

**Dr. Peter Limmer**  
Notar

Marktplatz 21  
97070 Würzburg  
Telefon 09 31 / 355 760  
Telefax 09 31 / 355 762 25  
email: [limmer@notare-marktplatz.de](mailto:limmer@notare-marktplatz.de)  
internet: <http://www.dnoti.de> bzw. [www.notarinstitut.de](http://www.notarinstitut.de)

## **Vorlesung: Vertragsgestaltung im Zivilrecht (Erb- und Familienrecht)**

### **I. Einführung in die Vertragsgestaltung im Familienrecht-Der Ehevertrag**

Fall:

Barbara Blauauge und Frank Frei beabsichtigen, die Ehe zu schließen. Beide sind derzeit kinderlos. Frank Frei hat jedoch von seiner Großmutter ein Mehrfamilienhaus geerbt. Frau Blauauge hat bereits als Bankkauffrau gearbeitet und eigene Rentenanwartschaften erworben, während Herr Frei sein Studium erst seit einigen Monaten beendet hat und als selbständiger Immobilienmakler nicht der Rentenversicherungspflicht unterliegt. Frau Blauauge ist mit der Vereinbarung eines Ehevertrages einverstanden, wenn dabei ihre Interessen, insbesondere ihre Rentenanwartschaften, hinreichend berücksichtigt werden. Herr Frei möchte nicht, dass das Mehrfamilienhaus im Falle einer Scheidung in den Zugewinnausgleich fällt. Zudem möchte er keinen Unterhaltsansprüchen ausgesetzt sein, wenn die Ehe nur von kurzer Dauer sein sollte. Dies jedoch nur, wenn die Ehe kinderlos bleiben sollte, ansonsten ist er zu Unterhaltszahlungen bereit.

## Überlegungen zur Vertragsgestaltung

### I. Grundlagen – Wirkungen der Eheschließung

#### **Unabhängig vom Güterstand der Ehegatten:**

- **Namensrecht § 1355:** gemeinsamer Familienname nur Soll-Vorschrift, Wahlfreiheit; „Doppelname“ i.R.d. Abs.4 zulässig; nach Scheidung oder Tod des Ehegatten Rückkehr zum vorehelichen Namen möglich, Abs.5.
- **Verpflichtungsbefugnis und Vertretung nach § 1357 BGB:**  
Vertretung grds. nach § 164 Abs.1 S.1 und S.2; bei den „Geschäften des angemessenen Lebensbedarfs“ (Kriterium: Absprache unter Ehegatten) wird Vermutung nach § 164 Abs.1 S.2 („im Zweifel Eigengeschäft“) durchbrochen.  
Wirkung im Außenverhältnis: beide Ehegatten werden berechtigt und verpflichtet (Abs.1S.2, §§ 421ff.).  
Allerdings: keine dingliche Wirkung, keine automatische Entstehung von Miteigentum!  
Entziehung der Schlüsselgewalt nach Abs.2 erfordert regelm. Eintragung im Güterrechtsregister §§ 1412, 1558ff. (Form: § 1560 S.2)  
Nach Trennung entfällt Verpflichtungsbefugnis, Abs.3.
- **Ehelicher Unterhalt, §§ 1360, 1360a**  
Art des geschuldeten Unterhalts bestimmt sich nach Ehetyp, §§ 1360, 1360a Abs.2. Angemessener Unterhalt richtet sich nach objektiven Lebensbedarf; ggf. Vergleich mit Lebensstil ähnlicher sozialer Gruppen.  
Verweisung in Abs.3: Vss. bei Unterhalt für Vergangenheit, § 1613; kein Verzicht für künftigen Unterh., § 1614; Erlöschen bei Tod, § 1615 (i.d.R. keine Bedeutung für ehelichen Unterhalt aber wichtig bei Trennungsunterhalt – versteckte Verweisung in § 1361 Abs.4!).
- Auslegungsregel bei Zuvielleistung: § 1360b verdrängt Regreßanspr. aus GoA, Bereicherungsrecht.
- **Trennungsunterhalt:** Getrenntleben-Bedürftigkeit-Leistungsfähigkeit.  
Maßstab auch hier: eheliche Lebensverhältnisse.  
Kein Verzicht möglich (s.o.), wohl aber Vereinbarungen im Wege des gegenseitigen Nachgebens über die Höhe des geschuldeten Unterhalts. Verstoß gegen § 1614 erst dann, wenn einseitige Regelung zu Lasten des Berechtigten getroffen wird, die nicht den Interessen beider Seiten gerecht wird. Vereinbarter Unterhalt kann dann nach § 794 Abs.1 Nr.5 ZPO tituliert werden (Abänderungsklage nach § 323 Abs.4 ZPO auch hier statthaft);  
Möglich ist auch die Vereinbarung der Anrechnung von Sachleistungen (PKW, miefreies Wohnen in Familienheim) auf den Unterhaltsanspruch.
- **Gläubigerschutzvorschrift § 1362 i.V.m. § 739 ZPO**  
Widerlegung durch Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses, ggf. als Anlage zu not. Ehevertrag (Beweissicherung hins. Zeitpunkt der Erstellung); Aufbewahren von Rechnungen als Beweis in § 771 ZPO-Verfahren.

## II. Der gesetzliche Güterstand

- Tritt kraft Gesetzes mangels anderweitiger ehevertraglicher Vereinbarung ein. Begriff „Zugewinnsgemeinschaft“ führt häufig zu dem Irrtum, daß Vermögen der Ehegatten automatisch zu gemeinsamen Vermögen wird. Befürchtung, daß ein Ehegatte für die (vorehelichen, geschäftlichen etc.) Schulden des Ehegatten haftet, ist häufigster Grund für den Wunsch nach Abschluß eines Ehevertrages („Gütertrennung“). Aber: Ausdrückliche Regelung in § 1363 Abs.2 S.1: getrennte Vermögensmassen. Gem. § 1364 ist jeder Ehegatte bei der Verwaltung seines Vermögens unabhängig und frei.
- *Exkurs*: Bankenpraxis – Familienangehörige sollen für Geschäftskredite Sicherheit stellen, um Vermögensverlagerungen zu verhindern. Problem des § 138 – umfangreiche Kasuistik der Rspr. – BVerfG NJW 1994, S.36; BGH NJW 1996, S. 1275; S.2089.
- **Einschränkung der Verfügungsmacht: §§ 1365, 1369**  
Zweck: Sicherung der wirtsch. Grundlage der Familie und des Zugewinnausgleichanspruchs des anderen Ehegatten.  
Bei Verfügung über Einzelgegenstand, der (*nahezu*) das gesamte Vermögen ausmacht, ist nach h.A. (subj. Theorie) Kenntnis des Erwerbers erforderlich. Eine etwa zu erbringende Gegenleistung bleibt in jedem Fall außer Betracht.  
Bei Verpflichtung ohne Einwilligung ist der Vertrag schw. unwirksam; eine zur Erfüllung der Verpflichtung getätigte Verfügung ist unwirksam, da es sich bei § 1365 um ein absolutes Veräußerungsverbot handelt; § 135 gilt nicht.  
§ 1365 ist dispositiv; durch formbedürftigen Ehevertrag kann auf Verfügungsbeschränkung verzichtet werden.
- **Zugewinnausgleich im Todesfall**  
Durch §§ 1931, 1371 Abs.1 pauschaler Ausgleich des Zugewinns durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils um  $\frac{1}{4}$ . Wird der Überlebende nicht Erbe/Vermächtnisnehmer bzw. schlägt er die Erbschaft aus: Abs.2 bzw. Abs.3.
- **Zugewinnausgleich im Scheidungsfall**  
Ermittlung des Zugewinns jedes Ehegatten durch Abzug des Anfangsvermögens vom Endvermögen. Vergleich des Zugewinns und Halbteilung eines Überschusses des einen Ehegatten gem. § 1378 Abs.1 als reine Geldforderung; keine dingliche Beteiligung an Vermögensgegenständen des anderen Ehegatten!  
Hausrat (HRVO) und Versorgungsanwartschaften unterliegen nicht dem Zugewinnausgleich.
- **Sonderproblem: ehebedingte Zuwendungen**  
Nach der Rspr. regelmäßig keine Schenkungen ( BGHZ 82, 234 ), damit kein *privilegiertes Anfangsvermögen*; also: Zugewinnausgl.!.....

Bei Ehescheidung kein Schenkungswiderruf möglich. Nur in Ausnahmefällen Ausgleichsanspruch des Zuwendenden wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage, wenn ansonsten „untragbare Lösungen“ entstehen würden ( BGHZ 127, 48 ). Bereicherungsrechtliche Ansprüche werden durch die güterrechtlichen Regelungen verdrängt BGH FamRZ 1989, 147 ). Für gesellschaftsrechtliche Lösungen ist erst Raum, wo die Vermögensgemeinschaft über die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht ( BGH a.a.O.).

- Exkurs: Miteigentum, insbes. Grundstücksmitigentum (Familieneigenheim): Miteigentumsanteile fallen *wertmäßig* grds. in das Endvermögen jedes Ehegatten. Das dingliche Schicksal bestimmt sich jedoch nach §§ 741ff., also insbesondere Anspruch auf jederzeitige Aufhebung der Gemeinschaft im Wege der Zwangsversteigerung des Grundstücks, §§ 749, 753. Ein Ausschluß des Aufhebungsrechts nach §§ 749 Abs.2, 1010 ist nutzlos, da bei Ehescheidung regelm. ein wichtiger Grund nach § 749 Abs.2, 3 vorliegen wird.

### III. Vertragliche Güterstände

#### a) Vertragsinhalt und Vertragsabschluß

Es gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit; so können durch Ehevertrag einzelne Bestimmungen des ges. Güterstandes geändert werden.

Beispiele: Vereinbarung eines negativen Anfangsvermögens wegen § 1374 Abs.1 2.Hs. (Auswirkungen auf Zugewinnausgleich), Vereinbarung eines bestimmten Endvermögens, Zugewinnausgleich nur bei Tod. Oder: Ausnahme einzelner Gegenstände (und deren Wertsteigerung) aus dem Zugewinnausgleich.

Durch Ehevertrag kann neben der Abänderung des gesetzlichen der Güterstand der Gütertrennung (§ 1414) oder der Gütergemeinschaft (§1415) vereinbart werden.

Zeitpunkt des Vertragsschlusses: auch vor der Ehe. Beurkundungsbedürftig nach § 1410 BGB. Dabei ist Vertretung zulässig. Für Vollmacht gilt § 167 Abs.2, für Genehmigung § 182 Abs.2. Wirksamkeit richtet sich nach allgemeinen Vorschriften, daneben § 1411.

Mit schuldrechtlicher Wirkung können die Ehegatten Rückwirkung vereinbaren (insbes. bei Verzicht auf Zugewinnausgleich).

#### b) Gütertrennung

§ 1414: tritt *im Zweifel* ein, wenn gesetzl. Güterstand ausgeschlossen bzw. aufgehoben wird, wenn Zugewinnausgleich oder Versorgungsausgleich ausgeschlossen oder Gütergemeinschaft aufgehoben wird.

Vermögensauseinandersetzung bei Scheidung findet nicht statt. Ausnahme sind ehebedingte Zuwendungen: Im Gegensatz zu Zugewinnngemeinschaft wird hier die Rückforderung nach den Grds. des Wegfalls der Gesch.grdl.

nicht durch die Vorschriften über den Zugewinnausgleich verdrängt.  
Keine Erhöhung des Ehegattenerbteils, aber Korrektur durch § 1931 Abs.4:  
Erbeil des Ehegatten soll nicht geringer als der eines Kindes sein.

Gütertrennung wurde früher standardmäßig bei „Unternehmerehen“ vereinbart. Nachteil: Erbschaftssteuer-Freibetrag niedriger, Verschieben der gesetzl. Erbteile, Erhöhung von Pflichtteilen der Kinder. Abgesehen davon ist Gütertrennung für den nicht unternehmerisch tätigen Ehegatten oft unangemessen. Durch Vereinbarung eines „modifizierten Zugewinnausgleichs“ können im Einzelfall flexiblere und adäquatere Lösungen gefunden werden.

### **c) Gütergemeinschaft**

In der Praxis kaum relevant – regionale Unterschiede. Entsteht durch ehevertragliche Vereinbarung, § 1415 BGB. Eingebrachtes und später erworbenes Vermögen der Ehegatten wird gemeinschaftliches Vermögen. Gleiches gilt hier auch für die Schulden, vgl. § 1437: **Haftungsrisiko!**

Daneben kann jedem Ehegatten Sondergut, § 1417, und Vorbehaltsgut, § 1418, zustehen (also bis zu fünf verschiedenen Vermögensmassen!).

Verwaltung und die Auseinandersetzung bei Scheidung und im Erbfall sind daher kompliziert, wie bereits der Regelungsumfang im BGB zeigt. Weiterer Nachteil ist die niedrige gesetzl. Erbquote (1/4) des Ehegatten, damit verbunden die hohen Pflichtteilsanspr. von Kindern.

## **IV. Nachehelicher Unterhalt**

Zu unterscheiden von Trennungsunterhalt!

Das Gesetz geht vom Grundsatz der **Eigenverantwortlichkeit** jedes Ehegatten nach der Scheidung aus, § 1569. Daher wird nachehelicher Unterhalt nur geschuldet, wenn eine Bedürfnislage im Zusammenhang mit der Ehe steht. Der Gesetzgeber hat dafür die Tatbestände der §§ 1570ff. BGB geschaffen.

Voraussetzung des Anspruchs sind also:

- Unterhaltstatbestand
- Bedürftigkeit
- Leistungsfähigkeit.

Ausschluß des Unterhaltsanspr., § 1579, insbes. bei kurzer Ehedauer (nach Rspr. bis ca. drei Jahre).

**Ein Verzicht auf nachehelichen Unterhalt ist durch nicht formbedürftigen Vertrag möglich, § 1585 c.** Formbedürftig wird der Vertrag über nachehelichen Unterhalt erst durch den Zusammenhang („Stehen und Fallen“) mit einer ehevertraglichen Regelung (z.B. Ausschluß Zugewinnausgleich), §§ 139, 125. Verzicht auf Unterhalt kann sittenwidrig sein, wenn der Bedürftige dadurch auf Leistungen der Sozialhilfe angewiesen ist (BGHZ 86, S.82).

Die Berufung auf den Unterhaltsverzicht ist dem Verpflichteten dann nach § 242 verwehrt, wenn der Bedürftige minderjährige gemeinsame Kinder zu be-

treuen hat (dazu: BGH NJW 1992, S.3164; .1995, 1148).

Regelung über Unterhalt ansonsten in jeder Form möglich, z.B. Vereinbarung bestimmter Unterhaltstatbestände, zeitliche Begrenzung, höhenmäßige Begrenzung, Anlehnung an Ehedauer...

## **V. Versorgungsausgleich**

Übertragung von Versorgungsanswartschaften - spiegelbildlich zum Zugewinnausgleich. § 1408 Abs.2 verlangt für Regelungen über den Versorgungsausgleich Ehevertragsform. Nicht nur der Ausschluß ist möglich, sondern auch Modifikation oder Teilausschluß. Beispiele: Begrenzung des Versorgungsausgleich auf bestimmte Zeiten (Kindererziehung, bis zur Trennung), kein VA bei kurzer/kinderloser Ehe, Verzicht gegen Abschluß einer Lebensversicherung... Achtung: § 1408 Abs.2 S.2 – Unwirksamkeit; Vereinbarung kann dann aber umgedeutet werden in solche nach § 1587o, die aber der Genehmigung des FamG bedarf.

Grenze der Gestaltungsfreiheit: Es können mit dinglicher Wirkung nicht mehr Anwartschaften übertragen werden, als der gesetzlichen Ausgleichsquote entspricht.

## **VI. Scheidungs(folgen)vereinbarung**

Bei einvernehmlicher Scheidung i.S.d. § 1566 Abs.1 i.V.m. § 630 ZPO müssen in der Vereinbarung Erklärungen enthalten sein über Hausrat und Ehwohnung, über die elterliche Sorge und das Umgangsrecht und den Kindes- und Ehegattenunterhalt (nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung, § 630 Abs.3 ZPO).

Sinnvollerweise können Regelungen über den Trennungsunterhalt getroffen werden (im Rahmen des oben als zulässig dargestellten). Ferner kann in der notariellen Urkunde ein Erb- und Pflichtteilsverzicht, §§ 2346ff., vereinbart werden und ggf. früher abgeschlossene Eheverträge aufgehoben werden, § 2290. Ansonsten: Erb- und Pflichtteilsrecht des Ehegatten bis zu dem in §§ 1933, 2077 genannten Zeitpunkt.

## **VII. Inhaltskontrolle auf der Grundlage Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes**

### **1. BVerfG, Urt. V. 06.02.2001:**

(FamRZ 2001, 343 mit Anmerkung Schwab, Schubert S. 733 und Bergschneider, S 1337) = NJW 2001, 957 (m. Anmerkung Röthel, 5. 1334).

Gerichtlichen Kontrolle des Inhalts ehevertraglicher Abreden, die vor der Eheschließung mit einer Schwangeren getroffen werden und die Betreuungs- und Unterhaltungssituation des gemeinsamen Kindes nach einer Scheidung be-

rühren, am Maßstab des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 4 GG und des Art. 6 Abs. 2 GG.

Die Grenzen der Ehevertragsfreiheit sind ein juristisches Dauerthema (vgl. nur das Sonderheft der DNotZ zum 25. Deutschen Notartag in Münster 1998, DNotZ 1998, S. 228\* ff.). Der BGH hatte in den letzten Jahren immer wieder die Vertragsfreiheit der Ehegatten in vermögensrechtlichen Angelegenheiten – soweit das Gesetz hier Freiräume zubilligt – bestätigt und beispielsweise auch den vorehelichen Verzicht auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB für zulässig erachtet (vgl. BGH NJW 1991, 913; NJW 1992, 3164 = DNotZ 1993, 524, NJW-RR 1997, 897). Mit Urteil vom 18.9.1996 hatte der BGH (FamRZ 1996, 1536 = DNotZ 1997, 406) schließlich für den vorehelichen Ausschluss des Versorgungsausgleichs trotz Schwangerschaft der künftigen Ehefrau entschieden, dass die Ausnutzung einer psychischen Zwangslage vor der Eheschließung noch nicht ohne weiteres zur Sittenwidrigkeit führe, zumal der Ehemann von einer Eheschließung ganz absehen können. Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur zum Teil – auch aus Gründen der Rechtssicherheit – befürwortet (vgl. nur Grziwotz, FamRZ 1997, 585 ff.; MDR 1998, 1327 ff.; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, Rn. 30 f.), zum Teil aber auch kritisiert (vgl. Schwenger, AcP 196 (1996), 88 ff.; Dethloff, JZ 1997, 414 ff.; Büttner, FamRZ 1998, 1 ff.) und eine weitergehende Inhaltskontrolle nach § 138 BGB statt der vom BGH befürworteten Ausübungskontrolle nach § 242 BGB (vgl. BGH FamRZ 1992, 1403; NJW 1995, 717; OLG Düsseldorf DNotZ 1997, 656) gefordert. Dem BVerfG lag nunmehr ein Verfassungsbeschwerdeverfahren vor, wonach die schwangere Verlobte (die bereits aus erster Ehe ein fünfjähriges Kind zu versorgen hatte) gegenüber ihrem späteren Ehemann auf jeglichen nahehelichen Unterhalt verzichtet und ihn gleichzeitig von allen, über 150 DM monatlich hinaus gehenden Unterhaltsansprüchen des erwarteten Kindes freigestellt hatte. Anlässlich einer Klage auf Freistellung ging das OLG Stuttgart (FamRZ 1992, 716 = NJW-RR 1993, 133) von der Wirksamkeit der Vereinbarung aus.

Nach Auffassung des BVerfG verletzt die angegriffene Entscheidung die Ehefrau in ihrem Recht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 4 GG und verstößt zudem gegen Art. 6 Abs. 2 GG. Zu Art. 2 Abs. 1, 6 Abs. 4 GG führt das BVerfG u. a. aus, dass die Eheschließungsfreiheit nicht die Freiheit zur unbegrenzten Ehevertragsgestaltung gebe und nicht eine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung rechtfertige. Vielmehr sei eine **besondere richterliche Inhaltskontrolle erforderlich, wenn eine erkennbar einseitige Lastenverteilung zu Ungunsten der Frau vorliege und der Ehevertrag vor der Ehe und im Zusammenhang mit der Schwangerschaft geschlossen werde**. Dabei sei eine **bestehende Schwangerschaft ein Indiz für eine vertragliche Disparität**. Aber auch die Vermögenslage, die berufliche Qualifikation und Perspektive sowie die von den Ehevertragsparteien ins Auge gefasste Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit in der Ehe seien maßgebliche Faktoren. Das

BVerfG konstatiert aber auch einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 GG, da sich durch die Freistellungsvereinbarung, die zwar rechtlich nur zwischen den Ehegatten wirke, zumindest rein tatsächlich die wirtschaftliche Lage des Kindes verschlechtere.

## 2. BGH Urteil vom 11. Februar 2004 - XII ZR 265/02 (NJW 2004, 930)

Der u.a. für Familiensachen zuständige XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte die Wirksamkeit eines notariellen Ehevertrages zu beurteilen.

Die seit 2001 geschiedenen Parteien hatten 1985 geheiratet. Der 1948 geborene Ehemann ist Unternehmensberater; seine sieben Jahre jüngere Ehefrau hatte vor der Ehe ein Hochschulstudium abgeschlossen und war als Archäologin tätig gewesen. 1988, zwei Jahre nach Geburt ihres ersten und rund ein Jahr vor Geburt ihres zweiten Kindes, vereinbarten sie Gütertrennung, schlossen den Versorgungsausgleich aus und verzichteten wechselseitig auf nachehelichen Unterhalt mit Ausnahme des Unterhalts der Ehefrau wegen Kindesbetreuung. Der Ehemann verpflichtete sich im übrigen, durch laufende Prämienzahlungen für seine Ehefrau auf deren 60. Lebensjahr eine Kapitallebensversicherung mit einer erwarteten Ablaufleistung von rund 172.000 DM zu begründen.

Das Oberlandesgericht hat den Ehevertrag unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen als unwirksam angesehen und der Klage der Ehefrau auf nachehelichen Unterhalt und Auskunft im Rahmen des Zugewinnausgleichs teilweise stattgegeben. Der Senat hat dieses Urteil, soweit es mit der Revision angefochten ist, aufgehoben und die Sache an das Oberlandesgericht zwecks neuer Feststellungen zurückverwiesen.

Nach Auffassung des Senats steht es Ehegatten grundsätzlich frei, die gesetzlichen Regelungen über den Zugewinn, den Versorgungsausgleich und den nachehelichen Unterhalt ehevertraglich auszuschließen. Allerdings darf der Schutzzweck dieser Regelungen nicht beliebig unterlaufen werden. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo die vereinbarte Lastenverteilung der individuellen Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse in keiner Weise mehr gerecht wird, weil sie evident einseitig ist und für den belasteten Ehegatten bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Das ist um so eher der Fall, je mehr der **Ehevertrag in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift**.

Insoweit ist eine **Abstufung** vorzunehmen.

Zum Kernbereich gehören in erster Linie der Unterhalt wegen Kindesbetreuung und in zweiter Linie der Alters- und Krankheitsunterhalt, denen der Vorrang vor den übrigen Unterhaltstatbeständen (z.B. Ausbildungs- und Aufstockungsunterhalt) zukommt. Der Versorgungsausgleich steht als vorweggenommener Altersunterhalt auf gleicher Stufe wie dieser selbst und ist daher nicht uneingeschränkt abdingbar. Der Ausschluß des Zugewinnausgleichs schließlich unterliegt - für sich allein genommen - angesichts der Wahlfreiheit des Güterstandes keiner Beschränkung.

