

# Handbuch der Testamentsgestaltung

Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemaßnahmen

von

Dr. Heinrich Nieder, Dr. Reinhard Kössinger, Dr. Winfried Kössinger

5. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

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

ISBN 978 3 406 66580 6

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

## § 2 Das Pflichtteilsrecht als Schranke der erbrechtlichen Gestaltungsfreiheit

ferntere Abkömmlinge und Eltern können den Ergänzungspflichtteil nur in den Fällen verlangen, in denen sie gem. § 2309 pflichtteilsberechtigt sind.<sup>488</sup> Der Pflichtteilsergänzungsanspruch kann auch bestehen, wenn kein ordentlicher Pflichtteilsanspruch gegeben ist, weil zB der Wert des hinterlassenen Erbteils bzw. Vermächtnisses den Wert des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs abdeckt (§§ 2303, 2305, 2307, 2326 S. 1), wenn auch vielleicht erst zusammen mit dem Zusatzpflichtteil gem. § 2305.<sup>489</sup> Ist kein Nachlass vorhanden, so entsteht auch kein ordentlicher Pflichtteilsanspruch.<sup>490</sup> Sofern jedoch in diesem Fall bei Hinzurechnung des Geschenks sich der Nullbestand des reinen Nachlasses in einen Aktivbestand verwandelt, besteht wenigstens ein aus ihm zu berechnender Pflichtteilsergänzungsanspruch.<sup>491</sup> Ergibt sich allerdings **auch bei Hinzurechnung des Geschenks kein aktiver Nachlass**, ist auch für den Ergänzungsanspruch kein Raum und zwar auch nicht gegen den Beschenkten gem. § 2329, weil der Pflichtteilsberechtigte dann auch bei ausgebliebener Schenkung leer ausgegangen wäre.<sup>492</sup>

Da der Pflichtteilsergänzungsanspruch keine Enterbung voraussetzt, behält ihn der Erbe auch, wenn er die Erbschaft ausschlägt,<sup>493</sup> und zwar auch dann, wenn er durch die Ausschlagung seinen ordentlichen Pflichtteil verliert.<sup>494</sup> Da auch nach der Ausschlagung der Erbschaft sich der Ergänzungsanspruch gem. § 2326 S. 2 aus der Differenz zwischen dem Wert des ordentlichen Pflichtteils plus dem Ergänzungspflichtteil und dem Wert des hinterlassenen (jedoch Ausgeschlagenen) errechnet,<sup>495</sup> erleidet der Ausschlagende Nachteile, wenn er nach den allgemeinen Regeln des Pflichtteilsrechts (§ 2303 Abs. 1 S. 1: „*von der Erbfolge ausgeschlossen*“) mit der Ausschlagung seinen ordentlichen Pflichtteil verliert,<sup>496</sup> da er sich dann das ihm über seinen ordentlichen, nach dem wirklichen Nachlassbestand berechneten Pflichtteilsanspruch hinaus Zugewendete (**Mehrhinterlassung**) gem. § 2326 S. 2 auf seinen Pflichtteilsergänzungsanspruch anrechnen lassen muss, obwohl es durch die Ausschlagung wegfällt. Lediglich, wenn der bedachte pflichtteilsberechtigte Erbe iSd § 2306 Abs. 1 beschränkt oder beschwert ist, nimmt die hM<sup>497</sup> diese Anrechnung der Mehrhinterlassung gem. § 2326 S. 2 nicht vor. Ob dies alles entsprechend bei der Ausschlagung von Vermächtnissen gilt<sup>498</sup> oder nur, wenn sie beschränkt oder beschwert sind,<sup>499</sup> ist umstritten. Hat der Bedachte die beschränkte oder beschwerte Zuwendung (Erbteil oder Vermächtnis) in Unkenntnis der ergänzungspflichtigen Schenkung angenommen, gesteht ihm die hM<sup>500</sup> ein Anfechtungsrecht gem. § 119 zu.

Weitere Voraussetzung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs ist nicht (mehr), dass der Berechtigte auch beim Vollzug der Schenkung bereits zum Kreis der abstrakt Pflichtteilsberechtigten (§ 2303) gehörte (sog. **Doppelberechtigung**). Der schon bislang überwiegenden Meinung in der Literatur<sup>501</sup> hat sich der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 23.5.2012<sup>502</sup> angeschlossen und seine frühere Meinung,<sup>503</sup> wonach nur solche Schenkun-

<sup>488</sup> MüKoBGB/Lange § 2325 Rn. 6.

<sup>489</sup> MüKoBGB/Lange § 2325 Rn. 1.

<sup>490</sup> BGHZ 28, 177/181; BGH NJW 1965, 1526 = Rpfleger 1966, 251; BGH ZEV 2000, 274.

<sup>491</sup> Dieckmann, FS Beitzke, 1979, 399/405.

<sup>492</sup> RG JR 27 Nr. 1655.

<sup>493</sup> BGH NJW 1973, 995.

<sup>494</sup> BGH NJW 1973, 995; MüKoBGB/Lange § 2326 Rn. 5.

<sup>495</sup> MüKoBGB/Lange § 2326 Rn. 5.

<sup>496</sup> Soergel/Dieckmann § 2326 Rn. 1.

