusserbfall ergibt. Dies würde nämlich die Gefahr mit sich bringen, dass der Nachlass des länger lebenden Ehegatten durch die Anordnung dieses Vermächnisses über das zulässige Maß hinaus reduziert wird und dieses damit nicht pflichtteilsfest wäre, vgl. hierzu ergänzend die Ausführungen in Kapitel 4.4.3.5.1.

<sup>428</sup> So beispielsweise auch Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 9, Rn. 51 f.





tion von elementarer Bedeutung ist; eine Nichtbeachtung der Vermögensverteilung unter den Ehegatten führt zu der Gefahr, dass die mit der Anordnung eines aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnisses primär angestrebte Abschreckungs- und sekundär angestrebte Absicherungswirkung beeinträchtigt wird oder sogar leerlaufen kann.

Dieser Problematik kann entgegengewirkt werden, wenn im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung ein Vermögensunterschied unter den Ehegatten bekannt ist, sich dies im Laufe der Ehe bis zum Eintritt des ersten Erbfalls auch nicht mehr wesentlich verändert und dieser Umstand letztlich bei der Gestaltung der letztwilligen Verfügung entsprechend berücksichtigt wird. In der praktischen Umsetzung deutlich schwieriger dürfte allerdings die Gestaltung in den Fällen sein, in denen bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung nicht absehbar ist, wie sich die Verteilung der Vermögensmassen unter den Ehegatten im Zeitpunkt der jeweiligen Erbfälle darstellt; aber auch dann, wenn sich bei Errichtung der letztwilligen Verfügung die Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten relativ eindeutig abzeichnet, ist dies kein Garant dafür, dass sich die Vermögensverhältnisse im Laufe der folgenden Jahre bis zum ersten Erbfall durch weitere Vermögenszuflüsse oder Vermögensabgänge nicht nochmals deutlich verändern.

Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob es eine Lösung für die Fälle gibt, in denen die Vermögensverhältnisse der Ehegatten nach Errichtung der letztwilligen Verfügung ein Ungleichgewicht entwickeln und damit die von den Erblassern angestrebten Regelungsziele beeinträchtigt werden. Sinnvoll erscheint es insoweit, die Höhe der Vermächtnisse erst im Zeitpunkt der Fälligkeit auf Grundlage der sodann feststehenden Vermögensverhältnisse der Erblasser endgültig festzulegen. Auf diese Weise könnte auf etwaige Vermögensveränderungen nach Errichtung der letztwilligen Verfügung reagiert und somit der Gefahr vorgebeugt werden, dass die zu Gunsten der Abkömmlinge des Erstversterbenden angeordneten Vermächtnisse der Höhe nach zu gering ausfallen, um die angestrebte Abschreckungswirkung zu erreichen. Möglicherweise könnte auf diese Weise im Falle eines Bedingungseintritts nach dem Schlusserbfall zugleich aber auch die von den Erblassern angestrebte Gleichbehandlung aller Kinder erreicht werden. Aus diesem Grund ist zu untersuchen, ob es durch die Gestaltung der letztwilligen Verfügung möglich ist, die Höhe der Vermächtnisse flexibel zu gestalten und die Gleichbehandlung unter den Abkömmlingen insbesondere auch bei Vermögensverschiebungen herbeizuführen.



#### 4.4.3.5.1. Vermächtnis durch den Längerlebenden?

Insoweit könnte zunächst darüber nachgedacht werden, dass der Längerlebende durch das Aussetzen eines eigenen Vermächtnisses festlegt, dass den Abkömmlingen des Erstversterbenden die nach der letztwilligen Verfügung vorgesehene Beteiligung am Nachlass beim Schlusserbfall zugewiesen wird; ein Vermächtnis des erstversterbenden Ehegatten würde sich in diesem Fall erübrigen. Im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung würde demzufolge der Längerlebende mit einem eigenen Vermächtnis, das mit seinem Tod anfällt und nur dann fällig wird, wenn dessen Abkömmlinge durch die Einforderung eines Pflichtteils bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB die vorgesehene Verteilung des Nachlasses stören, sicherstellen, dass die Abkömmlinge des Erstversterbenden die ihnen zugewiesene Nachlassbeteiligung erhalten.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Vermächtnisse, die durch den letztversterbenden Ehegatten ausgesetzt werden, beim Schlusserbfall im Hinblick auf dessen Nachlass keine abzugsfähige Erblässerschuld im Sinne des § 2311 BGB darstellen und insoweit bei der Festlegung des Reinnachlasses für die Berechnung von Pflichtteilsansprüchen nicht abgezogen werden.<sup>429</sup> Für den Fall, dass durch die Anordnung und Erfüllung eines solchen Vermächtnisses die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des Letztversterbenden der Höhe nach beeinträchtigt werden, könnten diese sich im Falle der Einforderung auf die peremptorische Einrede des § 2318 Abs. 1, 3 BGB gegenüber den Abkömmlingen des erstversterbenden Ehegatten, als Vermächtnisnehmer, berufen. Ratio legis des § 2318 Abs. 1 BGB ist eine verhältnismäßige Beteiligung von Vermächtnisnehmern und Auflagebegünstigten an der Pflichtteilslast der Schlusserben, die im Außenverhältnis gegenüber den Pflichtteilsberechtigten alleinige Schuldner sind.<sup>430</sup> Sofern die Schlusserben selbst zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehören, ist ihnen aufgrund des § 2318 Abs. 3 BGB gestattet, die Vermächtnisse und Auflagen soweit zu kürzen, dass der eigene Pflichtteil in voller Höhe erhalten bleibt.<sup>431</sup> Demnach könnte die Erfüllung eines solchen Vermächtnisses durch die Abkömmlinge des Letztversterbenden in den Fällen, in denen der diesen zustehende Pflichtteilsanspruch

<sup>429</sup> Bamberger/Roth (Mayer), Rn. 8 zu § 2311; Dauner/Lieb u. a. (Wartenberger/Leiß), Rn. 18 zu § 2311; Palandt (Weidlich), Rn. 5 zu § 2311; Staudinger (Herzog), Rn. 57 zu § 2311.

<sup>430</sup> Bamberger/Roth (Mayer), Rn. 1 zu § 2318; Dauner/Lieb u. a. (Löhnig), Rn. 1 zu § 2318; Jauernig (Stürner), Rn. 1 zu § 2318; MüKo BGB (Lange), Rn. 1 zu § 2318; Staudinger (Otte), Rn. 1 zu § 2318.

<sup>431</sup> Bamberger/Roth (Mayer), Rn. 1 zu § 2318; Dauner/Lieb u. a. (Löhnig), Rn. 13 zu § 2318; Jauernig (Stürner), Rn. 2 zu § 2318; Staudinger (Otte), Rn. 20 ff. zu § 2318.



hierdurch der Höhe nach beeinträchtigt werden würde, nach § 2318 Abs. 1, 3 BGB ganz oder teilweise verweigert werden.<sup>432</sup>

Im Rahmen dieser Untersuchung wurde bereits herausgearbeitet, dass das Pflichtteilsrecht über die Regelung des § 2305 BGB ein Ungleichgewicht unter den Abkömmlingen beim Schlusserbfall hervorrufen kann, wenn den Abkömmlingen des Letztversterbenden durch die letztwillige Verfügung der Erblasser weniger zugewendet wird als der Pflichtteil; damit wird die von den Erblassern regelmäßig angestrebte gleichmäßige Vermögensteilnahme gestört. Sofern nunmehr durch diese Gestaltung das Vermögen des länger lebenden Ehegatten dadurch reduziert wird, dass durch diesen zur Herbeiführung der angestrebten Gleichbehandlung aller Kinder beim Schlusserbfall eigene Vermächtnisse ausgesetzt werden, um damit die Folgen des § 2305 BGB einzuschränken, würde dies immer den Pflichtteilsanspruch der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten der Höhe nach berühren, so dass der Anwendungsbereich der peremptorischen Einrede des § 2318 Abs. 1, 3 BGB stets eröffnet wäre.

Demnach würde eine solche Konstruktion nicht weiterhelfen; diese würde weder zur Herbeiführung einer Abschreckungswirkung beitragen, weil ein vom Längerlebenden ausgesetztes Vermächtnis keine abzugsfähige Erblässerschuld im Sinne des § 2311 BGB darstellt, noch die Gleichbehandlung aller Kinder beim Schlusserbfall bewirken.

#### *4.4.3.5.2. Anordnung eines Zweckvermächtnisses gemäß § 2156 BGB?*

Die wesentliche Problematik besteht demgemäß darin, dass die Höhe der Vermächtnisse für die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten nicht nur für die Herbeiführung einer Abschreckungswirkung, sondern auch für die angestrebte Gleichbehandlung aller Kinder beim Schlusserbfall ausschlaggebend ist. Maßgeblich bleibt daher die Frage, ob die statische Wirkung dieser Vermächtnisse, die sich anhand der bisher erörterten Beispiele gezeigt hat, in der Weise aufgehoben werden kann, dass deren Höhe bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung noch nicht abschließend festgelegt wird, sondern dies erst im Falle einer Fälligkeit unter Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse der Erblasser sowohl beim ersten wie auch beim zweiten Erbfall erfolgt. Auf diese Weise könnte möglicherweise auch auf die sich beim Schlusserbfall ergebende Vermögenssituation in entsprechendem Maße reagiert und damit eine Gleichbehandlung aller Kinder beim Schlusserbfall gefördert werden.

---

<sup>432</sup> BGH in NJW 1985, S. 2829; MüKo BGB (Lange), Rn. 11 zu § 2318; Soergel (Dieckmann), Rn. 13 zu § 2318; Staudinger (Otte), Rn. 22 zu § 2318.



Diese Gestaltungsüberlegung könnte über das Zweckvermächtnis gemäß § 2156 BGB umgesetzt werden. Durch das Zweckvermächtnis wird einem Erblasser die Möglichkeit gegeben, das grundsätzlich in § 2065 BGB angeordnete Gebot der materiellen Höchstpersönlichkeit im Rahmen von letztwilligen Verfügungen zu durchbrechen, indem einem Anderen<sup>433</sup> bei Angabe eines Zweckes die Bestimmung der Leistung – auch der Höhe nach – überlassen werden kann<sup>434</sup>; dabei wäre es allerdings unzulässig, wenn der Erblasser die Bestimmung der Höhe des Vermächtnisses ohne Zweckangabe einem Dritten überlassen würde.<sup>435</sup> Im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung könnte somit das Vermächtnis zu Gunsten der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten von diesem in der Weise ausgesetzt werden, dass die Höhe desselbigen der Beteiligung entsprechen soll, die sich auf Grundlage der letztwilligen Verfügung für diese beim Schlusserbfall ergibt. Auf diese Weise würde der Erstversterbende die Höhe des Vermächtnisses nicht in das Belieben eines Dritten stellen, sondern dieses der Höhe nach selbst bestimmbar festlegen, so dass eine solche Anordnung nicht gegen die Regelung des § 2065 BGB verstoßen würde.

#### 4.4.3.5.2.1. Auswirkungen der Vermögensverteilung

Eine solche Konstruktion könnte allerdings an ihre Grenzen stoßen, wenn der erstversterbende Ehegatte mit der Anordnung eines solchen Vermächtnisses gleichzeitig auch eine Verfügung über das Vermögen des letztversterbenden Ehegatten trifft; dies würde insbesondere in den Fällen gelten, in denen das Vermögen, welches originär vom Erstversterbenden stammt, nicht ausreicht, um die angestrebte Nachlassquote zu erreichen. Aus diesem Grund sollen zunächst auf Grundlage der Berechnungsbeispiele aus Kapitel 4.4.3.3.1. die Auswirkungen der Vermögensverteilung unter den Ehegatten bei einer solchen Gestaltungsüberlegung untersucht werden.

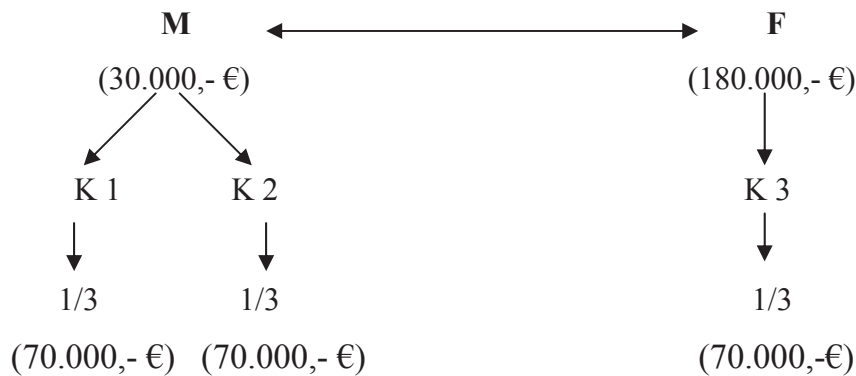
##### **4.4.3.5.2.1.1. Vermögensungleichgewicht unter den Ehegatten**

Zunächst wird der Fall des Vermögensungleichgewichts unter den Ehegatten untersucht:

<sup>433</sup> Denkbar wäre beispielsweise auch, diese Aufgabe einem Testamentsvollstrecker zu übertragen, vgl. hierzu beispielsweise MüKo BGB (Rudy), Rn. 4 zu § 2156.

<sup>434</sup> Kroiß/Ann/Mayer (Eberl-Borges), Rn. 1 zu § 2065; MüKo BGB (Leipold), Rn. 1 zu § 2065; Staudinger (Otte), Rn. 1 zu § 2065.

<sup>435</sup> BayObLG in MittBayNot 1999, S. 485; Bamberger/Roth (Müller-Christmann), Rn. 1 zu 2156; MüKo BGB (Rudy), Rn. 2 zu § 2156; Staudinger (Otte), Rn. 1 zu § 2156.



Insoweit wurde in Kapitel 4.4.3.3.1. bereits dargelegt, dass die zu Gunsten von K 1 und K 2 ausgesetzten aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnisse in Höhe des gesetzlichen Erbteils jeweils 7.500,- € betragen und damit den Nachlass von F beim Schlusserbfall mit insgesamt 15.000,- € belasten würden; trotzdem würden K 1 und K 2 am vereinheitlichten Nachlass der Ehegatten jeweils mit nur 56.250,- € partizipieren und K 3 mit 97.500,- €. Die von den Erblassern angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall wird demgemäß nicht erreicht.

Sofern nunmehr im Rahmen der hier diskutierten Konstruktion die vom Erstversterbenden zu Gunsten der eigenen Abkömmlinge ausgesetzten Vermächtnisse in der Weise angeordnet werden, dass diese der Höhe nach der Beteiligung entsprechen sollen, die sich auf Grundlage der Nachlassbeteiligung aus der letztwilligen Verfügung ergibt, müssten diese im Rahmen dieses Beispielfalles jeweils 70.000,- € betragen. Der erstversterbende Ehegatte verfügt insoweit aber nur über ein Eigenvermögen in Höhe von 30.000,- €, so dass durch die Anordnung eines solchen Vermächtnisses zugleich faktisch auch eine Verfügung über das Vermögen des länger lebenden Ehegatten getroffen werden würde; dies wäre aber ohne dessen Beteiligung nicht möglich. Aus diesem Grund müsste im Falle der Anordnung eines solchen Zweckvermächtnisses dieses der Höhe nach auf den noch vorhandenen Nachlass des Erstversterbenden beim Schlusserbfall beschränkt werden; hierbei handelt es sich sodann aber wiederum um ein Herausgabevermächtnis auf den Überrest, was letztlich – wie vorstehend bereits diskutiert – nicht zur Umsetzung der Regelungsziele der Erblasser führt. Dies wird an der nachfolgenden Berechnung deutlich:

Selbst wenn das Vermögen von M beim Schlusserbfall noch vollständig vorhanden ist, würde zu Gunsten von K 1 und K 2 in diesem Fall bei Bedingungseintritt ein Vermächtnisanspruch in Höhe von jeweils 15.000,00 € (nicht 7.500,- €) fällig werden; der Nachlass von F wird hierdurch beim Schlusserbfall mit insgesamt 30.000,- € (nicht

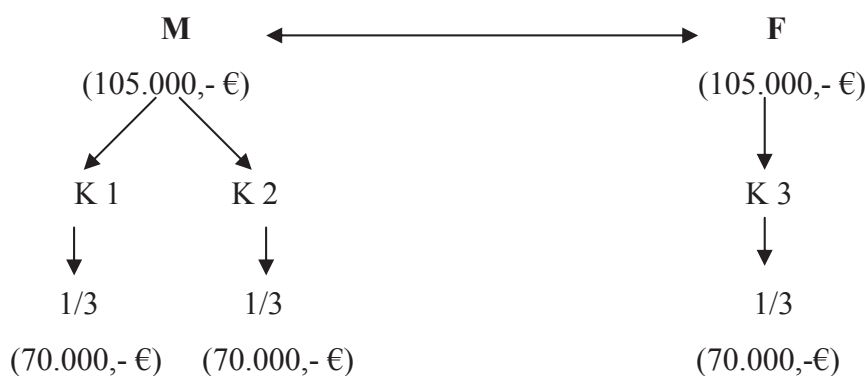


15.000,- €) belastet, so dass sich der Reinnachlass auf 180.000,- € (nicht 195.000,- €) reduziert. Ausgehend von der angestrebten gleichmäßigen Vermögensteilhabe im Rahmen der letztwilligen Verfügung würden K 1, K 2 und K 3 sodann jeweils 1/3 des Reinnachlasses, mithin jeweils 60.000,- € (nicht 65.000,- €) beanspruchen können. Dem steht wiederum der Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB von K 3 entgegen, so dass K 3 von K 1 und K 2 die Zahlung eines Betrages in Höhe von insgesamt 30.000,- € (nicht 32.500,- €) beanspruchen kann. Demnach würde K 3 mit insgesamt mit 90.000,- € (nicht 97.500,- €) am Nachlass der Erblasser partizipieren und K 1 und K 2 mit jeweils 60.000,- € (nicht 56.250,- €) am Nachlass teilhaben.

Somit würden auch in diesem Fall die angestrebten Regelungsziele der Erblasser nicht erreicht werden, weil die zu Gunsten der leiblichen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten ausgesetzten Vermächtnisse aufgrund des Vermögensungleichgewichtes unter den Ehegatten weder eine abschreckende Wirkung bewirken, noch bei Bedingungseintritt die gleichmäßige Vermögensteilhabe unter den Kindern herbeiführen können.

#### 4.4.3.5.2.1.2. Gleiche Vermögensverteilung unter den Ehegatten

Etwas anderes gilt auch nicht in den Fällen, in denen die Vermögensverteilung unter den Ehegatten gleich oder im Wesentlichen gleich ist:



Auch in diesem Fall wird von den Erblassern das Regelungsziel verfolgt, dass alle Kinder beim Schlusserbfall am Nachlass gleichermaßen, d.h. mit jeweils 70.000,- €, beteiligt werden. Sofern unterstellt wird, dass das Vermögen von M beim Schlusserbfall noch vollständig vorhanden ist, würde zu Gunsten von K 1 und K 2 bei Bedingungseintritt jeweils ein Vermächtnisanspruch in Höhe von 52.500,- € (nicht 26.250,- €) fällig werden. Auch insoweit müsste der Erstversterbende allerdings zu Gunsten seiner Abkömmlinge ein Vermächtnis in Höhe von jeweils 70.000,- € (insgesamt also





140.000,- €) aussetzen, um die angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe unter den Abkömmlingen zu erreichen. Da das Eigenvermögen des erstversterbenden Ehegatten aber nur 105.000,- € beträgt, würde die Anordnung eines solchen Zweckvermachnisses auch in diesem Fall wieder dazu führen, dass das Vermögen des länger lebenden Ehegatten mit einbezogen werden müsste, um diese erfüllen zu können; dies ist jedoch ohne dessen Beteiligung nicht möglich.

Demzufolge kann selbst in den Fällen, in denen sich die Vermögensverteilung unter den Erblässern gleich oder im Wesentlichen gleich darstellt, durch das Aussetzen eines derartigen Zweckvermachnisses die Umsetzung des Erblasserwillens nicht in jeder Hinsicht erreicht werden; zumindest die angestrebte gleichmäßige Vermögensbeteiligung aller Kinder nach dem Schlusserbfall kann nicht uneingeschränkt erreicht werden. Dies dürfte nur in dem Fall gelten, in dem der erstversterbende Ehegatte über das deutlich größere Vermögen verfügt. Aus diesem Grund erscheint eine solche Regelung *prima vista* als nicht umsetzbar und ist demzufolge auch nicht geeignet, die Regelungsziele der Testierenden umzusetzen.

#### 4.4.3.5.2.2. Zweckvermachnis durch beide Ehegatten?

Eine Regelung, die nicht nur die Umsetzung des Erblasserwillens im Hinblick auf die Herbeiführung einer Abschreckungswirkung, sondern insbesondere auch die gleichmäßige Vermögensbeteiligung aller Kinder beim Schlusserbfall unter Einbeziehung des Vermögens des länger lebenden Ehegatten bewirken soll, wäre vielmehr nur dann umsetzbar, wenn dieser selbst (auch) Zweckvermachnisse zu Gunsten der Abkömmlinge des Erstversterbenden aussetzt; diese sind jedoch der Höhe nach durch die Pflichtteilsansprüche der eigenen leiblichen Abkömmlinge des länger lebenden Ehegatten begrenzt.<sup>436</sup>

Denkbar wäre demnach, dass zu Gunsten der leiblichen Abkömmlinge des Erstversterbenden durch beide Ehegatten aufeinander abgestimmte Zweckvermachnisse, wobei die Vermächtnisse des zuerst versterbenden Ehegatten sowohl aufschiebend befristet als auch aufschiebend bedingt und die Vermächtnisse des letztversterbenden Ehegatten nur aufschiebend bedingt auszugestalten sind, mit dem Inhalt ausgesetzt werden, dass diese der Höhe nach der Beteiligung entsprechen sollen, die sich auf Grundlage der letztwilligen Verfügung für die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten beim Schlusserbfall ergeben. Die Formulierung einer solchen Regelung könnte wie folgt aussehen:

---

<sup>436</sup> Vgl. hierzu ergänzend auch die Ausführungen in Kapitel 4.4.3.4.2.



*Für den Fall, dass ich (M) der Erstversterbende bin, setze ich zu Gunsten meiner Abkömmlinge, nämlich K 1 und K 2, jeweils ein Vermächtnis aus, dessen Höhe der im Rahmen dieser letztwilligen Verfügung vorgesehenen Beteiligung am Nachlass beim Tod von F entspricht; das Vermächtnis wird der Höhe nach jedoch auf meinen Nachlass beschränkt. Das Vermächtnis fällt mit dem Tod von F an. Es soll jedoch nur dann fällig werden, wenn durch die Abkömmlinge von F ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird. Im Falle des Bedingungseintritts entfällt die Erbenstellung von K 1 und K 2 beim Schlusserbfall gemäß Ziffer (...) dieser letztwilligen Verfügung ersatzlos.<sup>437</sup>*

In entsprechender Abstimmung zu dem von M ausgesetzten Vermächtnis müsste zudem die F ein weiteres Vermächtnis aussetzen.