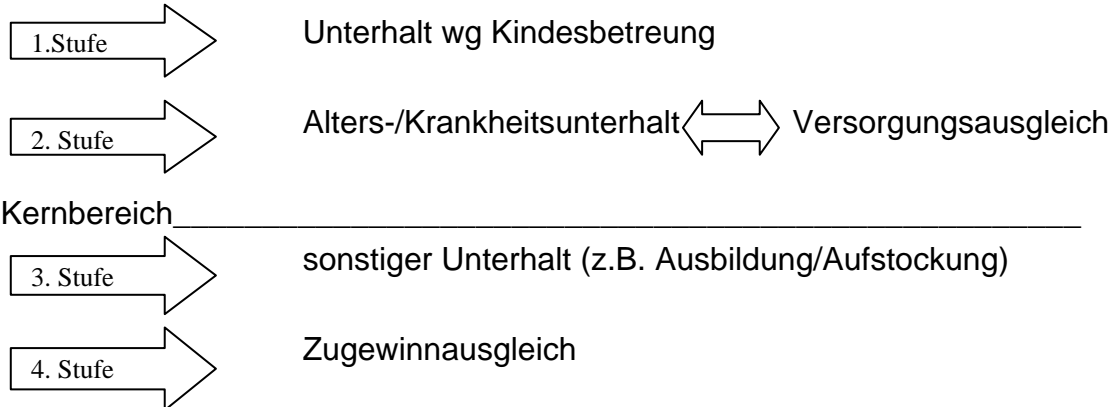
Der Tatrichter hat daher in einem ersten Schritt gemäß § 138 Abs. 1 BGB eine Wirksamkeitskontrolle des Ehevertrages anhand einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Gesamtwürdigung der individuellen Verhältnisse der Ehegatten vorzunehmen, insbesondere also hinsichtlich ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse und ihres geplanten oder bereits verwirklichten Lebenszuschnitts. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne daß dieser Nachteil durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten gerechtfertigt wird. Ergibt diese Prüfung, daß der Ehevertrag unwirksam ist, treten an dessen Stelle die gesetzlichen Regelungen.

Andernfalls ist in einem zweiten Schritt im Wege der Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) zu prüfen, ob und inwieweit die Berufung auf den Ausschluß gesetzlicher Scheidungsfolgen angesichts der aktuellen Verhältnisse nunmehr mißbräuchlich erscheint und deshalb das Vertrauen des Begünstigten in den Fortbestand des Vertrages nicht mehr schutzwürdig ist. In einem solchen Fall hat der Richter die Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in ausgewogener Weise Rechnung trägt.

Der Senat hat die Annahme des Oberlandesgerichts, die von den Eheleuten getroffenen Abreden seien unwirksam, nicht gebilligt. Für einen Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB, Wirksamkeitskontrolle) fehle es an tatsächlichen Feststellungen, insbesondere was die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke, ihre Lebensplanung und ihre sonstigen Beweggründe betreffe. Eine vom Ehemann ausgenutzte Unterlegenheit der Ehefrau sei nicht erkennbar. Für die Zeit der Kinderbetreuung sei der gesetzliche Unterhaltsanspruch der Ehefrau schon nach dem erklärten Parteiwillen nicht ausgeschlossen; für die Zeit nach der Kinderbetreuung könne sich eine - wenn auch nicht notwendig auf den vollen eheangemessenen Unterhalt gerichtete - Unterhaltspflicht des Ehemannes im Wege der Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) ergeben.

Einer solchen Kontrolle unterliege zwar auch der vereinbarte Ausschluß des Zugewinnausgleichs; die vom Oberlandesgericht hierzu bislang getroffenen Feststellungen rechtfertigten jedoch nicht die Annahme, daß der Ehemann nach § 242 BGB gehindert werde, sich auf die von den Parteien vereinbarte Gütertrennung zu berufen.

### Kernbereichslehre des BGH:



## 1. Muster

Urk.Rolle Nr. \_\_\_\_\_ /«JAHRZ»  
«SB»

Heute, den  
erschien vor mir,  
Dr. Peter Limmer Notar in Würzburg,  
an der Amtsstelle in 97070 Würzburg, Marktplatz 24:

1. Frau Barbara Blauauge  
geboren am 14.11.1969  
wohnhaft in Weimar, Heinrich-Heine-Str. 25
  2. Herr Frank Frei  
geboren am 23.07.1968  
wohnhaft in Weimar, Heinrich-Heine-Str. 25
- Beide mir, Notar, persönlich bekannt.

Auf Ersuchen der Erschienenen und aufgrund ihrer bei gleichzeitiger Anwesenheit vor mir abgegebenen Erklärungen beurkunde ich folgenden

### E h e v e r t r a g :

#### **I. Sachstand**

Wir haben am 22.06.2001 in Würzburg geheiratet. Zu diesem Zeitpunkt hatte wir beide unseren ständigen Aufenthalt in Deutschland.

Aus unserer Ehe ist bislang ein Kind hervorgegangen, das am Leben ist, nämlich  
**Philipp, geb. am 04.05.2000.**

Wir haben bisher keine ehevertraglichen Vereinbarungen getroffen.

Wir besitzen ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit und haben kein Auslandsvermögen.

Wir sind beide berufstätig und beabsichtigen, dies auch weiterhin zu sein, also auch während der Dauer unserer Ehe. Wir wollen die Familienarbeit gemeinsam verrichten.

Wir wollen die rechtlich-wirtschaftlichen Folgen der Eheschließung für uns für die Zeit nach Auflösung der Ehe unter Lebenden aufheben und dies vor Eingehung der Ehe regeln. Hierzu erklären die Erschienenen, dass ihnen die wirtschaftlichen Verhältnisse des jeweils anderen Ehepartners bekannt sind und sie auf Aufführung in dieser Urkunde verzichten.

Wir erklären weiterhin, dass die Vertragsschließung auf der Grundlage einer gleichberechtigten Partnerschaft erfolgt.

Ich, Barbara Blauauge, erkläre, nicht schwanger zu sein.

Wir erkennen an, vom Notar ausführlich über die rechtlich-wirtschaftlichen Folgen der Eheschließung und auch über die rechtlich-wirtschaftlichen Folgen unserer Regelungen belehrt worden zu sein.

Hierzu erkläre ich, Barbara Blauauge, mich nicht benachteiligt zu fühlen, falls ich wegen der Erziehung eines Kindes oder von Kindern nicht berufstätig sein kann.

Dies vorausgeschickt vereinbaren wir was folgt:

## **II. Güterstand**

### **Gütertrennung**

Wir vereinbaren hiermit für unserer zukünftige Ehe den Güterstand der  
G ü t e r t r e n n u n g  
nach den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches.

Keiner von uns soll somit den Beschränkungen der §§ 1365 und 1369 BGB unterworfen sein. Ein Zugewinnausgleich nach Maßgabe der §§ 1371 ff. BGB findet nicht statt. Der gesetzliche Erbteil des Überlebenden von uns soll sich nach Maßgabe der im § 1371 BGB enthaltenen Vorschriften nicht erhöhen.

Über die Bedeutung und Rechtswirkung der Vereinbarung der Gütertrennung wurden wir vom Notar eingehend belehrt. Uns ist bekannt, dass kein Zugewinnausgleich stattfindet und dass Änderungen im gesetzlichen Erbrecht eintreten. Insbesondere im Fall der Scheidung ist jeder Ehepartner allein auf sein Vermögen angewiesen. Die wirtschaftlichen und persönlichen Auswirkungen auf unsere Lebensführung sind uns bewusst.

## **III. Versorgungsausgleich**

### **Ausschluss**

Wir schließen hiermit gem. § 1408 Abs. 2 BGB die Durchführung des Versorgungsausgleichs für die gesamte Ehezeit aus.

### **Hinweise**

Wir wurden vom Notar über Gegenstand, Zweck und Durchführung des Versorgungsausgleichs belehrt. Uns ist bekannt, dass durch diesen Verzicht im Fall der Ehescheidung kein Ausgleich von Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung wegen Alters oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit zwischen uns stattfindet. Die wirtschaftlichen Auswirkungen hinsichtlich der Alterssicherung eines jeden von uns sind uns bewusst; jeder von uns verfügt damit im Alter nur über die Altersversorgung, die er sich selbst durch seine Berufstätigkeit oder auf andere Weise, z.B. durch seine Vermögensbildung geschaffen hat. Uns ist weiter bekannt, dass in dem Fall, dass aus unserer Ehe ein oder mehrere Kinder hervorgehen sollten und ein Ehepartner wegen Erziehung und Versorgung der Kinder nicht mehr berufstätig ist, er in dieser Zeit keine Anwartschaften auf eine Altersversorgung durch eigene Beitragsleistung erwirbt.

Wir wurden weiterhin vom Notar darauf hingewiesen, dass gemäß § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB der vorvereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs unwirksam ist, wenn

einer von uns innerhalb eines Jahres, von heute bzw. der standesamtlichen Eheschließung an gerechnet, den Antrag auf Scheidung der Ehe stellt.

Die Beteiligten wurden weiter darauf hingewiesen, dass ein Verzicht auf Versorgungsausgleich nach der Rechtsprechung nichtig sei kann, wenn aus einer besonders einseitigen Aufbüdung von vertraglichen Leistungen und erheblich ungleichen Verhandlungspositionen ersichtlich ist, dass einer der Partner den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen konnte und der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt. Das bedeutet, in derartigen Fällen gestörter Vertragsparität kann ein Gericht, den Inhalt des Vertrages einer Kontrolle zu unterziehen und gegebenenfalls korrigieren“.

Die Beteiligten stellen klar, dass die güterrechtlichen Regelungen in dieser Urkunde rechtlich vom Ausschluss des Versorgungsausgleichs unabhängig sind und umgekehrt.

#### **IV. Nachehelicher Unterhalt**

Bei der gesetzlichen Regelung des nachehelichen Unterhalts soll es grundsätzlich verbleiben. Jedoch begrenzen wir hiermit die Höhe etwaiger Ansprüche eines geschiedenen Ehegatten gegen den anderen auf nachehelichen Unterhalt wie folgt: der monatlich geschuldete nacheheliche Unterhalt beträgt höchstens EUR 3.000,-- - i.W. EUR dreitausend -.

Der Höchstbetrag wurde nach den heutigen Lebenshaltungskosten festgesetzt. Der geschuldete Unterhaltshöchstbetrag soll wertgesichert sein. Der vereinbarte monatliche Höchstbetrag erhöht oder vermindert sich im gleichen prozentualen Verhältnis wie sich der vom statistischen Bundesamt jährlich festgestellte Verbraucherpreisindex gegenüber seinem Stand im Monat der Errichtung dieser Urkunde erhöht oder vermindert (2000 = 100). Die erste Anpassung erfolgt bei Rechtskraft der Scheidung durch den Vergleich des heute festgestellten Index mit dem dann geltenden Index. Für die dann folgenden Anpassungen gilt folgendes: Eine Anpassung findet jedoch nur statt, wenn sich eine Veränderung des Index von mehr als 5 % eingestellt hat, wobei jeweils von der der letzten Anpassung zugrunde liegenden Indexzahl auszugehen ist. Der Betrag erhöht oder ermäßigt sich ab dem der Anpassung folgenden Monatsersten. Zur Wertsicherungsklausel wird klargestellt, dass sich auch der erste Höchstbetrag nach Rechtskraft der Scheidung nach dem veränderten Index richtet und dass sodann der Höchstbetrag für die laufenden Zahlungen wiederum wertgesichert ist, wobei sich die Voraussetzungen und die Höhe der Unterhaltsansprüche nach den gesetzlichen Vorschriften richtet und nur der Höchstbetrag hier wertgesichert sein soll. Vorstehende Wertsicherungsklausel bedarf möglicherweise der Genehmigung des Bundesamtes für Wirtschaft nach § 2 Preisgesetz. Die Beteiligten beantragen diese Genehmigung bzw. ein Negativattest und ersuchen den Notar, diese Genehmigung bzw. Negativattest zu erholen und entgegenzunehmen.

In dem vorstehenden Unterhaltsbetrag sind der Vorsorgeunterhalt, der Krankenversicherungsunterhalt, der Pflegeversicherungsunterhalt und ein etwaiger Sonderbedarf enthalten.

Im übrigen bleiben die gesetzlichen Vorschriften über den nachehelichen Unterhalt unberührt.

Der Unterhaltsberechtigte ist verpflichtet, die zu einem Steuer- oder sonstigen Vorteil für den Unterhaltsverpflichteten erforderlichen Erklärungen in der erforderlichen Form abzugeben, wenn ihm der Unterhaltsverpflichtete die hieraus entstehenden Nachteile ersetzt. Der obige Höchstbetrag ist also immer als Nettobetrag zu verstehen.

## **II. Belehrungen**

Wir wurden vom amtierenden Notar darüber belehrt, dass durch die Vereinbarung nach Ziffer II

ein Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe durch Scheidung nicht stattfindet, keiner von uns den Beschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB unterworfen ist und somit jeder Ehegatte über sein Vermögen frei verfügen kann, eine Haftungsbeschränkung gegenüber Gläubigern nicht eintritt.

Wir wurden vom Notar weiter über die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite des Unterhaltsverzichts und des Ausschlusses des Versorgungsausgleiches belehrt.

Wir wurden weiter vom Notar darauf hingewiesen, dass eine ehevertragliche Regelung nach der Rechtsprechung nichtig sein kann, wenn aus einer besonders einseitigen Aufbüdung von vertraglichen Leistungen und erheblich ungleichen Verhandlungspositionen ersichtlich ist, dass einer der Partner den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen konnte und der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt. Der Notar wies ferner auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Eheverträgen hin, das einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Teilhabe am in der Ehe Erwirtschafteten vorgibt. Das bedeutet, in derartigen Fällen kann ein Gericht, den Inhalt des Vertrages einer Kontrolle unterziehen und gegebenenfalls korrigieren.

## **III. Schlussbestimmungen**

### **Salvatorische Klausel**

Sollte eine Vereinbarung dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen davon unberührt. Die unwirksame Bestimmung ist nach Möglichkeit durch eine wirtschaftlich gleichwertige zu ersetzen.

### **Kosten**

Die Kosten dieser Urkunde tragen wir je zur Hälfte.

### **Ausfertigungen und Abschriften**

Von dieser Urkunde bitte wir jedem von uns eine Ausfertigung zu erteilen. Das Bundesamt für Wirtschaft erhält eine beglaubigte Abschrift.

Standesamtliche Mitteilungen sind zu fertigen.

2. Alternative

UR.Nr. H /2000

## E H E V E R T R A G

Heute, am,

30.05.2002

sind vor mir,

Dr. Peter Limmer, Notar

in der Geschäftsstelle  
, anwesend:

3. Frau Barbara Blauauge  
geboren am 14.11.1969  
wohnhaft in Weimar, Heinrich-Heine-Str. 25
4. Herr Frank Frei  
geboren am 23.07.1968  
wohnhaft in Weimar, Heinrich-Heine-Str. 25

Die Erschienenen wiesen sich aus durch amtliche, mit Lichtbild versehene Ausweise.

Die Beteiligten baten um Beurkundung des nachstehenden Vertrages. Sie erklärten hierzu vor mir mündlich was folgt.

**I.**

### **Abstammungs- bzw. Familienverhältnisse**

Wir sind beide deutsche Staatsangehörige.

Wir beabsichtigen, demnächst miteinander die Ehe zu schließen.

Ehevertragliche Vereinbarungen haben wir bisher nicht getroffen.

Ich, Barabara Blauauge, bin geboren am 14.11.1969 in Jena als Tochter der Ehegatten Monika und Moritz Blauauge, letztere geborene Becker.

Ich, Frank Frei, bin geboren am 23.07.1968 in Weimar als Sohn der Eheleute Dr. Gustav und Frieda Frei, letztere geborene Funk.

Wir haben keine Kinder.

## II.

### Ehevertrag

1. Für den Fall der Beendigung des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten soll es beim Zugewinnausgleich durch Erbteilerhöhung oder güterrechtliche Lösung verbleiben.
2. Auch bei Beendigung der Ehe auf andere Weise soll es beim gesetzlichen Güterstand verbleiben. Jedoch soll das Mehrfamilienhaus des künftigen Ehemannes, belegen in der Gemarkung Weimar, Flur 47, Flurstück 11 mit einer Größe von 799 qm beim Zugewinnausgleich bei Beendigung des Güterstandes aus anderen Gründen als dem Tod eines Ehegatten in keiner Weise berücksichtigt werden. Es soll deshalb weder zur Berechnung des Anfangsvermögens noch des Endvermögens des künftigen Ehemannes berücksichtigt werden.
3. Dasselbe gilt für die dieses Grundstück betreffenden Verbindlichkeiten.
4. Auch Surrogate dieses aus dem Zugewinnausgleich herausgenommenen Gegenstandes sollen nicht ausgleichspflichtiges Vermögen darstellen. Sie werden also bei der Berechnung des Endvermögens nicht berücksichtigt.  
Herr Frank Frei verpflichtet sich, über solche Ersatzgegenstände ein Verzeichnis anzulegen und fortzuführen. Auf Verlangen hat die Fortführung in notarieller Form zu erfolgen.
5. Für Verwendungen auf die vom Zugewinnausgleich ausgenommenen Vermögensgegenstände einschließlich der Tilgung von auf diesen Vermögensgegenständen lastenden Schulden gilt:  
Erträge dieser Vermögensgegenstände können auf diese verwendet werden, ohne daß dadurch für den anderen Ehegatten Ausgleichsansprüche entstehen.  
Macht jedoch ein Ehegatte aus seinem sonstigen Vermögen Verwendungen auf die vom Zugewinnausgleich ausgenommenen Gegenstände, so werden diese Verwendungen mit ihrem Wert zum Zeitpunkt der Verwendung dem Endvermögen des Eigentümers des Gegenstandes hinzugerechnet. Sie unterliegen also, gegebenenfalls um den Geldwertverfall berichtigt, dem Zugewinnausgleich.  
Zur Befriedigung der sich hieraus etwa ergebenden Zugewinnausgleichsforderung gilt das vom Zugewinn ausgenommene Vermögen i.S.v. § 1378 Abs.2 als vorhandenes Vermögen.  
Ein Ehegatte ist nicht verpflichtet, seinen Zugewinn auszugleichen, wenn und soweit er bei Berücksichtigung des aus dem Zugewinn ausgenommenen Vermögens nicht zur Ausgleichung verpflichtet wäre.

**Dr. Peter Limmer**  
Notar

**Marktplatz 21**  
**97070 Würzburg**  
**Telefon 09 31 / 355 760**  
**Telefax 09 31 / 355 762 25**  
**email: limmer@notare-marktplatz.de**  
**internet: <http://www.dnoti.de> bzw. [www.notarinstitut.de](http://www.notarinstitut.de)**

## **Vorlesung: Vertragsgestaltung im Zivilrecht (Erb- und Familienrecht)**

### **II. Scheidungsvereinbarungen**

#### **1. Scheidung nach kurzer Ehe**

Fall:

Herr und Frau A., die beide berufstätig sind und keine Kinder haben, sind seit zwei Jahren verheiratet. Größere Anschaffungen (etwa Haus etc.) hatten die beiden während ihrer Ehezeit nicht getätigt. Sie beabsichtigen baldmöglichst die Scheidung, und zwar möglichst kostengünstig durchzuführen. Sie wenden sich daher an den Notar N. mit der Bitte um Vornahme der notwendigen Maßnahmen.

##### **a) Die Scheidung**

Das Gesetz kennt nur noch einen Scheidungsgrund: das Scheitern der Ehe (§ 1565 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Ehe ist nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, daß die Ehegatten sie wiederherstellen. Beides hat der Richter von Amts wegen im Scheidungsverfahren zu ermitteln (§ 616 Abs. 1 ZPO).

Leben die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt, so kann auch eine gescheiterte Ehe nur geschieden werden, wenn ihre Fortsetzung für den scheidungswilligen Ehegatten aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde (§ 1565 Abs. 2 BGB). Selbst wenn beide Ehegatten vor Ablauf der Jahresfrist übereinstimmend die Scheidung beantragen, ist grundsätzlich die unzumutbare Härte auf beiden Seiten festzustellen.

Nach Ablauf des einjährigen Trennungsjahres gilt folgendes: Wollen beide Ehegatten geschieden werden, indem sie die Scheidung gemeinsam beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zumindest zustimmt, wird nach einjährigem Getrenntleben das Scheitern der Ehe vermutet (§ 1566 Abs. 1 BGB).

Diese Regelung ermöglicht den Ehegatten, einverständlich die Scheidung durchführen wollen, eine vereinfachte Scheidung. Da die Vermutung des Scheiterns der Ehe unwiderlegbar ist, kann der Familienrichter die Scheidung nicht mit der Begründung ablehnen, er halte die Ehe nicht für gescheitert. Die sog. Konventionalscheidung setzt entweder einen übereinstimmenden Scheidungsantrag voraus, bei dem sich dann beide Ehegatten durch einen Anwalt vertreten lassen müssen, oder die Zustimmung des anderen Ehegatten zur Scheidung, die dieser selbst, d. h. ohne Anwalt, erklären kann.

### **b) Scheidungsvereinbarung**

§ 630 ZPO verlangt allerdings bestimmte übereinstimmende Erklärungen der Ehegatten im Scheidungsantrag:

- \* übereinstimmende Erklärung der Ehegatten, dass Anträge zur Übertragung der elterlichen Sorge oder eines Teils der elterlichen Sorge für die Kinder auf einen Elternteil und zur Regelung des Umgangs der Eltern mit den Kindern nicht gestellt werden, weil sich die Ehegatten über das Fortbestehen der Sorge und über den Umgang einig sind, oder, soweit eine gerichtliche Regelung erfolgen soll, die entsprechenden Anträge und jeweils die Zustimmung des anderen Ehegatten
- \* Einigung der Ehegatten über die Regelung der Unterhaltspflichten gegenüber dem Kind
- \* Einigung der Ehegatten über die durch die Ehe begründete geschäftliche Unterhaltspflicht
- \* Einigung der Ehegatten über die Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung und am Hausrat.

Die einverständliche Scheidung setzt also auch eine Regelung über diese Fragen voraus.

### **c) Weitere Regelungen**

In der Praxis üblich und sinnvoll sind allerdings auch die Regelungen der weiteren Scheidungsfolgen:

- \* Vermögensauseinandersetzung
- \* Regelung des Zugewinnausgleichs
- \* Versorgungsausgleich (§ 1587o BGB)
- \* die Kosten des Rechtsstreits (§ 93 Abs. 1 S. 3 ZPO).

#### **aa) Zugewinnausgleich: § 1378 BGB**

= Endvermögen (§ 1375) – Anfangsvermögen (§ 1374)

Probleme: privilegierter Erwerb (§ 1374 Abs. 2), überschuldetes Anfangsvermögen, ehebedingte Zuwendungen (§ 1380)

#### **bb) Ehegattenunterhalt (§§ 1569 ff.)**

- \* Unterhaltstatbestand (§§ 1570 ff)
- \* Bedürftigkeit (§ 1577 Abs. 1): anrechnungspflichtige Einkünfte
- \* Leistungsfähigkeit des Verpflichteten
- \* Unterhaltsbemessung (§ 1578)
- \* evtl. Ausschlußgründe (§ 1579)

#### **cc) Sorgerecht (§ 1671 ff), Umgangsrecht (§ 1684)**

**dd) Hausrat (HausratVO)**

**ee) Versorgungsausgleich (§§ 1587 b ff.)**

**ff) Kindesunterhalt (§§ 1610 ff)**

**c) Vertragsmuster**

Urk.Rolle Nr. \_\_\_\_\_ /2003

L

### **Scheidungsvereinbarung**

Heute, den zehnten November zweitausenddrei,  
- 10. November 2003 -  
erschieden vor mir,

Dr. Peter L i m m e r ,  
Notar in Würzburg,  
an der Amtsstelle in 97070 Würzburg, Marktplatz 24:

1. Herr A,  
ausgewiesen durch amtlichen Lichtbildausweis,
2. Frau B,  
ausgewiesen durch amtlichen Lichtbildausweis.

Auf Ersuchen der Erschienenen und aufgrund ihrer bei gleichzeitiger Anwesenheit vor mir abgegebenen Erklärungen beurkunde ich folgenden

#### **Ehevertrag mit Scheidungsvereinbarung:**

#### **Sachstand**

Wir haben am 30.06.1995 in R geheiratet.