<sup>497</sup> MüKoBGB/Lange § 2326 Rn. 4.

<sup>498</sup> So MüKoBGB/Lange § 2326 Rn. 4.

<sup>499</sup> So Soergel/Dieckmann § 2326 Rn. 4.

<sup>500</sup> MüKoBGB/Lange § 2326 Rn. 4; Palandt/Weidlich § 2326 Rn. 4.

<sup>501</sup> Bosch FamRZ 1973, 90; v. Lübtow, FS Bosch 1976, 573; Reinicke NJW 1973, 9597.

<sup>502</sup> BGH NJW 2012, 2730 = DNotZ 2012, 860 mAnm Lange.

<sup>503</sup> BGHZ 59, 210 = NJW 1973,; BGH NJW 1997, 2676 = ZEV 1997, 373 mAnm Otte = Mitt-BayNot 1997, 298 mAnm Reimann; Keller ZEV 2000, 268.

## 1. Teil. Überlegungen vor der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen

gen Pflichtteilergänzungsansprüche auslösen, die zu einer Zeit gemacht worden sind, zu der das rechtliche Verhältnis schon bestand, das den Pflichtteilsanspruch begründet (**abstrakte Pflichtteilsberechtigung**), dh alle Schenkungen vor der Eheschließung, der Adoption oder der Zeugung eines nichtehelichen Kindes unberücksichtigt bleiben.

- 152 Kinder haben nach ihren Eltern zwei getrennte Pflichtteilsansprüche, so dass auch bei Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testaments beim Tode des Letztverstorbenen Geschenke des Vorverstorbenen außer Betracht bleiben.<sup>504</sup> Verlangt der überlebende Ehegatte neben dem Pflichtteil den güterrechtlichen Zugewinnausgleich (§ 1371 Abs. 2 u. 3), sind Schenkungen des Erblassers, obwohl sie bereits bei der Bewertung der Ausgleichsforderung nach § 1375 Abs. 2 Nr. 1 berücksichtigt sind, nochmals in voller Höhe bei der Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs einzusetzen, da andererseits die Ausgleichsforderung als Nachlassverbindlichkeit bei der Pflichtteilsberechnung voll in Abzug zu bringen ist.<sup>505</sup> Ein nichteheliches Kind kann seinen Pflichtteilergänzungsanspruch nach seinem Vater erst geltend machen, wenn die Vaterschaft gem. § 1594 durch Anerkennung oder gem. § 1600d durch gerichtliche Entscheidung festgestellt ist.<sup>506</sup>
- 153 Auch der Pflichtteilergänzungsanspruch entsteht gem. § 2317 mit dem Erbfall und ist vererblich und übertragbar.<sup>507</sup> Gepfändet kann er jedoch nur werden, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist (§ 852 Abs. 1 ZPO). Vor dem Erbfall kann der Berechtigte auf seinen Pflichtteilergänzungsanspruch verzichten, entweder durch notariellen gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichtsvertrag mit dem Erblasser,<sup>508</sup> oder in einem nur schuldrechtlich wirksamen Vertrag mit dem künftigen Erben, der, weil er nur einen Einzelgegenstand betrifft, nicht § 311b Abs. 4 unterliegt,<sup>509</sup> jedoch entspr. § 2348 beurkundungspflichtig ist.<sup>510</sup> Nach dem Erbfall ist dies formlos durch Erlassvertrag nach § 397 möglich.<sup>511</sup>
- 154 Die Frage, ob der fiktive Pflichtteil, auf den der postmortale Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten des Erblassers gem. § 1586b begrenzt ist, sich aus dem ergänzten oder dem ordentlichen Pflichtteil berechnet,<sup>512</sup> hat der BGH dahin gehend entschieden, dass aus dem ergänzten Anspruch zu berechnen ist.<sup>513</sup>
- 155 Den ordentlichen Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 kann ein Miterbe grundsätzlich nicht geltend machen. Ihm stehen nur bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen Ansprüche gem. § 2305 zu.<sup>514</sup> Dagegen kann auch ein Miterbe unter den Voraussetzungen des § 2325 einen Ergänzungsanspruch gegen seine Miterben oder über § 2329 gegen den beschenkten Dritten erlangen.<sup>515</sup> Reicht der vorhandene Nachlass dabei nicht zur Befriedigung seines Pflichtteilergänzungsanspruchs aus, kann der selbst pflichtteilsberechtigte Miterbe analog zu § 2329 Abs. 1 S. 2 direkt gegen den Beschenkten oder dessen Erben vorgehen, ohne vorher den primären Anspruch aus § 2325 gegen die anderen Miterben erheben zu müssen, da sich diese sogleich auf die Dürftigkeitseinrede nach §§ 1990, 1991 Abs. 4 und das Leistungsverweigerungsrecht aus § 2328 berufen könnten.<sup>516</sup> Da bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft beim Tod des Erstversterbenden das Gesamtgut gegenüber gemeinschaftlichen Abkömmlingen nicht zum Nachlass gehört

<sup>504</sup> BGHZ 88, 102 = NJW 1983, 2875.

<sup>505</sup> MüKoBGB/Lange § 2325 Rn. 11.

