BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber
Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung
Notarvertreter Daniel Schaal,
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Titisee-Neustadt

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

1/2008

Februar
Seiten 1-36

Inhalt

Abhandlungen

Schaal/Grigas
Der Regierungsentwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts 2

Reith/Gehweiler
Das neue System von Steuervergünstigungen für die Übertragung von Betriebsvermögen nach dem geplanten Erbschaftssteuerreformgesetz .26

Rechtsprechung 35

BWNotZ-Inhaltsverzeichnis und Einbanddecke 2006/2007

Das Inhaltsverzeichnis für die BWNotZ-Jahrgänge 2006/2007 liegt diesem Heft bei.

Einbanddecken können bei der Geschäftsstelle des Württembergischen Notarverein e.V. bestellt werden.

Der Preis pro Einbanddecke beträgt 11,– EUR.

Weitere Informationen können den diesem Heft beigefügten Bestellhinweisen entnommen oder bei der Geschäftsstelle erfragt werden.

Der Württembergische Notarverein e.V.
trauert um seinen Ehrenvorsitzenden

Walter Jäger

Notar a.D.

Am 16.12.2007 verstarb der Ehrenvorsitzende des Württ. Notarvereins im Alter von 93 Jahren.

Im Jahr 1930 begann der berufliche Werdegang als Notariatskandidat im württembergischen Amtsnotariat, welcher in die Tätigkeit als Bezirksnotar in Stuttgart und Stuttgart-Vaihingen führte. Von 1967 bis 1971 war Walter Jäger erster Vorsitzender und seit 1971 Ehrenvorsitzender des Württ. Notarvereins. Walter Jäger wurde das Bundesverdienstkreuz 1. Klasse verliehen. Wir werden unseren Kollegen Walter Jäger in ehrendem Andenken bewahren.

Württ. Notarverein e.V.
Felix Kuhn
Vorsitzender

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg BWNotZ

Januar/Februar 74. Band Nr. 1/2008

Der Regierungsentwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechtes

(von Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart und Frank Grigas, Notarvertreter, Balingen)

I. Einleitung

Am 30.01.2008 wurde der Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts im Anschluss an den im März 2007 bekannt gemachten Referentenentwurf beschlossen.

Der Regierungsentwurf sieht insbesondere im Pflichtteilsrecht einige einschneidende Änderungen vor.

Ziel des Gesetzesentwurfs ist die Anpassung des Pflichtteilsrechtes an die gesellschaftlichen Entwicklungen und des erbrechtlichen Verjährungsrechtes an die neuen Verjährungsregeln des BGB nach der Schuldrechtsreform. Außerdem sollen im Hinblick auf die Schuldrechtsreform einige redaktionelle Änderungen vorgenommen werden.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 19.05.2005 festgestellt hatte, dass das Pflichtteilsrecht durch die Erbrechtsgarantie des Grundgesetzes grundsätzlich geschützt ist, der Gesetzgeber jedoch weiten Handlungsspielraum für die Ausgestaltung des Pflichtteils hat, war der Weg für Änderungen des Erb- und insbesondere des Pflichtteilsrechtes frei.

Der vorliegende Entwurf wird teilweise als „Reförmchen“ kritisiert, dennoch bringt er einige für den Vertrags- und Testamentsgestalter erfreuliche Änderungen, jedoch auch neue Probleme.

Das Gesetzesvorhaben befindet sich im Stadium des Regierungsentwurfes. Ursprünglich war ein Inkrafttreten des Gesetzes zum 01.01.2008 geplant. Es ist damit zu rechnen, dass das Gesetz im Laufe des Jahres 2008 in Kraft treten wird. Zu dem im Jahre 2007 bekanntgemachten Referentenentwurf liegt eine Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vor.[1]

Bereits heute sollen die grundlegenden Änderungen und Probleme des Regierungsentwurfes besprochen werden. Die Kenntnis der neuen Vorschriften ist für den Notar aufgrund der vorgesehenen Überleitungsvorschriften bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes notwendig, weil das Gesetz nach diesen Überleitungsvorschriften auch Auswirkungen auf bereits bestehende und vor Inkrafttreten des Gesetzes begründete Vertragsverhältnisse haben wird.

Der Regierungsentwurf ist abrufbar im Internet auf der Seite des Bundesministeriums der Justiz (www.bmj.de unter der Rubrik „Themen – Zivilrecht - Erbrecht“).

II. Änderungen der Ausgleichungsvorschriften der §§ 2050ff BGB für Ausstattungen und sonstige Zuwendungen

§§ 2050 und 2053 BGB sollen wie folgt geändert werden :

Dem § 2050 wird folgender Absatz angefügt:

„(4) Der Erblasser kann nachträglich Anordnungen über die Ausgleichung oder den Ausschluss der Ausgleichung von Zuwendungen treffen. Die Anordnung erfolgt durch Verfügung von Todes wegen.“

Dem § 2053 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„§ 2050 Abs. 4 gilt entsprechend.“

1. Probleme des geltenden Rechtes

Die geplante Änderung bringt auf den ersten Blick nicht viel neues. Dem Erblasser war es nach geltendem Recht bereits möglich, durch Vorausvermächtnis zugunsten der Erben, die bei einer ausgleichungspflichtigen Zuwendung ausgleichungsberechtigt gewesen wären, die Ausgleichung einer in der Vergangenheit getätigten unentgeltlichen Zuwendung anzuordnen[2].

Bsp.: E hat 3 Kinder, A, B und C. 15 Jahre vor seinem Tod schenkt er dem A ein Grundstück, ohne die Ausgleichung anzuordnen.

Durch nachträgliches Testament ordnet er die Ausgleichung dieser Schenkung an, ohne an der gesetzlichen Erbfolge etwas zu ändern.

Diese Anordnung ist nach geltendem Recht ein Vorausvermächtnis zugunsten von B und C und zulasten des Erbteils des A. Vermacht ist ein Anspruch auf Durchführung der Erbauseinandersetzung, wie wenn die Ausgleichung von vornherein angeordnet worden wäre.

Ferner ist es dem Erblasser nach geltendem Recht möglich, eine einmal angeordnete Ausgleichung einer Zuwendung nach § 2050 III BGB oder die Ausgleichung einer Ausstattung nach § 2050 I BGB nachträglich durch Vorausvermächtnis zugunsten des Ausgleichsverpflichteten wieder zu beseitigen [3].

Die Schwäche der dargestellten Möglichkeiten besteht darin, dass bei einer nachträglichen Anordnung der Ausgleichung oder nachträglichen Beseitigung einer einmal angeordneten Ausgleichung durch Vorausvermächtnis der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers bzw. der anderen Abkömmlinge

[1] notar 2007, 148ff

[2] Lohmann, Beck´scher Online-Kommentar zum BGB, Rechtsstand 01.03.2007, § 2050 RNr. 10,11; J. Mayer ZEV 1996, 441, 443; Heldrich, MünchKommBGB, 4. Auflage, § 2050 Rn 31

[3] J. Mayer ZEV 1996, 441, 443; siehe auch Fn. 2

nicht beeinträchtigt wird, es sei denn, die nachträgliche Anordnung wurde bei der Zuwendung vorbehalten[4]. Schlägt beispielsweise der Zuwendungsempfänger einer ursprünglich nicht ausgleichungspflichtigen Zuwendung den ihm zugewandten, mit dem Vorausvermächtnis belasteten Erbteil aus, wirkt die testamentarische nachträgliche Anordnung der Ausgleichung nicht gegen seinen Pflichtteil, siehe § 2316 BGB. Damit die nachträgliche Ausgleichungsanordnung im Rahmen des § 2316 BGB auch Wirkung gegen den Pflichtteil des Zuwendungsempfängers hat, muss mit dem Zuwendungsempfänger ein Pflichtteilsverzichtsvertrag abgeschlossen werden.[5]

Die h.M. nimmt zum geltenden Recht ferner eine sog. pflichtteilsrechtliche Fernwirkung einer Ausgleichungsanordnung nach § 2050 III BGB an[6].

Bsp.: E hat zwei Kinder, S und T. E schenkt seinem Sohn S ein Grundstück und ordnet die Ausgleichung nach §§ 2050ff BGB an. 12 Jahre später möchte er S zu seinem Alleinerben einsetzen und die Ausgleichungsanordnung auch mit Wirkung gegen den Pflichtteil der T beseitigen.

Nach h.M. ist die Beseitigung der Ausgleichungsanordnung durch E mit Wirkung für den Pflichtteil der T nur durch einen Pflichtteilsverzichtsvertrag möglich[7],

§ 2316 Abs. 3 BGB wird entsprechend angewandt. Für die Beseitigung der Ausgleichungspflicht einer Ausstattung oder einer Zuwendung im Sinne des § 2050 Abs. 2 BGB folgt dies aus der direkten Anwendung des § 2316 Abs. 3 BGB[8].

Setzt E im vorstehenden Beispielsfall den S zum Alleinerben ein, hat T einen Pflichtteilsanspruch nach E. Dieser richtet sich unter Berücksichtigung des § 2316 BGB nach demjenigen, was sie unter Berücksichtigung von Ausgleichungspflichten bei gesetzlicher Erbfolge erhalten würde.

Mit der Anordnung der Ausgleichung bei der Schenkung entstand die pflichtteilsrechtliche Fernwirkung. Der Erblasser kann die Ausgleichungsanordnung mit Wirkung für den Pflichtteil nach § 2316 BGB nicht mehr einseitig beseitigen, vielmehr muss dafür ein Pflichtteilsverzichtsvertrag zwischen E und T abgeschlossen werden.

2. Reformvorschlag:

Gravierende Änderungen bringt die im Regierungsentwurf vorgesehene Möglichkeit, die Ausgleichung nachträglich durch Verfügung von Todes wegen anzuordnen oder auszuschließen, im Pflichtteilsrecht. Nach § 2316 BGB bestimmt sich der Pflichtteil eines Abkömmlings, wenn mehrere Abkömmlinge vorhanden sind und unter ihnen eine Zuwendung des Erblassers oder Leistungen nach § 2057a, b BGB auszugleichen sein würden, nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht entfallen würde.

Ordnet der Erblasser nach § 2050 IV BGB-E nachträglich durch Verfügung von Todes wegen die Ausgleichung einer bisher nicht ausgleichungspflichtigen Schenkung an, wirkt sich diese nachträgliche Anordnung auch auf den Pflichtteil des Zuwendungsempfängers aus. Sein Pflichtteil bestimmt sich wegen § 2316 I BGB nach demjenigen, was er bei gesetzlicher Erbfolge unter Berücksichtigung der Ausgleichung erhalten würde.

Nach geltendem Recht ist dieses Ergebnis nur durch einen Pflichtteilsverzichtsvertrag mit dem Zuwendungsempfänger möglich.

Fragen des Reformvorschlages

a) nachträgliche Beseitigung einer bei Zuwendung oder nachträglich angeordneten Ausgleichung im Sinne des § 2050 III BGB durch Verfügung von Todes wegen mit Wirkung gegen den Pflichtteil?

Erfreulicherweise klargestellt wird in der vorliegenden Fassung des Regierungsentwurfs, dass eine einmal angeordnete Ausgleichungspflicht nach § 2050 III BGB nachträglich mit Wirkung auch gegenüber anderen Pflichtteilsberechtigten wieder beseitigt werden kann. Der vorgehende Referentenentwurf sprach in § 2050 III BGB-RefE nur von der Zulässigkeit der nachträglichen **Anordnung** der Ausgleichung, so dass unklar war, ob ein nachträglicher Ausschluss der Ausgleichungspflicht auch mit Wirkung gegen den Pflichtteil anderer Abkömmlinge möglich ist.

Nach der Fassung des Regierungsentwurfes kann eine einmal angeordnete Ausgleichungspflicht einer Zuwendung (i.d.R. einer Schenkung) auch mit Wirkung für die Pflichtteile anderer Abkömmlinge durch Verfügung von Todes wegen wieder beseitigt werden[9] und zwar unabhängig davon, ob die Ausgleichungsanordnung bei Schenkung durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten oder nachträglich durch Verfügung von Todes wegen erfolgt ist.

b) nachträgliche Beseitigung einer bestehenden Ausgleichungspflicht nach § 2050 I oder II BGB auch mit Wirkung für das Pflichtteilsrecht?

Fraglich ist, ob die bestehende Ausgleichungspflicht für Ausstattungen nach dem Reformvorschlag auch mit Wirkung gegen das Pflichtteilsrecht ausgleichungsberechtigter Abkömmlinge beseitigt werden kann.

Eine Änderung des § 2316 III BGB ist im Regierungsentwurf nicht vorgesehen.

Es ist daher davon auszugehen, dass auch weiterhin bei Ausstattungen i.S. von §§ 1624, 2050 I BGB und nach h.M. auch bei Übermaßzuwendungen im Sinne des § 2050 II BGB[11] die Berücksichtigung zulasten des Pflichtteilsrechts anderer Abkömmlinge des Erblassers **weder von Anfang an bei der Zuwendung noch nachträglich durch Verfügung von Todes** wegen ausgeschlossen werden kann[12]. Die Berüksichtigung von Ausstattungen im Pflichtteilsrecht kann daher weiterhin nur durch Pflichtteilsverzichtsverträge ausgeschlossen werden[13].

[4] BGH NJW 1982, 575, 577; RGZ 67, 306, 307; Lohmann, Beck´scher Online-Kommentar zum BGB, aaO, § 2050 RNr. 10, 11

[5] Lohmann, Beck´scher Online-Kommentar, aaO; Heldrich in MünchKommBGB, aaO, § 2050 RNr. 31

[6] Staudinger/Haas, Kommentar zum BGB, Auflage 2003, § 2316 RNr. 13 m.w.N.

[7] J.Mayer, Beck´scher Online-KommentarBGB, aaO, § 2316 RNr. 17; Lange, MünchKommBGB, aaO, § 2316 RNr. 8, J. Mayer in Mayer/Süß/Tanck/ Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 1. Auflage, § 7 RNr. 47

[8] siehe hierzu die Ausführungen in der in Fn 6 zitierten Literatur

[9] a.A. J. Mayer, ZErb 2007, S. 276, 277 noch zum Referentenentwurf

[11] J. Mayer, ZErb 2007, S. 137

[12] Zum geltenden Recht siehe Kerscher/Tanck, ZEV 1997, 354, 356

[13] Staudinger Haas, Kommentar zum BGB, Auflage 2003, § 2316 RNr. 7 zum geltenden Recht

c) Rechtsnatur der nachträglichen Ausgleichungsanordnung

Nach der geplanten Änderung der §§ 2050, 2053 BGB sind u.E. die nachträglichen Anordnungen der Ausgleichung oder der Ausschluss derselben nicht mehr als Vorausvermächtnis zugunsten der anderen Abkömmlinge bzw. des Ausgleichsverpflichteten, sondern als testamentarische Anordnung eigener Art zu qualifizieren. Denn die Anordnungen haben Auswirkungen auch auf das Pflichtteilsrecht. Nimmt man an, es handele sich um Vermächtnisse, kann man damit die pflichtteilsrechtliche Wirkung nicht erklären.

Eng damit zusammen hängt die Frage, ob eine Anordnung nach § 2050 IV BGB-E vertragsmäßig oder wechselbezüglich in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament getroffen werden kann.

Im Referentenentwurf war diese Frage nicht geklärt. Der Regierungsentwurf schafft durch die geplante Änderung des § 2278 BGB-E Klarheit.

§ 2278 Abs. 2 BGB soll wie folgt geändert werden:

„(2) Andere Verfügungen als

1. Erbeinsetzungen

2. Vermächtnisse,

3. Auflagen und

4. Anordnungen nach §§ 2050, 2053 und 2315

können vertragsmäßig nicht getroffen werden“

Die geplante Änderung soll nach der Entwurfsbegründung dem Schutz des Zuwendungsempfängers vor nachträglicher Anordnung der Ausgleichung oder nachträglichen Änderungen der Anordnung dienen, indem vertragsmäßige bindende Anordnungen oder der Ausschluss solcher Anordnungen in einem Erbvertrag zugelassen werden.[14]

Der Wortlaut der geplanten Änderung schießt hier aber über das in der Begründung erklärte Ziel hinaus, in dem er Anordnungen nach §§ 2050, 2053 und 2315 BGB grundsätzlich vertragsmäßig zulassen will, was das nachfolgende Beispiel zeigt.

Bsp.: E hat seinem Sohn A ein Grundstück ohne Vorbehaltsrechte und ohne Ausgleichungsanordnung geschenkt.

Der zweite Sohn B möchte nun zum einen sichergestellt haben, dass bei der gesetzlichen oder gewillkürten Erbfolge nach E der Sohn A die Schenkung ausgleichen muss, zum anderen möchte er, dass für den Fall der Enterbung oder Ausschlagung des A die Schenkung in jedem Fall auch pflichtteilsrechtlich nach § 2316 BGB zu berücksichtigen ist.

Nach § 2050 IV BGB-E kann E durch Verfügung von Todes wegen die Ausgleichung der Schenkung anordnen. Diese Anordnung wirkt sich nach § 2316 BGB auch auf den Pflichtteil des A aus.

Die Anordnung kann nunmehr auch vertragsmäßig in einem Erbvertrag vereinbart werden, siehe § 2278 II BGB-E. E kann damit die Anordnung der Ausgleichung, auch die damit verbundene pflichtteilsrechtliche Wirkung- nicht mehr ohne Zustimmung des B beseitigen, siehe § 2289 BGB. Durch einen solchen Erbvertrag wird aber nicht der Zuwendungsempfänger geschützt, sondern ein beliebiger Erbvertragspartner. An der Zulässigkeit eines dahingehenden Erbvertrages bestehen nach dem Wortlaut der Vorschrift aber keinerlei Bedenken.

Selbstverständlich ist es nach dem Regierungsentwurf zulässig, bspw. bei einer Schenkung, die Nichtanordnung der Ausgleichungspflicht in einem Erbvertrag vertragsmäßig zu vereinbaren. § 2278 II BGB-E lässt vertragsmäßige Verfügungen nach seinem Wortlaut nicht nur für die nachträgliche angeordnete oder ausgeschlossene Ausgleichungsanordnung zu, sondern auch für die vertragliche Anordnung oder Nichtanordnung bei der Zuwendung. Somit ist es zulässig, gleichzeitig mit der Zuwendung in einem flankierenden Erbvertrag die Nichtanordnung der Ausgleichung vertragsmäßig zu vereinbaren. Eine nachträgliche Anordnung der Ausgleichung würde dann an § 2289 BGB scheitern.

Auffällig ist, dass der Regierungsentwurf nur in § 2278 II BGB eine Änderung vorsieht, die Parallelvorschrift in § 2270 III BGB aber unverändert bleiben soll. Vom Standpunkt der Entwurfsbegründung aus ist dies konsequent, weil nach dieser die Vertragsmäßigkeit von Anordnungen nach §§ 2050, 2053, 2315 BGB nur in einem Erbvertrag zwischen Zuwendungsempfänger und Erblasser und nicht in einem Erbvertrag zwischen Zuwendungsempfänger und Dritten zugelassen werden sollte. Zwischen Ehegatten aber kann es keine Ausgleichungsanordnungen nach §§ 2050, 2053 BGB geben (wohl aber solche nach § 2315 BGB). Aus der unterlassenen Änderung des § 2270 III BGB kann u.E. nicht geschlossen werden, dass entsprechende Anordnungen in einem Erbvertrag zwischen Erblasser und Dritten nicht vertragsmäßig getroffen werden können.

Im engen Zusammenhang mit der Frage der Rechtsnatur einer nachträglichen Ausgleichungsanordnung steht die weitere Frage, ob die nachträgliche Ausgleichungsanordnung eine Beschwerung im Sinne des § 2306 I BGB darstellt und ob allein diese Anordnung den pflichtteilsberechtigten Miterben zur Ausschlagung und Geltendmachung des Pflichtteils nach § 2306 I 2 BGB des geltenden Rechts bzw. § 2306 I BGB-E berechtigt.

Da die nachträgliche Ausgleichungsanordnung über § 2316 BGB auch gegen den Pflichtteil des pflichtteilsberechtigten Zuwendungsempfängers wirkt, wäre die Zulassung der Ausschlagung und der Geltendmachung des Pflichtteils nach § 2306 I 2 BGB des geltenden Rechts bzw. nach § 2306 I BGB in der Fassung des Regierungsentwurfes sinnlos.

Dieses Ergebnis belegt die dargestellte Rechtsnatur der nachträglichen Ausgleichungsanordnung. Es handelt sich nicht um eine Beschwerung des Ausgleichungsverpflichteten durch ein Vermächtnis, sondern um eine erbrechtliche Anordnung eigener Art.

d) Schutz des Beschenkten vor nachträglicher Ausgleichungsanordnung

Bereits vor Inkrafttreten des Reformvorschlags kann in der notariellen Praxis die Frage auftreten, wie ein Beschenkter, der sicher gehen möchte, dass eine nachträgliche Ausgleichungsanordnung nicht einseitig erfolgen kann, vor der sich nach § 2050 IV BGB-E möglichen Anordnung geschützt werden kann.

Ob durch schuldrechtlichen Vertrag die nachträgliche Möglichkeit, die Ausgleichung einer Zuwendung anzuordnen, ausgeschlossen werden kann, ist fraglich. Eine solche Verpflichtung des Erblassers könnte an § 2302 BGB scheitern.

Im Referentenentwurf war die Frage nicht eindeutig geregelt.

[14] Entwurfsbegründung S. 40 zu Nr. 18

Im Regierungsentwurf wurde in § 2278 II BGB-E aufgenommen, dass Anordnungen nach §§ 2050, 2053, 2315 BGB-E vertragsmäßig getroffen werden können. Damit macht der Regierungsentwurf deutlich, dass ein (schuld)vertraglicher Ausschluss der nachträglichen Anordnungsmöglichkeiten nicht zulässig sein soll, eine solche Verpflichtung vielmehr nach § 2302 BGB nichtig wäre.

Zum Schutz des Beschenkten vor nachträglicher Ausgleichungsanordnung bleibt somit nur die Errichtung eines Erbvertrages zwischen Beschenktem und Erblasser, in dem der Erblasser dem Beschenkten vertragsmäßig den Ausschluss der Ausgleichung nach § 2050 IV BGB-E zuwendet. Eine nachträgliche Ausgleichungsanordnung nach § 2050 IV BGB-E scheitert dann an § 2289 I BGB, siehe hierzu auch die Ausführungen vorstehend lit. c).

e) Ausgleichungsanordnung durch erbrechtlich gebundenen Erblasser?

Fraglich ist, ob der Erblasser, der erbrechtlich an eine bestimmte Erbeinsetzung gebunden ist, eine unterlassene Ausgleichungsbestimmung nachträglich durch Verfügung von Todes wegen treffen kann.

Beispiel:

E hat mit seinem Sohn S 1990 einen Erbvertrag ohne Rücktrittsvorbehalt geschlossen und diesen vertragsmäßig zum Alleinerben bestimmt. 1991 hat er ihm eine Schenkung in Höhe von € 200.000,-- ohne Vorbehaltsrechte gemacht, die Ausgleichungsanordnung aber unterlassen. Im Jahr 2005 reut ihn seine Entscheidung. Er möchte seiner Tochter T jetzt wenigstens einen höheren Pflichtteil zukommen lassen.

Kann er nachträglich trotz des Erbvertrages die Ausgleichung der Zuwendung von 1991 anordnen, wenn der Reformvorschlag in Kraft tritt?

Angenommen, der Erblasser kann nicht vom Erbvertrag zurücktreten, dann wird S Alleinerbe. Einen Ergänzungspflichtteil nach §§ 2325ff BGB kann T nicht geltend machen, weil die 10-Jahres-Frist nach § 2325 III BGB nach geltendem Recht und dem Regierungsentwurf abgelaufen ist.

Könnte E jetzt nachträglich die Ausgleichung nach § 2050 III BGB-E anordnen, könnte T ungeachtet des Ablaufs der 10-Jahres-Frist nach § 2316 I BGB einen höheren Pflichtteil beanspruchen. Nach den geplanten Überleitungsbestimmungen ist eine nachträgliche Ausgleichungsanordnung auch hinsichtlich in der Vergangenheit liegender Zuwendungen möglich.

Fraglich ist jedoch, ob die nachträgliche Ausgleichungsanordnung § 2289 I BGB unterfällt und aus diesem Grund unwirksam ist.

Zu klären ist daher, ob die nachträgliche Ausgleichungsanordnung das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt. Unseres Erachtens ist das nicht der Fall. Die Anordnung beeinträchtigt den S zwar insoweit, als er dann wegen § 2316 BGB einen höheren Pflichtteil an T zahlen muss, sie beeinträchtigt ihn aber nicht in seiner Rechtsstellung als Vertragserbe. Wäre S nämlich nicht Pflichtteilsberechtigter, würde seine Rechtsstellung nicht verschlechtert, weil die reine Ausgleichungsanordnung nur zu einer Umverteilung der Pflichtteilslast unter den Pflichtteilsberechtigten führt, nicht zu einer Mehrbelastung des Erben, natürlich auch nicht zu einer Entlastung desselben. Beeinträchtigt wird S nur in seiner Stellung als Pflichtteilsberechtigter, weil durch die Anordnung zugleich sein Pflichtteil im Falle einer Enterbung kleiner würde. Diese Beeinträchtigung lässt der RegE über §§ 2316 I, 2050 III BGB aber ausdrücklich zu.

In seiner Rechtsstellung als Vertragserbe wird S durch die Anordnung daher nicht beeinträchtigt, eine nachträgliche Ausgleichungsanordnung ist daher nicht nach § 2289 BGB unwirksam.

Die vertragsmäßige Erbeinsetzung enthält auch nicht zwangsläufig die vertragsmäßige Anordnung nach § 2278 II BGB-E, dass eine nachträgliche Ausgleichungsanordnung ausgeschlossen sein soll. Selbstverständlich kann diese Anordnung im Wege der erläuternden oder ergänzenden Auslegung dem Erbvertrag im Einzelfall entnommen werden, der Regelfall ist dies aber sicher nicht. Will der beschenkte Vertragserbe sicherstellen, dass eine nachträgliche Ausgleichungsanordnung durch den Erblasser mit Wirkung für den Pflichtteil anderer Abkömmlinge nicht erfolgen kann, muss ausdrücklich der Ausschluss der Ausgleichung als vertragsmäßige Anordnung in den Erbvertrag aufgenommen werden. Problematisch wird die aufgeworfene Frage in Altfällen (Schenkung und Erbvertrag vor Inkrafttreten des Gesetzes) aufgrund der geplanten Überleitungsbestimmung sein.

3. Folgerungen für die Praxis:

- Unterlassene Ausgleichungsanordnungen für frühere unentgeltliche Zuwendungen an einen Abkömmling können durch Verfügung von Todes wegen einseitig nachgeholt werden. Diese Anordnung wirkt sich auch auf den Pflichtteil des Zuwendungsempfängers aus.

  Formulierungsvorschlag im Testament:

  „Ich ordne hiermit nach § 2050 IV BGB an, dass die meinem Sohn … am … zugewandte Schenkung bestehend in … auszugleichen ist."

Desgleichen können Ausgleichungsanordnungen nach § 2050 III BGB nachträglich durch Verfügung von Todes wegen auch mit Wirkung gegen den Pflichtteil anderer Pflichtteilsberechtigter wieder beseitigt werden.

  Formulierungsvorschlag im Testament:

  „Ich ordne hiermit nach § 2050 IV BGB an, dass die meinem Sohn … durch Urkunde des Notars … am … zugewandte und ursprünglich durch Ausgleichungsanordnung ausgleichungspflichtige Schenkung nicht auszugleichen ist."

Entsprechende Anordnungen sind nach § 2278 II BGB-E auch vertragsmäßig in einem Erbvertrag möglich, nach derzeitiger Fassung aber nicht als wechselbezügliche Anordnungen in einem privatschriftlichen Testament.

- Ausstattungen und Übermaßzuwendungen im Sinne des § 2050 II BGB können wie bisher nicht von der Ausgleichungspflicht im Hinblick auf den Pflichtteil ausgenommen werden, § 2316 III BGB, die Ausgleichungspflicht für Ausstattungen kann daher im Pflichtteilsrecht auch nach dem Regierungsentwurf weder von Anfang an noch nachträglich beseitigt werden.

- Zu beachten ist, dass nach der derzeitigen Formulierung des Regierungsentwurfs die Anordnung einer Ausgleichung und damit wohl auch der Widerruf einer solchen Anordnung nur nachträglich erfolgen kann. Die neue Bestimmung ist wohl dahingehend auszulegen, dass die Ausgleichung nur für Zuwendungen angeordnet werden kann, die zeitlich vor der nachträglichen Ausgleichungsanordnung getätigt wurden. D.h. dass durch Verfügung von Todes wegen nicht die Ausgleichung von künftigen Zuwendungen angeordnet werden

kann[15] (wohl aber durch empfangsbedürftige Erklärung nach § 2050 III BGB). Gleiches gilt für die Beseitigung von Ausgleichungspflichten.

Formulierungsvorschlag für pauschale Ausgleichungsanordnung für alle in der Vergangenheit liegenden Zuwendungen im Testament:

„Ich ordne hiermit nach § 2050 IV BGB an, dass alle meinem Sohn … vor dem heutigen Tag zugewandten freigiebigen Zuwendungen auszugleichen sind."

- Durch nachträgliche Ausgleichungsanordnung kann natürlich nicht die gesetzliche Wertbestimmungsvorschrift des § 2055 II BGB mit Wirkung gegen den Pflichtteil eines Pflichtteilsberechtigten beseitigt oder modifiziert werden. Will man die Ausgleichung von § 2055 II BGB abweichender Werte anordnen und soll diese Anordnung auch gegen Pflichtteile wirksam sein, sind wie bisher Pflichtteilsverzichtsverträge erforderlich.

III. Einfügung eines neuen § 2057b BGB

In § 2057a BGB soll Absatz 1 S. 2 gestrichen und dafür ein neuer § 2057b BGB eingefügt werden. Änderungen erfährt § 2057a BGB nur insoweit, als für Pflegeleistungen eine eigenständige Vorschrift geschaffen wird.

§ 2057b

Ausgleichungspflicht bei Pflegeleistungen eines gesetzlichen Erben

(1) Ein gesetzlicher Erbe, der den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat, kann bei der Auseinandersetzung die Ausgleichung dieser Leistung verlangen. § 2052 und § 2057a Absatz 2 und 4 gelten entsprechend.

(2) Die Höhe des Ausgleichungsbetrags bemisst sich in der Regel nach den zur Zeit des Erbfalls in § 36 Abs. 3 des Elften Buches Sozialgesetzbuch vorgesehenen Beträgen.