Aus unserer Ehe sind keine Kinder hervorgegangen.

Weitere Abkömmlinge, auch nichteheliche oder adoptierte haben wir nicht.

Wir besitzen ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit und haben kein Auslandsvermögen.

Einen Ehe- und Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament haben wir nicht errichtet. Wir leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

Wir beabsichtigen, uns scheiden zu lassen.

Wir leben seit dem 01.04.2001 getrennt. Seit dieser Zeit bestand keine häusliche Gemeinschaft mehr zwischen uns.

Wir sind uns darüber einig, dass unsere Ehe im Wege der einverständlichen Scheidung nach §§ 630 ZPO, 1565, 1566 Abs. 1 BGB geschieden wird, weil die Ehe gescheitert ist und stimmen deshalb beide der Scheidung zu.

Wir wollen die rechtlich-wirtschaftlichen Folgen der Scheidung einvernehmlich regeln. Hierzu erklären die Erschienenen, dass ihnen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des jeweils anderen Ehepartners bekannt sind und sie eine Aufführung in dieser Urkunde nicht wünschen.

Wir erklären weiterhin, dass die Vertragsschließung auf der Grundlage einer gleichberechtigten Regelung erfolgt. Wir hatten beide ausreichend Gelegenheit, uns vor der heutigen Beurkundung mit dem Inhalt des Vertrages anhand des vom Notar übersandten Entwurfes der Urkunde auseinander zu setzen. Die heutige Vereinbarung stellt nach unserer übereinstimmenden Einschätzung unter Berücksichtigung unserer Vermögens- und Einkommensverhältnisses eine ausgewogene und angemessene Regelung dar.

Wir sind beide berufstätig.

Wir erkennen an, vom Notar ausführlich über die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Eheschließung und auch über die rechtlich-wirtschaftlichen Folgen der nachfolgenden Regelungen belehrt worden zu sein. Der Notar hat uns jeweils das gesetzliche Regelungsmodell und die durch diese Urkunde bestimmten Abweichungen erläutert.

Dies vorausgeschickt vereinbaren wir was folgt:

## **I. Güterstand**

### 1. Gütertrennung

Wir heben den gesetzlichen Güterstand auf und vereinbaren hiermit ab heute für die weitere Dauer unserer Ehe den Güterstand der

#### G ü t e r t r e n n u n g

nach den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches.

Keiner von uns soll somit den Beschränkungen der §§ 1365 und 1369 BGB unterworfen sein. Ein Zugewinnausgleich nach Maßgabe der §§ 1371 ff. BGB findet nicht statt. Der gesetzliche Erbteil des Überlebenden von uns soll sich nach Maßgabe der im § 1371 BGB enthaltenen Vorschriften nicht erhöhen.

Über die Bedeutung und Rechtswirkung der Vereinbarung der Gütertrennung wurden wir vom Notar eingehend belehrt. Uns ist bekannt, dass kein Zugewinnausgleich stattfindet und dass Änderungen im gesetzlichen Erbrecht eintreten. Im Fall der Scheidung ist jeder Ehepartner allein auf sein Vermögen angewiesen. Die

wirtschaftlichen und persönlichen Auswirkungen auf unsere Lebensführung sind uns bewusst.

## 2. Güterrechtsregister

Eine Eintragung des Güterstandes in das Güterrechtsregister wünschen wir vorläufig nicht; jeder von uns ermächtigt und bevollmächtigt aber den anderen Teil, die Eintragung jederzeit alleine zu beantragen.

## 3. Zugewinnausgleich

Wir verzichten hiermit gegenseitig auf Ausgleich eines eventuell entstandenen Zugewinns und nehmen die Verzichte gegenseitig an.

## **II. Versorgungsausgleich**

### 1. Ausschluss

Wir schließen hiermit gem. § 1408 Abs. 2 BGB die Durchführung des Versorgungsausgleichs für die gesamte Ehezeit aus.

### 2. Hinweise

Wir wurden vom Notar über Gegenstand, Zweck und Durchführung des Versorgungsausgleichs belehrt. Uns ist bekannt, dass durch diesen Verzicht im Fall der Ehescheidung kein Ausgleich von Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung wegen Alters oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit zwischen uns stattfindet. Die wirtschaftlichen Auswirkungen hinsichtlich der Alterssicherung eines jeden von uns sind uns bewusst; jeder von uns verfügt damit im Alter nur über die Altersversorgung, die er sich selbst durch seine Berufstätigkeit oder auf andere Weise, z.B. durch seine Vermögensbildung geschaffen hat.

Wir wurden weiterhin vom Notar darauf hingewiesen, dass gemäß § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB der vorvereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs unwirksam ist, wenn einer von uns innerhalb eines Jahres, von heute an gerechnet, den Antrag auf Scheidung der Ehe stellt.

Die Beteiligten stellen klar, dass die güterrechtlichen Regelungen in dieser Urkunde rechtlich vom Ausschluss des Versorgungsausgleichs unabhängig sind und umgekehrt.

## **III. Unterhaltsverzicht auf nachehelichen Unterhalt**

Wir verzichten mit Wirkung vom Zeitpunkt einer rechtskräftigen Scheidung unserer Ehe in dem zu jederzeit weitest möglichen Umfang gegenseitig für immer auf jeden möglichen Unterhaltsanspruch, auch für den Fall der Erwerbs- und Berufsunfähigkeit und für den Fall des Notbedarfs und des Sonderbedarfs, ebenso auf jeden Vorsorgeunterhalt. Demgemäß werden alle gegenseitigen Unterhaltsansprüche, die uns aufgrund Gesetzes zustehen könnten, vom Zeitpunkt der rechtskräftigen Scheidung der Ehe an, im vollen Umfang ausgeschlossen.

Die Beteiligten wurden vom Notar auf die Rechtswirkungen dieser Vereinbarung hingewiesen. Ihnen ist bekannt, dass keiner von ihnen im Fall der Scheidung nachehelichen Unterhalt vom anderen Teil verlangen kann. Die Beteiligten erklären dazu, dass diese Rechtsfolge von ihnen gewollt ist und die Auswirkungen auf die persönliche Lebensgestaltung bedacht sind. Die Beteiligten wurden weiter darauf hingewiesen, dass ein Unterhaltsverzicht nichtig sein kann, wenn er in Anbetracht der wirtschaftlichen Situation der Eheleute dazu führen würde, dass der verzichtende Ehegatte auf staatliche Leistungen angewiesen ist oder sich dieser zu Lasten nachrangiger Unterhaltsschuldner auswirkt. Ferner kann es dem begünstigten Ehepartner verwehrt sein, sich bei einer Scheidung auf den Verzicht zu berufen, wenn die Rechtsausübung aufgrund einer späteren Entwicklung, insbesondere im Fall einer notwendigen Versorgung gemeinsamer Kinder, gegen Treu und Glauben verstieße. Dies kann zur Folge haben, dass trotz dieses Verzichtes ein Unterhaltsanspruch besteht.

#### **IV. Getrenntlebensunterhalt**

Da wir beide derzeit berufstätig sind, gehen wir davon aus, dass derzeit kein Getrenntlebensunterhaltsanspruch des einen Ehegatten gegen den anderen besteht, ohne dass damit ein Verzicht verbunden ist

#### **V. Hausrat**

Die Hausratsverteilung ist bereits einvernehmlich vorgenommen. Bei dieser soll es in der Weise verbleiben, dass jeder von den Ehegatten diejenigen Gegenstände zu Alleineigentum behält, die jeder von diesen derzeit in Besitz hat.

Sollte daran bisher etwa noch Alleineigentum oder Miteigentum des anderen Ehegatten bestehen, sind sich die Beteiligten darüber einig, dass das Eigentum auf denjenigen Ehegatten übergeht, der derzeit Besitzer ist.

Auf Einzelaufzählung der betroffenen Gegenstände wird ausdrücklich verzichtet.

Die gleiche Regelung über das Eigentum gilt auch für das sonstige Vermögen der Vertragsteile, welches nicht zum Hausrat gehört und über das bisher keine Regelung in dieser Urkunde getroffen wurde.

Im Falle der Auflösung der Ehe hat kein Ehegatte Anspruch auf dasjenige, das er dem anderen Ehegatten unentgeltlich zugewandt hat. Vielmehr kann jeder Ehegatte die Geschenke, die er von dem anderen Ehegatten erhalten hat, behalten.

#### **VI. Erb- und Pflichtteilsverzicht**

Da die Scheidung noch nicht eingereicht ist, verzichten die Ehegatten hiermit jeder gegenüber dem anderen auf sämtliche Erb- und Pflichtteilsrechte und nehmen die Verzichte gegenseitig an.

#### **VII Belehrungen**

Wir wurden vom amtierenden Notar darüber belehrt, dass durch die vertraglichen Vereinbarungen ein Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe im vorgenannten Umfang nicht stattfindet,

keiner von uns den Beschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB unterworfen ist und somit jeder Ehegatte über sein Vermögen frei verfügen kann, eine Haftungsbeschränkung gegenüber Gläubigern nicht eintritt, sich das Erb- und Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten am Nachlass des anderen Ehegatten vermindern und das Erb- und Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge erhöhen kann.

Wir wurden vom Notar weiter über die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite des Unterhaltsverzichts und des Ausschlusses des Versorgungsausgleiches belehrt.

Wir wurden weiter vom Notar darauf hingewiesen, dass eine ehevertragliche Regelung nach der Rechtsprechung nichtig sein kann, wenn aus einer erkennbar einseitige Lastenverteilung und/oder erheblich ungleichen Verhandlungspositionen ersichtlich ist, dass einer der Partner den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen konnte und der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt. So können auch ungewöhnliche Umstände des Vertragsabschlusses die Wirksamkeit beeinträchtigen. Der Notar wies ferner auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Eheverträgen hin, das einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Teilhabe am in der Ehe Erwirtschafteten vorgibt. Das bedeutet, in derartigen Fällen kann ein Gericht, den Inhalt des Vertrages einer Kontrolle unterziehen und gegebenenfalls korrigieren, der Vertrag kann u.U. sogar unwirksam sein.

### **VIII Scheidungskosten**

Die durch das Scheidungsverfahren anfallenden Gerichtskosten trägt Herr A, ebenso die Anwaltskosten bei Beauftragung eines Anwalts. Sollten mehrere Anwälte beauftragt werden, trägt jeder die Kosten seines Anwalts.

### **IX Schlussbestimmungen**

#### 1. Salvatorische Klausel

Sollte eine Vereinbarung dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen davon unberührt. Die unwirksame Bestimmung ist nach Möglichkeit durch eine wirtschaftlich gleichwertige zu ersetzen.

#### 2. Wirksamkeit

Sämtliche in dieser Urkunde getroffenen Vereinbarungen sollen auch dann bestehen bleiben, wenn die beabsichtigte Scheidung nicht durchgeführt wird.

#### 3. Kosten

Die Kosten dieser Urkunde trägt Herr A.

#### 4. Ausfertigungen und Abschriften

Von dieser Urkunde erhalten

je eine Ausfertigung:

jeder Vertragsteil

Herr Rechtsanwalt H (zweifach zur Vorlage beim Familiengericht)

## 2. Scheidung nach Hausfrauenehe mit Kindern

Heute, den .....

erschieden vor mir,

.....

Notar in....., an der Amtsstelle in.....:

1. Herr ..... verheiratet, nach Angabe in keinem vertraglichen Güterstand lebend, geb. am ..... als Sohn von .....

2. Frau ....., Ehefrau des Erschienenen zu 1., geb. am ..... als Tochter .....

Die Erschienenen wiesen sich durch amtliche Lichtbildausweise aus.

Auf Ersuchen der Erschienenen und aufgrund ihrer bei gleichzeitiger Anwesenheit vor mir abgegebenen Erklärungen beurkunde ich nach Unterrichtung über den Grundbuchinhalt folgenden

### Ehevertrag, Scheidungsvereinbarung und Pflichtteilsverzicht

#### Abschnitt A Vorbemerkungen

##### I. Persönliche Angaben

Die Erschienenen erklärten:

Wir haben am ..... vor dem Standesbeamten in ..... die beiderseits erste Ehe miteinander geschlossen. Aus dieser Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, nämlich:

Marie....., geb. am 20. 5. 1990

Peter....., geb. am 27. 6. 1991

Wir besitzen beide ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit.

Einen Ehe- und Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament haben wir nicht errichtet. Wir leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

Wir leben zur Zeit getrennt. Ein Scheidungsantrag soll vorerst nicht gestellt werden. Jeder von uns ist berechtigt, einen diesbezüglichen Antrag zu stellen. Für den Fall der Antragstellung stimmt der andere Ehegatte zu.

##### II. Grundbuchstand

Im Grundbuch des Amtsgerichtes ..... Blatt ..... sind wir,

je zur Hälfte als Eigentümer des Grundbesitzes der

Gemarkung .....

Fl.Nr. 169 x-Straße 3, Gebäude- und Freifläche zu 3,60 ar eingetragen.

Der Grundbesitz ist in Abt. II des Grundbuches unbelastet.

In Abt. III sind eingetragen:

35.000 DM Buchgrundschuld mit 18% Jahreszinsen für die ..... Bank

30.000 DM Briefgrundschuld mit 16% Zinsen jährlich für die .....sparkasse

35.700 DM Briefgrundschuld mit 12% Zinsen jährlich für die Bausparkasse X.

## **Abschnitt B Ehevertrag und Scheidungsvereinbarung**

### **I. Güterstand**

Wir, ....., schließen mit sofortiger Wirkung den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft aus und vereinbaren durch diesen Ehevertrag für die fernere Dauer unserer Ehe den Güterstand der Gütertrennung nach den Bestimmungen des BGB.

Die Eintragung der Gütertrennung in das Güterrechtsregister soll derzeit nicht erfolgen. Von uns kann jedoch jeder einen entsprechenden Antrag stellen; wir erteilen uns hierzu gegenseitig Vollmacht.

### **II. Zugewinn**

Zum pauschalen Ausgleich eines entstandenen Zugewinns übertrage ich, (Ehemann), meinen Hälfteanteil nach nachfolgenden Bestimmungen an dem vorbezeichneten Grundbesitz mit dem aufstehenden Hausanwesen gegen Zahlung eines Barbetrages von 70.000DM gegen Übernahme der noch bestehenden Belastungen durch meine Ehefrau.

Im übrigen verzichten wir wechselseitig auf den Ausgleich etwaiger weiterer Zugewinnausgleichsansprüche, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde und in welcher Höhe.

Wir verzichten in diesem Zusammenhang auf eine Verkehrswertermittlung des Vermögens und diesbezügliche Angaben in der Urkunde im Hinblick darauf, daß die Vereinbarungen ungeachtet der Höhe des Zugewinnausgleichsanspruches, der sich aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen ergeben sollte, gewollt sind.

Wir erklären, daß mit der Auseinandersetzung in dieser Urkunde alle bisher etwa entstandenen vermögensrechtlichen Beziehungen, insbesondere Zugewinnausgleichsansprüche, und zwar gleichgültig aus welchen Rechtsgründen, abgegolten sind.

### **III. Versorgungsausgleich**

Den gesetzlichen Versorgungsausgleich schließen wir nicht aus. Er soll im Scheidungsverfahren durchgeführt werden.

Hinweis:

Scheidungsvereinbarungen über den Versorgungsausgleich sind grundsätzlich möglich. Zu beachten ist allerdings, daß – anders als bei der ehevertraglichen Vereinbarung zum Versorgungsausgleich (§ 1408 Abs. 2 BGB) – die Vereinbarung im Rahmen der Scheidung den besonderen Grenzen des § 1587o BGB unterliegt. Eine derartige Versorgungsausgleichsregelung bedarf der Genehmigung des Familiengerichts. Häufig treffen daher die Beteiligten im Rahmen der Scheidungsvereinbarung keine Regelung zum Versorgungsausgleich, sondern belassen die Übertragung der öffentlich-rechtlichen Rentenanwartschaften dem Familiengericht.

### **IV. Unterhaltsregelungen**

#### **1. Ehegattenunterhalt**

##### **a)Für die Dauer des Getrenntlebens**

Herr ..... verpflichtet sich in Ausgestaltung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs, an seine Ehefrau während der Dauer des Getrenntlebens ab ..... einen monatlichen Unterhaltsbetrag als Grundunterhalt i. H. v. .... Euro zu zahlen.

Weiterhin sind monatlich zu zahlen:

Kranken- und Pflegeversicherung ..... Euro

Altersvorsorgeunterhalt ..... Euro

Frau ..... ist derzeit nicht berufstätig.

Die Beteiligten gehen dabei von einem monatlichen Nettoeinkommen des Ehemanns i.H.v. .... Euro aus.

Herr .... ist selbständig, die Beteiligten vereinbaren daher, daß Herr ..... sich nicht auf eine schuldhafte, selbst herbeigeführte Leistungsunfähigkeit berufen.

Diese Unterhaltsvereinbarung gilt für die Zeit des Getrenntlebens bis zur rechtskräftigen Scheidung.

### **b)Nachehelicher Unterhalt**

Für den nachehelichen Unterhalt sollen die gesetzlichen Unterhaltstatbestände gelten, die im einzelnen die Voraussetzungen eines Unterhaltsanspruches regeln. Die Beteiligten sind sich aber einig, daß vorbehaltlich einer Anpassung Herr... sich verpflichtet, auch für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung an seine Ehefrau ebenfalls den unter a) vereinbarten Unterhalt zu zahlen. Ein Unterhaltsverzicht ist damit ausdrücklich nicht verbunden. Die Anpassung nach den gesetzlichen Regelungen ist zulässig.

Die Unterhaltsbeträge gem. den vorstehenden Ziffern sind jeweils im voraus bis zum dritten Kalendertag eines jeden Monats an Frau ..... zu leisten.

Der **Notar hat eingehend** über das gesetzliche Unterhaltsrecht belehrt und die möglichen Gestaltungsalternativen. Die Beteiligten wünschen ausdrücklich die vorstehende Regelungen.

### **c)Zwangsvollstreckungsunterwerfung**

Herr ..... unterwirft sich wegen der vorstehenden Unterhaltszahlungen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Frau ..... ist auf jederzeitiges Verlangen hin eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen.

### **2. Kindesunterhalt**

Herr ... verpflichtet sich, in Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht, für die vorgenannten

Kinder Marie und Peter je einen monatlichen

Unterhalt ab ..... i. H. v. Euro

zusammen DM

bezogen auf die Einkommensgruppe 10 der Düsseldorfer Tabelle (Stand .....) und der zweiten Altersstufe zu zahlen. Die Kinder sollen hierdurch unmittelbar begünstigt werden und diese Ansprüche; gegen ihren Vater unmittelbar geltend machen können (§ 328 BGB).

Die Beteiligten sind sich hierzu darüber einig, daß Herr ..... Unterhalt nach der Regelbedarfsverordnung i. H. v. 170 % zu leisten hat.

Die Unterhaltsansprüche sollen entsprechend der gesetzlichen Regelung dynamisiert sein. Für die Anpassung gilt daher folgendes:

Herr ..... verpflichtet sich, an das Kind Marie (geb. am 20.5.1990) zu folgenden Zahlungen:

- a) ab .....bis 30.6.2001 Euro,  
 b) vom 01.01.2002 bis 30.4.2002 170 % des jeweiligen Regelbetrages (§ 1 Regelbetrag-Verordnung) der Altersstufe 2,  
 c) ab 1.5.2002 170 % des jeweiligen Regelbetrages der Altersstufe 3.

Herr ..... verpflichtet sich, an das Kind Peter ( geb. am 27.6.1991) zu folgenden Zahlungen:

- a) ab 1.01.2002 bis 31.5.2003 ...Euro,  
 c) ab 1.6.2003 170 % des jeweiligen Regelbetrages der Altersstufe 3.

Die Unterhaltsbeträge gem. den vorstehenden Ziffern sind jeweils im voraus bis zum dritten Kalendertag eines jeden Monats z. Hd. von Frau ..... zu leisten.

Das staatliche Kindergeld steht allein Frau ..... anrechnungsfrei zu. Der Notar hat über die gesetzliche Regelung der Kindergeldanrechnung belehrt.

Wegen der vorstehenden Verpflichtungen zur Zahlung des Kindesunterhalts in der dynamisierten Form unterwirft sich Herr ...den berechtigten Kindern... sowie Frau ...gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Den Berechtigten - z.Hd. von Frau ...- ist , auf jederzeitiges Verlangen hin eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen.

#### **V. Ehewohnung**

Ich, Frau ....., erhebe keinen Anspruch auf die gemeinsame Wohnung.

#### **VI. Hausrat**

Die Hausratsverteilung ist bereits einvernehmlich vorgenommen. Bei dieser soll es in der Weise verbleiben, daß jeder von uns diejenigen Gegenstände zu Alleineigentum behält, die er derzeit in Besitz hat. Sollte daran bisher etwa noch Alleineigentum oder Miteigentum des anderen Ehegatten bestehen, sind wir uns darüber einig, daß das Eigentum auf denjenigen Ehegatten übergeht, der derzeit Besitzer ist. Auf Einzelaufzählung der betroffenen Gegenstände wird ausdrücklich verzichtet.

Die gleiche Regelung über das Eigentum gilt auch für das sonstige Vermögen von uns, welches nicht zum Hausrat gehört und über das bisher keine Regelung in dieser Urkunde getroffen wurde. Auf den Namen beider Ehegatten lautende Versicherungsverträge und Bankguthaben bestehen nach Angabe nicht. Gemeinsame Verbindlichkeiten, außer den in dieser Urkunde ausdrücklich genannten, bestehen nicht.

Im Falle der Auflösung der Ehe hat keiner von uns Anspruch auf dasjenige, das er dem anderen Ehegatten unentgeltlich zugewandt hat. Vielmehr kann jeder von uns die Geschenke, die er von dem anderen Ehegatten erhalten hat, behalten.

#### **VII. Scheidungskosten**

Die durch das Scheidungsverfahren anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten trage ich, ....., allein.

#### **VIII. Rückforderungsrecht**

Ein mögliches Rückforderungsrecht von Zuwendungen eines jeden von uns an den anderen im Falle der Scheidung der Ehe wird ausgeschlossen. Die Ehe ist nicht Geschäftsgrundlage für solche Zuwendungen.