*Für den Fall, dass ich (F) die Längerlebende bin, setze ich zu Gunsten der Abkömmlinge meines Ehemannes (M), nämlich K 1 und K 2, jeweils ein Vermächtnis aus, dessen Höhe sich aus der Differenz zwischen dem von meinem Ehemann zugewendeten Vermächtnis gemäß Ziffer (...) dieser Urkunde und der im Rahmen dieser letztwilligen Verfügung vorgesehenen Beteiligung von K 1 und K 2 am Nachlass bei meinem Tod ergibt. Das Vermächtnis fällt mit meinem Tod an. Es soll jedoch nur dann fällig werden, wenn durch meine Abkömmlinge ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird. Im Falle des Bedingungseintritts entfällt die Erbenstellung von K 1 und K 2 beim Schlusserbfall gemäß Ziffer (...) dieser letztwilligen Verfügung ersatzlos.*

In diesem Fall würde bei Bedingungseintritt der Nachlass von F durch die angeordneten Vermächtnisse zu Gunsten von K 1 und K 2 – sofern wiederum unterstellt wird, dass der gesamte Nachlass, der originär von M stammt, noch vorhanden ist – mit insgesamt 105.000,- € (nicht 52.500,- €) belastet werden, so dass sich der Nachlass von F auf 105.000,- € (nicht 157.500,- €) reduziert. Ausgehend von der angestrebten gleichmäßigen Vermögensteilhabe im Rahmen der letztwilligen Verfügung müssten K 1, K 2 und K 3 am Nachlass der Ehegatten mit jeweils 70.000,- € beteiligt werden; durch die von M ausgesetzten Vermächtnisse zu Gunsten von K 1 und K 2 würden diese aber jeweils nur 52.500,- € erhalten. Demgemäß ergibt sich eine Differenz zur vorgesehenen Nachlassbeteiligung in Höhe von jeweils 17.500,- € ( $70.000,- € - 52.500,- € = 17.500,- €$ ). Dieser Differenzbetrag in Höhe von insgesamt 35.000,- € müsste sodann durch das ergänzende Vermächtnis von F ausgeglichen werden.

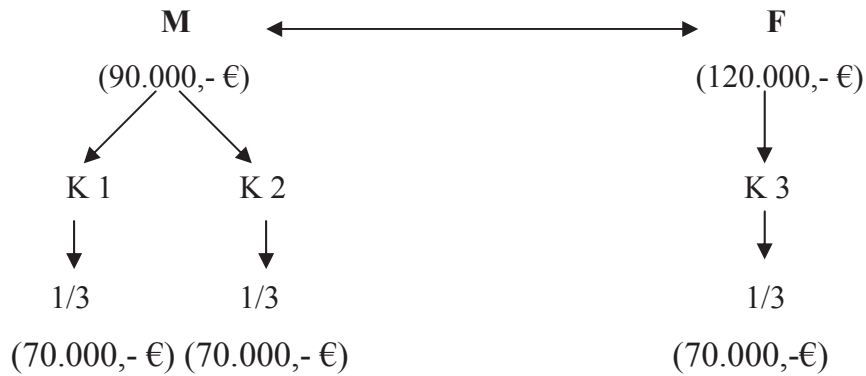
<sup>437</sup> Dem Längerlebenden sollte die Auflage gemäß § 1940 BGB erteilt werden, dass die Vermögenswerte des Erstversterbenden in einem Nachlassverzeichnis erfasst werden; insoweit können auch Art und Umfang der Darstellung für ein solches Nachlassverzeichnis festgelegt werden, vgl. zur Auflage ausführlich auch FN 349 m.w.N.



Fraglich ist jedoch, ob der Erfüllung dieser Vermächtnisse von K 1 und K 2 durch K 3 die peremptorische Einrede nach § 2318 Abs. 1, 3 BGB entgegengehalten werden kann. In diesem Beispielfall reduziert sich der Reinnachlass nach dem Tod von F bei Bedingungseintritt durch die von M ausgesetzten Vermächtnisse auf 105.000,- €; der sich zu Gunsten von K 3 auf dieser Grundlage ergebende Pflichtteilsanspruch beträgt demgemäß 52.500,- €. Sofern nunmehr vom Nachlass der F die weiteren zu Gunsten von K 1 und K 2 ausgesetzten Vermächtnisse in Höhe von jeweils 17.500,- € (insgesamt also 35.000,- €) erfüllt werden müssten, verbleibt ein Nachlass in Höhe von 70.000,- € ( $210.000,- € - 105.000,- € - 35.000,- € = 70.000,- €$ ). Dieser Nachlass fällt sodann ausschließlich K 3 zu, weil die Erbenstellung von K 1 und K 2 mit Bedingungseintritt entfällt; wenn dies nicht der Fall wäre, müssten K 1 und K 2 am weiteren Nachlass bis zur Grenze des Pflichtteilsanspruchs von K 3 mit einem Anteil von jeweils 1/3 beteiligt werden, was letztlich wiederum die angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall stören würde.

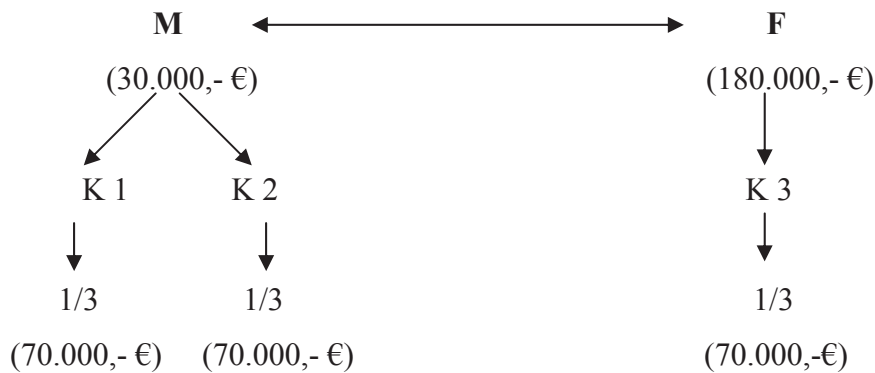
Aufgrund der für K 3 vorgesehenen Nachlassbeteiligung in Höhe von 70.000,- € wird in diesem Fall der Anwendungsbereich des § 2305 BGB nicht eröffnet, weil diese den K 3 zustehenden Pflichtteilsanspruch in Höhe von 52.500,- € überschreitet. Aus diesem Grund kann die Erfüllung der von F zu Gunsten von K 1 und K 2 ausgesetzten Vermächtnisse auch nicht durch K 3 über die Regelung des § 2318 Abs. 1, 3 BGB verweigert bzw. insoweit eine Kürzung vorgenommen werden, weil diesem der Pflichtteil als Mindestteilhabe verbleibt.

Im Rahmen einer solchen Konstruktion wird demgemäß die Zuwendung des Längerlebenden an die Abkömmlinge des Erstversterbenden in größtmöglicher Form beschränkt, indem – im Zweifel – das gesamte noch vorhandene Vermögen des Erstversterbenden sowie die sodann noch zur Zielerfüllung notwendige Differenz aus dem Vermögen des Längerlebenden herangezogen wird, um eine gleichmäßige Vermögensbeteiligung aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall herbeizuführen. Ferner zeigt dieser Beispielfall, dass zwischen dem Pflichtteil, der K 3 zusteht (52.500,- €), und der Nachlassbeteiligung (70.000,- €) noch ein Differenzbetrag in Höhe von 17.500,- € liegt; demzufolge dürften sich überschaubare Unterschiede in der Verteilung des Vermögens unter Ehegatten für das Funktionieren einer solchen Regelung nicht auswirken. Dies illustriert das folgende Zahlenbeispiel:



Bei Bedingungseintritt wird der Nachlass von F durch die angeordneten Vermächtnisse zu Gunsten von K 1 und K 2 – sofern wiederum unterstellt wird, dass der gesamte Nachlass von M noch vorhanden ist – mit insgesamt 90.000,- € belastet, so dass sich der Nachlass von F auf 120.000,- € reduziert. Auch insoweit sollen K 1, K 2 und K 3 am Nachlass gleichmäßig, demnach also mit jeweils 70.000,- €, beteiligt werden. Aufgrund der von M zu Gunsten von K 1 und K 2 ausgesetzten Vermächtnisse erhalten diese jeweils 45.000,- €; somit ergibt sich eine Differenz zur vorgesehenen Nachlassbeteiligung in Höhe von jeweils 25.000,- € (70.000,- € - 45.000,- € = 25.000,- €). Dieser Differenzbetrag müsste sodann durch ergänzende Vermächtnisse von F ausgeglichen werden. Der Nachlass von F ist nach dem Abzug der von M ausgesetzten Vermächtnisse noch mit 120.000,- € zu beziffern; demgemäß steht K 3 ein Pflichtteil gemäß § 2303 Abs. 1 BGB in Höhe von 60.000,- € zu. Sofern nunmehr von diesem Nachlass die von F zu Gunsten von K 1 und K 2 ausgesetzten Vermächtnisse in Höhe von jeweils 25.000,- € eingefordert werden, würde für K 3 wiederum eine Nachlassbeteiligung in Höhe von 70.000,- € (120.000,- € - 50.000,- € = 70.000,- €) verbleiben. Auch in diesem Fall liegt die Zuwendung zu Gunsten von K 3 über dem Pflichtteil (60.000,- €), so dass wiederum der Anwendungsbereich des § 2318 Abs. 1, 3 BGB nicht eröffnet ist.

Etwas anderes gilt jedoch in den Fällen, in denen die Vermögensunterschiede zwischen den Ehegatten erheblich sind, wie nachstehendes Zahlenbeispiel (vgl. Beispielfall unter Ziffer 4.4.3.5.2.1.1.) zeigt:



Bei Bedingungseintritt wird der Nachlass von F durch die angeordneten Vermächtnisse zu Gunsten von K 1 und K 2 – sofern wiederum unterstellt wird, dass der gesamte Nachlass von M noch vorhanden ist – mit insgesamt 30.000,- € belastet, so dass sich der Nachlass von F auf 180.000,- € reduziert. Die zu Gunsten von K 1 und K 2 ausgesetzten Vermächtnisse führen dazu, dass diese jeweils 15.000,- € erhalten würden; somit ergibt sich eine Differenz zur vorgesehenen Nachlassbeteiligung in Höhe von jeweils 55.000,- € ( $70.000,- € - 15.000,- € = 55.000,- €$ ). Dieser Differenzbetrag wäre sodann wiederum durch ergänzende Vermächtnisse, die von F ausgesetzt werden, auszugleichen. Aus diesem Grund würde der Nachlass von F im Falle der Einforderung mit insgesamt 110.000,- € belastet werden, so dass sodann noch ein Nachlass von 70.000,- € ( $180.000,- € - 110.000,- € = 70.000,- €$ ) zu Gunsten von K 3 verbleiben würde. Dem steht aber wiederum der Pflichtteil von K 3 entgegen, der in diesem Beispielsfall mit 90.000,- € anzusetzen ist. Demnach würde die Erfüllung der von F zu Gunsten von K 1 und K 2 angeordneten Vermächtnisse dazu führen, dass K 3 weniger als der Pflichtteil verbleibt. Aus diesem Grund wäre in diesem Fall der Anwendungsbereich des § 2318 Abs. 1, 3 BGB eröffnet, so dass K 3 nach Erhebung der Einrede aus § 2318 Abs. 1, 3 BGB berechtigt wäre, die durch F zu Gunsten von K 1 und K 2 ausgesetzten Vermächtnisse entsprechend zu kürzen. Demgemäß würden in diesem Fall aufgrund der erheblichen Unterschiede in der Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten die leiblichen Abkömmlinge des M, also K 1 und K 2, mit jeweils 60.000,- € am Nachlass partizipieren und der leibliche Abkömmling der F, also K 3, mit 90.000,- € an diesem teilhaben.

Festzuhalten ist somit, dass die von beiden Ehegatten zu Gunsten der leiblichen Abkömmlinge des Erstversterbenden ausgesetzten Vermächtnisse in unbestimmter Höhe zumindest nicht in den Fällen zur Umsetzung des von den Erblassern angestrebten Regelungsziels einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall führen, in denen die Vermögensverteilung unter den Ehegatten ein deutliches Un-



gleichgewicht aufweist. Etwas anderes gilt jedoch in den Fällen, in denen die Vermögensverteilung unter den Ehegatten gleich oder zumindest im Wesentlichen gleich ist.

#### 4.4.3.5.3. *Zwischenergebnis*

Es ist demnach de lege lata nicht in allen Fällen möglich, durch eine flexible Gestaltung im Zusammenhang mit der Höhe der Vermächtnisse deutliche Vermögensunterschiede unter den Ehegatten auszugleichen und damit eine gleichmäßige Vermögensbeteiligung aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall sicherzustellen; das Regelungsziel der Erblasser kann aber in den Fällen umgesetzt werden, in denen die Vermögensverhältnisse unter den Ehegatten keine deutlichen Differenzen aufweisen.

Dabei darf nicht verkannt werden, dass es sich bei einer solchen Konstruktion zumindest im Hinblick auf die Vermächtnisse, die vom erstversterbenden Ehegatten ausgesetzt werden, wiederum um ein Herausgabevermächtnis auf den Überrest handelt, weil auf den noch vorhandenen Nachlass des Erstversterbenden beim Schlusserbfall abgezielt wird; etwas anderes würde nur dann gelten, wenn dieser über das deutlich größere Vermögen verfügt. Das Funktionieren einer solchen Konstruktion hängt demgemäß nicht nur von der Verteilung des Vermögens unter den Ehegatten ab, sondern auch, wie sich das Vermögen des erstversterbenden Ehegatten nach dessen Tod der Höhe nach verändert. Sofern der länger lebende Ehegatte das vom Erstversterbenden stammende Vermögen ganz oder zu einem erheblichen Teil verbraucht, was dem Grunde nach denkbar wäre<sup>438</sup>, besteht die Gefahr, dass eine solche Gestaltung nicht funktioniert. Die Aufnahme einer Beschränkung des Vermächtnisses auf den noch vorhandenen Nachlassteil des erstversterbenden Ehegatten ist aber notwendig, weil es sich ansonsten um ein Herausgabevermächtnis auf den ganzen Nachlass handeln würde, was wiederum mit den Regelungszielen, die mit der Anordnung der Einheitslösung durch die Erblasser verbunden werden, nicht zu vereinbaren ist.<sup>439</sup>

#### 4.4.3.5.4. *Umsetzung in eine Verwirkungsklausel*

Die diskutierte Gestaltung könnte auch im Rahmen einer Verwirkungsklausel umgesetzt werden. Dabei sollte eine solche Verwirkungsklausel die Rechtsfolgen sowohl für die Abkömmlinge des Erstversterbenden<sup>440</sup> als auch für die Abkömmlinge des Letztversterbenden festlegen, sofern diese nach dem Tod ihres leiblichen Elternteils

<sup>438</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel 4.4.2.4.

<sup>439</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel 4.4.3.4.3.

<sup>440</sup> Vgl. hierzu FN 348.





einen Pflichtteil einfordern. Eine solche Verwirkungsklausel könnte wie folgt formuliert werden:

*Für den Fall, dass einer der Abkömmlinge des Erstversterbenden von uns gegen den Längerlebenden von uns einen Pflichtteilsanspruch geltend macht, soll dieser nach dem Tod des Letztversterbenden von der Erbfolge mit seinem gesamten Stamm ausgeschlossen werden.*<sup>441</sup>

*Sofern ein solcher Pflichtteilsanspruch durch die Abkömmlinge des Erstversterbenden von uns nicht geltend gemacht wird, setze ich, M, für den Fall, dass ich der Erstversterbende bin, zu Gunsten meiner Abkömmlinge, nämlich K 1 und K 2, jeweils ein Vermächtnis aus, dessen Höhe der im Rahmen dieser letztwilligen Verfügung vorgesehenen Beteiligung am Nachlass beim Tod von F entspricht; das Vermächtnis wird der Höhe nach jedoch auf meinen Nachlass beschränkt.*<sup>442</sup> *Das Vermächtnis fällt mit dem Tod von F an. Es soll jedoch nur dann fällig werden, wenn durch die Abkömmlinge von F ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird. Im Falle des Bedingungseintritts entfällt die Erbenstellung meiner Abkömmlinge, nämlich K 1 und K 2, beim Schlusserbfall gemäß Ziffer (...) dieser letztwilligen Verfügung ersatzlos.*

*Gleichzeitig setze ich, F, für diesen Fall zu Gunsten der Abkömmlinge meines Ehemannes (M), nämlich K 1 und K 2, jeweils ein Vermächtnis aus, dessen Höhe sich aus der Differenz zwischen dem von meinem Ehemann (M) an dessen Abkömmlinge zugewendeten Vermächtnis und der im Rahmen dieser letztwilligen Verfügung vorgesehenen Beteiligung von K 1 und K 2 am Nachlass bei meinem Tod ergibt. Das Vermächtnis fällt mit meinem Tod an. Auch dieses Vermächtnis soll nur dann fällig werden, wenn durch meine Abkömmlinge ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird. Im Falle dieses Bedingungseintritts entfällt die Erbenstellung von K 1 und K 2 beim Schlusserbfall gemäß Ziffer (...) dieser letztwilligen Verfügung ersatzlos.*

Die praktische Umsetzung einer derartigen Klausel wird sich ohne weitere Anordnungen durch die Testierenden vermutlich nicht immer ganz einfach gestalten lassen, weil beim ersten Erbfall der Wert des Nachlasses festgestellt werden muss, damit im Falle des Bedingungseintritts beim Schlusserbfall der noch vorhandene Teil als Vermächtnis herausgegeben werden kann. Aus diesem Grund bietet sich in einem solchen Fall an,

<sup>441</sup> An dieser Stelle kann darüber nachgedacht werden, ob die pflichtteilsfordernden Abkömmlinge in diesem Fall komplett enterbt und demgemäß beim Schlusserbfall nichts mehr erhalten sollen oder zu deren Gunsten ein Geldvermächtnis in Höhe eines fiktiven Pflichtteils anfallen soll, vgl. insoweit die Ausführungen in Kapitel 3.2.4.3.2. m.w.N. Die Formulierung könnte sodann wie folgt lauten: *Der pflichtteilsfordernde Abkömmling soll in diesem Fall aber beim Tod des Längerlebenden von uns ein Geldvermächtnis in Höhe eines fiktiven Pflichtteilsanspruchs erhalten; dabei soll für die Festlegung der Pflichtteilsquote unterstellt werden, dass auch die einseitigen Kinder von uns als leibliche Abkömmlinge des Letztversterbenden angesehen werden.*

<sup>442</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 4.4.3.4.



mit einer Auflage<sup>443</sup> im Hinblick auf die Feststellung des Nachlasses des Erstversterbenden zu arbeiten; ferner sollte über die Anordnung einer Testamentsvollstreckung<sup>444</sup> mit dem Ziel, sowohl die Umsetzung der Auflage als auch die Erfüllung der Vermächtnisse sicherzustellen, nachgedacht werden.

#### **4.4.3.6. Abzugsfähigkeit des Vermächtnisses**

Die Frage, ob ein aufschiebend befristetes und aufschiebend bedingtes Vermächtnis zugunsten der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten in den diskutierten Fällen als Erblässerschuld im Sinne des § 2311 BGB anzusehen ist, wurde – wie beim Herausgabevermächtnis auf den Überrest auch<sup>445</sup> – durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht entschieden. Aus diesem Grund ist die Umsetzung einer solchen Gestaltung auch in diesem Fall mit dem Risiko verbunden, dass die Regelungsziele, welche die Erblasser mit ihrer letztwilligen Verfügung verfolgen, im Falle einer gerichtlichen Überprüfung keinen Bestand haben können. Allerdings sprechen wie beim Herausgabevermächtnis auf den Überrest auch insoweit gute Gründe dafür, dass eine Abzugsfähigkeit anzunehmen ist und dies auch durch die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht anders bewertet werden würde; gerade beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen ergeben sich zudem besondere pflichtteilsrechtliche Konstellationen, die – wie vorstehend bereits erörtert – für eine Abzugsfähigkeit sprechen. Aus diesem Grund ist auch in diesem Fall von einer Pflichtteilsfestigkeit dieser Konstruktion auszugehen, und die insoweit ausgesetzten Vermächtnisse als Erblässerschuld sind im Sinne des § 2311 BGB zu bewerten.<sup>446</sup>

#### **4.4.3.7. Unterschiedlicher Lauf von Verjährungsfristen?**

Im Rahmen der Anordnung eines aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnisses ist sodann weiter zu überlegen, ob durch den unterschiedlichen Lauf von Verjährungsfristen die angestrebten Regelungsziele der Erblasser konterkariert werden könnten. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Vermächtnisananspruch aus § 2174 BGB gemäß §§ 195, 199 BGB innerhalb von drei Jahren nach Fälligkeit und Kenntnis verjährt; dabei ist neben der Fälligkeit für den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist die Kenntnis von den Umständen, die den Anspruch begründen,

<sup>443</sup> Vgl. hierzu FN 349 und 437, jeweils m.w.N.

<sup>444</sup> Vgl. hierzu FN 433 m.w.N.

<sup>445</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 4.4.2.2.1. f.

<sup>446</sup> Mayer in ErbR 2014, S. 48; Grziwotz (Keim), S. 65 f.; Kornexl, Rn. 460.



maßgeblich.<sup>447</sup> Gleiches gilt für den Pflichtteilsanspruch der Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten.

In der Praxis müssen diese Verjährungsfristen aber nicht gleichzeitig ablaufen, so dass dem Grunde nach die Gefahr besteht, dass der eine Anspruch noch durchgesetzt werden kann, während der andere Anspruch bereits verjährt ist.

Im Rahmen der hier diskutierten Konstruktion wird durch die Anordnung eines aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnisses aber sichergestellt, dass der Vermächtnisanspruch in keinem Fall verjährt sein kann, wenn es durch die Abkömmlinge des Letztversterbenden zur Einforderung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB kommt; dies insbesondere deshalb, weil die Fälligkeit des Vermächtnisanspruchs von der Geltendmachung des Zusatzpflichtteils abhängig ist. Demzufolge stellt der unterschiedliche Lauf von Verjährungsfristen im Rahmen dieser Konstruktion sowohl für die Abkömmlinge des Erstals auch für die Abkömmlinge des Zweitversterbenden kein Problem dar.

#### **4.4.3.8. Steuerliche Betrachtung**

##### *4.4.3.8.1. Relevanz der steuerlichen Auswirkungen*

Wie bereits im Rahmen der Erörterung zu dem Herausgabevermächtnis auf den Überrest angesprochen<sup>448</sup>, ist davon auszugehen, dass sich das Bestreben der Erblasser im Zusammenhang mit einer Vermögensteilhabe der Kinder, ungeachtet der leiblichen Abstammung, im Rahmen einer letztwilligen Verfügung auf eine Gleichstellungsabsicht im Hinblick auf die tatsächlich von Todes wegen zukommenden Vermögenswerte richtet, sodass es den Erblassern auch darauf ankommen muss, welche Werte ihren Kindern nach Abzug sämtlicher Nachlassverbindlichkeiten, insbesondere auch erbschaftssteuerlicher Belastungen, tatsächlich zukommen.<sup>449</sup> Im Rahmen der Gestaltung einer letztwilligen Verfügung ist demnach die erbschaftssteuerliche Belastung insofern zu berücksichtigen, dass gegebenenfalls nur für einzelne Kinder bestehende Steuerbelastungen bei der Bemessung der Zuwendung von Todes wegen berücksichtigt werden müssen. Geschieht dies nicht, können im Ergebnis gleich hohe Zuwendungen von Todes wegen zu einem tatsächlich unterschiedlichen Vermögenszuwachs bei einzelnen Kindern führen.<sup>450</sup> So zeigt etwa die Anordnung eines betagten Vermächtnisses gemäß

<sup>447</sup> Jauernig (Mansel), Rn. 4 zu § 199; MüKo BGB (Grothe), Rn. 28 zu § 199; Palandt (Ellenberger), Rn. 27 zu § 199; Staudinger (Peters/Jacoby), Rn. 62 ff. zu § 199.

<sup>448</sup> Vgl. hierzu Kapitel 4.4.2.5.

<sup>449</sup> Nieder/Kössinger (R. Kössinger), § 21, Rn. 43 ff.

<sup>450</sup> Ebd.



