

Jneidi, Nadine

Research Report

Risikofaktor Pflichtteil: Grundlagen und Grenzen der Regelungs- und Gestaltungsmöglichkeiten von Pflichtteilsansprüchen bei der Nachfolge in Personengesellschaften

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement, No. 10

Provided in Cooperation with:

European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV), Hostert (Luxembourg)

Suggested Citation: Jneidi, Nadine (2016) : Risikofaktor Pflichtteil: Grundlagen und Grenzen der Regelungs- und Gestaltungsmöglichkeiten von Pflichtteilsansprüchen bei der Nachfolge in Personengesellschaften, EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement, No. 10, European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV), Rameldange

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/130161>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

EIKV-Schriftenreihe zum
Wissens- und Wertemanagement

Risikofaktor Pflichtteil
- Grundlagen und Grenzen der Regelungs- und
Gestaltungsmöglichkeiten von
Pflichtteilsansprüchen bei der Nachfolge in
Personengesellschaften -

Nadine Jneidi, LL.M.

IMPRESSUM

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement

Herausgeber: André Reuter, Heiko Hansjosten, Thomas Gergen

© EIKV Luxemburg, 2016

European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV)

c/o M. André REUTER - 27d ,rue du Scheid

L-6996 Rameldange - GD de Luxembourg

info@eikv.org

www.eikv.org

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Erster Teil: Einleitung.....	1
A. Ausgangslage	1
B. Ziel und Aufbau der Arbeit	2
I. Zielsetzung und Abgrenzung	2
II. Gang der Arbeit.....	2
Zweiter Teil: Hauptteil	3
A. Der gesetzliche Pflichtteilsanspruch	3
I. Allgemeines	3
II. Kreis der Pflichtteilsberechtigten.....	4
III. Pflichtteilsschuldner und Pflichtteilslast	6
IV. Höhe, Fälligkeit und Verjährung des Pflichtteilsanspruchs	7
1. Höhe und Fälligkeit	7
2. Verjährung	10
V. Wertermittlung des Pflichtteilsanspruchs	11
VI. Pflichtteilsergänzungsanspruch nach §§ 2325 ff. BGB.....	14
B. Folgen beim Tod des Gesellschafters einer Personengesellschaft	16
I. Gesetzliche Folgen	16
1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)	16
2. Offene Handelsgesellschaft (OHG)	17
3. Kommanditgesellschaft (KG)	17
II. Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen für den Todesfall.....	18
1. Allgemeines	18
2. Auflösungsklausel	18
3. Fortsetzungsklausel	19
4. Rechtsgeschäftliche bzw. erbrechtliche NachfolgeklauseIn	19
a) Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel.....	19
b) Einfache Nachfolgeklausel.....	20
c) Qualifizierte Nachfolgeklausel.....	21
5. Eintrittsklausel.....	23
C. Strategien zur Vermeidung bzw. Minderung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen	25
I. Problemstellung	25
II. Gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten.....	25

1.	Auswirkungen der Gesellschaftsvertragsklauseln auf den Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsanspruch beim Ausscheiden des Erblassers aus der Personengesellschaft	25
	a) Auflösungsklausel	25
	b) Fortsetzungsklausel	25
	c) Rechtsgeschäftliche bzw. erbrechtliche Nachfolgeklauseln.....	26
	aa) Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel.....	26
	bb) Einfache Nachfolgeklausel	26
	cc) Qualifizierte Nachfolgeklausel	27
	d) Eintrittsklausel	27
2.	Einflussnahme auf die Vermeidung von Liquidationsverlusten im Todesfall mittels gesellschaftsvertraglicher Abfindungsregelungen ..	27
	a) Gesellschaftsvertraglicher Abfindungsausschluss	27
	aa) Einseitiger Abfindungsausschluss.....	28
	bb) Mehrseitiger Abfindungsausschluss.....	28
	b) Gesellschaftsvertragliche Abfindungsbeschränkung	29
	aa) Unmittelbare Minimierung des Nachlasswertes	29
	bb) Mittelbare Auswirkung auf den Nachlasswert	29
3.	Zwischenfazit	30
III.	Gestaltungsmöglichkeiten durch lebzeitige Rechtsgeschäfte	32
1.	Der erbrechtliche Verzichtvertrag als echte „Wunderwaffe“	32
	a) Erbverzicht	32
	b) Der umfassende Pflichtteilsverzichtvertrag	33
	c) Der beschränkte Pflichtteilsverzichtvertrag	34
	d) Pflichtteilsverzichtvertrag gegen Abfindung	34
	e) Bedingter Pflichtteilsverzichtvertrag	36
	f) Erstreckung der Verzichtswirkung beim Pflichtteilsverzicht	36
	g) Zwischenfazit	36
2.	Lebzeitige Zuwendungen.....	37
	a) Die ergänzungspflichtige Zuwendung	37
	b) Vermeidung einer ergänzungspflichtigen Schenkung.....	38
	aa) Vereinbarung von Gegenleistungen an den Zuwendenden....	38
	bb) Pflicht- und Anstandsschenkungen nach § 2330 BGB	39
	cc) Die Ausstattung nach § 1624 BGB	40
3.	Pflichtteilsanrechnung von Vorempfängen nach § 2315 BGB	42
4.	„Die Flucht in die Pflichtteilsergänzung“.....	44
5.	Zwischenfazit	45

IV. Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen von Verfügungen von Todes wegen.....	45
1. Nachträgliche Anrechnungsanordnung.....	45
2. Aufhebung der Anrechnungsanordnung	46
3. Die Europäische Erbrechtsverordnung (EU-ErbVO).....	47
a) Allgemeines.....	47
b) Auswirkungen und Folgerungen für das deutsche Pflichtteilsrecht.....	50
V. Familienrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten.....	55
1. Pflichtteilsquotenoptimierter Güterstand	55
a) Pflichtteilsquoten bei Zugewinnngemeinschaft	55
b) Pflichtteilsquoten bei Gütertrennung	56
c) Pflichtteilsquoten bei Gütergemeinschaft.....	56
2. Ehevertragsmodelle und Güterstandsschaukel	57
a) Gütertrennungsmodell.....	57
b) Gütergemeinschaftsmodell	58
c) Güterstandsschaukel mit Gütertrennung	58
3. Zwischenfazit	59
Dritter Teil: Schlussteil	61
A. Handlungsempfehlungen für einen Beispielsfall unter Einbeziehung der theoretischen Erkenntnisse aus dem Hauptteil.....	61
B. Gesamtfazit	66
Literaturverzeichnis.....	68

Erster Teil: Einleitung

A. Ausgangslage

Das Spannungsverhältnis zwischen den Ansprüchen der Pflichtteilsberechtigten am Nachlass des Erblassers und der Testierfreiheit des Erblassers zeigt sich ganz deutlich im Rahmen der Unternehmensnachfolge.

Neben der Suche nach einem geeigneten Unternehmensnachfolger sorgen sich Unternehmensinhaber einer Personengesellschaft häufig um die drohende Gefahr eines erheblichen Liquiditätsverlustes im Erbfall infolge Geltendmachung von Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüchen und/oder sonstiger Ausgleichsansprüche (z.B. weichender Abkömmlinge oder des Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartners), weil die (Unternehmens-)Erben zur Erfüllung ihrer Leistungsverpflichtungen unter Umständen wirtschaftliche Einheiten mit erheblichen Vermögensverlusten zerschlagen oder u.U. ihre Unternehmensbeteiligung verkaufen müssen mit der möglichen Folge, dass dem Unternehmensnachfolger hierdurch die Existenzgrundlage letztendlich wieder entzogen wird.

Das Pflichtteilsrecht stellt dabei einen erheblichen Risikofaktor bei der Nachfolgeplanung dar und Regelungen hierzu werden in Bezug auf den Ehegatten oder auch auf Abkömmlinge, trotz deren blutsmäßiger Verwandtschaft, meistens seitens des Unternehmensinhabers nicht für erforderlich gehalten, insbesondere dann nicht, wenn sich unter den Abkömmlingen kein geeigneter Unternehmensnachfolger befindet, der Kontakt zu den Abkömmlingen gänzlich abgebrochen ist oder wenn die Gefahr besteht, dass außereheliche Abkömmlinge zu denen keine familiäre Beziehung besteht, unerwünschte Ansprüche stellen.

Auch die nicht abschätzbaren Gefahren eines langjährigen streitigen Pflichtteilsprozesses bedingt durch die Komplexität der Unternehmensbewertung, bei der insbesondere der Pflichtteilsberechtigte, das Zivilgericht, der gegnerische Rechtsanwalt sowie externe Sachverständige umfassenden Einblick in das Unternehmen und in vertrauliche betriebliche Unterlagen erhalten, verdeutlichen, dass rechtzeitiges und umsichtiges Handeln des Unternehmensinhabers bei der Planung der Unternehmensnachfolge geboten ist. Dabei sollte er seine Aufmerksamkeit neben der steueroptimierten Unternehmensnachfolge ganz verstärkt auf die gezielte Vermeidung bzw. Verringerung von Pflichtteilsansprüchen richten.

B. Ziel und Aufbau der Arbeit

I. Zielsetzung und Abgrenzung

Ziel dieser Arbeit ist es, das mit der Geltendmachung von Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüchen oder sonstigen Ausgleichsansprüchen verbundene Risiko für den Unternehmensnachfolger grundsätzlich und zusätzlich anhand eines Beispielsfalls zu untersuchen und gangbare Strategien zur Vermeidung bzw. Verringerung von Liquiditätsverlusten bei der Nachfolge in Personengesellschaften aufzuzeigen.

In dieser Arbeit behandelt wird nicht der Tod eines Partners einer Partnerschaftsgesellschaft, eines stillen Gesellschafters oder eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft. Weiterhin wird die Verfasserin in dieser Arbeit nicht auf die sehr einzelfallbezogenen Möglichkeiten zur Pflichtteilsreduzierung eingehen, wie beispielsweise des lebzeitigen Vermögensverbrauchs oder des Vermögensverkaufs gegen lebenslanger Rente, der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht (§ 2338 BGB), der Pflichtteilsentziehung und Pflichtteilsunwürdigkeit (§§ 2333 ff. BGB), der Erweiterung des Kreises der Pflichtteilsberechtigten durch Eheschließung bzw. Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft oder der Geburt bzw. Adoption von (weiteren) Kindern. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich zudem auf die zivilrechtliche Seite der Nachfolgeplanung bei Personengesellschaften, so dass steuerliche Fragestellungen, insbesondere zur Erbschaft- und Einkommensteuer, bei der Untersuchung nicht betrachtet werden.

II. Gang der Arbeit

Zunächst führt die Verfasserin im Hauptteil in Abschnitt A. in die wesentlichen Grundlagen des deutschen Pflichtteilsrechts ein. Es wird hierbei aufgezeigt, welche Pflichtteilsansprüche entstehen können und welche Voraussetzungen hierfür erfüllt sein müssen. Sodann werden im Abschnitt B. die Folgen beim Tod des Gesellschafters einer Personengesellschaft und die gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten für den Todesfall dargestellt.

Im Abschnitt C. werden mögliche Strategien zur Vermeidung bzw. Minderung von Pflichtteilsansprüchen und Pflichtteilsergänzungsansprüchen unter Einbeziehung der EU-ErbVO untersucht. Im Schlussteil werden basierend auf den theoretischen Erkenntnissen aus dem Hauptteil für einen Beispielsfall Handlungsempfehlungen entwickelt und anschließend werden die Ergebnisse in einem Gesamtfazit zusammengefasst.

Zweiter Teil: Hauptteil

A. Der gesetzliche Pflichtteilsanspruch

I. Allgemeines

Aufgrund der Erbrechtsgarantie (Art. 14 I S. 1 GG) wird dem Erblasser die Testierfreiheit gewährleistet, wonach ihm das alleinige Recht zusteht, sein Vermögen ausschließlich an von ihm ausgewählte Personen zu vererben. Hierbei kann er seine Erbfolge durch Verfügungen von Todes wegen (nachfolgend: „V.v.T.w.“) völlig frei nach seinen persönlichen Vorstellungen selbst regeln. Die dem Erblasser grundgesetzlich garantierte unbeschränkbare Testierfreiheit wird im Rahmen des gesetzlichen Verbots des § 2302 BGB auch dadurch geschützt, dass lediglich mittels Erbvertrag (§ 1941 I i.V.m. § 2274 ff. BGB) oder gemeinschaftlichem Testament (§ 1937 i.V.m. § 2265 ff. BGB) eine freiwillige rechtsgeschäftlich vereinbarte Einschränkung zugelassen ist, so dass andere Verträge über V.v.T.w. nichtig sind. Die Testierfreiheit wird jedoch durch das Pflichtteilsrecht der nächsten Angehörigen gem. §§ 2303 ff. BGB in gewisser Weise begrenzt, da so trotz der Möglichkeit des freien Testierens über den Nachlass, hierdurch eine zwingende Mindestbeteiligung des Pflichtteilsberechtigten am Erblasservermögen sichergestellt wird. Der Pflichtteilsanspruch soll den Verlust eines an sich bestehenden gesetzlichen Erbrechts ersetzen, so dass der Teil des Erblasservermögens, der auf den Pflichtteilsanspruch entfällt, somit der Dispositionsbefugnis des Erblassers von Todes wegen entzogen ist¹.

Zu beachten ist, dass ein Pflichtteilsanspruch nicht nur aufgrund Enterbung entsteht, sondern auch bei wertmäßiger Beschränkung auf den gesetzlichen Pflichtteil als Erbe oder Vermächtnisnehmer, sofern der Erblasser zu seinen Lebzeiten ein von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang des Nachlasses mittels einer V.v.T.w. formwirksam festgelegt hat, § 2303 I S. 1 BGB.

Auch wenn Ehegatten bzw. eingetragene Lebenspartner ein sog. Berliner Testament verfügen, wonach der länger lebende Ehegatte bzw. eingetragene Lebenspartner Alleinerbe des Erstversterbenden wird und Erben des Längerlebenden die gemeinschaftlichen Kinder - unter sich zu gleichen Teilen - werden, kann jedes Kind auf den Tod des Erstversterbenden bedingt durch dessen Enterbung den Pflichtteil vom Alleinerben verlangen, obwohl sie als Schlusserben alles vom Zweitversterbenden, also auch das übrig gebliebene Vermögen des Erstversterbenden, erben. Die bloße Einsetzung als Vor- bzw. Nacherbe hingegen stellt noch keinen Ausschluss dar, sondern hierbei handelt

¹ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2303 Rn. 1.

es sich nur um eine Beschränkung i.S.v. § 2306 I, II BGB, so dass hierdurch kein Pflichtteilsanspruch entstehen würde.

II. Kreis der Pflichtteilsberechtigten

Das Pflichtteilsrecht genießt zwar nach h.M., insbesondere nach der Rechtsprechung des BGH², über Art. 14 i.V.m. Art. 6 GG verfassungsrechtlichen Bestandsschutz, jedoch ist noch nicht abschließend geklärt, welche Angehörigen und in welchem Umfang diese vom Schutz tatsächlich erfasst sind.

Als Verwandte des Erblassers sind primär Abkömmlinge (§ 2303 I S. 1 BGB) sowie der Ehegatte (§ 2303 II S. 1 BGB) bzw. eingetragene Lebenspartner (§ 10 VI S. 1, 2 LPartG) pflichtteilsberechtigt. Sofern der Erblasser kinderlos geblieben ist, sind auch dessen Eltern (§ 2303 II S. 1 i.V.m. § 2309 BGB) pflichtteilsberechtigt. Nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten zählen die Geschwister, die Großeltern, Neffen und Nichten des Erblassers.

Die Pflichtteilsberechtigung setzt entweder ein entsprechend rechtlich anerkanntes Verwandtschaftsverhältnis, welches bei Abkömmlingen durch Abstammung (§ 1589 I BGB) bzw. Annahme von Kindes statt (§§ 1741 ff., 1754 I oder 1770 I BGB) begründet wird, oder eine rechtsgültig eingegangene und beim Tod des Erblassers noch bestehende Ehe bzw. eingetragene Partnerschaft voraus. Das BVerfG³ hat hierzu festgestellt, dass das Pflichtteilsrecht verfassungsgemäß ist und dass das Pflichtteilsrecht insbesondere den Kindern des Erblassers aufgrund der Erbrechtsgarantie des Art. 14 I S. 1 i.V.m. Art. 6 I GG als eine „grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung an dessen Nachlass“ zusteht.

Eltern oder entfernte Abkömmlinge sind nur dann pflichtteilsberechtigt, wenn keine näheren Abkömmlinge vorhanden sind (§§ 1924 II, 1930, 2303 I, II BGB), wobei sich die Reihenfolge der Berechtigten dann nach § 2309 BGB richtet. Durch § 2309 BGB soll letztendlich eine Vervielfältigung der Pflichtteilslast vermieden werden, die sonst durch das Nachrücken entfernter Abkömmlinge oder eines Elternteils in den Kreis der Pflichtteilsberechtigten entstehen würde⁴.

Sollte zur Zeit des Erbfalls ein näherer Abkömmling leben, so kann ein entfernter Abkömmling den Pflichtteil nur dann verlangen, wenn der nähere Abkömmling einen unbelasteten Erbteil gem. §§ 1942 I, 1953 I, II BGB ausschlägt, der die Hälfte des gesetzlichen Erbteils umfasst oder sogar übersteigt oder der nähere Abkömmling hat einen beschränkten Erbverzicht ohne Erstreckung auf seine

² BGHZ 98, 226 (233); BGHZ 109, 306 (313).

³ BVerfG, Beschluss v. 19.4.2005 - 1 BvR 1644/00 = NJW 2005, 1561.

⁴ Lange/Müko (2013) BGB § 2309 Rn. 1.

Abkömmlinge mit dem Erblasser gem. §§ 2346 I S. 2, 2349 BGB vereinbart oder die Erbunwürdigkeit des näheren Abkömmlings wurde gem. §§ 2339, 2340, 2344 I, II BGB festgestellt⁵. In diesen Falllagen wird der nähere Abkömmling aufgrund der gesetzlichen Fiktion in §§ 1953 II, 2349, 2344 II BGB so behandelt, als wäre er bereits vorverstorben. Die h.M.⁶ bejaht das Pflichtteilsrecht des entfernteren Abkömmlings auch bei der Enterbung des näheren Abkömmlings, obwohl eine entsprechende Vorversterbensfiktion fehlt.

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob dies nur bei der Enterbung aufgrund einer negativen V.v.T.w. (§ 1938 BGB) angenommen werden kann oder auch infolge einer erschöpfenden Erbeinsetzung eines Dritten unter Übergehung des Berechtigten⁷. Der BGH⁸ hat sich der h.M. angeschlossen und zugleich klargestellt, dass der entferntere Abkömmling auch dann pflichtteilsberechtigt ist, wenn der nähere Abkömmling durch V.v.T.w. enterbt wurde und dem näheren Abkömmling gleichzeitig der Pflichtteil wirksam gem. § 2333 BGB entzogen wurde. Dies begründet er damit, dass es sonst zu Wertungswidersprüchen kommen würde, wenn die Nachkommen des enterbten näheren Abkömmlings anders behandelt würden als Nachkommen des näheren Abkömmlings, dessen Erbunwürdigkeit festgestellt wurde⁹. Aufgrund der Enterbung des näheren Abkömmlings würde grds. der Pflichtteilsanspruch des entfernteren Abkömmlings entfallen, da der nähere Abkömmling den Pflichtteil gem. § 2303 I S. 1 BGB selbst verlangen könnte. Hierbei spielt es keine Rolle, ob der nähere Abkömmling den Pflichtteil auch tatsächlich verlangt.

Da im vom BGH entschiedenen Fall die Enterbung des näheren Abkömmlings (hier: Sohn der Erblasserin) mit dessen Pflichtteilsentziehung kombiniert wurde, hat der nähere Abkömmling keinen Pflichtteilsanspruch und die entfernteren Abkömmlinge (hier: Enkel 1 und Enkel 2 der Erblasserin) rücken an dessen Stelle in die gesetzliche Erb- und Pflichtteilsfolge ein. Der BGH spricht sich dafür aus, dass im Falle der stillschweigenden Enterbung des entfernteren Abkömmlings (hier: Enkel 1 durch Alleinerbeinsetzung des Enkel 2) mittels einer weiteren V.v.T.w., dieser von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist und hierdurch ein Pflichtteilsrecht gem. § 2303 I S. 1 BGB erlangt¹⁰.

In einem weiteren Urteil vertritt der BGH¹¹ die Auffassung, dass § 2309 Alt. 2 BGB dann nicht gilt, wenn ein Erbe (hier: Tochter des Erblassers und Mutter der

⁵ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2309 Rn. 2.

⁶ RGZ 61, 14, 17. f.; 93, 193, 194 f.; *Lange/Müko* (2013) BGB § 2309 Rn. 12; *Hoeren*, Hk-BGB § 2309 Rn. 3

⁷ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2309 Rn. 12.

⁸ BGH, Urt. v. 13.4.2011 - IV ZR 204/09 = ZEV 2011, 366.

⁹ BGH, Urt. v. 13.4.2011 - IV ZR 204/09 Tz. 32.

¹⁰ BGH, Urt. v. 13.4.2011 - IV ZR 204/09 Tz. 33.

¹¹ BGH, Urt. v. 27.6.2012 - IV ZR 239/10 = MittBayNot 2012, 475.

Enkelin) trotz wirksamen Erb- und Pflichtteilsverzichts, der sich allein auf seine Person bezog, durch spätere letztwillige V.v.T.w. zum gewillkürten Alleinerben eingesetzt wird und ein weiterer Abkömmling (hier: Enkelin des Erblassers), der durch eine frühere letztwillige V.v.T.w. zum Erbe eingesetzt war, mit diesem zum allein bedachten Stamm gesetzlicher Erben gehört. Der BGH gesteht der Enkelin ggü. der als Alleinerbin eingesetzten Tochter aufgrund teleologischer Reduktion des § 2309 Alt. 2 BGB einen Pflichtteilsanspruch zu, da in dem entschiedenen Fall keine Gefahr bestehen würde, „dass der Stamm zum Nachteil weiterer Beteiligter einen höheren Pflichtteil erhalten könnte“¹², weil die Tochter und die Enkelin die einzigen vorhandenen Abkömmlinge des Erblassers waren, so dass die Tochter infolge Erb-, Pflichtteilsverzichts gem. § 2346 I S. 2, 1. Hs. BGB als Vorverstorben gilt und die Enkelin an ihre Stelle in die gesetzliche Erb- und Pflichtteilsfolge einrückt, welche jedoch durch die Alleinerbeinsetzung der Tochter wirksam gem. § 2303 I S. 1 BGB enterbt wurde.

III. Pflichtteilsschuldner und Pflichtteilslast

Schuldner des Pflichtteilsanspruchs ist im Außenverhältnis zum Pflichtteilsgläubiger - unabhängig von einer Testamentsvollstreckungsanordnung - grds. der Alleinerbe (§§ 2303 I S. 1, 2213 I S. 3 BGB) oder die Miterbengemeinschaft. Der Beschenkte ist gem. § 2329 I BGB nur dann Schuldner des Pflichtteilsanspruchs, soweit der Erbe zur Pflichtteilsergänzung nicht verpflichtet ist.

Für die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs haften mehrere Erben als Gesamtschuldner grds. mit ihrem Eigenvermögen, einschließlich des Miterbenanteils, §§ 2058 ff. BGB, § 859 II ZPO. Im Innenverhältnis verteilt sich die Pflichtteilslast zwischen den einzelnen Nachlassberechtigten (Alleinerbe, Miterben, Vermächtnisnehmer und Auflagenbegünstigte), §§ 2318, 2320 bis 2324 BGB.

Der Pflichtteilsanspruch selbst stellt eine Nachlassverbindlichkeit in Form einer Erbfallschuld (§ 1967 II BGB) dar, weil er anlässlich des Erbfalls zu Lasten der Erben entsteht¹³. Vor der Nachlassteilung kann jeder Miterbe die Zahlung des Pflichtteils aus dem Eigenvermögen, d.h. aus demjenigen Vermögen, das er außer seinem Anteil an dem Nachlass hat, verweigern, so dass der Miterbe nur mit seinem Anteil am Nachlass haftet, § 2059 I S. 1 BGB. Der Pflichtteilsberechtigte hat jedoch das Recht, die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlass von allen Miterben mittels Gesamthandsklage zu verlangen, § 2059 II BGB, § 747 ZPO.

Nach der Nachlassteilung haften Miterben gesamtschuldnerisch mit ihrem Eigenvermögen, § 2058 BGB. Dies hat zur Folge, dass sie die Befriedigung eines

¹² BGH, Urt. v. 27.6.2012 - IV ZR 239/10 Tz. 23.

¹³ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 1967 Rn. 7.

Pflichtteilsberechtigten gem. § 2319 S. 1 BGB im Außenverhältnis nur verweigern können, sofern sie selbst pflichtteilsberechtigt sind, und nur soweit ihnen ihr eigener Pflichtteil verbleibt. Im Übrigen haften in dieser Konstellation für den Ausfall die übrigen Miterben gesamtschuldnerisch, §§ 2319 S. 2, 421, 2058, 426 BGB. In den Fällen der §§ 2060, 2061 BGB besteht für jeden Miterben nur noch eine Teilhaftung für die offenen Nachlassschulden entsprechend der Erbquote. Eine entsprechende Regelung für den Pflichtteilsergänzungsanspruch findet sich in § 2338 BGB.

Das Leistungsverweigerungsrecht steht dem pflichtteilsberechtigten Miterben auch in Bezug auf Regressansprüche der übrigen Miterben aus § 426 BGB zu¹⁴. Der Erblasser kann das Leistungsverweigerungsrecht des pflichtteilsberechtigten Miterben nicht wirksam abbedingen, § 2324 BGB. Bis zur Höhe des geschützten Pflichtteilsanspruchs des pflichtteilsberechtigten Erben wirkt das Leistungsverweigerungsrecht somit schuldbefreiend.

Eine detaillierte Betrachtung des (erweiterten) Kürzungsrechts nach § 2318 I, III BGB, des Konkurrenzverhältnisses zwischen § 2318 II und III BGB, der Besonderheit von nicht teilbaren Vermächtnissen sowie der Verteilung der Pflichtteilslast im Falle des § 2320 BGB, ist im Rahmen dieser Arbeit aufgrund der Begrenzung des Umfangs der Arbeit nicht möglich.

IV. Höhe, Fälligkeit und Verjährung des Pflichtteilsanspruchs

1. Höhe und Fälligkeit

Das deutsche Pflichtteilsrecht begründet kein sog. Noterbrecht und vermittelt auch keine Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft, sondern nur einen schuldrechtlichen Geldzahlungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten in Höhe der Hälfte des Wertes seines gesetzlichen Erbteils (sog. Pflichtteilsquote) gegen die Erben, §§ 2303 I S. 2, 1924 ff. BGB. Bei verheirateten bzw. verpartnerten Pflichtteilsberechtigten ist die Pflichtteilsquote jedoch vom geltenden Güterstand abhängig.

Bei der Feststellung des gesetzlichen Erbteils des Pflichtteilsberechtigten sind gem. § 2310 S. 1 BGB Personen, die durch Ausschlagung, Erbunwürdigkeit oder Enterbung von der Erbfolge ausgeschlossen sind, mitzuzählen. Nicht mitgezählt wird, wer einen Erbverzicht erklärt hat, § 2310 S. 2 BGB.

Ein Pflichtteilsanspruch besteht nicht nur für den Fall, dass der gesetzliche Erbe gänzlich von der Erbfolge ausgeschlossen wurde, sondern auch dann, wenn der Erblasser ihn zwar als Erbe einsetzt, den Erbteil aber so gering bemessen hat, dass der Erbe weniger erhält, als ihm bei Enterbung und Geltendmachung des

¹⁴ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2319 Rn. 1.

Pflichtteilsanspruchs zugestanden hätte, oder den Erbteil durch Beschwerden und Beschränkungen belastet hat (z.B. mit Vermächtnissen bzw. Auflagen), §§ 2305, 2306 BGB. Gleiches gilt, wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten ein geringwertiges Vermächtnis (§ 1939 BGB) zugewandt hat, § 2307 I BGB. Nur im Fall des geringwertigen Vermächtnisses kann der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis form-, fristlos ausschlagen und den ungekürzten Pflichtteil vom Beschwerten (§ 2180 BGB) gem. § 2307 I S. 1 BGB verlangen. Er hat auch die Möglichkeit zur Vermächtnisannahme, wobei er sich gem. § 2307 I S. 2 BGB dessen Wert zur Zeit des Erbfalls auf den Pflichtteil anrechnen lassen muss, so dass er nur noch einen Pflichtteilsrestanspruch geltend machen kann.

