

# Handbuch der Testamentsgestaltung

Nieder / Kössinger

6. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-74650-5  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

**qq) Wohnrecht.** Keine Schenkung, sondern Leihe ist die Vereinbarung eines unentgeltlichen schuldrechtlichen Wohnrechts und zwar auch auf Lebenszeit.<sup>435</sup> Nach der hM<sup>436</sup> sind auf diese Wohnungsleihen die Vorschriften des Schenkungsrechts, insbesondere die Formvorschrift des § 518, nicht entsprechend anwendbar. Auch das jeweilige Alter der Vertragsschließenden und die Wahrscheinlichkeit, dass der eine den anderen überlebt, ist dafür unerheblich.<sup>437</sup> Wird ein Nießbrauchsrecht am Grundbesitz unentgeltlich eingeräumt, liegt darin eine Schenkung, da dieses Recht über eine Gebrauchsüberlassung wegen der Möglichkeit der Nutzziehung (Vermietung) auf jeden Fall hinausgeht.<sup>438</sup> Nicht anwendbar auf solche unentgeltlichen **Wohnungsleihen** sind die Rechtsfolgeregelungen der § 2287,<sup>439</sup> während für die unentgeltliche Zuwendung eines Nießbrauchs eine Schenkung und die Anwendbarkeit von § 2287 bejaht wurden.<sup>440</sup>

**rr) Erb- und Pflichtteilsverzicht.** Ob der Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht als Gegenleistung der für ihn gezahlten Abfindung anzusehen ist, die der gewährten Abfindung den Schenkungscharakter nimmt, ist im Schrifttum umstritten,<sup>441</sup> während die frühere Rechtsprechung dazu nicht eindeutig Stellung genommen hat.<sup>442</sup> Bei einer mit einem Erbverzicht verbundenen Zuwendung ist nach einer neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für deren Qualifikation als Schenkung maßgeblich, ob sich die Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind.<sup>443</sup> Ob eine unentgeltliche Zuwendung von den Vertragsparteien gewollt war, ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Maßgebliche Bedeutung kann hierbei neben dem Wortlaut des Vertrags über die Zuwendung und den Erbverzicht den Umständen seines Zustandekommens und seiner Ausgestaltung im Einzelnen zukommen.<sup>444</sup> Der Verzicht auf das Erb- und Pflichtteilsrecht nimmt der Zuwendung jedenfalls insoweit nicht den Charakter der Unentgeltlichkeit, als er nach dem Willen der Vertragsparteien der Ausgleichung der lebzeitigen Zuwendung bei der Erbfolge dienen soll.<sup>445</sup> Ein solcher Wille ist mangels gegenläufiger Anhaltspunkte regelmäßig anzunehmen, wenn die Höhe der Zuwendung in etwa der Erberwartung entspricht oder diese gar übersteigt.<sup>446</sup> Trotz des Abstellens auf den Einzelfall tendiert der Bundesgerichtshof wohl zur Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung.<sup>447</sup> Nach zutreffender Auffassung ist Entgeltlichkeit nur gegeben, wenn der Erblasser durch den Verzicht seine zuvor durch Erbvertrag oder bindend gewordenes gemeinschaftliches Testament verlorene Testierfreiheit zurückerlangt und die Abfindung dafür nicht mehr beträgt, als der voraussichtliche Wert des gesetzlichen oder gewillkürten Erbteils des

<sup>434</sup> MüKoBGB/Wegerhoff § 2346 Rn. 5; Soergel/Damrau Vor § 2346 Rn. 2; RGRK/Johannsen § 2346 Rn. 1.

<sup>435</sup> BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820; 101, 229; BGH ZEV 2008, 192 mAnm J. Mayer; BGH NJW 2016, 2652 (2653); OLG Hamm NJW-RR 1996, 717 mwN; MüKoBGB/J. Koch § 516 Rn. 7; MüKoBGB/Musielak § 2287 Rn. 3; Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 518 Rn. 7.

<sup>436</sup> MüKoBGB/J. Koch § 516 Rn. 8; a.A. Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 518 Rn. 7.

<sup>437</sup> BGH NJW 2016, 2652 (2653).

<sup>438</sup> Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 518 Rn. 7.

<sup>439</sup> BGH ZEV 2008, 192 m. krit. Anm. J. Mayer; MüKoBGB/Musielak § 2287 Rn. 3; a.A. Nehlsen-von Stryk AcP 187 (1987), 552 (596); Bamberger/Roth/Litzenburger BGB § 2287 Rn. 2.

<sup>440</sup> BGH ZEV 1996, 25; OLG Karlsruhe ZEV 2000, 108.

<sup>441</sup> Zum Streitstand siehe Pentz MDR 1998, 660; Mauch BWNotZ 1995, 88; dafür: Lange FS Nottarp, 1961, 119f.; Coing NJW 1967, 278; Damrau FamRZ 1969, 131; dagegen: Speckmann NJW 1970, 117; Staudinger/Schotten BGB § 2346 Rn. 124ff.; differenzierend: Haegle BWNotZ 1971, 39; Schramm BWNotZ 1971, 162; Wieser MittBayNot 1970, 135 (139); Sostmann MittRhNotK 1976, 479 (496f.); Mauch BWNotZ 1995, 88 (91); Pentz MDR 1998, 660.

<sup>442</sup> Ausdrücklich offen gelassen in BGH NJW 1986, 127 (129); siehe auch BGH FamRZ 1991, 695.

<sup>443</sup> BGH NJW 2016, 324 (325).

<sup>444</sup> BGH NJW 2016, 324 (326).