§ 6 Abs. 4 ErbStG in Bezug auf die Erbschaftssteuer dieselbe steuerliche Auswirkung wie die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft.<sup>451</sup>

Demzufolge sind bei der Überlegung, ob zugunsten der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten aufschiebend befristete und aufschiebend bedingte Vermächtnisse in Höhe des gesamten Nachlasses bzw. eines Nachlassteils ausgesetzt werden, immer auch die steuerlichen Auswirkungen mit zu bedenken. Insoweit ist insbesondere zu hinterfragen, ob auch das aufschiebend befristete und aufschiebend bedingte Vermächtnis der Regelung des § 6 Abs. 4 ErbStG unterfällt und damit gegebenenfalls eine doppelte steuerliche Belastung – wie bei der Vor- und Nacherbschaft – auslösen kann.

#### 4.4.3.8.2. *Aufschiebend bedingtes bzw. befristetes Vermächtnis*

Zunächst sollen in diesem Zusammenhang die unterschiedlichen erbschaftssteuerlichen Auswirkungen des aufschiebend bedingten und des aufschiebend befristeten Vermächtnisses untersucht werden.

Das aufschiebend befristete und das aufschiebend bedingte Vermächtnis unterscheiden sich bei isolierter Betrachtung in ihrer Konstruktion nur dadurch, dass der Anfall des Vermächtnisses zu einem unterschiedlichen Zeitpunkt erfolgt. Während das aufschiebend befristete Vermächtnis mit dem Tod des länger lebenden Ehegatten anfällt und fällig wird, ist dies beim aufschiebend bedingten Vermächtnis anders: dieses fällt nämlich beim Tod des erstversterbenden Ehegatten an und wird in der Regel beim Tod des letztversterbenden Ehegatten fällig. Die Regelung des § 6 Abs. 4 ErbStG erfasst insbesondere solche Vermächtnisse, die beim Tod des Beschwerten fällig werden, wozu sowohl das aufschiebend bedingte wie auch das aufschiebend befristete Vermächtnis gehören; somit wird im Rahmen des § 6 Abs. 4 ErbStG auf die Fälligkeit des Vermächtnisses abgestellt und nicht auf den Anfall. Demnach führt sowohl die Anordnung eines aufschiebend bedingten Vermächtnisses als auch die Anordnung eines aufschiebend befristeten Vermächtnisses im Rahmen der Erbschaftssteuer zu der gleichen Behandlung, mit der Folge, dass beide Konstruktionen auf Grundlage des § 6 Abs. 4 ErbStG wie die steuerlich wenig vorteilhafte Vor- und Nacherbschaft zu behandeln sind.<sup>452</sup>

<sup>451</sup> Vgl. hierzu FN 380.

<sup>452</sup> Vgl. insoweit die Ausführungen in Kapitel 4.4.2.5.



#### 4.4.3.8.3. Kumulation von aufschiebend befristetem und aufschiebend bedingtem Vermächtnis

Fraglich ist jedoch, wie sich eine Kumulation von einem aufschiebend befristeten und einem aufschiebend bedingtem Vermächtnis auswirkt. Wie vorstehend bereits erläutert, stellt der § 6 Abs. 4 ErbStG auf die Fälligkeit ab; demgemäß unterfallen solche Vermächtnisse, deren Fälligkeit nicht vom Tod des länger lebenden Ehegatten, sondern von einem anderen Ereignis abhängen, nicht der Regelung des § 6 Abs. 4 ErbStG. Aus diesem Grund erfolgt der steuerliche Erwerb nur im Verhältnis zum Erblasser, der das Vermächtnis angeordnet hat.<sup>453</sup>

Im Rahmen der vorstehend in Kapitel 4.4.3. erörterten Gestaltungsüberlegung würde die Fälligkeit der Vermächtnisse, die vom Erstversterbenden zugunsten der eigenen Abkömmlinge ausgesetzt werden, unter der Bedingung stehen, dass die Abkömmlinge des Letztversterbenden nach dem Schlusserbfall einen Pflichtteilsanspruch bzw. einen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend machen. Demzufolge liegt kein Fall des § 6 Abs. 4 ErbStG vor, weil die Fälligkeit dieser Vermächtnisse auf einen unbestimmten Zeitpunkt nach dem Tod des Letztversterbenden verlagert wird.<sup>454</sup> Denkbar ist in diesem Zusammenhang nämlich, dass die Fälligkeit der angefallenen Vermächtnisse zu keinem Zeitpunkt eintritt, wenn sich alle Schlusserben an den Erblasserwillen halten und die durch die letztwillige Verfügung vorgesehene Vermögensverteilung nicht durch die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs stören.

Somit kommt die Regelung des § 6 Abs. 4 ErbStG bei der Anordnung eines aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnisses durch den erstversterbenden Ehegatten zugunsten von dessen Abkömmlingen nicht zur Anwendung; die nachteiligen steuerlichen Konsequenzen, die häufig mit dieser Regelung verbunden werden, können daher im Rahmen einer solchen Gestaltungsüberlegung ausgeschlossen werden.<sup>455</sup>

#### 4.4.3.8.4. Vermächtnis durch den länger lebenden Ehegatten

Im Hinblick auf das weitere Vermächtnis, das durch den länger lebenden Ehegatten zu Gunsten der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten ausgesetzt wird, ist festzustellen, dass dieses beim Überschreiten der Freibeträge als Erwerb vom Längerlebenden gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erbschaftssteuer unterworfen ist. Unter

<sup>453</sup> Nieder (Kössinger), § 10, Rn. 149; Meincke, Rn. 24 zu § 6; Troll/Gebel/Jülicher (Gebel), Rn. 55 zu § 6.

<sup>454</sup> Ebd.

<sup>455</sup> Vgl. hierzu ausführlich Meincke, Rn. 24 zu § 6.





Berücksichtigung der eingangs bereits erörterten Gleichstellung von Stiefkindern und leiblichen Kindern im Rahmen der erbschaftssteuerlichen Behandlung ergeben sich aus steuerlicher Sicht demgemäß keine Besonderheiten.

#### **4.4.3.9. Stellungnahme**

Die durchgeführte Untersuchung im Zusammenhang mit der Anordnung eines Vermächtnisses, das auf die Herausgabe des gesamten Nachlasses bzw. eines Nachlasses teils (s.g. Quotenvermächtnis) gerichtet ist, hat zunächst gezeigt, dass – wie beim Herausgabevermächtnis auf den Überrest auch – höchststrichterlich bisher nicht entschieden ist, ob die Abzugsfähigkeit im Sinne des § 2311 BGB auch in den Fällen gegeben ist, in denen sowohl der Anfall als auch die Fälligkeit desselbigen erst im Zeitpunkt des Todes des länger lebenden Ehegatten bzw. im Falle einer kumuliert angewendeten aufschiebenden Befristung in der Zeit danach erfolgen. Aus diesem Grund ist diese Konstruktion nach wie vor mit dem – wenn auch geringen – Risiko verbunden, dass die Abzugsfähigkeit im Falle einer gerichtlichen Überprüfung nicht anerkannt und damit die Regelungsziele, welche die Erblasser mit ihrer letztwilligen Verfügung verfolgen, nicht erreicht werden können.

Bei der Anordnung eines Herausgabevermächtnisses, das auf die Herausgabe des gesamten Nachlasses bzw. eines Nachlasses teils gerichtet ist, besteht das deutlich höhere Risiko aber darin, dass die mit der Einheitslösung verbundenen Regelungsziele der Erblasser beeinträchtigt werden können. Dies insbesondere auch deshalb, weil dem Längerlebenden wegen der Regelung des § 2179 BGB i.V.m. § 160 Abs. 1, 2 BGB, und den daraus resultierenden Sicherungsmöglichkeiten wie Arrest, einstweilige Verfügung oder die Nachlassverwaltung, die ihm zugewiesene Verfügungsfreiheit als unbeschränkter Vollerbe faktisch ganz oder teilweise wieder genommen werden kann. Zwar kann die Regelung des § 160 Abs. 1, 2 BGB durch die Testierenden ganz oder teilweise abbedungen werden; in diesem Fall handelt es sich aber nicht mehr um ein Vermächtnis, das auf die Herausgabe des gesamten Nachlasses gerichtet ist, sondern allenfalls um ein Herausgabevermächtnis auf einen Nachlassteil oder im Falle des vollständigen Ausschlusses um ein Herausgabevermächtnis auf den Überrest. Auch wenn die sich aus § 2179 BGB i.V.m. § 160 Abs. 1, 2 BGB ergebende Rechtsfolge dadurch eingeschränkt werden kann, dass das Vermächtnis der Höhe nach auf einen bestimmten Nachlassteil (z.B. auf den gesetzlichen Erbteil der Abkömmlinge des Erstversterbenden) begrenzt wird, ändert dies nichts daran, dass sich hieraus Beschränkungen für den Längerlebenden ergeben, welche die mit der Anordnung der Einheitslösung verbundenen Regelungsziele torpedieren können.





Zumindest in den Fällen, in denen das wesentliche Vermögen vom Erstversterbenden stammt oder die Vermögensverteilung unter den Ehegatten einen Gleichlauf aufweist und somit die Vermögensunterschiede nicht gravierend sind, kann darüber nachgedacht werden, zur Umsetzung der Regelungsziele der Erblasser, insbesondere im Hinblick auf eine gleichmäßige Vermögensbeteiligung aller Kinder beim Schlusserbfall, die Höhe der Vermächtnisse nicht bereits bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung festzulegen. Über das Zweckvermächtnis nach § 2156 BGB kann die Gestaltung vielmehr in der Weise erfolgen, dass die Höhe der Vermächtnisse erst bei Fälligkeit auf Grundlage festgelegter Kriterien bestimmt wird. Dabei werden bei dieser Konstruktionsüberlegung insbesondere zur Verwirklichung der Gleichbehandlung aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall nicht nur Vermächtnisse durch den erstversterbenden Ehegatten zu Gunsten der eigenen Abkömmlinge ausgesetzt, sondern zusätzlich auch durch den länger lebenden Ehegatten. Dadurch soll insbesondere in den Fällen, in denen der beim Schlusserbfall vorhandene Nachlass des erstversterbenden Ehegatten im Falle der Erfüllung der Vermächtnisse nicht ausreicht, um das angestrebte Ziel einer gleichmäßigen Nachlassbeteiligung aller Kinder beim Schlusserbfall zu erreichen, durch die weiteren Vermächtnisse des länger lebenden Ehegatten die sich insoweit ergebende Differenz zur Zielerfüllung ausgeglichen werden. Dabei wird allerdings die Höhe eines solchen Vermächtnisses des länger lebenden Ehegatten zu Gunsten der leiblichen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten wiederum durch das Pflichtteilsrecht, insbesondere durch die Regelung des § 2318 Abs. 1, 3 BGB, begrenzt; der Anwendungsbereich dieser Norm ist insbesondere immer in den Fällen eröffnet, in denen der länger lebende Ehegatte vor dem Erbfall deutlich vermögender war, als der erstversterbende Ehegatte.

Zwar handelt es sich bei dieser Gestaltungsvariante im Ergebnis auch (nur) um ein Herausgabevermächtnis auf den Überrest durch den erstversterbenden Ehegatten, sofern dieser nicht über das deutlich höhere Vermögen verfügte; die Besonderheit besteht aber gerade darin, dass auch der letztversterbende Ehegatte ein eigenes Vermächtnis zu Gunsten der leiblichen Abkömmlinge des Erstversterbenden aussetzt und damit die Gefahr einer Schlechterstellung für diese – im Gegensatz zum isolierten Herausgabevermächtnis auf den Überrest – deutlich reduziert wird. Hinzu kommt weiter, dass im Rahmen dieser Konstruktion, wie beim Herausgabevermächtnis auf den Überrest auch, die Anwendung der Regelung des § 2179 BGB i.V.m. § 160 Abs. 1, 2 BGB ausgeschlossen wird, so dass die Rechtsposition des Längerlebenden nicht beeinträchtigt und damit die Intention, die mit der Anordnung der Einheitslösung durch die Testierenden verbunden wird, vollständig beibehalten werden kann.



Ferner sollte die Fälligkeit dieser Vermächtnisse zu Gunsten der leiblichen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten unter die Bedingung gestellt werden, dass die Kinder des Letztversterbenden einen Pflichtteilsanspruch bzw. einen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend machen. Zwar wird durch eine solche Gestaltungsüberlegung für die Abkömmlinge des Letztversterbenden in wirtschaftlicher Hinsicht keine Drucksituation begründet, weil zumindest in den Fällen, in denen die Vermögensverteilung unter den Erblassern keine gravierenden Unterschiede aufweist, sowohl bei der Umsetzung der Vorgaben aus der letztwilligen Verfügung der Erblasser als auch im Falle der Vermächtniserfüllung die wirtschaftliche Beteiligung sämtlicher Abkömmlinge am Nachlass gleich ist; deswegen kommt es auf die Erzielung einer Abschreckungswirkung in diesem Zusammenhang auch nicht an. Etwas anderes gilt nur in den Fällen, in denen es zu einer Belastung des Vermögens des Längerlebenden durch die Erfüllung der Vermächtnisse zu Gunsten der Abkömmlinge des Erstversterbenden in der Weise kommt, dass der Anwendungsbereich des § 2318 Abs. 1, 3 BGB eröffnet wird. Insoweit kann eine Abschreckungswirkung für die den Pflichtteil einfordernden Abkömmlinge aber ohnehin nicht erreicht werden, weil dieser Anspruch durch eine Gestaltungsmaßnahme ohnehin nicht beeinträchtigt werden kann. Aus diesem Grund spielt es weder aus rechtlicher noch aus wirtschaftlicher Sicht eine Rolle, ob die Abkömmlinge ihre Nachlassbeteiligung als Erbe des länger lebenden Ehegatten oder sogleich als Vermächtnisnehmer durch unbedingten Anfall erhalten. Allerdings ist zu bedenken, dass die praktische Umsetzung eines unbedingten Vermächtnisanfalls im Rahmen einer solchen Konstruktion – wie vorstehend diskutiert – nicht immer unproblematisch sein dürfte. Aus diesem Grund erscheint ein unbedingter Anfall dieser Vermächtnisse nicht sinnvoll; diese sollten vielmehr nur dann anfallen, wenn durch die Abkömmlinge des Letztversterbenden die vorgesehene Nachlassbeteiligung durch Einforderung eines Pflichtteilsanspruchs gestört wird.

Auch aus erbschaftssteuerlichen Gesichtspunkten ist die Anordnung eines aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnisses nicht problematisch. Im Gegensatz zur isolierten Anordnung eines aufschiebend befristeten Vermächtnisses ist eine derartige Konstruktion sogar mit dem Vorteil verbunden, dass die Regelung des § 6 Abs. 4 ErbStG keine Anwendung findet und demzufolge das Risiko einer doppelten Steuerlast – wie sie bei der Anordnung der Trennungslösung entsteht – vermieden werden kann.



## 4.5. Zusammenfassung des vierten Kapitels

Im vierten Kapitel dieser Arbeit wurde untersucht, ob und durch welche Gestaltung im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes mit Einheitslösung eine Gleichbehandlung der Abkömmlinge erreicht werden kann, sofern es sich nicht ausschließlich um gemeinsame Kinder handelt.

Sofern die Erblasser im Rahmen einer solchen Familienstruktur bei Anwendung der Einheitslösung eine Gleichstellung aller Abkömmlinge beim Tod des Letztversterbenden erreichen wollen, dabei aber an der Pflichtteilsberechtigung bestimmter Schlusserben nicht vorbeikommen, muss im Ergebnis verhindert werden, dass diese durch einen Pflichtteilsanspruch nach dem leiblichen Elternteil übermäßig am gemeinsamen Nachlass beider Ehegatten partizipieren und gerade dadurch eine Besserstellung gegenüber den übrigen Abkömmlingen erlangen. Dieses Ergebnis lässt sich unschwer dadurch erreichen, dass die Erblasser mit den Abkömmlingen jeweils einen notariellen Pflichtteilsverzichtungsvertrag gemäß §§ 2346 Abs. 2, 2348 BGB abschließen; dies erfordert allerdings, dass sich die jeweiligen Abkömmlinge dazu bereit erklären. Die Erklärung des Pflichtteilsverzichts scheidet jedoch bereits dann aus, wenn minderjährige Abkömmlinge vorhanden sind, weil dies die Beteiligung des Familiengerichtes erfordert und die Erteilung einer entsprechenden familiengerichtlichen Genehmigung regelmäßig mangels Vorliegen eines hierfür notwendigen rechtlichen Vorteils ausgeschlossen sein dürfte.

Für die übrigen Fälle hat die weitere Untersuchung sodann deutlich gemacht, dass sich durch die Kautelarjurisprudenz die Probleme, die sich aus der Anordnung der Einheitslösung beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen im Falle einer angestrebten gleichmäßigen Vermögensteilhabe im Hinblick auf das Pflichtteilsrecht ergeben können, nicht ohne weiteres beseitigen lassen. In diesem Zusammenhang kann allerdings durch eine geschickte Gestaltung unter Berücksichtigung der jeweiligen Familien- und Vermögensstruktur in einer Vielzahl der Fälle zumindest eine Drucksituation für die Abkömmlinge des Letztversterbenden geschaffen werden, mit dem Ziel, dass sich die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB für diese als wirtschaftlich unattraktiv herausstellt und damit die Gefahr der Geltendmachung eines solchen zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung unter den Abkömmlingen eingeschränkt werden kann. Insoweit kann im Rahmen der Gestaltung einer letztwilligen Verfügung beispielsweise darüber nachgedacht werden, die Vollerbenstellung des überlebenden Ehegatten unter eine auflösende



Bedingung in der Weise zu stellen, dass diese entfällt, wenn dessen Abkömmlinge nach dem Schlusserbfall einen Pflichtteil bzw. einen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB einfordern; der Bedingungseintritt führt sodann im Hinblick auf den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten zum Übergang in die Trennungslösung. Da der Bedingungseintritt im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung erst nach dem Tod des Längerlebenden eintreten kann, werden durch eine solche Konstruktion die Regelungsziele der Ehegatten, die mit der Anordnung der Einheitslösung verbunden werden, auch nicht unterlaufen, so dass die Vollerbenstellung des Längerlebenden uneingeschränkt erhalten bleibt.

Ferner kann, ebenfalls mit dem Ziel, eine Abschreckungswirkung für die Abkömmlinge des Letztversterbenden zu schaffen, über das Aussetzen von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen in Höhe des gesetzlichen Erbteils (s.g. Quotenvermächtnis) durch den erstversterbenden Ehegatten bzw. in unbestimmter Höhe (s.g. Zweckvermächtnis) durch beide Ehegatten, jeweils zugunsten der leiblichen Abkömmlinge des Erstversterbenden, nachgedacht werden, das jedoch nur dann anfallen soll, wenn die Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten durch die Einforderung eines Pflichtteils bzw. Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB die vorgesehene Nachlassverteilung stören (aufschiebende Bedingung). Auf diese Weise kann auch im Rahmen der Einheitslösung eine Absicherung der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten beim Schlusserbfall zumindest konzeptionell realisiert werden.

Ob sich die Risiken, die sich im Falle der Anordnung der Einheitslösung beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen aus pflichtteilsrechtlichen Gründen ergeben, durch diese Lösungsansätze insgesamt beseitigen lassen, hängt dabei aber von den jeweiligen Familienstrukturen und der Verteilung des Vermögens unter den Erblassern ab. Zumindest in den Fällen, in denen das wesentliche Vermögen vom erstversterbenden Ehegatten stammt, kann die Anordnung eines aufschiebend bedingten und aufschiebend befristeten Vermächtnisses in Höhe des gesetzlichen Erbteils einen Lösungsweg darstellen, um die Umsetzung des Erblasserwillens zu fördern. Gleiches gilt im Rahmen der Anordnung eines aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Zweckvermächtnisses in unbestimmter Höhe; in diesem Fall kann die angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe beim Schlusserbfall bei Bedingungseintritt aber nicht nur in den Fällen umgesetzt werden, in denen das wesentliche Vermögen vom Erstversterbenden stammt, sondern auch dann, wenn die Vermögensverteilung unter den Ehegatten keine gravierenden Unterschiede aufweist.



Im Rahmen der Einheitslösung kann – mit Ausnahme eines Pflichtteilsverzichtes – durch eine entsprechende Gestaltung der letztwilligen Verfügung demgemäß zwar nicht in jedem Fall erreicht werden, dass die angestrebte gleichmäßige Vermögensteilnahme der Kinder beim Schlusserbfall gesichert wird. Allerdings kann durch eine geschickte Konstruktion, welche die Familien- und Vermögensstruktur entsprechend berücksichtigt, auf der einen Seite eine Abschreckungssituation geschaffen werden, die sodann die Geltendmachung eines Pflichtteils bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB durch die Abkömmlinge des Letztversterbenden aus wirtschaftlicher Sicht unattraktiv werden lassen kann, und auf der anderen Seite durch das gezielte Aussetzen von Vermächnissen beider Ehegatten unter Wegfall der Schlusserbenstellung der Begünstigten bei Bedingungseintritt eine gleichmäßige Vermögensbeteiligung aller Kinder beim Schlusserbfall in einer Vielzahl der Fälle umgesetzt werden. Dabei ist die Gestaltungsvariante, in der beide Ehegatten aufschiebend befristete und aufschiebend bedingte Zweckvermächnisse in unbestimmter Höhe zu Gunsten der leiblichen Abkömmlinge des Erstversterbenden aussetzen, zu bevorzugen. Dies insbesondere deshalb, weil diese Konstruktion weniger auf die Herbeiführung einer Abschreckungswirkung für die Abkömmlinge des Letztversterbenden abzielt, sondern vielmehr die Möglichkeit der Umsetzung einer Gleichbehandlung aller Kinder beim Schlusserbfall verfolgt. Dies lässt sich zumindest in den Fällen umsetzen, in denen das Vermögen unter den Ehegatten gleich bzw. im Wesentlichen gleich verteilt ist. Hinzu kommt aber auch, dass im Rahmen dieser Gestaltungsüberlegung die Regelungen des § 2179 BGB i.V.m. § 160 Abs. 1, 2 BGB keine Anwendung finden und damit die mit der Anordnung der Einheitslösung verbundenen Regelungsziele der Testierenden nicht beeinträchtigt werden.

Demnach kann durch das Aussetzen von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Zweckvermächnissen durch beide Ehegatten zu Gunsten der leiblichen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten zumindest konzeptionell eine gleichmäßige Vermögensteilnahme auch in Stieffamilien bei der Anordnung der Einheitslösung erreicht werden. Unabhängig davon sollte nach Möglichkeit durch den Gestalter immer der rechtlich sicherste Weg gewählt werden, der im Pflichtteilsverzicht zu sehen ist; nur wenn sich dieser nicht umsetzen lässt, ist über eine der diskutierten Gestaltungsalternativen nachzudenken.







## 5. Ergänzende Auslegung des Testamentes

### 5.1. Problemstellung

Nachdem im vierten Kapitel dieser Arbeit untersucht wurde, ob es kautelarjuristisch Möglichkeiten gibt, eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder im Rahmen der Einheitslösung beim Schlusserbfall umzusetzen, sofern auch einseitige Abkömmlinge vorhanden sind, stellt sich weiter die Frage, ob der Erblasserwille sich auch in den Fällen umsetzen lässt, in denen die letztwillige Verfügung auf die Besonderheiten der Stiefkindverhältnisse im Rahmen des „Berliner Testamentes“ aus pflichtteilsrechtlichen Erwägungen nicht weiter eingeht.

Insoweit ist zunächst nicht davon auszugehen, dass sich die typischen Regelungsziele letztwilliger Verfügungen in Stieffamilien von denen solcher Familien unterscheiden, in denen ausschließlich gemeinsame leibliche Kinder vorhanden sind. Selbst wenn die Ehegatten beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Kindern die Absicht verfolgen, für den Todesfall des Zweitversterbenden eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder, mit Blick darauf, dass diese mit ihnen eine soziale Familie bilden, sicherstellen wollen, bedeutet dies nicht, dass diese Überlegungen den letztwilligen Verfügungen sodann auch zwingend zu entnehmen sind. Der Grund für das Fehlen entsprechender Anordnungen könnte darin liegen, dass die mit dieser Absicht verbundenen erbrechtlichen Schwierigkeiten den Testierenden nicht bewusst sind; dies wiederum mag darauf zurückzuführen sein, dass entsprechender fachkundiger Rat nicht eingeholt oder auch nicht in angemessener, die Interessen der Verfügenden berücksichtigender Form erteilt wurde.