1. Geltendes Recht:

Nach geltendem Recht findet die Ausgleichung von Pflegeleistungen nach § 2057a I 2 BGB nur bei der Pflege durch Abkömmlinge statt[16].

Die Berücksichtigung von Pflegeleistungen, die von einem Abkömmling dem Erblasser erbracht wurden setzt voraus, dass der Abkömmling ganz oder teilweise aufgrund dieser Pflegeleistung auf eigenes Einkommen verzichtet hat. Wer daher vor der Pflege nicht berufstätig war, fällt daher grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des § 2057a BGB heraus[17].

Reformvorschlag:

§ 2057b BGB-E durchbricht die bisher geltende Regelung, dass eine Ausgleichung von Leistungen nach § 2057a BGB nur unter Abkömmlingen stattfindet.

Künftig kann **jeder gesetzliche Erbe,** der den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat, bei der Auseinandersetzung die Ausgleichung dieser Leistung verlangen. Insbesondere **der bisher ausgeschlossene Ehegatte und der eingetragene Lebenspartner,** die den Erblasser gepflegt haben, aber auch **Geschwister oder Eltern** des Erblassers, können daher von der neuen Regelung profitieren.

Folge ist, dass – wenn Pflegeleistungen für den Erblasser durch den Ehegatten oder Lebenspartner erbracht wurden - die Ausgleichungsberechnung auch unter Berücksichtigung der Erbteile des Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartners vorzunehmen ist. Wurden Pflegeleistungen durch sonstige gesetzliche Erben erbracht, kann zwischen diesen eine Ausgleichung stattfinden.

Bsp.1: E wird in seinen letzten 2 Lebensjahren durch seine Ehefrau rund um die Uhr gepflegt, ein Entgelt erhält F hierfür nicht, das Pflegegeld aus der gesetzlichen Pflegeversicherung (Stufe III) wird an E ausbezahlt und für seinen Unterhalt verbraucht. Bei seinem Tod hinterlässt er seine beiden Söhne A und B sowie seine Ehefrau F. Der Nachlass beträgt € 100.000,--, ein Testament hat E nicht hinterlassen.

§ 2057b BGB-E verweist für die Höhe des Ausgleichsbetrages auf § 36 III SGB XI und damit auf die Sätze der gesetzlichen Pflegeversicherung für häusliche Pflegefremdleistungen (Stand 12/2007: Pflegestufe I 384,--€ monatlich, Pflegestufe II 921,-- € monatlich, Pflegestufe III 1.432,-- € monatlich)

Im vorliegenden Fall war E in Pflegestufe III eingestuft. F hat ihn 24 Monate lang gepflegt, ohne hierfür ein angemessenes Entgelt erhalten zu haben. Sie kann daher grundsätzlich einen Ausgleichsbetrag von

€ 1.432,-- * 24 Monate = € 34.368,-- geltend machen.

Die Ausgleichungsberechnung ist wie folgt vorzunehmen:

NL	100.000
- Leistung F	34.368
=	65.632
* ½ Erbteil F	32.816
+ Ausgleichsb.	34.368
=	67.184
Erbteile A und B	je 16.408

Komplizierter wird die Berechnung, wenn im vorliegenden Fall zwischen A und B noch Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen wären.

Bsp. 2:wie Bsp. 1., E hat dem A aber 12 Jahre vor seinem Tod eine Ausstattung von € 10.000,-- (indexiert) gewährt.

Die Berechnung kann im Beispielsfall 2. nur so aussehen, dass nach dem Rechenschritt in Bsp. 1. der verbleibende Restnachlass zur Ausgleichungsberechnung herangezogen wird, der Erbteil von F (unter Berücksichtigung von § 2057b BGB-E) ist vorab abzuziehen, siehe § 2055 I S. 1,2:

verbleibender NL

für Abk.	32.816
+ Zuw. A	10.000
=	42.816
* ½ Erbteil A	21.408
– Zuw. A	10.000
Erbteil A	11.408
Erbteil B	21.408

Auch für die Anwendung des § 2056 BGB wird man von diesem Restnachlass auszugehen haben[18].

[15] teilweise a.A. für die Anrechnung Bonefeld/Lange/Tanck, ZErb 2007, S. 292ff noch zum Referentenentwurf

[16] Lohmann, Beck´scherOnlineKommentarBGB, aaO, § 2057a RNr. 3 m.w.N.

[17] OLG Düsseldorf OLGR 1998, 81, 82; Lohmann, Beck´scher OnlineKommentarBGB, aaO, § 2057a RNr. 8

[18] ähnlich zur ganzen Berechnung Bonefeld/Lange/Tanck, ZErb 2007 S. 292ff

Folgerungen für die Praxis:

- Ausgleichungsberechtigt bei Pflegeleistungen können **nicht nur Abkömmlinge, sondern alle gesetzlichen Erben**, die zur gesetzlichen Erbfolge oder der gesetzlichen Erbfolge entsprechender gewillkürter Erbfolge gelangen, sein, also insbesondere Ehegatten/Lebenspartner, aber auch Geschwister des Erblassers, Eltern und sonstige Verwandte.

- Die Ausgleichung hängt **nicht davon ab,** dass derjenige, der den Erblasser gepflegt hat, ganz oder teilweise auf eigenes Einkommen verzichtet hat.

- Die Höhe des Ausgleichungsbetrages für Pflegeleistungen wird an die Pflegegeldsätze nach § 36 Abs.3 SGB XI für Fremdleistungen angeglichen. Es sind daher nicht die niedrigeren Sätze des Pflegegeldes nach § 37 SGB XI, sondern die höheren Sätze für Pflegefremdleistungen zu veranschlagen. Diese Ungleichbehandlung ist nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich gewollt.

Die Anwendung dieser Sätze ist aber nur die Regel. Es kann daher auch bereits bei einer Pflege unterhalb der Pflegstufe I eine Ausgleichungspflicht bestehen, ferner können Zwischenbeträge angenommen werden, die Umstände des Einzelfalles können berücksichtigt werden. Ferner kann eine Ausgleichungspflicht auch dann bestehen, wenn der Erblasser gar nicht in eine Pflegestufe eingeordnet wurde[19], bspw., weil kein Antrag gestellt wurde.

Diese Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles wird das Instrument des § 2057b sehr streitanfällig machen.

- Eine Ausgleichung ist nach § 2057 b I BGB-E i.V. mit § 2057a II BGB ausgeschlossen, wenn der Pflegende für die Pflege ein angemessenes Entgelt erhalten hat. Für die Angemessenheit eines Entgeltes wird man wieder auf die Pflegesätze des SGB XI für Fremdleistungen zurückgreifen können. Hat der Erblasser daher an ihn bezahltes Pflegegeld nach § 37 SGB XI an den Pflegenden weitergereicht, findet möglicherweise eine Ausgleichung wegen der Differenz zu den Pflegesätzen für Fremdleistungen statt.

Keine Ausgleichung wird jedenfalls erfolgen, wenn die Pflege aufgrund eines bestehenden Pflegevertrages mit angemessenem Entgelt erbracht wurde. Wurde ein Entgelt bezahlt, das unter den Sätzen des SGB XI für Fremdleistungen liegt, kann im Einzelfall über § 2057b BGB-E eine Ausgleichung des Differenzbetrages stattfinden, wobei hier in der Regel davon auszugehen ist, dass die Vertragsparteien das vereinbarte Entgelt als angemessen ansehen und daher eine Ausgleichung nach § 2057b BGB-E ausscheidet.

- Die Ausgleichungspflicht nach § 2057b BGB strahlt über § 2316 BGB, der nach dem Regierungsentwurf auf § 2057b BGB verweisen wird, auch auf das Pflichtteilsrecht eines pflegenden Abkömmlings und anderer Abkömmlinge aus. Über § 2316 BGB erhöht die Ausgleichungspflicht nach § 2057b BGB-E den Pflichtteil des pflegenden, pflichtteilsberechtigten Abkömmlings und mindert zugleich den Pflichtteil der übrigen Abkömmlinge. Im Referentenentwurf war eine Änderung des Wortlauts des § 2316 I BGB im übrigen aber nicht vorgesehen ist, so dass nach diesem eine Ausgleichung nach § 2057b BGB **nicht dazu führen konnte, dass sich der Pflichtteil eines pflegenden Ehegatten, pflegender Eltern oder eines pflegenden Lebenspartners erhöht.**

Im Regierungsentwurf ist aber nunmehr eine Änderung des § 2316 vorgesehen.

Dem § 2316 Abs. 1 BGB soll folgender Satz angefügt werden:

„Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für die Pflichtteilsberechtigten bei der Ausgleichung von Pflegeleistungen nach § 2057b."

Damit ist klargestellt, dass die Ausgleichungsvorschrift des § 2057b BGB nicht nur Auswirkungen auf den Pflichtteil von Abkömmlingen hat, wenn ein solcher pflegt, sondern dass auch der Pflichtteil anderer Pflichtteilsberechtigter durch Pflegeleistungen eines gesetzlichen Erben verändert werden kann.

Bsp.: E hat drei Kinder, A, B und C. Er ist an die Erbeinsetzung seiner Kinder je zu einem Drittel erbvertraglich durch Vertrag mit seinem vorverstorbenen Ehegatten gebunden, eine Anfechtung des Erbvertrages nach § 2079 BGB ist ausgeschlossen.

In seinen letzten beiden Lebensjahren wird er von seiner zweiten Ehefrau rührend rund um die Uhr gepflegt, ein Entgelt erhält diese nicht. Das Pflegegeld muss für die Medikamente des nicht krankenversicherten E verwendet werden.

Nach dem Tod des E sind die Kinder A, B und C je zu einem Drittel Erben aufgrund des bestehenden Erbvertrages geworden. Die zweite Ehefrau F hat einen Anspruch auf Zugewinnausgleich und den Anspruch auf den kleinen Ehegattenpflichtteil, §§ 2303, 1371 II, 1931 BGB.

Wäre F gesetzliche Erbin geworden, hätte sie Ausgleichung der Pflegeleistungen nach § 2057b BGB-E verlangen können.

Eine Erhöhung ihres Pflichtteils aufgrund des § 2057b BGB-E findet nach dem Regierungsentwurf und der beabsichtigten Änderung des § 2316 BGB-E nunmehr statt, weil die Vorschrift die Auswirkungen einer Ausgleichung bei gesetzlicher Erbfolge nun auch für den Pflichtteil anderer Pflichtteilsberechtigter für bedeutsam erklärt.

Bsp.: Fall wie vorstehend, jedoch wird E von seinem Kind A gepflegt.

Im Rahmen der Erbauseinandersetzung zwischen A, B und C nach dem Tod des E findet eine Ausgleichung der Pflegeleistung des A im Zweifel statt, siehe §§ 2057b, 2052 BGB.

Die Ehefrau des E kann Zugewinnausgleich und ihren kleinen Pflichtteil verlangen. Ihr Pflichtteil bestimmt sich nicht nach der reinen Quote, weil die Pflegeleistungen des A pflichtteilsmindernd berücksichtigt werden. Der Pflichtteil der Ehefrau ist daher unter Berücksichtigung der Ausgleichung zu errechnen.

- Kurz hingewiesen werden soll hier noch auf die geplante Änderung des § 2204 BGB. Die Vorschrift verpflichtet den Testamentsvollstrecker, die Auseinandersetzung des Nachlasses nach Maßgabe der §§ 2042 bis 2056 BGB zu bewirken. Ein Verweis auf § 2057a BGB ist im geltenden Recht nicht enthalten. Der Regierungsentwurf will den Wortlaut des § 2204 BGB dahin gehend ändern, dass dieser künftig auch auf §§ 2057 a und b BGB-E verweist. Damit ist der Testamentsvollstrecker bei der Abwicklungsvollstreckung berechtigt und verpflichtet, die Auseinandersetzung auch unter Berücksichtigung dieser Vorschriften durchzuführen.[20]

IV. Änderung der Vorschrift des § 2306 I BGB

§ 2306 I BGB soll nach dem Regierungsentwurf wie folgt lauten:

[19] so auch Bonfeld/Lange/Tanck, aaO

[20] Entwurfsbegründung Seite 39 zu Nummer 17

§ 2306

Beschränkungen und Beschwerungen

(1) Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, ***so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt;*** *die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerung Kenntnis erlangt.*

(2) unverändert.

1. Geltendes Recht:

Nach geltendem Recht fallen Beschränkungen und Beschwerungen eines Pflichtteilsberechtigten im Sinne des § 2306 I 1 BGB automatisch weg und gelten hinsichtlich des Erbteils eines Pflichtteilsberechtigten als nicht angeordnet, wenn der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil den Pflichtteil nicht übersteigt.

§ 2306 I 1 BGB kann als eine der haftungsträchtigsten Bestimmungen des geltenden Erbrechts bezeichnet werden. Insbesondere beim Behindertentestament oder dem Testament zugunsten Verschuldeter kann ein Übersehen der Vorschrift katastrophale Folgen haben.

Erschwert wird die Anwendung der Vorschrift beim Bestehen von Ausgleichungs- und/oder Anrechnungspflichten. In diesem Fall wird der hinterlassene Erbteil nicht mit der Pflichtteilsquote, sondern dem Wert des Pflichtteils unter Berücksichtigung der Ausgleichungs- oder Anrechnungspflichten verglichen (sog. Werttheorie)[21].

Aufgrund der Werttheorie ist eine exakte Beurteilung, ob bei einer Erbeinsetzung mit Beschränkungen und/oder Beschwerungen im Sinne von § 2306 I 1 BGB ein Verstoß gegen die Vorschrift vorliegt, sehr schwierig bis unmöglich. Die Praxis arbeitet daher teilweise mit Vermächtnissen zugunsten des Pflichtteilsberechtigten in der Weise, dass diesem neben seinem Erbteil ein Geldvermächtnis zugewandt wird und ihm mit Erbteil und Vermächtnis ein Wert zugewandt ist, der über den Wert des Pflichtteils hinausgeht[22]. In diesem Fall liegt nach geltendem Recht kein Fall des § 2306 I 1 BGB vor[23], gleichwohl besteht die Gefahr, dass das Vermächtnis ausgeschlagen und dadurch die Falllage des § 2306 I 1 BGB herbeigeführt wird.

2. Reformvorschlag:

Diese sehr komplizierte Rechtslage wird nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung wesentlich vereinfacht. § 2306 I BGB in der Fassung des Regierungsentwurfs unterscheidet nicht mehr zwischen den Fallvarianten des heutigen § 2306 I 1 und 2 BGB. § 2306 I BGB-E wird es dem Pflichtteilsberechtigten ermöglichen, bei Hinterlassung eines beschränkten oder beschwerten Erbteiles im Sinne von § 2306 I BGB den Erbteil auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen. Ein automatischer Wegfall der Beschränkungen und Beschwerungen wie nach geltendem Recht findet auch dann nicht mehr statt, wenn der Erbteil kleiner oder gleich der Quote oder dem Wert des Pflichtteils ist.

[21] Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Auflage 2002, § 2306 RNr. 3; Münchner Kommentar zum BGB, 4. Auflage 2004, § 2306 RNr. 4

[22] Weidlich, ZEV 2001, 94, 96; Kornexl, Nachlassplanung bei Problemkindern, 1. Auflage 2006, RNr. 311ff; Spall, ZErB 2007, 272

[23] BGHZ 80, 263, 265; OLG Neustadt NJW 1957, 1523

Die Rechtslage ähnelt dann der bereits heute bei pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmern durch § 2307 I 1 BGB gegebenen Rechtslage.

Auch wenn der hinterlassene Erbteil kleiner oder gleich dem Pflichtteil des Pflichtteilsberechtigten ist, muss der Pflichtteilsberechtigte nach dem Regierungsentwurf ausschlagen, um den „vollen" Pflichtteil verlangen zu können. Schlägt er nicht aus, bleiben die Beschränkungen und Beschwerungen bestehen, er kann seinen Pflichtteil dann nicht schützen. Der Gesetzgeber will dem Pflichtteilsberechtigten also ein generelles Wahlrecht einräumen[24].

Bsp.: E hinterlässt nur seine Kinder A und B. A setzt er zu 4/5, B zu 1/5 zu Erben ein. Er ordnet zulasten seiner Erben ein Geldvermächtnis für seine Lebensgefährtin in Höhe von € 50.000,-- an. Der NL beträgt € 200.000,--, Ausgleichungs- oder Anrechnungspflichten bestehen nicht.

Nach geltendem Recht ist das Vermächtnis zulasten des Erbteils des B unwirksam, § 2306 I 1 BGB (Quotentheorie). Es ist Auslegungsfrage, ob das Vermächtnis zulasten des Erbteils des A bestehen bleibt und ob es in voller Höhe oder nur gekürzt zu erfüllen ist.

B kann ferner einen Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB von 1/20 verlangen. Wegen dieses Pflichtteils kann A das Vermächtnis nach § 2318 I BGB – soweit er beschwert ist - kürzen, wenn dem Testament keine abweichende Anordnung zu entnehmen ist.

Nach dem Regierungsentwurf bleibt das Vermächtnis zulasten beider Erbteile bestehen. B muss sich entscheiden, ob er ausschlägt und seinen PT von ¼ verlangt oder annimmt und das Vermächtnis trägt. Nimmt er an, bekommt er seinen Erbteil von 1/5 (belastet mit wirtschaftlich 10.000,-- € Vermächtnis, 1/5 des Gesamtvermächtnisses). Daneben kann er einen Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB von 1/20tel verlangen.

Nach dem Referentenentwurf war noch unklar, ob nach dem Wortlaut der neuen Vorschrift bei der Berechnung eines Zusatzpflichtteils nach § 2305 BGB Beschränkungen und Beschwerungen i.S. des § 2306 BGB außer Betracht bleiben oder berücksichtigt werden.

Der Regierungsentwurf hat die im Vorfeld geäusserte Kritik berücksichtigt. Dem § 2305 BGB soll folgender Satz angefügt werden:

„Bei der Berechnung des Wertes bleiben Beschränkungen und Beschwerungen der in § 2306 bezeichneten Art außer Betracht."

Somit ist nach dem Regierungsentwurf klar, dass der Pflichtteilsberechtigte seinen Erbteil betreffende Beschränkungen und Beschwerungen voll tragen muss, wenn er diesen nicht ausschlägt. Bei der Berechnung eines Zusatzpflichtteils nach § 2305 BGB-E werden diese bestehen bleibenden Beschränkungen und Beschwerungen nicht berücksichtigt.

Das Wahlrecht des § 2306 BGB-E ist für den Pflichtteilsberechtigten gegenüber dem geltenden Recht teilweise nachteilig. Ist der hinterlassene Erbteil kleiner oder gleich dem Pflichtteil, kann der Pflichtteilsberechtigte nach heute geltendem Recht seine Erbenstellung behalten und ggf. einen Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB verlangen. Nach neuem Recht muss er sich innerhalb der kurzen Ausschlagungsfrist entscheiden: Entweder Erbe bleiben und alle Beschränkun-

[24] Bonfeld/Lange/Tanck, ZErb 2007 aaO

gen und Beschwerungen tragen, auch zulasten des eigenen Pflichtteils, oder ausschlagen und reiner Nachlassgläubiger werden. Nach Auffassung des Gesetzgebers ist diese Verschlechterung hinzunehmen.[26]

Die Situation des Pflichtteilsberechtigten wird sich jedoch auch noch in anderer Hinsicht verschlechtern. Nach § 2306 I 2 2. Hs. BGB beginnt die Ausschlagungsfrist eines pflichtteilsberechtigten Erben erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschwerung oder Beschränkung Kenntnis erlangt. Für diese Kenntnis wurde von der neueren Rspr. zum geltenden Recht verlangt, dass bei ausgleichungs- oder anrechnungspflichtigen Zuwendungen der Pflichtteilsberechtigte auch die auszugleichenden oder anzurechnenden Werte kennt, denn nur dann konnte er beurteilen, ob die Beschränkung oder Beschwerung nach § 2306 I 1 wegfällt oder bestehen bleibt[27]. Dies konnte bis zur Wertermittlung von solchen Zuwendungen zu einer erheblichen Verlängerung der Ausschlagungsfrist führen.

Nach dem Regierungsentwurf beginnt die Ausschlagungsfrist mit Kenntnis der Beschränkung oder Beschwerung, § 2306 I BGB-E. Hier wird es ausreichen, dass der Pflichtteilsberechtigte die Existenz der Beschränkung oder Beschwerung kennt, die Kenntnis des Wertes der Beschwerung wird nicht verlangt. Damit muss der Pflichtteilsberechtigte die Wahl, anzunehmen oder auszuschlagen, grds. innerhalb von 6 Wochen nach Kenntnis von der wirksamen Beschwerung oder Beschränkung treffen, unabhängig davon, ob er die wirtschaftliche Belastung einer Beschwerung oder den tatsächlichen Wert seines Pflichtteils (unter Berücksichtigung etwa bestehender Ausgleichungspflichten) abschätzen kann, siehe §§ 1944 BGB, 2306 I BGB-E.

Ob die Rspr. bei einem Irrtum über die wirtschaftliche Belastung einer Beschwerung oder Beschränkung eine Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung nach §§ 119 I, II BGB zulassen wird, bleibt abzuwarten.

3. Folgerungen für die Praxis:

- Für den Testamentsgestalter ist die geplante Änderung des § 2306 BGB größtenteils erfreulich. Die „Falle“ des § 2306 I 1 BGB wird beseitigt, damit gewinnen der rechtliche Berater und die Beteiligten mehr Rechtssicherheit.

- Zu beachten ist jedoch, dass dann, wenn der hinterlassene Erbteil unter dem Pflichtteil liegt und mit Beschränkungen und Beschwerungen versehen ist, die Pflichtteilsberechtigten in der Regel ausschlagen werden.

Auch beim Behindertentestament kann dies ein Grund für das Vormundschafts- oder zukünftig das Betreuungsgericht (FGG-RefG) sein, eine Erbausschlagung durch den Betreuer zu genehmigen, weil sie eher dem Wohl des Betreuten entspricht als die Annahme des (beschwerten und/oder beschränkten) Hinterlassenen. Man wird daher auch in Zukunft darauf zu achten haben, keine Erbteile auszusetzen, die unter dem Pflichtteil liegen und diese mit Beschränkungen oder Beschwerungen zu versehen[28]. Vielmehr sollten regelmäßig Erbteile gewährt werden, die weit über dem Pflichtteil liegen.

- Auswirkungen wird die geplante Änderung des § 2306 BGB auch auf die Mitteilungspflicht der Notare an die Geburtsstandesämter im Hinblick auf Pflichtteilsverzichte haben. Bisher wurde die Notwendigkeit der Mitteilung von Pflichtteilsverzichten im Hinblick auf die Vorschrift des § 2306 I 1 BGB bejaht, weil Pflichtteilsverzichtsverträge zumindest mittelbar Auswirkungen auf die Erbfolge bzw. im Erbschein aufzunehmende erbrechtliche Verfügungsbeschränkungen haben konnten.

In der Falllage des geltenden § 2306 I 1 BGB kann ein Pflichtteilsverzicht dazu führen, dass Beschränkungen und Beschwerungen zulasten eines Erbteils, der unter dem Pflichtteil liegt, bestehen bleiben.

Nach Inkrafttreten der geplanten Gesetzesänderung besteht die Notwendigkeit der Mitteilung von Pflichtteilsverzichtsverträgen an die Geburtsstandesämter nicht mehr.

V. Änderung des § 2315 BGB

§ 2315 I BGB soll wie folgt geändert werden:

§ 2315

Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil

(1) Der Pflichtteilsberechtigte hat sich auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen, was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, dass es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Gleiches gilt, wenn der Erblasser die Anrechnung nachträglich bestimmt hat. Der Erblasser kann seine Anordnungen über die Anrechnung nachträglich ändern. Nachträgliche Anordnungen erfolgen durch Verfügung von Todes wegen

(2) und (3) unverändert.

1. Geltendes Recht:

Nach bisher geltendem Recht muss sich ein Pflichtteilsberechtigter eine Zuwendung auf seinen Pflichtteil nur dann anrechnen lassen, wenn vor oder spätestens bei Zuwendung eine Anrechnungsbestimmung durch den Erblasser getroffen wurde. Diese ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Pflichtteilsberechtigten so zur Kenntnis gebracht werden muss, dass er über eine Annahme oder Ablehnung der Zuwendung entscheiden kann[29].

Wurde die Anrechnungsbestimmung vor oder nach der Zuwendung unterlassen, kann diese nach geltendem Recht nachträglich nicht mehr getroffen werden. Eine Anrechnung einer in der Vergangenheit getätigten Zuwendung kann dann nur durch Pflichtteilsverzichtsvertrag mit dem Pflichtteilsberechtigten vereinbart werden[30].

Insbesondere bei Geldzuwendungen wird eine Anrechnungsbestimmung jedoch häufig wegen Nichtkenntnis der Rechtslage unterlassen, die Beteiligten gehen wohl häufig davon aus, dass eine Anrechnung kraft Gesetzes stattfindet[31]. Die Annahme einer stillschweigenden Anrechnungsanordnung[32] wird in der Regel an der Beweisbarkeit scheitern.

2. Reformvorschlag:

Der Regierungsentwurf lässt nun eine einseitige Anrechnungsbestimmung auch nach der Zuwendung zu. Die An-

[26] siehe Entwurfsbegründung zu § 2306 BGB
[27] OLG Zweibrücken ZErb 2006, 421
[28] Spall, ZErb 2007, 272, 274;
[29] OLG Düsseldorf ZEV 1994, 173; Damrau, Erbrechtskommentar, 1. Auflage 2004, § 2315 RNr.4; J.Mayer in Beck´scherOnlineKommentar BGB, aaO, § 2315 RNr. 6
[30] Damrau, Erbrechtskommentar, aaO, § 2315 RNr. 4; siehe auch die in Fn. 29 zitierte Literatur
[31] Fembacher, MittBayNot 2004, 24; Bonfeld/Lange/Tanck, ZErb 2007, aaO
[32] hierzu J. Mayer, Beck´scherOnlineKommentarBGB, aaO, § 2315 RNr. 7

rechnungsbestimmung muss durch Verfügung von Todes wegen getroffen werden, ist daher formbedürftig. Sie kann ebenso wie die nachträgliche Ausgleichungsanordnung als erbrechtliche Anordnung eigener Art aufgrund der geänderten Bestimmung des § 2278 II BGB-E vertragsmäßig und damit einseitig nicht mehr abänderbar getroffen werden. Das gilt auch für die Anordnung, dass eine Zuwendung nicht auf den Pflichtteil anzurechnen ist.

Wie bisher kann eine einmal getroffene Anrechnungsbestimmung durch Verfügung von Todes wegen nachträglich widerrufen werden.

Kritisiert an der Formulierung der geplanten Gesetzesänderung wird, dass eine Anrechnungsbestimmung durch Verfügung von Todes wegen nur nachträglich erfolgen kann[33].

Man wird die Formulierung so zu verstehen haben, dass eine Anrechnungsanordnung durch Verfügung von Todes wegen nur zeitlich nach der jeweiligen unentgeltlichen Zuwendung erfolgen kann. Eine Anrechnungsanordnung in einer Verfügung von Todes wegen, die alle bisherigen und alle künftigen unentgeltlichen Zuwendungen an Pflichtteilsberechtigte umfassen soll, es sei denn, bei der Zuwendung wurde etwas anderes bestimmt, dürfte nach der Formulierung des Regierungsentwurfs unwirksam sein[34].

Dies kann dazu führen, dass nach weiteren vorgenommenen unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen der Erblasser die Anrechnungsanordnung für die jeweiligen Zuwendungen neu verfügen muss, wenn er die Anrechnungsanordnung bei der Zuwendung unterlassen hat.

Nicht erforderlich ist nach dem Wortlaut des Regierungsentwurfs die Benennung der anzurechnenden Zuwendung in der letztwilligen Verfügung. Es ist daher auch zulässig, in einer Verfügung von Todes wegen die Anrechnung für alle in der Vergangenheit dem Pflichtteilsberechtigten erbrachten Zuwendungen anzuordnen. Eine solche Anordnung kann natürlich zu erheblichem Streit über die Höhe solcher Zuwendungen führen.

3. Folgerungen für die Praxis:

- In der Vergangenheit getätigte unentgeltliche Zuwendungen an Pflichtteilsberechtigte können nach dem Regierungsentwurf zu nach § 2315 BGB anrechnungspflichtigen Zuwendungen werden, wenn der Erblasser nachträglich durch Verfügung von Todes wegen die Anrechnung anordnet. Die Anordnung ist auch in vertragsmäßiger Form in einem Erbvertrag möglich.

Die Anrechnung kann nachträglich natürlich nur nach den gesetzlichen Bestimmungen angeordnet werden, insbesondere ist dann nur der nach § 2315 II 2 BGB bestimmte Wert auf den Pflichtteil anzurechnen. Eine nachträgliche Anrechnungsanordnung, die über den nach § 2315 II 2 BGB errechneten Wert hinausgehen soll, wäre – zumindest insoweit - unwirksam.

Wenn auch § 2085 BGB die Anrechnungsanordnung im übrigen retten dürfte, sollten Wertbestimmungen in der nachträglichen Anordnung unterlassen werden.

Soll ein höherer Wert als der nach § 2315 II 2 BGB errechnete oder ein Festwert angerechnet werden, wird auch in Zukunft ein Pflichtteilsverzichtsvertrag erforderlich sein.

Eine Gesamtschau der §§ 2050, 2315 BGB-E ergibt, dass nachträglich durch Verfügung von Todes wegen natürlich auch eine kombinierte Ausgleichungs- und Anrechnungsanordnung - mit der Wirkung nach § 2316 IV BGB - getroffen werden kann.

> *Formulierungsvorschlag für nachträgliche Anrechnungsanordnung*
>
> *„Nach § 2315 I BGB ordne ich hiermit die Anrechnung der meiner Tochter am … mit UR Nr … des Notars … zugewandten Schenkung auf den Pflichtteil meiner Tochter … an."*

- Jörg Mayer[35] empfiehlt, in jedes Behindertentestament eine nachträgliche Anrechnungsanordnung für in der Vergangenheit getätigte freigiebige Zuwendungen aufzunehmen. Oftmals erbringen Eltern des Behinderten diesem über ihre Unterhaltspflicht hinausgehende Leistungen. Mit einer pauschalen Anrechnungsanordnung im Behindertentestament für alle bereits erbrachten Leistungen im Sinne des § 2315 BGB (nur freigiebige Zuwendungen, auf die das behinderte Kind keinen Anspruch hat) kann man auf die Entscheidung des gesetzlichen Vertreters zur Ausschlagung zumindest Einfluss nehmen. Dieser läuft Gefahr, dass bei Ausschlagung des beschränkten und beschwerten Erbteils erhebliche Anrechnungen auf den Pflichtteil zu erfolgen haben. Dabei ist aber zu beachten, dass die Beweislast für Bestand der anzurechnenden Zuwendung und Höhe der Anrechnung nach dem Erbfall den Erben trifft.