<sup>506</sup> BGHZ 85, 274 = FamRZ 1985, 1023.

<sup>507</sup> MüKoBGB/Lange § 2317 Rn. 1.

<sup>508</sup> Wieser MittBayNot 1972, 106/111.

<sup>509</sup> RG LZ 24, 587; OGH NJW 1949, 603; BGH LM § 312 Nr. 3 (zum früheren § 312).

<sup>510</sup> Damrau, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall, S. 50.

<sup>511</sup> RG JW 1928, 907; KG OLGZ 74, 263 (266).

<sup>512</sup> Dieckmann FamRZ 1977, 171.

<sup>513</sup> BGH NJW 2001, 828 = ZEV 2001, 113 mAnm Frenz.

<sup>514</sup> Bamberger/Roth/J. Mayer § 2303 Rn. 17.

<sup>515</sup> BGH NJW 1961, 870; BGH NJW 1986, 1610 = Rpfleger 1985, 494.

<sup>516</sup> BGHZ 80, 205/209 = NJW 1981, 1446 = DNotZ 1983, 111.

## § 2 Das Pflichtteilsrecht als Schranke der erbrechtlichen Gestaltungsfreiheit

(§ 1483 Abs. 1 S. 3), können diese auf den ersten Erbfall hinsichtlich des Gesamtguts weder ordentliche Pflichtteilsansprüche noch Pflichtteilergänzungsansprüche wegen Schenkungen aus dem Gesamtgut geltend machen.<sup>517</sup> Pflichtteilergänzungsansprüche wegen solcher Schenkungen aus dem Gesamtgut stehen ihnen, soweit nicht die Frist gem. § 2325 Abs. 3 abgelaufen ist, gem. § 1505 erst nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu. Die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann von den gemeinschaftlichen Abkömmlingen ohne Zustimmung des überlebenden Ehegatten allerdings nur in schwerwiegenden Fällen durch Aufhebungsklage gem. § 1495 erreicht werden.

### b) Erben als Berechtigte (§ 2326)

Auch der gesetzliche oder gewillkürte Erbe oder Vermächtnisnehmer kann unter den Voraussetzungen des § 2325, gleichgültig ob er die Zuwendung annimmt oder ausschlägt, einen Pflichtteilergänzungsanspruch gegen die Erbengemeinschaft (§ 2325) oder als Alleinerbe direkt gegen den Beschenkten (§ 2329 Abs. 1 S. 2) haben, und zwar auch dann, wenn ihm eine größere Erbquote als seine ordentliche Pflichtteilsquote<sup>518</sup> hinterlassen ist (§ 2326 S. 1). Allerdings mindert sich im letzteren Fall der Ergänzungsanspruch um den Betrag, um den der Wert des ihm Hinterlassenen (Erbe oder Vermächtnis) den Wert des ordentlichen Pflichtteils ohne Hinzurechnung der Schenkung übersteigt (§ 2326 S. 2 – „*Mehrhinterlassung*“),<sup>519</sup> dh er erhält nur die Differenz zwischen dem Wert des Hinterlassenen und dem seines ordentlichen Pflichtteils plus dem Ergänzungspflichtteil.<sup>520</sup> Bei dieser Bewertung werden analog § 2307 Abs. 1 S. 2 Beschränkungen und Beschwerungen des Hinterlassenen nicht wertmindernd berücksichtigt.<sup>521</sup>

## 5. Die Schuldner der Pflichtteilergänzungsansprüche

### a) Der selbst nicht pflichtteilsberechtigte Erbe

Der Pflichtteilergänzungsanspruch richtet sich grundsätzlich gegen den oder die Erben als Nachlassverbindlichkeit, auch wenn ein Dritter die Schenkung erhalten hat (§§ 2325, 2329).<sup>522</sup> Der nicht selbst pflichtteilsberechtigte Erbe muss uU für Pflichtteil und Ergänzungspflichtteil den ganzen Nachlass opfern, ohne sich an den Beschenkten halten zu können.<sup>523</sup> Mit seinem Eigenvermögen haftet er allerdings nur, sofern er von seinen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten gem. §§ 1975, 1981 ff., 1990, 1991 Abs. 4 gegenüber dieser Nachlassverbindlichkeit keinen Gebrauch gemacht hat.<sup>524</sup> Gegen den Beschenkten richtet sich der Anspruch nur, soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist (§ 2329 Abs. 1 S. 1). Auch selbst pflichtteilsberechtigte Erben können Schuldner sein, genießen allerdings den Haftungsvorzug nach § 2328. Ist der Erbe selbst Beschenkter, bleibt es grundsätzlich bei seiner Haftung nach § 2325.<sup>525</sup> Hat er allerdings seine Haftung zulässigerweise beschränkt und reicht der Nachlass nicht aus oder kann er sich als selbst Pflichtteilsberechtigter auf § 2328 berufen, kommt gegen ihn nur der subsidiäre Ergänzungsanspruch als Beschenkter gem. § 2329 in Betracht, für den er unbeschränkt haftet.<sup>526</sup> Gegen den Anspruch nach § 2329 steht dem selbst pflicht-

<sup>517</sup> MüKoBGB/Kanzleiter vor § 1483 Rn. 10.

