

Max Pfeiffer

Reformbedarf im Familien- und Erbrecht

13. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notarvereins

Am 17.1.2025 fand in Berlin die 13. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notarvereins (DNotV) statt – nach den positiven Erfahrungen von vor zwei Jahren wiederum im Museum für Kommunikation. Unter dem Motto „Reformbedarf im Familien- und Erbrecht“ widmeten sich die Tagungsteilnehmer drei Dauerbrennern der familien- und erbrechtlichen Reformdiskussion: dem im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft geltenden Zustimmungserfordernis des Ehepartners bei Verfügungen über das eigene Vermögen im Ganzen (§ 1365 BGB) und bei Verfügungen über eigene Haushaltsgegenstände (§ 1369 BGB), dem gemeinschaftlichen Testament und seiner Bindungswirkung (§§ 2270, 2271 BGB) sowie dem bei der Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen auf den Pflichtteil geltenden Regel-Ausnahme-Verhältnis, bei dem die Nichtanrechnung die Regel und die Anrechnung die Ausnahme ist (§ 2315 Abs. 1 BGB). In jedes dieser Themen wurde zunächst mit einem Input-Vortrag eingeführt, an den sich eine – in allen drei Fällen wirklich spannende – Podiumsdiskussion unter reger Beteiligung auch des Publikums anschloss. Hier ein umfassender Rückblick.

A. Eröffnung der Tagung

Der Präsident des DNotV *Dr. Christian Rupp* eröffnete die Tagung mit einer kurzen Rede, in der er zunächst die Tagungsteilnehmer, Vortragenden und Diskutanten – unter ihnen Notare, Wissenschaftler und Vertreter des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) sowie verschiedener Berufsverbände – begrüßte. Anlässlich der Anwesenheit des Hauptgeschäftsführers des Bundesverbandes der Freien Berufe e. V. (BFB), *Peter Klotzki*, betonte er die gesellschaftliche Bedeutung der freien Berufe im Allgemeinen und des freien Notariats im Besonderen und ging abschließend noch kurz auf die Themen der diesjährigen Tagung ein, die vielleicht nicht

die gleiche tagespolitische Aktualität aufwiesen, wie z. B. Datenschutz, Geldwäsche oder Digitalisierung, die aber in der notariellen Praxis nicht minder bedeutsam seien.



Notar *Dr. Christian Rupp*, Präsident des Deutschen Notarvereins.

Das anschließende Grußwort hielt die Staatssekretärin im BMJ *Dr. Angelika Schlunck*. Diese übermittelte zunächst die Grüße des Bundesministers der Justiz *Dr. Volker Wissing* und wies dann auf die lange Tradition der Tagung Berufspolitik sowie die Relevanz dieser und vergleichbarer Tagungen für ihr Ministerium als Impulsgeber sowohl für die Überarbeitung geltenden als auch für die Schaffung neuen Rechts hin.

Ähnlich wie die Kommunikationstechnik – wie der Tagungsort eindrucksvoll zeige – sei auch das BGB in seiner mittlerweile 125-jährigen Geschichte stetem gesellschaftlichem Wandel ausgesetzt gewesen und habe sich kontinuierlich angepasst und weiterentwickelt. Dem Ministerium sei bewusst, dass die letzte Erbrechtsreform 2009 erfolgt sei und damit bereits 16 Jahre zurückliege. Genaueres könne sie zwar erst sagen, wenn nach der kommenden Bundestagswahl die neue Regierung und der neue Justizminister feststehe, es sei aber möglich, dass das Erbrecht in der nächsten Legislaturperiode einer umfassenderen Revision unterzogen werde. Im

Rahmen dieser Revision dürfte dann überprüft werden, inwieweit das geltende Erbrecht noch bzw. nach wie vor den Bedürfnissen und herrschenden Vorstellungen der Bürger entspricht, insbesondere auch, ob das geltende Pflichtteilsrecht noch zeitgemäß ist. Zu prüfen wäre dann auch, ob die zunehmende Digitalisierung andere/weitere Formen der Testamentserrichtung möglich oder erforderlich macht. Anders als das Erbrecht sei das eheliche Güterrecht erst 2023 überarbeitet worden, insbesondere sei das Güterrechtsregister abgeschafft und die Wirkung von Eheverträgen gegenüber Dritten angepasst worden, sodass eine umfassende Revision nicht anstehe. Man werde aber auch in diesem Bereich gesellschaftliche Entwicklungen beobachten und das geltende Recht ggf. anpassen.



Dr. Angelika Schlunck, Staatssekretärin im BMJ.

B. Verfügungen über das Vermögen im Ganzen und Haushaltsgegenstände (§§ 1365, 1369 BGB): Geklärte und offene Fragen?

Das erste Thema des Tages widmete sich dem in den §§ 1365, 1369 BGB normierten Zustimmungserfordernis des Ehepartners bei Verfügungen über das (eigene) Vermögen im Ganzen und bei Verfügungen über (eigene) Haushaltsgegenstände.

I. Vortrag

Den Impuls-Vortrag mit dem Titel „Verfügungen über das Vermögen im Ganzen und Haushaltsgegenstände (§§ 1365, 1369 BGB): Geklärte und offene Fragen?“ hielt die langjährige Direktorin des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, die mittlerweile emeritierte Prof. Dr. Elisabeth Koch. Die nach allgemeiner Auffassung als absolute Veräußerungsverbote i. S. d. § 134 BGB ausgestalteten Zustimmungserfordernisse in §§ 1365 und 1369 BGB stellten eine Durchbrechung des im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft (wie auch bei Gütertrennung) geltenden Grundsatzes der Handlungs- und Verwaltungsfreiheit des Einzelnen dar und bezweckten primär die Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Ehe- und Familiengemeinschaft und sekundär die Absicherung eines zukünftigen Zugewinnausgleichs. Der sekundäre Normzweck „Sicherung des Zugewinnausgleichs“ trete jedoch weit hinter den primären Normzweck „Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Ehe“ zurück; dies gelte umso mehr für das Zustimmungserfordernis bei Verfügungen über Haushaltsgegenstände.