- Eine weitere Auswirkung des Regierungsentwurfes wird sich im Vertretungsrecht Minderjähriger und Betreuter ergeben.

Bei Zuwendungen an Minderjährige und Betreute wurde bisher nach wohl h.M. angenommen, dass eine Anrechnungsbestimmung zu einem rechtlichen Nachteil im Sinne des § 107 BGB führt, weil sie in ihren Wirkungen einem teil-weisen Pflichtteilsverzicht gleichkommt[36]. Daher wurde bei Rechtsgeschäften im Sinne von §§ 1795 I, II, 181 BGB die Notwendigkeit eines Ergänzungspflegers zur Entgegennahme der Anrechnungsbestimmung und teilweise sogar die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach §§ 1915, 1822 I Nr. 1 BGB gefordert[37].

Bei einer Ausgleichungsanordnung geht die wohl noch h.M. zum geltenden Recht dagegen davon aus, diese schaffe keinen rechtlichen Nachteil im Sinne von § 107 BGB[38].

Nachdem der Regierungsentwurf in § 2050 BGB und § 2315 BGB nunmehr die Möglichkeit vorsieht, eine Ausgleichungs- und eine Anrechnungsbestimmung nachträglich einseitig durch Verfügung von Todes wegen anzuordnen, dürfte nicht zweifelhaft sein, dass auch eine von Anfang an getroffene Ausgleichungs- oder Anrechnungsanordnung (wie sie bereits nach geltendem Recht möglich ist) die lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit einer Schenkung an einen Minderjährigen/Betreuten nicht beseitigt und daher weder die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach §§ 1629 II, 1795 I, II, 181, 1909 BGB, noch eines Ergänzungsbetreuers, erforderlich ist. Ferner wird man keine vormundschafts- oder familiengerichtliche Genehmigung verlangen können, weil die Anrechnungsbestimmung nicht mehr den Charakter eines

[33] siehe Spall, ZErb 2007, 275

[34] a.A. Bonefeld/Lange/Tanck, ZErb 2007 S. 300 zum Referentenentwurf

[35] Zerb 2007, 276

[36] AnwK-BGB/Bock, 1. Aufl., § 2315 RNr. 11; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, § 37 VII 9a; Münchner Kommentar zum BGB, 4. Auflage; § 2315 RNr. 9; a.A. OLG Dresden MittBayNot 1996, 288, 290

[37] siehe zum ganzen DNotI-Report 2007 S. 160ff m.w.N.

[38] BGHZ 15, 168; Heldrich, MünchKommBGB, aaO, § 2050 RNr. 31

Pflichtteilsverzichtsvertrages in sich trägt, weil sie ohnehin jederzeit nachträglich angeordnet werden kann.

- Auch hier stellt sich die Frage, wie man einen Beschenkten, der eine nachträgliche Anrechnung der Zuwendung auf seinen Pflichtteil in jedem Fall vermeiden will, schützen kann. Die schuldrechtliche Verpflichtung des Erblassers, eine nachträgliche Anrechnungsanordnung zu unterlassen, wird an § 2302 BGB scheitern (siehe das Parallelproblem zur Ausgleichung).

Möglich ist jedoch, in einem zwischen Beschenktem und Erblasser abgeschlossenen Erbvertrag die nachträgliche Anordnungsmöglichkeit vertragsmäßig auszuschließen, was § 2278 II BGB-E ausdrücklich zulässt.

Zu beachten ist allerdings, dass nach der derzeitigen Fassung eine solche bindende Anordnung wirksam nur in einem Erbvertrag möglich ist, nicht in einem gemeinschaftlichen Testament unter Ehegatten, weil § 2270 III BGB unverändert bleiben soll. Damit scheitert eine entsprechende bindende Anordnung in einem gemeinschaftlichen privatschriftlichen Ehegattentestament (wenn Zuwendungsempfänger der Ehegatte ist) an § 2270 III BGB.

In jedem Fall kann dem Beschenkten bindend ein Pflichtteilsvermächtnis in Höhe des Pflichtteils ohne Anrechnungspflicht zugewandt werden. Eine entsprechende Bestimmung in einem gemeinschaftlichen Testament kann in der Regel dahingehend ausgelegt werden.

VI. Änderung des § 2325 BGB

§ 2325 BGB soll wie folgt geändert werden (Die Änderung ist fett gedruckt):

§ 2325 BGB

Pflichtteilsergänzungsanspruch bei Schenkungen

(1) Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird.

(2) Eine verbrauchbare Sache kommt mit dem Werte in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte. Ein anderer Gegenstand kommt mit dem Werte in Ansatz, den er zur Zeit des Erbfalls hat; hatte er zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, so wird nur dieser in Ansatz gebracht.

(3) Die Schenkung wird innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel geringer berücksichtigt. Sind zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen, bleibt die Schenkung unberücksichtigt. Ist die Schenkung an den Ehegatten erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe.

1. Probleme des geltenden Rechts:

Im Rahmen der Reformüberlegungen zum Erb- und Pflichtteilsrecht wurde unter anderem auch der Wunsch geäußert, künftig Zuwendungen an gemeinnützige Einrichtungen pflichtteilsrechtlich zu privilegieren.

Dies wurde damit begründet, dass sowohl derzeit gemeinnützige als auch privatnützige Zuwendungen der Beschränkung des § 2325 BGB unterliegen,[39] dies aber für die gemeinnützigen Institutionen untragbar sei.

Nach geltender Rechtslage wird eine Schenkung für einen Ergänzungspflichtteil in vollem Umfang herangezogen, wenn der Erblasser auch nur einen Tag vor Ablauf der 10-Jahres-Frist verstirbt. Verstirbt der Erblasser aber nur einen Tag nach Ablauf der Frist, so geht der Pflichtteilsberechtigte leer aus.

Zunächst wird dabei der Erbe mit der Ungewissheit belastet, ob er Pflichtteilsergänzungsansprüche zu erfüllen hat, subsidiär haftet aber auch der Beschenkte.

Dieses Alles- oder Nichts-Prinzip wird vielfach als ungerecht empfunden.

Es fehlt an Planungssicherheit, dies gilt insbesondere auch für eine etwaige beschenkte gemeinnützige Organisation.

Andererseits hat die generalisierende Regelung des § 2325 BGB (alte Fassung) den Vorteil der Einfachheit und Streitvermeidung für sich. Der Pflichtteilsberechtigte muss nicht die Benachteiligungsabsicht des Erblassers bei jeder Schenkung kurz vor dessen Tode beweisen, sondern bei einer Schenkung innerhalb des Zeitraums von 10 Jahren vor dem Versterben geht der Gesetzgeber von der Benachteiligungsabsicht aus.

2. Reformvorschlag:

Auch der Regierungsentwurf schafft die 10-Jahres-Frist nicht ab, weil weiterhin der Pflichtteilsberechtigte vor benachteiligenden Schenkungen geschützt werden soll, sondern führt eine so genannte pro-rata-Lösung ein.

D.h., dass eine Schenkung für die Berechnung des Pflichtteils zunehmend geringer berücksichtigt wird, je länger sie zurückliegt. Nach Ablauf von zehn Jahren bleibt sie wie bisher unberücksichtigt.

Vorher gilt aber nicht das bereits erwähnte Alles-oder-Nichts-Prinzip, sondern die volle Berücksichtigung der Schenkung erfolgt nur bei Schenkung im letzten Jahr vor dem Erbfall. Eine Schenkung im vorletzten Jahr vor dem Erbfall wird nur zu 9/10tel, eine Schenkung im weiteren Jahr davor nur zu 8/10tel usw. berücksichtigt.

Anders ausgedrückt wird in den ersten zwölf Monaten seit Vollzug der Schenkung (Vollzug ist der Eintritt des dinglichen Leistungserfolges) die Schenkung im Rahmen der §§ 2325ff BGB in vollem Umfang berücksichtigt.

Nach 13-24 Monaten seit Vollzug der Schenkung sind nur noch 9/10tel des ermittelten Wertes zugrunde zulegen, nach 25-36 Monaten nur noch 8/10tel des ermittelten Wertes usw..

Nach 10 Jahren seit Vollzug der Schenkung bleibt diese für eine Pflichtteilsergänzung wie bisher unberücksichtigt.

Diese Lösung gilt aber nach dem jetzigen Stand des Reformvorschlags nur für das Pflichtteilsergänzungsrecht. Für die Parallelvorschriften in § 1375 BGB und § 529 BGB soll eine pro-rata-Regelung nicht eingeführt werden. Ein Gleichlauf des Erbrechts zum Güter- und Schenkungsrecht ist in dieser Hinsicht somit nicht mehr gegeben.[40]

Wie bisher richtet sich der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB primär gegen den Erben. Kann dieser die Ergänzung verweigern, z.B. nach § 2328 BGB oder wegen Dürftigkeit des Nachlasses, siehe § 1990 BGB, richtet sich der Anspruch gegen den Beschenkten, § 2329 BGB. Auch diesem kommt natürlich die Abschmelzung des Schenkungswertes nach § 2325 III BGB-E zugute.

[39] Müller ZNotP 2007, S. 445

[40] Bonfeld/Lange/Tanck, aaO, S. 295

Zu beachten ist, dass diese Regelung für alle Beschenkten gilt. Zwar sollen nach dem Regierungsentwurf gerade auch gemeinnützige Organisationen und Vereine von der Neuregelung profitieren, eine gerade für diese geschaffene Neuregelung liegt jedoch nicht vor. Auch Schenkungen z.B. an Angehörige unterliegen somit der neuen Regelung.

Weiter ist wichtig, dass die Neuregelung nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § x Abs. 3 EGBGB-E für alle Erbfälle gilt, die nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes eintreten(!).

Damit würden auch heute vorgenommene Schenkungen von der neuen pro-rata-Regelung profitieren.

Beispiele zum neuen Recht:

Grundfall:

Inkrafttreten des Gesetzes soll am 01.01.2009 sein. Der Erblasser E verstirbt unverheiratet am 01.01.2010 unter Hinterlassung von zwei Kindern, mit nur einem geringfügigen Nachlass. Sein Grundstück im Wert von 1 Mio. € hat er kurz vor seinem Versterben (Dezember 2009) ohne sich irgendwelche Rechte vorzubehalten an sein Kind A geschenkt. Das Kind A hat er auch zum Alleinerben eingesetzt. Das Kind B macht den Pflichtteil bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen A geltend.

(ein etwaiger Kaufkraftschwund soll hier vernachlässigt werden)

Lösung:

Hier gilt das gleiche wie nach bisheriger Rechtslage. Die Schenkung wird voll berücksichtigt gem. § 2325 BGB. B hätte Pflichtteilsergänzungsansprüche in Höhe von 250.000,-- € gegen A.

Variante 1:

Die Schenkung erfolgte aus Angst des E vor dem neuen Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht bereits im Dezember 2007. Also mehr als zwei Jahre vor dem Erbfall.

Lösung:

Hier ergeben sich Unterschiede zum alten Recht.

Die Schenkung wird nur zu 80 % bei § 2325 BGB berücksichtigt, somit werden nur 800.000,-- € berücksichtigt. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch beträgt nur noch 200.000,-- €.

Variante 2:

Die Schenkung erfolgte bereits im November 2000, also mehr als neun Jahre vor dem Erbfall.

Lösung:

Hier sind die Unterschiede zum alten Recht noch auffälliger. A darf 90 % des Schenkungswerts abziehen. Berücksichtigt werden bei § 2325 BGB nur noch 100.000,-- €. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch des B beträgt 25.000,-- €.

Variante 3:

Die Schenkung erfolgte bereits 1997.

Lösung:

Wie im alten Recht bleiben Schenkungen die vor der 10-Jahres Frist erfolgt sind außen vor. Pflichtteilsergänzungsansprüche bestehen nicht.

Variante 4:

Wie wäre die Lösung in den vorherigen Fällen, wenn E verheiratet gewesen wäre, die Schenkung an seine Ehefrau F erfolgt wäre und F auch zum Alleinerben eingesetzt worden wäre?

Lösung:

Zu beachten ist, dass auch in § 2325 III BGB-E vorgesehen ist, dass die Frist bei Schenkungen oder ehebedingten Zuwendungen an den Ehegatten nicht vor Auflösung der Ehe zu laufen beginnt. Die vielfach kritisierte Vorschrift wird also auch im neuen Recht weiterhin zu beachten sein. Die Vorschrift gilt entsprechend für Schenkungen oder unbenannte Zuwendungen an eingetragene Lebenspartner, siehe § 10 VI LPartG.

D.h. mangels Fristlauf muss die volle Schenkung bei der Pflichtteilsergänzung berücksichtig werden. Insofern ergeben sich keine Änderungen zur jetzigen Rechtslage.

Ungeklärte Fragen des Reformvorschlags

Der Regierungsentwurf sieht eine Änderung des § 2325 BGB nur in Absatz 3 vor. Die Wertbestimmungsvorschriften nach § 2325 II BGB bleiben nach dem Regierungsentwurf unverändert.

Gleiches gilt für die Voraussetzungen eines Pflichtteilsergänzungsanspruches, insbesondere unterliegen wie bisher nur Schenkungen sowie die von der Rechtsprechung den Schenkungen gleichgestellten ehebedingten Zuwendungen den §§ 2325ff BGB[41].

Ausstattungen dagegen fallen unter § 2316 BGB, dies gilt auch soweit sie Übermaßzuwendungen nach § 1624 II BGB sind und damit insoweit als Schenkung gelten.

Ausstattungen begründen allenfalls dann, wenn durch die Ausstattung mehr zugewendet wurde als dem Empfänger bei Erbauseinandersetzung zustehen würde, einen Ergänzungsanspruch nach § 2325 BGB.

Anders ausgedrückt: Nur im Anwendungsbereich des § 2056 BGB fällt eine Übermaßausstattung (insoweit, als sie Schenkung ist) unter § 2325 BGB (sog. Verbot der Doppelberücksichtigung einer Zuwendung[42]). Dies gilt aber nur gegenüber anderen Abkömmlingen, nicht gegenüber anderen Pflichtteilsberechtigten.

Die Neuregelung dürfte dazu führen, dass die bisherige Rechtsprechung zur Bestimmung des Werts der Schenkung weiterhin maßgebend bleibt. Außerdem muss davon ausgegangen werden, dass auch die Rechtsprechung zum Beginn der Frist nach § 2325 III BGB weiterhin anzuwenden ist.

Dafür spricht, dass der Regierungsentwurf ausdrücklich nur von einer Modifizierung der Ausschlussfrist spricht, aber nicht etwa von einer Veränderung der Voraussetzungen, wann die Frist beginnt.

Auch steht die Neuregelung nur im Absatz 3 der Vorschrift, der sich lediglich mit der Ausschlussfrist befasst, aber nicht mit anderen Voraussetzungen oder der Bewertung von Schenkungen.[43]

[41] BGH NJW 1992, 564

[42] BGH NJW 1965, 1526; NJW 1988, 821= FamRZ 1988, 280; MünchKommBGB/ Frank, aaO, § 2316 Rn. 15; Nie-der Handbuch Rn. 242

[43] Müller aaO S. 447

Dies bedeutet im einzelnen:

(1) Leistung im Sinne des § 2325 III BGB ist der Eintritt des rechtlichen Leistungserfolges.

Bei gestreckten Erwerbsvorgängen der Eintritt der letzten zum Erwerb erforderlichen Tatsache (bei Grundstücken also die Eigentumseintragung im Grundbuch[44], bei aufschiebend bedingten Übereignungen mit Eintritt der Bedingung).

Die pro-rata-Frist des § 2325 III BGB-E beginnt daher frühestens mit Eintritt des Leistungserfolges zu laufen.

Eine Leistung im Sinne des § 2325 III BGB-E wird auch nach neuem Recht erst vorliegen, wenn eine wirtschaftliche Ausgliederung aus dem Vermögen des Schenkers erfolgt ist.

Solange dies nicht der Fall ist, insbesondere bei Vorbehalt eines Totalnießbrauchs[45], kommt es zu keiner Abschmelzung des Schenkungswertes nach § 2325 III BGB-E und auch die 10-Jahres-Frist des § 2325 III BGB-E beginnt nicht zu laufen.

Der Fristlauf setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass der Erblasser darauf verzichtet, aufgrund vorbehaltener schuldrechtlicher oder dinglicher Nutzungsrechte den Schenkungsgegenstand im Wesentlichen weiter zu nutzen.

Eine Änderung der Rechtsprechung ist nach dem Regierungsentwurf unwahrscheinlich, da der heutige Gesetzgeber den Grundgedanken des historischen Gesetzgebers gutheißt.[46]

Auch der Regierungsentwurf geht davon aus, dass eine „möglicherweise unlautere Benachteiligungsabsicht" des Erblassers durch die Pflichtteilsergänzung bestraft wird. Der Erblasser soll also wirklich sich eines Gegenstands entäußert haben, damit auch der Pflichtteilsberechtigte nicht mehr daran partizipieren soll.

Die bisherigen Zweifelsfragen bleiben bestehen, z.B. ob die Frist bei Vorbehalt eines freien Widerrufsrechtes, eines Quotennießbrauches oder eines Wohnungsrechtes zu laufen beginnt.

(2) Für den Bewertungszeitpunkt stellt § 2325 II BGB-E bei verbrauchbaren Sachen wie bisher auf den Zeitpunkt der Zuwendung ab und bei anderen Gegenständen auf den Wert im Zeitpunkt des Erbfalls, wenn dieser geringer ist als der Wert im Zeitpunkt der Zuwendung (sog. Niederstwertprinzip).

Verbrauchbare Sachen sind vor allem Geld und Wertpapiere.

Ebenso stellt der schenkweise Erlass von Geldforderungen, insbesondere Darlehensforderungen, nach der Rechtsprechung eine solche verbrauchbare Sache dar[47].

Beispiele:

E hat seiner Freundin F 1990 ein Grundstück geschenkt und sich eine Leibrente von monatlich € 500,-- vorbehalten. Im August 2006 erlässt er F schenkweise die Leibrente. E stirbt am 01.01.2010 (nach Inkrafttreten des Gesetzes).

Mit welchem Wert sind die Schenkungen im Rahmen eines Ergänzungspflichtteils der Kinder zu berücksichtigen?

Die Grundstücksschenkung ist außerhalb der Frist des § 2325 III BGB erfolgt und bleibt unberücksichtigt.

Der schenkweise Erlass der Leibrente ist innerhalb der Frist des § 2325 III BGB erfolgt. Der Wert der Schenkung bestimmt sich nach § 2325 II BGB nach dem Wert bei Schenkung. Der Wert des kapitalisierten Leibrentenstammrechtes war 2006 höher als bei Erbfall 2010. Dieser höhere Wert ist zugrunde zu legen.

Nach dem Regierungsentwurf ist dieser (höhere) Wert bei Schenkung allerdings nur noch mit 70% in die Pflichtteilsergänzungsberechnung einzustellen, siehe § 2325 III BGB-E.

Die Bewertung verbrauchbarer Sachen erfolgt immer mit dem Wert zum Zeitpunkt der Schenkung.

Auch bei verbrauchbaren Sachen ist nach den Grundsätzen der Berücksichtigung des Kaufverlusts für die Bemessung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs eine Inflationsbereinigung auf den Erbfall vorzunehmen[48].

Bei allen sonstigen Gegenständen gilt das bereits erwähnte Niederstwertprinzip.

Es ist eine Vergleichsberechnung vorzunehmen. Der Wert bei Schenkung, indexiert auf den Zeitpunkt des Erbfalls, ist dem Wert bei Erbfall gegenüberzustellen[49], hierbei bleiben Vorbehaltsrechte außer Betracht.

Bei Grundstücksschenkungen ist für den Wert bei Schenkung der Tag des Schenkungsvollzugs, also der Eintragung im Grundbuch, maßgebend[50]. Bei gemischten Schenkungen ist nur der Schenkungsteil zu bewerten.

Der niederere der ermittelten Werte ist zugrunde zulegen.

(3) Bei **Schenkungen unter Vorbehalt von Nutzungsrechten** ist eine differenzierte Betrachtung notwendig:

Beim vorbehaltenen Nießbrauch (ebenso beim Wohnungsrecht) gelten für die Abzugsfähigkeit Besonderheiten. Hier erfolgt nach der Rechtsprechung des BGH eine mehrstufige Bewertung[51]. Dabei kann der Nießbrauch (Wohnungsrecht) den für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs maßgeblichen Wert der Zuwendung unter Umständen erheblich verringern.

Als Ausfluss des Niederstwertprinzips nimmt der BGH folgende mehrstufige, zum Teil vergleichende Berechnung vor, die sich an einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise orientiert.

Feststellung des maßgeblichen Wertes nach dem Niederstwertprinzip:

- Feststellung des Wertes zum Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung, umgerechnet nach den Grundsätzen über die Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes (Inflationsbereinigung) auf den Tag des Erbfalls. Bei diesem Schritt wird das vorbehaltene Nutzungsrecht nicht berücksichtigt.

[44] BGHZ 102, 289
[45] BGHZ 98, 232; BGHZ 125, 397
[46] RegE S. 46, zu Nr. 25
[47] BGHZ 98, 266
[48] Dafür MünchKommBGB/ Frank, aaO, § 2325 Rn. 23; aA Löbbecke NJW 1975, 2293; Staudin-ger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl., § 2325 Rn. 68; Pentz FamRZ 1997, 724f. Der BGH hat über diese Frage noch nicht entschieden; BGHZ 85, 274, 282 betraf die Vergleichsberechnung nach Abs. 2 S. 2
[49] BGHZ 85, 274, 282
[50] BGHZ 65, 75= NJW 1975, 1831
[51] BGHZ 125, 395, 397 = NJW 1994, 1791; BGHZ 118, 49ff. = BGH NJW 1992,2887; BGH NJW 1992, 2888; NJW-RR 1996, 705 ; OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 1236ff; zustimmend Heinrich MittRhNotK 1995, 157, 166ff., 169

- Gegenüberstellung des Wertes zum Zeitpunkt des Erbfalls. Maßgebend ist dabei der geringere Wert (Niedrigstwertprinzip).

Ist dies der Wert zum Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung, so ist der so ermittelte Wert aufzuteilen in den kapitalisierten Wert des dem Erblasser vorbehaltenen Nießbrauchs (Wohnungsrechts) einerseits und den Restwert des Grundstücks andererseits. Nur den so ermittelten Restwert des Grundeigentums hat der Erblasser aus seinem Vermögen ausgegliedert. Dieser ist sodann unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes auf den Todestag des Erblassers umzurechnen und unterliegt insoweit der Pflichtteilsergänzung.

Ist der Wert des Grundstücks im Zeitpunkt des Erbfalls der maßgebliche Wert, also etwa bei gesunkenen Grundstückswerten, bleibt der Wert des Nießbrauchs (Wohnungsrechts) völlig unberücksichtigt. Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob sich der Schenker den Nießbrauch vorbehält, ob der Nießbrauch eine Gegenleistung des Beschenkten ist oder als Auflage formuliert wird[52].

Die Rechtsprechung des BGH zur Berücksichtigung des vorbehaltenen Nießbrauchs/Wohnungsrechts erscheint zwar mittlerweile als gefestigt, wird aber in der Literatur kritisiert. Eine starke Mindermeinung will den Wert des Nießbrauchs/Wohnungsrechts unter keinen Umständen vom Wert des Zuwendungsobjekts abziehen[53].

Eine andere Auffassung folgt dem BGH im Ansatz, zieht aber bei der erforderlichen Vergleichsberechnung vom Zuwendungswert bei Vollzug der Schenkung den Wert des Nutzungsrechts immer ab[54].

Ist vom Wert der Schenkung der kapitalisierte Wert des Nutzungsrechtes abzuziehen, muss man sich fragen, wie man diesen Wert kapitalisiert. Bei vorbehaltenen Nutzungsrechten auf Lebenszeit nimmt die h.M. eine Kapitalisierung auf der Grundlage der statistischen Lebenserwartung des Nutzungsberechtigten vor[55]. Von diesem Grundsatz werden Ausnahmen gemacht, wenn im Einzelfall eine geringere Lebenserwartung zu erwarten ist (bspw. bei schwerer Krankheit des Nutzungsberechtigten)[56].

Die Gegenansicht entnimmt den kapitalisierten Wert des Nutzungsrechtes dem tatsächlich erreichten Lebensalter des Nutzungsberechtigten, zumindest bei einer kürzeren Lebenserwartung als der statistischen[57].

Bei Schenkungen unter Vorbehalt von Pflegeverpflichtungen geht die h.M. davon aus, dass diese immer vom Wert der Schenkung abzuziehen seien, unabhängig davon, ob der Wert bei Schenkung oder bei Erbfall maßgebend sei[58]. Schwierigkeiten bereitet die Bewertung, wenn die Pflegebedürftigkeit nicht bereits bei der Zuwendung besteht, sondern der Bedarfsfall erst später eintritt. Während hier teilweise die Verpflichtung als aufschiebend bedingte behandelt und erst ab dem tatsächlichen Bedarf berücksichtigt wird, teilweise auch auf eine Pflegewahrscheinlichkeit abgestellt wird[59], ist auch hier entsprechend dem Prinzip der subjektiven Äquivalenz von der Vorstellung der Vertragsteile bei Vertragsschluss auszugehen, in welchem Umfang sie damals die Pflege für erforderlich hielten. Auf die tatsächlich erfolgte Inanspruchnahme der Leistungen dürfte es nicht ankommen.

An den dargestellten Bewertungsgrundsätzen dürfte sich durch § 2325 III BGB-E nichts ändern. Der Wert einer Schenkung im Rahmen des § 2325 BGB ist u.E. weiterhin nach den dargestellten Bewertungskriterien zu bestimmen.

Der danach bestimmte Wert der Schenkung wird dann nach § 2325 III BGB-E abgeschmolzen.

3. Folgerungen für die Praxis:

Der Regierungsentwurf selbst spricht von einer gewissen Verkomplizierung, aber die Lösung sei immer noch praktikabel und diene dem Gerechtigkeitsgewinn.

Dem kann man grundsätzlich zustimmen.

Durch die Neuregelung des § 2325 III BGB-E wird die Problematik der Pflichtteilsergänzung entschärft. Ab Vollzug der Schenkung sinkt der ergänzungspflichtige Wert jährlich ab.

Die bisherigen Probleme mit dem Beginn der Frist des § 2325 III BGB werden aber auch im neuen Recht fortbestehen, soweit nicht noch im Gesetzgebungsverfahren eine Änderung erfolgt.

Auch § 2325 III BGB-E spricht von der Leistung des Gegenstandes. Man wird daher davon ausgehen müssen, dass die Frist auch im neuen Recht erst mit Eintritt des dinglichen Leistungserfolgs und nur dann beginnt, wenn eine wirtschaftliche Ausgliederung des Schenkungsgegenstandes aus dem Vermögen des Schenkers erfolgt ist.

Für die Bewertung der Schenkung bleibt es ebenfalls bei der bisherigen Rechtslage. Der Wert der Schenkung ist daher nach den bisherigen Kriterien zu ermitteln. Hat man den Wert ermittelt und ist der Fristbeginn zu bejahen, wird der ergänzungspflichtige Wert jährlich nach § 2325 III BGB-E abgeschmolzen. Wie bisher ist die Schenkung nach Ablauf von 10 Jahren nach Fristbeginn nicht mehr zu berücksichtigen.

Bei Schenkungen bzw. unbenannten Zuwendungen an Ehegatten und Lebenspartner beginnt die Frist des § 2325 III BGB-E und damit auch die Abschmelzung des Schenkungswertes erst zu laufen, wenn die Ehe aufgelöst ist. Insoweit ändert sich gegenüber der geltenden Rechtslage nichts.

Der Reformvorschlag hat bisher die Chance vertan, für eine Erleichterung bei Ehegattenschenkungen zu sorgen.

Für die **notarielle Praxis** ist die pro-rata-Lösung ein weiteres gutes Argument durch lebzeitige Übergabe von Vermögensgegenständen Pflichtteilsansprüche möglichst gering zu halten. Die Aussicht, zumindest einen Teil des Schenkungswerts vor den Pflichtteilsergänzungsansprüchen zu sichern, erfordert aber vom notariellen Gestalter auch, dass er noch stärker als bisher auf eine fristunschädliche Gestaltung wert legt[61].

Obgleich die Neuregelung somit eine wesentliche Entschär-

[52] BGHZ 118, 49, 51

[53] OLG Hamburg FamRZ 1992, 228(aufgehoben von BGH NJW 1992,2888); OLG Oldenburg NJW-RR 1999, 734(bei Tod des Wohnungsberechtigten binnen 14 Monaten nach Übergabe); Reiff, Die Dogmatik der Schenkung unter Nieß-brauchsvorbehalt, 1989, S. 230 ff.; ders. NJW 1992, 2857; ders. ZEV 1998, 244 f.; Custodis MittRhNotK 1992, 31f; Liedel MittBayNot 1992, 238ff.; Leipold JZ 1994, 1121f.; MünchKommBGB/ Frank,aaO, § 2325 Rn. 17 a

[54] Staudinger/Olshausen, aaO, § 2325 Rn. 103; Dingerdissen JZ 1993, 402f;

[55] BGH NJW-RR 1990, 1158 = DNotZ 1990, 902; BGH NJW-RR 1996, 705; OLG Oldenburg NJW-RR 1997, 263

[56] BGHZ 65, 75f; OLG Köln MittRhNotK 1997, 79

[57] Schopp Rpfleger 1956, 119f.; Sostmann MittRhNotK 1976, 479, 503; N. Mayer FamRZ 1994,739, 744; Heinrich MittRhNotK 1995, 157, 168; Pentz FamRZ 1997, 724

[58] Köln FamRZ 1997, 1113; OLG Braunschweig FamRZ 1995, 443(zu § 2113)

[59] So DNotI-Report 1999,45, 48; dagegen Reiff ZEV 1998, 241 , 247 Fn. 71

[60] RegE S. 46, zu Nr. 25

[61] Müller aaO S. 447

fung des Pflichtteilsergänzungsanspruches bringt, wird in der Praxis bei Vermögensübertragungen, z.B. Hofübergabeverträgen oder Unternehmensübergaben weiterhin mit Pflichtteilsverzichten der übrigen Pflichtteilsberechtigten, auch des Ehegatten, zu arbeiten sein.