<sup>518</sup> MüKoBGB/Lange § 2326 Rn. 1.

<sup>519</sup> BGH NJW 1973, 995 (996); BGH FamRZ 1989, 273/275.

<sup>520</sup> MüKoBGB/Lange § 2326 Rn. 6.

<sup>521</sup> MüKoBGB/Lange § 2326 Rn. 4.

<sup>522</sup> BGHZ 80, 205 (207) = NJW 1981, 1446.

<sup>523</sup> BGHZ 85, 274 (280) = NJW 1983, 1485.

<sup>524</sup> BGH WPM 1983, 824; FamRZ 1968, 150/151.

<sup>525</sup> RGZ 58, 124.

<sup>526</sup> RGZ 80, 135; RG JW 1912, 913; BGH MDR 1961, 491; BGHZ 80, 208 f.; 85, 274 (282) = NJW 1983, 1485 = BGHZ 88, 102 (112) = NJW 1983, 2875.

## 1. Teil. Überlegungen vor der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen

teilsberechtigten Erben jedoch das Leistungsverweigerungsrecht (Einrede) nach § 2328 zu.<sup>527</sup> Wie der ordentliche Pflichtteilsanspruch auch, kann der Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen sämtliche Miterben als Gesamtschuldner geltend gemacht werden, um sich dann aus dem noch ungeteilten Nachlass zu befriedigen. Er kann aber auch gegen einen oder mehrere Miterben auf Grund ihrer gesamtschuldnerischen Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten geltend gemacht werden (§§ 1967, 2058, 421, 1967 Abs. 2).

### b) Der selbst pflichtteilsberechtigte Erbe

158 Der selbst pflichtteilsberechtigte Erbe kann gem. § 2328 die Ergänzung des Pflichtteils soweit verweigern, dass ihm sein eigener Pflichtteil einschließlich dessen verbleibt, was ihm selbst zur Ergänzung seines Pflichtteils gebühren würde (ergänzter Pflichtteil). Gleichgültig ist dabei, ob der Ergänzungspflichtige Allein- oder Miterbe ist.<sup>528</sup> Durch diese Vorschrift soll, ebenso wie durch die §§ 2318 Abs. 3 und 2319, der pflichtteilsberechtigte Schuldner eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs davor bewahrt werden, das erlangte Vermögen zunächst – ganz oder teilweise – auskehren und dann wegen seines eigenen Pflichtteils zuzüglich der ihm zukommenden Ergänzung bei anderen Beschenkten seinerseits Ersatz suchen zu müssen.<sup>529</sup> Die Einrede auf Grund § 2328 schützt jedoch lediglich vor dem Ergänzungsanspruch, während gegen den ordentlichen Pflichtteilsanspruch nur § 2319 schützt.<sup>530</sup> Treffen mit dem Ergänzungsanspruch Vermächtnisse und/oder Auflagen zusammen, so kann der selbst pflichtteilsberechtigte Erbe seinen ergänzten Pflichtteil gem. § 2318 Abs. 3 auch gegen sie verteidigen.<sup>531</sup> § 2328 enthält eine Begünstigung des als Erben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten gegenüber dem nichterbenden Pflichtteilsberechtigten, da er seinen ergänzten Pflichtteil behalten darf und nur den Mehrbetrag an die anderen nichterbenden Pflichtteilsberechtigten auszuzahlen braucht, während für den Ausfall der Beschenkte gem. § 2329 haftet.<sup>532</sup> Haftet der selbst pflichtteilsberechtigte Erbe nur nach § 2329, da er gegenüber dem Anspruch nach § 2325 die beschränkte Erbhaftung geltend gemacht hat, kann auch er seinen eigenen ergänzten Pflichtteil mit dem Leistungsverweigerungsrecht gem. § 2328 verteidigen.<sup>533</sup> Dabei ist bei der Bewertung des Geschenks auf den Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung abzustellen, damit sein Wertverfall nach dem Erbfall nicht wegen der Regelung in § 2329 Abs. 1 zu Lasten des Beschenkten geht bzw. eine Wertsteigerung nicht dem Pflichtteilsberechtigten vorenthalten wird.<sup>534</sup>

### c) Die subsidiäre Haftung des Beschenkten

159 Soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist, richtet sich der Ergänzungsanspruch subsidiär gegen den Beschenkten (§ 2329 Abs. 1 S. 1). Die Haftung des Beschenkten setzt somit dort ein, wo die des Erben aufhört.<sup>535</sup> Nicht zur Ergänzung verpflichtet ist der Erbe und die subsidiäre Haftung des Beschenkten (Durchgriff gegen den Beschenkten) tritt in folgenden Fällen ein:

- Es ist kein Nachlass vorhanden oder der Nachlass ist überschuldet.<sup>536</sup>

Bei Überschuldung ist allerdings zunächst zu prüfen, ob durch Hinzurechnen der Schenkung überhaupt ein Aktivnachlass entstehen würde, anderenfalls entfällt jeglicher Ergänzungsanspruch auch gegen den Beschenkten.<sup>537</sup>

<sup>527</sup> BGHZ 85, 274 (284) = NJW 1983, 1485 = DNotZ 1983, 374.