Da nach Eintritt des Erbfalles die Anpassung einer letztwilligen Verfügung grundsätzlich ausgeschlossen ist, bleibt zu überlegen, ob und wie dem Willen der Erblasser entsprechende Geltung verschafft bzw. auf welche Weise aus den getroffenen Verfügungen in zulässiger Weise abgeleitet werden kann, dass die Sicherung einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge nach dem Tod des Zweitversterbenden der Wille der verfügenden Ehegatten war. Aus diesem Grund soll in diesem Abschnitt erörtert werden, ob nach Eintritt des Schlusserbfalls einem solchen Willen der Erblasser durch (ergänzende) Testamentsauslegung zur Geltung verholfen werden kann.



## 5.2. Der Begriff der ergänzenden Testamentsauslegung

Bei der Auslegung von letztwilligen Verfügungen sind zwei grundlegende Grenzen zu beachten: Einerseits ist dies eine zeitliche Grenze, da der Erblasserwille zum Zeitpunkt der Testierung als maßgeblich anzusehen ist, und andererseits eine formale Grenze, wonach das jeweilige Auslegungsergebnis in der letztwilligen Verfügung eine Andeutung<sup>456</sup> gefunden haben muss. Im Gegensatz zur unmittelbaren oder erläuternden Auslegung letztwilliger Verfügungen, nach der sämtliche Erklärungen stets als Ausdruck des wirklichen Erblasserwillens betrachtet werden, zielt die darüber hinausgehende ergänzende Auslegung auf die Schließung etwaiger Lücken in der Erklärung der Erblasser.<sup>457</sup>

Von einer Lücke ist immer dann auszugehen, wenn die Erklärungen der Erblasser planwidrig unvollkommen sind, also eine Regelung, die die Erblasser getroffen hätten, sofern ihnen die Sach- und Rechtslage bekannt gewesen wäre, nicht getroffen wurde.<sup>458</sup> Demzufolge wird im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung nicht der wirkliche Erblasserwille zum Zeitpunkt der Abfassung der letztwilligen Verfügung ermittelt, sondern vielmehr eine Ergänzung der Erklärung der Erblasser im Hinblick auf deren hypothetischen Willen vorgenommen, den diese in umfassender Kenntnis der rechtlichen und tatsächlichen Umstände gehabt hätten. Die ergänzende Testamentsauslegung ermittelt demnach nicht den Ausdruck des wirklichen, sondern eines irrealen oder hypothetischen Willens des Erblassers.<sup>459</sup> Bei der ergänzenden Testamentsauslegung kommt es somit darauf an, ob die Erblasser bei Kenntnis der Sach- und Rechtslage die sich ergebende Lücke tatsächlich durch die Aufnahme von weiteren Regelungen geschlossen hätten.

<sup>456</sup> BGHZ 86, 41 (46); BGHZ 94, 36 (38, 43); OLG Saarbrücken in NJW-RR 1994, S. 845; Brox/Walker, Rn. 200; Nieder/Kössinger (W. Kössinger), § 23, Rn. 36; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Machulla), § 6, Rn. 23.

<sup>457</sup> Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Machulla), § 6, Rn. 23; Nieder/Kössinger (W. Kössinger), § 23, Rn. 35; MüKo BGB (Leipold), Rn. 1 zu § 2069; Staudinger (Otte), Rn. 81 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086.

<sup>458</sup> Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Machulla), § 6, Rn. 23; MüKo BGB (Leipold), Rn. 39 zu § 2084; Staudinger (Otte), Rn. 81 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086.

<sup>459</sup> RGZ 134, 277 (280); RGZ 142, 171 (175); BayObLGZ 1982, 159 (165); OLG Hamm in RPflegler 1987, S. 248; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Machulla), § 6, Rn. 23; Nieder/Kössinger (W. Kössinger), § 23, Rn. 35; Staudinger (Otte), Rn. 81 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086.



### 5.3. Zulässigkeit der ergänzenden Testamentsauslegung

Die ergänzende Testamentsauslegung ist als besondere Form der Testamentsauslegung<sup>460</sup> grundsätzlich zulässig. Diese herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum geht zurück auf eine Entscheidung des Reichsgerichtes aus dem Jahr 1920. Das Gericht hatte zu entscheiden, ob die Ersatzberufung von Abkömmlingen eingesetzter Angehöriger in Fällen, die nicht unter die gesetzlichen Auslegungsregeln des § 2069 BGB subsumiert werden können, auch ohne ausdrückliche Anordnung der Erblasser angenommen werden darf. Das Reichsgericht hat darauf hingewiesen, dass sich „(...) der § 2069 BGB, trotzdem er nach seiner Zweckbestimmung und seinem umfassenden Wortlaute sich auch auf diejenigen Fälle bezieht, in denen der Erblasser an die Möglichkeit des vorzeitigen Wegfalls seiner von ihm eingesetzten Abkömmlinge nicht gedacht hat, als eine reine Auslegungsregel [darstelle,] als eine gesetzliche Richtlinie für die Willenserforschung“.<sup>461</sup> Dies werde durch die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung „im Zweifel anzunehmen“ bestätigt.<sup>462</sup> Seitdem ist die grundsätzliche Zulässigkeit der ergänzenden Testamentsauslegung unbestritten<sup>463</sup>, obwohl das BGB unverändert keine ausdrückliche Grundlage dafür enthält.<sup>464</sup>

Die Rechtsgrundlage für die ergänzende Testamentsauslegung wird insoweit einerseits aus § 133 BGB abgeleitet und andererseits aus § 2084 BGB, wonach der letzte Wille der Erblasser soweit wie möglich umgesetzt werden soll, was dem Rechtsgedanken entspricht, der mit der ergänzenden Testamentsauslegung verbunden wird. Hinzu kommt weiter, dass regelmäßig zwischen der Errichtung der letztwilligen Verfügung und dem Eintritt des Erbfalles ein erheblicher Zeitraum liegt, in dem sich die Lebensverhältnisse der Erblasser vielfach in einer zuvor nicht absehbaren Weise verändern. Schon deshalb ist die Möglichkeit einer ergänzenden Testamentsauslegung in der Praxis von nicht unerheblicher Bedeutung, da im Zeitpunkt des Erbfalles eine Änderung der letztwilligen Verfügung durch die Erblasser selbst gerade nicht mehr möglich ist und daher regelmäßig das Bedürfnis besteht, durch eine ergänzende Testamentsauslegung den Erblasserwillen auch angesichts geänderter (Lebens-)Umstände umzusetzen.

<sup>460</sup> Gilt für alle Formen der letztwilligen Verfügung, vgl. insoweit auch Staudinger (Kanzleiter), Rn. 30 zu Einl. zu §§ 2274 ff. BGB.

<sup>461</sup> RGZ 99, 82 (85 f.).

<sup>462</sup> Vgl. auch KG Berlin in FamRZ 1977, S. 346; KG Berlin in FamRZ 1991, S. 489; BayObLG in FamRZ 1988, S. 986 f.; BayObLG in NJW 1988, S. 2744.

<sup>463</sup> RGZ 99, 82 (85); Leipold, Rn. 391; Michalski, Rn. 343; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Machulla), § 6, Rn. 24; MüKo BGB (Leipold), Rn. 36 ff. zu § 2084; Staudinger (Otte), Rn. 26 zu § 2069 BGB.

<sup>464</sup> Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Machulla), § 6, Rn. 24; MüKo BGB (Leipold), Rn. 81 zu § 2084; Staudinger (Otte), Rn. 84 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086.



Dies deckt sich insbesondere auch mit der Überlegung, dass im Erbrecht der Vorrang der privatautonomen Gestaltung gegenüber dem dispositiven Gesetzesrecht gilt.<sup>465</sup>

Die Umsetzung des Erblasserwillens ist demnach das wesentliche Ziel, das im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung zu verfolgen ist. Dabei kann selbst bei klarem und eindeutigem Wortlaut auch eine anderweitige Auslegung in Betracht kommen, wenn diese vom wirklichen Willen der Erblasser nicht abweicht.<sup>466</sup> Somit ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Umsetzung des Erblasserwillens durch ergänzende Testamentsauslegung auch in den Fällen erreicht werden kann, in denen bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung die Besonderheiten, die sich aus dem Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen ergeben, nicht bedacht wurden.

#### **5.4. Voraussetzungen der ergänzenden Testamentsauslegung**

Im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung ist daher an erster Stelle festzustellen, ob hierfür ein Bedarf besteht. Dafür muss die letztwillige Verfügung zunächst unvollständig sein, was der Fall ist, wenn die Erblasser eine zur Erreichung des von ihnen verfolgten Regelungsziels erforderliche Anordnung nicht getroffen haben. Festzustellen ist daher zunächst das Regelungsziel, das die Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung verfolgt haben.<sup>467</sup>

Falls sich insofern eine Lücke in der letztwilligen Verfügung ergibt, muss diese zudem planwidrig sein. Daher ist festzustellen, ob die Erblasser, wenn ihnen die Lücke bekannt oder bewusst gewesen wäre, eine andere Gestaltung gewählt oder die getroffene Anordnung dennoch beibehalten hätten.<sup>468</sup> Sofern diese Voraussetzungen gegeben sind, kann diese planwidrige Lücke durch die ergänzende Testamentsauslegung geschlossen werden.

Insoweit ist dann zu ermitteln, was nach der Willensrichtung der Erblasser, somit nach ihrer allgemeinen Motivation im Zeitpunkt der Testamentserrichtung, als von ihnen gewollt und auch im Rahmen der letztwilligen Verfügung inhaltlich gestaltet worden

---

<sup>465</sup> BayObLG in FamRZ 1997, S. 1510; Leipold, Rn. 391; Michalski, Rn. 343; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Machulla), § 6, Rn. 24; MüKo BGB (Leipold), Rn. 82 zu § 2084; Staudinger (Otte), Rn. 85 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086.

<sup>466</sup> BGH in NJW 1983, S. 673; BGH in NJW 1993, S. 256 f., anders noch RGZ 160, 109 (111).

<sup>467</sup> BayObLGZ 1994, 312 (322); BayObLG in FamRZ 1997, S. 1510; Frank/Helms § 7, Rn. 6; Michalski, Rn. 323; Nieder/Kössinger (W. Kössinger), § 23, Rn. 33.

<sup>468</sup> Frank/Helms, § 7, Rn. 7; Michalski, Rn. 343; Nieder/Kössinger (W. Kössinger), § 23, Rn. 34; Staudinger (Otte), Rn. 81 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086 BGB.



wäre<sup>469</sup>, wenn sie die eingetretenen Veränderungen der Sachlage vorausgesehen hätten.<sup>470</sup> Demzufolge ist das Ziel, das mit der Schließung der planwidrigen Lücke angestrebt wird, nicht die Umsetzung des erwiesenen oder auch nur mutmaßlichen wirklichen Willens der Erblasser, sondern die Feststellung desselbigen für den Fall, dass den Erblassern bei Testamentserrichtung die künftige Entwicklung wenigstens als möglich erschienen wäre.

## 5.5. Die „Adeutungstheorie“

Ein im Zuge der ergänzenden Testamentsauslegung ermittelter hypothetischer Erblasserwille muss nach der Anhalts- oder Adeutungstheorie<sup>471</sup> sodann in irgendeiner nachvollziehbaren Form unmittelbar der auszulegenden Verfügung zu entnehmen sein.<sup>472</sup> Dieses Erfordernis verhindert einerseits, dass durch ergänzende Testamentsauslegung das Verbot formloser Verfügungen umgangen wird, andererseits, dass letztlich das von den Erblassern als gewollt angesehen wird, was ein Dritter an deren Stelle getan hätte.<sup>473</sup> Daher kann sich die ergänzende Auslegung nur auf solche Fälle beziehen, in denen die Erblasser wegen einer unrichtigen Beurteilung der Verhältnisse zum Zeitpunkt der Testierung nicht das geeignete Mittel für das von ihnen angestrebte Ziel ausgewählt haben<sup>474</sup>; auf weitere Gesichtspunkte, wie etwa den Vertrauensschutz Dritter, kommt es insoweit nicht an.<sup>475</sup> Durch die ergänzende Testamentsauslegung wird lediglich anstelle des vom Erblasser gewählten untauglichen Mittels zur Zweckerreichung ein anderes, dafür geeignetes, Mittel angewandt.

Nicht ersetzt werden kann aber durch eine ergänzende Testamentsauslegung das von den Erblassern angestrebte Ziel.<sup>476</sup> Sofern der Erblasserwille und damit auch das von den Erblassern angestrebte Ziel nicht in irgendeiner Weise in der letztwilligen Verfü-

<sup>469</sup> RGZ 99, 82 (85); BayObLG in FamRZ 1994, S. 725; Lange/Kuchinke, § 34 III 4; Leipold, Rn. 392; Nieder/Kössinger (W. Kössinger), § 23, Rn. 35.

<sup>470</sup> BGHZ 22, 357 (362); BayObLGZ 1995, 205 (221); BayObLGZ 1997, 197 (202); Nieder/Kössinger (W. Kössinger), § 23, Rn. 35.

<sup>471</sup> BGHZ 22, 357 (362); BGHZ 74, 116 (117); BGH in NJW 1963, S. 1151; BGH in FamRZ 1983, S. 382; Nieder/Kössinger (W. Kössinger), § 23, Rn. 35; MüKo BGB (Leipold), Rn. 94 ff. zu § 2084.

<sup>472</sup> Auch: „favor testamenti“, vgl. Lange/Kuchinke, § 34 III 3 a; Leipold, Rn. 396; Kipp/Coing, S. 137; Sudhoff (Scherer), § 5, Rn. 1; MüKo BGB (Leipold), Rn. 94 ff. zu § 2084; Staudinger (Otte), Rn. 23 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086.

<sup>473</sup> KG in NJW 1963, S. 768; BayObLGZ 1988, 165 (169); Frank/Helms, § 7, Rn. 7; Nieder/Kössinger (Kössinger), § 23, Rn. 36; MüKo BGB (Leipold), Rn. 94 ff. zu § 2084; Staudinger (Otte), Rn. 28 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086.

<sup>474</sup> Grundlegend hierzu RGZ 99, 82 (85).

<sup>475</sup> Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Machulla), § 6, Rn. 2; Bamberger/Roth (Litzenburger), Rn. 1 zu § 2084; Jauernig (Stürner), Rn. 2 zu § 2084; MüKo BGB (Leipold), Rn. 6 zu § 2084; Staudinger (Otte), Rn. 1 zu § 2084.

<sup>476</sup> BayObLGZ 1997, 197 (202); Frank/Helms, § 7, Rn. 7; Kipp/Coing, § 21 III 5; Leipold, Rn. 392; Michalski, Rn. 344; Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Machulla), § 6, Rn. 25





gung niedergelegt sind<sup>477</sup>, kann der Erblasserwille auch nicht durch eine ergänzende Testamentsauslegung ermittelt und bei der Auslegung der Verfügung berücksichtigt werden.<sup>478</sup> In diesem Fall ist die ergänzende Testamentsauslegung ausgeschlossen.

## 5.6. Vorgehen bei der ergänzenden Auslegung

### 5.6.1. Bestimmung des Zieles der Erblasser

Die Auslegung letztwilliger Verfügungen hat demzufolge das Ziel, den wirklichen Willen der Erblasser zu erforschen und diesem nach Möglichkeit zur Verwirklichung zu verhelfen. In einem ersten Schritt ist im gegebenen Zusammenhang daher festzustellen, ob der letztwilligen Verfügung ein Wille der Erblasser dahingehend zu entnehmen ist, dass eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller, und somit auch der einseitigen, Abkömmlinge gewollt ist. Daher muss im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung den Erblassern der Umstand, dass sowohl gemeinsame als auch einseitige Abkömmlinge vorhanden sind, bekannt gewesen sein; hiervon ist zunächst auszugehen. Der Umstand, dass sämtliche Kinder für den Schlusserbfall als Erben zu gleichen Anteilen benannt sind, spricht zudem dafür, dass sowohl gemeinsame wie auch einseitige Kinder beim Schlusserbfall gleich behandelt werden sollen.

Beim „Berliner Testament“ spricht aber nicht nur die Erbeinsetzung aller Abkömmlinge zu gleichen Teilen beim Tod des Letztversterbenden für einen Willen der Erblasser dahingehend, dass die vorhandenen Abkömmlinge in gleicher Weise am Nachlass beim Schlusserbfall partizipieren sollen, sondern auch der Umstand, dass hierdurch regelmäßig die Gefahr für den überlebenden Ehegatten gemindert wird, bereits beim ersten Erbfall die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs, insbesondere auch aus wirtschaftlichen Erwägungen, durch die leiblichen Kinder des Erstversterbenden befürchten zu müssen.<sup>479</sup> Demzufolge kann auch die Ausgestaltung der letztwilligen Verfügung dahingehend, dass der überlebende Ehegatte unbeeinträchtigt von finanziellen Forderungen der Nachkommen in den Genuss des gesamten Nachlasses gelangen soll, als Hinweis darauf verstanden werden, dass zu Lebzeiten des Längerlebenden den Abkömmlingen keinerlei Zuwendungen aus dem Nachlass zukommen und, bei Fehlen spezifischer Vermögenszuweisungen an einzelne Kinder bzw. allgemein beim Fehlen unterschiedlicher Vermögenszuweisungen an einzelne Kinder, diese im Schlusserbfall

<sup>477</sup> RGZ 134, 277 (280); BGHZ 22, 357 (360); BayObLG in FamRZ 1988, S. 988, a. A. Foerste in DNotZ 1993, S. 98 ff.

<sup>478</sup> Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Machulla), § 6, Rn. 24; MüKo BGB (Leipold), Rn. 92 f. zu § 2084.

<sup>479</sup> Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 3.2.4.3.2 f. zur Durchkreuzung der Regelungsziele der Erblasser im Rahmen der Einheitslösung beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen.





gleichmäßig am Vermögen der Ehegatten teilhaben sollen. Insoweit kann also nicht nur die ausdrückliche Aufnahme einer bestimmten Regelung in eine letztwillige Verfügung als Ansatz für die ergänzende Testamentsauslegung herangezogen werden, sondern auch deren Fehlen in einem Regelungszusammenhang, in dem eine ausdrückliche Anordnung der Erblasser zu erwarten wäre, sofern diese ein bestimmtes Ziel verfolgen.

Sofern die Erblasser also in wechselseitigen Verfügungen feststellen, dass der Letztversterbende nach dem Tod des Erstversterbenden uneingeschränkt über das gemeinsame Vermögen verfügen können soll, und weiter sämtliche Kinder, ungeachtet der leiblichen Abstammung, als Schlusserben erwähnen, ohne für diese gesonderte Anordnungen zu treffen, ist dies als Hinweis dafür zu verstehen, dass die Erblasser das Ziel einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Kinder im Schlusserbfall verfolgt haben.

### **5.6.2. Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke**

Weiter setzt die ergänzende Testamentsauslegung das Bestehen einer Regelungslücke in der Weise voraus, dass die Erklärungen der Erblasser planwidrig unvollkommen sind. Es müsste also an einer Regelung fehlen, welche die Erblasser getroffen hätten, wenn ihnen die Sachlage bereits bei Errichtung des Testamentes bekannt gewesen wäre. Tatsächlich ist den Erblassern bei Errichtung ihrer letztwilligen Verfügung bekannt, ob es sich bei den eingesetzten Schlusserben um gemeinsame oder nicht gemeinsame Abkömmlinge handelt; die Relevanz dieses Umstandes ist den Erblassern im Zusammenhang mit der Errichtung einer letztwilligen Verfügung häufig nur nicht bewusst. Insoweit bedenken die Erblasser beim Vorhandensein nicht gemeinsamer Abkömmlinge häufig nämlich nicht, dass dieser Umstand aufgrund der pflichtteilsrechtlichen Regelungen der §§ 2303 ff. BGB zu einer nicht gleichmäßigen Vermögensteilhabe beim Schlusserbfall führen kann, obwohl diese regelmäßig gewollt ist.<sup>480</sup> Aus diesem Grund ist die Regelungslücke in den Fällen nicht dadurch entstanden, dass sich die Verhältnisse nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes verändert haben, sondern diese waren bereits bei der Errichtung vorhanden. Für das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist es jedoch nicht von Bedeutung, ob diese durch die unrichtige Beurteilung von künftigen Ereignissen oder aufgrund der Verhältnisse, die

---

<sup>480</sup> Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 3.2.



bereits bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung vorlagen, entsteht.<sup>481</sup> Maßgeblich ist vielmehr, dass die Erklärungen der Erblasser nicht ausreichend sind, um das angestrebte Ziel zu erreichen.

Aus diesem Grund ist im Rahmen einer letztwilligen Verfügung, welche die Anordnung der Einheitslösung vorsieht, denkbar, dass eine planwidrige Regelungslücke in den Fällen angenommen werden kann, in denen einseitige Abkömmlinge vorhanden sind, und die Erblasser für den Schlusserbfall eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge vorgesehen haben, dies jedoch durch ihre Erklärungen nicht realisieren konnten.<sup>482</sup>

### 5.6.3. Schließung der Regelungslücke

Bei der Schließung einer Regelungslücke ist unter Berücksichtigung des Erblasserwillens zu prüfen, welche Anordnungen diese getroffen oder unterlassen hätten, sofern im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung die nicht in Erwägung gezogenen Umstände bekannt gewesen wären. Im gegebenen Zusammenhang ist folglich zu klären, ob und welche Regelung die Erblasser beim „Berliner Testament“ getroffen hätten, wäre ihnen bei der Testamentserrichtung bereits bekannt gewesen, dass beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen die gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall durch die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB erheblich gestört werden kann.

Im Rahmen dieser Untersuchung wurde ausführlich erörtert, dass es auch bei einem gemeinschaftlichen Testament mit angeordneter Einheitslösung verschiedene Gestaltungsoptionen gibt, die eine gleichmäßige Teilhabe der gemeinsamen und nicht gemeinsamen Abkömmlinge beim Tod des letztversterbenden Ehegatten unter bestimmten Voraussetzungen sicherstellen bzw. den angestrebten Gleichlauf der Vermögensverteilung im Schlusserbfall zumindest fördern können. Neben dem Pflichtteilsverzicht, der an dieser Stelle auszublenden ist, besteht insoweit einerseits die Möglichkeit, dass die Vollerbenstellung des länger lebenden Ehegatten nach dem Schlusserbfall rückwirkend entfällt und eine Überleitung in die Trennungslösung erfolgt, sofern dessen Abkömmlinge einen Pflichtteilsanspruch bzw. einen Zusatzpflichtteil im Sinne des

<sup>481</sup> BayObLGZ 1997, 197 (202); Brox/Walker, Rn. 203; Lange/Kuchinke, § 34 III 5 a; Michalski, Rn. 343; MüKo BGB (Leipold), Rn. 82 zu § 2084; Soergel (Loritz), Rn. 34 zu § 2084; Staudinger (Otte), Rn. 91 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086.

<sup>482</sup> Eine schematische Lösung verbietet sich an dieser Stelle. Insbesondere dürfte sich eine andere Beurteilung in den Fällen ergeben, in denen die Erblasser fachlich beraten und in der Folge eine notarielle letztwillige Verfügung errichtet wurde. Hier sind strengere Maßstäbe anzulegen.