#### **Abschnitt C Überlassung**

Im vorliegenden Beispielsfall wurde der Zugewinnausgleich pauschaliert durch Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils am Familienwohnheim geregelt. Nachfolgend sind daher die üblichen Regelungen für einen Überlassungsvertrag aufgenommen worden, mit denen der Ehemann seinen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück der Ehefrau überläßt, wobei diese vorhandene Zins- und Tilgungszahlungen übernimmt.n

## I. Überlassung

Ich, Ehemann, –

künftig Veräußerer genannt –

ü b e r l a s s e meinen in Abschnitt A dieser Urkunde bezeichneten 1/2 Miteigentumsanteil an den Grundstücken Fl.Nr. 169 der Gemarkung ..... samt allen Bestandteilen und dem Zubehör an meine Ehefrau – künftig „Erwerber“ genannt –, so daß dieser Alleineigentümer des Grundstücks Fl.Nr. 169

## II. Gegenleistungen, Vereinbarungen

1. Der Erwerber hat bei der Bestellung der eingetragenen Grundschulden zu 35.000 DM, 30.000 DM und 35.700 DM sowohl als Miteigentümer als auch als persönlicher Gesamtschuldner mitgewirkt und den Gläubigern gegenüber die persönliche Haftung übernommen.

Der Erwerber übernimmt mit Wirkung von heute an, vorausgesetzt, daß er den überlassenen Miteigentumsanteil zu Eigentum erhält, die durch die vorbezeichneten Grundschulden abgesicherten Verbindlichkeiten in der gesamten noch bestehenden Höhe zur weiteren Verzinsung und Tilgung. Die Verbindlichkeiten belaufen sich derzeit auf rund .....Euro.

Die Zins- und Zahlungsbestimmungen der übernommenen Verbindlichkeiten sind dem Erwerber bekannt.

Die genannten Grundpfandrechte bleiben bestehen und werden in dinglicher Haftung übernommen.

Soweit aus diesem Grundpfandrecht bisher Rechte auf den Eigentümer übergegangen sind, werden diese auf den Erwerber übertragen und die Umschreibung im Grundbuch bewilligt. Der Erwerber wird ermächtigt, über die entstandenen und bis zur Eintragung der Auffassung im Grundbuch entstehenden Eigentümerrechte im eigenen Namen zu verfügen.

Der Veräußerer tritt weiter seinen Anspruch auf Rückgabe der übernommenen Grundschuld an den Erwerber ab.

Auf die anlässlich einer Schuldübernahme zu beachtenden Bestimmungen wurden die Beteiligten vom amtierenden Notar hingewiesen. Die erforderliche Genehmigung werden die Beteiligten selbst erholen.

Es wurde darauf hingewiesen, daß durch die Veräußerung die Belastung fällig gestellt werden und der Gläubiger für die Genehmigung der Schuldübernahme eine Gebühr berechnen kann. Diese Gebühr hat der Erwerber zu tragen.

Die Beteiligten wurden darauf hingewiesen, daß sie die Zweckbestimmung hinsichtlich der übernommenen Grundschuld dahin ändern lassen müssen, daß die Grundschuld nur noch für Verbindlichkeiten des Erwerbers dient. Die Änderung der Zweckbestimmung werde ich, ....., selbst veranlassen.

Der Notar hat den Veräußerer darauf hingewiesen, daß er bis zur Genehmigung der Schuldübernahme den Gläubigern weiter mithaftet. Der Erwerber verpflichtet sich, bis zur Erteilung der Genehmigung bzw. Haftentlassung den Veräußerer von jeder in Anspruchnahme der Gläubiger im Innenverhältnis freizustellen; sollte ein Gläubiger aus Anlaß der Schuldübernahme bzw. Haftentlassung einmalige Leistungen fordern oder die Genehmigung der Schuldübernahme bzw. Haftentlassung versagen, oder das Darlehen aus Anlaß der Veräußerung kündigen, so hat es der Erwerber auf eigene Kosten abzulösen und die Haftentlassung des Veräußerers herbeizuführen.

2. Sämtliche Beiträge und Kosten für Erschließung nach dem BauGB und KAG bezüglich des Vertragsobjektes gehen zu Lasten des Erwerbers, soweit diese noch nicht bezahlt sind.

### **III. Besitzübergang und Gewährleistung**

1. Besitz, Nutzen und laufende Lasten, sowie die Gefahr einer vom Veräußerer nicht verschuldeten Verschlechterung des Vertragsgegenstandes und die mit diesem verbundene Haftung gehen auf den Erwerber über ab dem heutigen Tage.

2. Der Veräußerer haftet für ungehinderten Besitz- und Eigentumsübergang und für Freiheit von im Grundbuch eingetragenen Rechten Dritter außer solchen, die der Erwerber übernommen hat. Soweit keine Übernahme erfolgt, verpflichtet sich der Veräußerer zur unverzüglichen Lastenfreistellung; die Beteiligten stimmen den hierzu erforderlichen Erklärungen zu und beantragen den Vollzug im Grundbuch.

3. Der Vertragsgegenstand wird in seinem derzeitigen Zustand veräußert. Ansprüche und Rechte des Erwerbers wegen Sachmängel gleich welcher Art sind ausgeschlossen. Dies gilt auch für alle Ansprüche auf Schadensersatz, es sei denn der Veräußerer handelt vorsätzlich.

### **IV. Vormerkung und Auflassung**

Zur Sicherung des Anspruches des Erwerbers auf Übertragung des Eigentums an dem veräußerten Grundbesitz wird von dem Veräußerer die Eintragung einer Vormerkung nach §883 BGB im Grundbuch bewilligt und beantragt.

Bereits heute wird die Löschung dieser Vormerkung gleichzeitig mit der Eintragung der Auflassung im Grundbuch bewilligt und beantragt, vorausgesetzt, daß die Rechte des Erwerbers zu diesem Zeitpunkt nicht durch Zwischeneintragungen beeinträchtigt sind, denen er nicht zugestimmt hat.

Die Erklärung der Auflassung ist in der beigelegten Anlage 1 enthalten, auf die verwiesen wird und die Bestandteil der Urkunde ist. Die Vertragsteile weisen den Notar an, diesen Vertrag dem Grundbuchamt erst dann zur Eigentumsumschreibung einzureichen, wenn die Haftentlassungserklärungen der Grundpfandrechtsgläubiger erteilt bzw. für den Fall der Eigentumsumschreibung verbindlich in Aussicht gestellt ist .

Bis zu diesem Zeitpunkt dürfen beglaubigte Abschriften und Ausfertigungen nur im Auszug, ohne die Anlage, in der die Auflassung enthalten ist, erteilt werden.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht des Veräußerers bei Zahlungsverzug des Erwerbers bleibt in Abweichung von § 454 BGB bestehen.

### **V. Bestimmungen über Wirksamkeit und Vollzug**

1. Es wird gebeten, den Beteiligten und dem Notar Vollzugsmitteilung zu geben.

2. Der Notar wird beauftragt, den Vollzug der vorliegenden Urkunde zu betreiben, namentlich Anträge zu stellen, zu ändern und zurückzunehmen, Genehmigungen, Bescheide und Zeugnisse zu erholen, Anfragen und Mitteilungen vorzunehmen und entgegenzunehmen.

### **Abschnitt D Erb- und Pflichtteilsverzicht**

Wir verzichten hiermit gegenseitig auf die gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechte einschließlich Pflichtteilsergänzungsansprüche am Nachlaß des anderen Ehegatten. Jeder von uns nimmt den Verzicht an.

Wir wurden darauf hingewiesen, daß durch den vorstehenden Erb- und Pflichtteilsverzicht jeder Ehegatte aus der gesetzlichen Erbfolge ausscheidet und es jedem Vertragsteil freisteht, eine beliebige Verfügung von Todes wegen zu errichten, ohne daß dadurch für den anderen Vertragsteil Pflichtteilsansprüche erwachsen

könnten. Auf die Auswirkungen des Erbverzichtes auf das Erb- und Pflichtteilsrecht anderer Erben wurde hingewiesen.

### **Abschnitt E Sorgerecht, Umgangsrecht**

Wir sind einig darüber, daß das Sorgerecht für die Kinder uns beiden auch weiterhin gemeinsam zustehen soll.

Im Scheidungsverfahren sollen daher keine Anträge zur Übertragung der elterlichen Sorge auf ein Elternteil gestellt werden.

Das gemeinsame Kind wird von der Mutter, Frau ..... , versorgt und betreut und hält sich gewöhnlich bei dieser auf. Der Mutter steht das Alleinentscheidungsrecht in Angelegenheiten des täglichen Lebens i. S. v. § 1687 BGB zu. Der Vater erteilt der Mutter hierzu Vollmacht, das Kind insoweit rechtsgeschäftlich nach außen zu vertreten. Der Vater erhält ein großzügiges Umgangsrecht. Er ist berechtigt, das Kind an zwei Wochenenden im Monat und entweder an Ostern oder Weihnachten zu sich zu nehmen und mit ihm einmal im Jahr einen bis zu zweiwöchigen Urlaub zu verbringen.

### **Abschnitt F**

#### **I. Schlußbestimmungen**

1. Sollte eine Vereinbarung dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen davon unberührt. Die unwirksame Bestimmung ist nach Möglichkeit durch eine wirtschaftlich gleichwertige zu ersetzen.

Die Kosten dieser Beurkundung trägt der Ehemann.

Sämtliche in dieser Urkunde getroffenen Vereinbarungen sollen auch dann bestehen bleiben, wenn die beabsichtigte Scheidung nicht durchgeführt wird und zwischen uns eine Versöhnung erfolgt.

#### **II. Hinweise und Belehrungen**

1. Die Beteiligten wurden über den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und die Voraussetzungen hierfür belehrt, weiter über die Haftung des Vertragsgrundbesitzes für Rückstände an öffentlichen Lasten und die Gesamthaftung der Beteiligten für die Kosten und Steuern, über das Erfordernis der Erteilung der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung sowie über die Notwendigkeit der Aufnahme aller Vertragsvereinbarungen in diese Urkunde.

2. Wir wurden weiter belehrt:

- a) daß ein Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe nicht stattfindet,
- b) daß keiner von uns den Beschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB unterworfen ist und somit jeder Ehegatte über sein Vermögen frei verfügen kann,
- c) daß eine Haftungsbeschränkung gegenüber Gläubigern nicht eintritt,
- d) über die Bedeutung des Erb- und Pflichtteilsverzichtes.

V.

Von dieser Urkunde erhalten je eine beglaubigte Abschrift:

jeder Vertragsteil

das Grundbuchamt.

Das Finanzamt – Abt. Grunderwerbsteuerstelle – erhält eine unbeglaubigte Abschrift.



**Prof. Dr. Peter Limmer**  
Notar

Marktplatz 21  
97070 Würzburg  
Telefon 09 31 / 355 760  
Telefax 09 31 / 355 762 25  
email: [limmer@notare-marktplatz.de](mailto:limmer@notare-marktplatz.de)  
internet: <http://www.dnoti.de> bzw. [www.notarinstitut.de](http://www.notarinstitut.de)

## **Vorlesung: Vertragsgestaltung im Zivilrecht (Erb- und Familienrecht)**

### **III. Vertragsgestaltungen bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften**

Fall:

Robert Reich und Frieda Fleißig leben seit drei Jahren zusammen, ohne verheiratet zu sein. Sie haben keine Kinder und sind beide berufstätig.

Eine Heirat ist zurzeit nicht geplant.

Das Paar bewohnt das gemeinsam errichtete Eigenheim, das auf dem Grundstück steht, welches Robert vor einigen Jahren von seinen Großeltern übertragen wurde. An den Baukosten hat sich auch Frieda im Rahmen ihrer Möglichkeiten beteiligt. Sie möchte jedoch im Fall der Trennung oder wenn Robert verstirbt „nicht mit leeren Händen dastehen“.

## A. Heterosexuelle nichteheliche Partnerschaften

### Grundlagen der Vertragsgestaltung

*Einleitung: „SZ“ vom 27.05.2000: Im April 1999 gab es in Deutschland 2,1 Mio nichteheliche Lebensgemeinschaften, ein Anstieg von 47% seit 1991. Besonders hoch ist die Zahl in den Neuen Bundesländern u. Berlin (Ost): jedes achte Paar (12%) ohne Trauschein.*

#### I. Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

- Im Gesetz findet der Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft bzw. häuslichen Gemeinschaft mehrfach Anwendung, insbesondere im Sozialrecht (z.B. § 122 BSHG: bei eheähnlicher Gemeinschaft wird das Einkommen / Vermögen des Partners bei der Bemessung von Sozialhilfeleistungen ebenso berücksichtigt wie das eines Ehegatten) oder bei § 138 Abs.1 Nr.3 InsO. Eine gesetzliche Definition wird jedoch nicht gegeben.  
Entscheidender Unterschied zur Ehe: rechtliche Unverbindlichkeit der Lebensbeziehung.
- Die Rechtsprechung hat eine Definition herausgearbeitet, die insbesondere durch folgende Merkmale gekennzeichnet ist:
  - ~ Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau
  - ~ auf Dauer angelegt
  - ~ daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art
  - ~ innere Bindungen, die gegenseitiges Entstehen füreinander begründen
  - ~ Hinausgehen über reine Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft (BVerfG NJW 1993, S.643; BGH NJW 1993, S.999; BVerwG NJW 1995, S.2802)Ausgeklammert sind also gleichgeschlechtliche Gemeinschaften, vorübergehend angelegte und Lebensgemeinschaften mit mehr als zwei Partnern.
- Die nichteheliche Lebensgemeinschaft unterfällt nicht dem Schutzbereich des Art. 6 Abs.1 GG, insbesondere umfaßt dieser nicht die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft (BVerfG NJW 1993, S.3058). Der verfassungsmäßige Schutz einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird allein über Art. 2 Abs.1 GG gewährleistet (BVerfG NJW 1993, S.643, S.646).  
Allerdings besteht auf der Ebene des Verfassungsrechts eine Tendenz zur Ausdehnung Schutzbereichs, vgl. Art. 17 Abs.2 ThürVerf „häusliche Gemeinschaft“.
- Daher sind die „substantiellen“ Rechtsvorschriften über die Ehe in diesem Bereich nicht, auch nicht analog, anzuwenden. Beispiel: Namensrecht.  
Nur einzelne Vorschriften lassen bei vergleichbarer Interessenlage eine Analogie zu, z.B. § 569a Abs.2 S.1 BGB: „Familienangehörige“ BGH NJW 1993, S.999.

Analogien erscheinen weiter möglich bei § 1359 (Haftungsmaßstab), § 1362 (Eigentumsvermutung).

- Vorschriften über das Verlöbnis: Voraussetzung ist, daß sich die Partner mit dem Willen zur Bindung an ihr Wort die Ehe versprechen. Dies ist bei nichtehel. Lebensgemeinschaft i.d.R. nicht der Fall (Ausnahme evtl.: Ehe auf Probe?)
- Vertragsgestalterisches Ziel ist daher, dort Regelungen zu treffen, wo nach der konkreten Lebensgestaltung eines Paares Bedarf besteht und wo die Anwendung der allgemeinen Vorschriften („wie unter Fremden“) unangemessen wäre.

## **II. Erbrechtliche Regelungen**

- Kein gesetzliches Erbrecht des Partners, keine analoge Anwendung des § 1931 BGB. Damit bleibt es bei der „normalen“ gesetzlichen Erbfolge. Es kann dem Interesse der Partner entsprechen, daß die gemeinsamen Kinder oder z.B. Kinder aus einer früheren Ehe Erben werden (z.B. Zusammenleben älterer Personen, die beide finanziell abgesichert sind). Regelfall ist allerdings der Wunsch nach gegenseitiger Absicherung.
- § 1969 „Dreißigster“ für Familienangehörige: str. ob auf nichteheliche Partner anwendbar. Nicht anwendbar ist § 1932. Auch § 2077 gilt nicht, weil hier auf objektive Kriterien abgestellt wird, die es bei Beendigung einer nichtehel. Lebensgemeinschaft nicht gibt.
- Keine Sittenwidrigkeit des „Mätressentestaments“; Zuwendungen von Todes wegen sind nicht allein deshalb sittenwidrig, weil ein außereheliches Liebesverhältnis zum Zuwendungsempfänger bestand. Wenn allerdings alleiniger Zweck der Zuwendung die Motivation zur sexuellen Hingabe ist, ist ein solches Rechtsgeschäft sittenwidrig.
- Nichteheliche Partner können kein gemeinsames Testament errichten, § 2265. Ein solches ist nichtig und kann auch durch spätere Heirat nicht „geheilt“ werden. Frage des Einzelfalls ist die Umdeutung in Einzeltestament unter der Voraussetzung, daß die Formerfordernisse gewahrt sind. Ist Bindungswirkung bei Verfügungen von Todes wegen gewollt, so bleibt nichtehelichen Partnern nur der Erbvertrag, §§ 2274ff.
- Allgemeine Schranke der Testierfreiheit: Pflichtteilsrecht! Zu berücksichtigen sind hier vor allem Pflichtteilsansprüche von Abkömmlingen, die letztlich dazu führen, daß Erblasser nur über die Hälfte seines Vermögens frei verfügen kann.

- **Exkurs:** Erbschaftssteuerrecht. Auch hier wird der Partner wie ein Fremder behandelt, so daß er der im Hinblick auf Steuerfreibetrag und Steuersatz ungünstigen Steuerklasse III unterfällt.

### III. Unterhalt

- Keine Analogie zu den Vorschriften über ehelichen, Trennungs- und nachehelichen Unterhalt.  
Vertragliche Unterhaltsregelungen können selbstverständlich getroffen werden. Sinnvoll kann dies sein bei der Aufgabe einer Ausbildung oder Arbeitstätigkeit durch einen Partner (Situation „Haushaltsführungsehe“).
- Gesetzlich geregelt ist nur ein Unterhaltsanspruch der Mutter gegen den nichtehelichen Vater nach § 1615I, dort insbesondere Abs.2 S.2. Diese Vorschrift wurde weitgehend angenähert an den nachehelichen Unterhaltstatbestand des § 1570, allerdings regelmäßig zeitlich limitiert (max. 3 Jahre).
- Vom Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils ist der Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes zu unterscheiden. Durch die Reform des Kindschaftsrechts 1998 wurden nichteheliche den ehelichen Kindern gleichgestellt, so daß §§ 1601ff. gelten.

### IV. Sorge für gemeinsame Kinder

- Umfassende Änderung durch Kindschaftsreform: Nichtverheiratete Eltern steht das Sorgerecht wie Verheirateten gemeinsam zu, wenn sie eine entsprechende Sorgeerklärung in notariell oder durch das Jugendamt beurkundeter Form abgeben, §§ 1626a ff. Wird eine solche Erklärung nicht abgegeben, so ist die Mutter alleine sorgeberechtigt, § 1626a Abs.2.

### V. Vermögensauseinandersetzung bei Trennung

- Keine analoge Anwendung der Vorschriften über den Zugewinnausgleich. Für die vermögensrechtliche Abwicklung der Lebensgemeinschaft gelten die allgemeinen Regeln, die regelmäßig jedoch nicht zu Ausgleichsansprüchen führen.
- Schenkungsrecht: Zuwendungen i.d.R. keine Schenkungen, da sie der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft dienen. Selbst wenn eine Schenkung vorliegt, sind bei einer „normalen“ Trennung die Widerrufs vss. nach § 530 nicht erfüllt.

- Gesellschaftsrechtlicher Ausgleich bei Innengesellschaft, §§ 730ff.:  
Zusammenschluß zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks? Nur wenn der Zweck über die Verwirklichung des Zusammenlebens hinausgeht. Dies kann angenommen werden, wenn wirtschaftl. Wert geschaffen werden soll, der beiden zustehen soll. Dabei ist nicht die formal-dingl. Zuordnung entscheidend, sondern Gesamtumstände (Absprache, wirtschaftl. Bedeutung, Höhe des Beitrags, finanz. Verhältnisse der Partner). Nur möglich im Hinblick auf einzelne Vermögensgegenstände, nicht für die Partnerschaft insgesamt!
- Bereicherungsrecht: Die eheähnliche Lebensgemeinschaft ist Rechtsgrund für Zuwendungen; ist nichts anderes vereinbart, so soll derjenige Partner Aufwendungen tragen, der dazu in der Lage ist.  
Zweckfortfall nach § 812 Abs.1 S.2 2.Alt. kommt meist nicht in Betracht, da Zweck von Beiträgen im Rahmen der Haushalts- und Lebensführung die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft ist. Dazu uneinheitliche Rspr. der OLG's, z.B. NJW-RR 1993, 1457 (Stuttgart), dagegen NJW 1995, 2232 (Köln) oder FamRZ 2000, 97 (Nürnberg).
- Wegfall der Geschäftsgrundlage: Fortdauer des Zusammenlebens ist nicht Geschäftsgrundlage für Aufwendungen.
- Daher: Bei Erwerb, Bebauung und anderen Investitionen in Immobilien oder bei dem gemeinsamen Aufbau eines Unternehmens ist eine vertragliche Regelung für den Fall der Scheidung dringend anzuraten, da die Kriterien der Rechtsprechung relativ unpräzise und zufällig sind.

## **VI. Persönliche Entscheidungen, Zusammenleben**

- Regelung über Rollenverteilung normalerweise nicht erforderlich, wird i.d.R. einvernehmlich erfolgen.
- Vereinbarungen über Sexualverhalten (z.B. Empfängnisverhütung) sind jedenfalls nicht durchsetzbar, da die unverzichtbare Menschenwürde Bindungen in diesem Bereich ausschließt (BGH NJW 1986, S.2043).
- Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Beendigung der Lebensgemeinschaft verstößt gegen § 138, da ansonsten die freie Willensentscheidung beeinträchtigt würde. Möglich ist jedoch, für den Fall der einseitigen Trennung eine Abfindungszahlung zum Ausgleich von konkreten Nachteilen zu vereinbaren.
- Erteilung von Vorsorgevollmachten sinnvoll, da ansonsten kein Auskunftsrecht bei Krankenbehandlung (Schweigepflicht);

## B. Homosexuelle Partnerschaften

Nachdem das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 18. Juli 2001 (Az. 1 BVQ 23/01) einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen das In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16. Februar 2001 (Lebenspartnerschaftsgesetz) abgelehnt hat, trat das Gesetz wie geplant am 1. August 2001 in Kraft. Damit wird erstmals in Deutschland gleichgeschlechtlichen Partnern die Möglichkeit eingeräumt, durch Erklärung vor der zuständigen Behörde eine rechtlich anerkannte Lebensgemeinschaft einzugehen. Die sich hieran anknüpfenden Rechtsfolgen insbesondere hinsichtlich der gemeinsamen Vermögensverhältnisse, der gegenseitigen Unterhaltspflichten, des Erbrechts, der Zeugnisverweigerungsrechte vor Gericht sowie der Ausgleichsansprüche nach Beendigung der Lebenspartnerschaft sind in weiten Teilen denjenigen der Ehe angeglichen.

Nach den einschlägigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) wird die Ehe dadurch geschlossen, dass die Eheschließenden vor dem Standesbeamten erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Daran schließen sich unmittelbar die gesetzlichen Rechtsfolgen der Ehe an. Demgegenüber wird eine Lebenspartnerschaft dadurch begründet, dass zwei Personen gleichen Geschlechts "vor der zuständigen Behörde" erklären, eine Partnerschaft auf Lebenszeit führen zu wollen. Zuvor müssen sie jedoch unter anderem Vereinbarungen über die vermögensrechtlichen Verhältnisse getroffen haben.

Der Bundesgesetzgeber hat es den Ländern freigestellt, die für die Begründung von Lebenspartnerschaften zuständige Behörde zu benennen. Während in einigen Ländern die Standesämter als zuständige Behörde benannt wurden, haben andere Länder diese Aufgabe den Regierungspräsidien, den Kreisen, den Gemeinden oder anderen Stellen zugewiesen. In Bayern wurden die Notare mit der Begründung von Lebenspartnerschaften betraut. Als Träger eines öffentlichen Amtes üben Notare - genauso wie andere Behörden - vom Staat übertragene Aufgaben aus. Sie unterliegen bei der Ausübung dieser hoheitlichen Tätigkeiten der staatlichen Aufsicht. Angesichts des in Deutschland geltenden weiten Behördenbegriffs können Notare also auch zuständige Behörde im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetz sein.