<sup>528</sup> Palandt/Weidlich § 2328 Rn. 1.

<sup>529</sup> BGHZ 85, 274 (285) = NJW 1983, 1485 = DNotZ 1983, 374; BGH FamRZ 1989, 273/275.

<sup>530</sup> MüKoBGB/Lange § 2328 Rn. 1; Palandt/Weidlich § 2328 Rn. 1.

<sup>531</sup> MüKoBGB/Lange § 2328 Rn. 9.

<sup>532</sup> MüKoBGB/Lange § 2328 Rn. 3.

<sup>533</sup> BGHZ 85, 274/284 = NJW 1983, 1485 = DNotZ 1983, 374.

<sup>534</sup> BGHZ 85, 274 (285ff.).

<sup>535</sup> Palandt/Weidlich § 2329 Rn. 2.

<sup>536</sup> RGZ 80, 126; BGH FamRZ 1968, 150; NJW 1974, 1327.

<sup>537</sup> RG JR 27 Nr. 1655.

## § 2 Das Pflichtteilsrecht als Schranke der erbrechtlichen Gestaltungsfreiheit

- Der Erbe hat durch eine Maßnahme nach §§ 1975 ff., 1981, 1990, 1991 Abs. 4, 2060 BGB, 327 Abs. 1 InsO seine beschränkte Erbenhaftung herbeigeführt.<sup>538</sup> Auch die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses durch den Erben genügt für die Verlagerung der Verpflichtung auf den Beschenkten.<sup>539</sup>
- Wenn der Erbe seinen eigenen Pflichtteil nach § 2328 verteidigen kann und zwar gleichgültig, ob er die Einrede nur erheben kann oder bereits erhoben hat.<sup>540</sup>
- Schließlich kann der Alleinerbe nach § 2329 Abs. 1 S. 2 seinen Pflichtteilsergänzungsanspruch immer direkt gegen den Beschenkten geltend machen, unbedachtlich ob er selber beschränkt oder unbeschränkt haftet.

Dagegen löst nach der hM<sup>541</sup> die **bloße Zahlungsunfähigkeit** des Erben – nicht des Nachlasses – (zB durch **Eigengläubiger** des Erben) oder Unerreichbarkeit des an sich unbeschränkt haftenden Erben, dh dass er zwar verpflichtet ist, von ihm aber nichts zu holen ist, den subsidiären Ergänzungsanspruch gegen den Beschenkten nicht aus. Der Beschenkte schuldet die Ergänzung auch dem pflichtteilsberechtigten Alleinerben, soweit dieser sie nach § 2326 zu beanspruchen hat (§ 2329 Abs. 1 S. 2). Über den Wortlaut des § 2329 Abs. 1 S. 2 hinaus können **pflichtteilsberechtigte** Miterben direkt vom beschenkten Dritten Ergänzung ihres Pflichtteils verlangen, wenn der Nachlass wertlos ist oder doch zur Befriedigung ihrer Pflichtteilsansprüche nicht ausreicht.<sup>542</sup> Dabei ist nicht Voraussetzung, dass die anderen Miterben die Einrede nach § 2328 erhoben haben.<sup>543</sup> Ist der Beschenkte selbst pflichtteilsberechtigt, hat ihm analog § 2328 soviel zu verbleiben, wie sein eigener ergänzter Pflichtteil ausmacht.<sup>544</sup> Ist der Beschenkte verstorben, richtet sich der Ergänzungsanspruch nach § 2329 gegen seine Erben.<sup>545</sup>

Während der ordentliche Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 und der Pflichtteilsergänzungsanspruch gem. § 2325 reine Geldansprüche sind, geht der Anspruch gegen den Beschenkten gem. § 2329 auf „Herausgabe des Geschenks zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrages nach den Vorschriften einer ungerechtfertigten Bereicherung“.<sup>546</sup> Klagantrag und Verurteilung haben daher bei Schenkungen individueller Gegenstände zu lauten:

„... wird verurteilt, die Zwangsvollstreckung wegen eines Geldbetrags von ... EUR (Bezifferung des Fehlbetrages) in ... (Bezeichnung des Schenkungsgegenstandes) zu dulden.“<sup>547</sup>

Der Beschenkte haftet dem Pflichtteilsberechtigten nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Bei Geldschenkungen und falls der geschenkte Gegenstand sich nicht mehr beim Beschenkten befindet, ohne dass seine Bereicherung weggefallen ist, geht der Anspruch nach § 2329 ausnahmsweise direkt auf Zahlung des Fehlbetrages

<sup>538</sup> MüKoBGB/Lange § 2329 Rn. 2; BGH NJW 1961, 870; BGH WPM 1983, 823 (825); RGZ 80, 135 (136).

<sup>539</sup> BGHZ 80, 205 (209) = NJW 1981, 1446 (1447).

<sup>540</sup> BGHZ 80, 205 (209) = NJW 1981, 1446/1447 = DNotZ 1983, 111; aM dh nur nach Erhebung der Einrede.

<sup>541</sup> BGH NJW 1983, 1485; Palandt/Weidlich § 2329 Rn. 2; MüKoBGB/Lange § 2329 Rn. 2; Dieckmann, FS Beitzke, 1979, 399 (419); aM dh auch bei Zahlungsunfähigkeit: Staudinger/Ols hausen § 2329 Rn. 10.