Prof. Dr. Elisabeth Koch, Universität Jena.

Nach der vom BGH vertretenen Einzeltheorie, wonach eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen nicht nur vorliege, wenn jemand „über sein gesamtes Vermögen“ verfüge, sondern bereits dann, wenn der Verfügungsgegenstand – und sei es auch nur ein einziges Vermögensobjekt (Standardfall ist die Immobilie) – wirtschaftlich betrachtet den Großteil des Vermögens des Verfügenden ausmache, liege eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen vor, wenn der Verfügungsgegenstand wertmäßig mehr als 85 % (dies gilt für „kleinere Vermögen“ unter 250.000 €) bzw. mehr als 90 % (dies gilt für „größere Vermögen“ ab 250.000 €) des Gesamtvermögens des Verfügenden betrage. Diese Differenzierung kritisierte Koch. Zum einen werde mit zunehmendem Vermögen in aller Regel die Lebensgrundlage aufwendiger, sodass es absolut auch mehr finanzieller Mittel zu deren

Erhaltung bedürfe, zum anderen sei die Schwelle von 250.000 € willkürlich gewählt und sachlich nicht zu erklären.

Als nächstes wies Koch darauf hin, dass Rechtsprechung und Literatur § 1365 BGB um eine ungeschriebene subjektive Tatbestandsvoraussetzung ergänzen: Der Erwerber muss positiv wissen, dass es sich bei dem Objekt um das gesamte Vermögen seines Gegenübers handelt, oder aber die Umstände kennen, aus denen sich das ergibt. Diese subjektive Komponente dient dem Verkehrs- und Vertrauensschutz, ist Folge der Einzeltheorie und auf den guten Glauben hinsichtlich der Eigenschaft des Vertragsobjekts, nicht „Vermögen im Ganzen“ zu sein, beschränkt. Andere Irrtümer, wie z. B. in Bezug auf das Verheiratet-Sein des Veräußerers oder die Zustimmung des Ehepartners, gehen zulasten des Erwerbers.

Hauptanwendungsfall des § 1365 BGB seien Immobiliengeschäfte, bei denen es zwei besonders umstrittene Fälle gebe. Der eine Fall betreffe die Frage, ob die Veräußerung einer das gesamte Vermögen ausmachenden Immobilie auch dann noch zustimmungspflichtig sei, wenn sich der Veräußerer ein entsprechend werthaltiges dingliches Recht (Nießbrauch, Wohnrecht o. Ä.) einräumen lasse, ob also der Wert des eingeräumten dinglichen Rechts bei der Bewertung der Verfügung als einer solchen über das Vermögen als Ganzes zu berücksichtigen sei oder nicht. Eine Einzelbetrachtung spreche gegen eine Berücksichtigung des Werts des dinglichen Rechts, eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung für eine solche Berücksichtigung. Der andere Fall betreffe die Frage, ob für den Fall des kreditfinanzierten Erwerbs einer Immobilie die nach Erwerb erfolgte Bestellung einer den Kredit sichernden Grundschuld unter § 1365 BGB falle. Die h. M. verneine das unter anderem mit dem Argument, dass es häufig zufällig sei, ob erst belastet und dann erworben oder aber erst erworben und dann belastet werde. Wenn im ersten Fall eine Zustimmungspflicht ausscheide (was unstrittig ist), so müsse dies auch für den zweiten gelten. Im Ergebnis

folge die h. M. damit zumindest in diesem Fall der Gesamtbetrachtungslehre.

Sodann sprach Koch noch kurz die notariellen Pflichten im Zusammenhang mit entsprechenden Rechtsgeschäften an – grundsätzlich Aufklärungspflicht, grundsätzlich keine Belehrungspflicht – sowie die Prüfpflichten des Grundbuchamts. In diesem Zusammenhang kritisierte sie eine die Prüfpflichten (und Prüfrechte) zuweilen deutlich überschreitende Prüfpraxis der Grundbuchämter.



Bezüglich § 1369 BGB werde teils kritisiert, dass die Vorschrift mit ihrer Beschränkung auf bewegliche Sachen das Familienheim nicht umfasse und damit im Hinblick auf ihren primären Normzweck zu eng sei. Hauptanwendungsfall dürften gegenwärtig Autos, vereinzelt auch Boote sein.

Ausblickend führte Koch schließlich aus, dass in Literatur und Rechtsprechung die Notwendigkeit des Schutzes des die Ehe und Familie tragenden Vermögens wenig angezweifelt werde. Teils werde sogar eine Ausweitung des Schutzes gefordert – zum einen auf bisher nicht erfasste Verpflichtungen, wenn sie das Vermögen im Ganzen betreffen, zum anderen auch auf andere Güterstände (güterstandsunabhängiger Schutz der wirtschaftlichen Grundlagen des Ehe-/Familienlebens).