Die **gesetzliche Erbfolge** ist bei Lebenspartnern nahezu wie bei Ehegatten geregelt. Der Lebenspartner erbt also nicht allein, sondern neben etwa vorhandenen Verwandten, insbesondere Kindern, Eltern oder Geschwistern. Der gesetzliche Erbanteil richtet sich nach dem Vorhandensein weiterer Verwandter. Soll eine Erbengemeinschaft vermieden werden, sollten die Lebenspartner überlegen, sich gegenseitig als Alleinerben einzusetzen. Eine solche gegenseitige Erbeinsetzung kann in einem gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag getroffen werden. Im Zusammenhang mit einem Lebenspartnerschaftsvertrag führt der ebenfalls notariell zu beurkundende Erbvertrag zu keinen weiteren Kosten.

## Neuregelungen Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (BT-Drs. 15/3445 v. 29.06.2004)

### **Vor der Ehe:**

Auch Lebenspartner können sich **verloben** – mit den bekannten Rechtswirkungen, d.h. zivilrechtliche Ansprüche bei der Aufhebung des Verlöbnisses und ein Zeugnisverweigerungsrecht nach den Verfahrensordnungen, insbesondere der Strafprozessordnung.

### **In der Ehe:**

Lebenspartner leben im **Güterstand der Zugewinnngemeinschaft** leben, wenn sie nichts anderes vereinbaren. Sie stehen damit Ehegatten gleich.

Auch im Unterhaltsrecht wurden nunmehr Ehegatten und Lebenspartner angepasst. Im Gegensatz zum bisher geltenden Recht werden damit auch die gegenseitigen Unterhaltungspflichten in der eingetragenen Lebenspartnerschaft gestärkt. Das hat vor allem eine Konsequenz: Im Zweifel stehen die Lebenspartner füreinander ein und die öffentlichen Kassen werden entlastet.

Die Voraussetzung für die formelle Beendigung von Lebenspartnerschaft und Ehe werden vereinheitlicht: In beiden Fällen müssen die Partner getrennt leben. Die Abgabe einer gesonderten Trennungserklärung ist bei Lebenspartnerschaften nicht mehr erforderlich.

Mit der Einführung des Versorgungsausgleichs für Lebenspartner wird eine weiterer Teil der Scheidungsfolgenregelungen übertragen.

Verbesserung bei der Hinterbliebenenversorgung: Ein Anspruch entsteht damit dann, wenn – genau wie bei der Ehe – beim Tod des Partners die rechtliche Beziehung ein Jahr bestand.

Darüber hinaus ist die Große Witwenrente (55 % der Rente des verstorbenen Versicherten) an folgende Voraussetzungen geknüpft:

---

- der/die Hinterbliebene muss älter als 45 Jahre sein oder
  - ein minderjähriges Kind erziehen oder
  - erwerbsgemindert sein.
- 

Damit wird deutlich, worauf es uns auch bei den eingetragenen Lebenspartnerschaften ankommt: auf die soziale Sicherung solcher Hinterbliebener, die in Anbetracht ihrer Lebensumstände jedenfalls erhebliche Schwierigkeiten haben, den Ausfall von Unterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit auszugleichen. Besonders gilt dies für den nichterwerbstätigen kindererziehenden Lebenspartner.

Wo die Voraussetzungen der "Großen Witwenrente" nicht erfüllt werden, steht den hinterbliebenen Lebenspartnern künftig die "Kleine Witwenrente" zu: Das heißt, 25 % der Rente des verstorbenen Versicherten für die Dauer von 2 Jahren

---

## **C. Vertragsmuster**

### **I. Partnerschaftsvertrag**

UR.Nr. H /2000

## **Partnerschaftsvertrag für das eheähnliche Zusammenleben sowie Erbvertrag zwischen den Partnern**

Heute, am fünften Juni zweitausend,

05.06.2006

sind vor mir,

Notar

in der Geschäftsstelle  
Rudolf-Breitscheid-Str.6 in Weimar, anwesend:

1. Frau Frieda Fleißig  
geboren am 09.08.1973  
wohnhaft in Würzburg, Lindenweg 3
2. Herr Roland Reich  
geboren am 16.04.1973  
wohnhaft in Würzburg, Lindenweg 3

Die Erschienenen wiesen sich aus durch amtliche, mit Lichtbild versehene Ausweise.

Der Notar hat sich durch die Verhandlung die Gewißheit über die Geschäfts- und Testierfähigkeit der Erschienenen verschafft. Die Zuziehung von Zeugen oder eines zweiten Notars wurde nicht gewünscht.

Die Beteiligten baten um Beurkundung des nachstehenden Vertrages. Sie erklärten hierzu vor mir mündlich was folgt.

### I. Vorbemerkung

Ich, Frieda Fleißig, bin in Weimar als Tochter der Eheleute Frank und Elfriede Fleißig, geborene Ehrlich, geboren (Reg.Nr. 1007/73).

Ich, Roland Reich, bin in Erfurt als Sohn der Eheleute Robert und Agata Reich, geborene Adams, geboren (Reg.Nr. 1243/73).

Wir haben keine Kinder.

Wir beabsichtigen zusammenzuleben und einen gemeinsamen Haushalt zu führen. Zur Regelung einzelner Bereiche unseres Zusammenlebens schließen wir die nachfolgenden Vereinbarungen.

## II. Ende der Partnerschaft

Die Partnerschaft kann von jedem von uns jederzeit und ohne Angabe von Gründen beendet werden.

Im Zweifel gilt der Auszug eines Partners aus der gemeinsam genutzten Wohnung als Beendigung unserer Lebensgemeinschaft.

Wird unsere Partnerschaft auf andere Weise als durch den Tod eines Partners beendet, so wird die Vermögensauseinandersetzung ausschließlich nach den Vorschriften dieses Vertrages durchgeführt. Sollten wir uns zu einem späteren Zeitpunkt entschließen zu heiraten, so soll von dem Zeitpunkt der Eheschließung an für den vermögensrechtlichen Bereich die gesetzlichen Bestimmungen gelten, soweit wir darüber keine ehevertragliche Regelung treffen.

## III. Zusammenleben

1. Wir haben auf dem Grundstück der Gemarkung Würzburg, Flur 80, Flurstück 211/3 mit einer Größe von 805 qm, vorgetragen im Grundbuch des AG Weimar, Blatt 4711, ein Einfamilienhaus errichtet.

Alleineigentümer dieses Grundstücks ist Herr Roland Reich. Im Grundbuch ist in Abt.III eine Grundschuld ohne Brief über 200.000,- € nebst 15% Zinsen jährlich für die Sparkasse Weimar eingetragen.

Ich, Roland Reich, gestatte Frau Frieda Fleißig die gleichberechtigte Mitbenutzung dieses Einfamilienhauses. Ein Mietverhältnis wird hierdurch nicht begründet.

Die Kosten der gemeinschaftlichen Lebensführung werden wir entsprechend unserer finanziellen Leistungsfähigkeit bestreiten, ohne daß im Falle des Scheiterns unserer Beziehung Ausgleichsansprüche gegen den anderen Vertragsteil bestehen sollen.

2. Zur – auch nur vorübergehenden – Aufnahme Dritter Personen in die gemeinschaftlich genutzte Wohnung ist unabhängig von den besitz- und eigentumsrechtlichen Verhältnissen die Zustimmung beider Partner erforderlich, die jedoch nur aus wichtigem Grunde versagt bzw. widerrufen werden kann.
3. Herr Roland Reich hat das unter Ziff.1 bezeichnete Grundstück in unbebautem Zustand von seinen Großeltern unentgeltlich erworben.  
Für den Bau des hierauf errichteten Einfamilienhauses haben wir bei der Spar-

kasse Weimar ein Darlehen in Höhe von 200.000,- € aufgenommen, für das wir gesamtschuldnerisch haften und zu dessen Sicherung an dem Grundstück eine Grundschuld ins Grundbuch eingetragen ist. Zins- und Tilgungsleistungen werden von uns gemeinsam erbracht.

Ferner hat jeder von uns 40.000,- € aus Eigenmitteln zur Durchführung des Bauvorhabens zur Verfügung gestellt.

Für den Fall des Scheiterns unserer Lebensgemeinschaft wird folgende Ausgleichsregelung vereinbart: Herr Roland Reich hat Frau Frieda Fleißig einen Geldbetrag in Höhe der Hälfte des zum Zeitpunkt der Trennung gegebenen Verkehrswertes des vorstehend näher bezeichneten Einfamilienhauses, also ohne Grund und Boden, und abzüglich der noch bestehenden Verbindlichkeiten aus dem eben erwähnten Darlehen zu bezahlen. Ferner hat Herr Roland Reich eine Schuldhafentlassungserklärung hinsichtlich des Restdarlehens beizubringen.

Sollten wir uns innerhalb von drei Jahren, gerechnet ab heute, trennen, so sind mindestens die von Frau Friede Fleißig die für die Errichtung des Hauses zur Verfügung gestellten Eigenmittel von 40.000,- € als Ausgleichzahlung geschuldet.

Die geschuldete Ausgleichsforderung ist innerhalb eines Monats nach dem vollständigen Auszug aus dem gemeinsam genutzten Wohnhaus zur Zahlung fällig und nur bei Verzug zu verzinsen. Zum selben Zeitpunkt ist auch die Erklärung der Schuldhafentlassung vorzulegen. Eine Sicherung der vorstehenden Zahlungs- und Freistellungsverpflichtungen soll weder jetzt noch nach der Trennung erfolgen. Der Ausgleichsbetrag soll nicht wertgesichert werden. Sollten zwischen uns Meinungsverschiedenheiten über die Höhe des auszugleichenden Verkehrswertes bestehen, ist dieser durch den Gutachterausschuß bei der örtlich zuständigen Stadtverwaltung oder einem von diesem zu bestimmenden Sachverständigen auf Antrag eines Teils als Schiedsgutachter mit für uns bindender Wirkung festzustellen. Die Kosten hierfür werden wir je zur Hälfte tragen.

4. Wir werden bestrebt sein, unser jeweiliges Vermögen getrennt zu halten und den gemeinsamen Erwerb von Vermögensgegenständen zu Miteigentum oder Gesamthandseigentum zu vermeiden. Jeder von uns ist verpflichtet, auf Verlangen des Partners bei der Aufstellung und Ergänzung eines Vermögensverzeichnisses mitzuwirken, in dem die Vermögensgegenstände dem jeweils Berechtigten – eigentümlich zugeordnet werden. Werden von einem Vertragsteil Gegenstände einschließlich der für sie angeschafften Surrogate in den Haushalt eingebracht, so geschieht dies nur zur Nutzung.
5. Wir sind uns bewußt, daß während des Bestehens und nach Auflösung der Partnerschaft, soweit vertraglich im Einzelfall nichts anderes vereinbart ist, grundsätzlich keine gegenseitigen Ansprüche bestehen, sondern jeder von uns für seinen Unterhalt und für seine Versorgung, auch im Fall der Krankheit und des Alters,

selbst sorgen muß. Unterhaltsrechtliche Regelungen, insbesondere für den Fall der Geburt gemeinsamer Kinder, wollen wir heute nicht treffen.

6. Macht ein Partner während des Bestehens der Lebensgemeinschaft für den anderen Aufwendungen oder erbringt er Dienstleistungen, die er ersetzt haben will, so muß er verlangen, daß hierüber eine schriftliche Vereinbarung getroffen wird. Zuwendungen zwischen uns dienen, soweit nicht bei der Zuwendung ausdrücklich etwas entgegenstehendes vereinbart wird, der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft und sind bei ihrer Auflösung nicht zu erstatten. Auch echte Schenkungen sind im Falle der Trennung nicht zurückzuerstatten, sofern nicht ein Rückforderungsrecht vereinbart wurde oder ein gesetzlicher Widerrufsgrund vorliegt. Auch eine Entschädigung für die Überlassung von Gegenständen zur Nutzung im gemeinsamen Haushalt wird nicht geschuldet.

#### IV. Erbvertrag

1. Eine bindende Verfügung von Todes wegen hat bisher keiner von uns getroffen. Soweit gesetzlich zulässig, heben wir hiermit vorsorglich alle bisher von uns errichteten Verfügungen von Todes wegen auf.
2. Wir setzen uns hiermit gegenseitig zum unbeschränkten Alleinerben ein. Der überlebende Vertragsteil kann also unbeschränkt über den gesamten Nachlaß des Zuerstversterbenden verfügen.
3. Jeder von uns behält sich den jederzeit ohne Angabe von Gründen möglichen Rücktritt von diesem Erbvertrag vor. Der Notar hat uns über die gesetzlichen Anforderungen an die Erklärung und ihren nötigen Zugang belehrt. Wir verzichten gegenseitig auf die Anfechtungsrechte nach §§ 2078 und 2079 BGB und zwar auch bezüglich solcher Umstände, mit denen wir nicht rechnen oder die wir nicht voraussehen können.
4. Dieser Erbvertrag steht unter der auflösenden Bedingung, daß einer von uns mit einem Dritten die Ehe eingeht.
5. Wir wurden vom Notar belehrt über die Wirkungen des Erbvertrages sowie über Pflichtteilsrechte. Uns ist bekannt, daß der Erbvertrag auch nach einer Trennung wirksam bleibt, wenn ein Rücktritt nicht erklärt ist bzw. die auflösende Bedingung nicht eintritt.

#### V. Vollmachten

Jeder von uns ist berechtigt, im Verhältnis zu Dritten im eigenen Namen aufzutreten und zu handeln, der andere Partner wird hierdurch nicht verpflichtet. Eine Vertretungsmacht für den jeweils anderen Partner besteht nur bei Erteilung einer ausdrück-

lichen Vollmacht.

Für den Fall, daß einer von uns wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit Entscheidungen über seine persönlichen Verhältnisse nicht mehr treffen kann, werden wir uns gegenseitig Vollmacht, auch zur Vermeidung der Anordnung von Betreuung, in gesonderter notarieller Urkunde erteilen.

#### VI. Schlußbestimmungen

1. Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so wird hierdurch die Wirksamkeit der übrigen Vereinbarungen nicht berührt. Anstelle der unwirksamen Bestimmung ist eine angemessene Regelung zu vereinbaren, die – soweit rechtlich möglich – dem Zweck wirtschaftlich am nächsten kommt, den wir mit der unwirksamen Klausel verfolgt haben.
2. Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen, soweit nicht eine notarielle Beurkundung erforderlich ist oder diese von einem Vertragsteil gewünscht wird, der Schriftform.
3. Uns ist bekannt, daß dieser Vertrag in die amtliche Verwahrung des Amtsgerichts Weimar – Nachlaßgericht – gegeben wird.  
Uns ist je eine Ausfertigung dieses Vertrages zu erteilen.  
Die Kosten dieser Urkunde und ihrer amtlichen Verwahrung tragen wir jeweils zur Hälfte.

Diese Niederschrift wurde vom Notar vorgelesen, von den Erschienenen genehmigt und – wie folgt – eigenhändig unterschrieben:

## II. Lebenspartnerschaftsvertrag

Urk.Rolle Nr. \_\_\_\_\_ /2001  
Go

### Lebenspartnerschaftsvertrag

Heute,  
erschienen vor mir,  
Dr. Peter L i m m e r ,  
Notar in Würzburg,  
an der Amtsstelle in 97070 Würzburg, Marktplatz 24:

1. Frau A,
2. Frau B,

Auf Ersuchen der Erschienenen und aufgrund ihrer bei gleichzeitiger Anwesenheit vor mir abgegebenen Erklärungen beurkunde ich folgenden

### **Lebenspartnerschaftsvertrag:**

#### **I. Sachstand**

Wir beabsichtigen, eine eingetragene Lebenspartnerschaft miteinander zu begründen.

Keiner von uns ist oder war verheiratet. Keiner von uns führt mit einer anderen Person eine Lebenspartnerschaft. Wir sind nicht miteinander in gerader Linie verwandt. Wir sind keine voll- oder halbbürtigen Geschwister. Wir haben keine Abkömmlinge, auch keine adoptierten.

Wir haben bisher keine lebenspartnerschaftsvertraglichen Vereinbarungen getroffen.

Frau A betreibt in E-Stadt, eine Zahnarztpraxis.

#### **II. Vermögensstand**

Wir vereinbaren für unsere zukünftige Lebenspartnerschaft den Vermögensstand der Ausgleichsgemeinschaft nach § 6 LPartG. Der Vermögensstand soll an dem Tag in Kraft treten, an dem wir die Erklärungen über die Führung einer Lebenspartnerschaft vor der zuständigen Behörde nach § 1 Abs. 1 LPartG abgeben.

Wir modifizieren den gesetzlichen Vermögensstand für unsere zukünftige Lebenspartnerschaft allerdings wie folgt:

Für den Fall der Beendigung des Vermögensstandes durch den Tod eines Partners soll es beim gesetzlichen Güterstand der Ausgleichsgemeinschaft nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen verbleiben. In diesem Fall soll der Ver-

mögensausgleich durch Erbteilerhöhung oder vermögensrechtliche Lösung § 6 Abs. 2 LPartG iVm § 1371 BGB stattfinden.

Für den Fall, dass unser Vermögensstand auf andere Weise als durch den Tod eines von uns beiden beendet wird, insbesondere im Falle der gerichtlichen Aufhebung der Lebenspartnerschaft, schließen wir den Vermögensausgleich teilweise durch Herausnahme der unter I. beschriebenen Zahnarztpraxis wie folgt aus. Dies gilt auch für den vorzeitigen Vermögensausgleich bei Getrenntleben.

Ein güterrechtlicher Vermögensausgleich nach § 6 Abs. 2 LPartG soll also nach nachfolgenden Regelungen bezüglich dieser Vermögensgegenstände nicht stattfinden, wenn

- a) unsere Lebenspartnerschaft durch Gerichtsurteil aufgehoben ist, oder
- b) ein vorzeitiger Vermögensausgleich nach den Bestimmungen der §§ 1385 und 1386 BGB iVm § 6 Abs. 2 LPartG geltend gemacht werden sollte, oder
- c) unsere Lebenspartnerschaft durch den Tod eines von uns beendet wird und der Überlebende ein ihm vom Erstversterbenden ausgesetztes Erbe oder Vermächtnis ausschlägt oder wir zum Zeitpunkt des Erbfalls getrennt leben.

### **1. Wertsteigerungen**

Bei der Berechnung des Vermögensausgleichs sind die unter Ziffer I./2. aufgezählten Vermögensgegenstände der ergotherapeutischen Praxis von Frau A. mit sämtlichen Betriebsmitteln und Einrichtungsgegenständen und mit allen Aktiven und Passiven und etwaigen Sonderbetriebsvermögen im steuerlichen Sinn außer Acht zu lassen.

Der entsprechende Wert ist weder beim Anfangs-, noch beim Endvermögen in Ansatz zu bringen, und zwar auch dann, wenn sich ein negativer Betrag ergibt. Ein insoweit eventuell erzielter Vermögenszugewinn verbleibt allein dem Berechtigten und ist nicht auszugleichen.

Auch die diese Gegenstände betreffende Verbindlichkeiten, etwa Grundpfanddarlehen bei Grundstücken, Bürgschaften, Darlehen etc sollen im Vermögensausgleich keine Berücksichtigung finden. Ein hinsichtlich dieses Vermögens eventuell eingetretener Verlust ist bei der Berechnung des Vermögenszugewinns ebenfalls nicht zu berücksichtigen.

Wird über einen solchen Gegenstand verfügt, so tritt das Surrogat an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes und wird weder beim Anfangs- noch beim Endvermögen berücksichtigt.

### **2. Erträge**

Die Erträge der unter die Ziffer 1. fallenden Gegenstände sollen ebenfalls nicht dem Vermögensausgleich unterliegen, soweit sie bei dessen Durchführung noch im Betriebsvermögen auf einem Sonderkonto der Praxis vorhanden sind. Das Gleiche gilt für eventuelle Surrogate aus diesen Erträgen.

### **3. Verwendungen**

Verwendungen auf die betroffenen Gegenstände sind zunächst aus den Erträgen zu finanzieren. Macht jedoch ein Partner aus seinem sonstigen Vermögen Verwendungen auf seine vom Vermögensausgleich ausgenommenen Gegenstände, so werden diese Verwendungen mit ihrem Wert zum Zeitpunkt der Verwendung dem Endver-

mögen des Eigentümers zugerechnet. Verwendungen in diesem Sinn sind Vermögensaufwendungen zur Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung der vom Vermögensausgleich ausgenommenen Vermögensgegenstände einschließlich der Tilgung von auf diesen Gegenständen lastenden Schulden.

Entsprechendes gilt für Verwendungen des anderen Partners auf die vom Vermögensausgleich ausgenommenen Vermögensgegenstände. Zur Befriedigung der sich hieraus etwa ergebenden Vermögensausgleichsforderung gilt das vom Ausgleich ausgenommene Vermögen im Sinn von § 1378 Abs. 2 BGB als vorhandenes Vermögen.

#### **4. Verfügungsbeschränkungen**

Jeder Partner ist berechtigt, auch ohne Einwilligung des anderen Partners über diese Vermögenswerte frei zu verfügen; §§ 1365, 1369 BGB iVm § 8 Abs. 2 LPartG wird insoweit ausgeschlossen.

#### **5. Vermögensverzeichnis**

Die Lebenspartner sind einander verpflichtet, bei Veränderungen des vom Vermögensausgleich ausgenommenen Vermögens sowie damit im Zusammenhang stehenden, ebenfalls von der Ausgleichspflicht ausgenommenen Vermögen ein Verzeichnis anzulegen und fortzuführen. Auf Verlangen ist dieses Verzeichnis notariell zu beurkunden.

#### **6. Sonstiges**

Im übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen über den Vermögensausgleich. Ein Partner ist nicht verpflichtet, seinen Zugewinn auszugleichen, wenn er unter Berücksichtigung der Wertsteigerung des vom Vermögensausgleich ausgeschlossenen Vermögens des anderen Partners nicht zur Ausgleichung verpflichtet wäre.

Der im Erbfall vorgesehene Vermögensausgleich bleibt von den vorstehenden Regelungen unberührt.

### **III. Nachpartnerschaftlicher Unterhalt**

Für den Unterhalt nach Aufhebung der Lebenspartnerschaft soll es grundsätzlich bei den gesetzlichen Regelungen bleiben, jedoch soll ein Unterhaltsanspruch nur auf die Dauer von 5 Jahren, gerechnet ab Rechtskraft des Aufhebungsurteils der Lebenspartnerschaft geltend gemacht werden können. Für die Zeit nach Ablauf von 5 Jahren nach Rechtskraft des Aufhebungsurteils verzichten wir in dem zu jederzeit weitest möglichen Umfang gegenseitig auf jeden möglichen Unterhaltsanspruch, auch für den Fall der Erwerbs- und Berufsunfähigkeit, für den Fall des Notbedarfs und des Sonderbedarfs, ebenso auf jeden Vorsorgeunterhalt. Demgemäß werden ab diesem Zeitpunkt alle gegenseitigen Unterhaltsansprüche, die uns aufgrund Gesetzes zustehen können, vom oben genannten Zeitpunkt an, im vollen Umfang ausgeschlossen.