<sup>542</sup> BGHZ 80, 205 (208f.) = NJW 1961, 1446; BGH NJW 1986, 1610; Pentz MDR 1998, 132.

<sup>543</sup> BGHZ 80, 205; OLG Zweibrücken NJW 1977, 1825.

<sup>544</sup> BGHZ 85, 274 (284) = NJW 1983, 1485 = DNotZ 1983, 374.

<sup>545</sup> BGHZ 80, 205 (210) = NJW 1981, 1446 = DNotZ 1983, 111.

<sup>546</sup> MüKoBGB/Lange § 2329 Rn. 14; BGHZ 85, 274 (282) = NJW 1983, 1485 = DNotZ 1983, 374.

<sup>547</sup> BGHZ 85, 274 (282) = NJW 1983, 1485 = DNotZ 1983, 374.

## 1. Teil. Überlegungen vor der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen

(§ 818 Abs. 2). Dieser Zahlungsanspruch kann als Hilfsanspruch gleichzeitig mit dem Duldungsanspruch erhoben werden.<sup>548</sup> Während sich die Voraussetzungen des Anspruchs nach § 2329 bestimmen, regelt sich sein Umfang nach den Bestimmungen des Bereicherungsrechts, dh den §§ 818–822.<sup>549</sup> Gemäß § 818 Abs. 3 entfällt daher die Haftung des Beschenkten, soweit er nicht mehr bereichert ist. Dies kann auch wegen wirksamer Anfechtung der Schenkung im Insolvenzverfahren (§ 134 InsO) oder außerhalb des Insolvenzverfahrens (§ 4 AnfG) der Fall sein.<sup>550</sup> Die Haftung des Beschenkten verschärft sich gem. § 819 Abs. 1, wenn er Umfang und Wert des Nachlasses und die Ergänzungsbedürftigkeit des Pflichtteils kannte. Hat der Beschenkte den Schenkungsgegenstand weiter verschenkt, wenn auch vor dem Erbfall, und ist er dadurch nicht mehr bereichert, haftet der beschenkte Dritte für den Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 822.<sup>551</sup> Hat der Erblasser mehrere Personen zeitlich nacheinander beschenkt, so haftet gem. § 2329 Abs. 3 in erster Linie der zuletzt Beschenkte, wobei der Zeitpunkt des Vollzugs maßgeblich ist.<sup>552</sup> Die anderen haften nur soweit der Letztbeschenkte, etwa wegen Wegfalls seiner Bereicherung, nicht verpflichtet ist, nicht jedoch schon soweit er nur zahlungsunfähig ist.<sup>553</sup> Nach § 2329 Abs. 2 kann der Beschenkte die Vollstreckung durch Zahlung des am Pflichtteil fehlenden Betrages (nicht etwa durch Zahlung des Wertes des Schenkungsgegenstandes) abwenden (*Ersetzungsbefugnis*). Der Pflichtteilsberechtigte hat die Voraussetzungen für seinen Anspruch gem. § 2329 gegen den Beschenkten zu beweisen.<sup>554</sup>

- 163 Bei dem Anspruch nach § 2329 handelt es sich um keine Nachlassverbindlichkeit. Ein Miterbe, der in seiner Eigenschaft als Beschenkter nach § 2329 in Anspruch genommen wird, kann daher seine Haftung nicht auf den Nachlass beschränken.<sup>555</sup> Damit wird auf jeden Fall verhindert, dass Pflichtteilsberechtigte durch Schenkungen an eines von mehreren Kindern, die zweite Ehefrau oder einen Familienfremden, die den Nachlass aushöhlen, ganz leer ausgehen,<sup>556</sup> sofern nicht seit der Schenkung die zehnjährige Ausschlussfrist abgelaufen ist.
- 164 Neben dem Anspruch aus § 2329 kann der Beschenkte auch dem Anspruch aus § 2287 ausgesetzt sein, wenn durch die Schenkung der Vertragserbe oder bindend eingesetzte Schlusserbe beeinträchtigt wurde. Die Ansprüche stehen dann selbständig nebeneinander.

## 6. Die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs

### a) Bei Schenkungen an Dritte, dh Nichterben

- 165 Gem. § 2325 Abs. 1 kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung seines Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich sein ordentlicher Pflichtteil erhöhen würde, wenn der einem anderen vom Erblasser geschenkte Gegenstand sich noch im Nachlass befinden würde. Dabei ist ordentlicher Pflichtteil der Betrag, den der Pflichtteilsberechtigte bei Errechnung nach den §§ 2303–2316 ohne Berücksichtigung der Drittschenkung erhält. Beschenkter Dritter iSd § 2325 kann auch ein anderer Pflichtteilsberechtigter sein.<sup>557</sup> Geschenke an den Ergänzungsberechtigten selbst sind nach § 2327 zu behandeln (→ Rn. 169) und solche an den selbst pflichtteilsberechtigten Erben nach § 2328

<sup>548</sup> MüKoBGB/Lange § 2329 Rn. 14.

<sup>549</sup> RGZ 139, 17/22.

<sup>550</sup> MüKoBGB/Lange § 2329 Rn. 17.