II. Podiumsdiskussion

Der die Diskussion moderierende Kölner Notar und ausgewiesene Experte auf dem Gebiet des Güterrechts Dr. Wolfgang Reetz forderte gleich zu Beginn die Abschaffung der §§ 1365, 1369 BGB. Diese stünden zunächst einmal am falschen Ort (unter dem Untertitel „Gesetzliches Güterrecht“). Wenn sie tatsächlich den Erhalt der wirtschaftlichen Grundlage der Ehe- und Familiengemeinschaft bezwecken sollen, gehörten sie ins (allgemeine) Familien- bzw. ins Unterhaltsrecht und nicht ins Güterrecht, sollten zumindest aber güterstands-

unabhängig und nicht nur in der Zugewinnsgemeinschaft gelten. Zudem sei der mit § 1365 BGB verfolgte Zweck fraglich. § 1365 BGB komme nämlich aus der Gütergemeinschaft und sei an den dortigen § 1423 BGB (Zustimmungserfordernis des nicht verwaltenden Ehegatten bei Verfügungen des verwaltenden Ehegatten über das Gesamtgut im Ganzen) angelehnt, der das gemeinschaftliche Vermögen vor dem nicht abgesprochenen Zugriff durch den Verwalter schützen solle, also die Verwaltungsbefugnis hinsichtlich des Gesamtgutes beschränke. Dieser Normzweck, Schutz des gemeinschaftlichen Vermögens und Schutz des nicht verwaltenden Ehegatten, lasse sich aber nicht auf den § 1365 BGB übertragen, da die Zugewinnsgemeinschaft auf getrennten Vermögen und der Verwaltungsfreiheit des Einzelnen beruhe. Bezeichnenderweise sei die Abdingbarkeit des § 1423 BGB außerordentlich umstritten, während § 1365 BGB nach allgemeiner Auffassung dispositives Recht darstelle.



Notar Dr. Wolfgang Reetz, Prof. Dr. Elisabeth Koch, Bernhard Barth, Notar Dr. Johannes Scheller (v.l.n.r.).

Umfassende Zustimmung erhielt Reetz von einem weiteren Güterrechts-Experten, dem Diskutanten und Hamburger Notar Dr. Johannes Scheller, der die relevanten Vorschriften im Beck'schen Online-Kommentar kommentiert. Dieser betonte nochmals die Herkunft des § 1365 BGB aus dem § 1423 BGB und die Nichtübertragbarkeit des dort verfolgten Zwecks auf die Zugewinnsgemeinschaft. Zudem kritisierte er den mit § 1365 BGB realisierten gegenständlichen Vermögensschutz. Wenn verhindert werden solle, dass der verfügende Ehegatte der Ehe/Familie die wirtschaftliche Existenzgrundlage entziehe, wäre eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Gegenleistung angezeigt (zustimmend Reetz: „Bloßer Aktivtausch!“ und „Geld stinkt nicht!“). Wenn es andererseits darum ginge, die für das Ehe-/Familienleben essenziellen (Vermögens-)Gegenstände zu schützen, wofür er gewisse Sympathien habe, bleibe unerklärlich, warum

der für das gemeinsame Leben essenziellste Gegenstand, die gemeinsame Wohnung/das Familienheim, gerade nicht geschützt wird (die Beschränkung des § 1369 BGB auf bewegliche Sachen hatte auch Koch in ihrem Input-Vortrag kritisiert, siehe oben).

Auch die Auslegung des § 1365 BGB durch den BGH missfalle. Die von diesem angewandte Einzeltheorie sei historisch nicht verankert und führe zusammen mit der folgerichtig angewandten subjektiven Theorie zu vielen Problemen in der Praxis.

Referenten / Diskutanten:
Prof. Dr. Elisabeth Koch
Notar Dr. Johannes Scheller, Hamburg
Bernhard Barth, Referent Referat I A 1 im BMJ



Prof. Dr. Elisabeth Koch, Bernhard Barth, Notar Dr. Johannes Scheller, Notar Dr. Wolfgang Reetz (v.l.n.r.).

Der zweite Diskutant Bernhard Barth, Referent im Referat I A 1 für Familienrecht des BMJ, äußerte sich deutlich zurückhaltender. Nach Auffassung des Ministeriums sei eine Streichung des § 1365 BGB nicht angezeigt.

Ganz anders als das von Barth vertretene Ministerium

die Stimmen der Notare im Publikum, die ganz überwiegend die Kritik von Reetz und Scheller teilten und weiter konkretisierten. Insbesondere sei § 1365 BGB eine sehr streitanfällige Norm. Dass man komplexe Materien auch deutlich besser und streitärmer regeln könne, zeige z. B. das Sachenrechtsbereinigungsgesetz. Zudem wurde nochmals die „überschießende Tendenz“ des § 1365 BGB beim Vermögensschutz insgesamt und der damit verbundenen Beschränkung der Verwaltungsfreiheit des Betroffenen bei gleichzeitiger „Unter-Performance“ beim Schutz der Ehwohnung betont und als Beispiel, wie man es besser machen könne, die deutsch-französische Wahl-Zugewinnsgemeinschaft angeführt (§ 1519 BGB i. V. m. dem Abkommen vom 4.2.2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnsgemeinschaft).

Diese regle das, was § 1365 BGB regeln wolle, deutlich sinnvoller, indem sie einerseits auf eine Einschränkung der Freiheit, über das Vermögen als Ganzes zu verfügen, verzichte, andererseits den ehelichen Haushalt, insbesondere die Ehwohnung, umfänglich schütze, während die Ehwohnung für den Fall, dass sie entweder nicht „Vermögen im Ganzen“ oder aber lediglich gemietet sei, vollständig aus dem Schutz der §§ 1365, 1369 BGB rausfalle (dies kritisierend auch schon Koch und Scheller). An dieser Stelle kam dann auch zum ersten (und nicht zum letzten) Mal der Hinweis, dass ein rechtsvergleichender Blick in die Rechtsordnungen unserer europäischen Nachbarn durchaus lohnend sein könnte. Zudem wurde angemerkt, dass die Probleme und Unsicherheiten, die § 1365 BGB für den Rechtsverkehr schaffe, im Gesellschaftsrecht, genauer: im Recht der Personen(handels)gesellschaften, noch gravierender seien als bei den Grundstücksgeschäften.