VII. Änderung der Stundungsvorschrift des § 2331a BGB

§ 2331a BGB soll wie folgt geändert werden (Die Änderung ist fett gedruckt):

§ 2331a

Stundung

(1) Der Erbe kann Stundung des Pflichtteils verlangen, wenn die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs für den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände eine unbillige Härte wäre, insbesondere wenn sie ihn zur Aufgabe des Familienheims oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts zwingen würde, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind angemessen zu berücksichtigen.

(2) Für die Entscheidung über eine Stundung ist, wenn der Anspruch nicht bestritten wird, das Nachlassgericht zuständig. § 1382 Abs. 2 bis 6 gilt entsprechend; an die Stelle des Familiengerichts tritt das Nachlassgericht.

1. Probleme des geltenden Rechts:

Die Stundungsvorschrift des § 2331a BGB führt nach derzeit geltender Rechtslage nur ein Schattendasein. Grund dafür sind die außerordentlichen hohen Anforderungen, die die Vorschrift für eine Stundung des Pflichtteilsanspruchs aufstellt. Gegenüber der güterrechtlichen Parallelvorschrift in § 1382 BGB sind die Voraussetzungen des § 2331a BGB ungleich strenger.

Immerhin kann durch den Antrag auf Stundung ein gewisser Druck zum Abschluss eines Vergleichs erzeugt werden.[62]

Gestundet werden kann nach derzeitiger Rechtslage ein ordentlicher Pflichtteilsanspruch sowie der Pflichtteilsergänzungsanspruch, der sich gegen den Erben richtet, nicht aber der sich gegen den Beschenkten richtende Anspruch nach § 2329 BGB[63].

(1) Das Stundungsverlangen kann nur von einem **selbst pflichtteilsberechtigten Erben** gestellt werden. Ein Neffe z.B. kann als Erbe also kein Stundungsverlangen stellen.

Zusätzlich kommt es aber auch darauf an, dass der Erbe zu den im konkreten Fall Pflichtteilsberechtigten gehört, er also nicht nur abstrakt pflichtteilsberechtigt wäre.

So kann zum Beispiel auch ein Enkel, der zum Erben eingesetzt wurde, gegenüber seinem enterbten pflichtteilsberechtigten Vater kein Stundungsverlangen stellen.[64]

(2) Die Stundung fordert des Weiteren eine **doppelte Billigkeitsprüfung:**

Es muss eine

a) **ungewöhnliche Härte für den Erben** vorliegen

und

b) es muss eine **ungewöhnliche Härte** vorliegen, die nicht aus der sofortigen Zahlungspflicht, sondern allein aus der **„Art der Nachlassgegenstände“** herrührt.

Eine solche ungewöhnliche Härte kann vorliegen, wenn der Erbe zur Aufgabe seiner Familienwohnung oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsgutes gezwungen würde, das für ihn oder seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet, wobei eine konkrete Gefährdung hierfür erforderlich ist[65].

Ohne die Veräußerung dieser Nachlasswerte darf die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs nicht möglich sein.

Keine Stundungsmöglichkeit besteht dann, wenn der Erbe Nachlassgegenstände wirtschaftlich unter Wert verkaufen muss oder er zwar nicht aus dem Nachlass, wohl aber aus seinem sonstigen Vermögen den Pflichtteil erfüllen kann, auch durch Verkauf von Vermögensgegenständen. Ferner keine Stundungsmöglichkeit besteht, wenn der Erbe durch zumutbare Kreditaufnahme den Pflichtteil erfüllen kann[66].

Sind mehrere Erben vorhanden und sind nur einzelne davon pflichtteilsberechtigt, kann eine Stundung nur für diese ausgesprochen werden und es ist nur deren Interesse entscheidungserheblich.

(3) Sind die vorgenannten Voraussetzungen bejaht, kann eine Stundung zusätzlich nur dann erfolgen, wenn sie dem Pflichtteilsberechtigten **zumutbar** ist.

Dabei sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Pflichtteilsberechtigten und seine Unterhaltspflichten zu berücksichtigen. Maßgebend sind alle Umstände des Einzelfalls.

Keine Rolle spielt es allerdings, ob der Pflichtteilsberechtigte mit dem Erblasser zu Lebzeiten Kontakte hatte oder nicht.

Die Abwägung kann auch zu einer teilweisen Stundung des Pflichtteilsanspruchs oder zu einer Ratenzahlung führen[67].

Da die Vorschrift Ausnahmecharakter hat, ist sie nur in Ausnahmefällen anzuwenden und grundsätzlich eng auszulegen. Sie ist daher nach geltendem Recht nur ein „stumpfes Schwert“ gegen ein Pflichtteilsverlangen.

2. Reformvorschlag:

Nach dem Regierungsentwurf sollen die Voraussetzungen der Stundung maßvoll erweitert werden.[68]

§ 2331a I BGB-E erweitert dabei sowohl den **persönlichen** als auch den **sachlichen** Anwendungsbereich der Vorschrift.

(1) Entgegen dem geltenden Recht kann nach dem Regierungsentwurf nicht nur ein pflichtteilsberechtigter Erbe, sondern **jeder Erbe** das Stundungsverlangen stellen, damit insbesondere auch der zum Erben eingesetzte Lebensgefährte oder Kindeskinder, Geschwister usw.

(2) **Sachlich** soll nach dem Regierungsentwurf in größerem Umfang als bisher die Verwertung von Vermögenswerten wie Familienheim oder Unternehmen zur Befriedigung von Pflichtteilsansprüchen verhindert werden.

[62] Bonfeld/Lange/Tanck, aaO, S. 295 Fn. 23
[63] Staudinger/Olshausen, aaO, § 2331a Rn. 6; MünchKommBGB/ Frank, aaO, § 2331a Rn. 2
[64] Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Auflage 2001, § 37 X 5b; Bonefeld/Lange/Tanck, ZErb 2007 S. 294
[65] MünchKommBGB/ Frank,aaO, Rnr. 5
[66] MünchKommBGB/Frank, aaO, RNr. 5
[67] Staudinger/Olshausen, aaO, § 2331a Rn. 19; MünchKommBGB/ Frank, aaO, Rn. 6
[68] RegE S. 46 zu Nr. 26

Ungeklärte Fragen des Reformvorschlags

Aus wirtschaftlicher Sicht war die Erweiterung der Möglichkeiten der Stundung überfällig. Sofort fällige Pflichtteilsansprüche können bei vererbten Unternehmen und Betrieben zu erheblichen Liquiditätsproblemen führen.

Für den Wirtschaftsstandort Deutschland kann jede Erweiterung der Stundungsmöglichkeit von Pflichtteilsansprüchen nur von Vorteil sein.

Aber auch im klassischen Fall der zum Alleinerben eingesetzten Witwe oder Lebensgefährtin, die zwar möglicherweise ein wertvolles Grundstück erbt, aber aufgrund geringer Rente und/oder eines geringen Geldvermögens kaum in der Lage ist, sofort fällige Pflichtteilsansprüche zu begleichen, bringt der Reformvorschlag eine Erleichterung. Denn den Verkauf des Grundstücks, in dem die Alleinerbin möglicherweise ihr ganzes Leben verbracht hat, zur Begleichung der Pflichtteilsansprüche sollte ihr der Gesetzgeber nicht zumuten.

Solche Fälle hatte der Gesetzgeber bei seinem Reformvorschlag sicher im Auge.

Die Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs des § 2331a BGB auf alle Erben ist daher ausdrücklich zu begrüßen.

Fraglich ist jedoch, ob nach der derzeitigen Formulierung des Regierungsentwurfs eine Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches der Vorschrift tatsächlich erreicht wird.

Nach der derzeitigen Formulierung von § 2331a BGB kann der Erbe Stundung verlangen, wenn „die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände ungewöhnlich hart treffen, insbesondere wenn sie ihn zur Aufgabe seiner Familienwohnung oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts zwingen würde, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet."

Das Gesetz verlangt damit eine ungewöhnliche Härte für den Erben. Nach dem Reformvorschlag soll bereits eine „unbillige Härte" für eine Stundung ausreichen. Ob in dem Kriterium der unbilligen Härte gegenüber dem Kriterium der ungewöhnlichen Härte tatsächlich eine Herabsetzung der Eingriffsschwelle gesehen werden kann, muss bezweifelt werden[69], der Reformvorschlag geht aber von einer solchen Herabsetzung aus.

Wie genau die Herabsetzung der Eingriffsschwelle aussehen soll, dazu werden in der Entwurfsbegründung leider keine Angaben gemacht.[70]

U.E. wird das Kriterium der „unbilligen Härte" früher als bisher - wenn zur Befriedigung eines Pflichtteilsanspruchs Vermögenswerte, insbesondere ein Familienheim oder ein Unternehmen verwertet werden müssen - zu einer Stundung führen.

Der Reformvorschlag hat deutlich gemacht, dass er die Stundungsmöglichkeit nach § 2331a BGB erweitern will. Dies ist bei der Auslegung der Vorschrift zu berücksichtigen.

Zusätzlich kann ein Blick in den Duden helfen. Ungewöhnlich ist demnach: „vom Üblichen, Gewohnten, Erwarteten abweichend; selten vorkommend". D.h. ungewöhnliche Härte bedeutet eine Härte, die selten vorkommt und vom Normalfall abweicht.

Unbillig bedeutet nach dem Duden lediglich: „unrecht, unschicklich, gewalttätig". Unbillige Härte muss also vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden abweichen. Dies dürfte zwar häufiger der Fall sein, als bei der ungewöhnlichen Härte, trotzdem wird sich die Praxis schwer tun, hier eine geminderte Eingriffsschwelle festzustellen.

Hier hat der Regierungsentwurf dem Rechtsanwender nur Steine statt Brot gegeben, eine wirkliche Hilfe ist er nicht. Möglicherweise werden durch diese Formulierung Rechtsstreitigkeiten sogar eher begünstigt.[71]

Dies gilt auch deshalb, weil sich die Begründung im Regierungsentwurf auf die Feststellung beschränkt, dass der Anwendungsbereich in der Praxis erweitert werden soll (!?).[72]

Eine Klarstellung oder Änderung im Gesetzgebungsverfahren wäre also wünschenswert.

Auf der Ebene des Pflichtteilsberechtigten sind dessen Interessen nach dem Reformvorschlag nur noch **„angemessen"** zu berücksichtigen, nach geltendem Recht ist eine Stundung nur möglich, wenn diese dem Pflichtteilsberechtigten zuzumuten ist.

Bei der Abwägung der Interessen von Erbe und Pflichtteilsberechtigtem ist dem Interesse des Letzteren daher künftig weniger Gewicht beizumessen als bisher.

Dies erscheint auch in Anbetracht der verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Pflichtteilsberechtigten als berechtigt, da der Pflichtteil durch die Stundung nicht erlischt und Sicherungen des Anspruchs möglich sind.

Einen Fall, in dem die Interessen des Pflichtteilsberechtigten auch nach neuem Recht nicht angemessen berücksichtigt sind, stellt die Gesetzesbegründung deshalb auch ausdrücklich heraus:

Eine Stundung kann nicht stattfinden, wenn der Erbe nicht in der Lage ist, für den Pflichtteilsanspruch ausreichende Sicherheit zu leisten.

Die Aufzählung „wenn sie den Erben zur Aufgabe des Familienheims oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts zwingen würde, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet", besteht dagegen schon nach bisherigem Recht und dient bisher als Erläuterung des Begriffs „ungewöhnliche Härte"

3. Folgerungen für die Praxis:

Die Stundungsmöglichkeit des § 2331a BGB in der Fassung des Regierungsentwurfs wird nach den Plänen des Gesetzgebers zukünftig an Bedeutung gewinnen, entsprechende Verfahren werden möglicherweise zunehmen.

Der Erbe, der beispielsweise das Familienheim oder ein Unternehmen oder einen Gesellschaftsanteil veräußern müsste, um den Pflichtteil zu erfüllen, kann daher möglicherweise künftig schneller Stundung nach § 2331a BGB-E erlangen.

Zumindest kann die „Drohung" mit einem Verfahren nach § 2331a BGB die Gegenpartei künftig wahrscheinlich eher zum Einlenken bewegen, als bisher.

So kann es auch für Rechtsanwälte und Notare weitere Aufgaben bei der Protokollierung eines Vergleichs geben.

[69] Bonefeld/Lange/Tanck, ZErb 2007, S. 296
[70] so auch Bonefeld/Lange/Tanck, aaO S. 296
[71] so auch Bonefeld/Lange/Tanck, aaO S. 296
[72] RegE S. 47 zu Nr. 26

Trotzdem ist der Regierungsentwurf auf halber Strecke stehen geblieben.

Ein großer Wurf ist im Regierungsentwurf hier leider nicht gelungen. Auch ist fraglich, ob die in der Gesetzesbegründung formulierten Ziele der maßvollen Herabsetzung der Eingriffsschwelle der Stundung wirklich in der Rechtspraxis erreicht werden.

Gerade bei der Stundung hätte der Gesetzgeber auch im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit mehr ändern können, da der Pflichtteil selbst nicht berührt wird, lediglich die Fälligkeit hinausgeschoben wird.

Immerhin wurde wenigstens im persönlichen Anwendungsbereich die Möglichkeit der Stundung jedem Erben gegeben, dies schafft auf jeden Fall Erleichterung für viele Erben.

Zuständig für eine Stundung ist nach geltendem Recht als auch nach dem Reformvorschlag bei dem Grunde und der Höhe nach unbestrittenem Pflichtteilsanspruch das Nachlassgericht (in Baden-Württemberg somit das Notariat) und bei der Höhe und/oder dem Grunde nach umstrittenem Anspruch ausschließlich das Prozessgericht, siehe § 2331a II i.V. mit § 1382 V BGB.

Die Einzelheiten für das Verfahren vor dem Nachlassgericht ergeben sich aus § 53a FGG i.V. mit § 83a FGG. Die Entscheidung ergeht durch Verfügung, die erst mit der Rechtskraft wirksam wird, §§ 83a, 53a Abs. 2 S. 1 FGG. Soweit dem Stundungsantrag stattgegeben wird, ist ein Zahlungszeitpunkt und ein Zahlungsmodus (evtl. bei Ratenzahlung auch Verfallklausel) festzusetzen.

Des Weiteren ist eine Verzinsung festzulegen, §§ 2331a, 1382 Abs. 4 BGB. Auf Antrag des Pflichtteilsberechtigten kann das Nachlassgericht zugleich die Verpflichtung des Erben zur Zahlung des Pflichtteilsanspruchs aussprechen, was einen Vollstreckungstitel schafft (§ 53a Abs. 2 S. 2, Abs. 4 FGG).

Rechtsmittel ist die sofortige Beschwerde (§ 60 Abs. 1 Nr. 6 FGG) innerhalb der Frist des § 22 Abs. 1 S. 1 FGG.

VIII. Änderung der Pflichtteilsentziehungsvorschriften der §§ 2333ff BGB

§ 2333ff BGB sollen wie folgt geändert werden (Die Änderung ist jeweils fett gedruckt):

§ 2333

Entziehung des Pflichtteils

(1) Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn der Abkömmling

*1. dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser **ähnlich nahe stehenden Person** nach dem Leben trachtet,*

*2. sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen **eine der in Nr. 1 bezeichneten Personen** schuldig macht,*

*3. die **ihm** dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt,*

4. wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wird und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Gleiches gilt, wenn die Unterbringung des Abkömmlings in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt wegen einer ähnlich schwerwiegenden vorsätzlichen Tat rechtskräftig angeordnet wird.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für die Entziehung des Eltern- oder Ehegattenpflichtteils

§§ 2334 und 2335 BGB werden aufgehoben.

§ 2336

Form, Beweislast, Unwirksamwerden

(1) Die Entziehung des Pflichtteils erfolgt durch letztwillige Verfügung.

*(2) Der Grund der Entziehung muss zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden. **Für eine Entziehung nach § 2333 Abs. 1 Nr. 4 muss zur Zeit der Errichtung die Tat begangen sein und der Grund für die Unzumutbarkeit vorliegen; beides muss in der Verfügung angegeben werden.***

(3) Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht.

§ 2336 Abs. 4 BGB wird aufgehoben.

Die Verzeihungsvorschrift des § 2337 BGB bleibt unverändert.

1. Probleme des geltenden Rechts:

Die Pflichtteilsentziehung ist der schwerste Eingriff in die schützenswerte Position des Pflichtteilsberechtigten und gleichzeitig die weitestgehende Ausübung der Testierfreiheit.

Jeder Notar hat(te) in der Praxis mindestens einen Fall eines Erblassers, der unbedingt ein Kind von jeder Teilhabe am Nachlass ausschließen will. Das Kind soll ausdrücklich auch keinen Pflichtteil bekommen.

Der Notar tut sich nach der jetzigen Rechtslage schwer, dem Erblasser die Möglichkeiten der §§ 2333ff BGB darzustellen und dann meistens zu antworten, dass die Pflichtteilsentziehung in der Praxis nur sehr selten erfolgreich sein wird.

Das geltende Pflichtteilsentziehungsrecht ist nach der Gesetzesbegründung nicht mehr zeitgemäß.

Dies gilt insbesondere für den Pflichtteilsentziehungsgrund des § 2333 Nr. 5 BGB (unsittlicher und ehrloser Lebenswandel).

Der letztgenannte Entziehungsgrund sollte die Familienehre schützen, er hat heute allerdings kaum noch einen Anwendungsbereich. Als Beispiele nennt die Gesetzesbegründung gewerbliche Unzucht, Zuhälterei, gewerbsmäßiges Glücksspiel, Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung oder Menschenhandel[73]. Früher wurden auch eheähnliches Zusammenleben („wilde Ehe“) oder homosexuelle Beziehungen als Entziehungsgründe diskutiert. Sowohl rechtlich als auch gesellschaftlich kommt dies heute natürlich nicht mehr in Frage. Auch das frühere Paradebeispiel der Landstreicherei ist praktisch nicht mehr relevant.

Rechtsprechung zu § 2333 Nr. 5 BGB fehlt aber fast gänzlich, die oben angeführte Antwort des Notars scheint also zu stimmen.

Der durch die Pflichtteilsentziehungsgründe geschützte Personenkreis ist sehr eng.

[73] siehe RegE S. 48 zu Nr. 28; Staudinger/Olshausen, aaO, § 2333 Rnr. 22

Ein Mordversuch an einem Ehegatten des Erblassers kann diesen zwar berechtigen, den Pflichtteil zu entziehen, ein Mordversuch an der Lebensgefährtin des Erblassers ist pflichtteilsrechtlich jedoch irrelevant.

Der Reformbedarf liegt hier auf der Hand.

Ferner werden die Entziehung des Pflichtteils eines Abkömmlings, eines Elternteils oder des Ehegatten unterschiedlich geregelt.

Eine körperliche Misshandlung des Abkömmlings gegen den Vater kann diesen zur Pflichtteilsentziehung berechtigen, § 2333 Nr. 2 BGB. Der Abkömmling, z.B. die Tochter, kann dem Vater wegen dessen körperlicher Misshandlung jedoch nicht den Pflichtteil entziehen, da § 2334 nicht auf § 2333 Nr. 2 BGB verweist.

Das elterliche Züchtigungsrecht, das diese Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte, ist jedoch schon lange abgeschafft.

Dem Regierungsentwurf ist daher uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er davon spricht, dass eine Überarbeitung der Pflichtteilsentziehungsgründe notwendig ist.[74]

Hierbei waren jedoch auch die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem Beschluss vom 19.04.2005 zu beachten.[75]

Demnach muss es eine grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass geben (Erbrechtsgarantie Art. 14 I 1 mit Art. 6 I GG).

Die derzeitigen Pflichtteilsregelungen und insbesondere die Pflichtteilsentziehungsgründe gem. § 2333 Nr. 1 und 2 BGB sind jedoch mit dem Grundgesetz vereinbar.

Das Bundesverfassungsgericht unterstützt in diesem Beschluss dabei auch die ständige Rechtsprechung, dass Voraussetzung für eine Pflichtteilsentziehung in jedem Fall, also auch im Fall des § 2333 Nr. 5 BGB ein schuldhaftes Verhalten des Pflichtteilsberechtigten ist[76].

Das Bundesverfassungsgericht wollte die Entziehung des Pflichtteils aber nicht schon allein deshalb ausgeschlossen wissen, weil dem Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten kein Verschulden im strafrechtlichen Sinne zugrunde lag.

Es hat bei seinen Anforderungen an die Pflichtteilsentziehungsgründe vielmehr darauf abgestellt, ob das Fehlverhalten so schwerwiegend ist, dass es für den Erblasser letztlich unzumutbar ist „eine seinem Willen widersprechende Nachlassteilhabe des Kindes hinzunehmen“.[77]

Einer allgemeinen „Zerrüttungs- und Entfremdungsklausel“ erteilte das Bundesverfassungsgericht aber auf jeden Fall eine klare Absage.[78]

2. Reformvorschlag:

Die Gesetzesbegründung erkennt, dass nach geltendem Recht der durch §§ 2333 ff BGB geschützte Personenkreis zu eng ist.

So ist beispielsweise eine schwere Misshandlung eines Kindes des Pflichtteilsberechtigten kein Pflichtteilsentziehungsgrund, weil Abkömmlinge nicht unter § 2333 Nr. 2 oder 3 BGB fallen.

Ferner ist die unterschiedliche Behandlung von Abkömmlingen, Ehegatten und Eltern nicht gerechtfertigt.

Die Entziehung eines Pflichtteils soll daher nach § 2333 I, II BGB-E einheitlich und liberaler geregelt werden, §§ 2334, 2335 und 2336 IV BGB sollen aufgehoben werden.

Im einzelnen ergeben sich **folgende Änderungen** gegenüber dem geltenden Recht:

(1) Erweiterung des geschützten Personenkreises:

Bisher kommt eine Pflichtteilsentziehung nur in Betracht, wenn sich ein Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erblasser, seinen Ehegatten, Lebenspartner oder einen Abkömmling des Erblassers richtet (bei den einzelnen Entziehungsgründen sind teilweise nur Erblasser, Ehegatte und Lebenspartner geschützt).

Nach dem Regierungsentwurf soll künftig allgemein ein schweres Fehlverhalten im Sinne des § 2333 I Nr. 1, 2 BGB-E gegenüber dem Erblasser, seinem Ehegatten/Lebenspartner oder einem Abkömmling des Erblassers ausreichend sein.

Künftig soll ein solches Fehlverhalten, auch wenn sich dieses gegen eine dem Erblasser in ähnlicher Weise nahe stehende Person richtet, ein Pflichtteilentziehungsgrund sein. Hierunter werden insbesondere nichteheliche Lebenspartner und Stiefkinder des Erblassers fallen, die mit dem Erblasser in einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft leben.

Man wird dieses Näheverhältnis im Einzelfall feststellen müssen, eine abstrakte Betrachtung wird wohl nicht möglich sein.

(2) Streichung des Entziehungsgrundes des unsittlichen und ehrlosen Lebenswandels nach § 2333 Nr. 5 BGB

(3) Streichung des Entziehungsgrundes der vorsätzlichen körperlichen Misshandlung, § 2333 Nr. 2 BGB

Künftig wird eine solche Misshandlung eine Entziehung des Pflichtteils nur rechtfertigen, wenn sie ein Verbrechen oder ein schweres vorsätzliches Vergehen im Sinne des § 2333 I Nr. 2 BGB-E darstellt.

(4) Die einzelnen Pflichtteilsentziehungsgründe nach dem Regierungsentwurf:

a) Schwere Verfehlungen gegen den Erblasser oder nahe Angehörige

Eine Pflichtteilsentziehung soll nach dem Regierungsentwurf dann möglich sein, wenn der Pflichtteilsberechtigte dem Erblasser, einem Ehegatten/Lebenspartner, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Person:

- nach dem Leben trachtet (§ 2333 I Nr. 1 BGB-E) oder
- sich gegen eine solche Person eines Verbrechens oder schweren vorsätzlichen Vergehens schuldig macht (§ 2333 I Nr. 2 BGB-E)

Die Tatbestandsvoraussetzungen „nach dem Leben trachten“ und „Verbrechen oder schweres vorsätzliches Vergehen“ sind im geltenden Recht in § 2333 Nr. 1 und 3 BGB enthalten. Nach dem Regierungsentwurf werden sie jedoch auch zur Anwendung kommen, wenn der genannte erweiterte Personenkreis von der Tat betroffen ist.

[74] RegE S. 48 zu Nr. 28
[75] BVerfG MittBayNot 2006 S. 512
[76] OLG Düsseldorf NJW 1968, 944; OLG Hamburg 1988, 977; KG, OLGRspr. 21,344; MüKoBGB/Lange, aaO, § 2333 RNr. 3; Staudinger/Olshausen, aaO, Vor §§ 2333ff RNr. 4, BVerfG aaO S. 515f
[77] RegE S. 55 zu Nr. 28
[78] BVerfG aaO S. 515

Verbrechen oder schwere vorsätzliche Vergehen beurteilen sich wie bisher. Bezug genommen wird auf Begriffe des Strafrechtes.

Verbrechen sind nach § 12 I StGB rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind, beispielsweise sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung (§ 177 StGB), Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), Geiselnahme (§ 239b StGB) oder Raub (§ 249 StGB).

Vergehen sind nach § 12 II StGB rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe als 1 Jahr oder mit Geldstrafe bedroht sind.

Wann ein schweres vorsätzliches Vergehen vorliegt, richtet sich nach geltendem Recht nach den Umständen des Einzelfalls.

Erforderlich ist nach geltendem Recht, dass das Vergehen eine schwere Kränkung des Erblassers bedeutet. Künftig wird wohl auch eine schwere Kränkung einer betroffenen, von § 2333 BGB-E geschützten Person ausreichen[79].

Eine grobe Beleidigung reicht jedoch nach geltendem Recht in der Regel nicht für ein schweres vorsätzliches Vergehen aus[80]. Diese zurückhaltende Rechtsprechung wird auch auf die Rechtslage des Regierungsentwurfs zu übertragen sein, insbesondere wird auch nach neuem Recht der Unwertgehalt eines Vergehens mit anderen Pflichtteilsentziehungsgründen vergleichbar sein müssen, insbesondere mit dem Entziehungsgrund nach § 2333 Nr. 4 BGB, der eine Verurteilung zu einem Jahr Freiheitsstrafe voraussetzt.

Das Verbrechen oder Vergehen muss sich gegen den Erblasser oder gegen einen nahen Angehörigen im Sinne des § 2333 I Nr. 1, 2 BGB-E richten. Es kann sich hierbei um Straftaten gegen das Leben, den Körper oder das Vermögen des Erblassers oder eines nahen Angehörigen handeln. Beispielsweise fallen auch Diebstahl, Betrug und andere gegen Personen gerichtete Vermögensdelikte darunter, sofern diese Verbrechen oder schwere Vergehen sind.

Für eine Pflichtteilsentziehung nach § 2333 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB-E ist **-anders als beim Entziehungsgrund nach Nr. 4 BGB-E**- keine strafgerichtliche Verurteilung erforderlich, die Zivilgerichte sind an Entscheidungen der Strafgerichte auch nicht gebunden[82]

b) böswillige Verletzung der gegenüber dem Erblasser gesetzlich bestehenden Unterhaltspflicht, § 2333 I Nr. 3 BGB-E

Hier fällt auf, dass -wie nach geltendem Recht- nur die Verletzung der gegenüber dem Erblasser bestehenden Unterhaltspflicht den Tatbestand erfüllen kann.

Eine böswillige Verletzung liegt nach geltendem Recht nur vor, wenn neben der Nichtleistung noch eine verwerfliche Gesinnung des Pflichtteilsberechtigten hinzukommt[83].

Wie bisher liegt eine Verletzung der Unterhaltspflicht nicht vor, wenn die tatsächliche Pflege des Erblassers verweigert wird, geschuldet wird nur Barunterhalt, eine Pflege kann nicht erzwungen werden.

Der Entziehungsgrund dürfte wie bisher kaum bedeutsam sein, weil die Frage, ob eine Pflichtteilsentziehung möglich ist bei einem Erblasser, der auf Unterhalt angewiesen ist oder war, kaum die Gerichte beschäftigen wird.

c) Strafgerichtliche Verurteilung

Neu ist der Entziehungsgrund des § 2333 I Nr. 4 BGB-E, der insbesondere den bisherigen § 2333 Nr. 5 BGB auffangen soll.

Die **Voraussetzungen** für eine Pflichtteilsentziehung nach Nr. 4 sind:

aa) Der Pflichtteilsberechtigte muss wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt sein.

Der Regierungsentwurf betritt hier Neuland, indem er eine Pflichtteilsentziehung von der Rechtskraft eines strafgerichtlichen Urteils abhängig macht. Dadurch wird bei § 2333 I Nr. 4 BGB-E auch eine gewisse Bindung der Zivilgerichte an strafgerichtliche Entscheidungen erreicht.

Der Tatbestand fordert die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung von mindestens einem Jahr. Ferner wird eine vorsätzliche Straftat gefordert, eine Verurteilung wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts genügt nicht.

Im Gegensatz zu § 2333 I Nr. 1 und 2 BGB-E fordert § 2333 I Nr. 4 BGB-E nicht, dass sich das Verbrechen oder Vergehen gegen den Erblasser oder einen nahen Angehörigen desselben richtet. Vielmehr reichen hier auch nicht personenbezogene Delikte, wie bspw. Hehlerei, Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung oder Delikte, die gegen andere Personen als den Erblasser oder nahe Angehörige desselben gerichtet sind, aus, wenn die weiteren Voraussetzungen des Entziehungsgrundes gegeben sind.

Zu beachten ist hier, dass nach § 2336 II 1 BGB der Grund der Entziehung zur Zeit der Pflichtteilsentziehung durch letztwillige Verfügung bestehen muss. Dies war nach dem ursprünglichen Referentenentwurf dann problematisch, wenn das strafgerichtliche Verfahren -das sich durch alle Instanzen sehr lange ziehen kann - bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen nicht abgeschlossen gewesen wäre, eine Verurteilung aber zu erwarten war.

Die Formulierung hatte nach dem Referentenentwurf zur Folge, dass während einem laufenden Strafgerichtsverfahren der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten nicht wirksam den Pflichtteil entziehen konnte, wenn kein Fall des § 2333 I Nr. 1 oder 2 BGB-E vorliegt, er musste vielmehr die rechtskräftige Verurteilung erleben oder bis zu diesem Zeitpunkt testierfähig sein.