Die Beteiligten wurden vom Notar auf die Rechtswirkungen dieser Vereinbarung hingewiesen. Ihnen ist bekannt, dass keiner von ihnen im Fall der Aufhebung der Lebenspartnerschaft vom genannten Zeitpunkt an nachpartnerschaftlichen Unterhalt vom anderen Teil verlangen kann. Die Beteiligten erklären dazu, dass diese Rechtfolge von ihnen gewollt ist und die Auswirkungen auf die persönliche Lebensgestal-

tung bedacht sind. Die Beteiligten wurden weiter darauf hingewiesen, dass ein Unterhaltsverzicht nichtig sein kann, wenn er in Anbetracht der wirtschaftlichen Situation der Lebenspartner dazu führen würde, dass der verzichtende Lebenspartner auf staatliche Leistungen angewiesen ist oder sich dieser zu Lasten nachrangiger Unterhaltsschuldner auswirkt. Ferner kann es dem begünstigten Lebenspartner verwehrt sein, sich bei einer Aufhebung auf den Verzicht zu berufen, wenn die Rechtsausübung aufgrund einer späteren Entwicklung gegen Treu und Glauben verstieße.

#### **IV. Versorgungsausgleich**

Uns ist bekannt, dass ein Versorgungsausgleich bei Aufhebung der Lebenspartnerschaft nicht stattfindet. Die Lebenspartner verzichten nach Belehrung durch den Notar, den Versorgungsausgleich durch eine privatrechtliche Vereinbarung herbeizuführen.

#### **V. Sonstiges**

Weiter Regelungen wollen wir nicht treffen, insbesondere keine erbrechtlichen.

#### **VI. Belehrungen**

Wir wurden vom amtierenden Notar darüber belehrt, dass durch die Vereinbarung der Gütertrennung

ein Ausgleich bei Aufhebung der Partnerschaft bzgl. der Praxis nicht stattfindet, keiner von uns den Beschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB unterworfen ist und somit jeder Partner über sein Vermögen frei verfügen kann, eine Haftungsbeschränkung gegenüber Gläubigern nicht eintritt,

Wir wurden vom Notar weiter über die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite des Unterhaltsverzichts belehrt.

Sollte eine Vereinbarung dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen davon unberührt. Die unwirksame Bestimmung ist nach Möglichkeit durch eine wirtschaftlich gleichwertige zu ersetzen.

#### **VII. Schlussbestimmungen**

##### **1. Salvatorische Klausel**

Sollte eine Vereinbarung dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen davon unberührt. Die unwirksame Bestimmung ist nach Möglichkeit durch eine wirtschaftlich gleichwertige zu ersetzen.

##### **2. Kosten**

Die Kosten dieser Urkunde trägt Frau A.

##### **3. Ausfertigungen und Abschriften**

Von dieser Urkunde bitte wir jedem von uns eine Ausfertigung zu erteilen.

Standesamtliche Mitteilungen sind zu fertigen.

**Prof. Dr. Peter Limmer**  
Notar

**Marktplatz 21**  
**97070 Würzburg**  
**Telefon 09 31 / 355 760**  
**Telefax 09 31 / 355 762 25**  
**email: limmer@notare-marktplatz.de**  
**internet: <http://www.dnoti.de> bzw. [www.notarinstitut.de](http://www.notarinstitut.de)**

## **Vorlesung: Vertragsgestaltung im Zivilrecht (Erb- und Familienrecht)**

### **IV. Vorsorgevollmacht und Patiententestament**

**Fall:** Bei Notar L erscheint das Ehepaar Müller. Beide sind 65 Jahre alt. Sie erklären, sie hätten in der Zeitung gelesen, daß eine Regelung möglich sei, die eine Betreuung im Falle der altersbedingten geistigen Krankheit erspart. Sie wollen vor allem erreichen, daß keine fremde Person in diesen Fällen die notwendigen Entscheidungen trifft. Außerdem sind sie sich einig, daß im Falle schwerer Krankheit keine unnötige „Apparatemedizin“ durchgeführt werden soll. Sie bitten den Notar um Beurkundung der notwendigen Regelungen.

#### **1. Allgemeines**

Nach Schätzungen sind etwa „4% aller über 65jährigen vom Risiko der senilen Dement betroffen, bei den über 85jährigen sind es bereits 25%“<sup>1</sup>. Das seit 01.01.1992 geltende neue Betreuungsrecht<sup>2</sup> geht vom Grundsatz der Subsidiarität aus. Nach § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB ist eine Betreuung nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebensogut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Ziel der Vorschrift ist es, einen Betreuung zu vermeiden, wenn sich der Betroffene selbst zu helfen weiß, etwa durch einen Bevollmächtigten. Im Hinblick auf diese gesetzgeberische Vorgabe hat sich in der notariellen Praxis ein besonderer Typ der Vollmacht, die sog. Vorsorgevollmacht entwickelt<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> vgl. Veith, FamRZ 1996, 1309 unter Hinweis auf Angaben aus dem Jahre 1989.

<sup>2</sup> vgl. Cypionka, DNotZ 1991, 571 ff.; Perau, MittRhNotK 1996, 285 ff.; Weser, MittBayNot 1992, 161 ff.

<sup>3</sup> vgl. eingehend Walter, Die Vorsorgevollmacht, Bielefeld 1997; Langenfeld/Langenfeld, ZEV 1996, 339; Bühler, BWNNotZ 1996, 339; Bühler, BWNNotZ 1990, 1; Müller, DNotZ 1997, 100; Perau, MittRhNotK 1996, 285; Baumann, MittRhNotK 1998, 1; Uhlenbruck, NJW 1996, 1583 dazu kritisch Wolfsteiner, NJW 1996, 2417 und Baumann, NJW 1996, 2418.

Das Gesetz verlangt für das Ausbleiben der Betreuung allerdings keine spezifische Vollmacht, sondern nur, daß die Angelegenheiten durch einen Bevollmächtigten ebensogut besorgt werden können. Grundsätzlich würde danach jede Vollmacht genügen, die diesen Anforderungen entspricht. Allerdings ist in der Literatur und Rechtsprechung ein Streit entstanden, inwieweit eine Generalvollmacht, die keinerlei Beschränkungen oder Hinweise auf spezifische Rechtsgeschäfte und Maßnahmen im Bereich der Personensorge enthält, als Vorsorgevollmachten angesehen werden kann, die eine Betreuung entbehrlich macht. Insbesondere für die Unterbringung und die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen verlangt die Rechtsprechung der Obergerichte, daß die Wichtigkeit und die Wirkung der Vollmacht dem Vollmachtgeber bei Erteilung der Vollmacht konkret vor Augen geführt wurden. So hat bereits das OLG Stuttgart<sup>4</sup> eine Betreuung trotz Vorliegen einer Generalvollmacht für erforderlich gehalten, da der weite Rahmen der Vollmachtsfassung keine genügend sichere Feststellung erlaube, daß der Vollmachtgeber im Zeitpunkt der Abgabe seiner Willenserklärung die konkrete Einsichtsfähigkeit gehabt habe. Auch das OLG Düsseldorf<sup>5</sup> hat eine Generalvollmacht für die im konkreten Fall notwendigen Angelegenheiten der Gesundheitsvorsorge und Bestimmung des Aufenthaltes nicht als ausreichend angesehen, da in der Vollmacht schwerpunktmäßig nur von Rechtsgeschäften die Rede war.

In der Literatur ist an dieser Auffassung teilweise Kritik geäußert worden, da das Gesetz keinerlei Vorgaben machte und eine Generalvollmacht nach deutscher Zivilrechtsdogmatik umfassend ist<sup>6</sup>.

## 2. Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz

Nach dem geplanten BtÄndG<sup>7</sup> wird diese Streitfrage dahin gehend entschieden werden, daß die Einwilligung eines Bevollmächtigten in einer Untersuchung des Gesundheitszustandes, einer Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff unter der Voraussetzung des § 1904 Abs. 1 BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf und nur wirksam ist, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die genannten Maßnahmen ausdrücklich umfaßt (§ 1904 Abs. 2 BGB der geplanten Neufassung). Auch die Unterbringung durch einen Bevollmächtigten, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, sowie freiheitsentziehende Maßnahmen eines Betreuten, der sich bereits in einer Anstalt, einem Heim, oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente, oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßige Freiheitsentziehung, setzen ebenfalls nach der Neuregelung voraus, daß die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die genannten Maßnahmen ausdrücklich in der Vollmacht genannt werden<sup>8</sup>. Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber zum einen die in Rechtsprechung und Literatur besonders umstrittenen Fragen des Umfangs und der Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Vollmacht klären und zum anderen den Schutz des Betroffenen verbessern und die Vorsorgevollmacht dabei als ein der Betreuung gleichwertiges und zudem vorgehendes, ein gerichtliches Verfahren ersparendes Rechtsinstitut stärken<sup>9</sup>.

Nach der Neuregelung wird die Vollmacht der Schriftform bedürfen. In der Praxis empfiehlt sich allerdings die notarielle Beurkundung, da hiermit eine größere Akzeptanz insbesondere

---

<sup>4</sup> DNotZ 1995, 687; m. Anm. Czypionka, DNotZ 1995, 690

<sup>5</sup> MittRhNotK 1998, 1998, 16; Vorinstanz LG Krefeld, MittRhNotK 1998, 17; kritisch Baumann, MittRhNotK 1998, 1

<sup>6</sup> vgl. Baumann, MittRhNotK 1998, 1 ff.

<sup>7</sup> vgl. BT-Drs. 13/7153

<sup>8</sup> vgl. insgesamt zum BtÄndG Gertz, FamRZ 1996, 1324, 1326

<sup>9</sup> Gertz, a. a. O.

gegenüber Banken und Behörden erreicht werden kann und auch Nachweisschwierigkeiten z. B. im Grundbuchverfahren (vgl. § 29 GBO) vermieden werden.

### 3. Vollmachtsinhalt

Im nachfolgenden Vorschlag wird eine Generalvollmacht vorgeschlagen. Diese setzt allerdings wegen der unbeschränkten Vertretungsbefugnis des Bevollmächtigten insbesondere im rechtsgeschäftlichen Bereich eine spezifische Vertrauensstellung voraus, auf die die Beteiligten hingewiesen werden sollen. Generalvollmachten kommen daher wohl nur bei engen vertrauensvollen familiären Beziehungen in Betracht, bieten aber den Vorteil, daß im Vollmachtsfall keine Beschränkungen vorliegen, die im Einzelfall Rechtsgeschäfte verhindern. Alternativ kommen auch beschränkte Vollmachten in Betracht, die sich nur auf bestimmte Rechtsgeschäfte oder Geschäftskreise beschränken. Dies muß im Einzelfall mit den Beteiligten geklärt werden. Wegen der Neuregelung muß insbesondere im Bereich der persönlichen Angelegenheiten eine konkrete Aufzählung erfolgen. Hier empfiehlt es sich, an den Gesetzeswortlaut des § 1904, 1906 BGB anzuknüpfen, um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden. Nach der Neuregelung wird zusätzlich unter bestimmten Voraussetzungen eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sein.

In der Praxis wird zu überlegen sein, ob das der Vollmacht zugrundeliegende kausale Grundverhältnis (i. d. R. ein Kaufvertrag) mit in die Vollmachtsurkunde aufgenommen wird. Vorteil dieser Lösung ist, daß dann auch konkrete Regelungen des Auftragsverhältnisses (Vergütung, Beschränkungen im Innenverhältnis etc.) geregelt werden können. Aus Klarheitsgründen sollte allerdings darauf hingewiesen werden, daß im Außenverhältnis die Vollmacht dadurch nicht beschränkt wird und die Regelungen das Innenverhältnis betreffen. Denkbar ist auch, daß der Auftrag in einer gesonderten Urkunde niedergelegt wird.

Angesichts noch bestehender Auslegungsunsicherheiten und der Akzeptanz in der Rechtsprechung empfiehlt es sich neben der abstrakten Vorsorgevollmacht im Grundverhältnis auch eine schriftliche Betreuungsverfügung i. S. v. § 1897 IV, § 1901 Abs. 2 BGB für den Fall zu treffen, daß die Vorsorgevollmacht nicht akzeptiert wird. Nach § 1897 Abs. 4 ist nämlich bei der Betreuerbestellung den Wünschen des Betreuten Rechnung zu tragen. Schlägt nämlich der Volljährige eine Person vor, die zum Betreuer bestellt werden kann, so ist diesem Vorschlag zu entsprechen, wenn es dem Wohl des Volljährigen nicht zuwiderläuft. Schlägt er vor, eine bestimmte Person nicht zu bestellen, so soll hierauf Rücksicht genommen werden<sup>10</sup>.

Ebenfalls aufgenommen werden kann in die Vollmacht die Möglichkeit eine Untervollmacht zu erteilen. Ob eine Untervollmacht in persönlichen Angelegenheiten zulässig ist, wird umstritten<sup>11</sup> auch die Frage des Ersatzbevollmächtigten sollte geklärt werden.

### 4. Wirksamkeit und Kontrolle der Vollmacht

In der Praxis muß die Frage geklärt werden, ab welchem Zeitpunkt die Vollmacht im Außenverhältnis wirksam werden soll. Da die Betreuungsvollmacht an sich den Betreuungsfall regeln soll, werden in der Praxis verschiedene Lösungen diskutiert, durch die erreicht wird, daß die Vollmacht erst mit Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit Wirksamkeit erlangt<sup>12</sup>. Verschiedene Modelle sind denkbar: Wirksamkeit erst mit Vorlage eines ärztlichen Attestes;

---

<sup>10</sup> vgl. hierzu zur sog. Betreuungsverfügung Schwab, FamRZ 1992, 501, Perau, MittRhNotK 1996, 285, 286 ff.

<sup>11</sup> vgl. Bühler, BWNotZ 1994, 68

<sup>12</sup> vgl. eingehend Müller, DNotZ 1997, 100

sofortige Wirksamkeit, aber der Notar wird angewiesen, Ausfertigungen erst nach Vorlage eines oder mehrerer ärztlicher Atteste über die Betreuungsbedürftigkeit vorzulegen. Nachteil dieser Modelle ist, daß eventuell im Außenverhältnis unklar bleibt, ob die Vollmacht wirksam ist. Auch die Möglichkeit einer Bedingung vor Eintritt der Geschäftsunfähigkeit kann verhindern, daß der Bevollmächtigte schon vor Eintritt der Bedingung für den Vollmachtgeber rechtsgeschäftlich handeln kann. Die Schwierigkeit die Feststellung des Eintritts dieser Bedingung festzustellen, spricht i. d. R. hier gegen diese Lösung<sup>13</sup>. Besteht das entsprechende Vertrauensverhältnis (etwa bei Ehepartnern oder Kindern) dann spricht aus Klarheitsgründen viel für eine Lösung, daß eine Vollmacht sofort wirksam wird und nur im Innenverhältnis Regelungen über die beschränkte Ausübung erst nach Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit aufgenommen werden sollten. Über den Weg der Anweisung an den Notar im Hinblick auf Ausfertigungen könnte die Verwertbarkeit der Vollmacht dergestalt eingeschränkt werden, daß der Bevollmächtigte die Ausfertigung erst dann erlangt, wenn durch eines oder mehrere ärztliche Atteste nachgewiesen ist, daß der Betreuungsfall eingetreten ist<sup>14</sup>.

## 5. Vormundschaftsgerichtliches Genehmigungserfordernis

Nach der Neuregelung ist schließlich in den Fällen der Ausübung einer oben genannten Vollmacht immer dann eine **vormundschaftsgerichtliche Genehmigung** zur Wirksamkeit des Handelns des Bevollmächtigten erforderlich, wenn auch ein gerichtlich bestellter Betreuer in diesem Fall der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfte. Im Bereich der Gesundheitsfürsorge und der freiheitsentziehenden Unterbringung des Vollmachtgebers wurden folglich die Handlungskompetenzen von Betreuer und Bevollmächtigtem gleichgeschaltet.

Bei der erforderlichen Genehmigung handelt es sich nach der h. M. um eine Außengenehmigung, so daß der Arzt, der eine ärztliche Maßnahme i. S. v. § 1904 Abs. 1 BGB n. F. aufgrund einer Einwilligung des Bevollmächtigten durchführt, die nicht vormundschaftsgerichtlich genehmigt wurde, ohne Rechtfertigungsgrund handelt und sich im zivilrechtlichen sowie strafrechtlichen Sinne haftbar machen würde.

Nach der Neuregelung muß der Bevollmächtigte damit aber nicht in jedem Fall eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme einholen, sondern nur dann, wenn

- der Bevollmächtigte selbst in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff einwilligen will und zusätzlich
- die Gefahr besteht, daß der Betreute aufgrund der Maßnahme stirbt oder einen schweren oder längerdauernden gesundheitlichen Schaden erleidet (§§ 1904 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 BGB n. F.).

Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist dagegen **nicht** erforderlich, wenn

- der Betroffene selbst einwilligt und er noch rechtswirksam einwilligen kann;
- der Bevollmächtigte in ärztliche Maßnahmen einwilligt, bei denen keine Lebensgefahr oder erhebliche Gesundheitsgefahr droht (wie z. B. bei einer einfachen Wundversorgung);

---

<sup>13</sup> vgl. Müller, DNotZ 1997, 106

<sup>14</sup> vgl. hierzu Bühler, BWNotZ 1990, 1 ff.; Müller, DNotZ 1997, 100 ff.

- der Bevollmächtigte einwilligen will, Lebens- oder erhebliche Gesundheitsgefahr besteht, aber mit dem Aufschub der Maßnahme Gefahr verbunden wäre (§ 1904 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Abs. 2 BGB n. F.).

Im Falle der Unterbringung durch einen Bevollmächtigten ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nur dann erforderlich, wenn die Unterbringung mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist, wie dies z. B. bei der Unterbringung in der geschlossenen Abteilung einer psychiatrischen Klinik der Fall ist. Im übrigen ist eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dann erforderlich, wenn sich der Vollmachtgeber in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein und dem Vollmachtgeber nach der Entscheidung des Bevollmächtigten durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll.

Ein vormundschaftsgerichtliches Genehmigungserfordernis besteht folglich **nicht** bei nur vorübergehenden Freiheitsbeschränkungen oder bei Freiheitsbeschränkungen, die außerhalb einer Anstalt (z. B. in häuslicher Umgebung) erfolgen.

## 6. „Patiententestament“

Mit dem Patiententestament wird die Frage des Behandlungsabbruchs beim sterbenden Patienten geregelt (vgl. Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl. 1999, S. 439, 1050 ff.), sog. Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes (Uhlenbruck) bzw. ärztliche Sterbehilfe.

**Strafrechtlicher Grenzbereich:** § 216 StGB aktive Sterbehilfe

§§ 211, 13 StGB passives Sterbenlassen als Tötung durch Unterlassen

Voraussetzung für eine Straflosigkeit ist eine klare, unzweideutige Willensäußerung des Patienten (strafrechtlich Einverständnis).

**Problem:** Festlegung des Willens im Vorfeld für den Fall, daß der Patient nicht in der Lage ist, seinen aktuellen Willen zu äußern.

Bislang ist in Rechtsprechung und Literatur noch nicht geklärt, ob und inwieweit eine Patientenverfügung für den behandelnden Arzt überhaupt verbindlich ist. Zum Teil wird in der Literatur vertreten, daß der behandelnde Arzt an die Bestimmungen in einer Patientenverfügung rechtlich gebunden sei (so Uhlenbruck, NJW 1978, 566; *Sternberg/Lieben*, NJW 1985, 2734; ähnlich Steffen, NJW 1996, 1581). So soll auch nach den „Medizinisch-ethischen Richtlinien für die ärztliche Betreuung sterbender und zerebral schwerst geschädigter Patienten“ der **Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaft** vom September 1993 (NJW 1996, 767, 768) eine Patientenverfügung, die der Patient in einem früheren Zeitpunkt als Urteilsfähiger abgefaßt hat, auch dann für den Arzt verbindlich sein, wenn der Patient im Zeitpunkt der Entscheidung über den ärztlichen Eingriff bzw. die lebenserhaltende Maßnahme urteils- oder äßerungsunfähig ist (grdsl. zustimmend wohl Laufs, NJW 1996, 763).

Demgegenüber soll nach der in Deutschland h. M. eine Patientenverfügung **lediglich als Indiz** für einen bestimmten mutmaßlichen Willen des Patienten im Zeitpunkt der Entscheidung über die ärztliche Maßnahme anzusehen und damit für den Arzt auch bei Fehlen von Umständen, die gegen eine Fortgeltung der Verfügung sprechen könnten, nicht notwendig bindend sein (OLG

Frankfurt NJW 1998, 2747, 2748 f.; dazu Knieper, NJW 1998, 2720; Rehborn, MDR 1998, 1464, 1467; Zimmermann, BWNotZ 1999, 57, 59).

Entsprechend sehen die „Richtlinien der **Bundesärztekammer** für die ärztliche Sterbebegleitung“ vom September 1998 ( NJW 1998, 340) vor:

Hinsichtlich der Bindungswirkung einer Patientenverfügung ist zu beachten, daß nach der Rechtsprechung für eine Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme bzw. ihr Unterlassen jeweils Voraussetzung ist, daß der Erklärung des Patienten eine entsprechende umfassende Aufklärung über die medizinische Sachlage Voraussetzung ist (vgl. etwa Sternberg/Lieben, NJW 1985, 2734, 2735 f.). Insofern wird es keinen Unterschied machen, ob die Patientenverfügung vom Notar beurkundet oder zumindest die Unterschrift des Patienten vom Notar beglaubigt wurde. Denn eine medizinische Aufklärung kann der Notar mangels Sachkenntnissen regelmäßig nicht vornehmen.

In der Praxis ist angesichts der zitierten ärztlichen Richtlinien zu beobachten, daß Patientenverfügungen vielfach nicht eingehalten werden. Praktisch setzen sich behandelnde Ärzte vielfach über solche Verfügungen hinweg (vgl. Füllmich, NJW 1990, 2301, 2302; Sternberg/Lieben, NJW 1985, 2734, 2736). Je älter die Patientenverfügung ist, als umso geringer wird ihre Indizwirkung hinsichtlich des mutmaßlichen Patientenwillens angesehen, auch wenn vom rechtlichen Standpunkt her ein Unwirksamwerden einer Patientenverfügung wegen Zeitablaufs nicht anzunehmen ist (vgl. Uhlenbruck, NJW 1978, 566, 569). **In der Literatur wird deshalb empfohlen, die möglichst handschriftlich gefertigte Erklärung jeweils einmal jährlich durch Datum und Unterschrift zu verlängern und darüber auch Zeugen zu informieren** (Schmidt, BtPrax 1997, 16, 18). Eine notarielle Beglaubigung der Unterschrift des Patienten oder eine Beurkundung der Erklärung ist rechtlich nicht erforderlich, kann jedoch die Indizwirkung der Patientenverfügung verstärken, da der Notar zum einen jedenfalls bei Beurkundung eine Feststellung über die Geschäfts- und Urteilsfähigkeit des Erklärenden treffen wird und zum anderen die öffentliche Form der Erklärung einen Anhalt für den festen Rechtsfolgewillen des Erklärenden gibt.

Daraus folgt, daß es in jedem Fall ratsam ist, die Patientenverfügung in regelmäßigen Abständen zu erneuern bzw. zu wiederholen und es auch von Vorteil sein kann, die Erklärung notariell zu beurkunden. Eine Garantie dafür, daß diese Erklärung ggf. auch eingehalten werden wird, wird dadurch jedoch nicht gewonnen.

## **Vorsorgevollmacht, Auftrag, Patientenverfügung**

Heute, den ...

erschieden vor mir ... Notar in ... in den Amtsräumen in ...

Herr ...  
und seine Ehefrau ...

(Beruf, Anschrift, Güterstand, Geburtsdatum)

Der Beteiligte wies sich aus durch einen amtlichen Reisepaß.

Auf Ansuchen des Erschienenen beurkunde ich den von mir persönlich abgegebene Erklärungen gemäß folgendes:

### **§ 1 Vollmachtserteilung**

Herr ...