Sofern und soweit das Vermächtnis mit Beschränkungen oder Beschwerden belastet ist, bleiben diese bestehen und müssen vom Vermächtnisnehmer erfüllt werden. Auch sind sie bei der vorherigen Wertermittlung des Pflichtteilsrestanspruchs nicht zu berücksichtigen, § 2307 I S. 2, 2. Hs. BGB.

Dieses Wahlrecht zwischen Vermächtnisannahme mit Geltendmachung des Pflichtteilsrestanspruchs und Vermächtnisausschlagung mit Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs steht dem mit einem unzureichenden unbeschränkten und unbeschwerten Erbteil bedachten Miterben grdsl. nicht zu, d.h. schlägt der Miterbe den hinterlassenen unbeschränkten und unbeschwerten Erbteil aus, verliert er den vollen Pflichtteilsanspruch; er kann lediglich den Zusatzpflichtteilsanspruch ggü. den übrigen Miterben beanspruchen, falls er den Erbteil annimmt¹⁵.

Der Ehegatte bzw. der eingetragene Lebenspartner, der zum unbeschränkten und unbeschwerten gewillkürten oder gesetzlichen Miterbe berufen ist, kann hingegen trotz Ausschlagung neben dem grdsl. sofort fälligen rechnerischen Zugewinnausgleich zusätzlich den sog. kleinen Pflichtteilsanspruch i.H.v. $1/8$ ¹⁶, der sich aus dem normalen gesetzlichen Erbteil gem. § 1931 I BGB bzw. § 10 I LPartG berechnet, verlangen, sofern die Ehegatten bzw. die eingetragenen Lebenspartner im Todeszeitpunkt des Erblassers im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt haben, § 1371 III, II BGB bzw. § 6 LPartG. Zu beachten ist, dass der Ehegatte bzw. eingetragene Lebenspartner, der sowohl einen Erbteil als auch ein Vermächtnis erworben hat, beides ausschlagen muss, um den kleinen Pflichtteilsanspruch nebst rechnerischen Zugewinnausgleich geltend machen zu können¹⁷. Nimmt der Miterbe den unzureichenden Erbteil an, kann er zusätzlich den Zusatzpflichtteil von den übrigen Miterben

¹⁵ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2305 Rn. 8.

¹⁶ Sog. güterrechtliche Lösung.

¹⁷ *Brudermüller/Palandt* (2015) BGB § 1371 Rn. 18.

verlangen; dem Ehegatten steht in diesem Fall der sog. große Pflichtteilsanspruch i.H.v. 1/4 zu.

Ist der hinterlassene Erbteil durch Beschränkungen oder Beschwerden belastet, kann der Pflichtteilsberechtigte - unabhängig von der Höhe seines Erbteils und unabhängig vom Umfang der Belastungen - entweder den belasteten Erbteil mit allen seinen Beschränkungen und Beschwerden annehmen oder den Erbteil ausschlagen (§ 1945 I BGB, §§ 342 I Nr. 5, 343 FamFG bzw. § 344 VII FamFG) und den vollen Pflichtteil verlangen, § 2306 I S. 1 BGB (n.F.)¹⁸.

Bei der Ausübung des Wahlrechts sollte der Pflichtteilsberechtigte jedoch ins Kalkül ziehen, dass ihm bei Annahme der Erbschaft kein Zusatzpflichtteilsanspruch (§ 2305 BGB) zusteht, wenn die Belastungen dazu führen, dass der verbleibende Erbteilswert unter dem Pflichtteilswert absinkt oder vollständig aufgebraucht wird, so dass er alle zu seinen Lasten angeordneten Belastungen tragen und erfüllen muss, ohne dass er sich auf § 2318 BGB berufen kann¹⁹.

Diese seit dem 1.1.2010 neu normierte taktische Ausschlagungsmöglichkeit stellt einen erheblichen Risikofaktor dar, weil hierdurch jede noch so gut durchdachte Nachlassplanung des Erblassers sabotiert werden kann, indem der Erbe von seinem Ausschlagungsrecht fristgemäß²⁰ Gebrauch macht.

Beim Wahlrecht handelt es sich um ein vererbliches Gestaltungsrecht (§ 1952 I BGB), welches höchstpersönlich und nicht selbständig übertragbar ist, so dass ein Sozialhilfeträger das Ausschlagungsrecht nicht nach § 93 SGB XII auf sich überleiten und anschließend ausüben kann, um somit den Pflichtteil geltend zu machen²¹. Auf den Meinungsstreit in der Literatur hinsichtlich des Gegenstandes der Ausschlagung in Anwendung der Regelung des § 2306 I BGB, also ob sich die Ausschlagung auf alle Berufungsgründe (Stellung als gesetzlicher und als gewillkürter Erbe)²² beziehen muss, oder ob die Beschränkung auf die Berufung aufgrund der V.v.T.w. genügt²³, kann aufgrund der Begrenzung des Umfangs der Arbeit nicht detailliert eingegangen werden. Bisher hat sich zu dieser Streitfrage nur das OLG Schleswig²⁴ geäußert und sich der vermittelnden Meinung²⁵ angeschlossen, wonach auf die konkreten

¹⁸ Mit Wirkung vom 1.1.2010 durch Art. 1 ErbVerjRÄndG vom 24.9. 2009 (BGBl. I 2009, 3142).

¹⁹ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2306 Rn. 18.

²⁰ Ausschlagungsfrist beträgt sechs Wochen seit Kenntnis vom Erbanfall, Berufungsgrund sowie Beschränkungen und Beschwerden, §§ 1944 I, II S. 1, 2306 I 2. Hs. BGB.

²¹ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2306 Rn. 17.

²² *Sachs*, ZEV 2010, 556 (557).

²³ Zum Meinungsstreit: *Lange/Honzen* ZERB 2011, 289; *Mayer/BeckOK* (1.8.2015) BGB § 2306 Rn. 9.

²⁴ OLG Schleswig, Urt. v. 2.9.2014 - 3 U 3/14 = ZEV 2015, 109.

²⁵ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2306 Rn. 19; *Mayer/BeckOK* (1.8.2015) BGB § 2306 Rn. 9.

Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen ist, so dass die Ausschlagung des gesetzlichen Erbteils zur Pflichtteilerlangung nur dann erforderlich ist, sofern sich die vom Erblasser angeordneten Belastungen i.S.d. § 2306 BGB an dem gesetzlichen Erbteil fortsetzen.

Im Falle der Vermächtnisausschlagung richtet sich im Innenverhältnis die Pflichtteilslast nach § 2321 BGB mit der Folge, dass diese in Höhe des erlangten Vorteils von demjenigen zu tragen ist, der von der Ausschlagung profitiert.

Die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs erfolgt unter Berücksichtigung etwaiger Anrechnungs- und Ausgleichspflichten (§§ 2315 ff. BGB), Beschränkungen und Beschwerungen bleiben jedoch außer Betracht und erhöhen den Zusatzpflichtteilsanspruch (§ 2305 S. 2 BGB) bzw. den Pflichtteilsrestanspruch (§ 2307 I S. 2, 2. Hs. BGB) nicht²⁶.

Der vererbliche und übertragbare Pflichtteilsanspruch entsteht gem. § 2317 I, II BGB mit dem Erbfall und ist sofort zur Erfüllung fällig, § 271 I BGB. Der Pflichtteilsberechtigte kann auf Kosten des Nachlasses zunächst den Erben zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses auffordern, § 2314 I, II BGB. Zum Vorliegen des Zahlungsverzugs bedarf es einer Mahnung seitens des Pflichtteilsberechtigten nach Eintritt des Erbfalls, § 286 I BGB. Der Umstand, dass nach der Rechtsprechung mit Zugang der Mahnung auch dann Verzug eintritt, wenn der Pflichtteilsanspruch durch den Pflichtteilsberechtigten noch nicht beziffert werden kann²⁷, stellt für den Pflichtteilsschuldner ggf. ein großes Problem dar, weil er u.U. mangels liquiden Geldmitteln im Nachlass sich diese erst beschaffen muss. Sofern der Erbe seiner Auskunftserteilungsverpflichtung nicht nachkommt, kann der Pflichtteilsberechtigte mittels Stufenklage nach § 254 ZPO zunächst Auskunft und Wertermittlung gem. § 2314 BGB (1. Stufe) verlangen und dann zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach § 260 ZPO (2. Stufe) sowie zur Zahlung desjenigen Geldbetrages, der sich auf der Grundlage der 1. und 2. Stufe ergeben hat, auffordern.

2. Verjährung

Der ordentliche Pflichtteilsanspruch (§ 2303 BGB), der Zusatzpflichtteilsanspruch (§ 2305 BGB), der Pflichtteilsrestanspruch (§ 2307 I S. 2 BGB), der Pflichtteilsergänzungsanspruch (§§ 2325, 2329 BGB) sowie der Anspruch auf Auskunft und Wertermittlung (§ 2314 BGB) müssen innerhalb von drei Jahren von dem Schluss des Jahres an gerechnet, in dem der Berechtigte Kenntnis von der Entstehung des Anspruchs (§ 2317 I BGB) und von der den Berechtigten

²⁶ Lange/Müko (2013) BGB § 2307 Rn. 15.

²⁷ BGH, Urt. v. 6.5.1981 - IVa ZR 170/80 = NJW 1981, 1729.

beeinträchtigenden Verfügung, also Enterbung bzw. Schenkung an einen Dritten, erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können, §§ 195, 199 I BGB, geltend gemacht werden, da diese Ansprüche sonst verjähren und der Pflichtteilsschuldner zur Leistungsverweigerung berechtigt wäre, § 214 I BGB.

Der BGH²⁸ hatte zur alten Rechtslage des § 2332 I BGB a.F.²⁹ zum Verjährungsrecht entschieden, dass für den Verjährungsbeginn die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten von der konkreten Zusammensetzung und dem Wert des Nachlasses unerheblich ist. Auch nach der neuen Rechtslage sind diese Kenntnisse für den Verjährungsbeginn nicht erheblich, so dass die BGH-Entscheidung auch unter Anwendung der neuen Rechtslage ihre Gültigkeit behält³⁰. Mithin beginnt die Verjährungsfrist nicht erneut zu laufen, sobald der Pflichtteilsberechtigte zu einem späteren Zeitpunkt von der Nachlasszugehörigkeit eines Gegenstandes Kenntnis erlangt. Im Falle des Vorliegens eines belasteten Erbteils nach § 2306 BGB ist für den Fristbeginn zusätzlich lediglich die Kenntnis der Beschränkungen und Beschwerungen des Erbteils erforderlich, die Kenntnis von Ausgleichungs-, Anrechnungspflichten ist nicht erforderlich, da zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs immer die Ausschlagung erforderlich ist.

Die Verjährung tritt unabhängig von der nach § 199 I BGB geforderten Kenntnis spätestens 30 Jahre nach dem Erbfall ein, § 199 IIIa BGB. Zu beachten ist, dass der Verjährungsbeginn des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gegen den Beschenkten aus § 2329 BGB unabhängig von der Kenntnis des Schenkungstatbestandes innerhalb von drei Jahren seit dem Erbfall verjährt, § 2332 I BGB. Dies gilt auch für den Fall, dass der Beschenkte zugleich Miterbe ist³¹.

Weiter schließt § 2332 II BGB aus, dass durch eine Ausschlagung von erbrechtlichen Rechten (z.B. Vermächtnis) die Verjährung gehemmt wird.

Durch Erhebung einer auf Auskunft und Zahlung gerichtete Stufenklage kann der Pflichtteilsberechtigte die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs hemmen³², § 204 I Nr. 1 BGB.

V. Wertermittlung des Pflichtteilsanspruchs

Für die Berechnung ist der Bestand und der Wert des Nachlasses ausschließlich zum Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend, § 2311 I S. 1 BGB, so dass nachträgliche Wertsteigerungen oder Wertminderungen grds. außer Betracht bleiben³³. Auch eine nachträgliche Änderung im Nachlassbestand hat auf die Stichtagsbe-

²⁸ BGH, Urte. v. 16.1.2013 - IV ZR 232/12 = DNotZ 2013, 453.

²⁹ Art. 229 § 23 I S. 1, IV S. 1 EGBGB.

³⁰ Vgl. Urteilsanmerkung von *Lange*, DNotZ 2013, 453 (460).

³¹ Brox/Walker, ErbR, Rn. 570.

³² BGH, Urte. 17.6.1992 - IV ZR 183/91 = NJW 1992, 2563.

³³ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2311 Rn. 1.

zogenheit des Pflichtteilsanspruchs keinen Einfluss. Alle zum Todeszeitpunkt des Erblassers vorhandenen Aktiv- und Passivposten des Erblasservermögens sind zunächst festzustellen und anschließend sind diese der Höhe nach mit dem Verkehrswert³⁴ zu bewerten, so dass Grundlage der Pflichtteilsberechnung der Netto-Nachlass ist, welcher sich durch die Subtraktion der Summe der Passivwerte von der Summe der Aktivwerte ergibt³⁵. Bei der ggf. gem. § 2311 II S. 1 BGB schätzweise durchzuführenden Wertermittlung ist zu beachten, dass zur Pflichtteilsberechnung eines Abkömmlings und der Eltern des Erblassers eine Sonderregelung gem. § 2311 I S. 2 BGB existiert, wonach der dem überlebenden Ehegatten zustehende Voraus (§ 1932 BGB) außer Ansatz bleibt. Entsprechendes gilt für den eingetragenen Lebenspartner, § 10 I S. 3-5, VI S. 2 LPartG.

Der Aktivbestand erfasst alle vererblichen Vermögensgegenstände, die im Wege der Universalsukzession übergehen und somit tatsächlich in den Nachlass fallen, und auch Gegenstände, die aufgrund einer erbrechtlichen Sonderrechtsnachfolge (z.B. vererbliche Anteile an Personengesellschaften) übergehen, sowie alle vermögensrechtlichen Positionen und unfertige Rechtsbeziehungen des Erblassers³⁶. Sofern Aktiva außerhalb der Erbfolge, z.B. aufgrund Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall gem. §§ 328, 331 BGB (z.B. Ansprüche aus einem Lebensversicherungsvertrag mit wirksamer Bezugsberechtigtenbestimmung) im Zeitpunkt des Erbfalls auf die jeweiligen Bedachten übergehen, stellen diese zwar keine zu berücksichtigenden Aktivposten dar, jedoch könnten hieraus u.U. Pflichtteilsergänzungsansprüche generiert werden.

In Bezug auf nachlasszugehörige Gesellschaftsbeteiligungen an Personengesellschaften ist ebenfalls grds. der Verkehrswert, also der wirkliche Unternehmenswert als wirtschaftliche Einheit anzusetzen³⁷, soweit keine abweichenden gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen getroffen wurden. Bisher gibt es hierzu keine „einhellig gebilligte Bewertungsmethode“³⁸. Regelmäßig wird der Unternehmenswert durch eine Kombination von Substanz- und Ertragswert ermittelt, wobei die Umstände des Einzelfalles entsprechend zu berücksichtigen sind³⁹. Unstreitig ist, dass der Unternehmenswert nicht einfach der Handels- oder Steuerbilanz entnommen werden kann⁴⁰, da diese zum Schluss eines jeden Geschäftsjahres lediglich den Buchwert und nicht den wahren Unternehmenswert auf den Todeszeitpunkt ausweist.

³⁴ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2311 Rn. 6.

³⁵ Birkenheier/Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, jurisPK-BGB § 2311 Rn. 1.

³⁶ BGH, Urt. v. 9.6.1960 - VII ZR 229/58 = NJW 1960, 1715.

³⁷ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2311 Rn. 10.

³⁸ Herzog/Staudinger (2015) BGB § 2311 Rn. 119.

³⁹ Birkenheier/Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, jurisPK-BGB § 2311 Rn. 57.

⁴⁰ Mayer/BeckOK (1.8.2015) BGB § 2311 Rn. 23.

Die Wertermittlung von Gesellschaftsbeteiligungen wird daher zweistufig⁴¹ durchgeführt: Zunächst ist der Unternehmenswert unter Einbeziehung von stillen Reserven und eines etwaigen inneren Werts (sog. good will) festzustellen⁴², und anschließend ist der Anteil der Beteiligung am Gesamtwert festzulegen. Weiterhin sind Gewinn-, Entnahme-, Herrschaftsrechte, die mit dem Anteil verknüpft sind, bei der Anteilsbewertung noch zu berücksichtigen⁴³.

Eine weitergehende Darstellung der einzelnen Bewertungsmethoden für die verschiedenen Vermögensgegenstände, insbesondere im Hinblick auf die Faktoren bei der Unternehmensbewertung⁴⁴, kann aufgrund der Begrenzung des Umfangs der Arbeit nicht erfolgen.

Bei den Verbindlichkeiten sind zunächst die gem. § 1967 II Alt. 1 BGB vererblichen Erblässerschulden (z.B. Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten gem. § 1586b BGB, zum Todestag rückständige Steuerverbindlichkeiten, die zu Lasten des Erblassers entstanden sind⁴⁵) und die gem. § 1967 II Alt. 2 BGB bestehenden Erbfallschulden (z.B. die Zugewinnausgleichsforderung gem. § 1371 II, III BGB, Beerdigungskosten gem. § 1968 BGB, Nachlassverwaltungskosten, Kosten für die Erstellung des Nachlassverzeichnisses gem. § 2314 II BGB, Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächnissen und Auflagen) festzustellen, soweit sie nicht aufschiebend bedingt, ungewiss, unsicher oder zweifelhaft gem. § 2313 I S. 1, II BGB sind. Bei der Berechnung können insbesondere die vom Erblasser angeordneten Vermächnisse und Auflagen (vgl. § 327 I Nr. 2 InsO), Pflichtteilsansprüche selbst, Kosten der Testamentseröffnung⁴⁶ vom Aktivwert nicht abgezogen werden.

Dem Erblasser ist es gem. § 2311 II S. 2 BGB nicht gestattet, abweichende Wertbestimmungen zu treffen, da die Pflichtteilshöhe vom Erblasserwillen unabhängig ist⁴⁷. Auch kann der Erblasser kein bestimmtes Bewertungsverfahren oder einen bestimmten Gutachter vorgeben⁴⁸. Sofern der Netto-Nachlasswert positiv ist, stellt dieser die Berechnungsgrundlage für den Pflichtteilsanspruch dar. Mithin entsteht bei einem überschuldeten Nachlass gar kein Pflichtteilsanspruch⁴⁹.

⁴¹ Winkler, ZEV 2005, 89 (90).

⁴² Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2311 Rn. 9.

⁴³ BGH, Urt. v. 10.10.1979 - IV ZR 79/78 = NJW 1980, 229.

⁴⁴ Z.B. Ertragswert-, Substanzwertmethode bzw. die Ermittlung des Firmen-, Liquidationswerts.

⁴⁵ Lange/Müko (2013) BGB § 2311 Rn. 18.

⁴⁶ Lange/Müko (2013) BGB § 2311 Rn. 20.

⁴⁷ Lange/Müko (2013) BGB § 2311 Rn. 24.

⁴⁸ Lange/Müko (2013) BGB § 2311 Rn. 24.

⁴⁹ OLG Stuttgart, Urt. v. 29.6.1989 = NJW-RR 1989, 1283.

VI. Pflichtteilergänzungsanspruch nach §§ 2325 ff. BGB

Durch §§ 2325 ff. BGB soll der Pflichtteilsberechtigte davor geschützt werden, dass der Erblasser selbst den künftigen Nachlass durch unentgeltliche lebzeitige Zuwendungen vor seinem Tode aushöhlt, um hierdurch den ordentlichen Pflichtteilsanspruch zu vereiteln.

Somit können gutgemeinte Erblasser-Zuwendungen, die beispielsweise zur Abfindung von nichtnachfolgeberechtigten Abkömmlingen und/oder Ausnutzung von Erbschaftsteuerfreibeträgen vorgenommen werden, sich u.U. für den Erben bzw. Beschenkten zu einem späteren Zeitpunkt als fatale Pflichtteilsfallen herauskristallisieren, wenn sie unbedacht und ohne Rechtsberatung vorgenommen werden. Hierbei ist es unerheblich, ob der Erblasser die Zuwendung mit Benachteiligungsabsicht i.S.v. §§ 2287, 2288 BGB vorgenommen hat⁵⁰.

Der Pflichtteilsberechtigte erhält gegen den Erben - soweit § 2329 BGB nicht eingreift - einen vom Pflichtteilsanspruch unabhängigen außerordentlichen Pflichtteilsanspruch, der sich nicht nur auf den realen Nachlass bezieht, sondern auf den wirtschaftlichen Wert des lebzeitigen Vermögens des Erblassers⁵¹. Dies hat zur Folge, dass auch der Erbe einen Pflichtteilergänzungsanspruch geltend machen kann, weil dessen Geltendmachung nicht vom Bestand des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs abhängt (§ 2326 BGB)⁵².

Der Pflichtteilergänzungsanspruch wird jedoch bzgl. des Zeitpunkts der Geltendmachung, der Vererblichkeit, der Übertragbarkeit, der Auskunftspflicht und des Wertermittlungsanspruchs wie der ordentliche Pflichtteil behandelt. Auch stellt der Pflichtteilergänzungsanspruch eine Nachlassverbindlichkeit dar, die grds. vom Erben zu erfüllen ist, jedoch muss dem Erben mindestens wertmäßig sein eigener Pflichtteil unter Einschluss des Ergänzungspflichtteils verbleiben, § 2328 BGB. Der Ergänzungsanspruch ist ebenfalls auf die Zahlung eines Geldbetrages gerichtet, und nicht auf Anfechtung der Schenkung oder auf eine wertmäßige Beteiligung am Nachlass⁵³.

Nach bisheriger Rechtsprechung des BGH⁵⁴ konnte nur derjenige Pflichtteilergänzungsansprüche aufgrund der sog. Theorie der Doppelberechtigung geltend machen, der im Zeitpunkt der Schenkung bereits pflichtteilsberechtigt war. Nach 40 Jahren hat der Erbrechtssenat des BGH unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen entgegenstehenden Rechtsprechung nunmehr entschieden⁵⁵, dass das Entstehen des Pflichtteilergänzungsanspruchs nicht mehr davon

⁵⁰ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2325 Rn. 7.

⁵¹ Lange/Müko (2015) BGB § 2325 Rn. 1.

⁵² BGH, Urt. v. 21.3.1973 - IV 157/71 = NJW 1973, 995.

⁵³ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2325 Rn. 3.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 21.6.1972 - IV ZR 69/71 21. 6. 1972 = NJW 1973, 40.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 23.5.2012 - IV ZR 250/11 = FamRZ 2012, 1383.

abhängt, ob der Pflichtteilsberechtigte (hier: Enkel, die zum Zuwendungszeitpunkt noch nicht geboren waren) bereits im Zeitpunkt der Vornahme der Schenkung schon pflichtteilsberechtigt war, sondern allein die Pflichtteilsberechtigung zum Zeitpunkt des Erbfalls genügt⁵⁶. Mithin ist nunmehr auch ein nach der schenkweisen Zuwendung geborener Abkömmling ergänzungsberechtigt⁵⁷.

Ob diese Entscheidung auch für andere Fälle (z.B. nachrückender Ehegatte bzw. eingetragene Lebenspartner, der im Zuwendungszeitpunkt noch nicht mit dem Erblasser verheiratet war) gilt, ist gegenwärtig noch umstritten⁵⁸.

Die §§ 2325 ff. BGB greifen jedoch nur bei rechtsgültige Schenkungen unter Lebenden im Sinne der §§ 516 ff. BGB.

Der Ergänzungsanspruch selbst wird aus dem fiktiven Nachlass ermittelt, indem der verschenkte Gegenstand dem realen Nachlass hinzugerechnet wird. Nur sofern der fiktive Nachlass einen positiven Wert ausweist, kann der Pflichtteilsberechtigte denjenigen Betrag verlangen, um den sich sein ordentlicher Pflichtteil erhöhen würde, wenn alle in den letzten zehn Jahren vor dem Erbfall (vgl. § 2325 III S. 1 BGB) getätigten Schenkungen, einschließlich Schenkungen an den Pflichtteilsberechtigten (§ 2327 BGB), dem Nachlass des Erblassers hinzugerechnet würden.

Bei der vorgenannten Zehn-Jahresfrist (Pro-Rata-Regelung) handelt es sich um eine gleitende Ausschlussfrist, so dass die Schenkung im ersten Jahr vor dem Erbfall voll in die Berechnung einbezogen wird, im zweiten Jahr nur noch zu 9/10, im dritten Jahr zu 8/10 und dann weiter abschmelzend, so dass der Erbe nach zehn Jahren keinen Pflichtteilsergänzungsanspruch mehr schuldet.

Eheleuten muss bewusst sein, dass die Frist bei gegenseitigen Schenkungen unabhängig vom Güterstand erst mit der Auflösung der Ehe, also i.d.R. mit dem Tod eines Ehegatten, gem. § 2325 III S. 3 BGB zu laufen beginnt, so dass hieraus regelmäßig Pflichtteilsergänzungsansprüche generiert werden können.

Der Pflichtteilsberechtigte trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Vermögensgegenstand ohne erfolgte Schenkung Nachlassbestandteil geworden wäre, dass Einigkeit über die Unentgeltlichkeit vorlag, dass der Schenkungsgegenstand den konkret geltend gemachten Wert unter Einbeziehung des Gegenleistungswertes besaß⁵⁹.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 23.5.2012 - IV ZR 250/11 Tz. 13.

⁵⁷ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2325 Rn. 4.

⁵⁸ Zustimmend: vgl. Urteilsanmerkung von *Reimann*, FamRZ 2012, 1383 (1386); *Keim*, NJW 2012, 3484 (3485); ablehnend: *Bonefeld*, ZErB 2012, 225.

⁵⁹ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2325 Rn. 44.

Auf die Besonderheit des Pflichtteilergänzungsanspruchs gegen den Beschenkten (§ 2329 BGB) kann im Rahmen dieser Arbeit aufgrund der Begrenzung des Umfangs der Arbeit nicht detailliert eingegangen werden. Ebenso kann auf die Besonderheiten der Bewertung von verbrauchbaren und nicht verbrauchbaren Sachen und auf Schenkungen unter Vorbehalt eines Nutzungsrechtes gem. § 2325 II BGB nicht näher eingegangen werden.

B. Folgen beim Tod des Gesellschafters einer Personengesellschaft

I. Gesetzliche Folgen

1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Mit dem Tod eines GbR-Gesellschafters wird die GbR mangels abweichender vertraglicher Regelungen automatisch aufgelöst, § 727 I BGB. Folglich sind hierzu keine Erklärungen der Mitgesellschafter oder Erben oder deren Kenntnis vom Todesfall erforderlich⁶⁰. Die werbende Gesellschaft wandelt sich mit der Auflösung in eine Liquidationsgesellschaft um und die Erben treten - in Erbengemeinschaft - an Stelle des verstorbenen Gesellschafters in diese ein⁶¹.

Die designierten Unternehmensnachfolger erben somit nur einen Anteil an einer Liquidationsgesellschaft zur gesamten Hand und der Anspruch der Erben auf das Auseinandersetzungsguthaben wird somit Nachlassbestandteil. Nunmehr ist der Gesellschaftszweck auf die Auseinandersetzung gerichtet. Ab der Auflösung wird grds. sowohl die Geschäftsführungsbefugnis als auch die Vertretungsbefugnis von allen Liquidationsgesellschaftern gemeinschaftlich ausgeübt, §§ 730 II S. 2, 714 BGB. Für den Fall, dass in einer zweigliedrigen Gesellschaft der verbleibende Gesellschafter gleichzeitig der Alleinerbe des verstorbenen Mitgesellschafter ist, wird die GbR aufgelöst und gleichzeitig beendet⁶². Die Erben haften für Altverbindlichkeiten, also für Gesellschafterschulden, die vor dem Erbfall entstanden sind, gem. §§ 1975 ff., 2058 ff. BGB, so dass die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung besteht⁶³. Diese Haftungsbeschränkungsmöglichkeit besteht auch für die erst im Abwicklungsstadium begründeten Neuverbindlichkeiten der Liquidations-/Abwicklungsgesellschaft und -gesellschafter, weil es sich um Nachlassverwaltungsschulden handelt⁶⁴. Solange die Abwicklung der aufgelösten GbR, insbesondere die Vermögensverteilung, noch nicht vollständig durchgeführt und die GbR somit noch nicht vollständig beendet ist, können die verbliebenen Gesellschafter per einstimmigen nachträglichen Beschluss die

⁶⁰ *Landsitte/Beck PersGes-HB* § 9 Rn. 9.