Im Regierungsentwurf wurde aber § 2336 II 2 BGB-E eingefügt, wonach es ausreicht, wenn lediglich die begangene Tat und die Gründe der Unzumutbarkeit für den Erblasser in der Verfügung von Todes wegen angegeben werden.

Das Kriterium der Rechtskraft nach § 2333 I Nr. 4 BGB-E sollte lediglich die Pflichtteilsentziehung erleichtern und ein einfach nachprüfbares Kriterium sein.

Damit kann ein Erblasser schon gleich nach der Tat dem betreffenden Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil entziehen und muss nicht erst die Rechtskraft des strafrechtlichen Urteils abwarten.

Dies erscheint aufgrund der strafrechtlichen Unschuldvermutung vielleicht auf den ersten Blick überraschend, vermeidet aber die vorstehend dargestellten die Probleme, die noch der Referentenentwurf aufwarf.

[79] zum geltenden Recht BGH NJW 1974, 1085
[80] OLG Celle, RPfleger 1992, 523 „notorischer Trinker und Schnapsreisende"; RG Recht 1916 Nr. 1913 „Bestie in Menschengestalt"
[81] LG Hannover Rpfleger 1992, 253
[82] zum geltenden Recht MünchKommBGB/ Frank, aaO, § 2333 Rn. 11
[83] Staudinger/v. Olshausen, aaO, Rn. 16; MünchKommBGB/ Frank, aaO, Rn. 12

Die Rechtskraft des Urteils selbst kann dann erst später nach dem Regierungsentwurf sogar erst nach dem Erbfall (!) eintreten.[84] Kurioserweise könnte somit der Fall eintreten, dass zunächst beim Erbfall der Pflichtteil zu Recht verlangt wird, später aber wieder zurückgegeben werden muss.

Liegt natürlich ein Entziehungsgrund nach § 2333 I Nr. 1 oder 2 BGB-E vor, kann die Entziehung unabhängig von einer strafgerichtlichen Verurteilung erfolgen, das Delikt muss sich aber dann gegen den Erblasser oder einen nahen Angehörigen gerichtet haben.

bb) Ferner muss dem Erblasser aufgrund der strafgerichtlichen Verurteilung die Teilhabe des Pflichtteilsberechtigten am Nachlass unzumutbar sein.

Gefordert wird, dass die Beteiligung des Pflichtteilsberechtigten am Nachlass des Erblassers für diesen unzumutbar ist. Dies entspricht auch einer Forderung des Bundesverfassungsgerichts.[85] Nach der Entwurfsbegründung soll Unzumutbarkeit vorliegen, wenn die Straftat den persönlichen in der Familie gelebten Wertvorstellungen des Erblassers in hohem Maße widerspricht.

Die Entwurfsbegründung macht damit ein subjektives Element zur Tatbestandsvoraussetzung. Bei der Auslegung dieses Merkmals kommt es nach der Entwurfsbegründung auf die persönlichen Wertvorstellungen des Erblassers an, die bei der Abwägung zu berücksichtigen sind. Dies ist insofern unproblematisch, als eine objektive Anknüpfung bereits über das Merkmal der strafrechtlichen Verurteilung erreicht wird und auch die Frage, ob die Pflichtteilsbeteiligung trotz Verstoßes gegen subjektive Wertvorstellungen noch zumutbar ist, objektiv beurteilt wird.

Die Entwurfsbegründung will weiter eine Vermutung für das Vorliegen des Merkmales der Unzumutbarkeit aufstellen, wenn das Tatbestandsmerkmal der strafrechtlichen Verurteilung siehe oben erfüllt ist.[86]

Unzumutbarkeit sei aber zu verneinen, wenn der Erblasser sich selbst einer entsprechenden Straftat schuldig gemacht hat oder er gar selbst an der Straftat des Pflichtteilsberechtigten beteiligt gewesen sei, als Mittäter oder Teilnehmer.

Neben der Unzumutbarkeit der Beteiligung fordert der Tatbestand noch eine Kausalitätsbeziehung. Die Unzumutbarkeit muss aufgrund der strafgerichtlichen Verurteilung bestehen.

Ein Verschulden des Pflichtteilsberechtigten wird aber nach dem Regierungsentwurf in Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht nicht mehr gefordert.[87] Insofern wird sich die Rechtsprechung wohl ändern müssen.

Bei der Unzumutbarkeit für den Erblasser ist an seine Wertvorstellungen anzuknüpfen. Es kann für ihn regelmäßig nur einen geringen Unterschied machen, ob der Pflichtteilsberechtigte die Tat im Zustand der Schuldfähigkeit oder nicht begangen hat.

Nach dem Regierungsentwurf soll die Pflichtteilsentziehung somit auch möglich sein, wenn der Pflichtteilsberechtigte in einem psychiatrischen Krankenhaus bspw. wegen Kindesmissbrauchs untergebracht ist, auch wenn im strafgerichtlichen Verfahren eine Freiheitsstrafe wegen Schuldunfähigkeit nicht möglich war.

Für die Wertvorstellungen des Erblassers wird dies trotzdem keinen Unterschied machen. Hier kann es also wieder unterschiedliche Entscheidungen der Straf- und der Zivilgerichte geben.

(5) Die Verzeihungsvorschrift des § 2337 BGB bleibt unverändert.

Insofern ergeben sich also keine Änderungen zur jetzigen Rechtslage.

Wie bisher wird also die formwirksame Pflichtteilsentziehung unwirksam, wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten verziehen hat, z.B. wenn er ihm zu verstehen gegeben hat, dass dessen Straftat gem. § 2333 Nr. 4 BGB-E keinen Einfluss auf deren Verhältnis hat.

Ungeklärte Fragen des Reformvorschlags

Die Reform der §§ 2333ff BGB ist zu begrüßen.

Wie schon erwähnt, entsprach die geltende Regelung nicht mehr der Lebenswirklichkeit und war praxisuntauglich.

Aufgrund der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts konnte der Gesetzgeber die Pflichtteilsentziehung dem Erblasser auch nicht „zu einfach“ machen.

Gegen die Abschaffung des § 2333 Nr. 5 BGB wird kaum ein Rechtsanwender Einwände haben.

Der Regierungsentwurf hat durch den neuen § 2333 Nr. 4 BGB-E einen neuen, praxistaugliceren Entziehungsgrund zu schaffen.

Zum Teil wird kritisiert, dass die darin enthaltene Voraussetzung der Unzumutbarkeit zu rechtlichen Auseinandersetzungen führen wird.[88] Ob dies der Fall ist wird die Praxis zeigen. Da jedoch der Pflichtteilsentziehung fast zwangsläufig ein Streit der Beteiligten vorausgehen wird, ist das Kriterium der Unzumutbarkeit natürlich ein Einfallstor für einen Rechtsstreit.

Die rechtskräftige Verurteilung des Pflichtteilsberechtigten ist nun nicht mehr zum Zeitpunkt der Verfügung von Todes wegen für die Pflichtteilsentziehung erforderlich.

Es genügt die Angabe der Tat in der Verfügung von Todes wegen und die Darlegung der Gründe für die Unzumutbarkeit für den Erblasser. Da die Rechtskraft des Urteils jedoch erst viel später eintreten kann, besteht somit eine gewisse Unsicherheit, ob die Pflichtteilsentziehung wirksam ist, die sogar bis über den Erbfall hinaus dauern kann.

Dies ist aber nach dem Regierungsentwurf ausdrücklich vom Gesetzgeber in Kauf genommen worden.

Ebenfalls ist aus notarieller Sicht zu bedauern, dass die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast in der Verfügung von Todes wegen gem. § 2336 BGB nicht gesenkt wurden.[89]

Gerade hier tut sich die notarielle Praxis schwer. Dies gilt vor allem deshalb, weil der Notar ansonsten aufgrund der Vermeidung der Anfechtung wegen Motivirrtums eher versucht, möglichst keine Begründungen und Motive im Testament zu erwähnen

Bei der Pflichtteilsentziehung gilt aber genau das Gegenteil, hier gilt eher „je mehr desto besser“.

Denn gem. § 2336 BGB-E muss wie bisher der Grund der Entziehung zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden.

[84] RegE S. 56 zu Nr. 30
[85] BVerfG aaO S. 515
[86] RegE S. 54 zu Nr. 28
[87] RegE S. 55 zu Nr. 28
[88] Bonefeld/Lange/Tanck, aaO S. 298
[89] so auch Bonefeld/Lange/Tanck, aaO S. 298

Bei § 2333 I Nr. 4 BGB-E muss also z.B. sowohl die Straftat als auch die Unzumutbarkeit für den Erblasser sich aus der Verfügung ergeben.

Dadurch soll ein Nachschieben von Gründen vermieden werden.

Hier wäre eine weitere Erleichterung aus Sicht der (notariellen) Praxis auf jeden Fall wünschenswert.

Ungeklärt ist auch, was mit bisherigen Testamenten geschieht, in denen der Pflichtteil gem. § 2333 Nr. 5 BGB a.F. „wirksam" entzogen wurde. Nach der Übergangsvorschrift Art. 229 § x Abs. 5 EGBGB-E kommt es ausschließlich darauf an, wann der Erbfall eintritt, eine Art Vertrauensschutz hat der Gesetzgeber hier nicht vorgesehen.

Ob dies verfassungsgemäß ist, muss bezweifelt werden.

Dies ist umso mehr problematisch, weil wie vorstehend erläutert hohe Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast gestellt werden, und die Gefahr besteht, dass deshalb die Pflichtteilsentziehung scheitert, obwohl womöglich auch die Voraussetzungen des § 2333 I Nr. 4 BGB-E vorliegen würden.

3. Folgerungen für die Praxis:

Die Pflichtteilsentziehung wird auch künftig nur unter erheblichen Hürden in Ausnahmefällen möglich sein.

Die eingangs erwähnte Antwort des Notars an einen Erblasser, der die Pflichtteilsentziehung wünscht, wird daher leider auch künftig kaum anders ausfallen.

Der geschützte Personenkreis ist moderat erweitert worden und ermöglicht insbesondere bei Verbrechen oder schweren vorsätzlichen Vergehen, z.B. eines schweren Betruges gegen den Lebensgefährten des Erblassers, ggf. die Pflichtteilsentziehung.

Der Entziehungsgrund des unsittlichen oder ehrlosen Lebenswandels ist beseitigt.

Wie bisher kann eine Pflichtteilsentziehung nur erfolgen, wenn der Pflichtteilsentziehungsgrund bereits bei Errichtung der entziehenden Verfügung bestand. Dies kann insbesondere beim Entziehungsgrund nach § 2333 I Nr. 4 BGB-E problematisch sein.

Wie nach geltendem Recht muss sich der Entziehungsgrund aus der letztwilligen Verfügung ergeben, die Angabe muss hinreichend konkret erfolgen. Ferner muss derjenige, der sich auf die Pflichtteilsentziehung beruft, das Vorliegen des Grundes beweisen, siehe § 2336 III BGB.

Auch die Verzeihungsvorschrift des § 2337 BGB bleibt unverändert.

Weiter ist auch hier wichtig, dass die Neuregelung nach Art. 229 § x Abs. 5 EGBGB-E für alle Erbfälle gilt, die nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes eintreten(!).

D.h. der nachfolgende Formulierungsvorschlag könnte schon in einem heute errichteten Testament auftauchen, die Pflichtteilsentziehung wäre wirksam, wenn der Erbfall nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes eintritt.

Sollte also bereits heute ein derartiges Testament errichtet werden, sollte darauf hingewiesen werden, dass es nur dann gültig wird, wenn der Erblasser nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes verstirbt.

Die notarielle Praxis wird sich also bei der Formulierung von Pflichtteilsentziehungen im Testament zunächst darauf einstellen müssen, dass neben dem aktuellen Gesetzeswortlaut auch der künftige Gesetzeswortlaut zu beachten ist.

Formulierungsvorschlag im Testament (nach § 2333 Nr. 4 BGB-E):

Ich enterbe meinen Sohn A und entziehe ihm den Pflichtteil gem. § 2333 Nr. 4 BGB.

A wurde am 10.10.2006 wegen Mordes an seiner eigenen Tochter und somit meiner Enkelin X vom Landgericht Hechingen zu einer Freiheitsstrafe von 15 Jahren ohne Bewährung verurteilt (Az.: XXXX). Rechtsmittel wurden keine eingelegt. A ist momentan in der JVA Ulm inhaftiert.

Diese Tat kann ich A nicht verzeihen, ich habe ihm bisher nicht verziehen und werde ihm wohl auch niemals verzeihen.

Jegliche Teilhabe des A an meinem Nachlass ist deshalb für mich unzumutbar.

Meine Enkelin X war für mich mein alles. Zudem widersprich diese Tat meinen und den in unserer Familie gelebten Wertvorstellungen in besonders hohem Maße.

Ein Ideal für mich und unsere Familie war immer die Gewaltfreiheit und der Einsatz für ein friedfertiges Miteinander.

Sowohl in der Erziehung meines Sohnes A, als auch in der Erziehung meiner übrigen Kinder, habe ich immer darauf geachtet, zu vermitteln, dass Probleme mit gewaltfreien Mitteln z.B. durch Gespräche zu lösen sind.

Ein Mord als in meinen Augen größtmögliche Ausübung der Gewalt ist unverzeihlich.

Daher liegen die Voraussetzungen der Pflichtteilsentziehung vor.

Sollte aus irgendwelchen Gründen diese Pflichtteilsentziehung unwirksam sein, so bleibt trotzdem auf jeden Fall die Enterbung meines Sohnes A bestehen.

Mehr als den Pflichtteil als gesetzliche Mindestbeteiligung am Nachlass soll A nicht erhalten.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass die Pflichtteilsentziehung nach § 2333 Nr. 4 BGB n.F. nur dann wirksam wird, wenn der Erblasser nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts ver-stirbt. Auch in diesen Fall sollte die Anordnung nach Inkrafttreten des genannten Gesetzes vorsorglich wiederholt werden.

Dem Notar ist eventuell auch zu empfehlen, alte Testamente und Erbverträge durchzusehen, ob der Pflichtteil gem. § 2333 Nr. 5 a.F. entzogen wurde, und den betreffenden Erblasser anzuschreiben, ob nicht evtl. ein Nachtrag sinnvoll ist.

IX. Änderung der erb- und familienrechtlichen Sonderverjährung

Auswahl der geänderten Vorschriften:

§ 197 BGB (Aufhebung der erb- und familienrechtlichen Sonderverjährung gem. Abs. 1 Nr. 2 und Regelung dass bei § 2018 BGB, § 2130 und § 2362 BGB weiterhin Verjährung erst nach 30 Jahren), §§ 1302, 1378, 1836e und 2332 BGB (jeweils jetzt Regelverjährung)

Insbesondere § 199 BGB und § 207 BGB sollen wie folgt ge-

ändert werden (Die Änderung ist fett gedruckt):

§ 199

Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist und Verjährungshöchstfristen

(1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem

1. der Anspruch entstanden ist und

2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit er-langen müsste.

(2) und (3) unverändert

(3a) Ansprüche, die auf einem Erbfall beruhen oder deren Geltendmachung die Kenntnis einer Verfügung von Todes wegen voraussetzt, verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Entstehung des Anspruchs an.

(4) Andere Ansprüche als die nach den Absätzen 2 und 3a verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von der Entstehung an.

§ 207

Hemmung der Verjährung aus familiären und ähnlichen Gründen

(1) Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solan-ge die Ehe besteht. Das gleiche gilt für die Ansprüche zwischen

1. Lebenspartnern, solange die Lebenspartnerschaft besteht

2.dem Kind und

a) seinen Eltern oder

b) dem Ehegatten oder Lebenspartner eines Elternteils

bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes

3. bis 5., Satz 2 und Absatz 2 sind unverändert.

1. Probleme des geltenden Rechts:

Durch die Schuldrechtsreform sind zum 01. Januar 2002 unter anderem auch die Verjährungsvorschriften grundlegend neu strukturiert worden.

In den meisten Fällen gilt seither eine dreijährige Regelverjährung mit kenntnisunabhängigen Höchstfristen von zehn oder 30 Jahren.

Für familien- und erbrechtliche Ansprüche gilt jedoch eine allgemeine Sonderverjährung von 30 Jahren gem. § 197 I Nr. 2 BGB.

In der Literatur wurde deshalb immer wieder diskutiert, welche Ansprüche nun genau unter die Regelverjährung und welche unter die Ausnahmen fallen. Gilt § 197 I Nr. 2 BGB für jeden Anspruch aus dem fünften Buch des BGB?

Auch der Regierungsentwurf spricht von Wertungsunterschieden, die der beabsichtigten Rechtsklarheit und -sicherheit widersprechen. Die beabsichtigte Vereinheitlichung der Verjährungsvorschriften sollte im Reformvorschlag weiter getrieben werden.[90]

Insbesondere die lange Haftung eines Vormunds, Pflegers, Betreuers oder auch Testamentsvollstreckers passt zu den übrigen nach der kurzen Regelverjährung verjährenden Ansprüchen anderer „Beauftragter" nicht.

Daher soll neben den oben aufgeführten Änderungen des Erb- und Pflichtteilsrechts auch eine Anpassung der Verjährungsvorschriften erfolgen.

Daneben wird die Hemmung von Ansprüchen im Zusammenhang mit dem Eltern-Kind-Verhältnis gem. § 207 BGB während der Minderjährigkeit als zu kurz angesehen.

Häufig besteht auch nach der Vollendung des 18. Lebensjahrs ein enges familiäres Verhältnis und insbesondere eine finanzielle und wirtschaftliche Abhängigkeit des Kindes von den Eltern, z.B. wenn es noch zur Schule geht oder eine Ausbildung angefangen hat. Daher soll auch hier § 207 BGB geändert werden.

2. Reformvorschlag:[91]

Die familien- und erbrechtliche Sonderverjährung des § 197 I Nr. 2 BGB wird aufgehoben.

Auch diese Ansprüche verjähren nun in der Regelverjährung gem. § 195 BGB bzw. nach den allgemeinen Vorschriften.

Ausnahmen gelten lediglich für Ansprüche gegen den Erbschaftsbesitzer und den Vorerben auf Herausgabe. Für diese gilt weiterhin eine Sonderverjährung von 30 Jahren.

Zusätzlich wurde für mit einem Erbfall oder einer Verfügung von Todes wegen zusammenhängende Ansprüche gem. § 199 Abs. 3a BGB-E eine neue absolute Höchstfrist von 30 Jahren eingeführt.

Für die Übergangsvorschriften bei der Verjährung werden entsprechende Regelungen getroffen wie bei der Überleitung der Verjährungsvorschriften im Rahmen der Schuldrechtsreform. .

Demnach sind die neuen Verjährungsvorschriften auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes bestehenden aber noch nicht verjährten Ansprüche anzuwenden.

Die neue Verjährungsfrist läuft dann ab Inkrafttreten (z.B. ab 01.01.2009). Ist jedoch die alte Verjährungsfrist dann schon vor Ablauf der neuen Verjährungsfrist abgelaufen (also z.B. vor dem 01.01.2012), so gilt die alte Verjährungsfrist.

Beispiel:

Gegen einen Testamentsvollstrecker oder Betreuer gem. § 1896 BGB bestehen Schadensersatzansprüche aufgrund dessen Tätigkeit als Testamentsvollstrecker oder Betreuer aufgrund eines Vorfalls im Jahre 2007. (Ebenso bei Vergütung oder Rechnungslegung usw.)

Nach der Altregelung wäre dieser Anspruch erst nach 30 Jahren verjährt (§ 197 I Nr. 2 BGB).

Nach der Neuregelung verjährt der Anspruch schon nach drei Jahren seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes, vorausgesetzt, die Anspruchsinhaber haben die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis.

Nunmehr sind auch Regelungen über den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist möglich. Dies war seither umstritten.

[90] RegE S. 19

[91] ausführlich hierzu Roland ZErb 2007, 429ff

Die Hemmungsvorschrift des § 207 BGB wird erweitert:

Die Hemmung der Verjährung erfolgt bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs des Kindes.

Die weiteren Voraussetzungen, die der ursprünglich Referentenentwurf aufgestellt hat, nämlich: „soweit das Kind dem Hausstand der Eltern oder eines Elternteils angehört und sich in einer Ausbildung befinden oder erwerbslos ist" finden sich im Regierungsentwurf nicht mehr. Insofern ist also eine Vereinfachung erfolgt.

3. Folgerungen für die Praxis:

Auch wenn sich Notare anders als Rechtsanwälte im Rechtsalltag weniger mit (Verjährungs-)Fristen beschäftigen müssen, sind auch hier die Neuregelungen zu beachten.

Insbesondere im Hinblick auf eine etwaige Tätigkeit als Testamentsvollstrecker oder der Überprüfung von Vormündern oder Betreuern sollte man die erheblich kürzeren Verjährungsfristen im Auge behalten.

Dies gilt auch für die Erfüllung von Vermächtnissen.

Der hin und wieder gehörte Rat eines Notars mir der Erfüllung des (Grundstücks-)Vermächtnisses könnten sich die Beteiligten 30 Jahre Zeit lassen, ist künftig falsch.

Bei reinen Grundstücksvermächtnissen gilt nun die 10-Jahres-Verjährungsfrist gem. § 196 BGB.

Problematisch könnte die Verjährungsfrist sein, wenn ein Vermächtnisanspruch sich auf eine Sachgesamtheit bezieht, in der unter anderem auch Grundstücke sich befinden.

Verjährt dann der gesamte Anspruch in der Regelverjährung von drei Jahren oder muss man je nach Vermächtnisgegenstand trennen?

Richtigerweise wird hier auch für Grundstücke dann die dreijährige Regelverjährung gelten, da es sich um einen einheitlichen Anspruch handelt, der nur einheitlich verjähren kann.

Schon im Zusammenhang mit der Testamentseröffnung sollte man den Beteiligten raten, auch die angeordneten Vermächtnisse möglichst schnell zu erfüllen.

Wichtig ist dies auch im Zusammenhang mit dem häufig praktizierten württembergischen Testamentsmodell. Nach diesem Modell belässt man es bei der gesetzlichen Erbfolge, aber der überlebende Ehegatte erhält ein Nießbrauchsvermächtnis an den Erbteilen der Kinder oder an allen Nachlassgegenständen und er wird zum Testamentsvollstrecker ernannt.

Theoretisch müsste zur Erfüllung des Vermächtnisses bei den Erbteilen oder bei Grundstücken eine formgerechte (notarielle Beurkundung bei den Erbteilen!) Erfüllung des Nießbrauchsvermächtnisses erfolgen. Der Nießbrauch müsste beim Sachnießbrauch auch im Grundbuch eingetragen werden.

Bisher wurde dies in der Praxis so allerdings nicht gehandhabt. Passieren konnte nicht viel, da zum einen der Überlebende Testamentsvollstrecker war und zum zweiten die Verjährungsfrist für den Vermächtnisanspruch 30 Jahre betrug.

Dies gilt nun nicht mehr. Nach Ablauf der Verjährung darf der Überlebende die Vermächtnisse als Testamentsvollstrecker nicht mehr erfüllen, er würde pflichtwidrig handeln.

Drohen also Streitigkeiten zwischen überlebendem Ehegatten und den Kindern, sollte der Notar entweder von vorn herein von der genannten „württembergischen Lösung" abraten oder zumindest raten, die Vermächtnisse möglichst schnell zu erfüllen.

Sind keine Grundstücke im Nachlass vorhanden so hilft möglicherweise auch folgender Formulierungsvorschlag:

Formulierungsvorschlag im Testament:

Der Erstversterbende von uns ordnet folgendes Vermächtnis an:

Der Überlebende von uns erhält den lebenslänglichen Nießbrauch nach seiner Wahl an den Erbteilen der übrigen Erben oder an allen Nachlassgegenständen.....

Sollte hier verpasst werden, das Vermächtnis formgerecht an den Erbteilen der Abkömmlinge zu erfüllen, kann sich der Überlebende immer noch auf die formlos mögliche Erfüllung an den Nachlassgegenständen berufen. Problematisch wird allerdings auch die ggf. anderweitige Ausübung des Wahlrechts sein.

Am besten erscheint es aber künftig bei der Formulierung von Vermächtnissen auch eine Regelung zur Verjährung aufzunehmen.

Gem. § 202 II BGB kann die Verjährungsfrist bis auf 30 Jahre nach dem gesetzlichen Verjährungsbeginn verlängert werden. Dies ist künftig auch bei der genannten „ württ-tembergischen Lösung sinnvoll.

Formulierungsvorschlag im Testament:

Der Erstversterbende von uns ordnet folgendes Vermächtnis an:……..

Das Vermächtnis verjährt erst in 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn.

X. Änderung beim Zuwendungsverzicht § 2352 BGB

§ 2352 BGB soll wie folgt geändert werden (Die Änderung ist fett gedruckt):

§ 2352

Verzicht auf Zuwendungen

Wer durch Testament als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht ist, kann durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendung verzichten. Das Gleiche gilt für eine Zuwendung, die in einem Erbvertrag einem Dritten gemacht ist. Die Vorschriften der §§ 2347 bis 2349 BGB finden Anwendung.

1. Probleme des geltenden Rechts:

Bisher wirkte ein Zuwendungsverzicht nur für den Verzichtenden selbst, nicht auch für seine Abkömmlinge. Nach der h.M. wurde § 2349 BGB absichtlich nicht für entsprechend anwendbar erklärt.[92]

Die Abkömmlinge des Verzichtenden traten an seine Stelle, wenn sie ausdrücklich zu Ersatzerben berufen wurden oder wenn § 2069 BGB anwendbar war.

Dies wurde zum Teil als unbillig empfunden, insbesondere dann wenn der Verzichtende eine Abfindung für den Verzicht erhalten hat und somit sein Stamm „doppelt" bedacht wurde.

Die Rechtsprechung half sich zumindest bei § 2069 BGB damit, dass eine stillschweigende Ersatzberufung gem. § 2069 BGB nur dann angenommen wurde, wenn der Ver-

[92] z.B. Palandt/Edenhofer, aaO, Rn. 6 zu § 2352 BGB

zichtende nicht vollständig abgefunden wurde.[93] Dies wurde sogar auch dann teilweise so vertreten, wenn eine ausdrükkliche Ersatzerbeinsetzung der Abkömmlinge vorlag.[94]

2. Reformvorschlag:

Nach dem Regierungsentwurf soll die Testierfreiheit des Erblassers erweitert werden.[95]

Nunmehr soll § 2349 BGB ausdrücklich beim Zuwendungsverzicht für anwendbar erklärt werden.

Somit erstreckt sich beim Zuwendungsverzicht eines Abkömmlings oder Seitenverwandten des Erblassers der Verzicht auf seine Abkömmlinge, soweit nichts anderes bestimmt wird.

Dies gilt nach dem Regierungsentwurf sowohl für Erbeinsetzungen als auch für Vermächtnisse.

Es spielt dabei keine Rolle, ob für den Zuwendungsverzicht eine Abfindung gezahlt wurde oder ob er unentgeltlich vereinbart wurde. Die Regelungen der Rechtsprechung wurden nicht übernommen.

Ungeklärte Fragen des Reformvorschlags

Fraglich ist, ob allein durch die entsprechende Anwendung des § 2349 BGB alle Zweifelsfragen beim Zuwendungsverzicht beantwortet werden.

Probleme des § 2069 BGB könnten dadurch möglicherweise gelöst werden.

Unklar erscheint jedoch, ob auch ausdrückliche Ersatzerbeinsetzungen von Abkömmlingen oder von einzelnen Abkömmlingen durch Verzicht des Vorfahren ebenfalls entfallen.

Schließlich ist der Regelungsbereich des § 2349 BGB ursprünglich die gesetzliche Erbfolge, in der Abkömmlinge anstelle des Elternteils treten.

Beim Zuwendungsverzicht geht es jedoch um einen Verzicht auf eine durch Verfügung von Todes wegen ausdrücklich gemachte Zuwendung.

Entscheidend müsste hierbei der Wille des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung sein. Sind die Abkömmlinge nur reiner Ersatz für den Zunächstbedachten oder steckt dahinter ein eigener Regelungsgehalt?

Auslegungsprobleme ergeben sich somit auch noch nach der Neuregelung des § 2352 BGB.

3. Folgerungen für die Praxis:

Für die notarielle Praxis ist die Neuregelung zu begrüßen.

Der Zuwendungsverzicht erfährt eine Aufwertung, Zweifelsfragen werden abnehmen.

Zu begrüßen ist auch, dass die Erstreckung auf Abkömmlinge unabhängig von einer etwaigen Abfindung erfolgt.

Regelungen bleiben möglich, ist die Erstreckung nicht gewünscht, kann man diese Nichterstreckung notariell regeln. Demnach ist beim Zuwendungsverzicht künftig zu raten, einen kurzen Vermerk zur Erstreckung auf Abkömmlinge aufzunehmen, um den Beteiligten die Rechtsfolge klarzumachen und gegebenenfalls -sofern gewünscht- eine abweichende Regelung aufzunehmen.

[93] BGB NJW 1974, 43
[94] OLG Köln FamRZ 1990, 99
[95] RegE S. 58 zu Nr. 31

XI. Überleitungsvorschriften

Die Überleitungsvorschrift zu den hier besprochenen geplanten Änderungen soll wie folgt aussehen:

Art. 229 EGBGB § …

Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts

(1)bis (4) …

(5) Im Übrigen gelten für Erbfälle vor dem … (einsetzen: Datum des Inkrafttretens ach Art. 3 S.2 dieses Gesetzes), die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der vor dem …… (einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Art. 3 S.2 dieses Gesetzes) geltenden Fassung. Für Erbfälle seit dem … (einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Art. 3 S.2 dieses Gesetzes), gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem … (einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Art. 3 S.2 dieses Gesetzes) geltenden Fassung unabhängig davon, ob an Ereignisse aus der Zeit vor dem Inkrafttreten dieser Vorschriften angeknüpft wird.

Hiernach bleiben, wenn der Erbfall vor Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt ist, die bisher geltenden Vorschriften maßgebend.

Ist der Erbfall dagegen nach Inkrafttreten des Gesetzes eingetreten, finden die neuen Vorschriften Anwendung, unabhängig davon, ob diese an Ereignisse anknüpfen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt sind.

Diese Überleitung macht Sinn in den Fällen, in denen das Gesetz sowieso erst nach dem Erbfall zum Tragen kommt.

Tritt zum Beispiel der Erbfall nach Inkrafttreten des Gesetzes ein, so kann ein Erbe, der beschränkt oder beschwert im Sinne des § 2306 BGB ist, entscheiden, ob er den Erbteil mit Beschränkungen und Beschwerungen annimmt, oder ob er ihn ausschlägt und dafür den Pflichtteil verlangt.