§ 2305 BGB geltend machen.<sup>483</sup> Andererseits können die von den Erblassern angestrebten Regelungsziele dadurch erreicht werden, dass zu Gunsten der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten aufschiebend befristete und aufschiebend bedingte Vermächtnisse ausgesetzt werden. Dies kann in der Weise erfolgen, dass durch den erstversterbenden Ehegatten ein solches in Höhe des gesetzlichen Erbteils ausgesetzt wird oder alternativ mit dem weitergehenden Ziel der Gleichbehandlung aller Kinder beim Schlusserbfall durch beide Ehegatten in unbestimmter Höhe und in wechselseitiger Abstimmung.<sup>484</sup>

Demnach ist zu prüfen, ob die Erblasser bei Kenntnis der Sachlage das von ihnen angestrebte Regelungsziel der Gleichbehandlung aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall durch die Anordnung einer dieser Konstruktionsvarianten umgesetzt hätten; dabei kann die Frage, ob und insbesondere welche Regelungsvariante im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung als hypothetischer Erblasserwille für den Fall der Kenntnis der Regelungslücke zu ermitteln ist, nur im Einzelfall entschieden werden, so dass kein Standard festgelegt werden kann.

#### 5.6.4. Andeutung des Erblasserwillens

Nicht übersehen werden darf in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Schließung einer Regelungslücke durch eine der hier erörterten Gestaltungsvarianten als eine weitreichende ergänzende Testamentsauslegung anzusehen ist; dies gilt umso mehr, wenn für die Übernahme einer der hier diskutierten Gestaltungsvarianten nicht irgendwelche Anhaltspunkte in der letztwilligen Verfügung ersichtlich sind.<sup>485</sup> Diese müssen sich dabei nicht nur auf das Regelungsziel, sondern auch auf die Regelungsmethode beziehen, da ansonsten ein Dritter entscheiden müsste, welche Konstruktion zur Umsetzung des Erblasserwillens im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung herangezogen wird. Dies erscheint jedoch, insbesondere wegen der Regelung des § 2065 BGB, problematisch, weil durch ein derartiges Vorgehen das Verbot der formlosen Verfügung berührt wird.

Einerseits wurde im Rahmen dieser Ausarbeitung eine Gestaltungsvariante untersucht, die von einer Verwirkung der Vollerbenstellung des überlebenden Ehegatten nach dem Schlusserbfall in den Fällen ausgeht, in denen die Abkömmlinge des Letztversterbenden einen Pflichtteilsanspruch bzw. einen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB

<sup>483</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 4.3.

<sup>484</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 4.4.3.

<sup>485</sup> Vgl. zur Andeutungstheorie die Ausführungen in Kapitel 5.5.



geltend machen. Insoweit würde allerdings die Verwirkung der Vollerbenstellung des länger lebenden Ehegatten eine so weitreichende Maßnahme darstellen, dass es fragwürdig erscheint, ob eine solche Anordnung über die ergänzende Testamentsauslegung überhaupt in die letztwillige Verfügung der Erblasser einbezogen werden könnte. Die von den Testierenden festgelegte Einheitslösung zeichnet sich nämlich gerade dadurch aus, dass sich beim ersten Erbfall das Vermögen beider Ehegatten beim überlebenden Ehegatten vereint, mit dem Ziel, eine uneingeschränkte Verfügungsbefugnis und damit auch die vollständige wirtschaftliche Absicherung des Längerlebenden zu erreichen. Aus diesem Grund wird sich bei einem „Berliner Testament“ tatsächlich keine Andeutung eines Erblasserwillens dahingehend finden lassen, dass der überlebende Ehegatte in den Fällen, in denen die Abkömmlinge des Letztversterbenden durch die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB nach dem Schlusserbfall die angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder stören, die ihm zugewiesene Vollerbenstellung rückwirkend wieder verliert und sodann die Trennungslösung herbeigeführt wird.<sup>486</sup> Unabhängig davon, dass diese Gestaltungsvariante tatsächlich für den Längerlebenden zu dessen Lebzeiten keinerlei Auswirkungen hat, weil der Wegfall der Vollerbenstellung erst nach dem Schlusserbfall erfolgen kann, erscheint es zudem fragwürdig, ob eine solche Regelung von den Erblassern bei Kenntnis der Umstände im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung in dieser Form angeordnet worden wäre. Dies insbesondere auch deshalb, weil es den Testierenden bei und vor allem mit der Errichtung der letztwilligen Verfügung vornehmlich auch darum gehen dürfte, nach dem Tod beider Eltern einen Streit unter den Abkömmlingen nach Möglichkeit zu vermeiden. Der rückwirkende Wegfall der Vollerbschaft des länger lebenden Ehegatten hätte sodann aber zur Folge, dass der bei Bedingungseintritt noch vorhandene Nachlass des erstversterbenden Ehegatten an dessen leibliche Abkömmlinge in ihrer Eigenschaft als Nacherben herausgegeben werden müsste. Dies dürfte jedoch mit nicht unerheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein, weil dem Längerlebenden beim ersten Erbfall nicht zur Auflage gemacht werden konnte, ein Nachlassverzeichnis gemäß § 2311 BGB zu erstellen<sup>487</sup>, so dass eine Aussonderung zumindest bei beweglichen Vermögen bereits auf den ersten Blick problematisch sein dürfte. Damit wäre der Streit unter den Abkömmlingen in einer solchen Situation regelmäßig vorprogrammiert, was von den Erblassern regelmäßig gerade nicht gewollt ist.

<sup>486</sup> Ebenso kritisch Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 719.

<sup>487</sup> Vgl. ergänzend hierzu auch FN 349.



Andererseits wurde dargestellt, dass eine Umsetzung der Ziele der Erblasser im Hinblick auf die Sicherstellung der angestrebten Vermögensverteilung beim Schlusserbfall auch über die Aussetzung von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen in Höhe des gesetzlichen Erbteils durch den erstversterbenden Ehegatten bzw. in unbestimmter Höhe durch beide Ehegatten, jeweils zu Gunsten der Abkömmlinge des Erstversterbenden, möglich ist bzw. das Erreichen derselbigen zumindest gefördert werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anordnung von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen in Höhe des gesetzlichen Erbteils regelmäßig nicht zur Gleichbehandlung der Kinder beim Schlusserbfall führt, sondern eine Abschreckungsfunktion herbeiführen soll, damit sich die Abkömmlinge an den Erblasserwillen halten und die letztwillige Verfügung nach den Vorstellungen der Erblasser umsetzen. Vor diesem Hintergrund kann nach der Einforderung eines Pflichtteils- bzw. Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB mit dieser Gestaltungsvariante das von den Erblassern angestrebte Ziel der Gleichbehandlung aller Kinder im Zusammenhang mit der angestrebten Vermögensverteilung in der Regel nicht mehr erreicht werden, so dass auch insoweit für eine ergänzende Testamentsauslegung kein Raum ist.

Etwas anderes mag für das Aussetzen von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen in unbestimmter Höhe durch beide Ehegatten zu Gunsten der leiblichen Abkömmlinge des Erstversterbenden gelten. Zumindest in den Fällen, in denen sich im Rahmen einer letztwilligen Verfügung eine überzeugende Andeutung für eine angestrebte gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall findet, könnte in den pflichtteilsrechtlich zulässigen Grenzen durchaus darüber nachgedacht werden, dass durch eine ergänzende Testamentsauslegung die Einbeziehung von nicht ausdrücklich angeordneten Vermächtnissen zu Gunsten der Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten durch beide Ehegatten umsetzbar ist, sofern hierdurch eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall erreicht werden kann. Dies insbesondere auch dann, wenn durch die Einbeziehung einer solchen Vermächtnislösung die Rechtspositionen des länger lebenden Ehegatten in keiner Weise beeinträchtigt und die von den Testierenden angestrebten Ziele gefördert werden können.

## 5.7. Lösungsansätze der Rechtsprechung

Für diese Annahme lassen sich durchaus auch Ansätze in der Rechtsprechung finden, wie die Entscheidungen des OLG Celle (siehe Ziffer 5.7.2.) und des OLG Schleswig





(siehe Ziffer 5.7.3.) zeigen. Neben der Entscheidung des OLG Stuttgart<sup>488</sup> sind auch gerade in der jüngeren Vergangenheit einige Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte veröffentlicht worden, die sich mit der Auslegung von letztwilligen Verfügungen im Zusammenhang mit dem Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen zu beschäftigen hatten; gerade die aktuelleren Entscheidungen lassen erkennen, dass durch die Gerichte über die ergänzende Testamentsauslegung der Versuch unternommen wurde, dem eigentlichen Erblasserwillen zur Geltung zu verhelfen und damit die zum Teil unbilligen Ergebnisse auszugleichen. Dass sich die Gerichte gerade in den letzten Jahren immer häufiger mit diesem Problemkreis zu befassen hatten, macht deutlich, dass die Veränderungen in den Familienstrukturen und die daraus resultierenden erbrechtlichen Probleme in einer Vielzahl von letztwilligen Verfügungen nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt wurden. Ein Auszug einzelner Entscheidungen soll nachfolgend dargestellt und gleichzeitig im Hinblick auf die verwendeten Lösungsansätze untersucht werden.

### **5.7.1. Lösung des OLG Stuttgart aus dem Jahr 1978**

#### ***5.7.1.1. Sachverhalt***

Ausgangslage für die im Rahmen dieser Ausarbeitung durchgeführte Untersuchung war eine Entscheidung des OLG Stuttgart aus dem Jahr 1978. Insoweit hatten die testierenden Ehegatten in einem „Berliner Testament“ keinerlei Maßnahmen ergriffen, um eine gleichmäßige Vermögensteilhabe der nicht gemeinsamen Abkömmlinge zu sichern, obwohl dies vorgesehen war.<sup>489</sup> Daher wurde durch das OLG Stuttgart geklärt, ob eine ergänzende Testamentsauslegung in der Weise in Betracht kommt, dass es zu einer Verwirkung der Schlusserbenstellung der einseitigen Tochter des letztversterbenden Ehegatten aufgrund einer angeordneten Pflichtteilklausel gekommen wäre, weil diese nach dem Tod ihrer Mutter einen Pflichtteilsanspruch im Sinne des § 2305 BGB geltend gemacht hat (Annahme einer „erweiterten“ Pflichtteilklausel). Das OLG Stuttgart hat diese nicht vorgenommen und vielmehr entschieden, dass das Pflichtteilsverlangen der Abkömmlinge des Erstversterbenden nach dem Schlusserbfall<sup>490</sup> aufgrund der angeordneten Pflichtteilklausel zur Verwirkung der Erbenstellung nach dem Letztversterbenden geführt habe; die Geltendmachung des Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB der Tochter des letztversterbenden Ehegatten hingegen ohne

---

<sup>488</sup> Vgl. hierzu FN 169.

<sup>489</sup> Vgl. OLG Stuttgart in DNotZ 1979, S. 106.

<sup>490</sup> Zunächst hatte die Tochter des letztversterbenden Ehegatten ihren Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB geltend gemacht. Als Reaktion hierauf folgte sodann die Geltendmachung des Pflichtteiles der Kinder des erstversterbenden Ehegatten, mit der Folge, dass die Pflichtteilklausel zur Anwendung kam.





Sanktion verbleibe.<sup>491</sup> Nach Auffassung des OLG seien die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten zunächst auflösend bedingte Vorerben im Sinne des § 2075 BGB zu je 1/3 (insgesamt 2/3) geworden; mit Eintritt der Bedingung (Geltendmachung des Pflichtteils) sei die Tochter des letztversterbenden Ehegatten sodann Nacherbin im Hinblick auf diese 2/3 geworden; zu 1/3 sei sie bereits Schlusserbin gewesen.<sup>492</sup>

### **5.7.1.2. Begründung der Entscheidung**

Für das OLG Stuttgart war es insoweit unerheblich, dass die Geltendmachung des Pflichtteils durch die Abkömmlinge des zuerst verstorbenen Ehegatten erst nach dem Tod des zuletzt verstorbenen Ehegatten erfolgt ist. Begründet wurde die Auffassung damit, dass die Anordnung einer Pflichtteilklausel in diesem Fall nicht nur den Schutz des überlebenden Ehegatten bewirken solle, sondern auch den Zweck verfolge, den nicht pflichtteilsberechtigten Schlusserben nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten zu schützen.<sup>493</sup> Gerade dieser Schutzzweck würde nach Ansicht des OLG Stuttgart aber dann nicht erreicht werden, wenn eine Verwirkung der Schlusserbenstellung ausgeschlossen wäre, weil der Letztversterbende im Zeitpunkt der Geltendmachung des Pflichtteiles bereits verstorben sei.<sup>494</sup> Die Argumentation der Abkömmlinge des zuerst verstorbenen Ehegatten dahingehend, dass der Pflichtteil nach ihrem leiblichen Elternteil erst eingefordert wurde, als von Seiten der Tochter des letztversterbenden Ehegatten ein Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB eingefordert und damit die eigentliche Intention der Erblasser, nämlich eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge, gestört worden sei, änderte nichts an der Beurteilung durch das Gericht.<sup>495</sup>

Dieses Ergebnis des OLG Stuttgart begegnet jedoch nicht unerheblichen Bedenken. Aufgrund der Besonderheit innerhalb der Familienstruktur verbietet sich in diesem Fall nach der hier vertretenen Auffassung eine schematische Lösung, wie sie vom OLG Stuttgart gewählt wurde. Aus der Begründung der Entscheidung wird nämlich deutlich, dass sich das Gericht mit den Auswirkungen des Vorhandenseins von nicht gemeinsamen Abkömmlingen beim „Berliner Testament“ beim Schlusserbfall nicht hinreichend auseinandergesetzt hat und damit nicht auf ein durch die Erblasser in

<sup>491</sup> OLG Stuttgart in DNotZ 1979, S. 106.

<sup>492</sup> So im Ergebnis auch BayObLG in NJW 1988, S. 968. Das BayObLG geht mit der Auslegung der Pflichtteilklausel noch weiter, indem diese dahin gehend zu verstehen sei, dass ausschließlich die Abkömmlinge als Schlusserben anzusehen seien, die nach beiden Ehegatten pflichtteilsberechtigt sind; die einseitigen Abkömmlinge demnach nicht.

<sup>493</sup> OLG Stuttgart in DNotZ 1979, S. 106.

<sup>494</sup> Ebd.

<sup>495</sup> Ebd.



concreto verfolgtes Regelungsziel eingegangen ist. Dadurch wird jedoch die Regelungintention der Erblasser, die auf eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall abstellt, im Rahmen der insoweit vorgenommenen Auslegung der letztwilligen Verfügung nicht nur nicht hinreichend berücksichtigt, sondern sogar noch torpediert.

### **5.7.1.3. Anwendung der Pflichtteils Klausel**

#### *5.7.1.3.1. Sinn und Zweck der Pflichtteils Klausel*

Bei der Pflichtteils Klausel handelt es sich, wie ausführlich erörtert<sup>496</sup>, um eine spezielle Verwirkungsklausel, die das Ziel verfolgt, dem Erblasserwillen durch die Anordnung von Sanktionen für den Fall, dass der Pflichtteil zu einem unerwünschten Zeitpunkt eingefordert wird, entsprechend Geltung zu verschaffen; demgemäß soll durch die Anordnung einer Pflichtteils Klausel eine Abschreckungswirkung erzielt werden, die zur Einhaltung des Erblasserwillens führen soll.<sup>497</sup>

Primär dient die Anordnung einer Pflichtteils Klausel dabei der Absicherung des überlebenden Ehegatten in der Weise, dass diesem beim ersten Erbfall die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch die Pflichtteilsberechtigten erspart bleiben soll.<sup>498</sup> In diesem Fall dürfte die Pflichtteils Klausel aber dann nicht mehr zur Anwendung kommen, wenn beide Testierenden verstorben sind, da der eigentliche, mit der Anordnung verbundene Schutzzweck nicht mehr erreicht werden kann.<sup>499</sup> Sekundär soll die Pflichtteils Klausel in bestimmten Fällen auch der Absicherung einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall dienen, indem ein sanktionsloses Einfordern des Pflichtteils beim ersten Erbfall ausgeschlossen wird und insoweit für den pflichtteilsfordernden Abkömmling wirtschaftliche Einschnitte drohen; insoweit wird also insbesondere das Ziel der Abschreckung verfolgt. Ebenso soll verhindert werden, dass sich derjenige, der den Pflichtteil einfordert, einen Vermögens-

<sup>496</sup> Vgl. insoweit ausführlich Kapitel 3.2.4.

<sup>497</sup> Ergänzend zu den Ausführungen in Kapitel 3.2.4 auch Birk in DNotZ 1972, S. 286; Erman (M. Schmidt), Rn. 7 zu § 2074; MüKo BGB (Leipold), Rn. 29 zu § 2074; Soergel (Loritz), Rn. 5 zu § 2075.

<sup>498</sup> BayObLG in DNotZ 1995, S. 711 (712); Lübbert in NJW 1988, S. 2708; Von Olshausen in DNotZ, S. 719; Tanck/Kerscher/Krug, § 20, Rn. 92; MüKo BGB (Leipold), Rn. 45 zu § 2074; Staudinger (Otte), Rn. 64 zu § 2074, Soergel (Loritz), Rn. 16 zu § 2075.

<sup>499</sup> In diesem Fall müsste die Pflichtteils Klausel im Rahmen einer teleologischen Reduktion in der Weise angewendet werden, dass die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches durch die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten sanktionslos bleibt. Es wird zwar gegen den Wortlaut der Verwirkungsklausel verstoßen; allerdings entfällt insoweit der Schutzzweck, so dass eine teleologische Reduktion im Interesse der Umsetzung der Regelungsziele der Erblasser möglich ist.



vorteil gegenüber den übrigen Schlusserben verschaffen kann.<sup>500</sup> Fraglich ist jedoch, ob dies auch in den Fällen gilt, in denen einseitige Abkömmlinge vorhanden sind.

#### 5.7.1.3.2. Kritik an der Lösung des OLG Stuttgart

Das OLG Stuttgart hat die Pflichtteils Klausel so verstanden, dass diese nicht nur der Absicherung des überlebenden Ehegatten dient, sondern auch eine gleichmäßige Vermögensteilhabe der Abkömmlinge beim Schlusserbfall sicherstellen soll<sup>501</sup>, wogegen grundsätzlich keine Bedenken bestehen. Beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen verbietet sich jedoch eine solche schematische Lösung; das OLG hat in diesem konkreten Fall nämlich nicht nur den Zweck der Klausel verkannt, sondern auch den eigentlichen Erblasserwillen nicht hinreichend hinterfragt.<sup>502</sup>

Die Anordnung einer Pflichtteils Klausel ist beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen – wie vorstehend bereits dargestellt – von vornherein nicht geeignet, die gleichmäßige Beteiligung aller Kinder beim Schlusserbfall zu sichern.<sup>503</sup> Daher ist es verfehlt, wenn das OLG Stuttgart seine Entscheidung darauf stützt, dass der Wortlaut der Pflichtteils Klausel einen Ausschluss derjenigen Abkömmlinge für den Schlusserbfall vorsieht, die nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten ihren Pflichtteil geltend machen.<sup>504</sup> Würde die vom OLG Stuttgart gewählte Auslegung der Pflichtteils Klausel zutreffen, müsste dies dazu führen, dass die Abkömmlinge des letztversterbenden Ehegatten durch die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen im Sinne des § 2305 BGB sanktionslos die gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall stören könnten, demgegenüber die Abkömmlinge des Erstversterbenden sich dagegen durch die Einforderung eines Pflichtteils nach ihrem leiblichen Elternteil nicht schützen könnten.<sup>505</sup> Dies widerspricht jedoch dem Erblasserwillen, der darauf gerichtet ist, eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Abkömmlinge zu erreichen.<sup>506</sup> Diesem Umstand hat das Gericht jedoch keine vorrangige Bedeutung beigemessen, sondern sich am Wortlaut der Klausel orientiert; hierdurch

<sup>500</sup> BayObLGZ 1994, 164 (168); Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 719 f.; Lübbert in NJW 1988, S. 2709; Worm in RheinNotZ 2003, S. 550; Staudinger (Otte), Rn. 64 zu § 2074 BGB.

<sup>501</sup> OLG Stuttgart in DNotZ 1979, S. 106; Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 720.

<sup>502</sup> Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 720, der auch davon ausgeht, dass die Pflichtteils Klausel nicht nur den Schutz des überlebenden Ehegatten, sondern auch eine gleichmäßige Vermögensteilhabe der Abkömmlinge beim Schlusserbfall verfolgt.

<sup>503</sup> Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 3.2.4.3 zu den Auswirkungen der verschiedenen Formen der Pflichtteils Klausel beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen im Rahmen der Einheitslösung.

<sup>504</sup> So auch Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 721.

<sup>505</sup> Von Olshausen kommt deshalb zu dem Ergebnis, dass die Pflichtteils Klausel „behutsam“ angewendet werden soll, indem nicht nur auf den reinen Wortlaut abgestellt wird, vgl. Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 720 f.

<sup>506</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das OLG Stuttgart im Rahmen seiner Entscheidung vom 09.11.1978 diesen Erblasserwillen durchaus erkannt, allerdings im Ergebnis nicht berücksichtigt hat, vgl. OLG Stuttgart DNotZ 1979, S. 106.



wird dem eigentlichen Erblasserwillen sodann aber gerade nicht zur Geltung verhol-fen, sondern dieser beeinträchtigt und damit das Ziel der Testamentsauslegung, näm-lich den rechtlich maßgeblichen Sinn einer Erklärung<sup>507</sup> zu ermitteln, verfehlt.<sup>508</sup>

Das OLG Stuttgart ist darüber hinaus zu dem Ergebnis gelangt, dass die Einforderung des Pflichtteils nach dem zuerst verstorbenen Ehegatten beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen auch dann zu einem Verlust der Schlusserbenstellung führt, wenn im Zeitpunkt der Einforderung bereits beide Erblasser verstorben sind und sodann die von den Erblassern vorgesehene Vermögensverteilung unter den Abkömm-lingen durch die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflicht-teils im Sinne des § 2305 BGB gestört wird. Dabei verkennt das OLG aber, dass das primäre Regelungsziel der Pflichtteilklausel, nämlich die Abschreckungswirkung im Hinblick auf die Geltendmachung des Pflichtteiles beim ersten Erbfall durch die Pflichtteilsberechtigten zum Schutz des Längerlebenden, überhaupt nicht mehr erreicht werden kann.<sup>509</sup> Gleichzeitig führt diese Annahme des OLG Stuttgart dazu, dass das sekundäre Regelungsziel der Pflichtteilklausel, nämlich eine gleichmäßige Vermö-gensteilhaber aller Abkömmlinge beim Schlusserbfall sicherzustellen, weiter konterka-riert wird.<sup>510</sup> Demzufolge wird die gleichmäßige Vermögensteilhaber aller Abkömm-linge bereits konzeptionell gestört, wenn beim Vorhandensein nicht gemeinsamer Ab-kömmlinge der Anwendungsbereich der Pflichtteilklausel ausschließlich für die Ab-kömmlinge des Erstversterbenden auch auf die Zeit nach dem Schlusserbfall ausge-weitert wird.

#### 5.7.1.3.3. Auswirkungen der Entscheidung des OLG Stuttgart

Die Annahme des OLG Stuttgart hinsichtlich der Verwirkung der Schlusserbenstel-lung aufgrund der angeordneten Pflichtteilklausel auch in den Fällen, in denen die Abkömmlinge des zuerst verstorbenen Ehegatten ihren Pflichtteilsanspruch nach dem Tod des Längerlebenden geltend machen, hat zur Konsequenz, dass diese im Zuge der Nachlassbeteiligung lediglich den Pflichtteil nach ihrem leiblichen Elternteil erhalten; im Rahmen der Schlusserbschaft bleiben diese aufgrund des Verlustes der Schlusser-benstellung gänzlich unberücksichtigt. Demgegenüber bleibt die Einforderung eines

<sup>507</sup> BGH in NJW 1993, S. 256; BGH in ZEV 1997, S. 376; BayObLG in MittBayNot 1996, S. 110; Brox/Walker, Rn. 197; Michalski, Rn. 332; MüKo BGB (Leipold), Rn. 1 zu § 2084; Staudinger (Otte), Rn. 1 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086.