⁶¹ *Landsitte/Beck PersGes-HB* § 9 Rn. 9.

⁶² *Landsitte/Beck PersGes-HB* § 9 Rn. 9.

⁶³ *Landsitte/Beck PersGes-HB* § 9 Rn. 10.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 6.7.1981 - II ZR 38/81 = NJW 1982, 45.

Fortsetzung der GbR beschließen. Mit Abschluss der Auseinandersetzung ist die GbR dann beendet.

2. Offene Handelsgesellschaft (OHG)

Der Tod eines OHG-Gesellschafters führt, soweit keine abweichenden vertraglichen Regelungen getroffen wurden, gem. § 131 III S. 1 Nr. 1 HGB nicht zur Auflösung der OHG, sondern zum Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters aus der OHG mit seinem Tod (§ 131 III S. 2 HGB), ohne Eintreten der Erben des Verstorbenen, jedoch unter Fortsetzung der OHG mit den verbliebenen Mitgesellschaftern. Aufgrund des Ausscheidens wächst der Anteil des Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern zwingend automatisch⁶⁵ gem. § 738 I S. 2 BGB i.V.m. § 105 III HGB an und den Erben stehen, soweit dies nicht abweichend geregelt wurde, Ansprüche auf den Ausscheidenszeitpunkt aus §§ 738 I S. 2, 2. Hs., 740 BGB i.V.m. § 105 III HGB i.V.m. § 1922 BGB zu, insbesondere der Abfindungsanspruch, der sich gegen die Gesellschaft (§ 124 HGB) und die Mitgesellschafter (§ 128 BGB) richtet.

3. Kommanditgesellschaft (KG)

Der Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters (nachfolgend: „phG“) hat gem. § 161 II HGB dieselben Folgen wie die eines OHG-Gesellschafters⁶⁶. Zu beachten ist, dass eine KG ohne einen phG nicht nach § 161 I HGB fortbestehen kann, so dass die KG in dieser Fallkonstellation dann aufgelöst wäre⁶⁷. Sofern der bzw. die Kommanditisten einen phG finden oder eine Verwaltungs-GmbH ohne Kapitalanteil als künftige phG gründen, kann die KG i.L. als werbende KG fortgeführt werden⁶⁸.

Der Tod eines Kommanditisten führt gem. § 177 HGB ebenfalls nicht zur Auflösung der KG, sondern die KG wird mangels anderslautender gesellschaftsvertraglicher Regelungen automatisch mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt. Der Kommanditanteil ist hierbei Nachlassbestandteil⁶⁹ und geht - mangels anderweitiger Regelungen - unmittelbar, also ohne weitere Rechtshandlungen, auf den oder die Erben des verstorbenen Kommanditisten über, da dieser kraft Gesetzes vererblich ist.

Zur Vermeidung der Zersplitterung des Kommanditanteils kann einerseits gesellschaftsvertraglich geregelt werden, dass die Erben ihre Rechte durch einen

⁶⁵ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 131 Rn. 38, 39.

⁶⁶ Vgl. Ausführungen im Hauptteil Abschnitt B. I. 2. S. 17.

⁶⁷ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 177 Rn. 1.

⁶⁸ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 131 Rn 18, 34, § 177 Rn. 1.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 14.5.1986 - IVa ZR 155/84 = NJW 1986, 2431.

gemeinsamen Vertreter ausüben müssen (sog. Vertreterklausel)⁷⁰, andererseits kann geregelt werden, dass der Kommanditanteil nur auf einen Erben unter Erfüllung bestimmter Voraussetzungen (z.B. bestimmtes Alter, abgeschlossenes Studium bzw. Ausbildung mit unternehmensbezogenen Schwerpunkt) übergeht. In diesem Fall könnte der Abfindungsanspruch der weichenden Erben auch gänzlich ausgeschlossen werden⁷¹.

Soweit die Kommanditbeteiligung auf mehrere Erben übergeht, geschieht dies nach h.M.⁷² im Wege der Sondererbfolge, d.h. die Beteiligung geht entsprechend den Erbquoten der Miterben im Wege der Singularsukzession unmittelbar bereits geteilt - also ohne vorherige diesbezügliche Erbauseinandersetzung - auf die einzelnen Erben direkt über. Für die Erben des Kommanditisten-Erblasser finden die §§ 171, 172 HGB ebenso Anwendung mit der Folge, dass sofern die Einlage geleistet wurde, seine Haftung insoweit ausscheidet. Bei einem negativen Kapitalkonto des Erblasser findet ebenfalls eine Nachfolge in die Beteiligung statt⁷³.

Sofern der Nachfolger bereits pHG der KG ist, erhöht der geerbte Kommanditanteil seinen bisherigen Kapitalanteil entsprechend, wobei die unbeschränkte Haftung selbstverständlich unverändert fortbesteht. Sollte der Nachfolger bereits Kommanditist sein, erhöht sich sein bisheriger Kommanditanteil entsprechend⁷⁴.

II. Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen für den Todesfall

1. Allgemeines

Sofern die gesetzlichen Folgen beim Tod eines Gesellschafters einer Personengesellschaft nicht erwünscht sind, steht den Gesellschaftern eine Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten zur Regelung der Nachfolge in Gesellschaftsanteile ausgerichtet auf die konkreten Belange der Gesellschaft und der Gesellschafter zur Verfügung, welche nachfolgend dargestellt werden.

2. Auflösungsklausel

Im Gesellschaftsvertrag kann durch eine sog. Auflösungsklausel⁷⁵ entsprechend der Regelung in § 727 BGB vereinbart werden, dass die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird.

In diesem Fall gelten die Ausführungen zur GbR⁷⁶ entsprechend.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 12.12.1966 - II ZR 41/65 = NJW 1967, 826.

⁷¹ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 177 Rn. 3.

⁷² BGH, Urt. v. 4.5.1983 - IVa ZR 229/81 = NJW 1983, 2376; Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 177 Rn. 3; Schmidt/Müko (2012) HGB § 177 Rn. 16.

⁷³ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 177 Rn. 3.

⁷⁴ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 177 Rn. 4.

⁷⁵ Vgl. Mustertext bei Abele/Klinger/Maulbetsch § 5 Rn. 18.

⁷⁶ Vgl. Ausführungen im Hauptteil Abschnitt B. I. 1. S. 16.

3. Fortsetzungsklausel

Weiterhin besteht die Möglichkeit im Gesellschaftsvertrag durch eine sog. Fortsetzungsklausel⁷⁷ zu regeln, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters dieser aus der Gesellschaft unter Erlöschen seiner Mitgliedschaft gem. § 736 I BGB ausscheidet und die Gesellschaft nur mit den verbleibenden Mitgesellschaftern unter Anwachsung des Anteils des ausgeschiedenen Gesellschafters im Verhältnis ihrer Beteiligung an der Gesellschaft fortgeführt wird.

Die Fortführung erfolgt unter Übernahme aller Aktiv- und Passivposten durch die Mitgesellschafter. Bei einer zweigliedrigen Gesellschaft wird anstatt der Fortsetzungsklausel eine sog. Übernahmeklausel vereinbart, so dass das gesamte Vermögen beim Tod des Gesellschafters dem verbleibenden, länger lebenden Gesellschafter als Alleinberechtigtem anwächst. Regelmäßig erlischt in diesem Fall die Gesellschaft.

4. Rechtsgeschäftliche bzw. erbrechtliche Nachfolgeklauseln

a) Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

Bei der sog. rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel wird im Gesellschaftsvertrag geregelt, dass die Mitgliedschaft im Todesfall eines Gesellschafters mittels aufschiebend bedingtem Verfügungsgeschäft unter Lebenden auf den in der Klausel benannten Nachfolger eo ipso auf den Todeszeitpunkt übergeht⁷⁸. Mithin erfolgt der Übergang des Anteils unabhängig von einer Erbeinsetzung, so dass der Gesellschaftsanteil nicht in den Nachlass fällt⁷⁹.

Nach h.M.⁸⁰ ist die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel dann wirksam, wenn der Nachfolger als Mitgesellschafter am Gesellschaftsvertrag bereits beteiligt ist. Sofern der Nachfolger noch kein Gesellschafter ist, soll es nach h.M.⁸¹ genügen, wenn er der vertraglichen Nachfolgeregelung beitrifft. Andernfalls ist die Klausel nach h.M.⁸² unwirksam und könnte evtl. in eine Eintrittsklausel umgedeutet werden. Die Unwirksamkeit der Klausel wird damit begründet, dass hier zugleich ein Verfügungsgeschäft zugunsten eines Dritten und eines Vertrages zu Lasten eines Dritten vorliegt, da dieser als Nachfolger gem. §§ 128, 130 HGB haftet⁸³.

⁷⁷ Vgl. Mustertext bei Abele/Klinger/Maulbetsch § 5 Rn. 19.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 11.5.1959 - II ZR 2/58 = NJW 1959, 1433; *Schmidt/Müko* (2010) HGB § 139 Rn. 23, 24.

⁷⁹ *Schmidt/Müko* (2011) HGB § 139 Rn. 23.

⁸⁰ BGH, Urt. v. 10.2.1977 - II ZR 120/75 = NJW 1977, 1339 (1341); *Schmidt/Müko* (2011) HGB § 139 Rn. 23

⁸¹ *Schmidt/Müko* (2011) HGB § 139 Rn. 23; *Roth/Baumbach/Hopt* (2014) HGB § 139 Rn. 57.

⁸² BGH, Urt. v. 10.2.1977 - II ZR 120/75 = NJW 1977, 1339 (1341); *Schmidt/Müko* (2011) HGB § 139 Rn. 23.

⁸³ *Schmidt/Müko* (2011) HGB § 139 Rn. 23; *Roth/Baumbach/Hopt* (2014) HGB § 139 Rn. 58.

Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages wird regelmäßig dann auf die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel zurückgegriffen, wenn die konkrete Erbenstellung des Begünstigten noch unklar ist⁸⁴.

b) Einfache Nachfolgeklausel

Bei der sog. einfachen Nachfolgeklausel⁸⁵ wird gesellschaftsvertraglich geregelt, dass die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird, sondern ausschließlich mit dessen gesetzlichen oder gewillkürten Erben aufgrund Sondererbfolge automatisch fortgesetzt wird, wobei die Erben einzeln entsprechend ihrer Erbquote in den Teil des Gesellschaftsanteils direkt einrücken, da die Erbengemeinschaft selbst nicht Mitglied einer verbenden Personengesellschaft sein kann⁸⁶. Durch die Nachfolgeklauseln wird der Gesellschaftsanteil nur vererblich gestellt⁸⁷; der Übergang der Beteiligung erfolgt erbrechtlich, somit unter Annahme der Erbschaft unmittelbar mit dem Tod des Erblassers. Bei der Ausgestaltung der Nachfolgeklausel kann die Nachfolge von Bedingungen, Potestativbedingungen und Benennungsrechten durch den Gesellschafter-Erblasser abhängig gemacht werden, z.B. hinsichtlich des Alters, Geschlechts, abgeschlossenes Studiums bzw. Ausbildung mit unternehmensbezogenen Schwerpunkt⁸⁸.

Die Gefahr vom Entstehen von Abfindungsansprüchen besteht bei der einfachen Nachfolgeklausel nicht, da die Beteiligung gänzlich auf die Erben übergeht⁸⁹.

Jeder Erbe hat dann die Rechte aus § 139 HGB. Durch die Schaffung des § 139 HGB wird dem Erben die Möglichkeit eröffnet, sein Verbleiben in der Gesellschaft vom Wechsel eines voll haftenden Gesellschafters in die Stellung eines Kommanditisten abhängig zu machen. Diese Wahlmöglichkeit steht jedoch nur Erben eines OHG-Gesellschafters oder eines pHG zu, die aufgrund einer Nachfolgeklausel die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern fortsetzen⁹⁰. Zu beachten ist, dass § 139 HGB nicht greift, wenn die Gesellschaft bereits aufgelöst ist⁹¹ oder die Beteiligung als Vermächtnis erworben wurde⁹². Sofern der Erbe bereits vor dem Erbfall OHG-Gesellschafter oder pHG war, kann er das Wahlrecht aufgrund des Grundsatzes der Einheitlichkeit des

⁸⁴ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn 56.

⁸⁵ Vgl. Mustertext bei Abele/Klinger/Maulbetsch § 5 Rn. 20.

⁸⁶ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 14.

⁸⁷ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 2.

⁸⁸ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 11.

⁸⁹ Lorz/Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (2014) HGB § 139 Rn. 9.

⁹⁰ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 6.

⁹¹ BGH, Urt. v. 6.7.1981 - II ZR 38/81 = NJW 1982, 45; Roth/Baumbach/Hopt HGB (2014) § 139 Rn. 8; a.A.: Schmidt/Müko (2011) HGB § 139 Rn. 61.

⁹² Schmidt/Müko (2011) HGB § 139 Rn. 62.

Gesellschaftsanteils nicht ausüben⁹³. Ein Kommanditist hingegen, der einen pHG beerbt, kann das Wahlrecht sogar hinsichtlich seines gesamten zu einer einheitlichen pHG-Beteiligung geworden Anteils ausüben⁹⁴.

c) Qualifizierte Nachfolgeklausel

In Abweichung zur einfachen Nachfolgeklausel wird bei der sog. qualifizierten Nachfolgeklausel⁹⁵ im Gesellschaftsvertrag der Kreis der Nachfolger auf Angehörige eines bestimmten Personenkreises (z.B. nur (leibliche) Abkömmlinge des Gesellschafters oder eines Mitgesellschafters) beschränkt, so dass ausschließlich nur diese Personen beim Tod des Erblassers als dessen Erben oder Vermächtnisnehmer an dessen Stelle treten können. Die Auswahl der Qualifikationsmerkmale kann von den Gesellschaftern nach freiem Ermessen erfolgen. Hierbei kann geregelt werden, dass die Fortsetzung mit nur einem oder mehreren Erben erfolgt. Der Übergang des Gesellschaftsanteils vollzieht sich unmittelbar mit dem Tod des verstorbenen Gesellschafters. Bei der Klauselgestaltung kann insbesondere geregelt werden, dass nur ein Erbe Nachfolger mit dem seinen Erbteil entsprechenden Teil des Gesellschaftsanteils des Erblassers wird. Der Rest wächst dann den verbleibenden Mitgesellschaftern unter Abfindung der nichtnachfolgeberechtigten Miterben für ihre Teile an (sog. kombinierte Nachfolge- und Fortsetzungsklausel)⁹⁶. Mehreren ausgeschlossenen Erben steht der Abfindungsanspruch für die Summe ihrer Teile dann gesamthänderisch entsprechend § 2032 BGB zu⁹⁷.

Selbstredend kann die Ausgestaltung auch dahingehend erfolgen, dass von mehreren Erben nur einer den ganzen Gesellschaftsanteil erhält und die übrigen Miterben leer ausgehen, insbesondere auch keine Abfindung erhalten. Hierdurch könnte eine Zersplitterung des Gesellschaftsanteils vermieden werden. Die Vollnachfolge erfolgt dann durch unmittelbaren Übergang des ganzen Anteils auf den Nachfolger⁹⁸. Hierbei gilt es zu beachten, dass der Vollnachfolger erbrechtlich den Mehrempfang ggü. den Miterben gemäß den Erbquoten grds. auszugleichen hat⁹⁹, sofern ihm nicht der Gesellschaftsanteil ohne Anrechnung auf seinen Erbteil mittels Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) zugewandt wurde¹⁰⁰.

⁹³ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 8.

⁹⁴ BayObLG, Beschluss v. 29.1.2003 - 3Z BR 5/03 = NZG 2003, 476; Schmidt/Müko (2011) HGB § 139 Rn. 65.

⁹⁵ Vgl. Mustertext bei Abele/Klinger/Maulbetsch § 5 Rn. 21.

⁹⁶ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 16; Lorz/Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (2014) HGB § 139 Rn. 20.

⁹⁷ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 16.

⁹⁸ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 17.

⁹⁹ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 18.

¹⁰⁰ Schmidt/Müko (2011) HGB § 139 Rn. 20.

Alternativ könnte der Gesellschafter-Erblasser auch vermächtnisweise zugunsten der nichtnachfolgeberechtigten Erben eine Unterbeteiligung im Innenverhältnis am vererbten Gesellschaftsanteil zuwenden¹⁰¹, so dass im Wege der Vermächtniserfüllung zwischen dem Nachfolger und den weichen Erben ein Unterbeteiligungsvertrag bei Vermächtnisannahme abzuschließen wäre.

Den nichtnachfolgeberechtigten Miterben steht gegen die Gesellschaft kein Abfindungsanspruch (§ 738 I S. 2, 2. Hs. BGB) zu, da die Mitgliedschaft auf den qualifizierten Nachfolger ungeschmälert übergeht und somit kein Ausscheidensfall vorliegt. Bei der reinen qualifizierten Nachfolgeklausel können keine Abfindungsansprüche entstehen, da die Beteiligung gänzlich auf die qualifizierten Erben übergeht¹⁰².

Damit die geplante Nachfolgeregelung nicht ins Leere läuft, ist bei der Gestaltung sowohl des Gesellschaftsvertrages als auch der V.v.T.w. der einzelnen Gesellschafter auf eine genau aufeinander abgestimmte Regelung dahingehend zu achten, dass als Erben nur diejenigen eingesetzt werden, die von der Klausel begünstigt sind, da ansonsten aufgrund der gestaltenden Beratung z.B. für den Notar ein Haftungsfall droht¹⁰³. Weiterhin ist für den Erfolg der Nachfolgeregelung zwingend erforderlich, dass der Nachfolger-Erbe die Erbschaft nicht ausschlägt.

Gegenwärtig ist noch völlig unklar, ob die Nachfolgeklausel auch als Belastung i.S.v. § 2306 BGB angesehen werden kann, so dass der Nachfolger-Erbe die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil geltend machen könnte¹⁰⁴.

Diese Frage kann jedoch nur bei der qualifizierten Nachfolgeklausel relevant werden, da bei der einfachen Nachfolgeklausel alle Gesellschafter-Erben zur Nachfolge berufen sind und somit keine Beeinträchtigung vorliegen kann¹⁰⁵.

Für die Nichtanwendung spricht der eindeutige Wort des § 2306 BGB, da die Aufzählung der Belastungen abschließend ist¹⁰⁶.

Auch eine Subsumtion der Nachfolgeklausel unter eine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB)¹⁰⁷ ist nach Ansicht der Verfasserin abzulehnen, weil die Nachfolgeklausel nicht durch eine V.v.T.w. verfügt wird, sondern mittels einer gesellschaftsvertraglichen Regelung. Der Umstand, dass der Nachfolger direkt in

¹⁰¹ Schmidt/Müko (2011) HGB § 139 Rn. 20.

¹⁰² Lorz/Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (2014) HGB § 139 Rn. 23.

¹⁰³ BGH, Urt. v. 18.4.2002 - IX ZR 72/99 = DNotZ 2002, 768.

¹⁰⁴ ablehnend: Otte/Staudinger (2015) BGB § 2306 Rn 16, 17, 18; OLG Hamm, Beschluss v. 17.1.1991 - 15 W 428/90 = DNotZ 1992, 320 (322).

¹⁰⁵ Lange/Müko (2013) BGB § 2306 Rn. 14; Otte/Staudinger (2015) BGB § 2306 Rn 17.

¹⁰⁶ Mayer/BeckOK (1.8.2015) BGB § 2306 Rn. 4.

¹⁰⁷ Lange, ZErB 2014, 97 (99).

seine Rechtsposition als Gesellschafter eintritt, dürfte daran nichts ändern, da die Rechtsfolge kraft Gesetzes eintritt¹⁰⁸.

In der Literatur wird die Anwendbarkeit des § 2306 BGB bei einer qualifizierten Nachfolgeklausel dann bejaht, sobald der Erblasser mehrere Personen zu Erben einsetzt, jedoch abweichend von der Erbquote ein abweichendes Anteilsverhältnis verfügt, so dass die abweichende Gesellschaftsbeteiligung als Teilungsanordnung angesehen wird, die auf einer V.v.T.w. beruht und nicht kraft Gesetzes eintritt¹⁰⁹. Hier wird der dauerhafte Verlust der Gesellschaftsmitberechtigung als eine Beschränkung i.S.v. § 2306 BGB angesehen¹¹⁰, so dass diese Gestaltung möglichst vermieden werden sollte.

Sollte der in der Klausel benannte Nachfolger nicht (Mit-)Erbe geworden sein, so könnte die Nachfolgeklausel u.U. durch Umdeutung (§ 140 BGB) oder ergänzende Vertragsauslegung gerettet werden, indem die Klausel als Eintrittsklausel¹¹¹ aufrechterhalten wird¹¹².

Tritt beispielsweise die gesetzliche Erbfolge ein und begünstigt die Klausel nur Abkömmlinge von Gesellschaftern, dann wäre zwar über die Klausel sichergestellt, dass in den Gesellschaftsanteil ausschließlich Abkömmlinge und nicht der Ehegatte bzw. eingetragene Lebenspartner nachfolgen, jedoch hätten die nichtberufenen Miterben einen Anspruch auf Ausgleichszahlung, was zu einer unnötigen Liquiditätsbelastung führen würde.

Sofern ausschließlich Abkömmlinge begünstigt werden sollen, bietet sich zur Absicherung des Ehegattens bzw. eingetragenen Lebenspartners die Anordnung einer vermächtnisweisen Zuwendung (z.B. Unterbeteiligung am Gesellschaftsanteil oder einer Leibrente i.H. eines bestimmten Prozentsatzes der erzielten Nettoerträge vor Abzug von Steuer) an, sofern kein Erb- bzw. Pflichtteilsverzichtungsvertrag (§ 2346 I, II BGB) mit dem Nichtberufenen abgeschlossen werden kann.

5. Eintrittsklausel

Als weitere Gestaltungsmöglichkeit könnte gesellschaftsvertraglich mittels einer sog. Eintrittsklausel¹¹³ vereinbart werden, dass beim Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft grdsl. mit den verbleibenden Mitgesellschaftern unter Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters fortgeführt wird, aber einem konkret benannten Dritten bzw. Erben das Eintrittsrecht in die Gesellschaft

¹⁰⁸ Lange, ZErB 2014, 97 (99).

¹⁰⁹ Lange/Müko (2013) BGB § 2306 Rn. 15; Mayer/BeckOK (1.8.2015) BGB § 2306 Rn. 6b.

¹¹⁰ Lange, ZErB 2014, 97, 100.

¹¹¹ BGH, Urt. v. 29.9.1977 - II ZR 214/75 = NJW 1978, 264.

¹¹² Schmidt/Müko (2011) HGB § 139 Rn. 21, Roth/Baumbach/Hopt HGB (2014) § 139 Rn. 10.

¹¹³ Vgl. Mustertext bei Abele/Klinger/Maulbetsch § 5 Rn. 22.

eingeräumt wird, welches dieser nach eigenem Belieben nur durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ausüben kann¹¹⁴.

Der Eintrittsberechtigte wird durch den Eintritt neues Gesellschaftsmitglied, d.h. ihm wird nicht die Mitgliedschaft des Erblassers übertragen¹¹⁵. Bei der Klauselgestaltung sollten die Voraussetzungen des Eintrittsrechts genau geregelt werden, insbesondere die zeitlichen und formalen Bestimmungen für die Ausübung des Eintrittsrechts und das zwischenzeitliche treuhänderische Halten der Beteiligung durch die übrigen Mitgesellschafter, welche Gegenleistung der Eintretende erbringen muss und wer eine evtl. Abfindung an die Erben zu zahlen hat. Regelmäßig wird die Abfindung der Erben ausgeschlossen; der Eintrittsberechtigte wird von seiner Einlageverpflichtung freigestellt und die verbleibenden Mitgesellschafter sind zur Anteilsübertragung auf den Eintrittsberechtigten verpflichtet (sog. Treuhandlösung)¹¹⁶.

Alternativ zur Treuhandlösung erhalten die Erben aufgrund des todesbedingten Ausscheidens des Erblassers einen Abfindungsanspruch (§ 738 I S. 2, 2. Hs. BGB), wobei der Erblasser die Erben mit einem Vermächtnis dahingehend belastet, dass sie den Abfindungsanspruch an den Eintrittsberechtigten herauszugeben haben, so dass dieser zur Einlagenleistung in der Lage ist (sog. erbrechtliche Lösung)¹¹⁷. Weiterhin kann geregelt werden, dass nach Verstreichen der Frist die Gesellschaft mit den übrigen Mitgesellschaftern unter Zahlung einer Abfindung an die Erben fortgesetzt wird.

Der Eintrittsklausel liegt rechtlich regelmäßig ein Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§§ 328, 331 BGB) zugrunde¹¹⁸. Der Eintrittsberechtigte erwirbt einen schuldrechtlichen Aufnahmeanspruch in die Gesellschaft, der durch Aufnahmevertrag mit den übrigen Mitgesellschaftern und dem Eintrittsberechtigten zu schließen ist. Alternativ kann die Eintrittsklausel auch als bindendes Vertragsangebot der Mitgesellschafter an den Nachfolger ausgestaltet werden¹¹⁹.

Die Eintrittsklausel bietet sich auch zur Absicherung eines möglichen Scheiterns einer qualifizierten Nachfolgeklausel an, so dass die benannte Person doch noch zum Zug kommt.

¹¹⁴ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 3.

¹¹⁵ Schmidt/Müko (2011) HGB § 139 Rn. 29.

¹¹⁶ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 54.

¹¹⁷ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 55.

¹¹⁸ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 51.

¹¹⁹ Roth/Baumbach/Hopt (2014) HGB § 139 Rn. 51.

C. Strategien zur Vermeidung bzw. Minderung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen

I. Problemstellung

Da das Pflichtteilsrecht größtenteils unabdingbar zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten ausgestaltet wurde, müssen bei sämtlichen Gestaltungsmöglichkeiten die Grenzen der zwingenden gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden.

Durch die nachstehenden Strategien sollen mehrere Lösungsmöglichkeiten zur Pflichtteilsbegrenzung aufgezeigt werden.

II. Gesellschaftsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

1. Auswirkungen der Gesellschaftsvertragsklauseln auf den Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsanspruch beim Ausscheiden des Erblassers aus der Personengesellschaft

a) Auflösungsklausel

Wird beim Tod des Gesellschafters die Gesellschaft aufgrund einer Auflösungsklausel wie im Fall des § 727 I 2. Hs. BGB aufgelöst, so treten die Erben - in Erbengemeinschaft - in die Liquidationsgesellschaft ein und der Anteil an der Liquidationsgesellschaft stellt einen Nachlassbestandteil dar, der somit mangels Fortsetzung der Gesellschaft bei der Berechnung des ordentlichen Pflichtteils lediglich mit dem Liquidationswert¹²⁰ anzusetzen ist. Folglich ist die Vereinbarung der Auflösungsklausel regelmäßig für die Pflichtteilspraxis eher unproblematisch.

b) Fortsetzungsklausel

Wird beim Tod des Gesellschafters die Gesellschaft von Gesetzes wegen¹²¹ oder aufgrund einer Fortsetzungsklausel mit den verbliebenen Mitgesellschaftern fortgesetzt, so wächst sein Gesellschaftsanteil gem. § 738 I S. 1 BGB i.V.m. § 105 III, § 161 II HGB den Mitgesellschaftern automatisch anteilig an, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt ist. Hierdurch wird die Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils ausgeschlossen und der Gesellschaftsanteil wird somit bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs nicht berücksichtigt.

In den Nachlass fallen jedoch die Ansprüche nach §§ 738-740 BGB, insbesondere der aufgrund todesbedingten Ausscheidens gem. § 738 I S. 2, 2. Hs. BGB i.V.m. § 105 III, § 161 II HGB i.V.m. § 1922 BGB entstehende gesellschaftsrechtliche Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft¹²².

¹²⁰ Lange/Müko (2013) BGB § 2311 Rn 40, 48; Birkenheier/Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, jurisPK-BGB § 2311 Rn. 61; Herzog/Staudinger (2015) § 2311 Rn. 136.

¹²¹ Vgl. Ausführungen im Hauptteil Abschnitt B. I. 2. und 3. (bzgl. pHG) S. 17.

¹²² Mayer/BeckOK (1.8.2015) BGB § 2311 Rn 35; Herzog/Staudinger (2015) BGB § 2311 Rn 134.

Die Höhe des Abfindungswertes richtet sich nach dem vollen und wirklichen Fortführungswert der Erblasserbeteiligung am lebenden Unternehmen. Für die Bewertung ist der Tag des Ausscheidens unter Berücksichtigung von schwebenden Geschäften und stillen Reserven aufgrund des Ertragswertes¹²³ maßgebend, soweit gesellschaftsvertraglich keine Abfindungsbeschränkung vereinbart wurde¹²⁴.