<sup>445</sup> BGH NJW 2016, 324 (326).

<sup>446</sup> BGH NJW 2016, 324 (326).

<sup>447</sup> MüKoBGB/Schotten § 2346 Rn. 124.

Verzichtenden abzüglich der auf ihm lastenden Pflichtteilsansprüche Dritter.<sup>448</sup> Bei dieser Rechtslage dürfte es für die Praxis zweckmäßig sein, bei einem Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht jeweils ausdrücklich festzulegen, was von der Abfindung Entgelt für den Verzicht und was Schenkung bzw. bei Abkömmlingen Ausstattung sein soll.<sup>449</sup>

**137 ss) Rechtsgrundlose Verfügungen.** Bei einer rechtsgrundlosen Verfügung ist kein Pflichtteilergänzungsanspruch gegeben, da der Kondiktionsanspruch (§§ 812 ff.) wertmäßig an die Stelle der weggegebenen Sache tritt und damit die in §§ 2325 ff. vorausgesetzte Nachlasswertverringering nicht eintritt.<sup>450</sup>

**138 tt) Zuwendungen unter Ehegatten.** Zuwendungen unter Ehegatten ohne ausdrückliche Gegenleistung werden von der Rechtsprechung<sup>451</sup> und der Literatur<sup>452</sup> grundsätzlich als sog. **unbenannte oder ehebedingte Zuwendungen** behandelt, sofern nicht eine ausdrückliche Abrede über den Schenkungscharakter oder einen anderen Rechtsgrund vorliegt.<sup>453</sup> Es handelt sich dabei um einen im Gesetz nicht ausdrücklich geregelten familienrechtlichen Vertrag eigener Art,<sup>454</sup> der im modernen partnerschaftlichen Eheverständnis wurzelt, auf eine angemessene Beteiligung beider Ehepartner an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens zielt und einen vorweggenommenen Zugewinnausgleich bewirkt,<sup>455</sup> ohne auf den gesetzlichen Güterstand beschränkt zu sein.<sup>456</sup> Die Übertragungen erfolgen um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung, Ausgestaltung oder Sicherung der ehelichen Gemeinschaft und damit nicht unentgeltlich.<sup>457</sup> Diese unbenannten oder ehebedingten Zuwendungen sind daher nach einhelliger Meinung keine Schenkungen iSd § 516, da es sich um nur **objektiv unentgeltliche Rechtsgeschäfte** handelt.<sup>458</sup> Der BGH hat die Anwendbarkeit des § 1374 Abs. 2 ausdrücklich mit dieser Begründung verneint.<sup>459</sup> Dagegen war die Frage, ob und inwieweit auf solche unbenannten Zuwendungen die Vorschriften Anwendung finden, die Dritte vor nachteiligen Auswirkungen durch Vermögensverschiebungen zwischen Eheleuten schützen sollen, wie §§ 2287, 2888, 2325 Abs. 3 oder § 134 InsO und § 4 AnfG, höchstrichterlich lange nicht entschieden und in der Literatur wenig behandelt.<sup>460</sup> Die Lösung von Morhard,<sup>461</sup> sie in einer entsprechenden Anwendung des in § 1624 (Ausstattung) und der Rechtsprechung zu § 2330

<sup>448</sup> Wieser MittBayNot 1970, 135 (139); zu dem Problem eingehend Rheinbay, Erbverzicht – Abfindung – Pflichtteilergänzung, 1983, der eine erweiterte Anwendung des § 2310 S. 2 vorschlägt; so hat auch der BGH ZEV 2009, 77 im Wesentlichen entschieden.

<sup>449</sup> Schramm BWNNotZ 1971, 162 (163).

<sup>450</sup> Spellenberg FamRZ 1974, 350 (357).

<sup>451</sup> BGHZ 65, 320 = NJW 1976, 328; BGHZ 68, 299; 82, 227 = NJW 1982, 1093; BGHZ 84, 361 = NJW 1982, 2236; BGHZ 87, 145 = NJW 1983, 1611; BGH DNotZ 1987, 304; MittBayNot 1988, 181; BGH NJW-RR 1990, 386; BGH ZEV 2006, 319.

<sup>452</sup> Rossak MittBayNot 1985, 74; Reinicke-Tiedke WPM 1982, 946; Tiedke DNotZ 1983, 2236; Sandweg BWNNotZ 1985, 34; Morhard NJW 1987, 1734; Schotten NJW 1990, 2841; Jaeger DNotZ 1991, 431; Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 516 Rn. 20.

<sup>453</sup> BGHZ 87, 145 (146) = NJW 1983, 1611; BGH FamRZ 1985, 351; 1986, 576; Morhard NJW 1987, 1734; aM OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 134.

<sup>454</sup> Tiedke DNotZ 1983, 162; Morhard NJW 1987, 1734.

<sup>455</sup> BGHZ 65, 320 = NJW 1976, 328.

<sup>456</sup> BGH NJW 1982, 2237 u. NJW-RR 1988, 962 für Gütertrennung; BGH DNotZ 1987, 304 für Gütergemeinschaft.

<sup>457</sup> BGH DNotZ 1991, 492 (493); MittBayNot 1993, 375 (376); ZEV 2014, 620 (621); Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 516 Rn. 21.

<sup>458</sup> BGH DNotZ 1983, 177; BGHZ 87, 145 (146) = NJW 1983, 1611; Morhard NJW 1987, 1734 (1735); Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 516 Rn. 20.

<sup>459</sup> BGHZ 82, 227 (234f.) = NJW 1982, 1093; BGH FamRZ 1982, 778 (779).