C. Die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments (§§ 2270, 2271 BGB)

Das zweite Thema des Tages widmete sich der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments.

I. Vortrag

Den gleichnamigen Impuls-Vortrag hielt Prof. em. Dr. Karlheinz Muscheler, langjähriger Lehrstuhlinhaber an der Ruhr-Universität Bochum mit Forschungsschwerpunkt unter anderem im Erbrecht und in der Rechtsgeschichte. Beim gemeinschaftlichen Testament werde landläufig angenommen, dass es sich nur um ein einziges Testament handle. Tatsächlich gehe es dabei aber um zwei Testamente zweier

Erblasser für zwei Erbfälle und zwei Nachlässe. Das Gemeinschaftliche liege einerseits im Errichtungsakt und andererseits in der inhaltlichen Abstimmung.

Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament unterschieden sich in mehreren Punkten: Der Erbvertrag sei Verfügung von Todes wegen und Vertrag, das gemeinschaftliche Testament verknüpfe nur mehrere einseitige Verfügungen von Todes wegen. Der Erbvertrag könne von jedermann und zwischen beliebig vielen Personen abgeschlossen, das gemeinschaftliche Testament nur von zwei miteinander verheirateten Personen (oder eingetragenen Lebenspartnern) errichtet werden. Der Erbvertrag bedürfe grundsätzlich der notariellen Beurkundung (§ 2276 BGB), das gemeinschaftliche Testament könne, wie alle Testamente, in öffentlicher (notarieller) oder privatschriftlicher (eigenhändiger) Form errichtet werden. Der Erbvertrag binde, wie alle Verträge, grundsätzlich ab Vertragsschluss, das gemeinschaftliche Testament entfalte Bindungswirkung grundsätzlich erst mit dem Tod des Erstversterbenden. Die Bindungswirkung sei zudem nicht Folge vertraglicher Verpflichtung, sondern eines schutzwürdigen Vertrauens des anderen. Schließlich fände sich ein weiterer Unterschied im IPR: Der Erbvertrag sei in der EU-ErbrechtsVO geregelt, und zwar dergestalt, dass es genüge, wenn er nach dem Recht eines der Vertragspartner wirksam sei. Das gemeinschaftliche Testament sei dort nicht geregelt (und im romanischen Rechtskreis, also vor allem in Frankreich, Italien, Spanien, Portugal, Belgien und den Niederlanden, verboten), sodass bei gemischtnationalen Ehen darauf geachtet werden müsse, dass entweder das Recht des Errichtungsorts oder beide Heimatrechte dieses zuließen.

Das gemeinschaftliche Testament genieße zudem Privilegien sowohl gegenüber dem Erbvertrag als auch im Vergleich zu zwei separaten Testamenten. Im Gegensatz zum Erbvertrag habe es ein Formprivileg, weil es auch privatschriftlich errichtet werden könne (einer schreibt eigenhändig, beide unterschreiben). Verglichen mit zwei separaten Testamenten habe es materielle Privilegien. Einerseits werde das Motiv der Wechselbezüglichkeit beim gemeinschaftlichen Testament wegen § 2270 Abs. 1 BGB zur echten Bedingung. Andererseits habe es Bindungswirkung, die zu Lebzeiten beider Ehegatten noch schwach ausgeprägt sei und sich in den strenger Formvorschriften für einen Widerruf erschöpften (notariell beurkundete Widerrufserklärung dem anderen gegenüber; § 2258 BGB ist ausgeschlossen), die ab dem Tod

des Erstversterbenden aber nur noch entfalle, wenn der Überlebende das ihm Zugewandete ausschlage (beachte die kurze Ausschlagungsfrist des deutschen Rechts) oder der Endbedachte einen Pflichtteilsentziehungsgrund verwirkliche.



Prof. Dr. Karlheinz Muscheler, Ruhr-Universität Bochum.

Nachdem diese Grundlagen gelegt waren, ging *Muscheler* auf die geschichtliche Entwicklung des gemeinschaftlichen Testaments ein, das eine Nachbildung des im germanischen Recht existierenden Erbvertrags ins ab dem Mittelalter rezipierte römische Recht, welches weder das gemeinschaftliche Testament noch den Erbvertrag kannte, gewesen sein dürfte. Die Übernahme des Instituts ins BGB sei umstritten gewesen, insbesondere aufgrund seiner unklaren und streitanfälligen Zwitterstellung zwischen Testament und Erbvertrag. Die Befürworter des gemeinschaftlichen Testaments, die „Germanisten“, setzten sich schließlich durch.