Auch für den Fall einer Übernahmeklausel bei einer zweigliedrigen Gesellschaft fällt der Gesellschaftsanteil nicht in den Nachlass, so dass dieser Vorgang weder bei der Berechnung von Pflichtteilsansprüchen noch mangels Schenkung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen zu berücksichtigen ist, selbst wenn ein entschädigungsloses Übernahmerecht vereinbart wurde¹²⁵. Der BGH¹²⁶ begründet seine Entscheidung damit, dass der Gesellschaftsanteil mit einer gesellschaftsrechtlichen Herausgabe- und Übernahmefunktion belastet war, so dass der Übernahmeberechtigte mittels einer Erklärung in der Lage ist, den Gesellschaftsanteil aus dem Nachlass zu ziehen. Auch liegt nach der BGH-Entscheidung kein Fall des § 2301 BGB vor und die gesellschaftsvertragliche Regelung ist grds. auch nicht sittenwidrig i.S.v. § 138 I BGB, sofern die Gestaltung nicht nur der Reduzierung von Pflichtteilsansprüchen dient. Folglich sollten noch weitere gute Gründe für die Gestaltung der Übernahmeklausel gefunden werden, wobei hierbei stets auch die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.

c) Rechtsgeschäftliche bzw. erbrechtliche Nachfolgeklauseln

aa) Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

Da bei dieser Gestaltung die Übertragung der Beteiligung außerhalb des Erbrechts erfolgt, hat dieser Vorgang für die Berechnung des ordentlichen Pflichtteils keinerlei Auswirkungen. Zu beachten ist, dass die im Übergang liegende Zuwendung an den Dritten regelmäßig als Schenkung einzustufen ist, so dass hieraus evtl. Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen den Erben (§ 2325 BGB) bzw. nachgeordnet gegen den neuen Anteilsinhaber (§ 2329 BGB) entstehen können¹²⁷.

bb) Einfache Nachfolgeklausel

Wird beim Tod des Gesellschafters die Gesellschaft aufgrund einer einfachen Nachfolgeklausel oder einer gesetzlichen Nachfolgeklausel (§ 177 HGB) fortgesetzt, so stellt die Beteiligung des Erblassers trotz eingetretener Sondererb-

¹²³ Birkenheier/Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, jurisPK-BGB § 2311 Rn 67.

¹²⁴ Mayer/BeckOK (1.8.2015) BGB § 2311 Rn 35.

¹²⁵ BGH, Urt. v. 14.7.1971 - III ZR 91/70 = MittBayNot 1972, 27.

¹²⁶ BGH, Urt. v. 14.7.1971 - III ZR 91/70 = MittBayNot 1972, 27.

¹²⁷ Lorz/Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (2014) HGB § 139 Rn. 52.

folge einen Nachlassbestandteil dar¹²⁸; die Beteiligung ist mit ihrem vollen Verkehrswert bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen¹²⁹.

cc) Qualifizierte Nachfolgeklausel

Die vorstehenden Ausführungen zur einfachen Nachfolgeklausel gelten auch für die qualifizierte Nachfolgeklausel. Soweit eine kombinierte Nachfolge- und Fortsetzungsklausel vorliegt, fällt in den Nachlass einerseits der auf den Nachfolger übergegangene Gesellschaftsanteil, der mit dem vollen Verkehrswert bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen ist, und andererseits der Abfindungsanspruch in Höhe des den verbliebenen Mitgesellschaftern anwachsenden Anteils, der hinsichtlich der Pflichtteilsberechnung wie bei der Fortsetzungsklausel anteilig zu berücksichtigen ist.

d) Eintrittsklausel

Für den Fall, dass ein Abfindungsanspruch gem. § 738 I S. 2, 2. Hs. BGB i.V.m. § 105 III, § 161 II HGB i.V.m. § 1922 BGB besteht, so fällt er vorerst in den Nachlass und findet somit bei der ordentlichen Pflichtteilsberechnung entsprechende Berücksichtigung¹³⁰.

2. Einflussnahme auf die Vermeidung von Liquidationsverlusten im Todesfall mittels gesellschaftsvertraglicher Abfindungsregelungen

a) Gesellschaftsvertraglicher Abfindungsausschluss

Der gesellschaftsvertragliche Abfindungsausschluss wird vom BGH¹³¹ grds. zugelassen und bietet im Zusammenhang mit der Fortsetzungsklausel oder einer rechtsgeschäftlichen Nachfolge- oder Eintrittsklausel eine gute Möglichkeit zur Vermeidung von Liquidationsverlusten, da sich der auf Geld gerichtete sofort fällige (§ 271 I BGB)¹³² Abfindungsanspruch i.H.d. vollen und wirklichen Werts der Beteiligung unter Berücksichtigung der offenen und stillen Reserven zum Stichtag gegen die Gesellschaft richtet¹³³. Auch wird im Abfindungsausschluss selbst keine unzulässige Einschränkung des Kündigungsrechts (§ 723 III BGB bzw. § 133 III HGB)¹³⁴ gesehen. Im Hinblick auf die Entstehung von etwaigen Pflichtteilsergänzungsansprüchen sollte jedoch auf eine interessengerechte Ausgestaltung des Abfindungsausschlusses größten Wert gelegt werden.

¹²⁸ BGH, Urt. vom 22.11.1956 - II ZR 222/55 = NJW 1957, 180; BGH, Beschluss v. 10.1.1996 - IV ZB 21/94 = DStR 1996, 929.

¹²⁹ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2311 Rn. 48, 51; *Lorz/Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn* (2014) HGB § 139 Rn. 9.

¹³⁰ *Müller/Schlitt/Müller* § 10 Rn. 145.

¹³¹ BGH, Urt. v. 22.11.1956 - II ZR 222/55 = NJW 1957, 180; BGH, Urt. v. 26.3.1981 - IVa ZR 154/80 = NJW 1981, 1956 (1957).

¹³² *Sprau/Palandt* BGB (2015) § 738 Rn. 6.

¹³³ *Herzog/Staudinger* (2015) BGB § 2311 Rn. 135.

¹³⁴ *Nieder/W. Kössinger/Nieder/Kössinger* (2015) § 2 Rn. 61; *Lange/Müko* BGB § 2311 Rn. 50.

aa) Einseitiger Abfindungsausschluss

Sollte nur einseitig zu Lasten einzelner Gesellschafter, insbesondere des Erblassers, ein Abfindungsausschluss vereinbart werden, wird bereits der gesellschaftsvertragliche Abschluss nach h.M.¹³⁵ als Schenkung zugunsten der verbliebenen Gesellschaftern eingestuft, wobei die Zehn-Jahresfrist (§ 2325 III BGB) grdsl. nicht zu Laufen beginnt, da die schenkweise Übertragung infolge Ausscheidens erst im Todeszeitpunkt vollzogen ist¹³⁶. Der infolge des fehlenden notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags regelmäßig vorliegende Formmangel wird jedoch durch den Vollzug des Rechtsgeschäfts beim Tod des Gesellschafter geheilt (§§ 2301 II, 518 II BGB)¹³⁷.

bb) Mehrseitiger Abfindungsausschluss

Ein gesellschaftsvertraglicher allseitiger wechselseitiger Abfindungsausschluss oder dessen Einschränkung wird von der h.M.¹³⁸ grdsl. als ein entgeltliches aleatorisches Rechtsgeschäft angesehen, da für jeden Gesellschafter die gleiche Chance zum Anteilserwerb im Todesfall eines Mitgesellschafters und zugleich das Risiko zum Anteilsverlust ohne Abfindung im Fall des eigenen Todes besteht und die Gestaltung gleichzeitig dem Unternehmenserhalt dient, so dass keine unentgeltliche Zuwendung an die Mitgesellschafter vorliegt. Diese Pflichtteilergänzungsfestigkeit wird jedoch nur dann angenommen, wenn kein grobes Missverhältnis zwischen Chance und Risiko besteht, also wenn z.B. die persönlichen Voraussetzungen (Alter, Gesundheitszustand, etc.)¹³⁹ der Mitgesellschafter miteinander vergleichbar sind. Andernfalls kann z.B. bei einem deutlichen Altersunterschied oder einer verminderten Lebenserwartung eines Gesellschafters infolge einer bereits ausgebrochenen schweren Erkrankung eine Einseitigkeit und somit im pflichtteilsrechtlichen Sinne ein unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliegen¹⁴⁰, so dass Pflichtteilergänzungsansprüche durch den Abfindungsausschluss entstehen können. Hinsichtlich der Zehn-Jahresfrist und des Formmangels kann auf die vorstehenden Ausführungen zum einseitigen Abfindungsausschluss verwiesen werden.

¹³⁵ Weidlich/Palandt BGB (2015) § 2325 Rn. 15; Lange/Müko (2013) BGB § 2325 Rn. 32.

¹³⁶ Weidlich/Palandt BGB (2015) § 2325 Rn. 15; Lange/Müko (2013) BGB § 2325 Rn. 35.

¹³⁷ Lange/Müko (2013) BGB § 2325 Rn. 32.

¹³⁸ Lange/Müko (2013) BGB § 2325 Rn. 32.

¹³⁹ BGH, Urt. v. 26.3.1981 - IVa ZR 154/80 = NJW 1981, 1956 (1957).

¹⁴⁰ Abele/Klinger/Maulbetsch § 5 Rn. 39; W. Kössinger/Nieder/Kössinger § 20 Rn. 12.

b) Gesellschaftsvertragliche Abfindungsbeschränkung

aa) Unmittelbare Minimierung des Nachlasswertes

Alternativ zum Abfindungsausschluss kann auch eine gesellschaftsvertragliche Modifizierung der Abfindungshöhe (z.B. in Höhe des Buchwertes des Gesellschaftsanteils nach der letzten Jahresbilanz), der Art und Weise der Abfindung oder des Auszahlungszeitpunkts im Todesfall vereinbart werden, um den Nachlasswert unmittelbar zu schmälern, so dass infolgedessen auch der Pflichtteilsanspruch gemindert wird. Modifizierungen sind grds. zulässig¹⁴¹, da es sich bei § 738 BGB um eine dispositive Norm handelt.

Die von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Zulässigkeitsschranken für gesellschaftsrechtliche Abfindungsbeschränkungen zu Lebzeiten des Gesellschafters (Kontrolle über § 138 I BGB¹⁴² und die unverhältnismäßige Einschränkung des gesetzlich garantierten Kündigungsrechts (§ 723 III BGB bzw. § 133 III HGB)¹⁴³) sind auf das Ausscheiden im Todesfall nicht anwendbar, da sich die Klausel nicht unzulässig auf das Kündigungsrecht zu Lebzeiten auswirken kann und die Erben über § 2325 BGB ausreichend geschützt werden¹⁴⁴. In der Wertdifferenz des Buchwertes zum Verkehrswert des Gesellschaftsanteils kann jedoch ein pflichtteilsergänzungsbedürftiger Vorgang liegen, wenn es sich hierbei um eine einseitig zu Lasten einzelner Gesellschafter vereinbarte Beschränkung oder im Zusammenhang mit einem aleatorischen Rechtsgeschäfts um ein feststellbares grobes Missverhältnis - jeweils wie beim Abfindungsausschluss - handelt¹⁴⁵. Hinsichtlich der Zehn-Jahresfrist und des Formmangels kann ebenfalls auf die Ausführungen zum einseitigen Ausschluss verwiesen werden.

bb) Mittelbare Auswirkung auf den Nachlasswert

Gesellschaftsvertraglich könnte auch geregelt werden, dass nach dem Eintritt eines Erben aufgrund einer Nachfolgeklausel bei dessen nachträglichem Ausscheiden aus der Gesellschaft (z.B. zum Zwecke der Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen) eine Abfindungsbeschränkung (z.B. Abfindung zum Buchwert nach der letzten Jahresbilanz) eingreift.

Sehr streitig ist jedoch, ob diese Abfindungsbeschränkung überhaupt mittelbaren Einfluss auf die Pflichtteilsberechnung haben kann¹⁴⁶, da der Gesellschaftsanteil

¹⁴¹ Herzog/Staudinger (2015) BGB § 2311 Rn. 145.

¹⁴² Sprau/Palandt (2015) BGB § 738 Rn. 7.

¹⁴³ BGH, Urt. v. 13.3.2006 - II ZR 295/04 = NJW-RR 2006, 1270.

¹⁴⁴ Herzog/Staudinger (2015) BGB § 2311 Rn. 145.

¹⁴⁵ Olshausen/Staudinger (2015) BGB § 2325 Rn. 31.

¹⁴⁶ Abele/Klinger/Maulbetsch § 5 Rn. 49.

als Nachlassbestandteil grds. mit dem vollen wirklichen Wert anzusetzen ist¹⁴⁷. Hierzu werden viele verschiedene Lösungsansätze vertreten¹⁴⁸. Beispielsweise nach *Weidlich*¹⁴⁹ kann die Abfindungsbeschränkung als wertmindernder Faktor nach objektiven Kriterien berücksichtigt werden, wobei sich die Wertminderung danach bemisst, ob und in welchem Umfang sich die Abfindungsbeschränkung nach der Verkehrsauffassung zum Todestag auf den Wert des Gesellschaftsanteils auswirkt. Nach *Reimann*¹⁵⁰ kann hingegen entsprechend der Wahrscheinlichkeit des nachträglichen Ausscheidens ein Bewertungsabschlag vom Verkehrswert für die Pflichtteilsberechnung vorgenommen werden.

Eine Entscheidung des BGH zu dieser Frage steht derzeit noch aus. Zur gegenwärtigen Beurteilung der Bewertungsproblematik könnte allenfalls die Rechtsprechung des BGH¹⁵¹ zum Zugewinnausgleich herangezogen und auf deren Grundlage Schlussfolgerungen für die Abfindungsbeschränkung gezogen werden. Demnach würde aufgrund des Stichtagsprinzips (§ 2311 I S. 1 BGB) anstatt einer vorläufigen, eine endgültige Bewertung anhand von objektiven Kriterien¹⁵² erfolgen; die Bemessung des Beteiligungswerts würde sich nur dann nach dem beschränkten Abfindungsbetrag richten, wenn die Kündigung der Gesellschaftsbeteiligung zum Todestag des Erblassers bereits erklärt oder zumindest eingeleitet worden wäre¹⁵³, andernfalls kann sich die Abfindungsbeschränkung nur wertmindernd auswirken, wobei sich diese Wertminderung nur anhand des Ausmaßes der eingeschränkten Verwertbarkeit der Beteiligung nach der Verkehrsauffassung auf deren Wert ermitteln würde¹⁵⁴. Ein Bewertungsabschlag käme nach Ansicht der Verfasserin nur dann in Frage, wenn der Kündigungsgrund nicht in der konkreten Person des Erben läge. Aufgrund der unklaren Rechtslage sollte der Rechtsberater auf die Unsicherheit der Geeignetheit von Abfindungsbeschränkungen zur Minimierung etwaiger Pflichtteilsansprüche hinweisen.

3. Zwischenfazit

Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages sind die Belange der Gesellschaft und der einzelnen Gesellschafter (z.B. Interesse an der Nachfolge in den Wert der Gesellschaftsbeteiligung oder Fortsetzung nur unter Mitgesellschaftern) im Vorfeld festzustellen und zu analysieren. Anhand dieser Erkenntnisse hat eine

¹⁴⁷ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB 2311 Rn. 10.

¹⁴⁸ *Abele/Klinger/Maulbetsch* § 5 Rn. 49; vgl. Übersicht in *Lange/Müko* (2013) BGB § 2311 Rn. 51.

¹⁴⁹ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB 2311 Rn. 11.

¹⁵⁰ *Reimann*, DNotZ 1992, 472 (486).

¹⁵¹ BGH, Urt. v. 10.10.1979 - IV ZR 79/78 = NJW 1980, 229; BGH, Urt. v. 25.11.1998 - XII ZR 84-97 = NJW 1999, 784.

¹⁵² BGH, Urt. v. 9.3.1977 - IV ZR 166/75 = NJW 1977, 949.

¹⁵³ *Winkler*, ZEV 2005, 89 (93).

¹⁵⁴ *Abele/Klinger/Maulbetsch* § 5 Rn. 50.

individuell auf die Bedürfnisse der Gesellschafter abgestimmte Nachfolgegestaltung zu erfolgen, wobei der Rechtsberater die Vor- und Nachteile der einzelnen Klauseln für die künftig verbleibenden Gesellschafter und die Erben des Erblassers mit den Beteiligten besprechen sollte, da es bei diesen Gestaltungsfragen keine Standardlösung gibt. Auch sollte der Gesellschaftsvertrag, insbesondere im Hinblick auf die Regelungen für den Todesfall, in regelmäßigen Abständen (z.B. alle drei Jahre) auf seine Richtigkeit und Aktualität im Hinblick auf die individuellen Interessenlagen überprüft und ggf. angepasst werden, so dass mögliche Stolperfallen für die Unternehmensnachfolge rechtzeitig beseitigt werden können. Bei der Verwendung von erbrechtlichen Nachfolgeklauseln müssen die Gesellschafter bedenken, dass abhängig von der gewählten Klausel, einerseits eine Zersplitterung des Anteils drohen kann und ggf. die Mitgesellschafter auf die Fähigkeiten der Nachfolger keinen direkten Einfluss haben und andererseits die Bewertung des Anteils als Nachlassbestandteil im Rahmen der Pflichtteilsberechnung regelmäßig zu unbillig hohen Werten führen kann. Auch ist auf den zwingenden Gleichlauf zwischen der V.v.T.w. und der gesellschaftsrechtlichen Nachfolgeregelung zu achten.

Weiterhin muss eindeutig geregelt werden, ob im Falle des Vorversterbens des im Gesellschaftsvertrag benannten Nachfolgers vor Eintritt des Todes des Erblassers, auch der Ersatzerbe nachfolgeberechtigt sein soll¹⁵⁵. Dies wäre mangels entsprechender Regelung letztlich im Wege der Auslegung zu ermitteln. Hierbei gilt es zu beachten, dass die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 2068, 2069 BGB auf die Nachfolgeklauseln nicht anwendbar sind. Folglich muss bei der Gestaltung der Nachfolgeklausel darauf geachtet werden, welche Begrifflichkeiten verwandt werden. Werden als Nachfolger „Kinder“ ohne jede Einschränkung benannt, dann sind hierunter leibliche wie auch adoptierte Kinder zu fassen, zumal das Kind nach § 1754 I BGB die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten erlangt. Sofern die Begrifflichkeit „Abkömmling“ verwandt wird, werden hierunter nur leibliche Kinder und Enkelkinder verstanden¹⁵⁶. Des Weiteren ist zu beachten, dass erbrechtliche Nachfolgeklauseln grds. den automatischen Übergang herbeiführen, so dass die Gefahr besteht, dass eine Nachjustierung hinsichtlich ungeeigneter Nachfolger nach dem Erbfall ausscheidet.

Aufgrund der Schwierigkeiten bei der Gestaltung von Nachfolgeklauseln, die zwar im Einzelfall lösbar sind, sollten sich die Gesellschafter dennoch genau

¹⁵⁵ Lorz/Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (2014) HGB § 139 Rn. 21.

¹⁵⁶ Lorz/Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (2014) HGB § 139 Rn. 21.

überlegen, ob sie nicht lieber auf die Fortsetzungsklausel unter allseitigem Abfindungsausschluss oder Abfindungsbeschränkung zurückgreifen möchten, gerade wenn es hauptsächlich um die Reduzierung von künftigen Liquiditätsverlusten geht. Der Umstand, dass die Fortsetzungsklausel nicht zur Fortführung eines Familienunternehmens dienlich ist, wäre dann allseits hinzunehmen.

III. Gestaltungsmöglichkeiten durch lebzeitige Rechtsgeschäfte

1. Der erbrechtliche Verzichtvertrag als echte „Wunderwaffe“

a) Erbverzicht

Beim notariell beurkundungsbedürftigen Erbverzicht (§§ 2346 I, 2348 BGB) handelt es sich um einen erbrechtlichen abstrakten Verfügungsvertrag¹⁵⁷, der zu Lebzeiten des Erblassers zwischen ihm und einem seiner künftigen gesetzlichen Erben abgeschlossen wird¹⁵⁸, wobei die persönliche Anwesenheit des Erblassers erforderlich ist, also seine rechtsgeschäftliche Vertretung von vorneherein ausscheidet, § 2347 II S. 1 BGB¹⁵⁹. Sofern der Erblasser geschäftsunfähig ist, kann der Verzichtvertrag ausnahmsweise durch den gesetzlichen Vertreter geschlossen werden, § 2347 II S. 2 BGB.

Inhaltlich kann hierbei seitens des gesetzlichen Erben auf den Anfall des künftigen Erbrechts einschließlich des Pflichtteilsrechts¹⁶⁰ (§ 2346 I BGB - sog. unbeschränkter Erbverzicht) oder nur bzgl. des gesetzlichen Erbrechts¹⁶¹ oder nur bzgl. des Pflichtteilsrechts (§ 2346 II BGB) verzichtet werden.

Ein Erbverzicht bezogen auf einen Bruchteil des gesetzlichen Erbrechts ist möglich, nicht jedoch bzgl. einzelner Gegenstände (z.B. Unternehmen), da das deutsche Erbrecht keine unmittelbare erbrechtliche Rechtsnachfolge in einzelne Gegenstände kennt¹⁶². Klargestellt wird, dass dies ebenso für die gesellschaftsvertraglich geregelte Sondererbfolge gilt. Durch die Vereinbarung eines Erbverzichts unter Ehegatten, bleibt - sofern ihm auch kein Vermächtnis zugewandt wurde - der Anspruch auf den Zugewinnausgleich (§ 1371 II BGB) unverändert bestehen¹⁶³, da für dessen Ausschluss der Abschluss eines Ehevertrages (§ 1408 I BGB) erforderlich ist.

Durch den wirksam erklärten Erbverzicht wird der Verzichtende von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, so dass diesem auch kein Pflichtteilsrecht mehr zusteht, § 2346 I S. 2, 2. Hs. BGB. Gleichzeitig erhöht sich gem. § 1935 BGB der

¹⁵⁷ *Wegerhoff/Müko* (2013) BGB § 2346 Rn. 2, 3.

¹⁵⁸ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2346 Rn. 1.

¹⁵⁹ BayObLG, Beschluss v. 18.3.1965 - BReg. 1b Z 4/65 = NJW 1965, 1276.

¹⁶⁰ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2346 Rn. 3.

¹⁶¹ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2346 Rn. 3.

¹⁶² *Wegerhoff/Müko* (2013) BGB § 2346 Rn. 14.

¹⁶³ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2346 Rn. 12.

Erbteil der übrigen gesetzlichen Miterben, ebenso die Pflichtteilsquote der Pflichtteilsberechtigten, § 2310 S. 2 BGB. Dies gilt nicht beim reinen Pflichtteilsverzicht.

b) Der umfassende Pflichtteilsverzichtsvertrag

Durch den Abschluss eines notariell beurkundungsbedürftigen umfassenden Pflichtteilsverzichtsvertrags zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten (§§ 2346 II, 2348 BGB), wird die Entstehung von sämtlichen Ansprüchen aus dem Pflichtteilsrecht (§ 2317 I BGB) in Gänze - ohne Auswirkungen auf die gesetzliche Erbfolge - von Anfang an verhindert. Der Verzichtende wird somit bei der Berechnung der Pflichtteilsberechtigten (§ 2310 BGB) und der Ausgleichspflicht (§ 2316 BGB) - im Gegensatz zum Erbverzicht - mitgezählt. Der Pflichtteilsverzicht hat daher keine erbeils- oder pflichtteilserhöhende Wirkung für die Miterben. Mithin ist zum vollständigen Ausschluss des Verzichtenden von jeglichen erbrechtlichen Ansprüchen nach dem Erblasser zusätzlich eine entsprechend enterbende V.v.T.w. erforderlich.

Auch der Pflichtteilsverzichtsvertrag muss zu Lebzeiten des Erblassers wirksam geschlossen werden. Dies bedeutet, dass ein Verzichtsvertrag, der im Wege von Angebot und Annahme vereinbart werden soll, zur Wirksamkeit der Annahme zu Lebzeiten des Erblassers bedarf¹⁶⁴.

Regelmäßig wird im unternehmerischen Bereich zwischen den Ehegatten ein Pflichtteilsverzichtsvertrag und ein ehevertraglicher Ausschluss der sog. güterrechtlichen Lösung (§ 1371 II, III BGB) vereinbart, so dass ein Durchkreuzen des beabsichtigten Ausschluss durch Ausschlagung des überlebenden Ehegatten und Geltendmachung des kleinen Pflichtteilsanspruchs nebst rechnerischen Zugewinnausgleich (§ 1371 III BGB) verhindert wird. Weiterhin ist der Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages zwischen den nicht nachfolgeberechtigten Abkömmlingen und dem Gesellschafter zweckmäßig. Die Verzichtsverträge verschaffen dem Erblasser im unternehmerischen Bereich nicht nur Planungssicherheit und Gestaltungsfreiheit, sondern sie sichern zugleich auch die Unternehmensfortführung¹⁶⁵.

Aus Sicht des Verzichtenden stellt der Verzicht jedoch ein aleatorisches Rechtsgeschäft dar, da der Verzicht grdsl. auch dann wirksam bleibt, wenn sich das Erblasservermögen zum Todeszeitpunkt erheblich vermehrt hat (z.B. aufgrund Wertzuwachs des Unternehmens oder einer unerwarteten Erbschaft). Da beim unentgeltlichen Verzicht nur eine Chance und kein subjektives Recht aufgegeben wird, liegt hierin jedoch keine Schenkung¹⁶⁶.

¹⁶⁴ BGH, Urt. v. 13.12.1996 - IV ZR 62/96 = NJW 1997, 521 (522).

¹⁶⁵ Mayer/Röthel/Schmidt S. 76.

¹⁶⁶ W. Kössinger/Nieder/Kössinger § 19 Rn. 25a.

c) Der beschränkte Pflichtteilsverzichtsvertrag

In der Praxis wird häufig ein beschränkter Pflichtteilsverzichtsvertrag abgeschlossen, da der Pflichtteilsverzicht - im Gegensatz zum Erbverzicht - beliebig beschränkt werden kann, weil er ein reiner Geldanspruch ist, §§ 2303 I S. 2, 2317 BGB. Der Verzicht kann beispielsweise auf einen ideellen Pflichtteilsbruchteil, den Pflichtteilsrestanspruch gem. §§ 2305, 2307 BGB, die Pflichtteilsergänzungsansprüche gem. § 2325 BGB beschränkt werden oder es wird die Anrechnung einer bisher nicht anrechnungspflichtigen Zuwendung auf den Pflichtteil vereinbart¹⁶⁷. Auch die Vereinbarung eines Pflichtteilshöchstbetrags i.V.m. einer Wertsicherungsklausel und/oder die Stundung (z.B. bis Nachversterben des letztversterbenden Elternteils oder des Nachfolger-Erbens gegen entsprechend Sicherheit) oder die Ratenzahlung des späteren Pflichtteilsanspruchs könnte zweckmäßig sein. Besonders im Bereich der Unternehmensnachfolge bietet sich der Abschluss eines sog. gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts bezogen auf das unternehmerische Vermögen nebst den dazugehörigen Verbindlichkeiten und Gesellschafterdarlehen mit den nicht nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten an, da infolge bei der Pflichtteilsberechnung die Gesellschaftsbeteiligung nicht zum Nachlass gehörend angesehen wird, so dass sich der Pflichtteilsanspruch nur aus dem sonstigen Erblasservermögen berechnen würde.

Sofern die vollständige Herausnahme der Gesellschaftsbeteiligung nicht durchsetzbar ist, könnte zumindest die Festlegung eines bestimmten Berechnungs- und Wertermittlungsverfahrens (z.B. Buchwert- oder Ertragswertmethode) für die Pflichtteilsbewertung vereinbart werden. Dies ist kein Verstoß gegen § 2311 II S. 2 BGB, da keine einseitige Festlegung durch den Erblasser vorliegt. Auch im Hinblick auf etwaige Pflichtteilsergänzungsansprüche der weichenden Geschwister oder des Ehegatten (§ 2325 BGB), die aufgrund unentgeltlicher Zuwendungen an Abkömmlinge (z.B. bei Übertragungen von Gesellschaftsbeteiligungen) entstehen, bietet sich die Vereinbarung eines gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts an.

d) Pflichtteilsverzichtsvertrag gegen Abfindung

Beim entgeltlichen Pflichtteilsverzichtsvertrag erhält der Verzichtende für den Pflichtteilsverzicht eine Abfindung. Als Abfindung wird i.d.R. eine (einmalige oder laufende) Geldzahlung vereinbart, wobei man auch eine lebzeitige Einräumung

¹⁶⁷ Wegerhoff/Müko (2013) BGB § 2346 Rn. 20.

einer Unterbeteiligung bzw. stillen Beteiligung an einem Unternehmen¹⁶⁸ oder eine vermächtnisweise Zuwendung der selbigen in Betracht ziehen könnte.