- nachfolgend „der Vollmachtgeber“ genannt

erteilt hiermit

seiner Ehefrau, Frau ... (Beruf, Anschrift, Geburtsdatum),

- nachfolgend „Bevollmächtigte“ genannt

### **Generalvollmacht,**

ihn in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten, bei denen eine Stellvertretung gesetzlich zulässig ist, umfassend zu vertreten.

Die Vollmacht soll insbesondere als Betreuungsvollmacht zur Vermeidung der Anordnung einer Betreuung dienen und soll daher bei Eintritt einer Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers ausdrücklich nicht erlöschen.

### **§ 2 Vollmachtsumfang**

Die Vollmacht soll eine Generalvollmacht sein und im Umfang unbeschränkt gelten. Zur Erläuterung der Bedeutung der Vollmacht sollen nachfolgend einige Angelegenheiten aufgezählt werden, die insbesondere von der Vollmacht erfaßt sind, ohne daß durch sie eine Beschränkung der Vollmacht getroffen wird. Die nachfolgende Aufzählung ist nur beispielhaft und nicht abschließend:

## **1. Umfang der Vollmacht in Vermögensangelegenheiten**

Die Vollmacht umfaßt insbesondere die Befugnis,

- \* alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte im Namen des Vollmachtgebers vorzunehmen,
- \* über Vermögensgegenstände jeder Art zu verfügen,
- \* Erklärungen aller Art abzugeben und entgegen zu nehmen so wie Anträge zu stellen, abzuändern, zurückzunehmen,
- \* Zahlungen und Wertgegenstände anzunehmen,
- \* Verbindlichkeiten einzugehen,
- \* den Vollmachtgeber vor Behörden, Dienststellen und Notariaten sowie Versicherungsgesellschaften aller Art im In- und Ausland umfassend zu vertreten,
- \* Grundbesitz zu veräußern und zu erwerben, Grundpfandrechte einschließlich Zins und Nebenleistungen und sonstige Rechte für beliebige Gläubiger und Berechtigte zu bestellen und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen, dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch nach § 800 ZPO zu erklären, die Löschung von allen dinglichen Rechten zu erklären und im Grundbuch zu bewilligen,
- \* geschäftsähnliche Handlungen wie z. B. Mahnungen, Fristsetzungen, Anträge und Mitteilungen abzugeben,
- \* Darlehens- und sonstige Kreditverträge abzuschließen,
- \* über Bankkonten und Depots sowie sonstiges Geldvermögen aller Art im Namen des Vollmachtgebers zu verfügen und Bankkonten und Depots zu eröffnen und aufzulösen,
- \* den Vollmachtgeber gegenüber Gerichten zu vertreten, sowie Prozeßhandlungen aller Art vorzunehmen.

## **2. Vollmachtsumfang in persönlichen Angelegenheiten**

Der Bevollmächtigte ist weiterhin zu meiner Vertretung in allen persönlichen Angelegenheiten befugt. Insbesondere umfaßt die Vollmacht nachfolgende persönlichen Angelegenheiten.

#### a) Ärztliche Maßnahmen

Die Vollmacht umfaßt die Befugnis zur Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, wie in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff, auch dann wenn die begründete Gefahr besteht, daß der Vollmachtgeber aufgrund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet (§ 1904 BGB).

#### b) Unterbringung

Die Vollmacht berechtigt dazu, den Aufenthalt des Vollmachtgebers zu bestimmen.

Die Vollmacht umfaßt auch die Befugnis zu Unterbringungsmaßnahmen i. S. d. § 1906 BGB, insbesondere eine Unterbringung des Vollmachtgebers, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, die sonstige Unterbringung des Vollmachtgebers in einer Anstalt, einem Heim, oder einer sonstigen Einrichtung oder die Vornahme von sonstigen Freiheitsentziehungsmaßnahmen durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente o. ä. über einen längeren Zeitraum.

### **3. Patientenverfügung**

Die Vollmacht umfaßt auch die Befugnis zur Entscheidung über einen Behandlungsabbruch oder die Einstellung lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen, wenn ich wegen irreversibler Bewußtlosigkeit, wahrscheinlicher schwerer Dauerschädigung des Gehirns oder wegen dauernden Ausfalls lebenswichtiger Funktionen meines Körpers oder wegen schwerster Schmerzzustände außerstande bin ein menschenwürdiges. d.h. für mich ein erträgliches und weitgehend beschwerdefreies Leben mit eigener Persönlichkeitsgestaltung zu führen, oder wenn das Grundlaiden mit infauster Prognose einen irreversiblen verlauf genommen hat bzw, die traumatische Schädigung irreversibel ist und die Entscheidung, ob nach meinem Tode zu Transplantationszwecken Organe entnommen werden dürfen.

Ich wünsche daher, daß lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben sollen, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist, daß ich mich unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Therapie das Sterben oder Leiden ohne Aussicht auf Besserung verlängern würde, daß keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewußtseins besteht, daß aufgrund

von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt, oder daß es zu einem nicht behandelbaren, dauernden Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt. Behandlung und Pflege sollen in diesen Fällen auf die Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die Behandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist.

#### **4. Sonstiges**

In allen Angelegenheiten ist der Bevollmächtigte befugt, seine Rechte gegenüber Ärzten, Krankenhäusern, Pflegeheimen, etc. wahrzunehmen, alle nötigen Auskünfte und Informationen zu verlangen, Einsicht in meine Krankenakten zu nehmen und Entscheidungen über Untersuchungen, Heilbehandlungen und ärztliche Eingriffe zu treffen. Die Betroffenen werden dazu insoweit von ihrer Schweigepflicht entbunden.

#### **§ 3 Untervollmacht, Befreiung von § 181 BGB**

1. Der Bevollmächtigte kann in Vermögensangelegenheiten Untervollmacht erteilen und dabei diese Vollmacht ganz oder teilweise auf Dritte übertragen. In den persönlichen Angelegenheiten ist die Vollmacht nicht übertragbar, Untervollmacht darf insoweit nicht erteilt werden.

2. Von den Beschränkungen des § 181 BGB ist der Bevollmächtigte in den Vermögensangelegenheiten befreit, so daß er befugt ist, Rechtsgeschäfte im Namen des Vollmachtgebers mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten vorzunehmen.

3. Die Vollmacht ist jederzeit widerruflich.

#### **§ 4 Ersatzbevollmächtigter**

Für den Fall, daß der Bevollmächtigte stirbt oder sonst ausfällt, ernenne ich aufschiebend bedingt durch den Tod des Bevollmächtigten als Ersatzbevollmächtigten meinen Sohn,

Herrn ... (Name, Geburtsdatum, Anschrift).

Der Ersatzbevollmächtigte hat dieselbe Rechtsstellung wie der Bevollmächtigte.

## **§ 5 Betreuungsverfügung, Grundverhältnis**

1. Durch die vorstehende Vollmachtserteilung soll die Bestellung eines Betreuers im Fall von Krankheit oder Gebrechlichkeit vermieden werden. Im Innenverhältnis, d. h. ohne Einfluß auf die Vollmacht im Außenverhältnis, soll von der Vollmacht erst dann Gebrauch gemacht werden, wenn der Vorsorgefall eintritt (Geschäftsunfähigkeit bzw. Betreuungsbedürftigkeit).

2. Für den Fall, daß die Bestellung eines Betreuers notwendig werden sollte, wünscht der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten als seinen Betreuer. Wird ein Betreuer bestellt, soll die Vollmacht im übrigen bestehen bleiben.

3. Im Innenverhältnis, d. h. ohne Einfluß auf die Vollmacht im Außenverhältnis, wird weiter vereinbart, daß der Bevollmächtigte verpflichtet ist, bei der Ausübung der Vorsorgevollmacht folgende Anweisungen zu beachten:

...

## **§ 6 Wirksamkeitsbedingungen, Kontrolle**

Die Vollmacht wird mit Abschluß dieser Urkunde wirksam. Trotz Belehrung durch den Notar wünscht der Vollmachtgeber keine Wirksamkeitsbeschränkung dergestalt, daß die Vollmacht erst mit Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit wirksam werden soll.

Sollte eine der vorbezeichneten Bestimmungen unwirksam sein oder werden, so bleiben die übrigen Bestimmungen wirksam.

Die Bestellung eines zweiten Bevollmächtigten oder einer sonstigen Kontrollperson wird ausdrücklich nicht gewünscht.

## **§ 7 Sonstiges**

Von dieser Urkunde erhalten der Bevollmächtigte eine Ausfertigung und der Vollmachtgeber eine beglaubigte Abschrift.

Auf Antrag sind dem Bevollmächtigten jederzeit weitere Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften zu erteilen.

Die Kosten dieser Urkunde trägt der Vollmachtgeber

Diese Niederschrift wurde den Erschienenen vorgelesen,  
von ihnen genehmigt und von ihnen und vom Notar  
eigenhändig unterschrieben.

INot R  
Institut für Notarrecht

**Prof. Dr. Peter Limmer**  
**Notar**

Marktplatz 21  
**97070 Würzburg**  
**Telefon 09 31 / 355 760**  
**Telefax 09 31 / 355 762 25**  
**email: [limmer@notare-marktplatz.de](mailto:limmer@notare-marktplatz.de)**  
**internet: <http://www.dnoti.de> bzw. [www.notarinstitut.de](http://www.notarinstitut.de)**

### **Vorlesung: Vertragsgestaltung im Zivilrecht (Erb- und Familienrecht)**

#### V. Verfügungen von Todes wegen

Fall: Die Eheleute Max und Monika Mischke sind bereits über 70 Jahre alt. Sie haben zwei gemeinsame Kinder, die ihrerseits beide verheiratet sind und Kinder haben. Max und Monika Mischke möchten nun für den Fall, dass einer von ihnen stirbt, alles geregelt wissen. Zunächst soll der Längerlebende von ihnen jeweils Alleinerbe werden, nach dessen Tod die gemeinsamen Kinder. Dem Längerlebenden soll der Nachlaß des Erstversterbenden möglichst ungeschmälert zustehen. Allerdings soll auch möglichst Erbschaftssteuer gespart werden.

## A. Überlegungen zur Vertragsgestaltung

### Verfügungen von Todes wegen

#### I. Erbrechtlicher Grundsatz: Gesamtrechtsnachfolge:

Kraft Gesetzes findet im Moment des Todes des Erblassers ein Vonselbsterwerb an allen Nachlaßgegenständen statt, § 1922 Abs.1; auch der Besitz geht über, § 857. Eine Übertragung von Einzelrechten findet nicht statt. Auch die Verbindlichkeiten des Erblassers gehen über, § 1967. Der Erbe kann, falls der Nachlaß überschuldet ist, die Erbschaft ausschlagen, §§ 1942ff. Er kann weiter die Anordnung von Nachlaßverwaltung bzw. Nachlaßinsolvenz beantragen mit der Folge, dass nach §§ 1975ff. die Haftung des Erben auf den Nachlaß beschränkt ist.

#### Besonderheiten:

- Geschäftsanteile an Personengesellschaften: §§ 131, 139 HGB (vgl. auch a.F. u. n.F.) und §§ 727, 736 BGB. Nur bei erbrechtlicher Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag fallen diese Geschäftsanteile in den Nachlaß. Für den Kommanditanteil gilt § 177 HGB.
- Anteile an Kapitalgesellschaften sind ohne weiteres vererblich. Nach h.M. kann weder die Vererblichkeit der Anteile ausgeschlossen, noch kann eine „qualifizierte Nachfolgeklausel“ im Gesellschaftsvertrag angeordnet werden.
- Unvererbliche Rechte sind z.B. Nießbrauch, § 1061 S.1 oder die beschränkt persönliche Dienstbarkeit, § 1090 Abs.2. Auch Unterhaltsansprüche erlöschen, §§ 1615, 1586. Die Mitgliedschaft in einem Verein erlischt, wenn die Satzung nichts anderes vorsieht, §§ 38, 40.
- Bei Versicherungen, insbesondere Lebensversicherungen, gilt § 331, wenn ein Bezugsberechtigter benannt ist. § 2301 findet keine Anwendung, weil über die Form des Vertrages das Deckungsverhältnis (Erblasser-Versprechender) entscheidet. Das Valuta-Verhältnis entscheidet über Rechtsgrund, damit das „Behaltendürfen“. I.d.R. wird hier eine Schenkung mit der Zuwendung des Leistungsanspruchs mit dem Tode vollzogen, damit wirksam sein, §§ 518 Abs.2, 331 Abs.1, vgl. BGHZ 66, S.8, S.12.
- Für die Mietwohnung (Anspruch auf Gebrauchsgewährung) gilt § 569a BGB: Der Ehegatte bzw. die Familienangehörigen treten in den Vertrag ein.

#### A. Erbordnungen: Parentelsystem

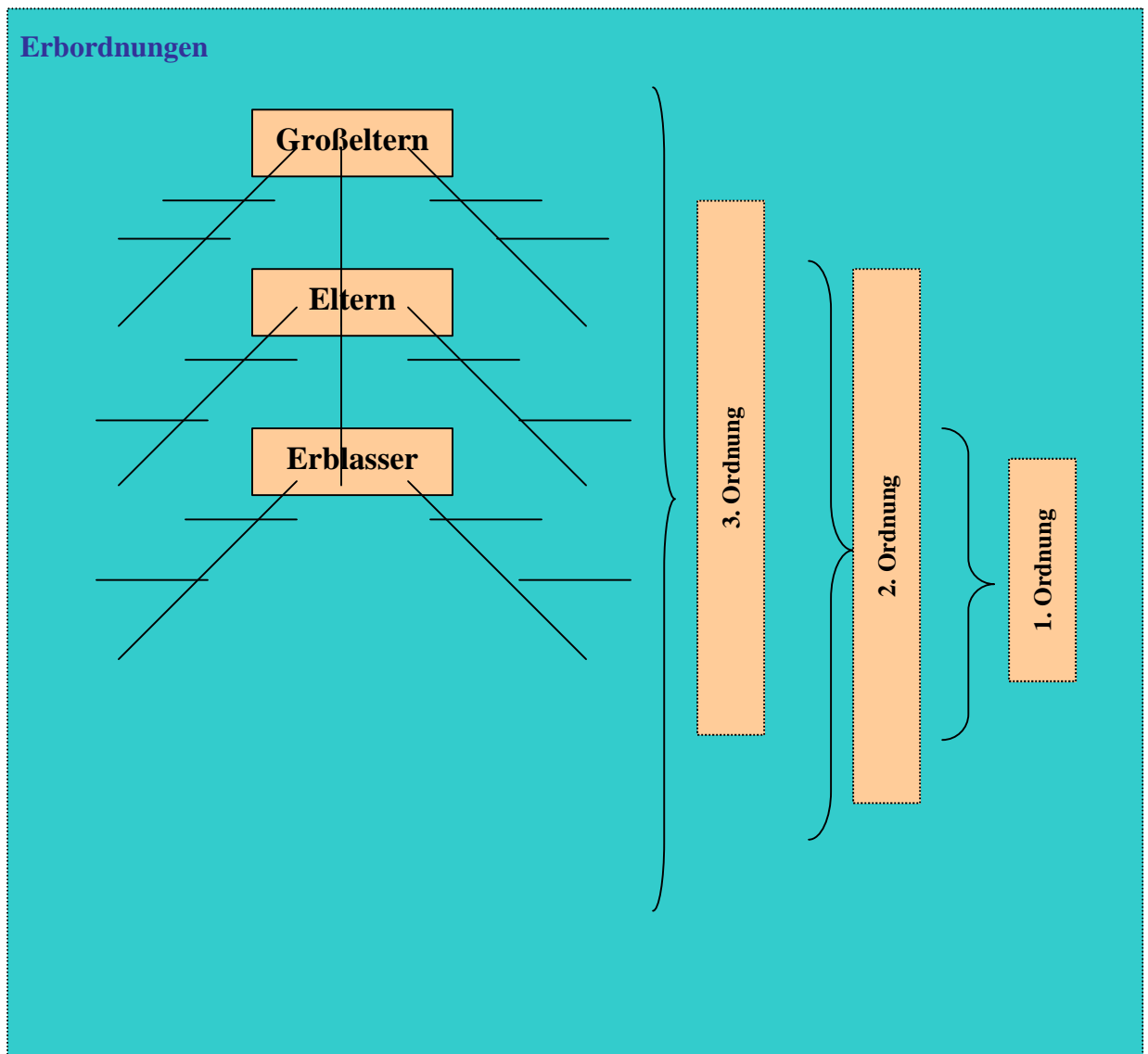
-

- von lat. *parentes* = Eltern
- §§ 1924 I, 1925 I, 1926 I, 1928 I, 1929 I BGB
- wenn die höhere Erbordnung besetzt ist, so sind die nachfolgenden Erbordnungen ausgeschlossen (§ 1930)
  - Zweck: Bevorzugung der jüngeren Generation

##### I. erste Ordnung:

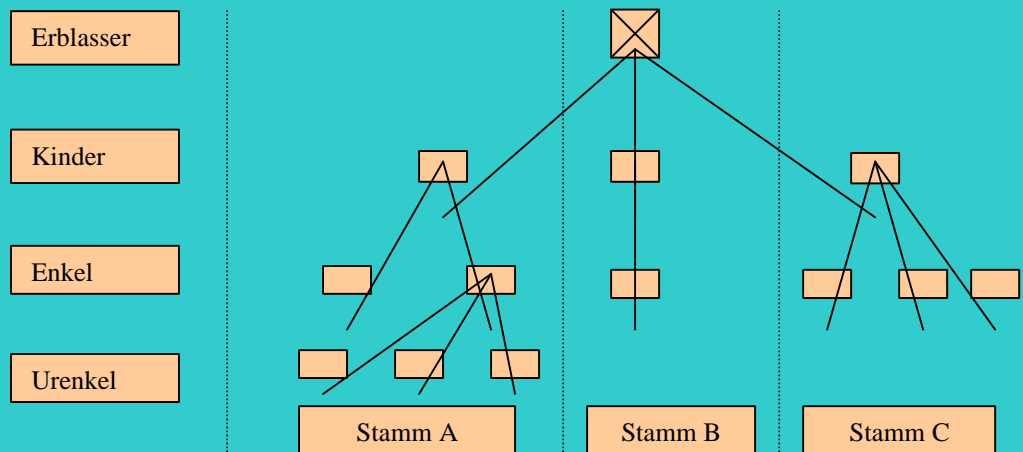
- § 1924 I

- Kinder, Enkel, Urenkel...
- II. zweite Ordnung:
  - § 1925 I
  - Eltern und deren Abkömmlinge (Geschwister, Neffen und Nichten...)
  - ist ein Elternteil vorverstorben, so geht die auf ihn fallende Hälfte auf seine Abkömmlinge über (§ 1925 III (1))  
→ **Erbrecht nach Linien**
- III. dritte Ordnung:
  - § 1926 I
  - Oma, Opa und deren Abkömmlinge (Onkel und Tanten, Vettern und Basen...)
- IV. vierte, fünfte und weitere Ordnungen
  - vierte Ordnung: Urgroßeltern und deren Abkömmlinge (§ 1928 I)
  - fünfte Ordnung: Ururgroßeltern und deren Abkömmlinge
  - Besonderheit:
    - von der vierten Ordnung an wird auf die Gradnähe der Verwandtschaft umgeschaltet und dafür die Aufteilung nach Linien und Stämmen aufgegeben  
→ *Gradualsystem* und *Aufteilung des Erbes nach Köpfen*



- I. Rangreihe zwischen den Erbordnungen: Näheprinzip
  - Vorrang "naher" Erbordnung, § 1930 BGB
- II. Erbfolge nach Stämmen
  - zu einem Stamm fasst das Gesetz jeweils diejenigen Abkömmlinge des Erblassers zusammen, die durch ein und denselben Abkömmling mit dem Erblasser verwandt sind
    1. Repräsentationsprinzip
      - Ausschluss weiterer Abkömmlinge durch nähere Abkömmlinge des Erblassers – Repräsentationsprinzip
      - §§ 1924 II, 1925 II, 1926 II, 1928 II, 1929 II BGB
      - näherer Abkömmling *repräsentiert* also den Stamm
    2. Eintrittsprinzip
      - ist ein Abkömmling des Erblassers bereits vor dem Erbfall verstorben, so treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge an seine Stelle – Eintrittsprinzip
      - auf die Eintretenden entfällt der Erbteil, den sonst der Vormann bekommen hätte
      - §§ 1924 III, 1925 III, 1926 III, 1928 III, 1929 III BGB
    3. gleichmäßige Aufteilung auf die Stämme
      - §§ 1924 IV, 1925 II, 1926 II BGB
      - die Stämme erben zu gleichen Teilen

## Erbfolge nach Stämmen



### III. Erbrecht nach Linien

- Erbrecht nach Linien bedeutet, dass das Erbe zunächst auf die Linien aufgeteilt wird und der entsprechende Anteil innerhalb dieser Linie verbleibt
- so treten zum Beispiel an die Stelle eines vorverstorbenen Elternteils dessen Abkömmlinge, nicht der andere Elternteil
- Erst wenn keine Abkömmlinge des Vorverstorbenen vorhanden sind, fällt der Erbteil der anderen Linie zu
- die verschiedenen Linien werden jeweils durch *einen* Teil eines Eltern- oder Vorelterpaares sowie seine Abkömmlinge gebildet
- gilt innerhalb der **zweiten** und **dritten Ordnung**

## II. Testament

Soweit der Erblasser nicht in einem Testament oder Erbvertrag etwas abweichendes festgelegt hat, tritt die gesetzliche Erbfolge ein, vgl. §§ 1937, 1941.

Ein Testament kann der Erblasser nur persönlich errichten, § 2064. Neben dem öffentlichen Testament (notariell beurkundet, §§ 2231 Nr.1, 2232) kann der Erblasser ein handschriftliches Testament unter Beachtung der in § 2247 angeführten Erfordernisse errichten. Vorteil des öffentlichen Testaments: rechtskundige Beratung, ersetzt im Grundbuchverfahren den Erbschein, geringe Gefahr des Verlusts, der Unterdrückung, Fälschung.

Voraussetzung ist, dass der Erblasser testierfähig ist, § 2229, was der Notar zu überprüfen hat, § 28 BeurkG.

Das (Einzel-)Testament wird abgeändert bzw. aufgehoben durch Widerruf (durch Widerrufstestament oder Vernichtung), durch ein späteres inhaltlich abweichendes Testament oder, beim öffentlichen Testament, durch Rücknahme aus der Verwahrung, § 2256.

Eine bedingte Erbeinsetzung ist möglich, vgl. §§ 2074ff., allerdings darf die Zuwendung nicht von der Willkür oder dem billigen Ermessen eines Dritten abhängen, vgl. § 2065. Die Erklärung ist nach § 133 auslegbar, § 2084 sieht für den Fall der Mehrdeutigkeit die „wohlwollende“ Auslegung vor. Grenze der Auslegung ist die Formbedürftigkeit: Der Wille des Erblassers muß in dem Testament seinen Niederschlag gefunden haben („Aedeutungstheorie“, BGHZ 84, S.41).

## III. Gemeinschaftliches Testament

Das gemeinschaftliche Testament bietet **Ehegatten** eine Formerleichterung nach § 2267 gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 2247. Regelmäßiger Wille der Ehegatten ist, das „gemeinsame“ (vgl. § 1363 Abs.2 S.1!) Vermögen zunächst dem längerlebenden Teil, nach dessen Ableben den gemeinsamen Kindern zukommen zu lassen.