Muscheler kritisierte weniger die Übernahme des Instituts ins BGB als solche und mehr dessen konkrete Ausgestaltung, insbesondere die Ausdehnung durch Gesetzgeber und Gerichte über den bis dato aus dem gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts bekannten Anwendungsbereich hinaus. So setze das wechselbezügliche gemeinschaftliche Testament des BGB ein gegenseitiges Bedenken der Ehegatten (Reziprozität) nicht mehr voraus. Während die Bindungswirkung des § 2271 BGB immerhin Wechselbezüglichkeit (= die Verfügung des einen steht und fällt mit der Verfügung des anderen, § 2270 Abs. 1 BGB) voraussetze, gelte dies nicht für die Beschränkung der Widerruflichkeit des in amtliche Ver-

benen gemeinschaftlichen Testaments (§§ 2272, 2256 BGB). Auch sei eine Formdiskrepanz zwischen Errichtung (eigenhändig) und Widerruf (notarielle Beurkundung der Erklärung plus deren Zustellung) erkennbar, die dazu führe, dass man einfach in die Bindung hinein-, aber nur schwer wieder herauskomme. Zudem enthalte § 2270 Abs. 2 BGB für bestimmte Fallkonstellationen eine gesetzliche Vermutung der Wechselbezüglichkeit, während eine entsprechende Auslegungsregel für den Erbvertrag bewusst weggelassen worden sei. Auch werde die Bindungswirkung bzw. die Anzahl der Fälle, in denen Bindungswirkung angenommen werde, durch die Vermutung des § 2269 BGB (im Zweifel Einheits-, nicht Trennungslösung) noch erweitert und ein Irrtum des Testierenden über die Wechselbezüglichkeit/Bindungswirkung berechtige nicht zur Anfechtung. Weiterhin gebe es eine ganze Reihe spezieller, allerdings eher seltener Fallkonstellationen, in denen die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments die des Erbvertrags sogar noch übersteige bzw. in denen das geltende Recht zu offensichtlich unbefriedigenden Ergebnissen führen würde. Da die Lösung von der Bindung die Ausschlagung seitens des Überlebenden des ihm Zugewandten voraussetze (§ 2271 Abs. 2 S. 1 BGB), ließe sich mangels Ausschlagungsmöglichkeit z. B. die Bindungswirkung solcher gemeinschaftlichen Testamente vom Überlebenden nicht mehr beseitigen, die keine gegenseitigen Zuwendungen enthielten. Im Ergebnis entspreche daher gerade die Bindungswirkung in ihrem gesetzlichen Umfang häufig nicht den Vorstellungen, dem Willen und den Interessen juristischer Laien, die wegen des gegenüber dem Ehevertrag geltenden Formprivilegs häufig unberatener oder ungenügend beraten ein gemeinschaftliches Testament errichteten.



Prof. Dr. Karlheinz Muscheler, Dana Tillich, Notar Dr. Dietmar Weidlich, Notar Andreas Schmitz-Vormoor (v.r.n.l.).

De lege ferenda schlug *Muscheler* vor, die Sondervorschriften für gemeinschaftliche Testamente abzuschaffen und, von wenigen Ausnahmen abgesehen (die privatschriftliche Errichtung in einer Urkunde solle weiterhin möglich sein), vollständig dem Recht des einfachen Testaments zu unterwerfen. Dies gelte insbesondere für den Widerruf, der vor wie nach dem Tod des Erstversterbenden in allen zulässigen Formen der §§ 2253 ff. BGB (ausgenommen der Rücknahme aus amtlicher Verwahrung) zulässig sein müsse. Geklärt werden müsse dann nur noch, was bei Wechselbezüglichkeit der Verfügungen nach dem (einseitigen) Widerruf mit der Verfügung des anderen passieren solle: Stehe die Einsetzung des Überlebenden unter der Bedingung, dass die Einsetzung des Schlussbedachten nicht widerrufen wird (Wechselbezüglichkeit i. S. d. § 2270 Abs. 1 BGB), sollten bei Widerruf vor dem ersten Todesfall die Schlusserben die Erbsatzen des Erstversterbenden werden. Erfolgt der Widerruf nach dem Tod des Erstversterbenden, solle im Augenblick des Widerrufs der Nacherbfall eintreten. Sind die Schlussbedachten gemeinsame Abkömmlinge der Ehegatten, sollten diese die Nacherben sein, anderenfalls sollte gesetzliche Erbfolge nach § 2105 BGB (konstruktive Nacherbfolge) eintreten.

II. Podiumsdiskussion

Die Podiumsdiskussion wurde von *Andreas Schmitz-Vormoor*, Notar in Remscheid und Vorstandsmitglied des DNotV, geleitet. Anders als *Reetz* bei der Moderation der ersten Podiumsdiskussion deutete er seine Kritik an der gegenwärtigen Regelung des gemeinschaftlichen Testaments nur an und übergab dann an die beiden Diskutanten mit den Fragen, ob man, ähnlich wie bei den §§ 1365, 1369 BGB, auch beim gemeinschaftlichen Testament eine „überschießende Tendenz“ der Regelungen feststellen könne, und dass es den Eindruck erwecke, „man komme ganz schnell rein, aber kaum wieder raus“. Ob dieser Eindruck denn stimme und, falls ja, ob das so richtig sei?

Notar *Dr. Dietmar Weidlich* aus Roth, der im „Grüneberg“ (ehemals „Palandt“) das gesamte BGB-Erbrecht und Teile der EU-ErbrechtsVO kommentiert, hielt mit seiner Kritik hingegen nicht hinterm Berg. Unter dem Schlagwort „Bindungsfetischismus“ monierte er, dass die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments bei juristischen Laien weitgehend unbekannt und in den allermeisten Fällen auch nicht gewollt sei. So habe er in seiner notariellen Praxis die Erfah-

rung gemacht, dass von zehn Ehepaaren, die zu ihm ins Notariat kämen, neun eine Bindung nicht oder zumindest nicht so umfassend wollen würden.



Prof. Dr. Karlheinz Muscheler, Dana Tillich, Notar Dr. Dietmar Weidlich, Notar Andreas Schmitz-Vormoor (v.l.n.r.).