Die Gestaltung des Verzichts kann mittels einer synallagmatischen, kausalen oder konditionalen Verknüpfung der vereinbarten Leistung und Gegenleistung erfolgen¹⁶⁹. Bei der synallagmatischen Verknüpfung steht die Abgabe der Verzichtserklärung des Verzichtenden und die Leistungserbringung der Abfindungszahlung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis, auf welches die §§ 320 ff. BGB im Falle von Leistungsstörungen anzuwenden sind. Im Rahmen der kausalen Verknüpfung des schuldrechtlichen Grundgeschäfts und des Pflichtteilsverzichts erfolgt die Verknüpfung mittels einer auflösenden oder aufschiebenden Bedingung und bei der konditionalen Verknüpfung wird der Verzicht und die Abfindungsvereinbarung zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft verbunden, auf welches § 139 BGB analog anwendbar ist¹⁷⁰, d.h. bei Unwirksamkeit des einen Teils auch der andere erfasst wird.

Alternativ zur Vereinbarung eines Bedingungszusammenhangs könnte auch die Absicherung der Zahlungsverpflichtung z.B. durch eine notariell beurkundete Zwangsvollstreckungsunterwerfung (§ 794 I Nr. 5 ZPO) oder eine Sicherungsgrundschuld (§ 1192 Ia BGB) oder -hypothek (§ 1184 I BGB) erfolgen.

Zivilrechtlich ist noch unklar, ob die Abfindung für einen Pflichtteilsverzicht eine echte Schenkung i.S.v. § 2325 BGB darstellt und somit tatsächlich Pflichtteilsergänzungsansprüche auslösen kann. Die BGH-Rechtsprechung zum Erbverzicht¹⁷¹ kann auf den Pflichtteilsverzicht nicht direkt übertragen werden, da hier gerade keine Pflichtteilserhöhung nach § 2310 S. 2 BGB stattfindet.

Aus diesem Grund qualifiziert die h.M.¹⁷² die Abfindung im Rahmen eines Pflichtteilsverzichts wohl als Schenkung, so dass dieser u.U. Pflichtteilsergänzungsansprüche auslösen kann. Sollte die Abfindungsleistung jedoch als Ausstattung i.S.v. § 1624 BGB zu qualifizieren sein, dann würde nur die Übermaßausstattung als Schenkung der Pflichtteilsergänzung unterliegen. Steuerlich hingegen stellt die Abfindung in jedem Fall eine unentgeltliche Zuwendung des künftigen Erblassers an den Verzichtenden dar, so dass die Abfindungszahlung u.U. Schenkungsteuer auslösen kann, § 7 I Nr. 5 ErbStG¹⁷³.

Bei der Bemessung der Abfindungshöhe ist darauf zu achten, dass die Abfindung nicht zu gering festgesetzt wird, da u.U. der Verzicht nach dem Erbfall aufgrund

¹⁶⁸ Mayer/Röthel/Schmidt S. 76.

¹⁶⁹ Mayer/BeckOK (1.11.2014) BGB § 2346 Rn. 28.

¹⁷⁰ Mayer/BeckOK (1.11.2014) BGB § 2346 Rn. 36.

¹⁷¹ BGH, Urt. v. 8.7.1985 - II ZR 150/84 = NJW 1986, 127 (129); OLG Hamm, Urt. v. 18.5.1999 - 10 U 65/98 = ZEV 2000, 277; BGH, Beschluss v. 3.12.2008 - IV ZR 58/07 = ZEV 2009, 77.

¹⁷² Vgl. hierzu Schindler, ZErB 2012, 149 (156).

¹⁷³ Crezelius, ZEV 2004, 45 (49); Mayer/BeckOK (1.11.2014) BGB § 2346 Rn. 37.

Umstandssittenwidrigkeit wegen Benachteiligung des Pflichtteilsberechtigten angreifbar wäre¹⁷⁴. Hierbei sollte die konkrete Höhe unter Berücksichtigung der prognostizierten Pflichtteilsquote, des aktuellen Vermögenswertes des künftigen Nachlasses und dessen voraussichtlicher Weiterentwicklung bis zum Todesfall zugrunde gelegt werden. Auch sollte natürlich der voraussichtliche Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls nicht außer Acht gelassen werden, da die Vermögensverhältnisse von jungen Erblassern schwerer abschätzbar sind, als wenn der Verzichtsvertrag auf dem Sterbebett des Erblassers abgeschlossen wird.

e) Bedingter Pflichtteilsverzichtsvertrag

Zur Bewahrung des Verzichtenden vor einer ungesicherten Vorleistung, kann die Abfindungsverpflichtung mit dem abstrakten Pflichtteilsverzicht durch eine aufschiebende bzw. auflösende Bedingung (§ 158 BGB) gekoppelt werden.

Hierbei ist darauf zu achten, dass der Pflichtteilsverzicht unter der aufschiebenden Bedingung oder auflösenden Bedingung der vollständigen Zahlung des Abfindungsbetrages zugunsten des Verzichtenden, im Falle des Vorversterbens zugunsten dessen Abkömmlingen, unter sich nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung, erfolgt.

Zu beachten ist, dass bis zur Erfüllung der Abfindungszahlung die aufschiebende Bedingung noch nicht eingetreten ist und somit keinerlei Wirkung entfalten kann.

Auch stellt der Nachweis des Eintritts der aufschiebenden Bedingung wie auch der Eintritt der negativen Tatsache im Falle der auflösenden Bedingung ein praktisches Beweisproblem dar, weshalb der Notar die Beteiligten sowohl auf eine rechtssichere Dokumentation der Erfüllung der Zahlungsverpflichtung als auch im Falle eines späteren Abfindungsverzichts auf einen möglichst notariell zu beurkundenden Nachtragsänderungsvertrag hinweisen sollte.

f) Erstreckung der Verzichtswirkung beim Pflichtteilsverzicht

In der Regel wird die Erstreckungswirkung auf Abkömmlinge des Verzichtenden gem. § 2349 BGB gewünscht, die ohne weiteres eintritt, sofern dies nicht ausgeschlossen wurde. Hierdurch kann zusätzlich das Pflichtteilsrecht der entfernteren vorhandenen und künftigen Abkömmlinge (z.B. Enkel) ausgeschlossen werden, ohne dass diese selbst am Vertrag mitwirken müssen.

g) Zwischenfazit

Zur Sicherung des Fortbestandes des Unternehmens sowie zur Erzielung von Planungssicherheit, bietet der Pflichtteilsverzicht die bestmögliche Vermeidungsstrategie von Pflichtteilsansprüchen, so dass dem Gesellschafter-Erblasser nur dazu geraten werden kann, sich frühzeitig darum zu bemühen, die Pflichtteilsbe-

¹⁷⁴ OLG München, Urt. v. 25.1.2006 - 15 U 4751/04 = ZEV 2006, 313.

rechtigten an das Erfordernis eines Verzichtsvertrages heranzuführen, da die Bereitschaft zum Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages erfahrungsgemäß mit dem Alter absinken wird.

Auch mit Blick auf die anfallenden Beurkundungskosten sollte der Gesellschafter-Erblasser statt des Erbverzichtes eher den Pflichtteilsverzicht bevorzugen, da als Geschäftswert im Errichtungszeitpunkt des Verzichtsvertrages jeweils das komplette Vermögen für den Erbverzicht entsprechend der Erbquote und beim Pflichtteilsverzicht ohne gegenständliche Beschränkung eben nur entsprechend der Pflichtteilsquote zugrunde gelegt wird, § 102 IV S. 1, 2, I S. 1, 2 GNotKG. Beim gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht ist dessen anteiliger Wert entsprechend der Pflichtteilsquote für die Wertermittlung maßgebend. Zu beachten ist, dass künftige Entwicklungen des Vermögens völlig unberücksichtigt bleiben, d.h. es können keine Zu- oder Abschläge vorgenommen werden¹⁷⁵. Sofern der Abfindungswert höher ist, ist dieser für die Kostenberechnung heranzuziehen, § 97 III GNotKG.

2. Lebzeitige Zuwendungen

a) Die ergänzungspflichtige Zuwendung

Unter Bezugnahme auf die Ausführungen im Hauptteil unter Abschnitt A. VI. ist für das Vorliegen einer ergänzungspflichtigen Zuwendung nach § 2325 BGB neben dem Pflichtteilsrecht eine Minderung des Erblassersvermögens durch eine rechtsgültige lebzeitige Schenkung i.S.d. §§ 516 I, 517 BGB im Zuwendungszeitpunkt¹⁷⁶ erforderlich, die der Erblasser einem Dritten gemacht haben muss¹⁷⁷, so dass dessen Vermögen objektiv um die Zuwendung bereichert ist. Weiterhin muss zwischen Erblasser und Empfänger subjektiv eine Einigung über die objektive (ganze oder teilweise) Unentgeltlichkeit vorliegen¹⁷⁸.

Sofern eine gemischte Schenkung vorliegt, unterliegt nur der Schenkungsteil der Pflichtteilsergänzung¹⁷⁹. Ebenso unterliegt eine Schenkung unter Auflage und eine Ausstattung i.S.v. § 1624 I BGB nur bzgl. des Übermaßanteils der Pflichtteilsergänzung.

Obwohl bei sog. Unbenannten Zuwendungen zwischen Ehegatten bedingt durch die Verfolgung eines ehebezogenen Zuwendungszwecks keine Einigung über die Unentgeltlichkeit vorliegt, werden sie im Erbrecht grds. wie eine Schenkung

¹⁷⁵ *Reimann/Korintenberg* GNotKG § 102 Rn. 70.

¹⁷⁶ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2325 Rn. 17.

¹⁷⁷ BGH, Urt. v. 10.12.2003 - IV ZR 249/02 = NJW 2004, 1382.

¹⁷⁸ OLG Oldenburg, Urt. v. 23.3.1999 - 5 U 134/98 = FamRZ 2000, 638.

¹⁷⁹ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2325 Rn. 20.

behandelt¹⁸⁰, sofern sie objektiv unentgeltlich sind¹⁸¹, d.h. wenn der Ehegatte keine Gegenleistung für den Erwerb erbringen muss.

Sollten sich die ursprünglichen Vertragspartner nach Vollzug der Schenkung über eine erstmalige vollständige Entgeltabrede oder Entgelterhöhung mittels eines Änderungsvertrages einigen, dann liegt bei Durchführung insoweit keine ergänzungspflichtige Schenkung mehr vor¹⁸², da der anfänglichen Vermögensverminderung nunmehr eine Kompensation durch Vermögensmehrung gegenübersteht. Auch für den Fall, dass die Schenkung vollständig rückabgewickelt wird (z.B. aufgrund eines Aufhebungsvertrags, bei Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts, Ausübung eines vorbehaltenen Rückforderungsrechts oder Schenkungswiderrufs), liegt aufgrund wirtschaftlicher Betrachtung mangels Vermögensminderung beim Zuwender keine Schenkung mehr vor¹⁸³.

b) Vermeidung einer ergänzungspflichtigen Schenkung

Durch die gezielte Ausnutzung der Regularien der §§ 2315, 2325 III BGB kann der Erblasser mittels besonders ausgestatteter lebzeitiger Zuwendungen pflichtteilsreduzierende Maßnahmen einleiten, indem er seinen Nachlass schmälert.

aa) Vereinbarung von Gegenleistungen an den Zuwendenden

Mittels einer Gegenleistungsvereinbarung (wie z.B. Pflegeverpflichtungen, Rentenzahlungen, Verköstigung, Nutzungsrechte (Nießbrauch gem. §§ 1030 ff. BGB, Wohnrecht gem. § 1090 BGB, Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB), Schuldübernahme nebst valutierter Grundpfandrechte) zu Lasten des Empfängers und zugunsten des Zuwenders kann auf den Schenkungswert direkter Einfluss genommen werden, da insoweit keine Unentgeltlichkeit vorliegt. Im Rahmen der Vertragsgestaltung sollte bedacht werden, dass Leistungen, die vom Beschenkten zeitlich vor Abschluss des Übergabevertrages erbracht wurden, u.U. als Gegenleistung nunmehr in Abzug gebracht werden können¹⁸⁴, sofern sie substantiiert dargelegt und in der Absicht künftiger Entlohnung ausgeführt wurden¹⁸⁵.

Zwecks Sicherstellung des Fristlaufs (§ 2325 III S. 1 BGB) sollte sich der Erblasser bei der Schenkung keinen Nießbrauch (z.B. an einer Immobilie (§ 1030 BGB) oder einem Gesellschaftsanteil (§ 1068 I BGB)) vorbehalten.

Der Erblasser würde zwar zur Fruchtziehung berechtigt bleiben und hätte auch weiterhin einen gewissen Einfluss auf z.B. die Instandhaltung des Gegenstandes,

¹⁸⁰ BGH, Urt. v. 27.11.1991 - IV ZR 164/90 = NJW 1992, 564.

¹⁸¹ Lange/Müko (2013) BGB § 2325 Rn. 23.

¹⁸² BGH, Urt. v. 14.2.2007 - IV 258/05 = ZEV 2007, 326.

¹⁸³ Kornexl, ZEV 2003, 196 (197).

¹⁸⁴ OLG Oldenburg, Urt. v. 4.6.1996 - 5 U 27/96 = NJW-RR 1997, 263.

¹⁸⁵ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2325 Rn. 9.

aber mangels „echten Genussverzichts“ beim Zuwender kommt es nicht zum Fristlaufbeginn, da hierfür das Geschenk endgültig aus dem wirtschaftlichen Vermögensbereich des Erblassers ausgegliedert sein muss, so dass ein Verzicht auf die wesentliche Weiternutzung gegeben ist¹⁸⁶. Folglich können Pflichtteilsberechtigte unbefristet Pflichtteilsergänzungsansprüche aus der Zuwendung generieren.

Alternativ zum Nießbrauch bietet sich als Gegenleistung eine Rentenzahlungsverpflichtung an. Hierbei wäre jedoch zu beachten, dass der Rentenverpflichtete das Ausfallrisiko der Finanzierbarkeit zu tragen hat. Hierdurch wird der Fristanlauf nicht gestört und der Zuwender erhält - wie beim Nießbrauch wiederkehrende Geldzahlungen -, er verliert aber auch jegliche Einflussnahme auf den Gegenstand. Auch beim Vorbehalt eines lebenslänglichen umfassenden Wohnungsrechts (§ 1093 BGB) ist größte Vorsicht geboten, da sofern sich der Zuwender Einflussmöglichkeiten auf die zugewandte Immobilie vorbehält¹⁸⁷, ebenfalls die Zehn-Jahresfrist nicht anläuft. Ebenso besteht im Falle des Vorbehalts eines freien Rückforderungsrechts die Gefahr, dass die Zehn-Jahresfrist nicht anläuft¹⁸⁸, da sich der Schenker den Zugriff auf den Substanzwert vorbehält.

bb) Pflicht- und Anstandsschenkungen nach § 2330 BGB

Sofern und soweit der Erblasser bestimmte Personen mit Pflicht- und Anstandsschenkungen gem. § 2330 BGB ausstatten möchte, kann er dies ohne weiteres tun, da diese speziellen Schenkungen von der Pflichtteilsergänzung (§§ 2325 - 2329 BGB) vollständig ausgenommen sind.

Unter Anstandsschenkungen im Pflichtteilsrecht werden kleinere anlassbezogene bzw. zu besonderen Tagen erfolgte Zuwendungen (z.B. zu Geburtstag, Jubiläum, Weihnachten, Hochzeit, Geburt, Taufe usw.) verstanden, die aufgrund einer Anstandspflicht vorgenommen werden¹⁸⁹. Eine Anstandspflicht liegt dann vor, wenn der Erblasser aufgrund der Unterlassung der Schenkung einem Reputationsverlust in seinem sozialen Umfeld ausgesetzt wäre. Hierbei ist auch u.a. die örtliche oder gesellschaftliche Verkehrssitte zu beachten¹⁹⁰. Beispielsweise hat das OLG Koblenz¹⁹¹ entschieden, dass die Vereinbarung eines Zuwendungsnießbrauchs und einer Pflegeverpflichtung zugunsten des Ehegatten keine Anstandsschenkung darstellt und somit der Pflichtteilsergänzung unterliegt.

¹⁸⁶ BGH, Urt. v. 27.4.1994 - IV ZR 132/93 = NJW 1994, 1791.

¹⁸⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.12.1998 - 7 U 78/98 = MittBayNot 2000, 120.

¹⁸⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.4.2008 - 7 U 70/07 = ZEV 2008, 525.

¹⁸⁹ Lange/Müko (2013) BGB § 2330 Rn. 2; BGH, Urt. v. 19.9.1980 - V ZR 78/79 = NJW 1981, 111.

¹⁹⁰ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2330 Rn. 2.

¹⁹¹ OLG Koblenz Urt. v. 17.10.2001 - 9 U 166/01 = RNotZ 2002, 337.

Unter Pflichtschenkungen werden (auch größere) Schenkungen¹⁹² gefasst, die aufgrund einer sittlichen Pflicht gerechtfertigt und regelrecht geboten sind, so dass ein Unterlassen als Verletzung einer sittlichen Pflicht verstanden wird¹⁹³. Eine sittliche Pflicht wird bei der vereinbarten Freistellungsverpflichtung von Unterhaltszahlungen für nahe Verwandte¹⁹⁴, der Zuwendung eines Grundstücks für unbezahlte, langjährige Dienste im Haushalt oder für die unentgeltliche Pflege und Versorgung angenommen¹⁹⁵.

Sofern jedoch der Umfang des Geschenks das durch die Pflichtschenkung übliche Maß überschreitet, unterliegt lediglich der Übermaßbetrag der Pflichtteilsergänzung¹⁹⁶. Welche der beiden Schenkungsarten vorliegen, muss anhand objektiver Kriterien (z.B. persönliche Beziehungen und Lebensstellung) bestimmt werden¹⁹⁷, „insbesondere nach den persönlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander, ihrer Lebensstellung, den jeweiligen Vermögens- und Lebensverhältnissen sowie dem Gewicht zu belohnender Leistungen des Beschenkten“¹⁹⁸. Unklar ist, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung des Vorliegens einer Schenkung nach § 2330 BGB maßgeblich ist. Einerseits wird auf den Zuwendungszeitpunkt abgestellt, andererseits auf den Erbfall¹⁹⁹, weil erst zu diesem Zeitpunkt beurteilt werden kann, ob die sittliche Pflicht bzgl. der Zuwendung gerechtfertigt erscheint und ob diese Pflicht bis zum Erbfall bestanden hatte.

Richtigerweise sollte aus Rechtssicherheitsgründen auf den Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs abgestellt werden, da hier die besonderen Beziehungen zwischen dem Erblasser und dem Beschenkten begründet werden, so dass eine nachträgliche Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schenkers eine rückwirkende Bewertung der Schenkung entbehrlich macht²⁰⁰.

cc) Die Ausstattung nach § 1624 BGB

Die Ausstattung gem. § 1624 I BGB bietet dem Erblasser eine gute Möglichkeit, seinen Kindern eine anlassbezogene finanzielle Starthilfe zu geben, die nur hinsichtlich eines Übermaßes der Pflichtteilsergänzung (§§ 2325 ff. BGB) unterliegt. Eine Ausstattung liegt dann vor, wenn der Erblasser zu seinen Lebzeiten zugunsten des eigenen Kindes eine Vermögenszuwendung (z.B. Eigentumsübertragung von (beweglichen und unbeweglichen) Sachen, Abschluss einer Lebens-

¹⁹² BGH, Urt. v. 7.3.1984 - IVa ZR 152/82 = NJW 1984, 2939 (2940).

¹⁹³ Lange/Müko (2013) BGB § 2330 Rn. 3.

¹⁹⁴ BGH, Urt. v. 7.3.1984 - IVa ZR 152/82 = NJW 1984, 2939 (2940).

¹⁹⁵ Schlitt/Schlitt/Müller § 5 Rn. 33.

¹⁹⁶ Lange/Müko (2013) BGB § 2330 Rn. 5; BGH, Urt. v. 27.5.1981 - IVa ZR 132/80 = NJW 1981, 2458 (2459).

¹⁹⁷ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2330 Rn. 1.

¹⁹⁸ Lange/Müko (2013) BGB § 2330 Rn. 4.

¹⁹⁹ Lange/Müko (2013) BGB § 2330 Rn. 6.

²⁰⁰ Lange/Müko (2013) BGB § 2330 Rn. 6, a.A. Mayer/BeckOK (1.11.2014) BGB § 2330 Rn. 4.

versicherung für das Kind)²⁰¹ vornimmt, die mit Rücksicht auf die Verheiratung oder die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter erfolgt. Hierbei ist der Ausstattungszweck ausschlaggebend, irrelevant ist, ob der genannte Zweck das einzige Motiv ist oder die Zuwendung zur Zweckerreichung überhaupt notwendig war²⁰².

Bei der Ausstattung handelt es sich nicht um eine Schenkung, sondern um eine familienrechtliche causa sui generis²⁰³.

Da zum Begünstigen eine Eltern-Kind-Beziehung gem. § 1618a BGB bestehen muss²⁰⁴, werden Zuwendungen an Stiefkinder, Enkel oder sonstige Angehörige nicht von § 1624 BGB erfasst²⁰⁵.

Ob eine Übermaßausstattung vorliegt, ist aus der Sicht des Ausstattungsgebers im Zeitpunkt des Versprechens bzw. der Hingabe der Ausstattung sowie dessen Vermögenssituation vor und nach der Zuwendung zu beurteilen²⁰⁶.

Eine Übermaßzuwendung - die in der Praxis schwer feststellbar ist - liegt insbesondere dann vor, wenn die Zuwendung die gegenwärtige selbständige Lebensgestaltung der Eltern erheblich beeinträchtigt oder ihre Altersversorgung gefährdet²⁰⁷.

Sofern die Ausstattung das nach dem Einzelfall Angemessene übersteigt, liegt dennoch eine Ausstattung vor, jedoch gelten ausschließlich für den überschießenden Teil die schenkungsrechtlichen Vorschriften i.S.v. § 516 ff. BGB²⁰⁸. Mithin werden hierdurch Pflichtteilergänzungsansprüche (§§ 2325 ff. BGB) ausgelöst, so dass eine Übermaßausstattung nur dann zur Pflichtteilsminimierung dient, wenn sie außerhalb der Zehn-Jahresfrist (§ 2325 III BGB) erfolgt und sichergestellt ist, dass der Fristlauf auch in Gang gesetzt wird.

Trotz des positiven Effekts einer reinen angemessenen Ausstattung für den Zuwendungsempfänger, sollte der Rechtsberater darauf hinzuweisen, dass eine Ausstattung in jedem Fall aufgrund der pflichtteilsrechtlichen Fernwirkung - völlig losgelöst von der Zehn-Jahresfrist des § 2325 III BGB - zwingend zu einer Ausgleichung unter mehreren pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen (§ 2316 III,

²⁰¹ v. *Sachsen Gessaphe/Müko* (2012) BGB § 1624 Rn. 4.

²⁰² *Götz/Palandt* (2015) BGB § 1624 Rn. 1.

²⁰³ v. *Sachsen Gessaphe/Müko* (2012) BGB § 1624 Rn. 1.

²⁰⁴ v. *Sachsen Gessaphe/Müko* (2012) BGB § 1624 Rn. 3.

²⁰⁵ v. *Sachsen Gessaphe/Müko* (2012) BGB § 1624 Rn. 3.

²⁰⁶ v. *Sachsen Gessaphe/Müko* (2012) BGB § 1624 Rn. 6.

²⁰⁷ v. *Sachsen Gessaphe/Müko* (2012) BGB § 1624 Rn. 6.

²⁰⁸ v. *Sachsen Gessaphe/Müko* (2012) BGB § 1624 Rn. 12.

§ 2050 I BGB) führt und damit zu einer Erhöhung der Ausgleichungspflichtteile der anderen Abkömmlinge.

3. Pflichtteilsanrechnung von Vorempfängen nach § 2315 BGB

Plant der Erblasser aus seinem Vermögen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge eine lebzeitige freigiebige und freiwillige Zuwendung zugunsten des Pflichtteilsberechtigten, hat ihn der Rechtsberater insbesondere auf die Möglichkeit einer (positiven oder negativen) Anrechnungsanordnung (§ 2315 BGB)²⁰⁹ bezogen auf den ordentlichen Pflichtteil des Empfängers hinzuweisen, da dies eine gute Möglichkeit der Nachlassplanung darstellt und der Pflichtteilsanspruch zugunsten des Pflichtteilsschuldners unmittelbar vermindert werden kann.

Für die Wirksamkeit der einseitigen empfangsbedürftigen Anrechnungsanordnung muss diese ggü. dem Pflichtteilsberechtigten jedoch vor oder spätestens mit der Zuwendung abgegeben werden und diesem so zugehen, dass ihm die Wirkung und die Tragweite der Bestimmung bewusst wird²¹⁰. Die Anrechnungsanordnung ist grdsl. mündlich und u.U. auch stillschweigend möglich, wenn sie so eindeutig ist, dass sie für den Pflichtteilsberechtigten als solche ersichtlich ist²¹¹; formbedürftig ist sie nur dann, wenn auch das Kausalgeschäft formbedürftig ist (z.B. aufgrund §§ 311b I S. 1, 518 I BGB)²¹². Da der Erbe die Beweislast sowohl für die Zuwendung als auch für die Anrechnungsanordnung trägt²¹³, sollte die Anordnung nach Ansicht der Verfasserin stets zumindest schriftlich erfolgen, um unnötigen Streitigkeiten vorzubeugen.

Die Anrechnung wird für jeden Pflichtteilsberechtigten einzeln und gesondert²¹⁴ in drei Schritten durchgeführt: Zunächst wird die anrechnungspflichtige Zuwendung - vorbehaltlich einer abweichenden Erblasserbestimmung - grdsl. mit dem Verkehrswert²¹⁵ im Zuwendungszeitpunkt (§ 2315 II S. 1 BGB)²¹⁶ unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwunds²¹⁷ dem Realnachlass hinzugerechnet (dies ergibt den sog. Anrechnungsnachlass), sodann wird anhand der individuellen Pflichtteilsquote (§ 2303 I S. 2 BGB) der ordentliche Pflichtteilsanspruch ermittelt und schließlich wird der Vorempfang mit dem hinzugerechneten Wert vom Anrechnungsnachlass in voller Höhe abgezogen, § 2315 II BGB.

²⁰⁹ Vgl. Mustertext bei *Nieder/W. Kössinger/Nieder/Kössinger* § 2 Rn. 294.

²¹⁰ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2315 Rn. 3, 4.

²¹¹ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2315 Rn. 3.

²¹² *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2315 Rn. 3.

²¹³ *Otte/Staudinger* (2015) BGB § 2315 Rn. 35.

²¹⁴ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2315 Rn 20; *Otte/Staudinger* (2015) BGB § 2315 Rn. 37.

²¹⁵ *Otte/Staudinger* (2015) BGB § 2315 Rn. 39.

²¹⁶ Hier ist auf den Zeitpunkt des dinglichen Vollzugsgeschäfts abzustellen, sofern Grund- und Vollzugsgeschäft auseinanderfällt (vgl. *Lange/Müko* (2013) BGB § 2315 Rn. 24;

Otte/Staudinger (2015) BGB § 2315 Rn. 42).

²¹⁷ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2315 Rn. 8.

Sollte die anzurechnende Zuwendung den Pflichtteil übersteigen, führt dies nicht zur Rückerstattungspflicht des übersteigenden Betrages durch den Anrechnungspflichtigen in den Nachlass²¹⁸, jedoch könnte der Zuwendungsempfänger u.U. Pflichtteilsergänzungsansprüchen (§§ 2325, 2329 BGB) ausgesetzt sein²¹⁹. Nach *Lange*²²⁰ steht dem Zuwendungsempfänger in diesem Fall zur Verteidigung seines gem. § 2315 BGB ermittelten Pflichtteilsanspruchs und des Pflichtteilsergänzungsanspruchs ein Leistungsverweigerungsrecht analog § 2328 BGB zu. Eine nachträgliche (positive oder negative) Wertveränderung oder der Verlust des Vorempfanges bleibt bei der Anrechnung außer Betracht²²¹.