<sup>460</sup> Morhard NJW 1987, 1734, siehe auch BGHZ 71, 61 = NJW 1978, 1326; OLG Celle NJW 1990, 720; zum Meinungsstand Schotten NJW 1991, 2687.

<sup>461</sup> NJW 1987, 1734; aM Sandweg NJW 1989, 1965; Schmidt-Kessel DNotZ 1989, Sonderbeil. S. 162; siehe auch Schotten NJW 1990, 2841.

(Pflichtschenkung)<sup>462</sup> enthaltenen Rechtsgedankens zu finden und dem Zweck der unbenannten Zuwendung als freiwilligem, güterstandsneutralen vorweggenommenem Zueinwinnausgleich zu betrachten, hat sich nicht durchgesetzt.<sup>463</sup> Danach wäre eine unbenannte oder ehebedingte Zuwendung insoweit keine Schenkung iSd § 2325 gewesen, als sie zum Zeitpunkt der Zuwendung das Maß eines angemessenen güterrechtlichen Ausgleichs nicht übersteigen würde.<sup>464</sup> Dabei wäre nicht nur der bereits erzielte Zugewinn, sondern auch der nach den Umständen zu erwartende zu berücksichtigen gewesen.<sup>465</sup> Ergänzungspflichtige Schenkung iSd § 2325 wäre nach dieser Ansicht eine unbenannte Schenkung nur mit dem Übermaß, dh soweit sie nicht als Ausgleich für geleistete Mitarbeit oder als angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens aufgefasst werden könnte.<sup>466</sup> Übermaß wäre grundsätzlich zu vermuten, wenn und soweit ein Ehegatte durch die Zuwendung auf die Dauer mehr als die Hälfte des während der Ehe erworbenen Vermögens erhalten würde.<sup>467</sup> Der BGH hat jedoch in einer Grundsatzentscheidung<sup>468</sup> entschieden, dass **ehebedingte Zuwendungen im Verhältnis zu den Schutzvorschriften für Vertragserben und Pflichtteilsberechtigte (§§ 2287, 2288, 2325) trotz ihrer nur objektiven Unentgeltlichkeit wie Schenkungen zu betrachten sind, so dass die drittschützenden Vorschriften voll auf sie angewendet werden.** Bei ausdrücklicher Einigung über die Unentgeltlichkeit kann jedoch nach wie vor auch zwischen Eheleuten ein Schenkungsvertrag geschlossen werden.<sup>469</sup> Dient jedoch die Zuwendung einer angemessenen **Altersversorgung**, selbst wenn sie unterhaltsrechtlich nicht geschuldet ist, kann darin nach einer verbreiteten Meinung eine objektiv angemessene entgeltlich Zuwendung liegen, die der Pflichtteilsergänzung entzogen ist.<sup>470</sup>

Schwierigkeiten bereitet die rechtliche Einordnung von objektiv unentgeltlichen Zuwendungen unter Ehegatten, deren Motiv nicht der Ausgleich der während der Ehe geschaffenen Vermögenswerte ist (dann unbenannte Zuwendung), sondern etwa die vorweggenommene Erbfolge oder eine Übertragung aus steuerlichen Gründen. In diesen Fällen dürfte grundsätzlich Schenkung der Rechtsgrund der Zuwendung sein und die geforderte Einigung über die Unentgeltlichkeit aus dem Motiv zu schließen sein. Dort wo das Motiv der Zuwendung der Versuch ist, Schutzmaßnahmen vor befürchteten Gläubigerzugriffen zu treffen oder privates Vermögen aus dem Risikobereich unternehmerischer Betätigung auszusondern, bietet sich der Treuhandauftrag als Rechtsgrund an.<sup>471</sup> Dann wäre allerdings der erstrebte Schutz vor Gläubigerzugriffen wegen der Absichtsanfechtung (§§ 133 InsO, 3 Abs. 1 AnfG) und vor allem, weil das Treugut auch beim Treuhänder dem Zugriff der Gläubiger des Treugebers ausgesetzt sein kann (jedenfalls, wenn es an den Treuhänder nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers überragen wurde),<sup>472</sup> nicht gegeben. Soll daher die Zuwendung in diesen Fällen endgültig sein, dürfte sie auch hier als Schenkung evtl. mit bedingtem Widerrufsvorbehalt einzuordnen sein.<sup>473</sup>

**Hinweis für die Praxis:** Bei der Beurkundung von objektiv unentgeltlichen Zuwendungen unter Eheleuten ist festzustellen und klar zum Ausdruck zu bringen, ob es sich um eine unbenannte Zuwendung oder eine Schenkung handelt oder ob ein anderer

<sup>462</sup> BGH MDR 1963, 575; BGH FamRZ 1967, 214; NJW 1981, 2458.

<sup>463</sup> BGH MDR 1963, 575; BGH FamRZ 1967, 214; NJW 1981, 2458.

<sup>464</sup> Morhard NJW 1987, 1737 (1740); aM Sandweg NJW 1989, 1965; Schmidt-Kessel DNotZ 1989, Sonderbeil. S. 162.

<sup>465</sup> Morhard NJW 1987, 1737 (1740).

<sup>466</sup> Morhard NJW 1987, 1737 (1739).

<sup>467</sup> Morhard NJW 1987, 1737 (1739).

<sup>468</sup> BGHZ 116, 167 = NJW 1992, 564.

<sup>469</sup> BGHZ 82, 227 = NJW 1982, 1093; BGHZ 87, 145 = NJW 1983, 1611; BGH DNotZ 1983, 177.

<sup>470</sup> OLG Schleswig-Holstein ZErB 2010, 148; OLG Stuttgart ZEV 2011, 384; Herrler MittBayNot 2011, 150.