<sup>551</sup> MüKoBGB/Lange § 2329 Rn. 19; Knötel NJW 1989, 2504 (2506); offen gelassen in BGHZ 80, 205 (211 f.) = NJW 1981, 1446 (1447).

<sup>552</sup> BGHZ 85, 274 (283 f.) = NJW 1983, 1485 (1486); MüKoBGB/Lange § 2329 Rn. 22.

<sup>553</sup> BGHZ 17, 336 = NJW 1955, 1185; BGH WPM 1983, 823 (825).

<sup>554</sup> RGZ 80, 135 (136); BGH ZEV 2007, 280; MüKoBGB/Lange § 2329 Rn. 6.

<sup>555</sup> RGZ 80, 137.

<sup>556</sup> Haegele BWNotZ 1972, 69/74.

<sup>557</sup> RGZ 69, 389.

## § 2 Das Pflichtteilsrecht als Schranke der erbrechtlichen Gestaltungsfreiheit

(→ Rn. 158).<sup>558</sup> Die Berechnung des Ergänzungspflichtteils geschieht in vier Schritten:<sup>559</sup>

- Bildung des fiktiven Ergänzungsnachlasses durch Zurechnung der Schenkung;
- Bildung des fiktiven Ergänzungserbteils auf Grund der gesetzlichen Erbquote des Erbgängerberechtigten;
- Bildung des Ergänzungspflichtteils durch Halbierung des fiktiven Ergänzungserbteils;
- Feststellung des Ergänzungsbetrages durch Subtraktion des ordentlichen Pflichtteils vom Ergänzungspflichtteil.

In einer Formel ausgedrückt ergibt sich bei

166

EP = Ergänzungspflichtteil,

n = Nachlass zum Zeitpunkt des Erbfalls,

S = Summe aller Schenkungen und

q = Nenner der gesetzlichen Erbquote des Erbgängerberechtigten:

$$EP = \frac{n+s}{2q} - \frac{n}{2q} \text{ oder aufgelöst } EP = \frac{S}{2q}$$

Sofern dem Pflichtteilsberechtigten ein größerer Erbteil als sein Pflichtteil zugewandt ist, muss von EP gemäß § 2326 S. 2 der Mehrwert abgezogen werden, da er nur Anspruch auf den Pflichtteil aus dem realen Nachlass vermehrt um die Geschenke hat.

167

Da somit der Pflichtteilergänzungsanspruch eine Funktion der ergänzungspflichtigen Schenkung ist, lässt er sich zumeist einfach aus der Summe der Geschenke errechnen.<sup>560</sup> Lediglich wenn der pflichtteilsrechte Nachlass die Nullgrenze unterschreitet, versagt die vereinfachte Berechnungsweise mittels der aufgelösten Formel<sup>561</sup> und der Ergänzungspflichtteil muss mit der ursprünglichen Formel unter Berücksichtigung des negativen Nachlasses berechnet werden. Der Pflichtteilergänzungsanspruch kann auch bestehen, wenn es für einen ordentlichen Pflichtteilsanspruch an einem Aktivnachlass fehlt.<sup>562</sup> Er ist lediglich ausgeschlossen, wenn das Aktivvermögen im Nachlass trotz des mit dem Wertansatz des § 2325 Abs. 2 hinzugerechneten Geschenks in dem für die Pflichtteilsberechnung erheblichen Zeitpunkt des Erbfalls (§ 2311) die Nachlassverbindlichkeiten nicht übersteigt, die bei der Pflichtteilsberechnung den Nachlass schmälern, dh, dass dabei diejenigen Schulden außer Ansatz bleiben, die den Pflichtteilsberechtigten gem. § 327 InsO im Nachlassinsolvenzverfahren nachstehen, sowie diejenigen, die bei der Pflichtteilsberechnung außer Ansatz bleiben (→ Rn. 49).<sup>563</sup> Die obige Berechnungsweise ist auch anwendbar, wenn ein ergänzungspflichtiges Geschenk an einen anderen pflichtteilsberechtigten Nichterben zugleich nach § 2315 anrechnungspflichtig ist,<sup>564</sup> dh die Schenkung ist in den fiktiven Ergänzungsnachlass des Erbgängerberechtigten einzurechnen und gleichzeitig beim ordentlichen Pflichtteil des selbst pflichtteilsberechtigten Ergänzungspflichteten nach § 2315 anzurechnen. Bezuglich der Behandlung der Fälle, in denen das Drittgeschenk zugleich eine ausgleichungspflichtige Zuwendung iSd § 2316 ist, → Rn. 321 und falls eine Zuwendung zugleich anrechnungs-, ausgleichungs- und ergänzungspflichtig ist, → Rn. 322.

### b) Bei Eigenschenkungen an den Erbgängerberechtigten selbst

Nach § 2327 Abs. 1 S. 1 ist ein Geschenk des Erblassers an denjenigen Pflichtteilsberechtigten, der wegen eines Geschenks an einen Dritten die Ergänzung seines Pflichtteils

<sup>558</sup> Palandt/Weidlich § 2328 Rn. 1.

<sup>559</sup> Staudinger/Olshausen § 2325 Rn. 83 f.