Auch eine spontan unter den im Raum anwesenden Notaren durchgeführte Umfrage ergab, dass 1/3 unter ihnen mehrheitlich Fälle hätte, bei denen keine Bindung, und 2/3 mehrheitlich Fälle hätte, bei denen eine abgeschwächte Form der Bindung gewünscht sei (sog. Mischformen). Niemand gab an, dass die Mehrheit seiner Mandanten eine komplette Bindung, wie vom Gesetz für das gemeinschaftliche Testament vorgesehen, bevorzugen würde. Vor diesem Hintergrund verglich er die durchgehend disponiblen „Bindungsnormen“ des gemeinschaftlichen Testaments recht anschaulich mit „überraschenden Klauseln“ des AGB-Rechts.

Die zweite Diskutantin *Dana Tillich*, Leiterin des unter anderem für Erbrecht zuständigen Referats I A 3 des BMJ, wollte die Behauptung, die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments entspreche in den allermeisten Fällen nicht dem Willen der Betroffenen und käme für diese überraschend, so nicht bestätigen. Sie gehe davon aus, dass das Erbrecht und damit die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments den meisten schon bekannt sei. Immerhin sei das Erbrecht seit seiner Einführung vor 125 Jahren fast unverändert geblieben. Unterstützung bekam sie insoweit von *Muscheler*, der darauf hinwies, dass die Bindungswirkung in so gut wie jedem Erbratgeber und Ratgeber zum gemeinschaftlichen Testament erwähnt werde.

Das Argument ließen *Weidlich* und auch das Publikum nicht gelten. Was nütze das Alter der Norm und die Erwähnung in jedem Ratgeber, wenn die entsprechenden Passagen entweder nicht gelesen oder nicht verstanden würden? Die Praxis zeige

doch, dass es ein Informationsdefizit gebe. Auch scheine es einen gesellschaftlichen Wandel gegeben zu haben. Die Bindungswirkung sei früher beliebter gewesen als

heute. Der Erhalt der Verfügungsfreiheit habe an Bedeutung gewonnen. Vor dem Hintergrund sei das gemeinschaftliche Testament „*der James Dean der Testamentsformen: ... denn sie wissen nicht, was sie tun*“. Ein großes Problem verortete das Publikum auch beim Formprivileg. Die Möglichkeit der privatschriftlichen Errichtung werde den ganz erheblichen (und häufig weder verstandenen noch gewollten) rechtlichen Konsequenzen nicht gerecht. Anders als beim einfachen Testament, das ja jederzeit und ohne großen Aufwand abgeändert oder widerrufen werden könne, könne auf die Warn- und Beratungsfunktion der notariellen Beurkundung des gemeinschaftlichen Testaments nicht verzichtet werden.

Die vollständige Abschaffung des Instituts des gemeinschaftlichen Testaments, wie sie *Muscheler* fordert, wollte *Weidlich* zwar nicht fordern, zumindest bedürfe es aber einer Umkehrung der Vermutung der Wechselbezüglichkeit bei der Schlusserbenregelung (§ 2270 Abs. 2 Alt. 2 BGB), sodass der Überlebende insoweit im Zweifel nicht gebunden sei. Die Ansicht, dass die Bindung an die Schlusserbenregelung in der Praxis das größte Problem darstelle, wurde von vielen der anwesenden Notare geteilt.

Die vollständige Abschaffung des Instituts des gemeinschaftlichen Testaments, wie sie *Muscheler* fordert, wollte *Weidlich* zwar nicht fordern, zumindest bedürfe es aber einer Umkehrung der Vermutung der Wechselbezüglichkeit bei der Schlusserbenregelung (§ 2270 Abs. 2 Alt. 2 BGB), sodass der Überlebende insoweit im Zweifel nicht gebunden sei. Die Ansicht, dass die Bindung an die Schlusserbenregelung in der Praxis das größte Problem darstelle, wurde von vielen der anwesenden Notare geteilt.

D. Bedarf es einer Reform des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bei der Pflichtteilsanrechnung lebzeitiger Zuwendungen (§ 2315 BGB)?

Das dritte und letzte Thema der Tagung hinterfragte das Verhältnis von Regel (= Nichtanrechnung) und Ausnahme (= Anrechnung) bei der Pflichtteilsanrechnung lebzeitiger Zuwendungen (§ 2315 BGB).

I. Vortrag

Den einführenden Vortrag hielt der schwerpunktmäßig unter anderem das Erbrecht, das Recht der Unternehmensnachfolge so

wie das Gesellschaftsrecht von Familienunternehmen erforschende Prof. Dr. Knut Werner Lange von der Universität Bayreuth.



Prof. Dr. Knut Werner Lange, Universität Bayreuth.

Der Pflichtteilsanspruch sei ein eine wirtschaftliche (nicht gegenständliche) Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass bezweckender Wertsummenanspruch, der sowohl in Bezug auf den Vermögensbestand als auch in Bezug auf dessen Bewertung dem Stichtagsprinzip (Zeitpunkt ist der Tod des Erblassers) unterliege, sodass Zuwendungen zu Lebzeiten für die Berechnung des ordentlichen Pflichtteils grundsätzlich keine Rolle spielten, und zwar unabhängig davon, ob sie an den Pflichtteilsberechtigten oder einen anderen erfolgten. Von diesem Grundsatz erlaube § 2315 BGB eine Ausnahme. Prinzipientreu werde zwar grundsätzlich angenommen, dass lebzeitige Zuwendungen an den Pflichtteilsberechtigten unberücksichtigt blieben, der zuwendende Erblasser könne aber die Pflichtteilsanrechnung bestimmen und damit vom Stichtagsprinzip abweichen. Dies solle ihm die Möglichkeit geben, eine doppelte Begünstigung des Pflichtteilsberechtigten – einmal durch die Zuwendung, einmal durch den (ungeschmälernten) Pflichtteil – zu vermeiden. Trotz ihres einleuchtenden Zwecks und der großen Relevanz lebzeitiger Zuwendungen an Pflichtteilsberechtigte (Kinder) spiele § 2315 BGB in der Praxis kaum eine Rolle. Den Grund dafür vermutet Lange in den „realitätsfernen formalen Hürden“, die die Norm an die Anrechnung stelle.