<sup>471</sup> Holzhauser JuS 1983, 831 (832); Rossak MittBayNot 1984, 75; Sandweg BWNotZ 1985, 37; aM BGH NJW-RR 1990, 386, der auch hier eine unbenannte Zuwendung annimmt.

<sup>472</sup> Palandt/Bassenge BGB § 903 Rn. 42.

<sup>473</sup> Rossak MittBayNot 1984, 75.

Rechtsgrund vorliegt, da der BGH<sup>474</sup> dem in der Urkunde gewählten Wortlaut große Bedeutung beimisst.<sup>475</sup> Dabei ist mit dem BGH<sup>476</sup> von der unbenannten Zuwendung als Regelfall auszugehen.<sup>477</sup> Trotz ihres besonderen Charakters unterliegen auch die ehebedingten Zuwendungen der Schenkungssteuer und werden von der Finanzverwaltung nach allgemeinen Grundsätzen beurteilt.<sup>478</sup>

- 141 uu) Arbeits- und Dienstleistungen.** Unentgeltliche Arbeits- und Dienstleistung können ebenso wie die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung (zB Wohnrechtseinräumung) nicht unmittelbar als Schenkung iSd § 516 Abs. 1 angesehen werden, da diese voraussetzt, dass der Schenker die Substanz seines Vermögens vermindert und das Vermögen des Beschenkten entsprechend vermehrt,<sup>479</sup> in diesen Fällen jedoch beim Zuwendenden keine unmittelbare Vermögenseinbuße eintritt.<sup>480</sup> Wohl kann aber Gegenstand der Schenkung die ersparte Vergütung sein, die für derartige Leistungen üblicherweise gewährt zu werden pflegt,<sup>481</sup> und zwar durch Erlass der entstandenen Vergütungsschuld oder durch Verzicht auf den anderweitigen Einsatz der Arbeitskraft oder der Nutzung der überlassenen Sache zugunsten des Bedachten.<sup>482</sup>
- 142 vv) Anstands- und Pflichtenchenkungen.** Aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift in § 2330 sind sog. **Anstands- und Pflichtenchenkungen** von der Ergänzungspflicht gem. §§ 2325, 2329 ausgenommen. Unter **Anstandsschenkungen** sind dabei kleinere Zuwendungen zu verstehen, wie zB die üblichen Gelegenheitsgeschenke zu besonderen Tagen (Weihnachten, Geburtstage usw) und Anlässen (Jubiläum, Geburt usw) und das Trinkgeld und wobei bezüglich des Anlasses und des Wertes der Schenkung die örtliche und gesellschaftliche Verkehrs- und Sitte eine große Rolle spielt.<sup>483</sup> Schenkungen zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht (**Pflichtenchenkungen**) liegen dagegen dann vor, wenn dem Schenker eine besondere Pflicht für die Zuwendung oblag, die aus den konkreten Umständen des Falles erwachsen ist, in den Geboten der Sittlichkeit wurzelt und wobei das Vermögen und die Lebensstellung der Beteiligten sowie ihre persönlichen Beziehungen zueinander zu berücksichtigen sind.<sup>484</sup> Eine sittliche Pflicht ist nur zu bejahen, wenn das Handeln geradezu sittlich geboten ist. Es genügt nicht, wenn die Schenkung bloß sittlich berechtigt ist. Bei der Beurteilung sind Anlass und Zweck der Schenkung mit dem gebotenen Schutz des Pflichtteilsrechts abzuwägen.<sup>485</sup> Die Unterhaltszahlung für nahe, aber nicht unterhaltsberechtignte Verwandte (zB Geschwister) wird als klassisches Beispiel einer Pflichtenchenkung angesehen.<sup>486</sup> Auch die Sicherung des Lebensunterhalts für Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann unter § 2330 fallen.<sup>487</sup> Ferner wird es als sittliche Pflicht eines erwerbstätigen Ehegatten angesehen, entsprechend seinen wirtschaftlichen Verhältnissen für die dauernde, über seinen Tod hinausgehende Sicherung des zukünftigen Unterhalts des anderen Ehegatten zu sorgen.<sup>488</sup> Diese Pflicht entfällt jedoch,

<sup>474</sup> BGHZ 87, 145 = NJW 1983, 1611; BGH FamRZ 1985, 351.

<sup>475</sup> Rossak MittBayNot 1984, 76; Morhard NJW 1987, 1743.

<sup>476</sup> BGHZ 87, 145 = NJW 1983, 1611.

<sup>477</sup> Rossak MittBayNot 1984, 77.

<sup>478</sup> BFH MittBayNot 1994, 266; Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 516 Rn. 21.

<sup>479</sup> BGHZ 82, 345 (357) = NJW 1982, 820; BGHZ 84, 361 (365) = NJW 1982, 2236; BGH NJW 1987, 2816 (2817) = DNotZ 1988, 436.

<sup>480</sup> BGH NJW 1987, 2816 (2817).

<sup>481</sup> BGH LM § 516 Nr. 2.

<sup>482</sup> BGH NJW 1987, 2816 (2817).

<sup>483</sup> BGH NJW 1981, 111; 1984, 2939; OLG Koblenz FamRZ 2006, 1789 (1790) = ZErB 2006, 419.

<sup>484</sup> BGH MDR 1963, 575 (576); NJW 1986, 1926.

<sup>485</sup> BGHZ 91, 273 (277) = NJW 1984, 2089.

<sup>486</sup> BGH NJW 1984, 2940.