In anderen Fällen überrascht diese Überleitungsvorschrift jedoch den Rechtsanwender. So kann bereits heute die Anrechnung von Zuwendungen durch Testament bestimmt werden, wenn nur der Erbfall erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes eintritt.

Bereits erbrachte Pflegeleistungen gem. § 2057b BGB-E sind nach den neuen Vorschriften auszugleichen, wenn nur der Erbfall nach dem Inkrafttreten des Gesetzes eintritt.

Man könnte daher auf die Idee kommen, schon in jetzigen Testamenten eine Art Ge-neralklausel einzufügen, um den Pflichtteil der Berechtigten zu reduzieren (siehe auch oben Abschnitt II).

> *Formulierungsvorschlag im Testament (nach § 2315 I 2 BGB-E)[96]:*
>
> *Vorsorglich verfüge ich gem. § 2315 I 2 BGB n.F., dass sich jeder Pflichtteilsberechtigte sämtliche Zuwendungen auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen muss, die er von mir in der Vergangenheit zu Lebzeiten erhalten hat. Hierunter fallen auch alle Zuwendungen aus Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall. Ich bin mir darüber bewusst, dass diese Verfügung nur wirksam wird, wenn bei meinem Tod die zitierte Gesetzesvorschrift in der Fassung des vorliegenden Regierungsentwurfes vom … in Kraft ist. Auch in diesen Fall sollte die Anordnung nach Inkrafttreten des genannten Regierungsentwurfes als Gesetz vorsorglich wiederholt werden.*

[96] Bonefeld/Lange/Tanck, aaO S. 300

Eine Empfehlung für die Praxis, in jedem Fall eine solche Generalklausel in Testamenten aufzunehmen, möchten wir jedoch nicht abgeben.[97]

In den meisten Fällen wird, mangels Pflichtteilsverlangen, die Klausel nicht benötigt. Und in den Fällen in denen sie möglicherweise zur Anwendung gelangt, provoziert sie geradezu einen Rechtsstreit. Besser erscheint es, hier konkrete Zuwendungen zu benennen, die sich der Pflichtteilsberechtigte anrechnen lassen muss.

Auch kann - wie schon erwähnt - die Pflichtteilsentziehung, wenn die Voraussetzungen vorliegen, schon heute durch Testament bestimmt werden, es kommt nur darauf an, wann der Erbfall eintritt.

Auch bei der Pflichtteilsergänzung gem. § 2325 BGB wird die Frage, ob das jetzige Alles-oder-Nichts-Prinzip oder die künftige pro-rata-Lösung gilt, allein durch den Zeitpunkt des Erbfalls entschieden. Der Zeitpunkt der Schenkung ist gleichgültig.

Beispiele:

1) Erblasser E schenkt im Januar 2005 seinem Sohn S ein Grundstück. Er hinterlässt bei seinem Tod im März 2009 seinen Sohn S und ein Testament, in dem er seine Freundin F zur Alleinerbin und hinsichtlich der im Jahr 2005 getätigten Schenkung die nachträgliche Anrechnung auf den Pflichtteil anordnet.

Der Pflichtteilsanspruch des S richtet sich nach dem neuen Recht, wenn das Gesetz vor März 2009 in Kraft getreten ist. D.h., dass sich S den Wert der Schenkung auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen muss.

2) Erblasser E schenkt seinem Sohn S 1995 ein Grundstück im Wert von € 100.000,-- ohne Ausgleichungsanordnung.

Nach Inkrafttreten des Gesetzes ordnet er durch Verfügung von Todes wegen die Ausgleichung an und enterbt S.

Die Ausgleichungsanordnung ist nach der Überleitungsvorschrift wirksam. Dass vor Inkrafttreten des Gesetzes eine nachträgliche Anrechnungsanordnung nur durch Pflichtteilsverzicht möglich gewesen wäre, ist unerheblich.

Ferner könnte E bereits heute vor Inkrafttreten des Gesetzes die Anrechnung durch Verfügung von Todes wegen vorsorglich anordnen. Maßgebend ist nach der Überleitungsvorschrift nur, dass E nach Inkrafttreten des Gesetzes stirbt.[98]

Ob diese Überleitungsvorschriften verfassungsgemäß sind oder eine echte Rückwirkung enthalten, weil auch für bereits abgeschlossene Vorgänge das neue Recht für anwendbar erklärt wird, bleibt abzuwarten.

Es spricht mehr dafür, dass auch dieser zum Teil rückwirkende Eingriff ins Pflichtteilsrecht möglich ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem bereits zitierten Beschluss vom 19.04.2005 dem Gesetzgeber durchaus einen Spielraum beim Erb- und Pflichtteilsrecht eingeräumt.

XII. Fazit der geplanten Neuregelungen

Im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsgebieten war das Erbrecht immer so etwas wie der ruhende Pol.

Änderungen gab es praktisch keine oder allenfalls geringe Anpassungen (z.B. beim Erbrecht nichtehelicher Kinder), das einmal erlernte Wissen konnte jahrelang angewandt werden.

Durch den vorliegenden Reformvorschlag wird zwar das Erb- und Pflichtteilsrecht nicht in seinen Grundfesten erschüttert, trotzdem ergeben sich überraschend viele Änderungen für die notarielle Praxis.

Obwohl zunächst nur ein Regierungsentwurf vorliegt, sollte sich die notarielle Praxis schon heute damit beschäftigen.

Zum einen werden im Gesetzgebungsverfahren wohl allenfalls marginale Verbesserungen erfolgen und kaum gravierende Änderungen des Reformvorschlags beschlossen werden, zum anderen sind durch die geplante Überleitungsvorschrift schon heutige Rechtsvorgänge betroffen.

Man denke nur an die geplante Änderung des. § 2325 BGB, wonach künftig die pro-rata-Lösung gilt. Bei der Beratung über eine Schenkung oder einen Übergabevertrag ist dies schon heute zu beachten.

Im Großen und Ganzen ergeben sich aber für die Praxis weitgehend erfreuliche Änderungen, die Position des Erblassers, insbesondere seine Testierfreiheit wird gestärkt, ohne jedoch die verfassungsrechtlich geschützte Position der Pflichtteilsbe-rechtigten völlig zu entwerten.

Insbesondere aus notarieller Sicht ergeben sich dabei einige neue Gestaltungsmöglichkeiten und auch die Beratung des Notars muss sich auf Neuerungen einstellen.

[97] a.A. Bonefeld/Lange/Tanck, aaO S. 300

[98] so auch Bonefeld/Lange/Tanck, ZErb 2007 S. 300

Impressum
Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V.. Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Schaal, Archivstraße 15A/B, 70031 Stuttgart (Tel. 0711/2123856). verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler. Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart. Kronenstaße 34 (Tel. 0711/2237951. Fax 0711/2237956. E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5. 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).

Das neue System von Steuervergünstigungen für die Übertragung von Betriebsvermögen nach dem geplanten Erbschaftsteuerreformgesetz

(von Prof. Dr. Thomas Reith, M.A., Rechtsanwalt und Notar, und Wolfgang Gehweiler, Württ. Notariatsassessor, beide Rechtsanwälte Reith Schick & Partner, Stuttgart)

Inhaltsverzeichnis

1. Hintergründe
2. Überblick über das Kombinationsmodell
3. Die Systematik des Kombinationsmodells
3.1. Einleitende Übersicht
3.2. Regelungen für Klein- und Kleinstbetriebe
3.3. Regelungen für mittlere Betriebe
3.4. Regelungen für „normale" Betriebe
3.4.1. Die Bedeutung von „mehr als 50 % Verwaltungsvermögen"
3.4.2. Die Behaltevoraussetzung nach § 13a Abs. 5 ErbStG-E
3.4.3. Die Lohnsummenvoraussetzung nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E
4. Einzelheiten zum Kombinationsmodell
4.1. Einleitende Übersicht
4.2. Verwaltungsvermögen i.S.v. § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E
4.3. Begünstigtes Vermögen i.S.v. § 13b Abs. 1 ErbStG-E
4.4. Lohnsumme i.S.v. § 13b Abs. 4 ErbStG-E
4.5. Ausgangslohnsumme i.S.v. § 13b Abs. 1 Satz 3 ErbStG-E
4.6. Sonstige Einzelheiten
4.7. Offene Fragen
5. Die persönlichen Freibeträge nach den §§ 16 und 17 ErbStG
6. Gegenüberstellung von altem Recht und neuem Recht

1. Hintergründe

Zwei Zielrichtungen bestimmten spätestens seit Mai 2002 – und seit Frühjahr 2004 mit zunehmender Intensität – die Diskussion um die erbschaft- und schenkungsteuerliche Besteuerung des Erwerbs von Betriebsvermögen.

1 Verfassungskonforme Bewertung von Immobilienvermögen und von Betriebsvermögen

Die sehr unterschiedliche Bewertung von Vermögen, insbesondere die erbschaftsteuerliche Besserstellung von Immobilienvermögen und von Betriebsvermögen im Vergleich zur Besteuerung sonstigen Vermögens, gehört zu den verfassungsrechtlichen Dauerproblemen des Erbschaftsteuerrechts und war spätestens mit dem Vorlagebeschluss des BFH vom 22.5.2002[1] an das Bundesverfassungsgericht seit Mai 2002 wieder in den Schlagzeilen. Mit dem sog. 2. Erbschaftsteuerbeschluss des BVerfG vom 7.11.2006, bekannt gegeben am 31.1.2007[2], wurde sodann die **Verfassungswidrigkeit der Bewertung von Immobilienvermögen und von Betriebsvermögen** festgestellt.

2 Erleichterungen von Betriebsübernahmen im Mittelstand

Seit 2004 gibt es das von der Politik propagierte Ziel, **Betriebsübergaben im Mittelstand zu erleichtern**[3]. Deshalb war in den zwei bis drei Jahren nach 2004 das dominierende politische Thema zur Erbschaftsteuerreform der **Unternehmensbereich**. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen durch die Regelungen des sog. Erbschaftsteuererleichterungsgesetzes **(ErbStErlG)**[4] Unternehmensnachfolgen (unter Lebenden oder von Todes wegen)

[1] S. BFH vom 22.5.2002, BStBl. 2002 II S. 598 ff..

[2] S. BVerfG vom 7.11.2006, ZEV 2007, S. 76 ff. (sog. 2. Erbschaftsteuerbeschluss des BVerfG). Diesem Beschluss ging voraus der sog. 1. Erbschaftsteuerbeschluss des BVerfG vom 22.6.1995, BStBl. 1995 II S. 671 ff.. Vgl. auch Eisele, Verfassungswidrigkeit der Erbschaftsteuer – BVerfG, Beschluss v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, NWB Nr. 7 vom 12.2.2007, S. 501 ff. (Beratung aktuell); Pahlke, Der Erbschaftsteuerbeschluss des BVerfG, NWB Nr. 10 vom 5.3.2007, S. 779 (Fach 10, S. 1575 ff.); Crezelius, Die Erbschaft- und Schenkungsteuer nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, DStR 2007, S. 415 ff.; Gehweiler/Reith, Der (langersehnte) Erbschaftsteuerbeschluss des BVerfG, BWNotZ 2007, S. 25 ff..

[3] Tatsächlich reicht die politische Diskussion bis in das Jahr 2001 zurück. Bereits am 27.3.2001 haben fünf SPD-regierte Bundesländer unter der Federführung von Schleswig-Holstein einen Gesetzesantrag zur Änderung der Immobilienbewertung in den Bundesrat eingebracht. S. www.schleswig-holstein.de/landsh/mfe/presse/hintergrund.htm#bewertung. Die damalige Bundesregierung stand dieser Gesetzesinitiative kritisch gegenüber; sie wollte das sensible Thema der Besteuerung von Immobilien aus dem Bundestagswahlkampf 2002 heraushalten. Geplant war, dieses Thema erst 2004/2005 im Rahmen einer grundlegenden Neuregelung anzupacken. Nicht zuletzt bedingt durch den Vorlagebeschluss des BFH vom 22. 5. 2002 an das BVerfG legte das Land Schleswig-Holstein im Frühjahr 2004 erneut einen Entwurf für ein geändertes Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz vor. Anfang 2005 folgte ein weiterer Gesetzesentwurf der alten rot/grünen Bundesregierung. Danach kehrte hinsichtlich der politischen Diskussion um die Erbschaftsteuer zunächst Ruhe ein. Man wollte erst einmal das Urteil des BVerfG abwarten, welches laut dem ursprünglichen Geschäftsverteilungsplan beim BVerfG bereits im Jahre 2005 entscheiden sollte. Erst in den Koalitionsverhandlungen von CDU/CSU und SPD wurde das Thema der Erbschaftsteuerreform sodann wieder aufgegriffen.

[4] Am 25.10.2006 wurde im Bundeskabinett der Entwurf eines Gesetzes über die Erleichterung der Unternehmensnachfolge (ErbStErlG-E) beschlossen. Diesem Regierungsentwurf ging voraus der Referentenentwurf vom 4.10.2006. Dieser wurde von der Bundesregierung nur leicht verändert in den Regierungsentwurf übernommen. Laut dem damaligen Zeitplan des Bundesfinanzministeriums sollte der Bundestag bis Mitte Dezember 2006 über den Gesetzesentwurf beschließen, die Zustimmung des Bundesrats wurde erst im neuen Jahr erwartet. Allerdings sollte das ErbStErlG bereits zum 1.1.2007 in Kraft treten. Zum ErbStErlG s. u.a. die – allesamt kritischen – Aufsätze von Crezelius, Privilegierung von Produktivvermögen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge, DB 2006, S. 2252; Hannes, Unternehmensnachfolgen leicht gemacht? – Kritische Anmerkungen zum jüngsten Entwurf eines Unternehmensnachfolgeerleichterungsgesetzes, DStR 2006, S. 2058; Wachter, ZErb 2006, S. 391, Reith/Gehweiler, Die (halbe) Erbschaftsteuerreform, BWNotZ 2006, S. 129 ff.. Vgl. hierzu auch Geck/Messner, ZEV-Report 2007, S. 72 (72).

von der Erbschaft- und Schenkungsteuer **freigestellt** werden, wenn **zwei Voraussetzungen** vorliegen: (1) Gegenstand der Übertragung ist sog. **begünstigtes Vermögen**; (2) der Betrieb wird von dem Übernehmer **zehn Jahre lang fortgeführt**.

Das sog. Abschmelzmodell. Den Kern des ErbStErlG bildete das sog. Abschmelzmodell[5]. Mitte 2007 wurde von der sog. Koch-Steinbrück-Kommission auch ein sog. **„Abschmelzmodell light"** diskutiert. Gesetzestechnisch sollte das Abschmelzmodell dergestalt funktionieren, dass die grundsätzlich anfallende Erbschaft- oder Schenkungsteuer (zunächst) **in voller Höhe festgesetzt** wird, allerdings mit der Maßgabe, dass (1) der auf das produktive Betriebsvermögen entfallende Anteil der ErbSt **zehn Jahre** lang – **zinslos – gestundet** wird, und (2) die ErbSt über einen Zeitraum von zehn Jahren **in gleichen Raten erlassen wird**, wenn der Übernehmer das Betriebsvermögen über diesen Zeitraum fortführt.

Das sog. Abzinsmodell. Einen ganz anderen Weg wollte im Herbst 2007 das sog. Abzinsmodell beschreiten. Dieses Modell wurde vor allem von den Landesfinanzministern favorisiert, weil es weniger Bürokratie verursachen sollte. Nach diesem Modell sollte die Erbschaftsteuer für einen Zeitraum von **10 Jahren zinslos gestundet** werden, sollte nach diesen zehn Jahren allerdings dann in voller Höhe zur Zahlung fällig werden. Diese Lösung entsprach dem aktuellen § 28 ErbStG, mit der Abweichung, dass für eine Stundung der Steuer das Erfordernis „soweit dies zur Erhaltung des Betriebs notwendig ist" entfällt. Der Steuerpflichtige hatte hier die Wahl die – dann abgezinste – Erbschaftsteuer auch sofort oder in Raten zu entrichten. In diesem Falle wäre er bei **Sofortzahlung um 44,2 % entlastet** worden. Im Falle einer Ratenzahlung wäre der Zinsvorteil entsprechend geringer gewesen.

Aktuelle Gesetzeslage. Nach dem in der Politik 2007 für mehrere Monate Stillstand eingetreten war, wurde Mitte November 2007 sodann als Ergebnis der Koch-Steinbrück-Kommission der Referentenentwurf des Gesetzes zur Reform der Erbschaftsteuer- und des Bewertungsrechtes **(ErbStRG-E)** veröffentlicht. Dem folgte am 11.12.2007 der Kabinettsentwurf. Der Gesetzentwurf geht Anfang 2008 in die parlamentarischen Gremien, Änderungen könnten sich insbesondere hinsichtlich der so genannten „Behaltefrist" ergeben. Das neue Schenkungs- und Erbschaftsteuerrecht samt Bewertungsrecht soll im Frühjahr 2008 in Kraft treten. Je nach Umfang und Dauer der parlamentarischen Beratungen könnte sich dies verzögern.

Das sog. Kombinationsmodell. Dem ErbStRG liegt eine (gefährliche) **Kombination** der Systematik des bisherigen § 13a ErbStG a.F. (sog. **„Alles-oder-Nichts-Modell"**) mit dem **Abschmelzmodell** nach dem ErbStErlG zu Grunde; das Ganze ist „garniert" mit **verlängerten Behaltefristen**. Während der Gesetzesentwurf vom 25.10.2006 trotz aller daran geübter Kritik nicht ganz zu Unrecht die Bezeichnung „Erbschaftsteuererleichterungsgesetz – ErbStErlG" trug, muss man das Erbschaftsteuerreformgesetz im Hinblick auf Betriebsübernahmen als **„Betriebsübernahmeerschwerungsgesetz"** bezeichnen.

Zusammenfassend und im **Vergleich** zum alten Recht ergibt sich nunmehr die folgende **Rechtslage:**

	Regelung nach altem Recht	**Regelung nach neuem Recht**
Grundsätzliches zur Systematik	Gewährt wird ein **besonderer Freibetrag** und ein **Bewertungsabschlag** auf jede Art von Betriebsvermögen, aber nur unter folgender **(einen) Voraussetzung:** Der StPfl. führt den Betrieb **5 Jahre** lang weiter. Diese Steuervergünstigungen entfallen in Gänze, wenn der StPfl. den Betrieb nicht 5 Jahre lang weiterführt (sog. **„Alles-oder-Nichts-Modell"**). Soweit Betriebsvermögen der Besteuerung unterliegt, ist Steuerbemessungsgrundlage der **(niederere) Steuerwert**.	Gewährt wird oberhalb einer bestimmten **Freigrenze** die eine **85%-ige Steuerfreistellung** (sog. **Verschonungsabschlag)**, aber nur betr. sog. **begünstigtes Betriebsvermögen** und nur unter **zwei Voraussetzungen:** 1. Der StPfl. führt den Betrieb **15 Jahre** lang weiter. Die Steuerfreistellung entfällt in Gänze, wenn der StPfl. den Betrieb nicht 15 Jahre lang weiterführt (sog. **„verschärftes Alles-oder-Nichts-Modell")**. 2. Der StPfl. muss während der Betriebsfortführung **10 Jahre** lang mind. **70 %** der **Ausgangslohnsumme** erhalten. Wird die erforderliche **Lohnsumme** während dieser 10 Jahre nicht erhalten, dann entfällt der Verschonungsabschlag für jedes betr. Jahr um **10 %** (sog. **„Abschmelzmodell")**. Soweit Betriebsvermögen der Besteuerung unterliegt, ist Steuerbemessungsgrundlage der **(höhere) gemeine Wert**.

2. Überblick über das Kombinationsmodell

Das Kombinationsmodell ist in den §§ 13a und 13b ErbStG-E wie folgt geregelt.

• § 13a Abs. 1 ErbStG-E entspricht in seiner Systematik dem geplanten § 28 Abs. 1 ErbStErlG-E und enthält ebenfalls ein **Abschmelzmodell**, unter der Voraussetzung, dass die jährliche **Lohnsumme** des Betriebs über einen Zeitraum von **10 Jahren 70 %** der Ausgangslohnsumme nicht unterschreitet. Diese Regelung war bisher in § 13a ErbStG a.F. nicht enthalten.

• § 13a Abs. 2 ErbStG-E enthält eine **abschmelzende Freigrenze** i.H.v. **EUR 150.000,00,** die bisher in der Form im ErbStG nicht enthalten war. Man kann sie in ihrer Systematik vergleichen mit dem besonderen Freibetrag i.H.v. EUR 225.000,00 in dem bisherigen § 13a Abs. 1 ErbStG.

• § 13a Abs. 3 ErbStG-E entspricht in seiner Systematik und seinem Wortlaut nach dem bisherigen § 13a Abs. 3 ErbStG.

• § 13a Abs. 4 ErbStG-E enthält eine **Definition** für den in § 13a Abs. 1 ErbStG-E verwendeten Begriff **„Lohnsumme"**. Da die Systematik eines Abschmelzmodells in dem bisherigen § 13a ErbStG a.F. nicht enthalten war, enthielt das alte Recht auch keine entsprechende Definition.

• § 13a Abs. 5 ErbStG-E enthält neben dem Lohnsummen-Erfordernis nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E noch **zusätzliche Behaltekriterien**; er entspricht in seiner Systematik und seinem Wortlaut nach im Grundsatz dem bisherigen § 13a Abs. 5 ErbStG, allerdings mit **verlängerten Behaltefristen** von **15 Jahren**.

• § 13b Abs. 1 ErbStG-E enthält eine **Definition** für den Begriff **„begünstigtes Vermögen"**; er entspricht in seiner Systematik und seinem Wortlaut nach dem geplanten § 28a Abs. 1 ErbStErlG-E. Diese Regelung war im alten Recht nicht enthalten.

[5] In der Koalitionsvereinbarung zwischen CDU/CSU und SPD wurde der Begriff „Stundungsmodell" verwendet. Ganz überwiegend sprach man aber vom „Abschmelzungsmodell." Teilweise verwendete man auch den Begriff „Degressionsmodell".

• Neu ist die Regelung in § 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG-E, wonach sog. **Verwaltungsvermögen** i.S.v. der **Definition** in § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E insgesamt zum **nicht-begünstigten Vermögen** gehört. Diese Regelung war bisher in § 13a ErbStG a.F. nicht enthalten; sie entspricht in ihrem Wesen, wenn auch einer etwas anderen Systematik – in Kombination mit § 13b Abs. 4 ErbStG-E – dem ursprünglich geplanten § 28a ErbStErlG-E.

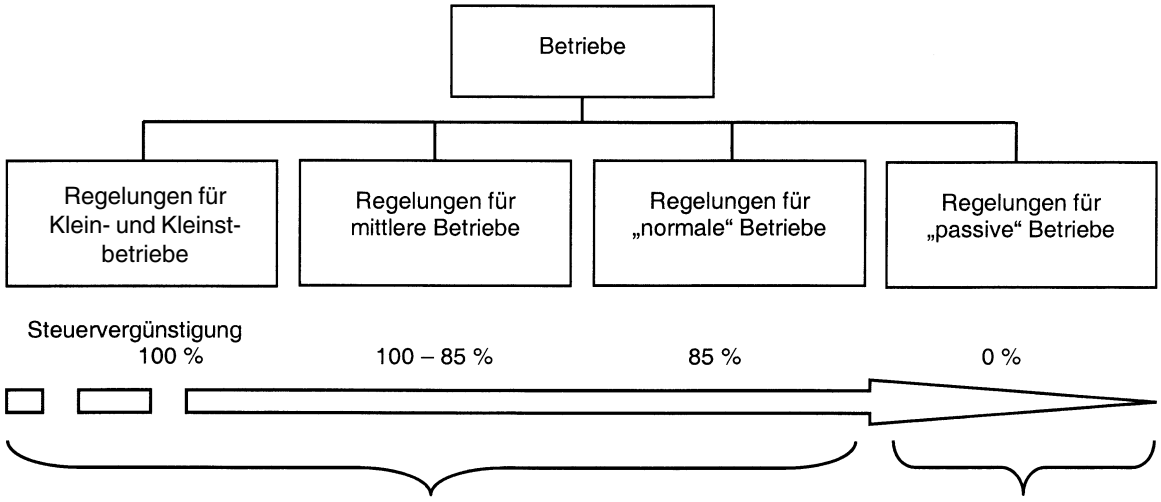
• Neu ist auch die Regelung in § 13b Abs. 4 ErbStG-E, wonach **begünstigtes Vermögen wiederum pauschal** insgesamt nur zu 85 % begünstigt ist, also in Höhe von 15 % ganz normal der Erbschaft- und Schenkungsteuer unterliegt. Diese Regelung war bisher in § 13a ErbStG a.F. nicht enthalten; sie entspricht in ihrem Wesen, wenn auch unter einer etwas anderen Systematik – in Kombination mit § 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG-E – dem ursprünglich geplanten § 28a ErbStErlG-E.

3. Die Systematik des Kombinationsmodells

3.1. Einleitende Übersicht

Dem Kombinationsmodell liegt nach den §§ 13a und 13b ErbStG-E die folgende Systematik zu Grunde:

Schaubild 1



Regelungen für alle Arten von „aktiven“ Betrieben

Unabhängig von der Größe eines Betriebs gelten für alle Betriebe die folgenden **zwei Steuerbefreiungs-Voraussetzungen**:

⇒ die **Behaltevoraussetzung** nach § 13a Abs. 5 ErbStG-E

⇒ die **Lohnsummenvoraussetzung** nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E.

Ausnahme wiederum für Klein- und Kleinstbetriebe mit **nicht mehr als 10 Beschäftigten**:

Diese Betriebe sind von der **Lohnsummenvoraussetzung befreit!!!**

Regelungen für „passive“ Betriebe

Nach § 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG-E scheiden Betriebe mit einem **Verwaltungsvermögen von mehr als 50 %** insgesamt aus der Steuervergünstigung aus.

3.2. Regelungen für Klein- und Kleinstbetriebe

Klein- und Kleinstbetriebe sollen von der Erbschaft- und Schenkungsteuer in Gänze ausgenommen – also **steuerbefreit** – werden, allerdings auch nur, wenn sie die **beiden Steuerbefreiungs-Voraussetzungen** (**Behaltevoraussetzung** und ggf. **Lohnsummenvoraussetzung**) erfüllen[6]. Dies soll dadurch erreicht werden, dass deren **gesamtes Betriebsvermögen** insgesamt steuerbefreit ist, somit auch die **restlichen 15 %** des begünstigten Betriebsvermögens und auch Verwaltungsvermögen i.S.v. § 13b Abs. 2 ErbStG-E, soweit der Wert des Betriebsvermögens insgesamt **EUR 150.000,00** nicht übersteigt (sog. **Abzugsbetrag**).

Dies ist wohl der **Regelungsgehalt** von § 13a Abs. 2 Satz 1 ErbStG-E nach der **Gesetzesbegründung** Zu Nummer 11 (§ 13a) – Zu Absatz 2. Danach soll eine Wertermittlung und eine aufwändige Überwachung von Klein- und Kleinstfällen (z.B. Kleinhandel, kleinere Handwerker oder auch Betriebe der Land- und Forstwirtschaft) erspart werden. **Der Wortlaut** von § 13a Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 ErbStG-E ist u.E. dagegen anders zu verstehen. Dort heißt es in Satz 1: „Der nicht unter § 13b Absatz 4 fallende Teil des Vermögens im Sinne des § 13b Absatz 1 bleibt ….. außer Ansatz“. Und Satz 2 formuliert: „….. verringert sich, wenn der Wert des Vermögens im Sinne des § 13b Abs. 1 insgesamt die Wertgrenze von 150.000 Euro übersteigt, …..“. Unter diesen Wortlaut können **nur die restlichen 15 % des begünstigten Vermögens** i.S.v. § 13b Abs. 1 ErbStG-E fallen. Das würde bedeuten, dass auch Klein- und Kleinstbetrieben mit **Verwaltungsvermögen i.S.v. § 13b Abs. 2 ErbStG-E von mehr als 50%** nicht unter die Steuerbefreiung fallen, also ganz normal besteuert werden.

Nach § 13a Abs. 2 ErbStG-E darf der Abzugsbetrag innerhalb von **10 Jahren** für von derselben Person anfallende Erwerbe **nur einmal in Anspruch genommen** („berücksichtigt“) werden.

3.3. Regelungen für mittlere Betriebe

Je größer ein Betrieb ist bzw. wird, um so geringer soll der Abzugsbetrag sein; er soll **abschmelzen**[7]. Deshalb regelt

[6] So ausdrücklich auch der Wortlaut von § 13a Abs. 5 Satz 1 a.A..

[7] So die Erläuterung in der Gesetzesbegründung Zu Nummer 11 (§ 13a) – Zu Absatz 2.

§ 13a Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E, dass sich der Abzugsbetrag i.H.v. EUR 150.000,00 um **50 %** des Werts verringert, um den der Wert des „Vermögens im Sinne des § 13b Abs. 1" die Wertgrenze von EUR 150.000,00 übersteigt. Im Übrigen müssen (auch) diese mittlere Betriebe die **beide Steuerbefreiungs-Voraussetzungen (Behaltevoraussetzung** und **Lohnsummenvoraussetzung)** erfüllen.

Beispiel

Hat ein mittlerer Betrieb einen Wert von EUR 350.000,00, dann übersteigt der Wert des Betriebs die Wertgrenze von EUR 150.000,00 um EUR 200.000,00. Damit verringert sich der Abzugsbetrag von EUR 150.000,00 um (50 % von EUR 200.000,00 =) EUR 100.000,00. Übrig bleibt ein Abzugsbetrag von EUR 50.000,00. Das bedeutet: (Nur) ein Wert i.H.v. EUR 300.000,00 unterliegt den Besteuerungsregeln der §§ 13a, 13b ErbStG.

Beispiel

Hat ein mittlerer Betrieb einen Wert von EUR 450.000,00, dann übersteigt der Wert des Betriebs die Wertgrenze von EUR 150.000,00 um EUR 300.000,00. Damit verringert sich der Abzugsbetrag von EUR 150.000,00 um (50 % von EUR 300.000,00 =) EUR 150.000,00. Übrig bleibt ein Abzugsbetrag von EUR 0,00. Das bedeutet: Der volle Wert i.H.v. EUR 450.000,00 unterliegt den Besteuerungsregeln der §§ 13a, 13b ErbStG.

Bei **Betrieben mit nicht mehr als 10 Beschäftigten** entfällt die Lohnsummenvoraussetzung (s. § 13a Abs. 1 Satz 3).