Angerechnet werde nur das, was „mit der Bestimmung zugewendet worden ist, dass es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll“ (Wortlaut § 2315 Abs. 1 BGB). Diese sog. Anrechnungsbestimmung sei einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, bei der es sich um eine rechtsgeschäftliche Erklärung, nicht um eine letztwillige Verfügung handele. Sie teile die Formanforderungen des der Zuwendung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts, sodass die Formgebundenheit von diesem abhängige (z. B. bei § 311b Abs. 1 BGB oder § 15 GmbHG). Zudem ergebe der Wortlaut, dass die Anrechnungsbestimmung mit der Zuwen-

dung verknüpft sein und damit vor oder spätestens während der Zuwendung erklärt werden müsse. Nachträglich könne der Erblasser die Anrechnung einseitig nur noch bewirken, wenn er sich die Anrechnung im Zusammenhang mit dem Zuwendungsgeschäft vorbehalten hatte oder die Voraussetzungen einer Pflichtteilsentziehung vorliegen. Dieses Verbot der nachträglichen Anordnung schränke die durch den Pflichtteilsanspruch des Berechtigten bereits beschränkte Testierfreiheit weiter ein.



Prof. Dr. Knut Werner Lange, Dana Tillich, Notar Prof. Dr. Christopher Keim, Notar Dr. Felix Odersky (v.l.n.r.).

Zuwendende wie Zuwendungsempfänger betrachteten lebzeitige Zuwendungen und solche von Todes wegen zumeist als einheitliche Beteiligung am Vermögen des Zuwendenden und damit untereinander als gleichwertig und austauschbar, sodass die Anrechnung dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden entspräche. Sie gingen daher regelmäßig von einer automatischen Anrechnung aus, irrten also, wenn sie stillschweigend die Nichtanrechnung erklärten bzw. vereinbarten. Auch psychologisch betrachtet sei § 2315 BGB lebensfremd ausgestaltet, da die Norm vom Erblasser verlange, Bestimmungen für den Fall der Enterbung zu treffen und seine Kinder zu einem Zeitpunkt mit diesen zu konfrontieren, in dem eine Enterbung und die ihr zugrunde liegenden sozialen Umstände zumeist noch völlig fernliegend seien. Schließlich sei noch zu beachten, dass die Anrechnung regelmäßig in den Fällen geschehe, in denen die Zuwendung rechtsberatend begleitet wurde (insbesondere, weil entsprechende Formvorschriften dies erforderten), sodass dies zu ungewollten Ungleichbehandlungen innerhalb einer Familie führe, wenn das eine Kind eine Zuwendung ohne begleitende Rechtsberatung und ohne Anrechnungsbestimmung erhalten habe, das andere aber eine mit.

Trotz verschiedenster Reformbemühungen – unter anderem sah der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts aus dem Jahr 2009 die Möglichkeit nachträglicher Anordnung sowie nachträglicher Änderung durch Verfügung von Todes wegen vor (die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages trotz Zustimmung seitens des Bundesrates und des Deutschen Richterbundes dann allerdings nicht mehr) – sei es bisher nicht zu

einer Änderung der Vorschrift gekommen. Die für die Beibehaltung des Status quo ins Feld geführten Argumente – die Anrechnung nehme der Zuwendung die Freigiebigkeit, die Zuwendung ohne Anrechnung begründe ein schutzwürdiges Vertrauen des Empfängers in die Nichtanrechnung, die nachträgliche Anord-

nung bzw. deren Androhung könnte vom Erblasser als Erziehungsinstrument missbraucht werden (wie die Enterbung im Übrigen auch), der Schutz des Pflichtteilsberechtigten vor sich selbst (das zu Lebzeiten Zugewendete könnte zwischenzeitlich seinen Wert verlieren oder verprasst/aufgebraucht werden), die grundsätzliche Anrechnung würde den Streitstoff zwischen Pflichtteilsberechtigten und Erben in Pflichtteilsprozessen multiplizieren, die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses würde das Risiko eines auf Normunkenntnis beruhenden Irrtums nicht beseitigen, sondern lediglich vom Erblasser auf den Pflichtteilsberechtigten verlagern – griffen nach Auffassung von Lange aber alle nicht durch.

Im Ergebnis plädierte Lange daher für eine Neufassung des § 2315 Abs. 1 BGB, wie sie auch schon der DNotV in seiner Stellungnahme zum oben erwähnten Regierungsentwurf aus dem Jahr 2009 vorgeschlagen hatte:

„Der Pflichtteilsberechtigte hat sich auf seinen Pflichtteil anrechnen zu lassen, was ihm vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zugewendet worden ist. Der Erblasser kann die Anrechnung ausschließen. Im Zweifel ist die Anrechnung von Zuwendungen ausgeschlossen, deren Wert nicht den Wert

von Gelegenheitsgeschenken übersteigt, die nach den Lebensverhältnissen des Erblassers üblich sind.“



Dana Tillich, Notar Prof. Dr. Keim, Notar Dr. Felix Odersky (v.l.n.r.).