Zu beachten ist, dass sich der Pflichtteilsberechtigte, Geschenke die ihm vom Erblasser zugewandt wurden (sog. Eigengeschenke), auf den Gesamtpflichtteil (ordentlicher und Ergänzungspflichtteil) anrechnen lassen muss, § 2327 S. 2 BGB. In der Literatur werden zur Problematik der Reihenfolge der Anrechnung vier verschiedene Berechnungsmethoden²²² vertreten, auf die im Rahmen dieser Arbeit aufgrund der Begrenzung des Umfangs der Arbeit nicht detailliert eingegangen werden kann.

Bei der Ausgestaltung der ausdrücklichen positiven Anrechnungsanordnung sollte nach Ansicht der Verfasserin darauf geachtet werden, dass im Falle der Rückabwicklung der Zuwendung (z.B. aufgrund eines vorbehaltenen Rückforderungsrechts), die Anrechnungsanordnung rückwirkend aufgrund einer auflösenden Bedingung entfällt²²³, da es sonst zu unbilligen Ergebnissen kommen würde. Auch sollte der Anrechnungsbetrag (z.B. der Verkehrswert oder ein davon abweichender niedriger Betrag) ausdrücklich bestimmt werden, da eine rückwirkende Wertbestimmung u.U. Schwierigkeiten bereiten kann. Des Weiteren sollte der Rechtsberater bei einem unentschlossenen Erblasser auf die Möglichkeit hinweisen, dass dieser sich im Zuwendungsvertrag auch eine spätere einseitige Anordnung vorbehalten könnte oder die Anrechnungsanordnung von einer aufschiebenden Bedingung (z.B. einem beliebigen künftigen Ereignis) abhängig machen könnte²²⁴, so dass ihm für die Zukunft ein gewisser Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht.

Sofern der Erblasser einen den Verkehrswert übersteigenden Anrechnungsbetrag festlegen möchte, kann dies nur flankierend mit einem beschränkten Pflicht-

²¹⁸ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2315 Rn. 5.

²¹⁹ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2315 Rn. 21.

²²⁰ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2315 Rn. 32.

²²¹ *Weidlich/Palandt* (2015) BGB § 2315 Rn. 8.

²²² Vgl. Übersicht in *Lange/Müko* (2013) BGB § 2327 Rn. 13.

²²³ Vgl. Mustertext bei *Müller/Schlitt/Müller* § 10 Rn. 87.

²²⁴ *Otte/Staudinger* (2015) BGB § 2315 Rn. 21.

teilsverzichtsvertrag erreicht werden²²⁵. Da die Anrechnung nur hinsichtlich des Nachlasses des Zuwenders möglich ist, muss für den Fall, dass die Anrechnung der vom Zuwender stammenden Zuwendung auch auf den Pflichtteil nach dem anderen Elternteil gewollt wird, ein entsprechender gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzichtsvertrag vereinbart werden²²⁶.

Eine detaillierte Betrachtung der Anrechnung von Zuwendungen unter Ehegatten auf den Zugewinnausgleich (§ 1380 I BGB) und den Pflichtteil (§ 2315 I BGB) und an Minderjährige ist im Rahmen dieser Arbeit aufgrund der Begrenzung des Umfangs der Arbeit nicht möglich.

Ergänzend möchte die Verfasserin auf die unmittelbare pflichtteilerhöhende Wirkung zugunsten der anderen Abkömmlinge bei Anordnung der reinen Ausgleichung (§§ 2050 ff. BGB) gem. § 2316 I S. 1, III BGB hinweisen, weshalb die Anordnung nicht unbedacht vorgenommen werden sollte.

4. „Die Flucht in die Pflichtteilergänzung“

Hat der Erblasser bei einer Vorschenkung an einen (vermeintlich) bereits abgefundenen Pflichtteilsberechtigten es versäumt, eine wirksame Anrechnungsanordnung (§ 2315 I BGB) zu treffen oder einen Pflichtteilsverzicht zu vereinbaren, bietet sich als Strategie zur Pflichtteilsminimierung die sog. „Flucht in den Pflichtteilergänzungsanspruch“²²⁷ an. Über § 2327 BGB kann der Erblasser in gewisser Weise sein Versäumnis wieder ausgleichen, indem er einen erheblichen Vermögensanteil noch zu seinen Lebzeiten auf Dritte (z.B. auf andere Abkömmlinge) im Wege der Schenkung auf den Todesfall (§ 2301 BGB) oder als Schenkung (§ 516 BGB), wobei die Erfüllung auf den Todeszeitpunkt des Erblassers aufgeschoben wird, überträgt.

Dieses Vorgehen verschafft den Erben zugleich zwei Vorteile: Zum einen kann der Zuwendungsempfänger den ordentlichen Pflichtteilsanspruch (§ 2303 BGB) mangels Vorhandenseins eines wesentlichen Nachlasses nur noch teilweise realisieren und zum zweiten muss er sich Eigengeschenke²²⁸ des Erblasser auf etwaige Pflichtteilergänzungsansprüche, die er ggü. Erben (§ 2325 BGB) bzw. Beschenkten (§ 2329 BGB) geltend machen möchte, stets und zeitlich unbefristet²²⁹ in voller Höhe anrechnen lassen, so dass der Pflichtteilergänzungsanspruch unmittelbar gemindert wird. Die Zehn-Jahresfrist (§ 2325 III BGB)

²²⁵ Keim, MittBayNot 2008, 8 (10); Otte/Staudinger (2015) BGB § 2315 Rn. 41.

²²⁶ Vgl. Mustertext bei Keim, MittBayNot 2008, 8 (9).

²²⁷ Tanck, ZErB 2000, 3 (7).

²²⁸ Lange/Müko (2013) BGB § 2327 Rn. 1.

²²⁹ Lange/Müko (2013) BGB § 2327 Rn. 6.

gilt hier nicht, da durch die Anrechnung eines länger zurückliegenden Geschenks keine unbillige Schädigung des Ergänzungsberechtigten eintritt²³⁰.

Zur Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs werden zunächst sowohl das Eigengeschenk als auch sämtliche Fremdgeschenke dem Realnachlass hinzugerechnet (ergibt den sog. Ergänzungsnachlass). Hieraus wird dann der Pflichtteilsergänzungsanspruch des Zuwendungsempfängers ermittelt, wobei die Wertberechnung entsprechend § 2325 II BGB erfolgt²³¹. Als letzter Schritt ist vom ermittelten Pflichtteilsergänzungsanspruch von Amts wegen²³² das Eigengeschenk vollständig in Abzug zu bringen, § 2327 S. 1 BGB.

Entspricht der Wert des Eigengeschenks dem Wert des errechneten Pflichtteilsergänzungsanspruchs oder überschreitet er ihn, entfällt der Pflichtteilsergänzungsanspruch; auch ein evtl. Überschuss verbleibt beim Zuwendungsempfänger, sofern er nicht von anderen Ergänzungsberechtigten nach § 2329 I S. 1 BGB in Anspruch genommen wird²³³.

5. Zwischenfazit

Die lebzeitige Zuwendung von Vermögensgegenständen bietet dann eine gangbare Möglichkeit zur Verminderung von Pflichtteilsansprüchen, wenn sie unter Beachtung der Schutzmechanismen für die Pflichtteilsberechtigten erfolgt. Sofern die Zuwendung nicht gegen Vereinbarung einer Gegenleistung des Empfängers erfolgt, ist zumindest auf den Vorbehalt einer Anrechnungsanordnung zu achten. Auch sollte auf das Rechtsinstitut der Ausstattung gezielt zurückgegriffen werden, soweit die Voraussetzungen hierfür vorliegen und eine Übermaßausstattung vermieden werden kann.

IV. Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen von Verfügungen von Todes wegen

1. Nachträgliche Anrechnungsanordnung

Da die Anrechnungsanordnung spätestens im Zuwendungszeitpunkt vorgenommen sein muss, scheidet eine nachträgliche einseitige Erblasser-anordnung durch den Erblasser, insbesondere durch V.v.T.w.²³⁴, auch dann aus, wenn er die Rechtslage nicht kannte oder sich im Zuwendungszeitpunkt hierüber noch keine ernsthaften Gedanken gemacht hatte²³⁵.

²³⁰ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2327 Rn. 1.

²³¹ Lange/Müko (2013) BGB § 2327 Rn. 8.

²³² Olshausen/Staudinger (2015) BGB § 2327 Rn. 16.

²³³ Lange/Müko (2013) BGB § 2327 Rn. 2.

²³⁴ Otte/Staudinger (2015) BGB § 2315 Rn. 23 mit Verweis auf die Ablehnung des Rechtsausschusses des Bundestages (BT-Drucks 16/13543, 12).

²³⁵ Weidlich/Palandt (2015) BGB § 2315 Rn. 3.

Ausnahmsweise wird eine nachträgliche einseitige Anordnung dann zugelassen, wenn sich der Erblasser diese im Zuwendungsvertrag vorbehalten hat, die Voraussetzungen zur Pflichtteilsentziehung (§ 2333 BGB) vorliegen oder soweit diese Anordnung keine Pflichtteilsschmälerung beim zum Erben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten zur Folge hat²³⁶.

Ansonsten besteht nur bei Einverständnis zwischen Pflichtteilsberechtigten und Erblasser die Möglichkeit eine nachträgliche Anrechnungsvereinbarung in Form eines gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichtungsvertrags (§§ 2346 II, 2348 BGB) abzuschließen²³⁷.

2. Aufhebung der Anrechnungsanordnung

Dem Erblasser ist es unbenommen, jederzeit nachträglich die Aufhebung der Anrechnungsanordnung (z.B. zugunsten einzelner Pflichtteilsberechtigter) oder die Verminderung der bei der Zuwendung angeordneten Anrechnung auf den Pflichtteil formlos einseitig zu bestimmen, da dies weder den Pflichtteilsberechtigten belastet noch Pflichtteilsrechte anderer Personen hierdurch tangiert werden²³⁸. Für die Änderung der Anrechnungsanordnung enthält § 2315 BGB keine Formvorschrift, so dass eine formfreie Änderung möglich wäre²³⁹. Aus Beweis- und Rechtssicherheitsgründen sollte nach Auffassung der Verfasserin die Änderung am besten in der gleichen Form wie die Anordnung erfolgen, wobei mindestens die Schriftform eingehalten werden sollte. Alternativ bietet sich auch die vermächtnisweise Zuwendung (§ 1939 BGB) zugunsten des Anrechnungspflichtigen in Form eines Widerrufs der Anordnung an²⁴⁰, da in dem Wegfall die Zuwendung eines Vermögensvorteils zu sehen ist.

Eine nachträgliche Aufhebung der Ausgleichsanordnung scheidet im Gegensatz zur Anrechnungsanordnung aufgrund der nicht dispositiven Norm des § 2316 III BGB aus, da den übrigen Abkömmlingen nicht nachträglich das zu ihren Gunsten entstandene Recht auf Pflichtteilerhöhung wieder genommen werden kann²⁴¹. Nur mittels beschränkter Pflichtteilsverzichtungsverträgen zwischen dem Erblasser und den pflichtteilsberechtigten übrigen Abkömmlingen kann die pflichtteilsrechtliche Fernwirkung der Ausgleichsanordnung mit Wirkung gegen diese Pflichtteilsberechtigten nachträglich beseitigt werden.

²³⁶ *Nieder/W. Kössinger/Nieder/Kössinger* § 2 Rn. 295.

²³⁷ *Otte/Staudinger* (2015) BGB § 2315 Rn. 21.

²³⁸ *Otte/Staudinger* (2015) BGB § 2315 Rn. 32; *Keim*, MittBayNot 2008, 8 (11).

²³⁹ *Otte/Staudinger* (2015) BGB § 2315 Rn. 32.

²⁴⁰ Vgl. hierzu auch *Keim*, MittBayNot 2008, 8 (11); *Otte/Staudinger* (2015) BGB § 2315 Rn. 32.

²⁴¹ *Lange/Müko* (2013) BGB § 2316 Rn. 12.

3. Die Europäische Erbrechtsverordnung (EU-ErbVO)

a) Allgemeines

Für Erbfälle nach dem 16.8.2015 gilt die EU-ErbVO, Art. 83 I EU-ErbVO²⁴². Sie enthält u.a. Vorschriften über die internationale Zuständigkeiten (Art. 4 EU-ErbVO bis Art. 19 EU-ErbVO) sowie die Erbkollisionsregeln (Art. 20 EU-ErbVO bis Art. 38 EU-ErbVO), sofern keine speziellen Staatsverträge (z.B. mit der Türkei und dem Iran) existieren.

Bisher wurde das Erbstatut aus deutscher Sicht anhand der Staatsangehörigkeit des Erblassers ermittelt (sog. Staatsangehörigkeitsprinzip), Art. 25 I EGBGB²⁴³. Ab Geltung der EU-ErbVO unterliegt die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen (nachfolgend: „R.v.T.w.“) regelmäßig dem Recht des Staates, in dem der Erblasser zum Todeszeitpunkt seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hatte (Art. 4, Art. 21 I EU-ErbVO und Erwägungsgrund Nr. 23 ff. (sog. Domizilprinzip). Aufgrund des Umstandes, dass die EU-ErbVO keine Definition für den gewöhnlichen Aufenthalt enthält, ist dieser anhand einer Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers zu ermitteln, wobei als Kriterien z.B. die Aufenthaltsdauer, die Regelmäßigkeit des Aufenthalts in einem Staat bzw. sein Lebensmittelpunkt in familiärer oder sozialer Hinsicht, herangezogen werden kann.

Die EU-ErbVO gilt gem. Art. 20 EU-ErbVO universell²⁴⁴, d.h. sie gilt sowohl im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten untereinander - jedoch unter Ausnahme von Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Irland²⁴⁵ - als auch im Verhältnis zu Drittstaaten. Die Länder Dänemark, das Vereinigte Königreich und Irland sind zwar der EU-ErbVO nicht beigetreten, werden aber im Sinne der EU-ErbVO als Drittstaat behandelt²⁴⁶. Nunmehr gilt unabhängig von der Art und Belegenheit des Vermögens ein einheitliches Erbstatut für den gesamten Weltnachlass des Erblassers (sog. Grundsatz der Nachlasseneinheit).

Die EU-ErbVO ist gem. Art. 1 I EU-ErbVO, Art. 23 I EU-ErbVO nur auf die R.v.T.w. anzuwenden. Dem anzuwendenden Recht unterliegen u.a. die Enterbung und die Erbunwürdigkeit (Art. 23 II lit. d) EU-ErbVO), die Pflichtteile und andere Beschränkungen der Testierfreiheit (Art. 23 II lit. h EU-ErbVO) sowie

²⁴² Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses. Quelle: ABl. der EU v. 27.7.2012 - L 201/107 nebst Berichtigung v. 12.2.2013 - L 41/16 (bzgl. Art. 83 EU-ErbVO). Inkrafttreten der EU-Verordnung erfolgte am 16.8.2012, Art. 84 EU-ErbVO.

²⁴³ In der Fassung vor dem Inkrafttreten der EU-ErbVO.

²⁴⁴ Dutta/Müko (2015) EU-ErbVO Art. 20 Rn 1.

²⁴⁵ Dutta/Müko (2015) EU-ErbVO Vorbemerkung Art. 1 Rn. 14.

²⁴⁶ Dutta/Müko (2015) EU-ErbVO Vorbemerkung Art. 1 Rn. 15.

die Ausgleichung und Anrechnung unentgeltlicher Zuwendungen (Art. 23 II lit. i EU-ErbVO). Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind u.a. das materielle Erbrecht, das Erbschaft-, Schenkungsteuerrecht sowie die lebzeitigen Vermögensübertragungen (z.B. echte Schenkungen und Schenkungen auf den Todesfall, sofern sie noch zu Lebzeiten des Erblassers vollzogen werden²⁴⁷) (Art. 1 II lit. g EU-ErbVO).

Möchte der Gesellschafter seinen wohlverdienten Lebensabend beispielsweise in Spanien verbringen, kann dies u.U. zu unangenehmen Überraschungen führen, da im gemein-spanischen Recht die Kinder den Erblasser als Erben der ersten Erbordnung aufgrund gesetzlicher Erbfolge allein und zu gleichen Teilen beerben (Art. 930 - 934 CC²⁴⁸) und dem überlebenden Ehegatten nur der Hausrat sowie ein gesetzliches Nießbrauchsrecht an 1/3 des Nachlasses (sog. Aufbesserungsdrittel) zusteht (Art. 834 CC). Hier weicht die gesetzliche Erbfolge immens von der deutschen gesetzlichen Erbfolge ab. Auch ist jeder Verzicht oder Vergleich über den zukünftigen Noterbteil zwischen Erblasser und dem Noterben nichtig (Art. 816 CC)²⁴⁹. Selbst das Pflichtteilsrecht ist abweichend vom deutschen Recht als echtes materielles Noterbrecht ausgestaltet, wonach z.B. die Kinder und Abkömmlinge, die gem. Art. 807 Nr. 1 CC an erster Stelle stehen, 2/3 des Reinachlasses (Art. 808 I CC - sog. *legítima larga*) erhalten, wobei der Erblasser die Hälfte dieses für Abkömmlinge reservierten Noterbteils zu gleichen Teilen auf die Noterben aufteilen (sog. *legítima estricta*) muss, die andere Hälfte kann er unter den Noterben nach eigenem Ermessen verteilen (Art. 808 II CC - sog. *mejora*). Der überlebende Ehegatte erhält neben Abkömmlingen des Erblassers als Pflichtteilsberechtigter einen Nießbrauch am Aufbesserungsdrittel (Art. 807 Nr. 3 i.V.m. 834 CC)²⁵⁰. Der Noterbe des gemein-spanischen Rechts ist im Gegensatz zum deutschen Pflichtteilsberechtigten unmittelbar am Nachlass entsprechend seiner Quote beteiligt, so dass ihm nicht nur ein schuldrechtlicher Zahlungsanspruch gegen den Nachlass zusteht.

Hier kann sich der unbedachte Wegzug nach Spanien als echtes pflichtteilsrechtliches „Fettnäpfchen“²⁵¹ entpuppen.

Aus diesem Grund sollte sich der Erblasser vor einem Umzug ins Ausland über das ausländische materielle Erbrecht seines zukünftigen Aufenthaltsstaates umfassend informieren bzw. eine Rechtsberatung im Hinblick auf die Nachfolgeplanung mit Auslandsbezug in Anspruch zu nehmen, um ggf. rechtsvergleichen-

²⁴⁷ Dutta/Müko (2015) EU-ErbVO Art. 1 Rn. 22.

²⁴⁸ Sog. *Código civil*.

²⁴⁹ *Emmerling de Oliveira/Schlitt/Müller* § 15 Rn. 582.

²⁵⁰ *Emmerling de Oliveira/Schlitt/Müller* § 15 Rn. 572.

²⁵¹ *Everts*, ZEV 2013, 124 (126) Ziff. 2.3.

de Überlegungen anzustellen, so dass unnötige Probleme bei der Nachlassabwicklung aufgrund eines möglicherweise ungewollten erbrechtlichen Statutenwechsels vermieden werden können.

Sofern das ausländische Erbrecht nicht den Vorstellungen des Erblassers entspricht, besteht für ihn immer noch die Möglichkeit bzgl. der R.v.T.w. i.S.v. Art. 3 I lit. a EU-ErbVO sein Heimatrecht zum Rechtswahl- oder Todeszeitpunkt mittels einer entsprechenden beschränkten erbrechtlichen Rechtswahlerklärung²⁵² (Art. 22 I EU-ErbVO) zu wählen, so dass auf seinen Erbfall und somit für den gesamten Weltnachlass, unabhängig vom letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt seines Todes, weiterhin deutsches Erbrecht im Umfang gem. Art. 23 EU-ErbVO zur Anwendung gelangt. Diese Rechtswahlerklärung muss entweder ausdrücklich in einer Erklärung in Form einer V.v.T.w. im unionsrechtlichen Sinne (vgl. Art. 3 I lit. d EU-ErbVO)²⁵³ erklärt werden oder sich aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung ergeben (sog. konkludente Rechtswahl), Art. 22 II EU-ErbVO.

Hinsichtlich des Errichtungsstatuts von Testamenten (Art. 24 II EU-ErbVO) und Erbverträgen (Art. 25 III EU-ErbVO) steht ihm ebenfalls eine Rechtswahlmöglichkeit zu. Zu beachten ist, dass dem Erblasser jedoch bzgl. der Erbschaftsbesteuerung kein Wahlrecht zusteht, so dass sich u.U. eine lebzeitige Vermögensübertragung anbieten könnte. Dem Erblasser stand es frei, bereits vor dem 17.8.2015 eine vorsorgliche Rechtswahlerklärung abzugeben, Art. 83 II EU-ErbVO.

Hat er dies versäumt, so wird über Art. 83 IV EU-ErbVO eine umfassende Rechtswahl nach Art. 22 I EU-ErbVO dann fingiert, sofern der Erblasser vor dem 17.8.2015 eine wirksame V.v.T.w. nach dem Recht eines Staates, das er gem. Art. 22, Art. 24 II, Art. 25 III EU-ErbVO hätte wählen können, errichtet hat²⁵⁴, d.h. ein deutscher Erblasser musste hierfür eine wirksame V.v.T.w. nach §§ 1937, 2064 ff., 2265 ff., 1941, 2274 ff. BGB errichtet haben. Sinn und Zweck dieser Rechtswahlfiktion ist die Vermeidung von Rechtsunsicherheiten aufgrund eines nachträglichen erbrechtlichen Statutenwechsels²⁵⁵. *Dutta*²⁵⁶ fordert im Gegensatz zu *Thorn*²⁵⁷ und *Lehmann* zusätzlich ein Rechtsanwendungsbewusstsein des Erblassers für die konkrete V.v.T.w., wonach ihm bewusst gewesen sein muss, dass er seine V.v.T.w. nach dem Staatsangehörigkeitsrecht errichtet.

²⁵² *Dutta/Müko* (2015) EU-ErbVO Art. 22 Rn. 2.

²⁵³ *Dutta/Müko* (2015) EU-ErbVO Art. 22 Rn. 15.

²⁵⁴ *Dutta/Müko* (2015) EU-ErbVO Art. 83 Rn. 8.

²⁵⁵ *Lehmann*, DStR 2012, 2085 (2088).

²⁵⁶ *Dutta/Müko* (2015) EU-ErbVO Art. 83 Rn. 8.

²⁵⁷ *Thorn/Palandt* (2015) Anhang II zu EGBGB Art. 26 EU-ErbVO Art. 83 Rn. 7; *Lehmann*, DStR 2012, 2085 (2088).

Ein ausdrückliches Rechtsanwendungsbewusstsein kann nach Meinung der Verfasserin nicht gefordert werden, da dem Erblasser frühestens ab dem Inkrafttreten der EU-ErbVO am 16.8.2012 ein Kennenmüssen der Änderungen der Rahmenbedingungen für Erbfälle mit Auslandsbezug zugerechnet werden kann, so dass zumindest für V.v.T.w., die vor diesem Stichtag errichtet wurden, es unzumutbar ist, hier ein Rechtsanwendungsbewusstsein zu fordern, da der Erblasser bei der Errichtung i.d.R. selbstverständlich von der Rechtsanwendung des deutschen Erbrechts ausgegangen ist. Selbst wenn man ein Rechtsanwendungsbewusstsein für nach dem 16.8.2012 errichtete V.v.T.w. bejahen sollte, würde hierdurch nach Ansicht der Verfasserin nur ein unnötiges Beweislastproblem geschaffen werden, welches dem Sinn und Zweck der Rechtswahlfiktion widersprechen würde, so dass sich die Verfasserin der Meinung von *Thorn* anschließt, wonach „die Anwendbarkeit des Heimatrechts aufgrund objektiver Anknüpfung genügt (Errichtungsstatut gem. Art. 26 V S. 1 EG)“²⁵⁸.

Sollte ein deutscher Erblasser ab dem 17.8.2015 Änderungen an der V.v.T.w., die er vor dem 17.8.2015 errichtet hat, vornehmen oder widerruft er diese, muss ihm bewusst sein, dass er diese Rechtswahlfiktion hierdurch beseitigt²⁵⁹. In diesem Fall muss ihn der Rechtsberater darauf hinweisen, dass er im Rahmen eines Nachtragstestaments zusätzlich eine ausdrückliche Rechtswahlerklärung gem. Art. 22 I EU-ErbVO aufnehmen sollte, sofern er die Sicherstellung des deutschen Erbstatuts aufrechterhalten möchte.

b) Auswirkungen und Folgerungen für das deutsche Pflichtteilsrecht

Nachfolgend werden einige Überraschungen aufgrund der Geltung der EU-ErbVO dargestellt.

Derzeit ist noch völlig unklar, ob die Sondererbfolge in deutsche Personengesellschaftsanteile erbrechtlich oder gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist. Nach Art. 3 I lit. a EU-ErbVO wird „jede Form des Übergangs von Vermögensrechten, Rechten und Pflichten v.T.w.“ von der EU-ErbVO erfasst, wobei die Fragen des Gesellschaftsrechts (...), wie Klauseln (...) in der Satzung (...), die das Schicksal der Anteile verstorbener Gesellschafter (...) regeln“ nach Art. 1 II lit. h EU-ErbVO vom Anwendungsbereich ausgenommen sind.

Aufgrund der Sondererbfolge könnte es zu einem Konflikt zwischen dem deutschem Gesellschaftsrecht und dem ausländischen Erbrecht kommen, sofern und soweit der deutsche Gesellschafter seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt seines Todes im Ausland hat und der möglicherweise sorgfältig

²⁵⁸ *Thorn/Palandt* (2015) Anhang II zu EGBGB Art. 26 EU-ErbVO Art. 83 Rn. 7.

²⁵⁹ *Thorn/Palandt* (2015) Anhang II zu EGBGB Art. 26 EU-ErbVO Art. 83 Rn. 7.

austarierte Gleichlauf gesellschaftsrechtlicher und erbrechtlicher Regelungen beseitigt wird. *Wachter*²⁶⁰ vertritt die Ansicht, dass das Gesellschaftsrecht Vorrang vor dem Erbrecht hat und begründet es damit, dass die Sondererbfolge ihre Wurzeln im deutschen Personengesellschaftsrecht und nicht im Erbrecht hat. Ebenso spricht sich *Dutta*²⁶¹ für die Vorrangregel aus; es würde sich bei der „Vorrangregel um eine Doppelqualifikation der R.v.T.w. in den Gesellschaftsanteil als gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche handeln, wobei Widersprüche zwischen Gesellschaftsstatut und Erbstatut im Wege der Anpassung zugunsten des Gesellschaftsstatuts aufgelöst werden.“ Folglich müsste die Sondererbfolge losgelöst vom anwendbaren Erbstatut gelten. Da die Rechtslage derzeit noch ungeklärt ist, sollte der Rechtsberater dem deutschen Erblasser eine erbrechtliche Rechtswahlerklärung (Art. 22 I, II EU-ErbVO) zugunsten des deutschen Erbrechts dringendst empfehlen, so dass der notwendige Gleichlauf zwischen dem Gesellschafts-, Erbrecht gewahrt bleibt. Die Aufnahme einer gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung zur Verfügung einer Rechtswahlerklärung wäre zwar überlegenswert, ist aber wohl nach § 2302 BGB nichtig, so dass im Gesellschaftsvertrag lediglich der Wunsch zur Abgabe einer Rechtswahlerklärung zugunsten des deutschen Erbrechts durch alle Gesellschafter vereinbart werden sollte.

Auch bei lebzeitigen Schenkungen von z.B. Gesellschaftsbeteiligungen (§§ 516 I, 518 I BGB), die der deutsche Erblasser mit gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD im Rahmen der vorsorgenden Nachfolgeplanung ab dem 17.8.2015 tätigt, sollte der Notar nach § 17 I BeurkG den Schenker darauf hinweisen, dass zwar der Schenkungs-, Übertragungsvertrag (Art. 1 II lit. g EU-ErbVO) selbst nicht dem Anwendungsbereich der EU-ErbVO unterliegt, aber die regelmäßig vereinbarte deutsche Ausgleichs-, Anrechnungsanordnung (§§ 2050 ff., 2315 ff. BGB) vom Anwendungsbereich gem. Art. 23 II lit. i EU-ErbVO erfasst wird und dass diese Bestimmungen u.U. dann ins Leere läuft, wenn der Erblasser im Todeszeitpunkt seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat und das anzuwendende Recht entweder keinen Pflichtteilsanspruch kennt bzw. keinen der auf Geldzahlung gerichtet ist.