3.4. Regelungen für „normale" Betriebe

3.4.1. Die Bedeutung von „mehr als 50 % Verwaltungsvermögen"

Hat ein Betrieb einen Wert von mehr als EUR 450.000,00, dann gelten die **allgemeinen Regeln** hinsichtlich des gesamten Werts des Betriebs, somit **ohne Abzugsbetrag**. Es ist wie folgt **zu unterscheiden**:

1. Das Betriebsvermögen eines Betriebs besteht zu mehr als 50 % aus sog. Verwaltungsvermögen im Sinne von § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E

Solche Betriebe bleiben von der Möglichkeit der Steuerbefreiung nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E **in Gänze ausgeschlossen**. Sie unterliegen ganz normal der Erbschaft- und Schenkungsteuer wie privates Vermögen.

2. Das Betriebsvermögen eines Betriebs besteht zu 50 % oder weniger als 50 % aus sog. Verwaltungsvermögen im Sinne von § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E

Für solche Betriebe bleibt es bei der Möglichkeit der Steuerbefreiung nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E, unabhängig davon, ob sie überhaupt **kein Verwaltungsvermögen** haben oder ob ihr Betriebsvermögen zum Beispiel zu **5 %** oder zu **45 %** aus Verwaltungsvermögen im Sinne von § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E besteht.

Dass ein Betrieb Verwaltungsvermögen im Sinne von § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E in der Größenordnung von 0 % – 50 % seines Vermögens haben kann (und haben darf) berücksichtigt § 13b Abs. 4 ErbStG-E über eine **Pauschalregelung**. Danach sind (nur) **85 % des begünstigten Vermögens** im Sinne von § 13b Abs. 1 ErbStG-E (überhaupt) begünstigt. Das heißt, dass die **restlichen 15 %** des begünstigten Vermögens ganz normal der Erbschaft- und Schenkungsteuer unterliegen, so wie auch privates Vermögen.

Unabhängig von der Größe eines Betriebs gelten für alle Betriebe, die nicht bereits aus der Möglichkeit der Steuerbefreiung herausfallen, weil ihr Betriebsvermögen zu mehr als 50 % aus sog. Verwaltungsvermögen im Sinne von § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E besteht, die folgenden **zwei Steuerbefreiungs-Voraussetzungen:**

- die Behaltevoraussetzung nach § 13a Abs. 5 ErbStG-E; sog. **15-Jahres-Regel**
- die Lohnsummenvoraussetzung nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E sog. **70 %-Regel** (Ausnahme: Bei Betrieben mit mehr als 10 Beschäftigten entfällt die Lohnsummenvoraussetzung; s. §13a Abs. 1 Satz 3).

3.4.2. Die Behaltevoraussetzung nach § 13a Abs. 5 ErbStG-E

Die Behaltevoraussetzung nach § 13a Abs. 5 ErbStG-E entspricht in ihrer Systematik und ihrem Wortlaut nach im Grundsatz dem **bisherigen § 13a Abs. 5 ErbStG**, allerdings mit den folgenden **Abweichungen**:

1. Die **Behaltefrist** des bisherigen § 13a Abs. 5 ErbStG a.F. von **5 Jahren** wurde **auf 15 Jahre** verlängert (s. § 13a Abs. 5 Satz 1 a.A. ErbStG-E)[8].

2. **§ 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 ErbStG-E** ist grundsätzlich wortgleich mit § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 ErbStG a.F., mit einer kleinen **Ausnahme**. Während § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 ErbStG a.F. auf „Betriebsvermögen im Sinne des Absatzes 4" Bezug nimmt, heißt es in § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 ErbStG-E nunmehr in Anpassung an das neue System „Betriebsvermögen im Sinne des § 13b".

3. **§ 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 ErbStG-E** ist grundsätzlich wortgleich mit § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 ErbStG a.F., mit einer kleinen **Ausnahme**. Während § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 ErbStG a.F. auf „Anteil an einem Betrieb der Land- und Forstwirtschaft" Bezug nimmt, heißt es in § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 ErbStG-E „Anteil an einem Betrieb der Land- und Forstwirtschaft im Sinne des § 13 Abs. 7 in Verbindung mit § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes".

4. **§ 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ErbStG-E** ist grundsätzlich wortgleich mit § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ErbStG a.F., mit den folgenden **Ausnahmen:**

a) Während § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ErbStG a.F. auf „die Fünfjahresfrist" Bezug nimmt, heißt es in § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ErbStG-E nunmehr in Anpassung an das neue System „die **Fünfzehnjahresfrist**".

b) Während § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ErbStG a.F. **Überentnahmen** bereits ab „EUR 52.000,00" sanktionierte, setzt § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ErbStG-E die Schädlichkeitsgrenze nunmehr hoch auf „EUR 150.000,00".

c) Während § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ErbStG a.F. diese Norm nicht ausdrücklich auf Anteile an Kapitalgesellschaften für anwendbar erklärte, erhielt § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ErbStG-E den folgenden neuen Satz 3: „Bei **Anteilen an Kapitalgesellschaften** ist sinngemäß zu verfahren".

5. **§ 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 ErbStG-E** ist grundsätzlich wortgleich mit § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 ErbStG a.F., mit einer kleinen **Ausnahme**. Während § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 ErbStG a.F. auf „Kapitalgesellschaften im Sinne des Absatzes 4" Bezug nimmt, heißt es in § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 ErbStG-E nunmehr in Anpassung an das neue System „Kapitalgesellschaften im Sinne des § 13b".

[8] Für Betriebe der Land- und Forstwirtschaft war ursprünglich in § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 ErbStG-E angedacht, die Behaltefrist sogar auf 20 Jahre zu verlängern.

6. Der bisherige **§ 13a Abs. 5 ErbStG a.F.** enthielt **keine Nr. 5**. Da nach § 13b Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 ErbStG-E Anteile an **Kapitalgesellschaften**, wenn die unmittelbare Beteiligung am Nennkapital dieser Gesellschaften 25 % oder weniger beträgt, zum (schädlichen) Verwaltungsvermögen gehören, ausgenommen sog. **Familien-Kapitalgesellschaften**[9] (s. § 13b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG-E) war als weitere Behaltevoraussetzung erforderlich, dass die **Familienpoolung** aufrechterhalten bleibt; eine entsprechende Regelung enthält der (neue) § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 ErbStG-E.

Neu ist die Regelung in § 13a Abs. 5 Satz 2 ErbStG-E. Danach ist eine **Veräußerung von Teilbetrieben** oder **von wesentlichen Betriebsgrundlagen** unter zwei Voraussetzungen unschädlich,

• „wenn sie nicht auf eine Einschränkung des Betriebs abzielen“

• „und der Veräußerungserlös im betrieblichen Interesse verwendet wird“.

Diese **Ausnahmebestimmung** hat Ähnlichkeit mit der Steuervergünstigung in § 6b EStG und will insbesondere **Reinvestitionen** ermöglichen.

Rechtsfolgen bei Verletzung der Behaltevoraussetzung. Wird die Behaltevoraussetzung nach § 13a Abs. 5 ErbStG-E nicht 15 Jahre lang durchgehalten, dann **entfallen mit Wirkung für die Vergangenheit**

• bei mittleren und „normalen“ Betrieben der Verschonungsabschlag nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E (d.h. die 85 %-ige Steuerbefreiung)

• bei Klein- und Kleinstbetrieben der Abzugsbetrag nach § 13a Abs. 2 ErbStG-E.

Fall der Veräußerung. Hier dürfte wegen der wortgleichen Fassung von § 13a Abs. 5 ErbStG-E zu § 13a Abs. 5 ErbStG a.F. die bisherige Rechtslage fortgelten. Danach gilt: Der juristische Begriff „Veräußerung“ umfasst nur **entgeltliche** und **unentgeltliche Veräußerungen**. § 13a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG-E gilt also auch für **Schenkungen**. Der Begriff „Veräußerung“ ist unabhängig davon, ob eine Veräußerung **freiwillig** oder **unfreiwillig** erfolgt. Eine unfreiwillige Veräußerung kann insbesondere in **Insolvenzfällen** vorkommen. Nach der Rechtsprechung des BFH zur Betriebsaufgabe im Rahmen von § 13a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG a.F. ist davon auszugehen, dass unter den Begriff „Veräußerung“ auch unfreiwillige Veräußerungen fallen, insbesondere auch Veräußerungen, die vom Unternehmer nicht selbst vorgenommen werden, sondern zum Beispiel von dem Insolvenzverwalter.

Fall der Betriebsaufgabe. Nach der Rechtsprechung des BFH zur Betriebsaufgabe im Rahmen von § 13a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG[10] spielt es keine Rolle, ob eine Betriebsaufgabe **freiwillig** oder ob sie – etwa im Zuge einer **Insolvenz – unfreiwillig** erfolgt. Diese Gleichbehandlung wird vor allem damit begründet, dass die Steuervergünstigung insbesondere wegen der Arbeitsplatzsicherung gewährt werde. In beiden Fällen wird der Betrieb nicht fortgeführt; es gehen Arbeitsplätze verloren. Bei dem ErbStRefG-E werden der Erhalt von Arbeitsplätzen noch stärker als bisher in den Vordergrund der gesetzgeberischen Entscheidung gerückt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch in Zukunft sich an dieser Rechtslage nichts ändern wird.

[9] Zu diesem Begriff s. die Gesetzesbegründung Zu Nummer 12 – Zu § 13b – Zu Absatz 1 Nummer 3.

[10] S. BFH vom 16.2.2005, BStBl. 2006 II S. 602.

3.4.3. Die Lohnsummenvoraussetzung nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E

Die Lohnsummenvoraussetzung nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E ist neu und enthält ein **Abschmelzmodell**. Danach gilt: Der Wert des Betriebsvermögens, land- und forstwirtschaftlichen Vermögens und von Anteilen an Kapitalgesellschaften im Sinne des § 13b Abs. 4 ErbStG-E bleibt insgesamt außer Ansatz (sog. **Verschonungsabschlag**), wenn die maßgebende jährliche Lohnsumme[11] im Sinne von § 13a Abs. 4 ErbStG-E des Betriebs innerhalb von **10 Jahren** nach dem Erwerb in jedem in diesem Zeitraum endenden Wirtschaftsjahre **70 % der Ausgangslohnsumme**[12] nicht unterschreitet.

Ausnahmen für Klein- und Kleinstbetriebe. Betriebe, die ausschließlich vom Unternehmer selbst, **ohne Arbeitnehmer**, betrieben werden (bei denen die Lohnsumme also **„Null Euro“** beträgt) sowie Betriebe mit **nicht mehr als 10** Beschäftigten sind von der **Lohnsummenvoraussetzung befreit**.

Rechtsfolgen bei Verletzung der Lohnsummenvoraussetzung. Wird die Lohnsummenvoraussetzung nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E nicht 10 Jahre lang durchgehalten, dann **vermindert sich der Verschonungsabschlag pro Wirtschaftsjahr** der Unterschreitung um **10 %** (s. § 13a Abs. 1 Satz 7 ErbStG-E). Die Steuer wird nach der sich danach ergebenden höheren Bemessungsgrundlage rückwirkend neu festgesetzt. Die Begünstigung, das heißt der Verschonungsabschlag, bleibt für die Jahre erhalten, in denen die Mindestlohnsumme eingehalten wurde.

4. Einzelheiten zum Kombinationsmodell

4.1. Einleitende Übersicht

Im Folgenden werden die folgenden **Einzelheiten** zum Kombinationsmodell behandelt:

• **Verwaltungsvermögen** i.S.v. § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E

• **begünstigtes Vermögen** i.S.v. § 13b Abs. 1 ErbStG-E

• **Lohnsumme** i.S.v. § 13b Abs. 4 ErbStG-E

• **Ausgangslohnsumme** i.S.v. § 13b Abs. 1 Satz 3 ErbStG-E

• **sonstige Einzelheiten**

• **offene Fragen**.

4.2. Verwaltungsvermögen i.S.v. § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E

Definition. Zum sog. Verwaltungsvermögen gehören nach der Definition in § 13b Abs. 2 Satz 2 EStG-E

1. **Dritten zur Nutzung überlassene** Grundstücke, Grundstücksteile, grundstücksgleiche Rechte und Bauten (s. § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 1 ErbStG-E).

Keine schädliche Nutzungsüberlassung ist gegeben, wenn der Erblasser oder Schenker

(1) sowohl im überlassenden Betrieb als auch im nutzenden Betrieb einen **einheitlichen Betätigungswillen** durchsetzen konnte, oder

(2) als Gesellschafter einer Gesellschaft i.S.v. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 oder § 18 Abs. 4 EStG den Vermögensgegenstand der Gesellschaft zur Nutzung überlassen hatte

[11] Einzelheiten zur Lohnsumme i.S.v. § 13b Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 ErbStG-E s. Kap. 4.4..

[12] Einzelheiten zur Ausgangslohnsumme i.S.v. § 13b Abs. 1 Satz 3 ErbStG-E s. Kap. 4.5..

und diese **Rechtsstellung auf den Erwerber übergegangen** ist. Dies gilt allerdings nur, wenn wiederum **keine Nutzungsüberlassung an einen weiteren Dritten** erfolgt (s. § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 2 ErbStG-E).

Mit **Fall (1)** ist wohl gemeint der Fall der **Betriebsaufspaltung**[13]; die **personelle Verflechtung** ist im Gesetz genannt. Allerdings fehlt es bei dieser Definition an dem Merkmal der **sachlichen Verflechtung**. Auch das nicht betriebsnotwendige Vermögen des Besitzunternehmens gehört danach wohl zum begünstigten Vermögen.

Der **Fall (2)** meint den Fall von **Sonderbetriebsvermögen**. Auch das Sonderbetriebsvermögen eines Mitunternehmers gehört danach zum begünstigten Vermögen.

2. **Anteile an Kapitalgesellschaften,** wenn die unmittelbare Beteiligung am Nennkapital dieser Gesellschaften 25 % oder weniger beträgt, also die sog. **Mindestbeteiligung** nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG-E nicht erreicht ist (s. § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 1 ErbStG-E)[14].

Ausnahme: Für sog. **Familien-Kapitalgesellschaften** enthält § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG-E die (Sonder-)Regelung[15], dass die Mindestbeteiligung auch dann erfüllt ist, wenn die **zwei Kriterien der Familienpoolung** erfüllt sind, nämlich:

(1) Der Erblasser oder Schenker und weitere Gesellschafter müssen unwiderruflich untereinander verpflichtet sein, über die Anteile **nur einheitlich zu verfügen** oder ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen; und

(2) das **Stimmrecht** darf gegenüber nicht-gebundenen Gesellschaftern nur einheitlich ausgeübt werden.

In einem solchen Falle sind also Beteiligungen von **weniger als 25 %** am Nennkapital einer Gesellschaft **unschädlich.**

3. **Beteiligungen an Gesellschaften** i.S.d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 oder § 18 Abs. 4 EStG und an entsprechenden Gesellschaften im Ausland sowie Anteile an Kapitalgesellschaften, die nicht unter Nummer 2 fallen (d.h. Anteile an Kapitalgesellschaften, wenn die unmittelbare Beteiligung am Nennkapital dieser Gesellschaften mehr als 25 % beträgt), soweit bei diesen Gesellschaften das **Verwaltungsvermögen** (i.S.v. § 13b Abs. 2 ErbStG-E) **mehr als 50 %** beträgt (s. § 13b Abs. 2 Nr. 3 ErbStG-E);

4. **Wertpapiere** und vergleichbare **Forderungen** (s. § 13b Abs. 2 Nr. 4 ErbStG-E);

5. **Kunstgegenstände, Kunstsammlungen, wissenschaftliche Sammlungen, Bibliotheken** und **Archive, Münzen, Edelmetalle** und **Edelsteine**, wenn der Handel mit diesen Gegenständen oder deren Verarbeitung nicht der Hauptzweck des Gewerbebetriebs ist (s. § 13b Abs. 2 Nr. 5 ErbStG-E).

Zum Verwaltungsvermögen gehört nach § 13b Abs. 2 Satz 3 ErbStG-E **auch Nicht-Verwaltungsvermögen** – somit begünstigtes Vermögen im Sinne von § 13b Abs. 1 ErbStG-E –, welches dem Betrieb im Besteuerungszeitpunkt **weniger als zwei Jahre zuzurechnen** war.

[13] Einzelheiten zu dieser offenen Frage s. Kap. 4.7..

[14] Nach der Gesetzesbegründung Zu Nummer 12 – Zu § 13b – Zu Absatz 1 Nummer 3 ist eine Beteiligungsgrenze von mehr als 25 % ein Indiz dafür, dass der Anteilseigner unternehmerisch in die Gesellschaft eingebunden ist und nicht nur als Kapitalanleger auftritt.

[15] S. die Gesetzesbegründung Zu Nummer 12 – Zu § 13b – Zu Absatz 1 Nummer 3.

Der **Anteil des Verwaltungsvermögens** am gemeinen Wert des Betriebs bestimmt sich nach dem Verhältnis der Summe der gemeinen Werte der Einzelwirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens zum gemeinen Wert des Betriebs (s. § 13b Abs. 2 Satz 4 ErbStG-E).

Anteile an Kapitalgesellschaften. Nicht zum begünstigten Vermögen gehören nach § 13a Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ErbStG-E Anteile an Kapitalgesellschaften **von 25 % oder weniger** (sog. **Mindestbeteiligung**), während **Anteile an Personengesellschaften** in allen Fällen, also unabhängig von der Beteiligungshöhe als begünstigtes Vermögen angesehen werden. Diese Regelung entspricht dem bisherigen § 13 Abs. 4 Nr. 3 ErbStG a.F. Die Gesetzesbegründung nimmt zu dieser Ungleichbehandlung nicht mehr Stellung[16].

4.3. Begünstigtes Vermögen i.S.v. § 13b Abs. 1 ErbStG-E

Definition. Zum begünstigten Vermögen gehören nach der Definition in § 13b Abs. 1 EStG-E[17]

1. Inländisches **land- und forstwirtschaftliches Vermögen** i.S.d. § 168 Nr. 1 und § 168 Nr. 2 BewG und selbst bewirtschaftete Grundstücke i.S.d. § 159 BewG beim Erwerb eines ganzen Betriebs der Land- und Forstwirtschaft, eines Teilbetriebs, eines Anteils an einem Betrieb der Land- und Forstwirtschaft im Sinne des § 13 Abs. 7 i.V.m. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG oder eines Anteils daran, unter der Voraussetzung, dass es ertragsteuerlich zum Betriebsvermögen eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft gehört, und entsprechendes land- und forstwirtschaftliches Vermögen, das einer in einem EU- oder EWR-Mitgliedsstaat gelegenen Betriebsstätte dient (s. § 13b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG-E);

2. Inländisches **Betriebsvermögen** i.S.d. §§ 95 – 97 BewG beim Erwerb eines ganzen Gewerbebetriebs, eines Teilbetriebs, eines Anteils an einer Gesellschaft i.S.d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 oder § 18 Abs. 4 EStG, eines Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA oder eines Anteils daran und entsprechendes Betriebsvermögen,

[16] Dagegen nahm der Gesetzgeber selbst in der Gesetzesbegründung zu § 28a Abs. 1 Nr. 3 ErbStErlG-E zu dieser Ungleichbehandlung Stellung. Danach ist die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft von 25 % oder weniger ein Indiz dafür, dass der Anteilseigner in die Gesellschaft nicht unternehmerisch eingebunden ist, sondern nur Kapitalanleger ist. Die Einführung einer solchen Mindestbeteiligungsquote wird von der Gesetzesbegründung damit gerechtfertigt, dass beim Vorliegen von Streubesitzbeteiligungen der Verwaltungsaufwand zur Feststellung, ob damit begünstigtes oder nicht-begünstigtes Vermögen vorliegt, unverhältnismäßig hoch wäre. 1. Kritikpunkt: Diese Gesetzesbegründung befremdet unter anderem auch deshalb, weil der Gesetzgeber für die Zwecke des § 17 EStG diese Wertung – wegen für ihn günstigen Rechtsfolgen – nicht gelten lassen will. Diesen Kritikpunkt sah auch der Gesetzgeber und versucht die Kritik wenigstens für Familienunternehmen durch die Regelung in § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG-E abzumildern. 2. Kritikpunkt: Wenn aus den vom Gesetzgeber genannten Gründen bei Gesellschaften eine Mindestbeteiligung Sinn machen sollte, dann sollte im Hinblick auf die Regelungen in den §§ 53 Abs. 2 Satz 1, 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG und 179 Abs. 2 Satz 1, 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG die maßgebliche Beteiligungsgrenze bei „25 % und mehr als 25 %“ liegen und nicht nur bei „mehr als 25 %“. Diese Vorschriften räumen Minderheitsgesellschaftern mit einer Beteiligung von (bereits) 25 % eine sog. Sperrminorität bei der Beschlussfassung über wichtige Angelegenheiten ein. 3. Kritikpunkt: Warum der Gesetzgeber einen Unterschied macht zwischen Anteilen an Kapitalgesellschaften und Anteilen an Personengesellschaften, leuchtet nicht ein; diese Ungleichbehandlung wird in der Gesetzesbegründung überhaupt nicht erwähnt. Die Kritik ist insbesondere vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber in anderen Bereichen (z.B. in der Frage der Bewertung) versucht, Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften steuerlich stärker gleichzusetzen oder einander anzugleichen.

[17] Diese Definition entspricht weitgehend bereits der bisherigen Definition von (begünstigtem) Betriebsvermögen i.S.v. § 13a Abs. 4 ErbStG a.F.. Allerdings wird von dem ErbStG-E nunmehr auch (begünstigtes) Betriebsvermögen einbezogen, welches in einem EU-Mitgliedstaat liegt. Vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung Zu Nummer 12 – Zu § 13b – Zu Absatz 1 Nummer 1.

das einer in einem EU- oder EWR-Mitgliedsstaat gelegenen Betriebsstätte dient (s. § 13b Abs. 1 Nr. 1 ErbStG-E);

3. **Anteile an Kapitalgesellschaften**, wenn die Kapitalgesellschaft zur Zeit der Entstehung der Steuer Sitz oder Geschäftsleitung im Inland oder in einem EU- oder EWR-Mitgliedsstaat hat und der Erblasser oder Schenker am Nennkapital dieser Gesellschaft zu mehr als 25 % unmittelbar beteiligt war (sog. **Mindestbeteiligung**) (s. § 13b Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 ErbStG-E).

Ausnahme: Wie bereits in Kap. 4.2., dort Ziff. 3. (Verwaltungsvermögen i.S.v. § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG-E) ausgeführt, enthält § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG-E für sog. **Familien-Kapitalgesellschaften** die (Sonder-)Regelung[18], dass die Mindestbeteiligung auch dann erfüllt ist, wenn die **zwei Kriterien der Familienpoolung** erfüllt sind, nämlich:

(1) der Erblasser oder Schenker und weitere Gesellschafter müssen unwiderruflich untereinander verpflichtet sein, über die Anteile **nur einheitlich zu verfügen** oder ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen; und

(2) das **Stimmrecht** darf gegenüber nicht-gebundenen Gesellschaftern nur einheitlich ausgeübt werden.

In einem solchen Falle sind also Beteiligungen von **weniger als 25 %** am Nennkapital einer Gesellschaft **unschädlich**.

Keine Obergrenze. Die in den früheren Gesetzesentwürfen diskutierte Obergrenze von EUR 100.000.000,00 an Wert des übertragenen Beriebsvermögens wurde in den ErbStRefG-E nicht aufgenommen; sie war auch bereits im ErbStErlG nicht mehr vorgesehen[19]. Danach kann auch Unternehmensvermögen, welches diese Grenze übersteigt, begünstigtes Vermögen (in vollem Umfang) sein.

Abzug von Schulden und Lasten. Bei der Ermittlung des begünstigten Vermögens können die steuerlich abzugsfähigen Schulden und Lasten des Unternehmens, die mit dem begünstigten Vermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, abgezogen werden, soweit sie bei der Ermittlung des begünstigten Vermögens berücksichtigt worden sind. Danach können Schulden des Unternehmens nur im anteiligen Verhältnis begünstigtes : nicht-begünstigtes Vermögen abgezogen werden (sog. **Quotenmethode**)[20].

4.4. Lohnsumme i.S.v. § 13b Abs. 4 ErbStG-E

§ 13a Abs. 4 ErbStG-E enthält eine ausführliche **Begriffsbestimmung** von „Lohnsumme". Hierunter fallen **alle Arten von Vergütungen**. § 13a Abs. 4 ErbStG-E definiert **„Vergütungen"** sehr umfassend, wie folgt:

Zu Vergütungen gehören **Löhne** und **Gehälter** sowie andere **Bezüge** und **Vorteile,** die im maßgebenden Wirtschaftsjahr an die auf den Lohn- und Gehaltslisten erfassten Beschäftigten gezahlt werden. Hierzu gehören auch

• alle vom Beschäftigten empfangenen **Sondervergütungen**, **Prämien**, **Gratifikationen**, **Abfindungen**, **Zuschüsse** zu Lebenshaltungskosten, **Familienzulagen**, **Trinkgelder**, **Provisionen**, **Teilnehmergebühren** und **vergleichbare Vergütungen**

• alle von den Beschäftigten zu entrichtenden **Sozialbeiträge**, **Einkommensteuern** und **Zuschlagsteuern** auch dann, wenn sie vom Arbeitgeber einbehalten und für den Arbeitnehmer abgeführt werden

Nicht dazu gehören die vom Beschäftigten **selbst abzuführenden Sozialbeiträge**.

Zu Vergütungen gehören alle **Geld-** und **Sachleistungen** für die von den Beschäftigten erbrachte Arbeit, unabhängig davon,

• wie diese Leistungen **bezeichnet** werden

• ob es sich um **regelmäßige** oder **unregelmäßige Zahlungen** handelt.

Außer Ansatz bleiben Vergütungen an solche Arbeitnehmer, die nicht ausschließlich oder überwiegend in dem Betrieb tätig sind.

Konzernbetrachtung. Um **Umgehungen** zu verhindern und um zu verhindern, dass die Zielsetzung der §§ 13a, 13b EStG-E durch Beteiligungsverkäufe unterlaufen wird, werden nach § 13a Abs. 4 Satz 6 ErbStG-E auch die Lohnsummen von (Personen- und Kapital-)Gesellschaften (sog. **Töchterbetriebe**[21]), die zu dem Betriebsvermögen des sog. **Mutterbetriebs**[22] gehören, dazugerechnet. Als Töchterbetriebe qualifizieren alle Personen- und Kapitalgesellschaften mit dem Sitz oder der Geschäftsleitung in der Bundesrepublik Deutschland, der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR[23]). Haben Töchterbetriebe die Rechtsform von Kapitalgesellschaften, dann ist eine Beteiligung des Mutterbetriebs von mehr als 25 % erforderlich.

4.5. Ausgangslohnsumme i.S.v. § 13b Abs. 1 Satz 3 ErbStG-E

Während der **Begriff** „Lohnsumme" in § 13a Abs. 4 ErbStG-E definiert wird, enthält § 13a Abs. 1 Satz 5 ErbStG-E Einzelheiten zur Bestimmung der „**Ausgangslohnsumme**". Ausgangslohnsumme ist die durchschnittliche Lohnsumme der letzten **5 Jahre** vor dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer endenden Wirtschaftsjahre. Um eine geeignete **Vergleichsbasis** zwischen der Ausgangslohnsumme und der Lohnsumme von späteren Vergleichsjahren zu schaffen, sind **arbeitsplatzunabhängige Zuwächse** der Lohnsumme infolge von Lohn- und Gehaltserhöhungen im betreffenden Zeitraum durch eine jährliche Dynamisierung der Ausgangslohnsumme mittels des jeweils vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen **Tariflohnindexes** anzupassen. Da das Statistische Bundesamt den Tariflohnindex **branchenübergreifend** ermittelt, lässt es § 13a Abs. 1 Satz 6 ErbStG-E zu, dass auf Antrag des Steuerpflichtigen ein auf eine **bestimmte Branche** bezogener Index angewandt werden kann, wenn dieser nachweislich unter dem durchschnittlichen Tariflohnindex des Statistischen Bundesamtes liegt.

4.6. Sonstige Einzelheiten

§ 13a Abs. 3 ErbStG-E. § 13a Abs. 3 ErbStG-E entspricht inhaltlich – nunmehr angepasst an das neue System – und dem Wortlaut nach im Wesentlichen dem bisherigen § 13a Abs. 3 ErbStG. Ein Erwerber soll die Steuervergünstigungen nur dann in Anspruch nehmen, wenn er den Betrieb – selbst – weiterführt. Dies ist abgesehen von den Fällen des § 13a Abs.

[18] S. die Gesetzesbegründung Zu Nummer 12 – Zu § 13a – Zu Absatz 1 Nummer 2.

[19] S. hierzu auch die Gesetzesbegründung zu § 28 Abs. 1 ErbStErlG-E. Die Gesetzesbegründung zum ErbStRefG enthält hierzu keine Aussagen mehr.

[20] S. hierzu auch die Gesetzesbegründung zu § 28 Abs. 1 ErbStErlG-E. Die Gesetzesbegründung zum ErbStRefG enthält hierzu keine Aussagen mehr.

[21] So der Begriff in der Gesetzesbegründung Zu Nummer 11 (§ 13a) – Zu Absatz 4.

[22] So der Begriff in der Gesetzesbegründung Zu Nummer 11 (§ 13a) – Zu Absatz 4.

[23] Hierzu gehören außer den EU-Mitgliedsstaaten die Schweiz, Liechtenstein und Norwegen.

5 ErbStG-E unter anderem auch dann nicht der Fall, wenn der Erwerber den Betrieb auf Grund einer letztwilligen Verfügung des Erblassers oder einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers oder Schenkers auf einen Dritten **(Dritt-Erwerber)** übertragen muss. In diesem Falle stehen die Steuervergünstigungen dem Dritt-Erwerber zu, wenn er seinerseits die Steuerbefreiungs-Voraussetzungen erfüllt. Dem Dritt-Erwerber entsteht dadurch kein Nachteil, denn in Höhe des heraus- bzw. weiterzugebenden Vermögens wird er entreichert[24].

§ 13a Abs. 6 ErbStG-E. Der Erwerber ist nach § 13a Abs. 6 Satz 1 ErbStG-E verpflichtet, den fälligen Erbschaft- oder Schenkungsteuerbetrag **selbst zu berechnen**. Kommt es zu einer Verletzung der Behaltevoraussetzungen nach § 13a Abs. 5 ErbStG-E, dann ist der Steuerpflichtige verpflichtet, dem Finanzamt diesen **Tatbestand anzuzeigen**, § 13a Abs. 6 Satz 2 ErbStG-E. Die **Verjährung** der Steuer endet nicht vor dem Ablauf des **vierten Jahres**, nachdem das Finanzamt vom Wegfall der Befreiungsvoraussetzungen Kenntnis erlangt.