<sup>487</sup> BGH NJW 1983, 674; BGH NJW 1984, 2940.

<sup>488</sup> BGHZ 74, 38 (46).

wenn die Eheleute beim Erbfall getrennt und in Scheidung leben.<sup>489</sup> Der hohe Wert des Schenkungsgegenstandes steht anders als bei der Anstandsschenkung der Annahme einer Pflichtschenkung grundsätzlich nicht entgegen.<sup>490</sup> Gegebenenfalls kann auch die Zuwendung eines Grundstücks oder eines Nießbrauchs aus Dankbarkeit für unbezahlte langjährige Dienste im Haushalt oder für unentgeltliche Pflege und Versorgung einer sittlichen Pflicht entsprechen.<sup>491</sup> Dabei darf jedoch bei solchen belohnenden Schenkungen das Geschenk nicht erheblich über das Maß an Freigebigkeit hinausgehen, das der Beschenkte anständigerweise als Ausgleich für seine eigenen Leistungen an den Schenker von diesem erwarten durfte.<sup>492</sup> Überschreitet eine Schenkung nur zum Teil das Maß einer Anstands- oder Pflichtschenkung, so unterliegt sie nur mit dem überschießenden Mehrbetrag der Ergänzung gem. § 2325.<sup>493</sup>

**ww) Vorweggenommene Erfüllung eines Vermächtnisses.** Überträgt der Erblasser, 143 der ein Vermächtnis zugewendet hat, dem Vermächtnisnehmer den **Vermächtnisgegenstand** bereits zu seinen Lebzeiten unentgeltlich, kommt es darauf an, ob es sich dabei um eine gem. § 2325 ergänzungsbedürftige Schenkung iSd § 516 handelt, oder um die Vorwegnahme der Erfüllung der späteren Vermächtnisschuld. Im letzten Fall haben die Erben nur die Wahl, entweder nach Eintritt des Erbfalles den Erblasserwillen zu respektieren oder, gem. § 2306 vorzugehen und den Pflichtteil zu verlangen, in den dann der Wert des Vermächtnisses einzurechnen ist.<sup>494</sup> In dem Zuwendungsgeschäft sollte daher die Willensrichtung des Erblassers deutlich zum Ausdruck kommen zB „überträgt in vorweggenommener Erfüllung des Vermächtnisses ...“.<sup>495</sup>

Ist dies nicht der Fall, macht man gemeinhin einen Unterschied zwischen dem Stück- und dem Gattungsvermächtnis.<sup>496</sup> Man wird bei lebzeitiger unentgeltlicher Zuwendung eines bestimmten vermachten Gegenstandes in entsprechender Anwendung von §§ 2171, 2169 Abs. 1 davon ausgehen können, dass der Erblasser den künftig entstehenden Vermächtnisanspruch vorweg erfüllen wollte und das später wirksame Vermächtnis den Rechtsgrund der Zuwendung bildet oder das Vermächtnis stand unter der selbstverständlichen stillschweigenden Bedingung, dass der Erblasser den Vermächtnisnehmer nicht schon vorher befriedigt.<sup>497</sup> Erfolgt dagegen die Zuwendung entgeltlich, entfällt das Stückvermächtnis wegen rechtlicher Unmöglichkeit.<sup>498</sup> Beim Gattungsvermächtnis fehlen den §§ 2169 Abs. 1, 2171 entsprechende Anhaltspunkte, hier ist durchaus möglich, dass der Erblasserwille auf eine weitere Leistung zZt des Erbfalles geht.

**xx) Zuwendungen an Stiftungen.** Die lebzeitige Zuwendung an eine bereits bestehende 144 Stiftung ist stets Schenkung iSv § 2325.<sup>499</sup> Aber auch auf die bei der Errichtung einer Stiftung unter Lebenden gemachten Vermögenszuwendungen wird, obwohl es sich nicht um einen Schenkungsvertrag sondern eine einseitige Willenserklärung (Stiftungsgeschäft) handelt, § 2325 analog angewandt.<sup>500</sup>

<sup>489</sup> BGH NJW 1982, 436.

<sup>490</sup> BGH NJW 1984, 2939 (2940).

<sup>491</sup> BGH NJW 1984, 2939 (2940).

<sup>492</sup> BGH NJW 1981, 111; NJW-RR 1986, 1202.

<sup>493</sup> BGH LM § 2330 Nr. 2 = FamRZ 1967, 214; NJW 1981, 2458.

<sup>494</sup> Kuchinke JZ 1983, 483.

<sup>495</sup> Kuchinke JZ 1983, 483 (486).

<sup>496</sup> Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, 1965, S. 45 f. mwN.

<sup>497</sup> Staudinger/Otte BGB § 2174 Rn. 20; Kuchinke JZ 1983, 483 (486).

<sup>498</sup> Kuchinke JZ 1983, 483.

<sup>499</sup> BGH DNotZ 2004, 475; Röhel ZEV 2006, 8 (9); Cornelius ZErB 2006, 230 (232).

<sup>500</sup> RGZ 54, 399 (400); OLG Hamburg OLGE 38, 235 (238); LG Baden-Baden ZEV 2000, 152 mAnm Rawert; Haegele BWNNotZ 1972, 69 (71); Rawert/Katschinski ZEV 1996, 161 (162); MüKoBGB/Lange § 2325 Rn. 42.