Weiterhin hat der Notar den Erblasser darauf aufmerksam zu machen, dass er die mögliche Divergenz zwischen Vertragsstatut (deutsches Recht, Art. 1 I Rom-I Verordnung) und Erbstatut (ausländisches Recht, Art. 21 I EU-ErbVO) eben nur mittels einer Rechtswahlerklärung zugunsten des deutschen Erbrechts gem. Art. 22 I EU-ErbVO beseitigen kann.

²⁶⁰ *Wachter*, ZNotP 2014, 2 (19).

²⁶¹ *Dutta/Müko* (2015) EU-ErbVO Art. 1 Rn. 27.

Es wäre nach Meinung der Verfasserin völlig überzogen, wenn wegen einer einmaligen ggf. geringwertigen Schenkung pauschal eine Rechtswahlerklärung für den gesamten Nachlass erforderlich wäre. Der Erblasser sollte die Dimensionen sorgfältig abwägen, um die es bei der Schenkung einerseits und angesichts des dem Schenker verbleibenden Restnachlasses andererseits geht.

Es ist völlig ausreichend, wenn der Erblasser die Rechtswahlerklärung beispielsweise kurz vor dem geplanten Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes ins Ausland formgemäß verfügt, so dass die künftige Divergenz zwischen Vertragsstatut und Erbstatut hinsichtlich aller getätigten Schenkungen nachträglich beseitigt wird. Zu beachten ist, dass sofern der deutsche Erblasser bereits vor dem 17.8.2015 lebzeitige Schenkungen unter Ausgleichungs-, Anrechnungsanordnungen getätigt hat, diese Bestimmungen u.U. ebenfalls ins Leere laufen würden, wenn es zu einem ausländischen Erbstatut kommt. Die Übergangsbestimmung nach Art. 83 IV EU-ErbVO greift hier nicht ein, da es sich bei der lebzeitigen Zuwendung nicht um eine V.v.T.w. i.S.v. Art. 3 I lit. d EU-ErbVO handelt. Auch in diesem Fall kann die Divergenz zwischen dem deutschen Vertragsstatut und dem ausländischen Erbstatut nur mittels einer nachträglichen Rechtswahlerklärung beseitigt werden.

Weiterhin gilt es anzumerken, dass auch die Regelung der Pflichtteilergänzung (§ 2325 ff. BGB) vom Anwendungsbereich der EU-ErbVO (Art. 23 II lit. h EU-ErbVO) erfasst wird, so dass erbrechtliche Auswirkungen bzgl. lebzeitiger Zuwendungen des Erblassers dem allgemeinen Erbstatut unterliegen²⁶² und dann ins Leere laufen, wenn nach dem ausländischen Erbstatut kein oder kein in Geld geschuldeter Pflichtteilsanspruch geschuldet wird, so dass hier ebenfalls eine Rechtswahlerklärung zum deutschen Erbrecht angezeigt sein könnte.

Sofern der deutsche Gesellschafter-Erblasser vor dem 17.8.2015 mit nicht nachfolgeberechtigten Pflichtteilsberechtigten einen wirksamen (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzicht abgeschlossen hat, stellt sich die Frage, ob dieser Verzicht im Falle des ausländischen gewöhnlichen Aufenthaltes im Todeszeitpunkt des Erblassers, wirksam bleibt, wenn das ausländische Recht z.B. keine vergleichbare Verzichtsmöglichkeit vorsieht.

Die Übergangsbestimmung nach Art. 83 IV EU-ErbVO findet nur auf V.v.T.w. (Art. 3 I lit. d EU-ErbVO) Anwendung. Unstreitig dürfte sein, dass es sich bei einem Pflichtteilsverzicht auch im unionsrechtlichen Sinne nicht um ein Testament oder gemeinschaftliches Testament (Art. 3 I lit. c EU-ErbVO) handelt. Abweichend vom deutschen Verständnis für den Erbvertrag (§§ 1941,

²⁶² Dutta/Müko (2015) EU-ErbVO Art. 23 Rn. 28.

2274 ff. BGB) wird nach überwiegender Auffassung²⁶³ unter der Begrifflichkeit „Erbvertrag“ (Art. 3 I lit. b EU-ErbVO) unionsrechtlich aufgrund des weiten Erbvertragsbegriffs insbesondere auch der Pflichtteilsverzicht subsumiert, da unter einem Erbvertrag eine „Vereinbarung, die Rechte am künftigen Nachlass bzw. künftigen Nachlass einer oder mehrerer an der Vereinbarung Beteiligter begründet, ändert oder entzieht“²⁶⁴, verstanden wird. Folglich müsste der vor dem 17.8.2015 zwischen dem deutschen Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten vereinbarte Pflichtteilsverzicht, trotz ausländischen gewöhnlichen Aufenthalts im Todeszeitpunkt, aufgrund der umfassenden Rechtswahlfiktion des Art. 83 IV EU-ErbVO dem deutschen Recht unterliegen, so dass diese Pflichtteilsverzichte losgelöst vom ausländischen Recht wirksam fortbestehen, sofern sie nicht nach dem 16.8.2015 wieder aufgehoben werden²⁶⁵.

Eine Rechtswahlerklärung zugunsten des deutschen Erbrechts gem. Art. 22 I EU-ErbVO wäre, wenn man der überwiegenden Meinung folgt, in diesem Fall nicht zwingend erforderlich.

Nach Auffassung der Verfasserin sollte zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten dennoch eine vorsorgliche erbrechtliche Rechtswahlerklärung verfügt werden. Pflichtteilsverzichte, die ab dem 17.8.2015 vereinbart werden, sollten, sofern ein erbrechtlicher Statutenwechsel nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, zusätzlich flankierend durch eine Rechtswahlerklärung, welche jedoch in einer separaten Urkunde gem. Art. 22 I EU-ErbVO zu verfügen ist, ergänzt werden.

Auf der Suche nach einer erfolgversprechenden Strategie zur Pflichtteilsvermeidung soll der Frage nachgegangen werden, ob der deutsche Erblasser mit (unbeweglichem und beweglichen) Vermögen sowohl in Deutschland als auch beispielsweise in England das deutsche Pflichtteilsrecht einfach mittels Verlegung seines letzten gewöhnlichen Aufenthalts in einen Staat, der kein Pflichtteilsrecht kennt, z.B. Großbritannien²⁶⁶, gezielt umgehen könnte.

Unabhängig davon, dass das Vereinigte Königreich zur EU-ErbVO kein „opt in“ erklärt hat, würde sich aufgrund der universellen Geltung der EU-ErbVO (Art. 20, Art. 23 EU-ErbVO) aus deutscher Sicht die R.v.T.w. nach englischem Erbrecht richten, wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in England hätte, Art. 21 I EU-ErbVO und Erwägungsgrund Nr. 23 und 24.

Voraussetzung hierfür ist eine besonders enge und feste Bindung zu England.

²⁶³ *Dutta/Müko* (2015) EU-ErbVO Art. 3 Rn. 9; *Döbereiner*, MittBayNot 2013, 437 (438, 442); *Nordmeier*, ZEV 2013, 117 (120 ff.); anders wohl *Wachter*, ZNotP 2014, 2 (13).

²⁶⁴ *Thorn/Palandt* (2015) Anhang II zu EGBGB Art. 26 EU-ErbVO Art. 25 Rn. 2.

²⁶⁵ Vgl. Ausführungen im Hauptteil Abschnitt C. IV. 3 a) S. 47.

²⁶⁶ *Milzer*, BWNotZ 2002, 166 (169).

In Ermangelung eines einheitlichen interlokalen Kollisionsrechts (Art. 36 I EU-ErbVO), wäre hier unmittelbar englisches Recht anzuwenden, Art. 36 II lit. a EU-ErbVO. Da das Vereinigte Königreich wie ein Drittstaat im Sinne der EU-ErbVO angesehen wird, sind insoweit auch Rück-/ Weiterverweisungen gem. Art. 34 I lit. a EU-ErbVO zu berücksichtigen. Die Erbfolge in England bzgl. des beweglichen und des unbeweglichen Nachlasses wird gesondert angeknüpft. Die Rechtsnachfolge in den unbeweglichen Nachlass unterläge somit dem Recht des Lageortes (sog. *lex rei sitae*).

Mithin würde sich das bzgl. in England belegene unbewegliche Vermögen nach englischem Erbrecht vererben. Hinsichtlich dem in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögen würde kraft Rückverweisung (sog. *Renvoi*) durch das englische Kollisionsrecht das deutsche materielle Erbrecht zur Anwendung kommen. Diese Rückverweisung würde das deutsche Gericht gem. Art. 4 I S. 2 EGBGB annehmen, so dass insoweit deutsches Erbrecht gelten würde. Hinsichtlich des sowohl in England als auch in Deutschland beweglichen Vermögens würde sich das Erbrecht nach dem sog. *domicile of choice* des Erblassers, also hier insgesamt nach dem englischen materiellen Erbrecht, richten.

Fraglich ist, ob evtl. die Ausweichklausel nach Art. 21 II EU-ErbVO eingreifen könnte, sofern der Erblasser ausnahmsweise aus der Gesamtheit der Umstände heraus im Zeitpunkt seines Todes „eine offensichtlich engere Verbindung“ zu Deutschland als zu Großbritannien besitzen würde.

Dies hätte zur Folge, dass deutsches Erbstatut für den Gesamtnachlass aufgrund der Sachnormverweisung²⁶⁷ zur Anwendung kommen würde.

Eine offensichtlich engere Verknüpfung wird nach dem Erwägungsgrund Nr. 25 dann vermutet, wenn der Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsortes erst kurz vor dem Tod erfolgte.

Hier gibt es natürlich noch keine Erfahrungssätze was man unter „kurz“ zu verstehen hat. Nach Auffassung der Verfasserin müsste jedenfalls ein Zeitraum von bis zu einem Jahr als zu kurz angesehen werden, da in diesem Zeitfenster die Verbindungen zum neuen Aufenthaltsort nicht intensiver sein können als die bisherigen Verbindungen nach Deutschland. Selbst wenn der Wechsel länger als z.B. vier Jahre her wäre, könnte die beabsichtigte Pflichtteilsvermeidungsstrategie evtl. daran scheitern, dass das nationale Gericht die Neubegründung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes gem. Erwägungsgrund Nr. 26 als Gesetzesumgehung einstuft²⁶⁸.

²⁶⁷ Dutta/Müko (2015) EU-ErbVO Art. 21 Rn. 8.

²⁶⁸ Wachter, ZNotP 2014, 2 (15).

Weiterhin könnte aufgrund des sog. *ordre public* (Art. 35 EU-ErbVO und Erwägungsgrund Nr. 58) die Anwendung der EU-ErbVO fraglich sein, da das deutsche Pflichtteilsrecht insbesondere bzgl. Kindern des Erblassers grundgesetzlich geschützt ist (Art. 14 I S. 1 i.V.m. Art. 6 I GG)²⁶⁹.

Andererseits würde der Erblasser in seinem europäischen Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 21 I AEUV) bei Versagung der Anwendung der EU-ErbVO eingeschränkt werden²⁷⁰. Auch spricht die Reichweite des Erbstatuts (Art. 23 I, II EU-ErbVO) dafür, dass alle Fragen, einschließlich des Pflichtteilsrechts (Art. 23 II lit. h EU-ErbVO), ausschließlich nach dem anzuwendenden Recht beantwortet werden und dass sich das anwendbare Erbstatut grdsl. nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers bestimmt.

Da es zu dieser Problematik noch keine Gerichtsentscheidungen gibt, stellt die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts nach England gegenwärtig noch keine gesicherte Pflichtteilsvermeidungsstrategie dar, so dass der Rechtsberater nach Auffassung der Verfasserin hierzu noch nicht raten kann bzw. auf die entsprechenden Risiken hinweisen sollte.

Sofern dennoch ein Wechsel nach England beabsichtigt ist, sollte dies auf lange Sicht gut geplant werden, insbesondere muss der gewöhnliche Aufenthalt tatsächlich, vollständig und rechtzeitig verlegt werden, damit ein erbrechtlicher Statutenwechsel begründet werden kann.

V. Familienrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

1. Pflichtteilsquotenoptimierter Güterstand

a) Pflichtteilsquoten bei Zugewinnngemeinschaft

Sofern der Erblasser zum Todeszeitpunkt im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§ 1363 ff. BGB) lebt, steht dem überlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartner im Rahmen der erbrechtlichen Lösung (§§ 2303 II S. 2, 1931 I S. 1, III, 1371 I BGB bzw. § 10 I LPartG) neben Erben der 1. Ordnung ein Pflichtteil i.H.v. 1/4, neben Erben der 2. Ordnung i.H.v. 3/8, neben sonstigen Verwandten i.H.v. 1/2, zu.

Die Pflichtteilsquoten der Abkömmlinge (§ 2303 I S. 1, 2 BGB) gestalten sich dann wie folgt: Sofern der Erblasser ein Kind hinterlässt, steht diesem ein Pflichtteil i.H.v. 1/4, bei zwei Kindern i.H.v. je 1/8, bei drei Kindern i.H.v. je 1/12, zu.

Sofern der überlebende Ehegatte bzw. Lebenspartner weder (gesetzlicher oder gewillkürter) Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, steht ihm gem. §§ 2303 II S. 2,

²⁶⁹ Vgl. Ausführungen im Hauptteil Abschnitt A. II. S. 4; *Thorn/Palandt* (2015) Anhang II zu Art. 26 EGBGB EU-ErbVO Art. 35 Rn. 2; eher zurückhaltend *Dörner*, ZEV 2010, 221 (227).

²⁷⁰ *Wachter*, ZNotP 2014, 2 (15, 16).

1931 I S. 1, 1371 II BGB bzw. § 10 I, VI LPartG neben Erben der 1. Ordnung ein Pflichtteil i.H.v. 1/8, neben Erben der 2. Ordnung i.H.v. 1/4, neben sonstigen Verwandten i.H.v. 1/2, jeweils zzgl. den vorab konkret ermittelten Zugewinnausgleich zu.

Wählt der überlebende Ehegatte bzw. Lebenspartner die güterrechtliche Lösung und schlägt die Erbschaft - unabhängig von der Höhe des zugewandten Erbteils oder des Vermächnisses - aus, dann steht ihm gem. §§ 2303 II, 1931 I S. 1, 1371 III BGB bzw. § 10 I, VI LPartG neben Erben der 1. Ordnung ebenfalls ein Pflichtteil i.H.v. 1/8, neben Erben der 2. Ordnung i.H.v. 1/4, neben sonstigen Verwandten i.H.v. 1/2, jeweils zzgl. des vorab konkret ermittelten Zugewinnausgleichs zu. Die Pflichtteilsquoten der Abkömmlinge (§ 2303 I S. 1, 2 BGB) gestalten sich jeweils dann wie folgt: Sofern der Erblasser ein Kind hinterlässt, steht diesem ein Pflichtteil i.H.v. 3/8, bei zwei Kindern i.H.v. je 3/16, bei drei Kindern i.H.v. je 1/8, zu.

Auf eine pflichtteilsrechtliche Beleuchtung des Güterstandes der deutsch-französischen Wahl-Zugewinnngemeinschaft (§ 1519 BGB) wurde im Rahmen dieser Arbeit aufgrund der Begrenzung des Umfangs der Arbeit verzichtet.

b) Pflichtteilsquoten bei Gütertrennung

Im Güterstand der Gütertrennung (§§ 1408 I, 1414 BGB) steht dem überlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartner (§§ 2303 II, 1931 I S. 1, IV BGB bzw. § 10 I LPartG) bei Vorhandensein eines Kindes ein Pflichtteil i.H.v. 1/4, bei zwei Kindern i.H.v. 1/6, bei mindestens drei Kindern i.H.v. 1/8, zu.

Neben Erben der 2. Ordnung steht dem überlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartner ein Pflichtteil i.H.v. 1/4, neben sonstigen Verwandten i.H.v. 1/2, zu.

Die Pflichtteilsquoten der Kinder (§ 2303 I S. 1, 2 BGB) gestalten sich wie folgt: Sofern der Erblasser ein Kind hinterlässt, steht diesem ein Pflichtteil i.H.v. 1/4, bei zwei Kindern i.H.v. je 1/6, bei drei Kindern i.H.v. je 1/8, zu.

c) Pflichtteilsquoten bei Gütergemeinschaft

Im Güterstand der Gütergemeinschaft (§§ 1408 I, 1415 ff. BGB) steht dem überlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartner (§§ 2303 II, 1931 I S. 1 BGB bzw. § 10 I LPartG) neben Erben der 1. Ordnung ein Pflichtteil i.H.v. 1/8, neben Erben der 2. Ordnung i.H.v. 1/4, neben sonstigen Verwandten i.H.v. 1/2, zu.

Die Pflichtteilsquoten der Abkömmlinge (§ 2303 I S. 1, 2 BGB) stellen sich wie folgt dar: Sofern der Erblasser ein Kind hinterlässt, steht diesem ein Pflichtteil i.H.v. 3/8, bei zwei Kindern i.H.v. je 3/16, bei drei Kindern i.H.v. je 1/8, zu.

Der jeweilige Pflichtteil wird nicht wie bei der Zugewinnngemeinschaft und der Gütertrennung aus dem gesamten hinterlassenen Erblasservermögen berechnet, sondern gem. § 1482 S. 1 BGB aus dem Anteil des verstorbenen Ehegatten bzw.

Lebenspartner am Gesamtgut (§ 1416 BGB) und dem Sonder- und Vorbehaltsgut (§§ 1417, 1418 BGB) berechnet. Sofern jedoch fortgesetzte Gütergemeinschaft (§ 1483 ff. BGB) ehevertraglich vereinbart wurde, berechnet sich der Pflichtteil gem. § 1483 I S. 3 BGB in Bezug auf gemeinschaftliche Abkömmlinge nur aus dem Sonder- und Vorbehaltsgut des Erblassers, da die Gesamthandsgemeinschaft über das Gesamtgut vom überlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartner und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzt wird²⁷¹. Auch können Pflichtteilergänzungsansprüche grdsl. nur beim Tod des erststerbenden Ehegatten bzw. Lebenspartner aufgrund Schenkungen aus dem Vorbehalt- und Sondergut geltend gemacht werden²⁷². Für einseitige Abkömmlinge des Erblassers berechnen sich gem. § 1483 II BGB die Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche abweichend zu den gemeinschaftlichen Abkömmlingen auch aus dem Gesamtgutsanteil des Erblassers und unter anteilmäßiger Einbeziehung von Schenkungen aus dem Gesamtgut²⁷³.

2. Ehevertragsmodelle und Güterstandsschaukel

a) Gütertrennungsmodell

Um ungleiche Vermögensverhältnisse zwischen den Ehegatten²⁷⁴ zu beseitigen, greift man in der Praxis gern zum sog. Gütertrennungsmodell²⁷⁵.

Hier wird die Beendigung der Zugewinnngemeinschaft mit dem gesetzlichen Zugewinnausgleichanspruch (§§ 1372 ff. BGB) und der Vereinbarung der Gütertrennung ehevertraglich vereinbart, § 1408 I BGB. Zur Abfindung des zwingend gesetzlich entstandenen Zugewinnausgleichsanspruchs (§ 1378 III S. 1 BGB) kann ein entsprechender Vermögenswert von dem ausgleichspflichtigen Ehegatten auf den ausgleichsberechtigten Ehegatten übertragen werden. Hierbei handelt es sich aufgrund des gesetzlichen Anspruchs (§ 1378 III S. 1 BGB) um keine unentgeltliche Vermögensübertragung, so dass grdsl. auch keine Pflichtteilergänzungsansprüche (§ 2325 BGB) realisiert werden können. Sofern jedoch der übertragene Vermögenswert den rechnerischen Zugewinnausgleichswert deutlich übersteigt, kann insoweit eine zur Pflichtteilergänzung berechnete Schenkung angenommen werden²⁷⁶, wobei die Beweislast für die Unentgeltlichkeit der Pflichtteilsberechtigten trägt²⁷⁷.

Höchstrichterliche Rechtsprechung ist hierzu bis dato nicht ergangen.

²⁷¹ *Kanzleiter/Müko* (2013) BGB § 1483 Rn. 9.

²⁷² *Kanzleiter/Müko* (2013) BGB § 1483 Rn. 11.

²⁷³ *Kanzleiter/Müko* (2013) BGB § 1483 Rn. 13.

²⁷⁴ Die nachstehenden Ausführungen gelten ebenso für den eingetragenen Lebenspartner.

²⁷⁵ *Weidlich*, ZEV 2014, 345 (346).

²⁷⁶ *Abele/Klinger/Maulbetsch* § 3 Ziff. 2 lit. a) Rn. 17.

²⁷⁷ BGH, Urt. v. 9.11.1983 - IVa ZR 151/82 = NJW 1984, 487.

Bei Vorhandensein von mehr als einem Kind wirkt sich dieses Modell jedoch durch die Pflichtteilsquotenerhöhung unmittelbar auf die Pflichtteilsrechte aus und sollte daher gut überlegt werden.

b) Gütergemeinschaftsmodell

Auch die Vereinbarung des sog. Gütergemeinschaftsmodells dient dem lebzeitigen Vermögenstransfer, indem der vermögende Ehegatte aufgrund Begründung der Gütergemeinschaft die Hälfte seines Vermögens als Gesamtgut auf den weniger vermögenden anderen Ehegatten überträgt²⁷⁸. Gleichzeitig erhöht sich jedoch die Pflichtteilsquote der Abkömmlinge. Dieses Modell hat somit nur dann eine pflichtteilsreduzierende Wirkung, wenn das übertragene Vermögen des Erblassers mehr als dreimal so viel wert ist, wie das des überlebenden Ehegatten²⁷⁹ und bei Vorhandensein von einseitigen Abkömmlingen. Sofern gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind, kann sich der Vorteil des Modells nur dann realisieren, wenn der vermögende Ehegatte als erster verstirbt.

Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass sofern die Absichten der Eheleute auf einen einheitlichen Plan, insbesondere beim späteren Rückwechsel in die Gütertrennung, nicht zur Verwirklichung der Ehe auf eine Neuordnung des beiderseitigen Vermögens gerichtet sind, sondern ehefremden Zwecken, speziell der Benachteiligung von Pflichtteilsberechtigten dienen, der BGH²⁸⁰ das güterrechtliche Kausalgeschäft als Schenkung einstuft, so dass u.U. Pflichtteilsergänzungsansprüche (§ 2325 BGB) realisiert werden können. Dies wird beispielsweise dann angenommen, wenn der neue Güterstand der Gütergemeinschaft nur für eine kurze Zeit begründet wird, um nach einem Jahr wieder in die Gütertrennung zu wechseln oder wenn die Gütergemeinschaft kurz vor dem Tod vereinbart wird²⁸¹.

c) Güterstandsschaukel mit Gütertrennung

Zum Zwecke der optimalen Minimierung der Pflichtteilsansprüche von Kindern bietet sich nach Vereinbarung des Gütertrennungsmodells mit Vermögenstransfer der erneute Wechsel von der Gütertrennung zurück in die Zugewinnngemeinschaft an (sog. Güterstandsschaukel²⁸²), da hier die Pflichtteilsquoten ab zwei Kindern am niedrigsten sind. Auch sollte in diesem Zusammenhang eine Modifizierung des gesetzlichen Güterstandes (z.B. Herausnahme des privilegierten Erwerbs (§ 1374 II BGB) und des Betriebsvermögens nebst dazugehörigen

²⁷⁸ Abele/Klinger/Maulbetsch § 3 Ziff. 2 lit. b) Rn. 19.

²⁷⁹ R. Kössinger/Nieder/Kössinger § 21 Rn. 139.

²⁸⁰ BGH, Urteil v. 27.11.1991 - IV ZR 266/90 = DNotZ 1992, 503.

²⁸¹ Lange/Müko (2013) BGB § 2325 Rn. 25.

²⁸² R. Kössinger/Nieder/Kössinger § 21 Rn. 138.

Verbindlichkeiten und Gesellschafterdarlehen) in Erwägung gezogen werden, damit bei einem erneuten Zugewinnausgleich die Ausgleichsforderung von vornherein eingedämmt ist.

Bis dato ist jedoch noch nicht ganz geklärt, ob die Güterstandsschaukel rechtssicher in einer zusammengefassten Urkunde dahingehend vereinbart werden kann, dass die Gütertrennung zu einem bestimmten Termin wieder aufgehoben und die Ehegatten zum gesetzlichen Güterstand zurückkehren²⁸³. Jedenfalls ist der BFH²⁸⁴ in seiner Revisionsentscheidung zum Urteil des FG Köln²⁸⁵ zu der Auffassung gekommen, dass es sich um keinen Gestaltungsmissbrauch handelt, wenn der doppelte Güterstandswechsel in einer Urkunde vereinbart wird, obwohl er sich einer Wertung des Ehevertrags ausdrücklich enthalten hat, so dass ein anderes FG bei gleicher Falllage auch anders entscheiden könnte; der BGH bürdet den Ehegatten jedoch die „Beweislast“ für die Ernsthaftigkeit ihrer Beendigungsvereinbarung auf, die einer „tatsächlichen güterrechtlichen Abwicklung“ bedarf.

Aus Rechtssicherheitsgründen wird der Notar dazu raten, die Gütertrennung tatsächlich für einen bestimmten Zeitraum eintreten zu lassen und den Rückwechsel zur Zugewinnngemeinschaft besser in einer zweiten später nachgelagerten Urkunde zu vereinbaren²⁸⁶.

Eine detaillierte Betrachtung der rechtlich unsicheren Gestaltungsvariante der Güterstandsschaukel mit Gütergemeinschaft erfolgt aufgrund der begrenzten Seitenanzahl nicht.

3. Zwischenfazit

Bereits vor der Eheschließung sollte sich der künftige Gesellschafter über die ehevertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten umfassend informieren, da über eine auf die künftige Ehe abgestimmte gezielte Güterstandswahl die Pflichtteilsquoten beeinflusst werden können. Auch durch einen späteren Güterstandswechsel können die Ehegatten unmittelbar Einfluss auf die beiderseitigen künftigen Nachlässe durch Vermögensverschiebungen unter den Eheleuten nehmen und somit die Berechnungsgrundlage für den Pflichtteilsanspruch beeinflussen.

Bei der Güterstandswahl sollten verschiedene Faktoren (z.B. geplante Kinderanzahl, Vermögensverhältnisse der Ehegatten bei Begründung der Ehe, Bereitschaft des Ehegatten zum (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzicht und zur Vereinbarung einer modifizierten Zugewinnngemeinschaft (bzgl. der

²⁸³ Vgl. einzige Entscheidung hierzu FG Köln, Urt. v. 4.6.2002 - 9 K 5053/98 = DStRE 2002, 1248.

²⁸⁴ BFH, Urt. v. 12.7.2005 - II R 29/02 = NJW 2005, 3663.

²⁸⁵ Vgl. Fußnote 283.

²⁸⁶ *Münch*, Rn. 620, 624.

Herausnahme des kompletten Betriebsvermögens aus der Zugewinnausgleichsberechnung für den Fall der Beendigung des Güterstandes in anderer Weise als durch Tod bzw. durch ehevertragliche Aufhebung oder kompletter Ausschluss des Zugewinnausgleichs für den Fall der Scheidung), Haftungsverhältnisse sowie Verfügungsbeschränkungen)) berücksichtigt werden.

Auch sollte beim Güterstandswechsel darauf geachtet werden, dass hierdurch keine evident einseitige Lastenverteilung zuungunsten eines Ehegatten bzw. Lebenspartners herbeigeführt wird, da sonst wegen Sittenwidrigkeit die Nichtigkeit des gesamten Vertrages drohen kann.

Obwohl die Vereinbarung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zwar der Pflichtteilsminimierung bei gemeinschaftlichen Abkömmlingen dienen kann, sollte sie bedingt durch die familien- und haftungsrechtlichen Wirkungen nur einzelfallbezogen in speziellen Einzelfällen vereinbart werden, da sie z.B. bei Vorhandensein von einseitigen Abkömmlingen keinen adäquaten Pflichtteilsschutz bietet.