Für **Betriebsübergaben in der Zeit vom 1.1.2007 bis zum Inkraftreten des ErbStRefG** gewährt Art. 3 ErbStG-E dem Steuerpflichtigen ein Wahlrecht, ob für die Betriebsübergabe das alte oder neue Recht anwendbar sein soll. Im Falle der Wahl des alten Rechts sind die persönlichen Freibeträge des alten Rechts anzuwenden.

Rückabwicklung von Betriebsübergaben nach dem 11.11.2005. § 37 Abs. 2 ErbStG-E enthält eine Missbrauchsregelung. Danach ist § 13a ErbStG-E nicht anzuwenden, das heißt die Steuerbefreiung wird nicht gewährt, wenn der Betrieb durch Schenkung unter Lebenden oder von Todes wegen vor dem 1.1.2011 erworben wird und er **bereits Gegenstand einer Vor-Übertragung** vor dem 1.1.2007 war und wegen eines vertraglichen Rückforderungsrechts nach dem 11.11.2005 herausgegeben werden musste. Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber vermeiden, dass Altfälle rückkabgewickelt werden mit dem Ziel, die gegebenenfalls günstigere Steuerbefreiung nach dem neuen Recht zu erlangen. Der Zeitpunkt 11.11.2005 ist der Tag, an dem die Koalitionsparteien in ihrer Koalitionsvereinbarung angekündigt haben, dass zukünftig Unternehmensnachfolgen erleichtert werden sollen[25].

4.7. Offene Fragen

Nach dem Wortlaut von § 13a Abs. 4 ErbStG-E bleiben **zahlreiche Fragen offen**. Insbesondere ist unklar, wie die folgenden Sachverhalte bzw. Fragen zu behandeln bzw. zu beantworten sind:

• Was bedeutet „**Beschäftigter**“ einerseits und „**Arbeitnehmer**“ andererseits?

• Was bedeutet „Arbeitnehmer, die **nicht überwiegend** in dem Betrieb tätig sind“?

• Warum bezieht der Gesetzgeber in die Konzernbetrachtung nach § 13a Abs. 4 Satz 6 ErbStG-E nicht auch die **Lohnsummen von Betriebsstätten** und/oder Niederlassungen/ Zweigniederlassungen außerhalb der Bundesrepublik Deutschland, aber innerhalb der EU oder des EWR, mit ein?

• Meint § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 2 1. Alt. ErbStG-E den Fall der **Betriebsaufspaltung?**

• Ist ein Verstoß gegen die Behaltevoraussetzung nach § 13a Abs. 5 ErbStG-E auch gegeben im Falle der **Beendigung einer Betriebsaufspaltung**?

„Beschäftigter“/„Arbeitnehmer“. Teilweise verwendet § 13a Abs. 4 EStG-E den Begriff „Beschäftigter“ und teilweise wird der Begriff „Arbeitnehmer“ verwendet. Der Begriff „Beschäftigter“ ist kein gesetzlich definierter Begriff und ist weiter als der Begriff „Arbeitnehmer“. Unter Beschäftigte fallen bzw. können fallen

• **Arbeitnehmer**, d.h. abhängig Beschäftigte

• sog. **freie Mitarbeiter**

• Arbeitnehmer von sog. **Leiharbeitsunternehmen**.

Vermutlich meint der Gesetzgeber **„abhängig Beschäftigte“**, somit **Arbeitnehmer** im arbeitsrechtlichen Sinne, denn im Zusammenhang mit dem Begriff „Beschäftigter“ spricht er in § 13a Abs. 4 Satz 1 1. HS ErbStG-E von „auf den Lohn- und Gehaltslisten erfassten Beschäftigten“. Hier kann nur vermutet werden, dass der Gesetzgeber – wie leider so oft, so wohl auch hier – „nicht mit der genügenden Sorgfalt“ formuliert hat[26]. Jedenfalls ist – wie leider so oft – die beratende Praxis ziemlich alleine gelassen.

Gestaltungsüberlegung. Es wird nicht ausbleiben, dass zahlreiche Betriebe in den 5 Jahren vor der Unternehmensnachfolge mehr und mehr auf sog. **Leiharbeiter umstellen** werden. Damit einhergehend wird nicht ausbleiben, dass sog. **Leiharbeitsunternehmen** von der Gesetzesänderung profitieren werden.

„Nicht überwiegend in dem Betrieb tätig“. Das (bisherige) Steuerrecht kennt an zahlreichen Stellen des (Steuer-)Rechts die Begrifflichkeit oder die Wertung **„ausschließlich oder fast ausschließlich“**, d.h. 100 % oder mindestens 90 %[27]. Unklar ist, was unter „überwiegend“ bzw. „nicht überwiegend“ zu verstehen ist. Ist dieser Begriff vom Gesetzgeber bewusst in Abgrenzung zu dem Begriff „fast ausschließlich“ gewählt worden? Wenn ja, dann muss die Grenze für „überwiegend“ unter 90 % liegen? Wenn ja, sind es dann „mehr als 50 %“[28] oder zum Beispiel 75 %? Warum nicht 68, 58733 %? Viel spricht dafür, dass der Gesetzgeber auch hier „nicht mit der genügenden Sorgfalt“ formuliert hat. Auch hier ist die beratende Praxis mit offenen Fragen alleine gelassen.

Arbeitnehmer von EU-/EWR-Betriebsstätten. In § 13a Abs. 4 Satz 6 ErbStG-E bezieht der Gesetzgeber in die **Konzernbetrachtung** die Lohnsummen von (Personen- und Kapital-)Gesellschaften mit dem Sitz in der Bundesrepublik Deutschland, der EU oder des EWR als sog. **Töchterbetriebe** mit ein. Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind von der Konzernbetrachtung dagegen nicht umfasst auch die Lohnsummen von **Betriebsstätten** in der Bundesrepublik Deutschland, in der EU oder im EWR. Inländische Betriebsstätten sind nach der Systematik des deutschen Steuerrechts von der § 13a ErbStG-E (automatisch) erfasst, nicht dagegen Betriebsstätten in der EU oder im EWR. In zahlreichen Fällen der Praxis sind deutsche Unternehmen (Mutterbetriebe) im Ausland nicht (gleich) über (Personen- und Kapi-

[24] Vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung Zu Nummer 11 (§ 13a) Zu Absatz 3.

[25] Vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung Zu Nummer 28 (§ 37) Zu Buchstabe b (Absatz 3).

[26] Man könnte es – etwas undiplomatischer formuliert – auch als „schlampige Formulierung“ bezeichnen.

[27] S. z.B. A 76 Abs. 9 KStR i.V.m. R 5 Abs. 3 Satz 3 EStR. Hierunter versteht auch die Rechtsprechung mindestens 90 %. S. BFH vom 30.8.1995, DB 1996, S. 759 (761) zu § 8 Abs. 2 AStG a.F. Vgl. hierzu auch die Länderübersicht/Verfügung der OFD Düsseldorf über Aktivitätsklauseln in den DBA vom 26.10.1998.

[28] Hiergegen spricht, dass der Gesetzgeber in § 13b Abs. 2 ErbStG-E ausdrücklich von „mehr als 50 Prozent“ spricht.

tal-)Gesellschaften tätig, sonder – zumindest am Anfang – nur über rechtlich unselbständige Betriebsstätten und/oder Niederlassungen/Zweigniederlassungen. Bleiben in solchen Fällen die Lohnsummen von Betriebsstätten und/oder Niederlassungen/Zweigniederlassungen außer Betracht? Aus der Sicht des internationalen Steuerrechts wird von der Gründung einer Betriebsstätte und/oder Niederlassung/Zweigniederlassung im Ausland zu Gunsten der Gründung Personen- oder Kapitalgesellschaft aus verschieden Gründen oftmals abgeraten. Möglicherweise bietet hier das neue Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht einen (ggf. weiteren) Vorteil, der für die Gründung einer rechtlich unselbständigen Betriebsstätte und/oder Niederlassung/Zweigniederlassung spricht. Vermutlich handelt es sich hier um ein **Redaktionsversehen** des Gesetzgebers.

Verwaltungsvermögen und Betriebsaufspaltung. In Kap. 4.2. wurde ausgeführt, dass § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 2 1. Alt. ErbStG-E wohl den Fall der **Betriebsaufspaltung** im Auge hat. Da der Gesetzeswortlaut aber nicht den Begriff „Betriebsaufspaltung" gebraucht, sondern nur auf die **personelle Verflechtung** abstellt, bleibt unklar, ob zum begünstigten Vermögen auch Vermögen gehören soll, welches **keine wesentliche Betriebsgrundlage** ist; denn im Gesetz wird das Merkmal der **sachlichen Verflechtung** nicht genannt. Nach dem Wortlaut einerseits und dem Sinn und Zweck der Regelung andererseits, ist u.E. davon auszugehen, dass auch Vermögen, welches keine wesentliche Betriebsgrundlage ist, zum begünstigten Vermögen gehören kann. Zweifel sind deshalb angebracht, weil in der Gesetzesbegründung – allerdings noch im ErbStErlG-E[29] und im Gegensatz zum weiteren Gesetzeswortlaut – nur von „Betriebsaufspaltung" die Rede ist.

Beendigung einer Betriebsaufspaltung. In § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 ErbStG-E ist geregelt, dass ein Verstoß gegen die Behaltevoraussetzungen nach § 13a Abs. 5 ErbStG-E auch gegeben ist, wenn im Fall des § 13b Abs 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG-E die Verfügungsbeschränkung oder die Stimmrechtsbündelung aufgehoben wird. Der Fall der Beendigung einer Betriebsaufspaltung ist als Verstoß der Behaltevoraussetzungen aber nicht – jedenfalls nicht ausdrücklich – genannt, obwohl dies nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift systemkonform wäre. Soweit es sich um wesentliche Betriebsgrundlagen handelt, ergibt sich der Verstoß gegen die Behaltevoraussetzungen aus § 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 2. Alt. ErbStG-E, nicht dagegen, wenn eine „Betriebsaufspaltung" im Zusammenhang mit nicht-wesentlichen Betriebsgrundlagen beendet wird. U.E. handelt es sich hierbei um keine bewusste Außerachtlassung der Beendigung einer Betriebsaufspaltung als schädliche Verwendung, sondern nur um ein **Redaktionsversehen** des Gesetzgebers.

5. Die persönlichen Freibeträge nach den §§ 16 und 17 ErbStG

Bei der Berechnung der zu stundenden Steuer werden die persönlichen Steuerfreibeträge nach den §§ 16 und 17 ErbStG **nicht berücksichtigt** und bleiben außer Betracht. Das heißt, dass sie nicht für begünstigtes, bei Erfüllung der Betriebsfortführungsvoraussetzungen steuerfreies Vermögen verbraucht werden. Bleibt es bei der 85 %-igen Steuerfreiheit für begünstigtes Vermögen nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E, werden also die Lohnsummen- und die Behaltevoraussetzungen erfüllt, dann bleiben diese Freibeträge für das übrige, nicht begünstigte Vermögen erhalten und werden nicht für begünstigtes, steuerfreies Vermögen verbraucht.

6. Gegenüberstellung von altem Recht und neuem Recht

In der folgenden Übersicht werden die Anforderungen zur Erlangung von Steuervergünstigungen bei der Übergabe von Unternehmen sowie die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Steuerbefreiungs-Voraussetzungen rechtsvergleichend dargestellt.

	Regelung nach altem Recht	**Regelung nach neuem Recht**
Anforderungen an die Qualität des Vermögens	Muss **Betriebsvermögen** sein i.S.v. § 13a Abs. 4 ErbStG a.F..	Muss **Betriebsvermögen** sein, allerdings - scheidet Betriebsvermögen i.H.v. **15 %** in jedem Fall aus der Steuervergünstigung aus Ausnahme: Kleinstbetrieb mit einem Wert von weniger als EUR 150.000,00. - scheiden Betriebe mit einem **Verwaltungsvermögen von mehr als 50 %** insgesamt aus der Steuervergünstigung aus
Umfang der Steuervergünstigung	- **Freibetrag** i.H.v. **EUR 225.000,00** nach § 13a Abs. 1 ErbStG a.F.; - Restl. Betriebsvermögen (i.S.v. § 13a Abs. 4 ErbStG a.F.) wird nur i.H.v. 65 % besteuert (sog. **Bewertungsabschlag** i.H.v. **35 %** nach § 13a Abs. 2 ErbStG a.F.), wenn Betriebsfortführung i.S.v. § 13a Abs. 5 ErbStG a.F. **5 Jahre** lang erfüllt ist. Bei Einzelunternehmen und PersGes erfolgte die **Bewertung** nach den **Steuerbilanzwerten**. Nur bei KapGes erfolgt die Bewertung nach dem in der Regel ungünstigeren **Stuttgarter Verfahren**.	**85 %-ige Steuerfreistellung** nach dem sog. **Abschmelzungsmodell**, wenn - Betriebsfortführung i.S.v. § 13a Abs. 5 ErbStG-E **15 Jahre** lang erfüllt ist; - Beibehaltung von **70 % der Lohnsumme** nach § 13a Abs. 1 ErbStG-E. Die **Bewertung** von Einzelunternehmen, PersGes und KapGes erfolgt nach dem gemeinen Wert**.**
Behaltedauer	Nur **5 Jahre** ab der Betriebsübergabe.	**15 Jahre** ab der Betriebsübergabe.

Anforderungen an die Betriebsfortführung während der Behaltedauer	Der Freibetrag oder Freibetragsanteil fallen mit Wirkung für die Vergangenheit weg, soweit der Erwerber innerhalb von **5 Jahren** nach dem Erwerb einen der folgenden Tatbestände verwirklicht (s. § 13a Abs. 5 ErbStG a.F.): (1) **bei der Übertragung eines Gewerbebetriebs oder eines Mitunternehmeranteils daran** - **Veräußerung** eines Gewerbebetriebs, eines Teilbetriebs, eines Mitunternehmeranteils - **Aufgabe** eines Gewerbebetriebs - **Veräußerung** oder Überführung in das **Privatvermögen** von wesentl. Betriebsgrundlagen eines Gewerbebetriebs - **Veräußerung** von Anteilen an einer KapGes i.S.v. § 20 Abs. 1 UmwStG oder von Mitunter-nehmeranteilen i.S.v. § 24 Abs. 1 UmwStG (2) **bei der Übertragung eines L+F-Betriebs oder von Anteilen daran** - **Veräußerung** eines L+F-Betriebs, eines Teilbetriebs, eines Mitunternehmeranteils an einem L+F-Betrieb - **Aufgabe** eines L+F-Betriebs - **Veräußerung** oder Überführung in das **Privatvermögen** von wesentl. Betriebsgrundlagen eines L+F-Betriebs - **Veräußerung** von Anteilen an einer KapGes i.S.v. § 20 Abs. 1 UmwStG oder von Mitunternehmeranteilen i.S.v. § 24 Abs. 1 UmwStG (3) **bei der Übertragung eines Gewerbebetriebs oder eines Mitunternehmeranteils daran** - **Überentnahmen** tätigt (4) **bei der Übertragung von Anteilen an einer KapGes** - **Veräußerung** oder Vornahme einer **verdeckten Einlage** von Anteilen an einer solchen KapGes - **Auflösung** einer solchen KapGes - **KapHerabsetzung** bei einer solchen KapGes - **Veräußerung** von wesentl. Betriebsgrundlagen durch eine solche KapGes - **Verteilung des Vermögens** einer solchen KapGes an deren Gesellschafter	Der Freibetrag oder Freibetragsanteil fallen mit Wirkung für die Vergangenheit weg, soweit der Erwerber innerhalb von **15 Jahren** nach dem Erwerb einen der folgenden Tatbestände verwirklicht (s. § 13a Abs. 5 ErbStG-E): (1) **bei der Übertragung eines Gewerbebetriebs oder eines Mitunternehmeranteils daran** - **Veräußerung** eines Gewerbebetriebs, eines Teilbetriebs, eines Mitunternehmeranteils - **Aufgabe** eines Gewerbebetriebs - **Veräußerung** oder Überführung in das **Privatvermögen** von wesentl. Betriebsgrundlagen eines Gewerbebetriebs - **Veräußerung** von Anteilen an einer KapGes i.S.v. § 20 Abs. 1 UmwStG oder von Mitunter-nehmeranteilen i.S.v. § 24 Abs. 1 UmwStG (2) **bei der Übertragung eines L+F-Betriebs oder von Anteilen daran** - **Veräußerung** eines L+F-Betriebs, eines Teilbetriebs, eines Mitunternehmeranteils an einem L+F-Betrieb - **Aufgabe** eines L+F-Betriebs - **Veräußerung** oder Überführung in das **Privatvermögen** von wesentl. Betriebsgrundlagen eines L+F-Betriebs - **Veräußerung** von Anteilen an einer KapGes i.S.v. § 20 Abs. 1 UmwStG oder von Mitunternehmeranteilen i.S.v. § 24 Abs. 1 UmwStG (3) **bei der Übertragung eines Gewerbebetriebs oder eines Mitunternehmeranteils daran** - **Überentnahmen** tätigt (4) **bei der Übertragung von Anteilen an einer KapGes i.S.v. § 13b Abs. 1 Nr.3 ErbStG-E** - **Veräußerung** oder Vornahme einer **verdeckten Einlage** von Anteilen an einer solchen KapGes - **Auflösung** einer solchen KapGes - **KapHerabsetzung** bei einer solchen KapGes - **Veräußerung** von wesentl. Betriebsgrundlagen durch eine solche KapGes - **Verteilung des Vermögens** einer solchen Kap-Ges an deren Gesellschafter (5) **bei der Übertragung von Anteilen an einer KapGes i.S.v. § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG-E** - Aufhebung der **Verfügungsbeschränkung** oder der **Stimmrechtsbindung**
Weitere Anforderungen	keine	Der Betrieb muss **10 Jahre** lang mindestens 70 % **seiner Lohnsumme** halten (s. § 13a Abs. 1 ErbStG-E).
Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Behaltedauer	Wegfall der Steuervergünstigung in vollem Umfang bei Verstoß gegen Behaltevoraussetzungen während der 5-jährigen Behaltedauer.	Wegfall der Steuervergünstigung in vollem Umfang bei Verstoß gegen Behaltevorausetzungen während der 15-jährigen Behaltedauer und zusätzlich Wegfall der Steuervergünstiguing in Höhe von 10% für jedes Jahr in dem die Lohnsummenvoraussetzung nicht erfüllt ist.

Rechtsprechung

BGB §§ 2264, 2300; FGG § 34; BeurkG §§ 51, 64; BNotO § 18; LFGG BW § 20

Zum Anspruch des Rechtsnachfolgers eines Vertragsteils auf Erteilung einer Abschrift eines Erbvertrags auch gegen den Widerspruch des anderen Vertragsteils

1. Die Pflicht des Notars zur Erteilung von Urkundenabschriften (§ 51 BeurkG) geht seiner Verschwiegenheitspflicht (§ 18 BNotO) vor. Dem Notar steht insoweit kein Ermessen zu.

2. Haben die Vertragsteile eines Erbvertrags nicht gemeinsam etwas anderes bestimmt, ist der die Vertragsurkunde verwahrende Notar jedem dies verlangenden Gesamtrechtsnachfolger eines Vertragsteils zur Erteilung einer Abschrift auch dann verpflichtet, wenn der andere noch lebende Vertragsteil dem widerspricht.

3. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Erbvertrag ausschließlich eine letztwillige Verfügung des überlebenden und der Abschriftserteilung widersprechenden Vertragsteils enthält.

OLG Karlsruhe (14. Zivilsenat in Freiburg), Beschluss vom 16.01.2007 – 14 Wx 51/06

Aus den Gründen:

I.

Die fünf Beteiligten sind als die Kinder der am 14.08.2005 verstorbe-

nen Erblasserin deren Erben zu je 1/5 Erbteil geworden. Einen entsprechenden Gemeinschaftlichen Erbschein hat das Notariat -Nachlassgericht- ... am 17.01.2006 erteilt (I, 65).

Am 28.11.1972 hatten die Erblasserin und der Beteiligte Nr. 1 einen notariellen Erbvertrag (I H 1456/72 Notariat ...) geschlossen. Die Urschrift der Vertragsurkunde befindet sich in der Verwahrung des Notariats ... , eine beglaubigte Fotokopie der Vertragsurkunde befindet sich als Dauernde Beilage bei der die Erblasserin betreffenden Nachlassakte. Nach dem Tode der Erblasserin ist eine Eröffnung des Erbvertrags nicht erfolgt, weil dieser nach Feststellung des Nachlassrichters keine erbrechtlichen Bestimmungen auf Ableben der Erblasserin enthält (Verfügung vom 16.12.2005, I, 29).

Mit Schriftsatz der Rechtsanwälte K. u. Koll. vom 09.02.2006 (I, 71) hat die Beteiligte Nr. 3 beim Notariat ... beantragt, ihr eine unbeglaubigte Abschrift des Erbvertrags vom 28.11.1972 zu überlassen. Zur Begründung hat sie auf eine erbrechtliche Auseinandersetzung, an der auch der Beteiligte Nr. 1 beteiligt sei, hingewiesen. Unter dem 16.02.2006 hat der Nachlaßrichter beim Notariat ... , der zugleich Notar ist, die Überlassung der Abschrift mit der Begründung versagt, daß „Ablichtungen von Urkunden nur den daran Beteiligten oder mit deren Einverständnis erteilt werden können“ (I, 71). Hiergegen haben die Beteiligten Nr. 2 - 5 durch Schriftsatz der Rechtsanwälte K. u. Koll. vom 02.06.2006 (I, 79/83) Beschwerde eingelegt. Unter dem 13.06.2006 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Nachlassakte dem Landgericht ... zur Entscheidung über das Rechtsmittel vorgelegt (I, 85).

Mit Beschluß vom 21.09.2006 (II, 21/29) hat das Landgericht die Beschwerden der Beteiligten Nr. 2 bis 5 gegen die Versagung der Abschriftserteilung zurückgewiesen. Hiergegen haben sie mit Anwaltsschriftsatz vom 16.10.2006 (II, 43/49) weitere Beschwerde eingelegt.

II.

Die Rechtsmittel der Beteiligten Nr. 2 - 5 sind zulässig, weil gegen eine die Verweigerung der Abschrifterteilung durch das Nachlaßgericht bestätigende Beschwerdeentscheidung die unbefristete weitere Beschwerde gemäß § 27 Abs. 1 FGG bzw. § 54 Abs. 2 S. 1 BeurkG statthaft ist (daß das BeurkG auch für die Notare im badischen Rechtsgebiet gilt, ergibt sich unmittelbar aus § 64 BeurkG) und die Beteiligten mit der Erstbeschwerde erfolglos geblieben sind; darauf, ob das Beschwerdegericht die Zulässigkeit der Erstbeschwerde zu Recht angenommen hat, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (Meyer-Holz, in: Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, Rdn. 10 zu § 27, unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung). In der Sache hat freilich nur das Rechtsmittel der Beteiligten Nr. 3 Erfolg.

1. Die weiteren Beschwerden der Beteiligten Nr. 2, 4 und 5 sind schon deshalb nicht begründet, weil ihre Erstbeschwerden - entgegen der der angefochtenen Entscheidung stillschweigend zugrundegelegten Auffassung des Landgerichtes - unzulässig waren. Dies ergibt sich daraus, daß sie selbst kein Gesuch auf Erteilung einer Abschrift an sich gestellt hatten und daß das Gesuch der Beteiligten Nr. 3 lediglich auf Übersendung an sie selbst - bzw. an die damals nur sie vertretenden Rechtsanwälte K. u. Koll. - ging, so daß die Beteiligten Nr. 2, 4 und 5 durch die Ablehnung des Gesuchs nicht in ihren Rechten verletzt waren (§ 20 Abs. 1 FGG). Der Umstand, daß die Beteiligten Nr. 2, 4 und 5 später dieselben Anwälte wie die Beteiligte Nr. 3 mit der Rechtsmitteleinlegung beauftragt haben, ändert daran nichts.

Die Zurückweisung der weiteren Beschwerde dieser Beteiligten hatte mit der klarstellenden Maßgabe zu erfolgen, daß ihre Erstbeschwerden in Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung als unzulässig verworfen werden (Meyer-Holz, a.a.O., Rdn. 55 zu § 27 m.w.N.).

2. Dagegen hat die weitere Beschwerde der Beteiligten Nr. 3 auch in der Sache Erfolg.

a) Insoweit ist das Landgericht mit Recht von der Zulässigkeit der Erstbeschwerde (§§ 19 FGG, § 54 Abs. 2 S. 1 BeurkG) ausgegangen. Insbesondere ist die Beschwerdeberechtigung der Beteiligten Nr. 3 nicht etwa dadurch entfallen, daß einem ihrer Anwälte zuvor Einsicht in die Nachlaßakte gewährt worden war (vgl. hierzu BayObLGZ 1995, S. 1 ff., 3), denn zuvor waren die Dauernden Beilagen und damit auch die Kopie des Erbvertrags vom 28.11.1972 zum Beleg genommen worden.

b) Aus Rechtsgründen (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) zu beanstanden ist dann aber die Auffassung des Landgerichts, wonach die Beteiligte keine Erteilung einer Abschrift von dem Erbvertrag verlangen kann.

aa) Richtig ist dabei allerdings, daß ein solches Recht nicht aus § 2264 BGB hergeleitet werden kann: Diese Vorschrift ist - wie sich unmittelbar aus § 2300 BGB ergibt - auf Erbverträge nicht anwendbar (allgemeine Auffassung, vgl. etwa Kahl, in: Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O. Rdn. 3 zu § 34).

Weil der Erbvertrag im vorliegenden Fall nicht eröffnet worden ist, kann eine Abschriftserteilung auch nicht aus § 34 FGG hergeleitet werden. Daß § 34 FGG für Erbverträge nur dann gilt, wenn sie bereits eröffnet worden sind, ist allgemein anerkannt (z. B. Kahl, a.a.O., Rdn. 3 zu § 34; Palandt/Edenhofer, BGB, 66. Aufl. 2007, Rdn. 1 zu § 2264 und Rdn. 2 zu § 2300 a; Musielak, in: Münchener Kommentar BGB, 4. Aufl. 2004, Rdn. 6 zu § 2300).

bb) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist der beim verwahrenden Notariat und damit bei der sachlich zuständigen Stelle (hierzu Winkler, BeurkG, 15. Aufl. 2003, Rdn. 6 zu § 48) gestellte Antrag aber nach § 51 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 , 1. Hs. (Nr. 1) und Abs. 1, 2. Hs. BeurkG begründet:

(1) Nach den genannten Vorschriften können eine Abschrift von einer notariellen Niederschrift u.a. die Rechtsnachfolger derjenigen Personen verlangen, die im eigenen Namen eine Erklärung zur Niederschrift abgegeben haben, hier also auch die Gesamtrechtsnachfolger der am Vertragsschluß beteiligten Erblasserin. Zu diesem Personenkreis gehört auch die durch Erbschein als Miterbin nach der Erblasserin ausgewiesene Beteiligte Nr. 3 (zu dem die Rechtsnachfolge betreffenden Nachweiserfordernis vgl. Winkler, a.a.O., Rdn. 6 zu § 51), denn in Fällen, in denen - wie hier - mehrere Gesamtrechtsnachfolger vorhanden sind, stehen jedem von ihnen die Rechte aus § 51 Abs. 3 BeurkG zu (Jansen, BeurkG, 2. Aufl. 1971, Rdn. 5 zu § 51; Winkler, a.a.O., Rdn. 14 zu § 51). Da bei der Beurkundung eines Vertrags jeder der Vertragsteile (Jansen, a.a.O., Rdn. 3 zu § 51) und damit auch jeder ihrer Gesamtrechtsnachfolger antragsberechtigt ist, kommt es nicht darauf an, ob der andere Vertragsteil - hier: der Beteiligte Nr. 1 - mit der Erteilung einer Abschrift einverstanden ist; eine etwaige einseitige Weisung des Beteiligten Nr. 1, der Beteiligten Nr. 3 keine Abschrift zu erteilen, dürfte nicht befolgt werden (vgl. Jansen, a.a.O., Rdn. 12 zu § 51, unter Hinweis auf OLG Hamm, DNotZ 1960, S. 491, und Röll, DNotZ 1970, S. 144).

(2) Da somit die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 51 BeurkG für die Antragsberechtigung erfüllt sind, hat die Beteiligte Nr. 3 einen Anspruch auf die Erteilung einer Abschrift. Anders als etwa § 34 FGG eröffnet § 51 BeurkG dem Notar kein Ermessen (allgemeine Auffassung, vgl. etwa Limmer, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2000, sowie Winkler, a.a.O. - jeweils Rdn. 1 zu § 51). Die Pflicht des Notars aus § 51 BeurkG geht seiner Verschwiegenheitspflicht aus § 18 BNotO (i.V.m. § 20 bad.-württ. LFGG) vor (Kanzleiter, DNotZ 1993, S. 434 ff., 435; Winkler, a.a.O., Rdn. 1 zu § 51).

Demgemäß ist die vom Landgericht in Hinblick darauf, daß der hier in Rede stehende Erbvertrag - ausschließlich - eine letztwillige Verfügung des noch lebenden Beteiligten Nr. 1 als des Vertragspartners der Erblasserin enthält, vorgenommene restriktive Auslegung unter Abwägung des Geheimhaltungsinteresses des Beteiligten Nr. 1 und des Informationsinteresses der Beteiligten Nr. 3 mit dem Gesetz nicht vereinbar. Hierfür besteht auch kein Bedürfnis, weil die Vertragsparteien gem. § 51 Abs. 2 BeurkG die Möglichkeit hatten, gemeinsam den Kreis der nach § 51 Abs. 1 Antragsberechtigten einzuschränken (vgl. Winkler, a.a.O., Rdn. 22 zu § 51). Da hiervon kein Gebrauch worden ist, hat es bei der eindeutigen und kein Ermessen eröffnenden gesetzlichen Regelung zu verbleiben.

III.

Für eine Kostenentscheidung bestand kein Anlaß. Gleiches gilt für eine von § 13 a Abs. 1 S. 1 FGG - danach hat jeder der Beteiligten seine eigenen Kosten selbst zu tragen - abweichende Regelung.

Die Geschäftswert war im Einklang mit der landgerichtlichen Entscheidung auf 3.000,00 € festzusetzen.

Mitgeteilt durch Richter am OLG Karlsruhe (14. Zivilsenat in Freiburg) Dr. Ernst-Friedrich Krauß