<sup>508</sup> BGH in NJW-RR 1991, S. 706; Lange/Kuchinke, § 34 III 3a; Michalski, Rn. 334; MüKo BGB (Leipold), Rn. 1 zu § 2084; Staudinger (Otte), Rn. 23 zu Vorbem. zu §§ 2064-2086. Es kommt demnach gerade nicht auf den objektiven Empfängerhorizont an, da es sich nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt.

<sup>509</sup> OLG Stuttgart in DNotZ 1979, S. 106.

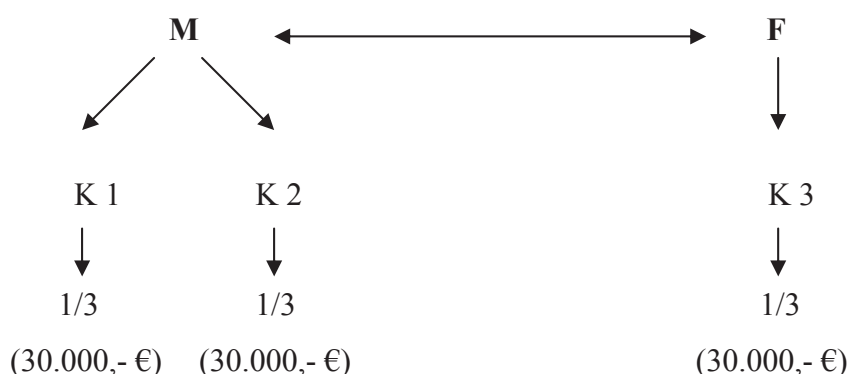
<sup>510</sup> Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 3.2.4.3.



Pflichtteilsanspruchs bzw. eines Zusatzpflichtteils im Sinne des § 2305 BGB für die Abkömmlinge des Längerlebenden ohne Konsequenz, so dass diese sich bei einer rechtlichen Bewertung, wie sie vom OLG Stuttgart vorgenommen wurde, möglicherweise geradezu herausgefordert fühlen, diesen Anspruch nach dem Tod ihres leiblichen Elternteils einzufordern und damit den eigentlichen Erblasserwillen im Hinblick auf die Vermögensverteilung zu konterkarieren.

Im Gegensatz dazu würde eine einschränkende Auslegung der Pflichtteilklausel dahingehend, dass diese beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten nicht mehr zur Anwendung kommen soll, sofern diese einen Pflichtteil im Sinne des § 2305 BGB nach ihrem leiblichen Elternteil einfordern, anders als bei der Lösung des OLG Stuttgart zur Förderung des Erblasserwillens hinsichtlich der Vermögensverteilung beim Schlusserbfall führen. Die Abkömmlinge des zuerst verstorbenen Ehegatten mindern durch die Geltendmachung ihrer Pflichtteilsansprüche nicht nur das Vermögen des letztversterbenden Ehegatten, das beim Schlusserbfall zur Grundlage für die Berechnung des Pflichtteilsanspruches von K 3 herangezogen wird, sondern behalten auch ihre Schlusserbenposition, so dass diese auch beim Schlusserbfall weiterhin am vereinheitlichten Nachlass als Schlusserben beteiligt werden. Die im Sinne des Erblasserwillens fragwürdigen Auswirkungen der Auslegung des OLG Stuttgart zeigen sich an nachfolgendem Zahlenbeispiel:

Vermögen des Ehemanns zum Todeszeitpunkt:	60.000,- €
Vermögen der Ehefrau zum Todeszeitpunkt:	90.000,- € <sup>511)</sup>



<sup>511)</sup> Die Ehefrau hatte vor dem Tod des Ehemannes ein Vermögen von 30.000,- €. Durch den Tod des Ehemannes ist dessen Vermögen, nämlich 60.000,- €, in das Vermögen der Ehefrau übergegangen, sodass sich ein „einheitliches“ Vermögen bei der Ehefrau in Höhe von 90.000,- € gebildet hat.





Sofern K 1 und K 2 nach dem Tod beider Ehegatten den Pflichtteil nach ihrem leiblichen Elternteil geltend machen, wären diese hierauf beschränkt: M hatte ein Vermögen in Höhe von 60.000,- €, so dass der Pflichtteilsanspruch von K 1 und K 2 jeweils 7.500,- € beträgt.<sup>512</sup> Beim Schlusserbfall werden K 1 und K 2 sodann allerdings nicht mehr berücksichtigt, sodass K 3 der gesamte Nachlass beider Ehegatten in Höhe von sodann noch 75.000,- € zufallen würde.

Wäre das OLG Stuttgart demgegenüber zu der, nach der hier vertretenen Auffassung, besseren Auslegung dahingehend gelangt, dass die Pflichtteilklausel dann keine Anwendung mehr findet, wenn bei Einforderung des Pflichtteiles beide Erblasser schon verstorben sind und so das wesentliche Ziel der Einheitslösung, nämlich die Versorgung und finanzielle Absicherung des überlebenden Ehegatten, nicht mehr gestört werden kann, wäre dem Erblasserwillen deutlich stärker Rechnung getragen worden. Insoweit würden K 1 und K 2 nämlich nach dem Tod beider Ehegatten ihren Pflichtteil in Höhe von jeweils 7.500,- € erhalten; zudem würden diese beim Schlusserbfall weiterhin am Nachlass des letztversterbenden Ehegatten beteiligt werden. Der Nachlass des letztversterbenden Ehegatten ist nach Abzug der Pflichtteilsansprüche zu Gunsten von K 1 und K 2 mit 75.000,- € anzusetzen. Da K 1 und K 2 durch die Geltendmachung der Pflichtteilsansprüche ihre Schlusserbenstellung nicht verlieren, würden diese neben K 3 mit jeweils 1/3, also mit jeweils 25.000,- €, an diesem Nachlass beteiligt werden. Dem steht wiederum der Zusatzpflichtteil von K 3 im Sinne des § 2305 BGB entgegen. Der K 3 hinterlassene Erbteil (25.000,- €) liegt unter dem Pflichtteil (37.500,- €), so dass K 3 den Differenzbetrag in Höhe von insgesamt 12.500,- € von K 1 und von K 2 verlangen kann. Demgemäß würden in diesem Falle K 1 und K 2 am Nachlass der Ehegatten mit jeweils 26.250,- € (7.500,- € + 25.000,- € - 6.250,- € = 26.250,-) partizipieren und K 3 insgesamt 37.500,- € zufallen.

Diese Beispielrechnung zeigt, dass das Auslegungsergebnis des OLG Stuttgart den Erblasserwillen im Hinblick auf die angestrebte Beteiligung aller Kinder beim Schlusserbfall verkennt und dessen Umsetzung nicht fördert; dieser wird vielmehr durch die Auslegung des Gerichtes noch beeinträchtigt.

#### **5.7.1.4. Stellungnahme**

Nach der hier vertretenen Auffassung hätte das OLG Stuttgart die Pflichtteilklausel daher restriktiv in der Weise auslegen müssen, dass diese nicht gelten soll, wenn beide

---

<sup>512</sup> Das Vermögen des M beläuft sich auf 60.000,- €. Der Pflichtteilsanspruch von K 1 und K 2 ist gemäß § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB mit der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, d.h. jeweils 7.500,- €, anzusetzen.





Erblasser verstorben sind und die Abkömmlinge des erstverstorbenen Ehegatten ihren Pflichtteil fordern, nachdem zuvor der Abkömmling des letztversterbenden Ehegatten einen Pflichtteilsanspruch bzw. einen Zusatzpflichtteil im Sinne des § 2305 BGB geltend gemacht hat.<sup>513</sup>

Selbst wenn man an dieser Stelle der Auslegung des OLG Stuttgart im Hinblick auf den Verlust der Schlusserbenstellung der Abkömmlinge des erstverstorbenen Ehegatten durch die Einforderung des Pflichtteils folgen würde, stellt sich weiter die Frage, ob diese nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten tatsächlich nichts mehr erhalten sollen. Beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen hat der Verlust der Schlusserbenposition nämlich zur Folge, dass die Abkömmlinge des erstverstorbenen Ehegatten nach dem Tod des zuletzt verstorbenen Ehegatten nicht einmal einen Pflichtteil beanspruchen können, weil diese nach diesem nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehören.<sup>514</sup> In einer solchen Fallkonstellation wäre demzufolge zu klären, ob die Abkömmlinge des erstverstorbenen Ehegatten beim Tod des Längerlebenden für den Fall, dass diese die Schlusserbenstellung durch Einforderung des Pflichtteils nach ihrem leiblichen Elternteil verloren haben, beim Schlusserbfall tatsächlich nichts mehr erhalten oder diesen zumindest ein fiktiver Pflichtteil zugewendet werden soll. Insoweit ist auf die Formulierung der Pflichtteilklausel abzustellen; in dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall hatten die testierenden Ehegatten folgende Formulierung gewählt:

*Sollte ein Abkömmling auf den Tod des zuerstversterbenden Ehegatten den Pflichtteil verlangen, so ist er und seine Nachkommenschaft auch auf den Tod des überlebenden Ehegatten von der Erbfolge ausgeschlossen.*<sup>515</sup>

Die Formulierung der Pflichtteilklausel in dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall würde demgemäß nicht ohne weiteres den Rückschluss zulassen, dass die Abkömmlinge des erstverstorbenen Ehegatten beim Schlusserbfall noch in irgend einer Form am Nachlass beteiligt werden sollen, wenn diese nach ihrem leiblichen Elternteil einen Pflichtteil eingefordert haben. Regelmäßig finden sich in der Praxis aber auch Formulierungen, nach denen der pflichtteilsfordernde Abkömmling beim zweiten Erbfall „auf den Pflichtteil verwiesen“ wird oder „nur den Pflichtteil“ erhalten soll, so dass

<sup>513</sup> So im Ergebnis auch Von Olshausen in DNotZ 1979, S. 723. Anders bewertet dies Worm in RNotZ 2003, S. 550, welcher der Pflichtteilklausel in diesem Zusammenhang eine Schutzfunktion zukommen lässt und damit eine restriktive Auslegung ablehnt.

<sup>514</sup> Vgl. zu dieser Problematik die Ausführungen in Kapitel 3.2.4.3.2. sowie ergänzend BGH in NJW-RR 1991, S. 706 f.; BayObLG in MittBayNot 1996, S. 110 ff.; Reimann/Bengel/Mayer (Mayer), Rn. 88 zu § 2269; Radke, S. 103.

<sup>515</sup> OLG Stuttgart in DNotZ 1979, S. 104.



tatsächlich über eine andere Bewertung nachgedacht werden kann.<sup>516</sup> Demzufolge drückt die Anordnung einer Pflichtteilklausel mit dem Inhalt, dass die pflichtteilsfordernden Abkömmlinge beim Tod des Längerlebenden von der Erbfolge ausgeschlossen sind oder auf den Pflichtteil verwiesen werden, nicht notwendig aus, dass diese im Falle einer fehlenden Pflichtteilsberechtigung nach dem letztversterbenden Ehegatten beim Schlusserbfall tatsächlich überhaupt nicht mehr am Nachlass beteiligt werden sollen.<sup>517</sup>

Sofern sich also im Rahmen der Auslegung der letztwilligen Verfügung ergibt, dass die Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten, die ihre Schlusserbenstellung durch Einforderung des Pflichtteils aufgrund einer angeordneten Pflichtteilklausel verloren haben, nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten nicht völlig leer ausgehen sollen, kann diesen über eine ergänzende Testamentsauslegung in Form eines Vermächtnisses in Höhe eines fiktiven Pflichtteilsanspruchs doch noch eine Beteiligung am Nachlass des Letztversterbenden verschafft werden.<sup>518</sup> Insoweit wird für die Berechnung des fiktiven Pflichtteilsanspruchs unterstellt, dass sowohl die gemeinsamen als auch die einseitigen Abkömmlinge beim Schlusserbfall als leibliche und damit pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge des Letztversterbenden angesehen werden<sup>519</sup>; der sich sodann ergebende fiktive Pflichtteilsanspruch würde den leiblichen Abkömmlingen des erstversterbenden Ehegatten beim Schlusserbfall in Form eines Vermächtnisses zufallen<sup>520</sup>; dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass ein solches Vermächtnis als vom letztversterbenden Ehegatten angeordnet verstanden werden muss; dies führt aber aus erbschaftssteuerlicher Sicht zu keinen Besonderheiten.

### 5.7.2. Die Lösung des OLG Celle aus dem Jahr 2009

In der jüngeren Vergangenheit ist die Rechtsprechung, wie beispielsweise das OLG Celle<sup>521</sup>, im Zusammenhang mit der Anordnung einer Pflichtteilklausel in einer letztwilligen Verfügung beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen zu diesem Lösungsweg gekommen, um die von den Erblässern regelmäßig angestrebte

<sup>516</sup> Vgl. insoweit Mayer in MittBayNot 1996, S. 80; Radke, S. 104 m. w. N.

<sup>517</sup> BGH in NJW-RR 1991, S. 707; OLG Celle in ZErB 2010, S. 87; Reimann/Bengel/Mayer (Mayer), Rn. 88 zu § 2269.

<sup>518</sup> Zu denken wäre hier beispielsweise an einen fiktiven Pflichtteil in Form eines Geldvermächtnisses, so z. B. OLG Celle in ZErB 2010, S. 87.

<sup>519</sup> Das Auslegungsergebnis findet eine entsprechende Andeutung in der letztwilligen Verfügung der Erblasser, sofern sich aus der Formulierung der Pflichtteilklausel ergibt, dass die Erblasser nicht davon ausgegangen sind, dass die illoyalen Abkömmlinge beim Schlusserbfall leer ausgehen, d. h. nicht einmal den Pflichtteil erhalten sollen, sofern diese bereits beim ersten Erbfall einen Pflichtteil einfordern und damit die Schlusserbenposition verwirkt haben.

<sup>520</sup> Vgl. zu dieser Konstruktion auch OLG Celle in ZErB 2010, S. 87; Reimann/Bengel/Mayer, Rn. 88 zu § 2269.

<sup>521</sup> Vgl. FN 249.



Gleichbehandlung der Abkömmlinge beim Schlusserbfall in den Fällen nicht weiter zu torpedieren, in denen die besonderen Familienstrukturen bei der Testierung nicht oder nicht ausreichend bedacht wurden.

#### **5.7.2.1. Begründung der Entscheidung**

Das OLG Celle hat den für die ergänzende Testamentsauslegung erforderlichen Anhaltspunkt in der Formulierung „unsere Kinder“ gesehen, mit dem nach Überzeugung des Gerichtes die Erblasser im Ausgangsverfahren ohne Differenzierung nach der Abstammung die drei Kinder unterschiedlicher Abstammung zu gleichen Teilen zu Erben nach dem Tod des länger lebenden Ehegatten bestimmt hatten. Hinzu kam, dass mit der Pflichtteilklausel zudem angeordnet wurde, dass die Kinder, die nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil geltend machen, auch nach dem Letztversterbenden „nur den Pflichtteil“ erhalten sollten.

Das OLG Celle hat insoweit festgestellt, dass den Abkömmlingen der Ehefrau nach dem Tod ihres Stiefvaters ohnehin kein Pflichtteilsrecht zustehen würde, weswegen die von den Eheleuten gewählte Formulierung der Pflichtteilklausel dahingehend, dass diese „nur den Pflichtteil“ erhalten sollten, auslegungsbedürftig sei. Diese sei aber eben nicht ohne Weiteres so zu verstehen, dass die Abkömmlinge der Ehefrau wegen der Geltendmachung des Pflichtteiles überhaupt nichts mehr erhalten sollten.<sup>522</sup>

Die gewählte Formulierung sei vielmehr der für die ergänzende Testamentsauslegung erforderliche Anhaltspunkt dafür, was die Erblasser geregelt hätten, wäre ihnen diese bestimmte Problematik bekannt gewesen. Hier sei die gebotene ergänzende Auslegung, dass es auch für den Fall der Wille der Eheleute war, den Abkömmlingen des Erstversterbenden etwas aus dem Nachlass zukommen zu lassen, wenn diese nach dem Tod ihres leiblichen Elternteiles den Pflichtteil geltend machen würden.<sup>523</sup>

#### **5.7.2.2. Stellungnahme**

Die vom OLG Celle vorgenommene ergänzende Testamentsauslegung begegnet in diesem Fall keinen Bedenken; in der letztwilligen Verfügung findet sich nämlich ein überzeugender Anhaltspunkt für die gefundene ergänzende Auslegung durch das Gericht. Dabei hat das OLG Celle die besonderen Problematiken, die sich beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testamentes ergeben, erkannt und bei der ergänzenden Testamentsauslegung mit einbezogen.

<sup>522</sup> OLG Celle in ZErB 2010, S. 87.

<sup>523</sup> Ebd.



Das OLG Celle hat mit dieser Entscheidung aber insbesondere auch auf die veränderten Familienstrukturen und die damit einhergehenden Besonderheiten entsprechend reagiert und damit den Erblasserwillen, der auf eine gleichmäßige Vermögensteilhabe aller Kinder beim Schlusserbfall ausgerichtet war, nicht weiter konterkariert, wie es letztlich in der Entscheidung des OLG Stuttgart der Fall war, sondern gefördert.

### 5.7.3. Die Lösung des OLG Schleswig aus dem Jahr 2013

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 hatte das OLG Schleswig über einen vergleichbaren Sachverhalt wie das OLG Celle im Jahr 2009 abzusprechen.<sup>524</sup> Soweit im gegebenen Zusammenhang von Bedeutung, hatte der leibliche Sohn des Erstversterbenden, der mit der späteren Erblasserin ein „Berliner Testament“ errichtet hatte, nach dem Tod seines Vaters den Pflichtteil geltend gemacht. Die im Rahmen der letztwilligen Verfügung der Ehegatten aufgenommene Pflichtteilklausel hatte folgenden Wortlaut:<sup>525</sup>

*Sollte einer der Schlusserben von dem Nachlass des Erstverstorbenen von uns den Pflichtteil fordern, dann soll er auch von dem Nachlass des Überlebenden nur den Pflichtteil erhalten. Über das hierdurch freiwerdende Vermögen darf der Überlebende frei von Todes wegen verfügen.*

Nach dem Tod seiner Stiefmutter begehrte er, gemeinsam mit deren leiblicher Tochter, als Erbe nach dieser anerkannt zu werden.

#### 5.7.3.1. Begründung der Entscheidung

Das Gericht hat insoweit festgestellt, dass die leibliche Tochter der Erblasserin zur Alleinerbin berufen wurde; der Wortlaut der Pflichtteilklausel sei aber nach den Umständen nicht so auszulegen, dass der Stiefsohn beim Schlusserbfall überhaupt nichts mehr erhalten solle. Vielmehr müsse aufgrund entsprechender Anhaltspunkte in der letztwilligen Verfügung angenommen werden, dass ein Abkömmling der Erblasser, der seinen Pflichtteil einfordert, so behandelt werden müsse, als sei er beim Schlusserbfall nach dem Letztversterbenden pflichtteilsberechtigt. Diese Fiktion werde durch die Annahme umgesetzt, dass die Erblasser in Kenntnis der tatsächlichen Rechtslage zu Gunsten eines Abkömmlings, der den Pflichtteil beansprucht, nach dem Tod des

<sup>524</sup> Vgl. FN 252.

<sup>525</sup> OLG Schleswig in NJOZ 2013, S. 1457.



Letztversterbenden ein Geldvermächtnis in Höhe eines fiktiven Pflichtteilsanspruches ausgesetzt hätten.<sup>526</sup>

### 5.7.3.2. *Stellungnahme*

Auch dieses vom OLG Schleswig gefundene Auslegungsergebnis begegnet keinen Bedenken. Das OLG Schleswig hat ebenfalls die besondere Problematik beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen erkannt und diese im Rahmen der durchgeführten ergänzenden Auslegung der letztwilligen Verfügung berücksichtigt. Häufig finden sich in den letztwilligen Verfügungen der Erblasser beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen nämlich keine besonderen Regelungen, die auf die sich aus dieser Familienstruktur ergebenden erbrechtlichen Besonderheiten reagieren, weil diese – gerade nach vielen gemeinsamen Lebensjahren – auch die einseitigen Kinder eines Partners regelmäßig als „eigene“ Kinder ansehen. Aus diesem Grund machen sich die Testierenden vielfach keine Gedanken darüber, dass dieser Umstand aus erbrechtlicher Sicht von besonderer Bedeutung sein kann; dies insbesondere deshalb, weil das Pflichtteilsrecht ausschließlich den leiblichen Abkömmlingen zugestanden wird und dieser Umstand in besonderer Weise bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen berücksichtigt werden muss.

Diese Fehlvorstellung der Erblasser hat das OLG Schleswig unter Zuhilfenahme einer ergänzenden Testamentsauslegung im konkreten Fall beseitigt und damit eine Lösung gefunden, die letztlich die Umsetzung des Erblasserwillens zumindest fördert.

### 5.7.4. Die Lösung des OLG Frankfurt aus dem Jahr 2014

Die Tatsache, dass die Oberlandesgerichte Celle und Schleswig bei vergleichbaren Sachverhalten durch ergänzende Testamentsauslegung eine Lösung gefunden haben, mit der letztlich die Wirkung einer die Rechtslage nicht bedenkenden Pflichtteilklausel entschärft wurde, bedeutet keinesfalls, dass auch andere Gerichte beim Vorliegen einer fehlerhaften oder unvollständigen letztwilligen Verfügung im Wege der Auslegung den richtigen Ansatz finden, damit die Umsetzung des Erblasserwillens gefördert wird; dies zeigt plastisch eine Entscheidung des OLG Frankfurt aus dem Jahr 2014. Insoweit hatten die Erblasser gemeinschaftlich folgende Verfügung getroffen:<sup>527</sup>

*Derjenige, der mit diesen Testamentsbestimmungen nicht einverstanden ist, erhält nur den Pflichtteil unter Anrechnung dessen, was er bereits zu Lebzeiten von uns bekommen*

<sup>526</sup> OLG Schleswig in NJOZ 2013, S. 1457.

<sup>527</sup> OLG Frankfurt in ZEV 2014, S. 257.



*hat, wozu auch die Kosten einer Ausbildung, Ausstattung und sonstige Zuwendungen gehören.*

Die Besonderheit bei diesem Fall bestand darin, dass es um die Frage ging, ob es zu einer Verwirkung der Schlusserbenstellung infolge der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten gekommen ist oder nicht.

#### **5.7.4.1. Begründung der Entscheidung**

Das OLG Frankfurt hat, wie zuvor auch das Amtsgericht als Nachlassgericht im Rahmen des Erbscheinverfahrens, in dieser Klausel keine wirksame Pflichtteilklausel gesehen, sondern lediglich eine allgemeine Verwirkungsklausel; dies mit der Begründung, dass diese zu unbestimmt formuliert worden sei. Insbesondere werde aus der Formulierung nach Auffassung des OLG Frankfurt nicht deutlich, dass gerade das Verlangen des Pflichtteils durch die Abkömmlinge sanktioniert werden solle.<sup>528</sup> Daher sei es für die angesprochenen Nachkommen nicht möglich, zu erkennen, welches Verhalten letztlich welche Konsequenz habe. Aus diesem Grund sei die Geltendmachung des Pflichtteils ohne Sanktion für die pflichtteilsfordernden Abkömmlinge möglich gewesen und eine Verwirkung der Schlusserbenstellung nicht eingetreten.