### 3. Ausschlussfrist für die Berücksichtigung der Schenkung (zeitliche Schranke)

- 145 Nach § 2325 Abs. 3 BGB aF blieben hinsichtlich der Pflichtteilergänzung alle Schenkungen des Erblassers unberücksichtigt, bei denen zum Zeitpunkt des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen waren (**Ausschlussfrist**). Die **Pflichtteilsreform** hat jedoch für Erbfälle ab 1.1.2010 diese starre 10-Jahresbestimmung durch eine gleitende „Abschmelzungsregelung“ in der Weise ersetzt, dass sich der für die Bemessung des Pflichtteilergänzungsanspruchs dem Nachlass hinzuzurechnende Betrag für jedes volle Jahr, das zwischen Schenkung und Erbfall liegt, um 1/10 des Zugewendeten mindert (§ 2325 Abs. 3 BGB, **sog. Pro-rata-Regelung**).<sup>501</sup>
- 146 Schenkungen des Erblassers an seinen Ehegatten oder (eingetragenen) Lebenspartner<sup>502</sup> sind und bleiben davon ausgenommen. Bei ihnen beginnt die Zehnjahresfrist nicht vor der Auflösung der Ehe (§ 2325 Abs. 3 S. 2), dh, wenn die Ehe durch den Tod des Erblassers aufgelöst wird, sind sämtliche Schenkungen an den Ehegatten während der Dauer der Ehe mit Ausnahme der Pflicht- und Anstandsschenkungen gem. § 2330 ergänzungspflichtig. Die Verfassungsmäßigkeit dieser nun als nachkonstitutionell zu behandelnden Norm ist trotz des seinerzeitigen Kammerbeschlusses des BVerfG<sup>503</sup> sehr zweifelhaft.<sup>504</sup> Streitig war und ist, ob unter „Leistung“ des verschenkten Gegenstandes, ab der die Ausschlussfrist zu laufen beginnt, die Leistungshandlung (**Anwartschaftsbegründung**), der wirtschaftliche Leistungserfolg (**wirtschaftliche Ausgliederung plus Vermögensopfer**) oder erst der rechtliche Leistungserfolg (**Vollendung des Rechtsübergangs**) zu verstehen ist.<sup>505</sup> Der BGH<sup>506</sup> hat die Frist zunächst im Falle einer auf den Tod des schenkenden Gesellschafters aufschiebend bedingten Übertragung eines Personengesellschaftsanteils eindeutig mit der Leistungshandlung (Anwartschaftsbegründung) beginnen lassen. Der Schenker müsse nur alles getan haben, was von seiner Seite für den Erwerb des Leistungsgegenstandes durch den Beschenkten erforderlich sei. Es genüge die Begründung eines unentziehbaren Anwartschaftsrechts, das sich zwangsläufig zum Vollrecht entwickeln müsse.<sup>507</sup> Im Falle einer Grundstücksschenkung rückte der BGH<sup>508</sup> vorsichtig von dieser Meinung ab, um sie schließlich in der Grundsatzentscheidung vom 17.9.1986<sup>509</sup> ausdrücklich ganz zugunsten des Fristbeginns zum Zeitpunkt des wirtschaftlichen Leistungserfolgs (**wirtschaftliche Ausgliederung plus Vermögensopfer, Genussverzicht**) aufzugeben. Der BGH fordert in dieser Entscheidung unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung für den Beginn der Zehnjahresausschlussfrist, „dass der Erblasser einen Zustand geschaffen hat, dessen Folgen er selbst noch zehn Jahre lang zu tragen hat und der schon im Hinblick auf diese Folgen von einer bösslichen Schenkung abhalten kann“ und weiter, dass es dazu „jedenfalls einer wirtschaftlichen Ausgliederung des Geschenks aus dem Vermögen des Erblassers“ bedarf.<sup>510</sup> Dieses Abstellen auf konturlose wirtschaftliche Aspekte dient nicht dem Gebot der Rechtssicherheit,<sup>511</sup> zudem der BGH auch noch mit dem Kriterium „bössliche“ Schenkung, ohne durch den Gesetzeswortlaut dazu

<sup>501</sup> G. Müller ZNotP 2007, 445; Trappe ZEV 2010, 388; Najdecki NWB 2009, 2342 (2343); Burandt/Rojahn/Horn BGB § 2325 Rn. 123.

<sup>502</sup> Leupold ZEV 2001, 218 (221); Walter MittBayNot 2001, Sonderheft, 23 (31); aA Eue FamRZ 2001, 1196 (1198); N. Mayer ZEV 2001, 169 (173).

<sup>503</sup> BVerfG NJW 1991, 217.

<sup>504</sup> Derleder ZEV 2014, 8; zu Gestaltungsmöglichkeiten in diesem Zusammenhang Weidlich, ZEV 2014, 345.

<sup>505</sup> Zum Meinungsstand Paulus Rpfleger 1986, 206.

<sup>506</sup> NJW 1970, 1638 m. abl. Anm. Speckmann = JuS 1970, 1638 m. abl. Anm. Reuter in JuS 1971, 289.

<sup>507</sup> So auch Dänzer-Vanotti JZ 1981, 432; Sudhoff Betr. 1971, 227 und 1973, 54.

<sup>508</sup> BGH NJW 1974, 2320 mAnm Finger in NJW 1975, 535 = DNotZ 1975, 414.

<sup>509</sup> BGHZ 98, 226 = NJW 1987, 122 = DNotZ 1987, 315 mAnm Nieder.

<sup>510</sup> So auch die wohl hM in der Literatur: MüKoBGB/Lange § 2325 Rn. 59; Reuter JuS 1971, 289 (292 ff.); Najdecki NWB 2009, 2342 (2344); Burandt/Rojahn/Horn BGB § 2325 Rn. 100.