<sup>560</sup> Sturm/Sturm FG f. v. Lübtow, 1980, S. 599, 604.

<sup>561</sup> Bamberger/Roth/J. Mayer § 2325 Rn. 40.

<sup>562</sup> RGZ 77, 284.

<sup>563</sup> Dieckmann, FS Beitzke, 1979, 399 (417).

<sup>564</sup> Sturm/Sturm FG f. v. Lübtow, 1980 S. 599, 607 f.

## 1. Teil. Überlegungen vor der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen

nach § 2325 fordert, in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlass hinzuzurechnen und dann von der Ergänzungsforderung abzuziehen.<sup>565</sup> Formelmäßig ausgedrückt heißt dies bei<sup>566</sup>

EP = Ergänzungspflichtteil,

n = Nachlass zum Zeitpunkt des Erbfalls,

S = Summe aller Schenkungen, einschließlich des Eigengeschenks an den Ergänzungsberechtigten,

q = Nenner der gesetzlichen Erbquote des Ergänzungsberechtigten und

A = Geschenk an den Ergänzungsberechtigten:

$$EP = \left( \frac{n+S}{2q} - \frac{n}{2q} \right) - a \text{ oder aufgelöst } EP = \frac{S}{2q} - a$$

170 Auch hier muss, sofern dem Pflichtteilsberechtigten ein größerer Erbteil als sein Pflichtteil zugewandt ist, von EP gemäß § 2326 S. 2 der Mehrwert abgezogen werden, da er nur Anspruch auf den Pflichtteil aus dem realen Nachlass vermehrt um die Geschenke hat.

171 Auch hier ist wie bei § 2325 der Pflichtteilsberganzungsanspruch eine Funktion aller Schenkungen. Aus ihnen wird der dem Pflichtteil des Ergänzungsberechtigten entsprechende Anteil errechnet und hiervon das ihm zugewendete Geschenk (a) abgezogen. Ist sein Geschenk größer als sein Ergänzungspflichtteil, so muss der Ergänzungsberechtigte zwar nichts zum Nachlass zurückerstatten, hat jedoch keinen Ergänzungsanspruch, da das ihm gegebene Geschenk die Ergänzung aufzehrt.<sup>567</sup> Sein ordentlicher Pflichtteil bleibt ihm aber auch in diesem Fall ungeschmälert, sofern ihn die anderen Pflichtteilsberechtigten nicht bei unzureichendem Nachlass nach § 2329 in Anspruch nehmen.<sup>568</sup> Für die Fälle in denen neben den Drittsgeschenken das Eigengeschenk auch noch nach § 2315 anrechnungspflichtig ist (§ 2317 Abs. 1 S. 2).

172 Anders als bei Drittsgeschenken gilt bei Eigengeschenken nicht die Zehnjahreszeitsschranke gem. § 2325 Abs. 3.<sup>569</sup> Den Drittbeschenkten trifft die Beweislast für seine Behauptung, der Ergänzungsberechtigte habe selbst vom Erblasser Schenkungen erhalten.<sup>570</sup> Fällt ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling, der vom Erblasser ein Geschenk erhalten hat, vor oder nach dem Erbfall weg, muss sich der an seine Stelle tretende Abkömmling diese Schenkung in gleicher Weise anrechnen lassen wie der Weggefallene (§ 2327 Abs. 2).

173 **Problem:** Entgegen der früher hM<sup>571</sup> nimmt der BGH<sup>572</sup> beim Berliner Testament hinsichtlich der Anrechnung von Eigengeschenken gem. § 2327 Abs. 1 S. 1 eine getrennte Behandlung von Erst- und Schlusserbfall in der Weise vor, dass Eigengeschenke des Erstversterbenden nicht auf den Pflichtteilsberganzungsanspruch nach dem Längstlebenden angerechnet werden können. Dabei hat der BGH angedeutet, dass er beim Berliner Testament (§ 2269) den erweiterten Erblasserbegriff (= als Erblasser gilt auch der erstverstorbene Ehegatte) bei den §§ 2066–2069 und 2052 weiterhin gelten lassen will,<sup>573</sup> während er bei den Bestimmungen der §§ 2315, 2316 ebenso wie bei § 2327 von dem engen

<sup>565</sup> BGHZ 88, 102 (104) = NJW 1983, 2875.

<sup>566</sup> Siehe zur Formel auch Bamberger/Roth/J. Mayer § 2327 Rn. 4.

<sup>567</sup> Palandt/Weidlich § 2327 Rn. 2.

<sup>568</sup> Palandt/Weidlich § 2327 Rn. 2

<sup>569</sup> RGZ 69, 389; KG NJW 1974, 2131; BGHZ 88, 102 (107) = NJW 1983, 2875; Kuchinke JZ 1984, 96; MüKoBGB/Lange § 2327 Rn. 6.

<sup>570</sup> BGH NJW 1964, 1414 (1415).

<sup>571</sup> KG OLGZ 1974, 257 = NJW 1974, 2131.

<sup>572</sup> BGHZ 88, 102 = NJW 1983, 2875; schon bisher wie der BGH: MüKoBGB/Lange § 2327 Rn. 4.

<sup>573</sup> BGHZ 88, 102 (109).