#### **5.7.4.2. Stellungnahme**

Diese Entscheidung wurde im Schrifttum schlicht als „falsch“ bewertet, da Formulierungen für den Fall der Missachtung des Testamentes mit der Beschränkung auf den Pflichtteil grundsätzlich als Verwirkungsklausel zu verstehen seien. Der Senat des OLG Frankfurt habe es sich mit dieser Entscheidung leicht gemacht und eine ausführliche Testamentsauslegung damit vermeiden können.<sup>529</sup> Zuzugestehen ist dieser Kritik, dass wenig nachvollziehbar wäre, wenn das hier von den Erblassern angesprochene „nicht einverstanden sein“ sich ausschließlich auf eine beispielsweise rechtliche oder moralische Bewertung beziehen sollte, und nicht auch auf einen feststellbaren Rechtsakt, wie insbesondere die anordnungswidrige Geltendmachung des Pflichtteils; aus diesem Grund begegnet die Entscheidung des OLG Frankfurt in der Tat nicht unerheblichen Bedenken.

Losgelöst davon verdeutlicht diese Entscheidung des OLG Frankfurt, dass die ergänzende Testamentsauslegung im Rahmen von letztwilligen Verfügungen nicht als Selbstläufer anzusehen ist, um solche Mängel zu beseitigen, die sich durch unklare

<sup>528</sup> OLG Frankfurt in ZEV 2014, S. 257.

<sup>529</sup> Litzenburger in ZEV 2014, S. 260.





Formulierungen der Testierenden oder falsche rechtliche Schlussfolgerungen ergeben. Vielmehr kann dies, wie der dargestellte Fall des OLG Frankfurt zeigt, auch zu einem Ergebnis führen, dass sich mit dem eigentlichen Erblasserwillen nicht verbinden lässt und diesen sogar noch beeinträchtigt.

## **5.8. Zusammenfassung des fünften Kapitels**

Beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen besteht aufgrund nicht ausreichend durchdachter letztwilliger Verfügungen häufig die Notwendigkeit, dem Erblasserwillen postmortal durch eine ergänzende Testamentsauslegung entsprechende Geltung zu verschaffen. Neben der Überlegung, ob eine gleichmäßige Vermögensteilnahme im Rahmen einer ergänzenden Testamentsauslegung durch die Einbeziehung von aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen in unbestimmter Höhe durch beide Ehegatten denkbar ist, wurde durch diese Untersuchung deutlich, dass insbesondere in den Fällen, in denen die letztwillige Verfügung eine besondere Verwirkungsklausel in Form einer Pflichtteilklausel enthält, eine Korrekturfunktion durch die ergänzende Testamentsauslegung notwendig sein kann. Nur auf diese Weise können die teilweise gravierenden Folgen, die sich beim Vorhandensein nicht gemeinsamer Abkömmlinge bei einer nicht durchdachten erbrechtlichen Regelung ergeben können, beseitigt oder zumindest eingeschränkt werden, um die Umsetzung des eigentlichen Erblasserwillens zumindest zu fördern. Dabei verbietet sich allerdings eine schematische Lösung; aus diesem Grund muss die letztwillige Verfügung insgesamt betrachtet und insoweit das mit deren Errichtung verbundene Regelungsziel der Erblasser herausgearbeitet werden. Sofern sich hierbei ergibt, dass die Regelungsziele miteinander kollidieren, ist zu prüfen, welchem Ergebnis aus Sicht der Erblasser die Priorität beizumessen gewesen wäre, wenn diese die jeweilige rechtliche Situation ausreichend bedacht hätten.

Die neuere Rechtsprechung deutet darauf hin, dass die Gerichte diesen Anforderungen entsprechen: So haben sowohl das OLG Celle als auch das OLG Schleswig die jeweils in den letztwilligen Verfügungen angeordneten Pflichtteilklauseln auf Grundlage des Sachverhaltes nicht dahingehend ausgelegt, dass das Kind des erstverstorbenen Ehegatten, das bereits beim ersten Erbfall nach seinem leiblichen Elternteil einen Pflichtteil geltend macht, beim Schlusserbfall überhaupt nichts mehr bekommen soll; vielmehr wurde angenommen, dass dieses, wie ein Pflichtteilsberechtigter, nach dem Tod des Letztversterbenden mit einbezogen wird und demnach zumindest ein fiktiver Pflichtteilsanspruch bestehen soll. Damit wurde durch die Gerichte im Zuge der ergän-



zenden Testamentsauslegung insbesondere auf die Besonderheiten, die sich aus dem Vorhandensein von einseitigen Kindern im erbrechtlichen Kontext ergeben, im entsprechenden Maße reagiert.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt aus dem Jahr 2014 zeigt jedoch, dass auch insoweit kein Automatismus besteht. In diesem Fall war der Abkömmling des zuerst verstorbenen Ehegatten, obwohl der Pflichtteil geltend gemacht worden ist, als Schlusserbe anerkannt worden, da die entsprechende Pflichtteilklausel nach der – allerdings heftig kritisierten – Ansicht des Gerichtes zu vage formuliert gewesen sei, um daraus rechtliche Konsequenzen ableiten zu können. Aus diesem Grund war die Einforderung des Pflichtteils für das Kind des erstverstorbenen Ehegatten sanktionslos möglich, mit der Folge, dass dieses sich einen Vermögensvorteil verschaffen und damit die von den Erblassern angestrebte Vermögensverteilung beeinträchtigen konnte. Diese Entscheidung illustriert abermals die Bedeutung einer präzisen Abfassung letztwilliger Verfügungen gerade dann, wenn zwar längst übliche, aber immer noch nicht alltägliche Sachverhalte geregelt werden sollen.



## 6. Schlussbetrachtung

Die im Rahmen dieser Arbeit durchgeführte Untersuchung hat gezeigt, dass das deutsche Erbrecht *de lege lata* in vielerlei Hinsicht den heutigen gesellschaftlichen Bedürfnissen, vor allem mit Blick auf geänderte Familienstrukturen, nicht mehr uneingeschränkt gerecht wird. Auszugehen ist im Gegenteil davon, dass sowohl der Gesetzgeber als auch die Rechtsprechung die erbrechtlichen Herausforderungen des demografischen Wandels entweder noch nicht in ausreichendem Maße erkannt haben<sup>530</sup> oder nicht bereit sind, diesem Wandel durch wohl als zu durchgreifend zu verstehende Reformen zu entsprechen.

Das Erbrecht besteht in seinen wesentlichen Zügen seit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahre 1900 unverändert fort, während die gesellschaftlichen Bedingungen, insbesondere die Dominanz der traditionellen Familie, mit denen zum Ende des 19. Jahrhunderts nicht mehr viel zu tun haben.<sup>531</sup> Insbesondere im Hinblick auf die Veränderungen der Formen des familiären Zusammenlebens hat das deutsche Erbrecht Antworten auf geänderte gesellschaftliche Bedürfnisse nicht nur nicht gefunden, sondern offensichtlich auch nicht mit besonderem Nachdruck gesucht. Symptomatisch dafür erscheint, dass bei der Reform des Erb- und Pflichtteilsrechts im Jahr 2010, in deren Rahmen einige nicht mehr zeitgemäße Regelungen, etwa zu den Pflichtteilsentziehungsgründen, novelliert wurden, der Gesetzgeber zwar eine Änderung der sozialen Strukturen festgestellt hat, aber ausblendet, dass diese auch neuer rechtlicher Regelungen bedürfen, so dass diese auch nicht ansatzweise zur Erörterung standen. Dies betrifft vor allem eine grundlegende Reform des Pflichtteilsrechts, das in den meisten Fällen dafür verantwortlich ist, dass Erblasser ihre Vorstellungen zur Vermögensverteilung nach ihrem Tod nicht, nicht uneingeschränkt oder nur unter Zuhilfenahme von besonderen Konstruktionen umsetzen können. Dabei ist der rechtliche Bestand derartiger Konstruktionen aber häufig unklar und führt zu keiner Rechtssicherheit. Vielmehr kann eine abschließende Klärung erst nach dem Tod des Erblassers durch die Gerichte herbeigeführt werden, falls die Betroffenen diese anrufen. Ist dies der Fall, können beispielsweise Abkömmlinge, die entgegen dem ausdrücklichen Wunsch der Erblasser ihren Pflichtteil geltend gemacht haben, keineswegs zwingend davon ausgehen, dass

<sup>530</sup> So auch Henrich in DNotZ 2001, S. 441; Odersky in MittBayNot 2008, S. 2; Kroppenber in ErbR 2010, S. 206; Völzmann in RNotZ 2012, S. 1; Frank/Helms, § 1, Rn. 1; Jauernig (Stürner), Rn. 10 zu § 2303 BGB.

<sup>531</sup> So auch Buchholz in FamRZ 1985, S. 872; Goetz in FamRZ 1985, S. 987; Gerken in RPfleger 1989, S. 45 (45); Völzmann in RheinNotZ 2012, S. 1; Enzensberger, S. 21; Frank/Helms, § 1, Rn. 1; Leipold, Rn. 84; MüKo BGB (Leipold), Rn. 55 zu Einl. zu §§ 1922 ff. BGB.



das Gericht zu einer bestimmten Entscheidung gelangen wird; demnach ist das Ergebnis offen und hängt vom Einzelfall ab, was der Rechtssicherheit kaum zuträglich ist. Bedenkt man, dass letztwillige Verfügungen die wirtschaftliche Existenz und damit auch die Lebensplanung der Betroffenen entscheidend beeinflussen können, ist der Zustand permanenter Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit bzw. das Funktionieren bestimmter Anordnungen der Erblasser im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung unbefriedigend.

Abgesehen davon, dass es grundsätzlich nicht die Aufgabe der Rechtsprechung ist, mangelnden Reformwillen des Gesetzgebers zu korrigieren, tragen offensichtliche Einzelfallentscheidungen, wie die heftig kritisierte Entscheidung des OLG Frankfurt aus dem Jahr 2014<sup>532</sup>, zur Steigerung der Rechtsunsicherheit erheblich bei. Es ist daher von besonderer Bedeutung, dass sich die Beratungspraxis im Rahmen der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen auf die eingetretenen Veränderungen in den Familienstrukturen einstellt und sich mit den damit verbundenen Auswirkungen auf das Erb- und Pflichtteilsrecht unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung in ausreichendem Maße auseinandersetzt. Nur so kann weitgehend sichergestellt werden, dass die Vorstellungen der Testierenden im Hinblick auf die Weitergabe ihres Vermögens nach dem Tod auch tatsächlich umgesetzt und diesbezügliche Streitigkeiten vermieden werden können.

Wie die für die vorliegende Arbeit durchgeführte Untersuchung zeigt, ist dieses Problembewusstsein bei den häufig mit der Abfassung von letztwilligen Verfügungen betrauten Notaren keineswegs so verbreitet, wie dies mit Blick auf die Bedeutung der Materie und die wirtschaftlichen Folgen von insoweit fehlerhaften Beratungen wünschenswert wäre. Eine Sensibilisierung für die Besonderheiten bei der erbrechtlichen Gestaltung letztwilliger Verfügungen für Familien mit nicht gemeinsamen Kindern ist auch deshalb erforderlich, weil es sich um ein in der bereits nahen Zukunft absehbar immer bedeutender werdendes Problem handeln dürfte. Bedenkt man, dass die Anzahl der Stieffamilien in der Bundesrepublik Deutschland seit dem Jahr 1970 deutlich angestiegen ist<sup>533</sup> und die durchschnittliche Lebenserwartung immer weiter steigt, ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl der Erbfälle, an denen nicht (nur) gemeinsame Abkömmlinge beteiligt sind, bisher nicht eingetreten ist. Gleichzeitig dürfte die steigende Lebenserwartung auch dazu führen, dass nach dem Tod eines Ehegatten immer häufiger neue Bindungen eingegangen werden, sodass die Anzahl der Stieffamilien

---

<sup>532</sup> Vgl. FN 527.

<sup>533</sup> Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 2.2. sowie ergänzend Bernau in KJ 2006, S. 320 f; Frank/Helms, § 1, Rn. 1.



auch aus diesem Grund weiter steigt und neue erbrechtliche Situationen entstehen.<sup>534</sup> Demzufolge werden in den nächsten Jahren immer mehr letztwillige Verfügungen, die möglicherweise die besonderen Umstände beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen nicht oder nicht ausreichend berücksichtigen, die Gerichte beschäftigen. Auch deshalb sollten durch diese Arbeit zunächst ein Problembewusstsein für die Besonderheiten bei der Vermögensverteilung innerhalb einer Stieffamilie im Erbfall geschaffen und gleichzeitig Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass das „Berliner Testament“ beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen – trotz seiner Beliebtheit in der Bevölkerung und insbesondere unter Ehegatten – dem Grunde nach eine Form der letztwilligen Verfügung ist, die grundsätzlich nicht primär empfohlen werden sollte. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Abkömmlinge nicht bereit oder nicht in der Lage sind, durch die Abgabe einer Pflichtteilsverzichtserklärung die von den Erblassern vorgesehene Vermögensverteilung sicherzustellen. Zwar bestehen auch beim „Berliner Testament“ im Falle des Vorhandenseins von nicht gemeinsamen Abkömmlingen verschiedene Gestaltungsoptionen, die eine Absicherung der von den Erblassern angestrebten Vermögensverteilung sicherstellen oder zumindest fördern können; das Funktionieren dieser Sicherungsmechanismen hängt aber von einer Vielzahl von Faktoren ab, die sich nach der Errichtung der letztwilligen Verfügung ohne Weiteres verändern und demzufolge das verwendete Regelungsinstrument in seiner Wirkung leerlaufen lassen können.

Als nicht weniger unproblematisch dürften sich die Situationen darstellen, in denen eine letztwillige Verfügung bereits existent ist, diese allerdings die Besonderheiten, die sich beim Vorhandensein von nicht gemeinsamen Abkömmlingen ergeben können, nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt. Selbst wenn die sich in einem solchen Fall einstellenden Probleme durch eine ergänzende Testamentsauslegung im Einzelfall zumindest in der Wirkung positiv beeinflussen lassen, ändert dies nichts daran, dass dazu in der Regel kostspielige und langwierige Auseinandersetzungen vor Gericht erforderlich sind. Losgelöst davon kann es auch nicht die Intention des Gesetzgebers sein, erforderliche Neuregelungen zu unterlassen und darauf zu vertrauen, dass die Gerichte zu den geänderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen passende Lösungen finden werden.

---

<sup>534</sup> So z. B. auch Völzmann in RheinNotZ 2012, S. 1.



Ob der Gesetzgeber auf die in der vorliegenden Arbeit thematisierten Entwicklungen im erbrechtlichen Kontext reagieren wird, ist derzeit nicht absehbar. Dies erscheint auf den ersten Blick durchaus bemerkenswert, weil der Existenz einer sozialen Elternschaft und von Stieffamilien im familienrechtlichen Bezug seit Jahren womöglich nicht die angemessene, aber zunehmende Aufmerksamkeit geschenkt wird und einzelne Regelungen kodifiziert wurden, die explizit auf Stieffamilien zugeschnitten sind. Wie gezeigt wurde, sind diese Regelungen nicht unbedingt gelungen und schaffen womöglich mehr Probleme, als sie lösen.<sup>535</sup> Umso unverständlicher erscheint sodann aber, dass vergleichbare Ansätze zur Berücksichtigung der Stiefelternschaft im Erbrecht, soweit überblickt, nicht ernsthaft diskutiert werden. Der Gesetzgeber „versteckt“ sich dabei wohl zu sehr hinter einem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Jahr 2005, mit dem das Pflichtteilsrecht in der bestehenden Form, ungeachtet seiner konzeptionellen Schwächen, gestärkt wurde. Warum Stiefelternschaft im Erbrecht so anders behandelt wird als im Familienrecht, ist dennoch nicht ohne Weiteres nachzuvollziehen, wenn bedacht wird, dass leiblichen Vätern nach einer Trennung womöglich schwächere Rechte im Verhältnis zu ihren Kindern zustehen als Stiefeltern, demgegenüber aber leibliche Kinder als Pflichtteilsberechtigte auch dann zwingend berücksichtigt werden müssen, wenn sie, aus welchen Gründen auch immer, überhaupt keinen Kontakt zu ihrem leiblichen Elternteil unterhalten.

Grundsätzlich denkbar erscheint dabei eine gesetzgeberische Lösung der „Stieffamilienproblematik“ im Erbrecht entweder durch eine grundlegende Änderung des Pflichtteilsrechts bis hin zu dessen Abschaffung oder Koppelung desselbigen an bestehende soziale Kontakte. Eine Kodifizierung des Pflichtteilsrechts auch für „soziale Kinder“ dürfte jedoch schon auf den ersten Blick mit einer Reihe kaum lösbarer Schwierigkeiten verbunden sein, da beispielsweise durch Eingehen von Partnerschaften mit solchen Partnern, die mehrere Kinder aus früheren Beziehungen haben, das Pflichtteilsrecht leiblicher Kinder weitgehend ausgehöhlt werden könnte; dies dürfte unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes eine kaum überwindbare Hürde darstellen. Ebenso schwer lösbar erscheint die erbrechtliche Behandlung „sozialer Kinder“ nach Trennung oder Scheidung des leiblichen Elternteils vom Stiefelternanteil.

Zuverlässiger geeignet zur Lösung der mit dem bestehenden starren Pflichtteilsrecht verbundenen Probleme erscheint daher dessen grundlegende Reform, welche die Beschränkung der Testierfreiheit ganz oder teilweise aufhebt und damit das Pflichtteils-

---

<sup>535</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel 2.3.4.





recht abschafft oder zumindest einschränken könnte. Ob das Bundesverfassungsgericht sich einer derartigen gesetzgeberischen Lösung in den Weg stellen würde, erscheint angesichts der Rechtsprechungsentwicklung, etwa zum Adoptionsrecht oder zu gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, auf Dauer keineswegs sicher. Bis eine derart radikale Änderung der deutschen Rechtsordnung umgesetzt werden könnte, dürfte jedoch noch geraume Zeit vergehen, in der dem Erblasserwillen, vor allem durch umfassende und qualifizierte Beratung über die bestehenden erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, zur Durchsetzung verholfen werden muss. Aus diesem Grund ist es in diesem Fall insbesondere die Kautelarpraxis, die durch ihre beratende und gestaltende Tätigkeit diesen mangelnden Reformwillen des Gesetzgebers ausgleichen muss.





# Literaturverzeichnis

## I. Beiträge in Zeitschriften

Basty, Gregor (2000):

Bindungswirkung bei Erbvertrag und gemeinschaftlichen Testament, in: MittBayNot 2000, S. 73-80 (zitiert: Basty in MittBayNot 2000).

Bernau, Falk (2006):

Der Einzug der Patchwork-Familie in den juristischen Sprachgebrauch, in: Kritische Justiz 2006, S. 320-331 (zitiert: Bernau in KJ 2006).

Bernau, Falk (2006):

Haftet die Patchwork-Familie aus § 832 BGB?, in: FamRZ 2006, S. 82-87 (zitiert: Bernau in FamRZ 2006).

Birk, Rolf (1972):

Die Problematik der Verwirkungsklausel in letztwilligen Verfügungen, in: DNotZ 1972, S. 284-303 (zitiert: Birk in DNotZ 1972).

Bosch, Friedrich (1968):

Neues Recht für das uneheliche Kind – Stellungnahme des Deutschen Caritasverbandes zum Regierungsentwurf, in: FamRZ 1968, S. 304-336 (zitiert: Bosch FamRZ 1968).

Buchholz, Stephan (1985):

Berliner Testament (§ 2269 BGB) und Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge – Überlegungen zum Ehegattenerbrecht, in: FamRZ 1985, S. 872-883 (zitiert: Buchholz in FamRZ 1985).

Buchholz, Stephan (1990):

Gestaltungsprobleme des Ehegattenerbrechts: Teilungsprinzip oder Nutzungsprinzip, in: MDR 1990, S. 375-380 (zitiert: Buchholz in MDR 1990).

Dauner-Lieb, Barbara (2001):

Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts? in: DNotZ 2001, S. 460-465 (zitiert: Dauner-Lieb in DNotZ 2001).

Edenfeld, Stefan (2001):

Europäische Entwicklungen im Erbrecht, in: ZEV 2001, S. 457-463 (zitiert: Edenfeld in ZEV 2001).

Foerste, Ulrich (1993):

Die Form des Testaments als Grenze seiner Auslegung, in: DNotZ 1993, S. 84-99 (zitiert: Foerste in DNotZ 1993).

Gerken, Ulrich (1989):

Pflichtteilsrecht zwischen Testierfreiheit und Familienerbfolge, in: RPfleger 1989, S. 45-52 (zitiert: Gerken in RPfleger 1989).



Goetz, Stephan (1985):

Erbrechtliche Ansprüche außerhalb des Familienerbrechts, in: FamRZ 1985, S. 987-991 (zitiert: Goetz in FamRZ 1985).

Halaczinsky, Raymond (2004):

Die Stieffamilie im Erbschaftssteuerrecht, in: ZErB 2004, S. 149-154 (zitiert: Halaczinsky in ZErB 2004).

Hartmann, Christian (2007):

Das Vorvermächtnis mit Vorerbschaftswirkung, in: ZEV 2007, S. 458-463 (zitiert: Hartmann in ZEV 2007).

Hausmann, Rainer (2011):

Die Patchwork-Familie – eine besondere Herausforderung für den Notar, in: DNotZ 2011, S. 602-622 (zitiert: Hausmann in DNotZ 2011).

Henrich, Dieter (2001):

Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, in: DNotZ 2001, S. 441-452 (zitiert: Henrich in DNotZ 2001).

Hölscher, Nikolas (2009):

Das aufschiebend bedingte Universalherausgabevermächtnis – Ausschluss bestimmter Personen von einer erbrechtlichen Partizipation am Nachlass, in: ZEV 2009, S. 213-219 (zitiert: Hölscher in ZEV 2009).

Hölscher, Nikolas (2011):

Ist die Vermächtnislösung pflichtteilsfest?, in: ZEV 2011, S. 569-571 (zitiert: Hölscher in ZEV 2011).

Horsch, Andreas (2010):

Familiensolidarität als Begriff und Rechtsprinzip in der Rechtsprechung des BVerfG zur Erbrechtsgarantie, in: NVwZ 2010, S. 232-236 (zitiert: Horsch in NVwZ 2010).

Jastrow, Hermann (1904):

Wie können sich Eheleute bei einem Testament nach § 2269 BGB gegen die Vereitelung ihrer Absichten durch Pflichtteilsansprüche des Kindes sichern?, in: Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, Jg. 1904, S. 424-427 (zitiert: Jastrow in Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1904).

Jünemann, Matthias (2000):

Rechtsstellung und Bindung des überlebenden Ehegatten bei vereinbarter Wiederverheiratsklausel im gemeinschaftlichen Testament, in: ZEV 2000, S. 81-86 (zitiert: Jünemann in ZEV 2000).

Kanther, Wilhelm (2003):

Die „neue soziale Familie“ oder zur Verfassungswidrigkeit von § 9 LPartG, in: NJW 2003, S. 797-798 (zitiert: Kanther in NJW 2003).

Kanzleiter, Rainer (2014):

Das Berliner Testament: immer aktuell und fast immer ergänzungsbedürftig, in: ZEV 2014, S. 225-232 (zitiert: Kanzleiter in ZEV 2014).