<sup>511</sup> Frank JR 1987, 244.

gezwungen zu sein, dem § 2325 ein subjektives Tatbestandsmerkmal hinzugefügt hat.<sup>512</sup> Dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit hätte es auch entsprochen, wenn auf den vollen rechtlichen Leistungserfolg abgestellt worden wäre.<sup>513</sup> Lediglich bei Grundstücksschenkungen sollten Auflassung und Stellung des Grundbuchantrags durch den Beschenkten zum Fristbeginn ausreichen, da der Gesetzgeber auch in anderem Zusammenhang das vom Zufall abhängige Eintragungsdatum nicht als entscheidend ansieht (so zB in §§ 878, 892 Abs. 2 und § 879 iVm § 45 GBO).<sup>514</sup> In seiner Entscheidung vom 2. 12. 1987<sup>515</sup> lässt der BGH allerdings bei Grundstücksschenkungen die Frist erst mit dem **Grundbuchvollzug** (und nicht bereits mit dem Erwerb einer Anwartschaft) und bei der Schenkung beweglicher Sachen erst mit dem Eigentumsübergang beginnen und nähert sich damit und in der Auswahl seiner Zitate dem hier vertretenen Fristbeginn bei Vollendung des rechtlichen Leistungserfolgs. Warum die Frist des § 529 (zutreffend) schon beginnt, wenn der Schenkungsvertrag wirksam abgeschlossen ist, die Auflassung erklärt ist, und (auch) der Beschenkte einen Vollzugsantrag beim Grundbuchamt gestellt hat,<sup>516</sup> nicht aber diejenige des § 2325, erscheint zweifelhaft.

Schwierigkeiten bereitet die wirtschaftliche Betrachtungsweise besonders bei Schenkungen, bei denen sich der Schenker durch schuldrechtliche oder dingliche Vereinbarung die Nutzung des verschenkten Gegenstandes noch ganz oder **teilweise vorbehält** (zB Grundstücksschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt oder mit Rücktrittsmöglichkeit), so dass von einer endgültigen wirtschaftlichen Ausgliederung des Geschenks aus dem Vermögen des Erblassers trotz Herbeiführung des rechtlichen Leistungserfolgs nicht gesprochen werden kann.<sup>517</sup> Nachdem man zunächst geglaubt hatte, auch in diesen Fällen grundsätzlich von einer „wirtschaftlichen Ausgliederung“ und damit dem Fristbeginn auszugehen zu können, da der Schenker zumindest die Verfügungsmöglichkeit über den Schenkungsgegenstand verliere,<sup>518</sup> hat der BGH<sup>519</sup> rigoros entschieden, dass ein auf Lebenszeit des Übergebers vorbehaltener **Totalnießbrauch** den Beginn der 10-Jahresfrist des § 2325 Abs. 3 hindere. Inwieweit bei einem **Wohnungsrecht**, das sich nur auf einzelne Teile des Zuwendungsobjekts bezieht, oder bei einem Quotennießbrauch, die Frist zu laufen beginnt, ist vom BGH inzwischen entschieden.<sup>520</sup> Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles, anhand derer beurteilt werden muss, ob der Erblasser den verschenkten Gegenstand auch nach Vertragsschluss noch im Wesentlichen weiterhin nutzen konnte.<sup>521</sup> Maßgeblich ist, wer nach Vollzug des Schenkungsvertrags „Herr im Haus“ ist.<sup>522</sup> Abweichende Ansichten sind abzulehnen, die mangels klarer Abgrenzung bezüglich des ganzen Objekts keinen Fristbeginn annehmen,<sup>523</sup> oder die ihn trotzdem beginnen lassen.<sup>524</sup> Die Auffassung, dass die Frist beginnt, wenn das Wohnungsrecht lediglich einen unwesentlichen Teil des Grundstücks umfasst, entspricht am ehesten der Entscheidung des

147

<sup>512</sup> Paulus JZ 1987, 153; Nieder DNotZ 1987, 320f.

<sup>513</sup> So OLG Hamm NJW 1969, 2148.

<sup>514</sup> Frank JR 1987, 244; LG Marburg NJW-RR 1987, 1290; offen gelassen in BGH Rpfleger 1987, 416 = DNotZ 1987, 773.

<sup>515</sup> BGHZ 102, 289 = NJW 1988, 821.

<sup>516</sup> BGH ErbR 2011, 311 (313); aA Behmer FamRZ 199, 1254 unter Verweis auf § 8 Abs. 2 AnfG nF; krit. auch Bamberger/Roth/J. Mayer BGB § 2325 Rn. 32.

<sup>517</sup> Frank JR 1987, 244; Najdecki NWB 2009, 2342 (2344).

<sup>518</sup> Wieser MittBayNot 1970, 135 (139); Frank JR 1987, 244; Nieder DNotZ 1987, 320; LG Marburg NJW-RR 1987, 1290 (1291); siehe auch BGHZ 59, 343 (347); aM Speckmann NJW 1970, 1638 u. 1978, 358.

<sup>519</sup> BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791 = DNotZ 1994, 784.

<sup>520</sup> BGH ZEV 22016, 445; vgl. auch OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1114; 1999, 1546; OLG Celle OLG-Report 2003, 370; OLG Bremen NJW 2005, 1726; OLG Oldenburg ZEV 2006, 80; OLG Karlsruhe ZEV 2008, 244, die je nach Sachlage den Fristbeginn ablehnen oder bejahen.

<sup>521</sup> BGH ZEV 2016, 335 (447).

<sup>522</sup> BGH ZEV 2016, 335 (447).

<sup>523</sup> N. Mayer ZEV 1994, 325 (329).