II. Podiumsdiskussion

Die anschließende Podiumsdiskussion wurde von Notar und Vorstandsmitglied des DNotV Dr. Felix Odersky aus Dachau moderiert, der als damaliger Geschäftsführer des DNotV zufälligerweise die von Lange zitierte Stellungnahme des DNotV mitverfasst hatte. Diskutanten waren Justizrat Dr. Christopher Keim, Notar in Ingelheim am Rhein und Honorarprofessor an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, sowie erneut Dana Tillich für das BMJ.

Sowohl Odersky als auch Keim teilten die Auffassung Langes. Das disponible Recht solle grundsätzlich das Rechtsbewusstsein/-verständnis der Bevölkerungsmehrheit abbilden, also das regeln, was die Mehrheit der Bevölkerung bei Kenntnis ohnehin vereinbaren/regeln würde. Dies sei bei § 2315 Abs. 1 BGB nicht der Fall. Dies zeige schon die Tatsache, dass in der überwältigenden Mehrheit der Fälle, in denen die lebzeitige Zuwendung notariell beurkundet werde, eine Anrechnungsbestimmung enthalten sei.

Tillich war auch hier wieder skeptischer als die diskutierenden Notare. Sie habe nicht die Erfahrung gemacht, dass in der Bevölkerung überwiegend von einer Anrechnung ausgegangen werde. Jedenfalls bei einem informellen Gespräch mit Kollegen aus dem BMJ habe sie den Eindruck gewonnen, dass die grundsätzliche Nichtanrechnung sowohl bekannt als auch gewollt sei. Dass ihre Gesprächsteilnehmer wahrscheinlich nicht die Bevölkerung repräsentierten und die Durchführung des Gesprächs/der Befragung wahrscheinlich nicht wissenschaftlichen Standards entsprochen habe, räumte sie natürlich ein. Unterstützung bekam Tillich von ihrer im Publikum, allerdings als

Privatperson und nicht als Vertreterin des Ministeriums, sitzenden unmittelbaren Vorgesetzten Sylvia Frey-Simon, Unterabteilungsleiterin I A im BMJ und damit unter anderem „Herrin über die beiden letzten Bücher des BGB“. Sie fände es durchaus gerecht und es entspräche auch ihrem Rechtsempfinden, wenn lebzeitige Zuwendungen nicht auf den Pflichtteil angerechnet würden. Als Beispiel führte sie den Fall an, dass einer der Söhne während

des Studiums zuhause wohnen bliebe und fürs Pendeln zur Uni ein Auto geschenkt bekäme, während der andere in die Universitätsstadt zöge und Geld für Miete und sonstigen Unterhalt von den Eltern bekäme. Miete und sonstiger Unterhalt seien keine freigiebigen Zuwendungen, da auf einer Unterhaltspflicht beruhend, und würden daher unabhängig von § 2315 BGB nicht angerechnet. Wenn jetzt dem anderen das Auto angerechnet würde, wäre das ungerecht. Frey-Simon dürfte bei ihrem Vergleich zwei Dinge nicht bedacht haben, auf die auch das Publikum hingewiesen hat.



Nicht nur die Miete des Weggezogenen, sondern auch der Pkw des Daheimgebliebenen dürfte Unterhalt und damit nicht anrechenbar gewesen sein. Außerdem schien ihre subjektive Bewertung der (Un-)Gerechtigkeit auf der Vorstellung eines nach wie vor intakten Verhältnisses zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem zu beruhen, d. h. sie hat sich emotional nicht in die Lage eines Erblassers versetzt, der derart enttäuscht von seinem Abkömmling ist, dass er diesen erbt.

Das (notarielle) Publikum teilte seinerseits ganz überwiegend die Auffassung von Lange, Odersky und Keim. Zudem brachte es noch den beachtlichen Einwand der „Flucht in die Pflichtteilsergänzung“, mit der zwar eine Anrechnung der lebzeitigen Zuwendungen nach dem Tod des Erblassers nicht mehr erreicht, zumindest aber das Verbot der nachträglichen Anrechnungsanordnung umgangen werden könne. Da beim Pflichtteilsergänzungsanspruch die lebzeitige Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten „in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlass hinzuzurechnen und zugleich dem Pflichtteilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen“ ist (§ 2327 Abs. 1 S. 1 BGB), führe die Vorwegnahme des Erbfalls durch lebzeitige Übertragung des Vermögens auf den/die angedachten Erben zur zwingenden Anrechnung der lebzeitigen Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten (dies gilt ohne zeitliche Beschränkung, da trotz der Formulierung „in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk“ die h. M. die Zehnjahresfrist und Pro-Rata-Regelung des § 2325 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB für unanwendbar hält).

E. Fazit

Mit ein paar abschließenden Worten und Danksagungen des Präsidenten Rupp ging sodann eine hoch anregende und gelungene Tagung zu Ende, in deren Verlauf drei sehr unterschiedliche Themen aus verschiedenen Rechtsgebieten umfänglich diskutiert worden waren, die doch ein roter Faden verband: das Gefühl bzw. die Kritik, dass der Gesetzgeber in den jeweiligen Normen Regelfälle bzw. -zustände annimmt und damit zur Grundlage seines dispositiven Rechts macht, die nicht (mehr?) dem Willen und dem Rechtsbewusstsein weiter Teile der Bevölkerung entsprechen und die damit, gleich einer überraschenden Klausel ohne AGB-Kontrolle, zu Bindungen führen, die die Beteiligten nicht wollten und nicht vorhergesehen haben.

Rechtsanwalt Max Pfeiffer, Greifswald