- Keim, Christopher (2007):  
Haftungsfallen bei Pflichtteilsstrafklauseln – Pflicht des Rechtsanwaltes zum „taktischen Foul“?, in: NJW 2007, S. 974-977 (zitiert: Keim in NJW 2007).
- Keim, Christopher (2008):  
Testamentsgestaltung bei missratenen Kindern, in: NJW 2008, S. 2072-2077 (zitiert: Keim in NJW 2008).
- Klein, Eckart (1989):  
Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, in: NJW 1989, S. 1633-1640 (zitiert: Klein in NJW 1989).
- Klingelhöffer, Hans (2010):  
Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, in: ZEV 2010, S. 385-388 (zitiert: Klingelhöffer in ZEV 2010).
- Klinger, Bernhard/Scheuber, Stefanie (2006):  
Das Herausgabevermächtnis – Alternative zur befreiten Vorerbschaft, in: NJW-Spezial 2006, S. 445-446 (zitiert: Klinger/Scheuber in NJW-Spezial 2006).
- Klinger, Bernhard/Tremel, Ulrike (2007):  
Erbrechtliche Gestaltung in „Patchwork“-Familien, in: NJW-Spezial 2007, S. 205-206 (zitiert: Klinger/Tremel in NJW-Spezial 2007).
- Kroppenberg, Inge (2010):  
Erbrechtliche Herausforderungen des demographischen Wandels, in: ErbR 2010, S. 206-216 (zitiert: Kroppenberg in ErbR 2010).
- Kühne, Andreas/Warlich, Anke (2012):  
Das Geldvermächtnis – Auslegungsfragen und Gestaltungsempfehlungen, in: ZErB 2012, S. 259-267 (zitiert: Kühne/Warlich in ZErB 2012).
- Langenfeld, Gerrit (1987):  
Freiheit oder Bindung beim gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag von Ehegatten?, in: NJW 1987, S. 1577-1583 (zitiert: Langenfeld in NJW 1987).
- Langenfeld, Gerrit (2007):  
In der Testamentsgestaltung lebt das Erbrecht, in: ZEV 2007, S. 453-458 (zitiert: Langenfeld in ZEV 2007).
- Lengerer, Andrea/Klein, Thomas (2007):  
Der langfristige Wandel partnerschaftlicher Lebensformen im Spiegel des Mikrozensus, in: Wirtschaft und Statistik 2007, S. 433-447 (zitiert: Lengerer/Klein in WiSta 2007).
- Litzenburger, Wolfgang (2014):  
Anmerkung zu OLG Frankfurt, in: ZEV 2014, S. 257-260 (zitiert: Litzenburger in ZEV 2014).
- Lübbert, Friedwald (1988):  
Verwirkung der Schlusserbfolge durch Geltendmachung des Pflichtteils, in: NJW 1988, S. 2706-2711 (zitiert: Lübbert in NJW 1988).



Mayer, Jörg (1995):

Ja zu „Jastrow“? – Pflichtteils Klausel auf dem Prüfstand, in: ZEV 1995, S. 136-139 (zitiert: Mayer in ZEV 1995).

Mayer, Jörg (1996):

Der Pflichtteil der Schwiegertochter – Überlegungen zur Tauglichkeit von Pflichtteilsstrafklauseln anlässlich des Beschlusses des Bayerischen Obersten Landesgerichtes vom 18.09.1995, in: MittBayNot 1996, S. 80-84 (zitiert: Mayer in MittBayNot 1996).

Mayer, Jörg (1999):

Die Tücken von Pflichtteils klauseln, in: MittBayNot 1999, S. 265-268 (zitiert: Mayer in MittBayNot 1999).

Mayer, Jörg (2000):

Der superbefreite Vorerbe? – Möglichkeiten und Grenzen der Befreiung des Vorerben, in: ZEV 2000, S. 1-10 (zitiert: Mayer in ZEV 2000).

Mayer, Jörg (2013):

Gemeinsame erbrechtliche Gestaltungen, in: ZRP 2013, S. 317-326 (zitiert: Mayer in ZPR 2013).

Mayer, Jörg (2014):

Testamentsgestaltung bei Patworkfamilien, in: ErbR 2014, S. 10-15 und S. 42-51 (zitiert: Mayer in ErbR 2014).

Muscheler, KarlHeinz (2004):

Das Recht der Stieffamilie, in: FamRZ 2004, S. 913-921 (zitiert: Muscheler in FamRZ 2004).

Musielak, Hans-Joachim (2008):

Die Bindung an wechselbezügliche Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament, in: ZErB 2008, S. 189-195 (zitiert: Musielak in ZErB 2008).

Odersky, Felix (2008):

Reformüberlegungen im Erbrecht, in: MittBayNot 2008, S. 2-7 (zitiert: Odersky in MittBayNot 2008).

Olshausen, Eberhard von (1979):

Die Sicherung einer gleichmäßigen Vermögensteilhabe bei „Berliner Testamenten“ mit nicht-gemeinsamen Kindern als Schlusserben, in: DNotZ 1979, S. 707-724 (zitiert: Von Olshausen in DNotZ 1979).

Olzen, Dirk (2005):

Letztwillige Verfügungen unter Ehegatten, in: JuS 2005, S. 673-679 (zitiert: Olzen in JuS 2005).

Ott, Sieghart (1998):

Die Begriffe „Ehe und Familie“ in Art. 6 I GG?, in: NJW 1998, S. 117-119 (zitiert: Ott in NJW 1998).

Papier, Hans-Jürgen (2007):

Erbrecht und Verfassung, in: ErbR 2007, S. 134-143 (zitiert: Papier in ErbR 2007).





Paulus, Christoph/Zenker, Wolfgang (2001):

Grenzen der Privatautonomie, in: JuS 2001, S. 1-9 (zitiert: Paulus/Zenker in JuS 2001).

Peschel-Gutzeit, Lore-Maria (2004):

Stiefkinder und ihre Familien in Deutschland – rechtlicher Status und tatsächliche Situation, in: FPR 2004, S. 47-50 (zitiert: Peschel-Gutzeit in FPR 2004).

Pfeiffer, Thomas (1993):

Das gemeinschaftliche Ehegattentestament – Konzept, Bindungsgrund und Bindungswirkungen, in: FamRZ 1993, S. 1266-1282 (zitiert: Pfeiffer in FamRZ 1993).

Radke, Christoph (2001):

Verlangen, Erhalten oder Durchsetzen: Gestaltungsalternativen bei der Pflichtteils Klausel, in: ZEV 2001, S. 136-139 (zitiert: Radke in ZEV 2001).

Reimann, Wolfgang (2002):

Das Herausgabevermächtnis als Alternative zur Nacherbfolgeanordnung, in: MittBayNot 2002, S. 4-8 (zitiert: Reimann in MittBayNot 2002).

Schausten, Jochen (2008):

Der Ausbildungsunterhalt für Stiefkinder gem. § 1371 IV BGB – die unbekannt Norm, in: FPR 2008, S. 349-352 (zitiert: Schausten in FPR).

Schlitt, Gerhard (1992):

Zur Anrechnung aufschiebend bedingter Vermächtnisse auf den Pflichtteil, in: NJW 1992, S. 28-30 (zitiert: Schlitt in NJW 1992).

Scholz, Rupert/Uhle, Arnd (2001):

„Eingetragene Lebenspartnerschaft und Grundgesetz“, in: NJW 2001, S. 393-400 (zitiert: Scholz/Uhle in NJW 2001).

Schroeder, Klaus-Peter (2000):

Gottlieb Planck (1825–1910) – „Ziehvater“ des BGB, in: JuS 2000, S. 1046-1051 (zitiert: Schroeder in JuS 2000).

Schwab, Dieter (2001):

Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick, in: FamRZ 2001, S. 385-398 (zitiert: Schwab in FamRZ 2001).

Singer, Reinhard (1995):

Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, in: JZ 1995, S. 1133-1141 (zitiert: Singer in JZ 1995).

Steinbach, Anja (2008):

Stieffamilien in Deutschland, in: Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft 2008, S. 153-180 (zitiert: Steinbach in ZfB 2008).

Theile, Merlind (2008):

Die Trümmerkinder, in: Spiegel Special, S. 95-101 (zitiert: Theile in Spiegel Special 2008).



Theurer, Andrea (2005):  
Das Umgangsrecht von Großeltern und anderen Bezugspersonen, in: MDR 2005, S. 205-208 (zitiert: Theurer in MDR 2005).

Uhle, Arnd (2015):  
Abschied vom engen Familienbegriff, in: NVwZ 2015, S. 272-275 (zitiert: Uhle in NVwZ 2015).

Völzmann, Alexander (2012):  
Wiederverheiratungsklauseln, in: RNotZ 2012, S. 1-17 (zitiert: Völzmann in RNotZ 2012).

Wacke, Andreas (1990):  
Rechtsfolgen testamentarischer Verwirkungsklauseln, in: DNotZ 1990, S. 403-416 (zitiert: Wacke in DNotZ 1990).

Wagenitz, Thomas (1998):  
Neues Kindesnamensrecht, in: FamRZ 1998, S. 1545-1553 (zitiert: Wagenitz in FamRZ 1998).

Weiler, Simon (2006):  
Erbrecht und Verfassung – Verfassungsrechtliche Fragen im Erbrecht und deren Auswirkung auf die erbrechtliche Beratungspraxis, in: MittBayNot 2006, S. 296-304 (zitiert: Weiler in MittBayNot 2006).

Worm, Heiko (1993):  
Pflichtteilerschwerungen und Pflichtteilsstrafklauseln, in: RNotZ 2003, S. 535-557 (zitiert: Worm in RNotZ 2003).

Zacher-Röder, Hannelore/Grimm-Hanke, Ursula (2011):  
Der Unterhaltsanspruch im Todesfall, in: FPR 2011, S. 264-268 (zitiert: Zacher-Röder/Grimm-Hanke in FPR 2011).

Zawar, Rolf Dieter (1986):  
Der bedingte oder befristete Erwerb von Todes wegen, in: DNotZ 1986, S. 515-527 (zitiert: Zawar in DNotZ 1986).

Zawar, Rolf Dieter (1988):  
Der auflösend bedingte Vollerbe, in: NJW 1988, S. 16-20 (zitiert: Zawar in NJW 1988).

Zawar, Rolf Dieter (2007):  
Gedanken zum bedingten oder befristeten Rechtsverkehr im Erbrecht, in: NJW 2007, S. 2353-2356 (zitiert: Zawar in NJW 2007).

Zimmer, Maximilian (2014):  
Testamentsgestaltung in der Patchworkfamilie, in: NotBZ 2014, S. 26-36 (zitiert: Zimmer in NotBZ 2014).



## II. Lehr- und Fachbücher

Baumgarten, Steffen (2007):

Die Entstehung des Unehelichenrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 92 ff., in: Rechtsgeschichte und Geschlechterforschung (Band 8), Köln/Wien 2007 (zitiert: Baumgarten).

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich (2016):

Erbrecht, 27. Auflage, München 2016 (zitiert: Brox/Walker).

Buchholz, Stephan (1986):

Erbfolge und Wiederverheiratung, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres Gesellschaft, Paderborn/München 1986 (zitiert: Buchholz).

Büte, Dieter (2012):

Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 4. Auflage, München 2012 (zitiert: Büte).

Dörner, Heinrich/Lagarde, Paul (2004):

Internationales Erbrecht in der EU, in: Schriftenreihe des Deutschen Notarinstitutes, Würzburg 2004 (zitiert: Dörner/Lagarde).

Enzensberger, Florian (2013):

Testamente für Geschiedene und Patchworkehen, 3. Auflage, Angelbachtal 2013 (zitiert: Enzensberger).

Frank, Rainer/Helms, Tobias (2013):

Erbrecht, 6. Auflage, München 2013 (zitiert: Frank/Helms).

Friedrichs, Karl (1930):

Das Recht der öffentlichen Gewalt, in: Staatsbürger, Bonn 1930 (zitiert: Friedrichs).

Frohnmayer, Thomas (2004):

Geschiedenentestament, München 2004 (zitiert: Frohnmayer).

Gierke, Otto (1889):

Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889 (zitiert: Gierke).

Grziwotz, Herbert (2012):

Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg 2012 [zitiert: Grziwotz (Bearbeiter)].

Harder, Manfred (2002):

Grundzüge des Erbrechts, 5. Auflage, Berlin 2002 (zitiert: Harder).

Kipp, Theodor/Coing, Helmut (1990):

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Band – Erbrecht, 14. Auflage, Tübingen 1990 (zitiert: Kipp/Coing).

Klingelhöffer, Hans (2014):

Pflichtteilsrecht, 4. Auflage, München 2014 (zitiert: Klingelhöffer).



- Kornexl, Thomas (2010):  
Nachlassplanung bei Problemkindern, 2. Auflage, Münster 2010 (zitiert: Kornexl).
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt (2001):  
Erbrecht, 5. Auflage, München 2001 (zitiert: Lange/Kuchinke).
- Lange, Knut Werner (2011):  
Erbrecht, München 2011 (zitiert: Lange).
- Langenfeld, Gerrit/Fröhler, Oliver (2015):  
Testamentsgestaltung, 5. Auflage, Köln 2015 (zitiert: Langenfeld/Fröhler).
- Leipold, Dieter (2016):  
Erbrecht, 21. Auflage, Tübingen 2016 (zitiert: Leipold).
- Mayer, Jörg/Süß, Rembert u.a. (2013):  
Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Auflage, Bonn 2013  
[zitiert: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz (Bearbeiter)].
- Menger, Anton (1908):  
Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1908 (zitiert: Menger).
- Mertens, Hans-Georg (1970):  
Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Berlin 1970 (zitiert: Mertens).
- Michalski, Lutz (2010):  
BGB-Erbrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2010 (zitiert: Michalski).
- Mugdan, Benno (1896):  
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V,  
Erbrecht, 2. Auflage, Berlin 1896 (zitiert: Mugdan).
- Muscheler, Karlheinz (2010):  
Erbrecht (Band 1), Tübingen 2010 (zitiert: Muscheler I).
- Nieder, Heinrich/Kössinger, Reinhard/Kössinger, Winfried (2015):  
Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Auflage, München 2015  
[zitiert: Nieder/Kössinger (Bearbeiter)].
- Nipperdey, Thomas (1990):  
Deutsche Geschichte 1866-1918, Band 1, München 1990 (zitiert: Nipperdey).
- Olzen, Dirk (2013):  
Erbrecht, 4. Auflage, Berlin 2013 (zitiert: Olzen).
- Peukert, Rüdiger (2008):  
Familienformen im sozialen Wandel, 7. Auflage, Wiesbaden 2008 (zitiert: Peukert).



- Reppen, Tilman (2007):  
Antidiskriminierung – Die Totenglocke des Privatrechts, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007 (zitiert: Reppen).
- Rißmann, Stephan (2013):  
Die Erbengemeinschaft, 2. Auflage, Bonn 2013 [(zitiert: Rißmann (Bearbeiter))].
- Schellhammer, Kurt (2014):  
Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 9. Auflage, Heidelberg 2014 (zitiert: Schellhammer).
- Scherer, Stephan (2014):  
Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 4. Auflage München 2014 [zitiert: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht (Bearbeiter)].
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan (2012):  
Das Bundesverfassungsgericht, 10. Auflage, München 2015 (zitiert: Schlaich/Korioth).
- Schlitt, Gerhard/Müller, Gabriele (2010):  
Handbuch Pflichtteilsrecht, München 2010 [zitiert: Schlitt/Müller (Bearbeiter)].
- Schlüter, Wilfried/Röther, Anne (2015):  
Erbrecht, 17. Auflage, München 2015 (zitiert: Schlüter/Röthel).
- Schuck, Frank (2009):  
Die Doppelstiftung, Frankfurt/Main 2009 (zitiert: Schuck).
- Schwab, Dieter (2016):  
Familienrecht, 24. Auflage, München 2016 (zitiert: Schwab FamR).
- Spelsberg, Henner (2011):  
Die Erfolgsfaktoren familieninterner Unternehmensnachfolgen, Eine empirische Untersuchung anhand deutscher Familienunternehmen, Wiesbaden 2011 (zitiert: Spelsberg).
- Stern, Klaus (1988):  
Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988 (zitiert: Stern).
- Sudhoff, Heinrich (2005):  
Unternehmensnachfolge, 5. Auflage, München 2005 [zitiert: Sudhoff (Bearbeiter)].
- Süß, Rembert (2015):  
Erbrecht in Europa, 3. Auflage, Bonn 2015 (zitiert: Süß).
- Tanck, Manuel/Kerscher, Karl-Ludwig/Krug, Walter (2001):  
Testamente in der anwaltlichen und notariellen Praxis, Bonn 2001 (zitiert: Tanck/Kerscher/Krug).
- Tipke, Klaus (2000):  
Bestuerungsmoral und Steuermoral, Wiesbaden 2000 (zitiert: Tipke).
- Tipke, Klaus/Lang, Joachim (2015):  
Steuerrecht, 22. Auflage, Köln 2015 [zitiert: Tipke/Lang (Bearbeiter)].



Von Dickuth-Harrach, Hans-Jürgen (2010):  
Handbuch der Erbfolge-Gestaltung, Köln 2010 (zitiert: Von Dickuth-Harrach).

Wahl, Thomas (2005):  
Zur Historisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – ein Programm und seine Folgen, in: Henne/Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, S. 378 ff. (zitiert: Wahl).

### **III. Kommentierungen**

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert:  
BGB, Band 3 (§§ 1297-2385, Rom I-VO, Rom II-VO, EGBGB), 3. Auflage, München 2012 [zitiert: Bamberger/Roth (Bearbeiter)].

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.):  
Beck'scher Online Kommentar BGB, Edition 41, Stand: 01.11.2016  
(zitiert: BeckOK BGB/Bearbeiter).

BGB-RGRK:  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V – 2. Teil (§§ 2147-2385 BGB), 12. Auflage, Berlin 1975 [zitiert: RGRK (Bearbeiter)].

Burandt, Wolfgang/Rojahn, Dieter:  
Erbrecht, 2. Auflage, München 2014 [zitiert: Burandt/Rojahn (Bearbeiter)].

Dauner-Lieb, Barbara/Grziwotz, Herbert/Hohmann-Dennhardt, Christine:  
Pflichtteilsrecht, Baden-Baden 2010 [zitiert: Dauner/Lieb u.a. (Bearbeiter)].

Dörner, Heinrich/Erbert, Ina, u.a.:  
Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, Baden-Baden 2017 [zitiert: HK-BGB (Bearbeiter)].

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.):  
Beck'scher Online Kommentar zum Grundgesetz, Edition 31, Stand: 01.12.2016 (zitiert: BeckOK GG/Bearbeiter).

Erman:  
Bürgerliches Gesetzbuch Band II (§§ 759-2385 BGB, ProdHaftG, ErbbauRG, VersAusg, VBVG, LPartnG, WEG, EGBGB), 14. Auflage, Köln 2014 [zitiert: Erman (Bearbeiter)].

Grandel, Mathias/Stockmann, Roland:  
Familienrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014 [zitiert: Grandel/Stockmann (Bearbeiter)].

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo:  
Grundgesetz für die BRD, 14. Auflage, München 2016 (zitiert: Jarass/Pieroth).

Johannsen, Kurt-Herbert/Henrich, Dieter:  
Eherecht, 6. Auflage, München 2015 [zitiert: Johannsen/Henrich (Bearbeiter)].

Jauernig, Othmar (Hrsg.):  
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Auflage, München 2015 [zitiert: Jauernig (Bearbeiter)].





Kroiß, Ludwig/Ann, Christoph/Mayer, Jörg:  
BGB – Erbrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2014 [zitiert: Kroiß /Ann / Mayer (Bearbeiter)].

Maunz, Theodor/Dürig, Günter:  
Grundgesetz, Stand: 78. Ergänzungslieferung, München 2016 [zitiert: Maunz/Dürig (Bearbeiter)].

Meincke, Jens-Peter:  
Erbrechts- und Schenkungssteuergesetz, 16. Auflage, München 2012 (zitiert: Meincke).

Münchener Kommentar:  
Bürgerliches Gesetzbuch

Band 1 (Allgemeiner Teil – §§ 1 – 240 /AGG),  
7. Auflage, München 2015.

Band 8 (Familienrecht II – §§ 1589–1921 BGB, SGB VIII),  
7. Auflage, München 2017.

Band 9 (Erbrecht – §§ 1922–2385 BGB/§§ 27– 35 BeurkG),  
7. Auflage, München 2017.

[zitiert: MüKo BGB (Bearbeiter)].

Palandt, Otto (Begr.):  
Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage, München 2017 [zitiert: Palandt (Bearbeiter)].

Reimann, Wolfgang/Bengel, Manfred/Mayer, Jörg:  
Testament und Erbvertrag, 6. Auflage, Neuwied/Kriftel 2013 [zitiert: Reimann/Bengel/Mayer (Bearbeiter)].

Soergel, Theodor (Begr.):  
Bürgerliches Gesetzbuch

Band 22 (§§ 2064-2273 BGB), 13. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 2003

Band 23 (§§ 2274-2385 BGB), 13. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 2002

[zitiert: Soergel (Bearbeiter)].

von Staudinger, Julius (Begr.):  
BGB Kommentar

Buch 1 (Allgemeiner Teil 5),  
§§ 164-240 BGB (Stand: 2014)

Buch 4 (Familienrecht),  
§§ 1589-1600 d (Abstammung – Stand: 2011)  
§§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2 – Stand: 2015)  
§§ 1684-1717 (Elterliche Sorge 3 – Stand: 2013)

Buch 5 (Erbrecht),  
§§ 2064-2196 BGB (Testament 1 – Stand: 2013)  
§§ 2265-2302 BGB (Gem. Testament, Erbvertrag – Stand: 2014)  
§§ 2303-2345 BGB (Pflichtteil, Erbunwürdigkeit – Stand: 2015)

[zitiert: Staudinger (Bearbeiter)].



Troll, Max/Gebel, Dieter/Jülicher, Marc:  
Erbrechtssteuerver- und Schenkungssteuergesetz, 45. Auflage, München 2013 [zitiert:  
Troll/Gebel/Jülicher (Bearbeiter)].

v. Mangoldt, Hans/Klein, Friedrich/Starck, Christian:  
GG Kommentar, 6. Auflage, München 2010 [zitiert: v. Mangoldt/Klein/Starck (Bearbeiter)].

Willms, Heinrich/Jochum, Georg (Hrsg.):  
Erbrechtssteuerver- und Schenkungssteuergesetz, Stand: 86. Ergänzungslieferung, Bonn 2017  
[zitiert: Willms/Jochum (Bearbeiter)].

#### **IV. Dissertationen**

Metternich, Gabriele (2010):  
Verfügungsverhalten von Erblassern, Frankfurt am Main 2010 (zitiert: Metternich).

Radke, Christoph (1999):  
Die Darstellung des Berliner Testaments und der gegenseitigen gemeinschaftlichen Einset-  
zung der Ehegatten zu Vorerben in Formularsammlungen: eine kritische Würdigung  
kaufrechtlicher Lösungsmodelle auf der Grundlage der Lehre von der Rechtsgeschäftsge-  
staltung, Bielefeld 1999 (zitiert: Radke).

Seubert, Klaus (1998):  
Die Jastrowsche Klausel – Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsgrenzen im Erb- und Erb-  
schaftssteuerrecht, Greifswald 1998 (zitiert: Seubert).

Vollmer, Jeanette (2000):  
Verfügungsverhalten von Erblassern und dessen Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht  
und das Pflichtteilsrecht, Marburg 2000 (zitiert: Vollmer).

#### **V. Sonstiges**

Bien, Walter/Hartl, Angela/Teubner, Markus (2002):  
Stieffamilien in Deutschland: Eltern und Kinder zwischen Normalität und Konflikt, Wiesba-  
den 2002 (zitiert: Bien/Hartl/Teubner).

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.):  
Monitor Familienforschung: Stief- und Patchworkfamilien in Deutschland, Ausgabe 31, Ber-  
lin 2013 (zitiert: BMFSFJ in Monitor Familienforschung).

Destatis (Hrsg.):  
Datenreport 2013: Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2013 (zitiert:  
Destatis).

Flick, Hans/Hannes, Frank:  
Das Patchwork-Testament, in: FAZ vom 16.04.2012, Frankfurt/Main 2012 (zitiert:  
Flick/Hannes in FAZ 2012).



Lameyer, Johannes:

Testament und Ehevertrag in der Patchworkfamilie, Vortrag vom 29.04.2009 unter [http://www.rae-vogt.de/downloads/Vortrag\\_Patchworkfamilie.PDF](http://www.rae-vogt.de/downloads/Vortrag_Patchworkfamilie.PDF) [04.07.2014 (zitiert: Lameyer)].