<sup>524</sup> Siegmann DNotZ 1994, 787; Meyding ZEV 1994, 202.



Bundesgerichtshofs.<sup>525</sup> Die Vereinbarung von einzelnen Rückforderungsrechten (zB zur Sicherung von Verfügungsbeschränkungen, bei Vermögensverfall, Vorversterben des Erwerbers, Scheidung usw.) soll den Fristbeginn nicht hindern.<sup>526</sup> Ob dies auch für ein freies Widerrufsrecht angenommen werden kann, dürfte sehr zweifelhaft sein.<sup>527</sup> Zuzustimmen ist dem BGH,<sup>528</sup> dass sich der Begriff „Leistung“ in § 2325 Abs. 3 nicht mit dem in den §§ 518 Abs. 2, 2301 Abs. 2 bzgl. des Vollzugs von Schenkungsversprechen unter Lebenden und von Todes wegen deckt und auch nicht bei diesen Bestimmungen untereinander. Den Vorschriften liegen unterschiedliche Zielvorstellungen zugrunde. Der Schutz des Pflichtteilsberechtigten vor fremder Einflussnahme erfordert strengere Maßstäbe als der gesetzliche Schutz des Schenkers vor seiner eigenen Entscheidung.<sup>529</sup> Zum Vollzug der Versprechensschenkung unter Lebenden (§ 518 Abs. 2) und des Schenkungsversprechens von Todes wegen (§ 2301 Abs. 2) genügt die Anwartschaftsbegründung.<sup>530</sup> Es können daher nach Auffassung des BGH sehr wohl Vermögensgegenstände durch Rechtsgeschäft unter Lebenden am Nachlass vorbeigeführt werden, jedoch nicht zum Nachteil der Pflichtteilsberechtigten. Da bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft gegenüber gemeinschaftlichen Abkömmlingen das Gesamtgut beim Tod des Erstversterbenden nicht zum Nachlass gehört (§ 1483 Abs. 1 S. 3), können gemeinschaftliche Abkömmlinge auf den ersten Erbfall weder ordentliche noch außerordentliche Pflichtteilsansprüche geltend machen. Für alle während der Dauer der Gütergemeinschaft von beiden Ehegatten aus dem Gesamtgut gemachten Schenkungen bestimmt § 1505, dass für die Pflichtteilsergänzung der erstverstorbenen Ehegatte als erst zum Zeitpunkt der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft verstorben anzusehen ist. Das hat jedoch nur zur Folge, dass Pflichtteilsergänzungsansprüche wegen Gesamtgutsschenkungen erst ab diesem Zeitpunkt zu verjähren beginnen.<sup>531</sup> Da die Zehnjahresfrist gem. § 2325 Abs. 3 davon nicht berührt wird, entfällt ein Pflichtteilsergänzungsanspruch, wenn seit der Schenkung aus dem Gesamtgut zu Lebzeiten beider Ehegatten zehn Jahre bis zur Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (meist durch den Tod des längstlebenden Ehegatten) verstrichen sind. Grundsätzlich sind daher bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft Pflichtteilsergänzungsansprüche für von beiden Ehegatten gemachte Gesamtgutsschenkungen ausgeschlossen, wenn nur einer der beiden Ehegatten die Schenkung um mehr als zehn Jahre überlebt.<sup>532</sup> Während der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind Schenkungen aus dem Gesamtgut nur mit Zustimmung der fortsetzenden Abkömmlinge möglich (§§ 1487, 1425).

- 148 Achtung:** Immer wenn ein Pflichtteilsergänzungsanspruch durch Fristablauf (§ 2325 Abs. 3) scheitert, sollte geprüft werden, ob nicht wegen der Zuwendung ein Pflichtteilsausgleichsanspruch nach § 2316 besteht, der keine Ausschlussfrist kennt.<sup>533</sup>

#### 4. Die Berechtigten des Pflichtteilsergänzungsanspruchs

##### a) Enterbte als Berechtigte (§ 2325)

- 149** Berechtigter bei der Pflichtteilsergänzung ist zunächst, wer **beim Erbfall** zum Kreis der konkret Pflichtteilsberechtigten gehört (§§ 2303, 2309), gleichgültig, ob ihm im konkreten Fall ein ordentlicher Pflichtteilsanspruch gem. §§ 2303 ff. zusteht (arg. §§ 2326, 2329 Abs. 1 S. 2).<sup>534</sup> Denn auch beim Pflichtteilsergänzungsanspruch gilt der § 2309, sodass

<sup>525</sup> Heinrich MittRhNotK 1995, 157; N. Mayer ZEV 1994, 325; LG Münster MittBayNot 1997, 113.

<sup>526</sup> Heinrich MittRhNotK 1995, 165; Burandt/Rojahn/Horn BGB § 2325 Rn. 107.

<sup>527</sup> Burandt/Rojahn/Horn BGB § 2325 Rn. 107.

<sup>528</sup> BGHZ 98, 226 = NJW 1987, 122 = DNotZ 1987, 315 (316); BGH DNotZ 1987, 322 (323).

<sup>529</sup> Rüthers/Hensler JuS 1984, 953 (957).

<sup>530</sup> BGHZ 87, 19; BGH NJW 1970, 1638.

<sup>531</sup> RG JW 1911, 996.

<sup>532</sup> MüKoBGB/Kanzleiter § 1505 Rn. 3; aA Bamberger/Roth/J. Mayer BGB § 1505 Rn. 2.

<sup>533</sup> J. Mayer ZErB 2007, 130 (132).

<sup>534</sup> RGZ 80, 135/137; BGH NJW 1961, 870; BGH NJW 1973, 995.