Dritter Teil: Schlussteil

A. Handlungsempfehlungen für einen Beispielsfall unter Einbeziehung der theoretischen Erkenntnisse aus dem Hauptteil

M und seine gleichaltrigen Freunde (B, C) sind je zu 1/3 an der Super-Bau OHG mit Sitz in Ludwigsburg beteiligt, welche einen Wert von € 1,6 Mio hat. Auf Wunsch der künftigen Ehefrau (F) des M verzichtet dieser auf den Abschluss eines Ehevertrages, obwohl ihn B und C auf die Notwendigkeit mehrfach hingewiesen haben. Nach Eheschließung widmete sich M dem Unternehmensauf- und -ausbau und F der Kindererziehung von S1 bis S4 sowie dem Hausfrauendasein. Als Unternehmensnachfolger hat M seinen ältesten Sohn S1 auserkoren, da die übrigen Söhne zur Unternehmensfortführung seiner Ansicht nach nicht geeignet sind. M (deutscher Staatsangehöriger, gegenwärtig mit gewöhnlichen Aufenthalt in Ludwigsburg) hat S1 - ohne Wissen von F - am 1.4.2015 wirksam zum testamentarischen Alleinerben eingesetzt. Der Gesellschaftsvertrag enthält eine qualifizierte Nachfolgeklausel, wonach leibliche Abkömmlinge von Gesellschaftern bzw. Mitgesellschaftern nachfolgeberechtigt sind; ein Abfindungsausschluss wurde nicht vereinbart. M hat an F, S2 und S3 zu deren „Abfindung“ bereits jeweils mehrere werthaltige lebzeitige Schenkungen - größtenteils ohne Anrechnungsbestimmung - vorgenommen; S1 und S4 sind bisher leer ausgegangen. Als F, S2 bis S4 das Testament von M eines Tages zufällig finden, verleihen sie ihrem Unmut ggü. M sofort Ausdruck und drohen, dass sie gegen das Testament unmittelbar nach seinem Tod vorgehen werden und sämtliche ihnen zustehende Rechte und Ansprüche, insbesondere bzgl. der Geltendmachung von Zugewinnausgleichs- und Pflichtteilsansprüche, mithilfe eines Fachanwalts für Erbrecht - notfalls auch gerichtlich - durchsetzen werden. M ist über die Reaktionen seiner Lieben sehr verwundert und gönnt sich erstmal eine kurze Auszeit in Madrid. Gegenwärtig verfügt M über kein nennenswertes Barvermögen. In seinem Privatvermögen befindet sich u.a. ein Einfamilienhaus.

Der Beispielsfall ist sicherlich exemplarisch für häufig sich stellende Problemstellungen und dient der Darstellung der einzelnen Pflichtteilsstolperfallen sowie deren Lösungsmöglichkeiten. Wie bereits im Hauptteil unter Abschnitt A. IV. ausgeführt, könnten die künftigen Pflichtteilsberechtigten (F, S2 bis S4) ihre Auskunfts- und Leistungsrechte unmittelbar nach Eintritt des Erbfalles des M ggü. dem Alleinerben (S1) als Pflichtteilsschuldner geltend machen.

Und genau darin liegt eines der Hauptprobleme.

S1 würde sehr kurzfristig mit hohen Zahlungsforderungen konfrontiert, die F, S2 bis S4 auch im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen können. Dies hätte

M zu seinen Lebzeiten durch vorausschauende Strategien zur Vermeidung bzw. Minderung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen vermeiden können. Auf die Möglichkeit zur gerichtlichen Stundung gem. § 2331a BGB des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs (§ 2303 BGB), einschließlich des Pflichtteilsrestanspruchs (§ 2307 BGB), des Zusatzpflichtteilsanspruchs (§ 2305 BGB), des Pflichtteilsergänzungsanspruchs (§ 2325 BGB), soweit er sich gegen S1 als Erbe richtet, kann sich M und letztendlich auch S1 nicht verlassen, da diese nur unter ganz besonderen Voraussetzungen, insbesondere nur beim Vorliegen einer unbilligen Härte, gewährt wird. Neben den Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen müsste S1 auch den Zugewinnausgleichsanspruch (§ 1371 II BGB) der F befriedigen, da die Ehegatten im Zeitpunkt des Todes von M im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt haben würden. Die meisten der im Hauptteil in Abschnitt C. dargestellten Lösungsansätze sind vom aktiven Mitwirken der Beteiligten abhängig und können somit jeweils nur einen wünschenswerten Strategiebaustein zur Vermeidung von Liquiditätsabflüssen zu Lasten des S1 als Alleinerben darstellen, auf die M durch das nachstehende Fünf-Schritte-Programm reagieren könnte.

Eine abschließende Darstellung aller evtl. Lösungsmöglichkeiten unter Einbeziehung der unterschiedlichsten Reaktionsmöglichkeiten ist bedingt durch die Beschränkung des Umfangs dieser Arbeit nicht möglich, so dass eine Darstellungseinschränkung auf die naheliegenden Reaktionen von F, S2 bis S4 erfolgt.

Schritt 1:

M ist dringend zum Abschluss von Pflichtteilsverzichtsverträgen mit F und den weichenden Kindern (S2 bis S4) zu raten, da hierdurch die Möglichkeit der Geltendmachung von möglichen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen ausgeschlossen werden kann und ihm hierdurch die größtmögliche Gestaltungsfreiheit für weitere lebzeitige Übertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge bzw. für die R.v.T.w. zur Verfügung steht.

Sofern keine Bereitschaft zum umfassenden Verzichtsvertrag besteht, sollte aufgrund des Umstandes, dass die Gesellschaftsbeteiligung einen wesentlichen Vermögensteil des M ausmacht, der Abschluss von (entgeltlichen) gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichtsverträgen (z.B. bezogen auf die Gesellschaftsbeteiligung) mit F, S2 bis S4 angestrebt werden. Hierbei könnte als lebzeitige begleitende Maßnahme die Herausnahme der Gesellschaftsbeteiligung nebst den dazugehörigen Verbindlichkeiten und Gesellschafterdarlehen aus der Pflichtteilsbemessungsgrundlage oder die Festlegung eines Wertes vereinbart werden. Auch in Bezug auf die getätigten Schenkungen an F wäre der Abschluss eines gegenständlich beschränkten Verzichtsvertrags bezogen auf etwaige

Pflichtteilsergänzungsansprüche von S2 bis S4 anzuraten, da hinsichtlich der Schenkungen an F die Zehn-Jahresfrist erst mit dem Tod von M beginnt. Hinsichtlich der Schenkungen an S2 und S3 sollte der Fristlauf der Zehn-Jahresfrist geprüft werden, so dass u.U. ein Verzicht mit F und S4 in Betracht käme.

Für den Fall, dass die vorstehend dargestellten Verzichtsverträge mangels Mitwirkens der Beteiligten nicht in Frage kommen, sollte M mit den Zuwendungsempfängern, die eine Zuwendung ohne Anrechnungsbestimmung erhalten haben, auf den Abschluss einer nachträglichen Anrechnungsvereinbarung in Form eines gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichtungsvertrags hinwirken. Hier könnte er sich die Bereitschaft hilfsweise mittels einer weiteren Schenkung ganz pragmatisch erkaufen und diese vom Abschluss der entsprechenden Anrechnungsvereinbarung abhängig machen, so dass die versäumte Anrechnungsbestimmung auf den Pflichtteil nachträglich noch festgelegt werden könnte.

Schritt 2:

Sofern sämtliche Bemühungen des M zum Abschluss von Verzichtsverträgen mit F, S2 bis S4 scheitern, sollte rechtlich geprüft werden, ob M aufgrund eines evtl. im Schenkungsvertrag vorbehaltenen Rückforderungsrechtes (z.B. weil in der Person des Beschenkten ein Grund besteht, der die Pflichtteilsentziehung (§ 2333 BGB) rechtfertigt oder der Beschenkte sich des groben Undanks (§ 530 BGB) schuldig gemacht hat²⁸⁷) ein Recht auf Rückübertragung des Schenkungsgegenstandes zusteht. Sollte auch eine Rückforderung bzw. Vertragsänderung scheitern, dann könnte M darüber nachdenken, sämtliche entbehrlichen Vermögensgegenstände auf S4 - jeweils unter der Anrechnungsbestimmung auf den Pflichtteil - zu übertragen und mittels der Strategie der „Flucht in die Pflichtteilsergänzung“ zumindest eine nachträglich eingeschränkte Anrechnung auf den jeweiligen Pflichtteilsergänzungsanspruch von F und S2 bis S4 herbeiführen.

In diesem Zusammenhang könnte auch geprüft werden, ob evtl. die Voraussetzungen zur Vertragsänderung bzgl. einer nachträglichen Entgeltlichkeit für die Zuwendung vorliegen. Dies hätte zugleich zwei Vorteile, da sich beim Empfänger die Berechnungsgrundlage für das Eigengeschenk (§ 2327 BGB) und bei den anderen Pflichtteilsberechtigten der jeweilige Pflichtteilsergänzungsanspruch entsprechend minimieren würde.

²⁸⁷ BGH, Urt. v. 13.11.2012 - X ZR 80/11 = ZEV 2013, 215.

Schritt 3:

Die gesellschaftsvertraglich vereinbarte qualifizierte Nachfolgeklausel sollte dahingehend angepasst werden, dass der ganze Anteil nur auf einen Nachfolger - unter Ausschluss einer Abfindungszahlung - übergehen kann. Weiterhin sollte geregelt werden, dass sofern der eingetretene Erbe innerhalb von drei Jahren seit dem Erbfall von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht, ihm nur ein Abfindungsanspruch in Höhe des Buchwerts der letzten Jahresbilanz der Beteiligung zusteht.

Schritt 4:

Letztendlich könnte auch die Möglichkeit des Abschlusses eines Ehevertrages in Betracht gezogen werden. Hier könnte z.B. mittels des Gütertrennungsmodells oder der Güterstandsschaukel mit Gütertrennung²⁸⁸ ein Zugewinnausgleich zugunsten von F durchgeführt werden. Der Ausgleichswert könnte einvernehmlich und bindend festgelegt werden. Sofern die Güterstandsschaukel gewählt wird, sollte M darauf hinwirken, dass eine Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft dahingehend erfolgt, dass im Fall der Scheidung bzw. Aufhebung der Ehe der Zugewinnausgleich vollständig ausgeschlossen wird. Weiterhin sollte die Geltung der Verfügungsbeschränkung gem. § 1365 BGB zumindest für die Gesellschaftsbeteiligung ausgeschlossen werden, um eine größere wirtschaftliche Bewegungsfreiheit zu erlangen. Auch sollte für den Fall des Todes des M die güterrechtliche Lösung (§ 1371 II, III BGB) unter Aufrechterhaltung der Erbteils-erhöhung (§ 1371 I BGB) ergänzend ausgeschlossen werden²⁸⁹.

Sofern F die Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft ablehnt, sollte zumindest das Gütertrennungsmodell vereinbart werden, so dass die Entstehung eines künftigen Zugewinnausgleichs verhindert wird. Sofern F einem Ehevertragsabschluss skeptisch gegenübersteht, könnte M durch die Sicherstellung der Versorgung von F über seinen Tod hinaus eine zusätzliche Motivation zum Abschluss schaffen, indem er ihr in einem Nachtragstestament Vermächtnisse (z.B. sein Einfamilienhaus nebst Zubehör und den gesamten Hausrat und/oder eine Unterbeteiligung am Gesellschaftsanteil oder eine Leibrente in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der erzielten Nettoerträge vor Abzug von Steuer) zuwendet.

²⁸⁸ Vgl. Ausführungen im Hauptteil Abschnitt C. V. 2a), c) S. 57, 58.

²⁸⁹ *Münch*, Rn. 1151.

Schritt 5:

Zu allerletzt könnte M auch eine lebzeitige Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung gegen Einräumung einer Unterbeteiligung oder stillen Beteiligung auf S1 in Erwägung ziehen. Mithin würde S1 Schritt für Schritt in seine neue Rolle eingeführt werden. Für die Übertragung wird jedoch die Zustimmung von F gem. § 1365 I BGB zur Wirksamkeit der Veräußerung erforderlich sein²⁹⁰.

Sofern und soweit die Übertragung außerhalb der Zehn-Jahresfrist erfolgt, können F und die weichenden Kinder hieraus keine Pflichtteilergänzungsansprüche generieren, andernfalls müssen sie sich bei der Geltendmachung von Pflichtteilergänzungsansprüchen zumindest ihre Eigengeschenke anrechnen lassen. Ergänzend zum Fünf-Punkte-Programm möchte die Verfasserin darauf hinweisen, dass, sofern M seinen Lebensabend tatsächlich in Spanien verbringen möchte, er auf jeden Fall eine klarstellende Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts in einem Nachtragstestament verfügen sollte, so dass das Pflichtteilsrecht weiterhin dem deutschen Recht unterliegt.

Weiterhin sollte M eine Ersatzerbenbestimmung vornehmen, um den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen.

²⁹⁰ Koch/Müko (2013) BGB § 1365 Rn. 72; Mayer/BeckOK (1.11.2014) BGB § 1365 Rn. 19.9.

B. Gesamtfazit

Die Nachfolge in Personengesellschaften betrifft sehr komplexe Problembereiche und bedarf einer gezielten und frühzeitig betriebenen Unternehmensnachfolgeplanung. Hierbei sollte aus der Sicht der Verfasserin ein ganzheitlicher Ansatz verfolgt werden, der insbesondere betriebswirtschaftliche, unternehmenspolitische, gesellschafts- und steuerliche sowie zwischenmenschliche Aspekte berücksichtigt. Oberstes Ziel des Gesellschafter-Erblassers sollte hierbei sein, die Fortführung des Unternehmens zu sichern, die Handlungsfähigkeit stets aufrechtzuerhalten und insbesondere Liquiditätsverluste für die Gesellschaft und für die Erben zu minimieren bzw. idealerweise zu vermeiden und gleichzeitig eine akzeptierte Familiengerechtigkeit zu schaffen. Die Abfassung eines in präziser Abstimmung mit der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeregelung umfassenden Testaments ist die Grundvoraussetzung für eine gelungene Unternehmensnachfolge. Der Pflichtteilsverzichtsvertrag stellt selbstverständlich die beste Vermeidungsstrategie dar, aber auch mit den übrigen im Hauptteil in Abschnitt C. dargestellten Strategien können gute Ergebnisse erzielt werden, sofern sie richtig eingesetzt werden. Im Interesse des Erben sollte zumindest dafür Vorsorge getroffen werden, dass ihm genügend Liquidität zur Erfüllung etwaiger Pflichtteils-, Zugewinnausgleichs-, Steueransprüche zur Verfügung steht, ohne dass er seine durch Erbfolge erworbene Beteiligung wieder verkaufen muss.

Flankierend zu denen im Hauptteil in Abschnitt C. dargestellten Strategien sollte nach Ansicht der Verfasserin zur Absicherung der Finanzierbarkeit des Pflichtteils für den unerwarteten frühzeitigen Tod z.B. mittels eines Abschlusses einer Risikolebensversicherung auf den Tod des Gesellschafters vorgesorgt werden. Auch sollte eine Vereinbarung zwischen dem Gesellschafter-Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten dahingehend in Betracht gezogen werden, dass der Pflichtteilsanspruch in eine stille Beteiligung oder Unterbeteiligung am Unternehmen „umgewandelt“ wird. Neben dem Wunsch zur Vermeidung bzw. Verhinderung von Liquiditätsabflüssen sollte der (kerngesunde) Gesellschafter nicht die Augen vor einer möglichen Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit verschließen. Die Verfasserin möchte in diesem Zusammenhang auf die Dringlichkeit der Erteilung einer transmortalen unternehmensbezogenen Vorsorgevollmacht des Gesellschafters²⁹¹ z.B. zugunsten des künftigen Unternehmensnachfolgers und/oder eines Mitgesellschafters für die gesundheitsbedingte Handlungsunfähigkeit in notariell beglaubigter oder beurkundeter Form²⁹² hinweisen, da aufgrund des Eintritts eines krankheitsbedingten Ausfalls des Gesellschafters

²⁹¹ Jocher, Notar 2014, 3.

²⁹² OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 16.4.2013 - 20 W 494/11 = ZEV 2013, 686.

ansonsten die Bestellung eines vom Betreuungsgerichts zu bestellenden Betreuers erforderlich sein kann, § 1897 I BGB, §§ 271 ff. FamFG. Bis zur wirksamen Betreuerbestellung kann der geschäftsunfähige Gesellschafter seine Rechte in Gesellschafterversammlungen z.B. zur erforderlichen Änderung von gesellschaftsvertraglichen Nachfolge- und Abfindungsregelungen nicht ausüben. Die Vorsorgevollmacht sollte zur Vertretung bei Gerichten, Behörden, Versicherungen sowie ggü. Privatpersonen, Mitgesellschaftern und Beschäftigten der Gesellschaft aktiv wie passiv gerichtlich und außergerichtlich berechtigen, so dass uneingeschränkte Handlungsfähigkeit für das Unternehmen gewährleistet wird. Sofern die Einsicht des Gesellschafters zur Erteilung einer solchen Vorsorgevollmacht fehlt, sollte sich dieser bewusst sein, dass die Anordnung einer Betreuung regelmäßig zu Blockierungen des betrieblichen Geschäftsablaufs führt, da Beschlüsse unter Mitwirkung des Geschäftsunfähigen unheilbar nichtig sind²⁹³ und der Betreuer seine Mitwirkung z.B. an ad hoc Beschlüssen aus haftungsrechtlichen Gründen eher verweigern wird²⁹⁴. Auch können unternehmerische Entscheidungen und Gegenstände von Gesellschafterbeschlüssen, insbesondere bei Strukturmaßnahmen in der Gesellschaft, u.U. einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung unterliegen, §§ 1908i, 1821 ff. BGB²⁹⁵. Des Weiteren können die Gesellschafter ein Interesse daran haben, dass höchst vertrauliche und für die Unternehmenspolitik wichtige Informationen nicht zur Kenntnis außenstehender Dritter (z.B. Betreuer) gelangen²⁹⁶. Abschließend möchte die Verfasserin darauf hinweisen, dass unabhängig von der u.U. langwierigen Verfahrensdauer im Nachlassverfahren (§§ 342 ff. FamFG) die transmortale Vorsorgevollmacht dem Bevollmächtigten über den Tod des Gesellschafters hinaus - bis zum Widerruf durch die Erben - ein uneingeschränktes Handeln ermöglicht, welches im Sinne eines vernünftigen Gesellschafters liegen dürfte, so dass die unternehmensbezogene transmortale Vorsorgevollmacht einen weiteren Baustein zur vorsorgenden Unternehmensplanung darstellt.

Abschließend möchte die Verfasserin feststellen, dass der Pflichtteil durchaus ein erhebliches Risiko für die Nachfolgeplanung darstellt, jedoch ist dieses Risiko durch rechtzeitiges und umsichtiges Handeln des Erblassers mittels der dargestellten Strategien gut beherrschbar.

²⁹³ BayObLG, Beschluss v. 4.2.1993 - 3 Z BR 6/93 = NJW-RR 1993, 612; *Heckschen*, NZG 2012, 10 (12).

²⁹⁴ *Jocher*, Notar 2014, 3 (4).

²⁹⁵ *Wilde*, GmbHR 3/2010, 123 (124, 126).

²⁹⁶ *Jocher*, Notar 2014, 3 (4).

Literaturverzeichnis

ABELE, Armin / KLINGER, Bernhard F. / MAULBETSCH, Thomas: Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden

1. Auflage, München, 2010, zit.: Abele/Klinger/Maulbetsch § ... Rn. ...

ADAM, Benjamin: Die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nach der Reform des Erb- und Verjährungsrechts

in: ZErB 2015, 1 ff.

Beck'scher Online-Kommentar BGB

Stand: (...), Edition: 36, München, zit.: *Bearbeiter/BeckOK* (...) BGB § ... Rn. ...

Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften

4. Auflage, München, 2014, zit.: *Bearbeiter/Beck PersGes-HB* § ... Rn.

Beck'sche Kurz=Kommentare HGB, Band 9

36. Auflage, München, 2014, zit.: *Bearbeiter/Baumbach/Hopt HGB* § ... Rn. ...

BONEFELD, Michael: Die Auswirkungen der Aufgabe der Theorie von der Doppelberechtigung für die Praxis

in: ZErB 2012, 225 ff.

BROX, Hans / WALKER, Wolf-Dietrich: Erbrecht

26. Auflage, München, 2014, zit.: Brox/Walker, ErbR, Rn. ...

CREZELISUS, Georg: 10 Jahre ZEV: Die Entwicklung des Steuerrechts

in: ZEV 2004, 45 ff.

DÖBEREINER, Christoph: Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil II)

in: MittBayNot 2013, 437 ff.

DÖRNER, Heinrich: Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme

in: ZEV 2010, 221 ff.

EBENROTH, Carsten Thomas / BOUJONG, Karlheinz / JOOST, Detlev / STROHN, Lutz HGB,

3. Auflage, Karlsruhe und Hamburg, 2014,

zit.: *Bearbeiter/Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn HGB* § ... Rn.

EVERTS, Arne: Neue Perspektiven zur Pflichtteilsdämpfung aufgrund der EU ErbVO?

in: ZEV 2013, 124 ff.

HECKSCHEN, Heribert: Demographie und Vertragsgestaltung Auswirkungen der Altersentwicklung auf die Gestaltungspraxis bei Übertragungs- und Gesellschaftsverträgen

in: ZEV 2012, 10 ff.

HERBERGER, Maximilian / MARTINEK, Michael / RÜßMANN, Helmut / Weth, Stephan (Gesamt-herausgeber) jurisPK-BGB, Band 5, 7. Auflage, Saarbrücken, 2014,

zit.: *Bearbeiter/Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, jurisPK-BGB* § ... Rn. ...

HÖLSCHER, Nikolas: Der gesellschaftsrechtliche Abfindungsausschluss in der erbrechtlichen Gestaltung: Wirksames Instrument zur Pflichtteilsreduzierung?

in: ZEV 2010, 609 ff.

JOCHER, Martin: Die Vorsorgevollmacht des Unternehmers
in: *Notar* 2014, 3 ff.

KORINTENBERG, Werner/ BENGEL, Manfred / OTTO, Klaus / REIMANN, Wolfgang / TIEDTKE, Werner:

Gerichts- und Notarkostengesetz Kommentar, 19. Auflage, München, 2015
zit.: *Bearbeiter/Korintenberg GNotKG § ... Rn. ...*

LAMBRECHT, Ulrich: Pflichtteilsreduzierung bei der Nachfolge in Personengesellschaften
- Eine Analyse der erb- und gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten zur Vermeidung von Vermögensabfluss bei der Weitergabe unternehmerischen Vermögens -
[Inaugural-Dissertation], Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Aachen, 2010, Shaker Verlag

LANGE, Knut / HONZEN, Johannes: Folgeprobleme der Erbrechtsreform im Pflichtteilsrecht (1)
in: *ZErb* 2011, 289 ff.

LANGE, Knut Werner: Pflichtteil als Gestaltungsgrenze bei der Nachfolge in Personengesellschaften (I) bzw. (II)
in: *ZErb* 2014, 97 ff., 121 ff.

LANGENFELD, Gerrit / MILZER, Lutz:
Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 7. Auflage, München, 2015

LEHMANN, Daniel: Die EU-Erbrechtsverordnung zur Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe
in: *DStR* 2012, 2085 ff.

KEIM, Christopher: Grenzen der Anrechenbarkeit lebzeitiger Zuwendungen auf den Pflichtteil
in: *MittBayNot* 2008, 8 ff.

KEIM, Christopher: Pflichtteilergänzung auch ohne Pflichtteilsrecht im Schenkungszeitpunkt Aufgabe der Theorie der Doppelberechtigung durch den BGH
in: *NJW* 2012, 3484 ff.

KORNEXL, Thomas: Die Schenkung an den Ehegatten in der Pflichtteilergänzung: Teleologische Reduktion des § 2325 BGB bei Rückabwicklung, Rückschenkung und Weiterschenkung
in: *ZEV* 2003, 196 ff.

MILZER, Lutz: Auslandsvermögen und seine Auswirkungen auf Pflichtteils- und Noterbrechte
in: *BWNotZ* 2002, 166 ff.

MÜNCH, Christof: Ehebezogene Rechtsgeschäfte Handbuch der Vertragsgestaltung
4. Auflage, Köln, 2015, zit.: *Münch*, Rn. ...

Münchener Kommentar zum BGB, Band 1
6. Auflage, München, 2013, zit.: *Bearbeiter/Müko* (2013) BGB § ... Rn. ...

Münchener Kommentar zum BGB zur EU-ErbVO, Band 10
6. Auflage, München, 2015, zit.: *Dutta/Müko* (2015) EU-ErbVO Art. ... Rn. ...

Münchener Kommentar zum HGB
3. Auflage, München, 2010, zit.: *Bearbeiter/Müko* (2011) HGB § ... Rn. ...

Münchener Anwalts Handbuch Personengesellschaftsrecht
2. Auflage, München, 2015

NIEDER, Heinrich / KÖSSINGER, Reinhard / KÖSSINGER, Winfried: Handbuch der Testamentsgestaltung

5. Auflage, München, 2015, zit.: *Bearbeiter/Nieder/Kössinger* § ... Rn. ...

NORDMEIER, Carl Friedrich: Erbverträge und nachlassbezogene Rechtsgeschäfte in der EuErbVO – eine Begriffserklärung

in: ZEV 2013, 117 ff.

Palandt, Otto (Bgr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 74. Auflage, München 2015,

zit.: *Bearbeiter/Palandt* (2015) BGB § ... Rn. ...

Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch

NomosKommentar Handkommentar

8. Auflage, 2014, zit.: *Bearbeiter/Hk-BGB* § ... Rn. ...

REIMANN, Wolfgang: Gesellschaftsvertragliche Bewertungsvorschriften in der notariellen Praxis

in: DNotZ 1992, 472 ff.

RÖTHEL, Anne / SCHMIDT, Karsten: Die Verträge der Familienunternehmer

Band 1, Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

zit.: *Bearbeiter/Röthel/Schmidt* S. ...

Sachs, Susanne: Noch einmal: Die Ausschlagung nach § 2306 BGB – Was hat sich geändert und was ist zu beachten?

in: ZEV 2010, 556 ff.

SCHINDLER, Andreas: Aktuelle (ungelöste) Fragen des Pflichtteilsrechts

in: ZErb 2012, 149 ff.

SCHLITT, Gerhard / MÜLLER, Gabriele: Handbuch Pflichtteilsrecht

1. Auflage, München, 2010, zit.: *Bearbeiter/Schlitt/Müller* § ... Rn. ...

SIMON, Ulrich / BUSCHBAUM, Markus: Die neue EU-Erbrechtsverordnung

in: NJW 2012, 2393 ff.

Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

Werkstand, Neubearbeitung 2015, zit.: *Bearbeiter/Staudinger* (2015) BGB § ... Rn. ...

TANCK, Manuel: Die Flucht in den Pflichtteilergänzungsanspruch!

in: ZErb 2000, 3 ff.

WACHTER, Thomas: Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis

in: ZNotP 2014, 2 ff.

WEIDLICH, Dietmar: Ehegattenzuwendung und Pflichtteilergänzung in der Zugewinngemeinschaft

in: ZEV 2014, 345 ff.

WILDE, Heiko: Der unter Betreuung stehende Gesellschafter

in: GmbHR 3/2010, 123 ff.

WINKLER, Christian: Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht - Wege zur Minimierung des Störfaktors „Pflichtteilsansprüche“

in: ZEV 2005, 89 ff

EIKV-Schriftenreihe zum Wissens- und Wertemanagement

Bereits erschienen

2015	Francesca Schmitt	Intellectual Property and Investment Funds	Band 1
2016	Sebastian Fontaine	The electricity market reinvention by regional renewal	Band 2
2016	Tim Karius	Intellectual Property and Intangible Assets - Alternative valuation and financing approaches for the knowledge economy in Luxembourg	Band 3
2016	Irena Hank	Emotionale Intelligenz und optimales Teaming – eine empirische Untersuchung	Band 4
2016	Pascal Berg	European Market Infrastructure Regulation (EMIR)	Band 5
2016	Dr. Sverre Klemp	Die Angemessenheit der Vergütung nach § 32 UrhG für wissenschaftliche Werke im STM-Bereich	Band 6
2016	Lars Heyne	Immaterialgüterrechte und Objekt-replikation: Juristische Risiken und Lösungsmöglichkeiten bei der Vermarktung von 3D-Druckvorlagen	Band 7
2016	Torsten Hotop	Äquivalenzinteresse im Erfinderrech	Band 8
2016	Christian Wolf	Zur Eintragungsfähigkeit von Geruchs- und Hörmarken	Band 9
2016	Nadine Jneidi	Risikofaktor Pflichtteil - Grundlagen und Grenzen der Regelungs- und Gestaltungsmöglichkeiten von Pflichtteilsansprüchen bei der Nachfolge in Personengesellschaften -	Band 10