Dies kann grundsätzlich auf zwei Wegen erreicht werden:

a) Jeder Ehegatte setzt den anderen als Vor- und die gemeinsamen Kinder als Nacherben und Ersatzerben ein (**Trennungslösung**). Beim zweiten Erbfall werden die Kinder aus verschiedenen Berufungsgründen Erben, da die Nachlässe getrennt bleiben.

b) Beide Ehegatten setzen sich als Alleinerben ein und bestimmen, dass nach dem Tode des Zuletztversterbenden der (Gesamt-)Nachlaß an die Kinder als „Schlußerben“ fallen soll (**Einheitslösung**).

Welche Lösung gewollt ist, ist durch Auslegung des Willens der Erblasser zu ermitteln (Wird Vermögen als Einheit angesehen?, Soll der Überlebende völlig frei verfügen können? Der verwendete Wortlaut ist nicht unbedingt entscheidend!).

Erst wenn auch nach der Auslegung des Testaments Zweifel bleiben, greift die Auslegungsregel des § 2269 ein: Das Gesetz hat sich für die Einheitslösung entschieden.

Das gemeinschaftliche Testament erzeugt nach dem Ableben des erstversterbenden Ehegatten für wechselbezügliche Verfügungen Bindungswirkung, d.h. diese können nicht mehr widerrufen werden, § 2271 Abs.2. Eine Verfügung ist wechselbezüglich, wenn sie der eine Ehegatte nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen hätte und beide Verfügungen miteinander „stehen und fallen“ sollen. – Auslegungsfrage, deshalb wird in einem notariellen Testament i.d.R. eine Aussage darüber getroffen, welche Verfügungen wechselbezüglich sind. Zu Lebzeiten beider Ehegatten gilt §§ 2271 Abs.1, 2296: Widerruf durch notarielle Erklärung, die zugehen muß (durch Überstellung des Originals bzw. einer Ausfertigung, § 2296 Abs.2 S.1, § 130; Zustellung ist aus Beweisgründen zweckmäßig, § 132).

Das gemeinschaftliche Testament wird unwirksam, wenn die Ehe gescheitert ist, vgl. §§ 2268, 2077.

In entsprechender Anwendung des § 2287 wird der Zuwendungsempfänger bei einer wechselbezüglichen Verfügung ab dem Zeitpunkt vor beeinträchtigenden Schenkungen des überlebenden Ehegatten geschützt, ab welchem das gemeinsch. Testament bindend wird.

#### IV. Erbvertrag

Mit dem Erbvertrag steht auch Nichtverheirateten ein Gestaltungsmittel zur Verfügung, mit dem sie letztwillige Verfügungen mit bindender Wirkung treffen können, §§ 2289ff.. Die Bindungswirkung tritt im Unterschied zum gem. Testament bereits mit Vertragsschluß ein, von diesem Zeitpunkt an ist der Vertragserbe auch vor beeinträchtigenden Schenkungen geschützt, § 2287.

Der Erbvertrag muß notariell beurkundet werden, § 2276, der/die Erblasser können sich nicht vertreten lassen, § 2274 (Formerleichterung bei Verbindung mit einem Ehevertrag, § 2276 Abs.2, § 1410).

In einem Erbvertrag muß mindestens eine vertragsmäßige Verfügung enthalten sein, vgl. § 2278. Daneben können in beliebigen Umfang einseitige Verfügungen getroffen werden, § 2299.

Der Vertrag sowie einzelne vertragsmäßige Verfügungen können von den Vertragsbeteiligten nach Maßgabe der §§ 2290-2292 aufgehoben werden. Daneben kann der Rücktritt vom gesamten Vertrag nach §§ 2293ff. möglich sein. Einseitige Verfügungen können frei widerrufen werden, § 2299. Von der Rechtspre-

chung ist anerkannt, dass die Vertragschließenden sich **vorbehalten** können, einzelne oder alle vertragsmäßige Verfügungen abzuändern – Grund: Die Vertragsteile entscheiden darüber, inwieweit sie sich ihrer Testierfreiheit begeben. Auch eine Einwilligung des anderen Vertragsteils in eine abweichende Verfügung ist möglich, muß aber in der für die Vertragsaufhebung vorgesehenen Form erfolgen (vgl. BGHZ 108, S.252).

## V. Grenze der Gestaltungsfreiheit: Das Pflichtteilsrecht

§§ 2203ff. schränken die Testierfreiheit insoweit ein, als nahe Familienangehörige nicht völlig von jeder Beteiligung am Nachlaß ausgeschlossen werden können. Der Pflichtteilsanspruch ist jedoch nicht eine dingliche Beteiligung am Nachlaß als Mitglied der Erbengemeinschaft, sondern lediglich ein Zahlungsanspruch in Höhe des **Wertes** der Hälfte des gesetzl. Erbteils, § 2303 Abs.1 S.2. Dieser Anspruch gegen den/die Erben verjährt schnell gem § 2332.

Pflichtteilsberechtigt sind Abkömmlinge (Achtung, können auch Enkel sein, § 1924), Ehegatten und Eltern. Auch beim Versterben nur eines Elternteils entsteht der Pflichtteilsanspruch der Kinder!

Der Erblasser kann sich auch nicht dadurch dem Pflichtteilsanspruch entziehen, dass er einen Erbteil durch Gestaltungsmittel „entwertet“, § 2306: Beschränkungen gelten als nicht angeordnet, wenn das Zugewendete kleiner/gleich dem Pflichtteil ist; übersteigt die Zuwendung den Pflichtteil, kann der Berechtigte das Erbe ausschlagen und den unbeschränkten Pflichtteil verlangen.

Auf den Pflichtteil muß sich der Berechtigte i.R.d. § 2315 lebzeitige Zuwendungen des Erblassers anrechnen lassen.

Einer Minderung des Nachlasses durch lebzeitige Schenkungen des Erblassers beugt § 2325 vor (Problem: Fristbeginn nach Abs.3 erst mit wirtschaftl. Ausgliederung eines Gegenstandes/spürbarem Vermögensverlust – BGHZ 98, S.226; 102, S.289; Achtung: Fristbeginn bei Ehegatten).

Eine Entziehung des Pflichtteils ist nur unter den engen Voraussetzungen der §§ 2333ff. möglich. Für die Form und Inhalt gilt § 2336: der **Kernsachverhalt**, aus dem der Entziehungsgrund folgt, muß dabei angegeben werden.

## VI. Erbverzicht

Möglich durch Vertrag mit dem Erblasser, der der notariellen Beurkundung bedarf, § 2348. Der Verzicht kann auf das Pflichtteilsrecht und dabei auch „gegenständlich“ beschränkt werden. Er erstreckt sich im Zweifel auch auf Abkömmlin-

ge, § 2349.

## VII. Einzelne erbrechtliche Gestaltungsmittel

### 1. Vermächtnis

Abgrenzung zur Erbeinsetzung: § 2087 Zuwendung einzelner Gegenstände ist Vermächtnis. Der vermächtnishalber Bedachte kann von dem Beschwerten (§ 2147: Erbe oder Vermächtnisnehmer beim Untervermächtnis) die Leistung des zugewendeten Gegenstandes fordern, § 2174. Hier findet kein „Vonselbsterwerb“ statt, sondern zur Erfüllung ist Rechtsakt des Beschwerten erforderlich. Auch dem Erben kann ein Vorausvermächtnis (Abgrenzung zur Teilungsanordnung) zugewendet sein, § 2150.

### 2. Vor-/ Nacherbschaft

Grund für die Anordnung ist die Möglichkeit der Steuerung des Nachlasses über eine weitere Generation: Zwar soll dem Vorerben, nicht jedoch den Erben des Vorerben der Nachlaß zustehen. Folglich wird der Vorerbe nur „zunächst“ Erbe, später (§ 2106) soll der Nacherbe, der bis dahin ein Anwartschaftsrecht besitzt, Erbe des Erblassers sein.

Dem Vorerben stehen die Nutzungen des Nachlasses zur Verfügung, die Substanz soll dem Nacherben erhalten bleiben. Neben dem Eigenvermögen des Vorerben bildet der Nachlaß ein Sondervermögen, über das der Vorerbe nicht unbeschränkt verfügen kann, vgl. §§ 2112ff.; zugleich ist dieses vor Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der Eigengläubiger des Vorerben geschützt, § 2115. Zustimmung des Nacherben schließt seine Beeinträchtigung aus.

### 3. Auflage

§§ 1940, 2192ff.: Auferlegung einer Verpflichtung ohne Zuwendung. Der Begünstigte hat daher keinen Anspruch auf Vollziehung. Gegenstand kann alles sein, zu dem man sich schuldrechtlich verpflichten kann. Anspruch auf Erfüllung steht nur den in § 2194 genannten Personen zu.

### 4. Testamentsvollstreckung

TV wird angeordnet, wenn der Erblasser auf das künftige Schicksal seines Vermögens Einfluß nehmen will. Der Erbe wird zwar Inhaber des Vermögens, kann darüber aber nicht verfügen solange und soweit die Verfügungsbefugnis dem TV zusteht, §§ 2205, 2208, 2211.

Zur bloßen Ausführung von letztwilligen Verfügungen kann Abwicklungsvollstreckung, § 2203, zur dauerhaften Verwaltung nach § 2209, Dauervollstreckung angeordnet werden.

Auch hier bildet sich neben dem Eigenvermögen des Erben ein Sondervermögen, über das der Erbe – weitergehend als bei der Nacherbschaft - nicht verfügen kann. Entsprechend ist der Nachlaß auch vor den Eigengläubigern des Er-

ben geschützt, § 2214.

## B. Erbschaftssteuer

Für die Ermittlung der genauen Höhe der Steuer sind verschiedene Faktoren relevant. Hierzu zählen neben der Steuerklasse und dem Steuersatz insbesondere die Wertansätze sowie die (sachlichen und persönlichen) Freibeträge.

Bezüglich der Wertansätze gilt z.B., dass bei Privatvermögen Grundstücke mit dem Steuerwert, Wertpapiere mit dem Börsenkurswert und sonstige Gegenstände mit dem Verkehrswert anzusetzen sind. Maßgebend ist insoweit der Wert am Todestag (Stichtagsprinzip). Bei Pfandbriefen, Sparbriefen, Bundesschatzbriefen und Bankguthaben gehören zum Wert daher auch noch die bis zum Todestag rechnerisch aufgelaufenen Zinsen.

Erbschaftssteuerpflichtige Vorgänge sind:

- Der Erwerb von Todes wegen, also durch Erbanfall; dazu gehören u.a. alle Erwerbe aufgrund gesetzlicher Erbfolge, Testament, Erbvertrag, Vermächtnis, Pflichtteil
- der Erwerb durch Schenkung auf den Todesfall
- jeder Vermögensvorteil aufgrund eines vom Erblasser geschlossenen Vertrages zugunsten eines Dritten
- Zweckzuwendungen von Todes wegen; das sind Zuwendungen, die unter der Auflage geleistet werden, dass sie zugunsten eines bestimmten (nicht eigenen) Zwecks verwendet werden und einem unbestimmten Personenkreis zugute kommen.

Da im Erbschaftssteuerrecht auch die Schenkungssteuer geregelt ist, gelten nachfolgende Ausführungen auch für das Schenkungssteuerrecht.

Der zur Berechnung der Steuer maßgebliche Stichtag ist grundsätzlich der Todestag des Erblassers bzw. Schenkungstag.

Die Höhe der zu zahlenden Erbschaftssteuer bzw. Schenkungssteuer richtet sich nach den persönlichen Verhältnissen der Erben bzw. Beschenkten. Dabei wird in drei Steuerklassen aufgeteilt:

--	--

- für den Ehegatten 307.000 EUR
- für Kinder, Enkel (wenn ihre Eltern verstorben sind) und Stiefkinder 205.000 EUR
- für alle anderen Erwerber der Steuerklasse I 51.200 EUR
- für alle Erwerber der Steuerklasse II 10.300 EUR
- für alle Erwerber der Steuerklasse III 5.200 EUR

- beschränkt Steuerpflichtigen steht nur ein Freibetrag von 1.100 EUR zu.

Die Übertragung des zu eigenen Wohnzwecken genutzten Hausgrundstücks zu Allein- oder Miteigentum auf den Ehegatten ist steuerfrei.

Die Vereinbarung des Güterstandes der Gütergemeinschaft ist eine Schenkung, die bei Überschreitung des Freibetrages von 307.000 EUR schenkungssteuerpflichtig ist.

Die Zahlung des Zugewinnausgleiches ist schenkungssteuerfrei, wenn

- die Ehe geschieden wird
- innerhalb der intakten Ehe der Güterstand geändert wird
- oder der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet wird.

### I. Steuerklassen

Steuerklasse I	Steuerklasse II	Steuerklasse III
1. Ehegatten 2. Kinder, Stiefkinder und deren Kinder 3. Eltern und Großeltern	1. Geschwister und deren Kinder 2. Schwiegerkinder 3. Schwiegereltern 4. geschiedene Ehegatten 5. bei Schenkung: Eltern, Großeltern	alle übrigen

### II. Die Steuersätze

Wert des steuerpflichtigen Erwerbs bis einschließlich €	Steuersatz in Prozent		
	Steuerklasse I	Steuerklasse II	Steuerklasse III
52.000	7	12	17
256.000	11	17	23
512.000	15	22	29
5113.000	19	27	35
12.783.000	23	32	41
25.565.000	27	37	47
darüber	30	40	50

### III. Freibeträge

#### Allgemeine Freibeträge

1. Ehegatten	307.000.- €
2. Kinder	205.000.- €
3. übrige Personen der Steuerklasse I	51.200.- €
4. Personen der Steuerklasse II	10.300.- €
5. Personen der Steuerklasse III	5.200.- €

VIII. Muster

**Gemeinschaftliches Testament**

Heute, den fünfzehnten Dezember zweitausenddrei,  
- 15. Dezember 2003 -  
erschieden vor mir,  
Dr. Peter L i m m e r ,  
Notar in Würzburg,  
an der Amtsstelle in 97070 Würzburg, Marktplatz 24:

**Herr A**  
**Frau A**

Die Erschienenen erklärten, vor mir ein Testament errichten zu wollen und ersuchten mich um dessen Beurkundung.

Die Erschienenen erklärten, ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit zu besitzen.

Durch den persönlichen Eindruck und durch die mit den Erschienenen geführte Unterredung habe ich mich von deren vollen Geschäfts- und Testierfähigkeit überzeugt. Die Zuziehung von Zeugen war weder aus gesetzlichen Gründen erforderlich noch seitens der Erschienenen erwünscht.

Sodann erklärten mir die Erschienenen ihren letzten Willen zur notariellen Niederschrift mündlich wie folgt:

**Vorbemerkungen**

Wir haben am [Datum:» vor dem Standesbeamten in [Ort:» die beiderseits erste Ehe miteinander geschlossen.

Aus dieser Ehe sind [Anzahl:» Kinder hervorgegangen, [Namen:»  
Andere Kinder haben und hatten wir nicht.

Wir haben kein Auslandsvermögen und sind auch nicht an einer Personen- oder Handelsgesellschaft beteiligt.

Einen Ehevertrag haben wir bisher nicht geschlossen.  
In der Verfügung über unseren Nachlass sind wir weder durch Erbvertrag noch durch gemeinschaftliches Testament gebunden. Rein vorsorglich heben wir alle bisher errichteten Verfügungen von Todes wegen auf.

**Letztwillige Verfügungen**

IX.

Erbeinsetzung nach dem Erstversterbenden

Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu

**A l l e i n e r b e n**

ein, so dass nach dem Tod des Erstversterbenden der überlebende Ehegatte der alleinige und ausschließliche Erbe des Erstversterbenden sein wird.

Ersatzerben sind die Schlusserben entsprechend der unten getroffenen Regelung.

#### X. Bindung

Die gegenseitige Erbeinsetzung in Ziffer 1. soll wechselbezüglich sein, so dass die Unwirksamkeit der Verfügung des einen von uns auch die Unwirksamkeit der Verfügung des anderen zur Folge hat.

#### XI. Schlusserbeneinsetzung

Der Längstlebende von uns bestimmt einseitig, in jederzeit widerruflicher Weise unsere gemeinschaftlichen Kinder

a)

b)

zu seinen Erben zu gleichen Teilen.

Ersatzerben sind jeweils deren Abkömmlinge nach Stämmen zu unter sich gleichen Teilen. Fällt eines unserer Kinder ohne Hinterlassung von Abkömmlingen weg, wächst dessen Stammanteil dem anderen Kind gemäß § 2094 BGB an.

#### XII. Gleichzeitiges Versterben

Sofern wir beide gleichzeitig versterben, oder einer gemeinsamen Gefahr erliegen, bei der ein Vorversterben eines Ehegatten vor dem anderen nicht mehr festgestellt werden kann, trifft jeder von uns die Verfügung von Todes wegen hinsichtlich der Schlusserben nach vorstehender Ziffer für seinen Nachlass.

#### XIII. Widerruflichkeit

Es ist unser Wille, dass jeder von uns die in vorstehender Ziffer 3. getroffenen Bestimmungen bzgl. der Schlusserben einseitig widerrufen und ändern und weiter nach dem Ableben des Erstversterbenden über das ererbte und sein eigenes Vermögen frei verfügen kann.

#### XIV. Vermächtnisanordnung

[Ich/wir:» beschwere[n meinen/unseren:» Erben mit folgendem Vermächtnis:

[???:» erhalten zu gleichen Anteilen das im Nachlass befindliche Bargeld sowie sämtliche Restguthaben auf allen Konten bei allen Geldinstituten, bei denen [ich/der Längstlebende von uns:» Konten unterhalte/unterhält - ohne Rücksicht darauf, welcher Art diese Konten sind - einschließlich aller Wertpapiere.

Ersatzvermächtnisnehmer der vorstehend Bedachten sind jeweils deren Abkömmlinge gemäß der gesetzlichen Erbfolgeordnung. Sind solche nicht vorhanden oder fallen diese weg, so kommt das Vermächtnis insoweit zum Wegfall.

Die Vermächtnisse sind unverzüglich nach meinem Tod/nach dem Tod des Letztversterbenden von uns zu erfüllen. Soweit ein Vermächtnisnehmer Erbe wird, erhält er das ihm Zugewandte als Vorausvermächtnis.

#### XV. Anfechtung

Sämtliche vorstehenden Verfügungen sind ohne Rücksicht darauf, ob und welche Pflichtteilsberechtigte wir hinterlassen getroffen. Eine Anfechtung übergangener oder künftiger Pflichtteilsberechtigter ist ausgeschlossen.

#### XVI. Unwirksamkeit

Bei Auflösung oder Nichtigkeit unserer Ehe sollen die vorstehenden Verfügungen von Todes wegen in vollem Umfang unwirksam sein. Dies gilt auch wenn beim Tode eines Ehegatten ein Scheidungs- oder Aufhebungsantrag rechtshängig ist.

#### XVII. Belehrungen

Wir sind über die Wirkungen der in diesem Testament getroffenen letztwilligen Verfügungen und über das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht belehrt worden. Wir wurden ferner belehrt, dass das vorstehende Testament zu Lebzeiten beider Ehegatten widerrufen werden kann und dass der Widerruf der notariellen Beurkundung bedarf.

Wir wurden ferner darauf hingewiesen, dass Zahlungen aus Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall (z.B. Lebensversicherung, Sparkonten) unmittelbar dem etwaigen eingesetzten Bezugsberechtigten zustehen und deshalb nicht in den Nachlass fallen.

#### XVIII. Kosten und Abschriften

Wir tragen die Kosten dieser Urkunde und ersuchen um Erteilung einer beglaubigten Abschrift für uns. Der Notar wird ermächtigt, eine beglaubigte Abschrift offen in seiner Urkundensammlung zu verwahren.

### **Alternative**

Der überlebende Ehegatte ist berechtigt, die für den Todesfall des Zuletztversterbenden getroffenen Verfügungen in einseitiger Weise beliebig abzuändern oder aufzuheben, jedoch nur im Kreise der gemeinschaftlichen Abkömmlinge. Verfügungen zugunsten dritter Personen sind nicht zulässig. Zulässig ist jedoch auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung beliebigen Inhalts und die Bestimmung des Testamentsvollstreckers.

# INotR

Institut für Notarrecht

**Prof. Dr. Peter Limmer**  
Notar

Marktplatz 21  
97070 Würzburg  
Telefon 09 31 / 355 760  
Telefax 09 31 / 355 762 25  
email: [limmer@notare-marktplatz.de](mailto:limmer@notare-marktplatz.de)  
internet: <http://www.dnoti.de> bzw. [www.notarinstitut.de](http://www.notarinstitut.de)

**Vorlesung: Vertragsgestaltung im Zivilrecht (Erb- und Familienrecht)**

**Vorlesung: Vertragsgestaltung im Zivilrecht (Erb- und Familienrecht)**

## **VI. Ausgewählte Fragen der materiellen Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen**

**Fall:** Die geschiedene Frau F hat zwei minderjährige Kinder Kinder A und B, die sie zu ihren Erben einsetzen möchte. Sie bittet den Notar um eine Gestaltung, bei der in jedem Fall verhindert wird, daß der geschiedene Ehegatte vermögen erhält.

### **1. Verfügung von Todes wegen bei kinderlosen Ehegatten**

Bei kinderlosen Ehegatten ist zunächst die Versorgung des überlebenden Ehegatten erster und meist wichtigster Interessenschwerpunkt. Die Ehegatten wünschen häufig, daß der überlebende Ehegatte sich nicht mit den Verwandten des Verstorbenen auseinandersetzen muß. Außerdem besteht in manchen Fällen auch das Interesse, zukünftige gemeinschaftliche Abkömmlinge zu bedenken, wobei bei der Gestaltung die Freiheit des überlebenden Partners eine große Rolle

spielt; Vertragstypisch wird dabei zwischen jungen noch kinderlosen Ehegatten und älteren Ehegatten unterschieden, bei denen keine Kinder mehr zu erwarten sind<sup>1</sup>.

#### a) Kinderlose junge Ehegatten

Bei jüngeren Ehegatten, bei denen noch nicht ausgeschlossen ist, daß gemeinschaftliche Abkömmlinge geboren werden, bestehen zum Teil unterschiedliche Interessenlagen, je nach dem ob das Vermögen von den Ehegatten gemeinsam erwirtschaftet wurde und daher der überlebende Ehegatte möglichst ungeschmälert in den Genuß dieses Vermögens gelangen soll, oder ob ein Ehepartner von seiner Familie ein größeres Vermögen erlangt hat. In diesem Fall besteht u. U. ein Interesse des Ehegatten mit dem größeren Vermögen, dieses im Rahmen seiner Familie zu erhalten. Hierbei muß insbesondere geprüft werden, inwieweit in Rechtsgeschäften unter Lebenden Rückübertragungsansprüche für den Fall des Vorversterbens ohne eigene Abkömmlinge aufgenommen wurden, die dazu führen, daß diese Vermögensgegenstände vom Erben an den damaligen Schenker zurückübertragen werden müssen. Häufig werden derartige Ansprüche im Immobilienbereich durch Rückauflassungsvormerkungen gesichert, so daß die schenkenden Verwandten bereits außerhalb des Erbrechts abgesichert sind<sup>2</sup>.

Wurde das Vermögen von den Ehegatten weitgehend gemeinsam erwirtschaftet oder ist nur ein kleines eigenes Vermögen vorhanden, dann wird der Interessenlage in erster Linie eine gegenseitige Erbeinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament entsprechen. Zu klären bleibt die weitere Frage, ob bereits zu diesem Zeitpunkt eine Schlußerbeneinsetzung und wenn ja, welche, vorgenommen werden oder ob der überlebende Ehegatte vollständige Freiheit im Hinblick auf den Nachlaß erhalten soll. Im letzteren Fall wäre die gegenseitige Erbeinsetzung ausreichend. Wünschen die Beteiligten bereits zu Lebzeiten zugunsten etwaiger Abkömmlinge Bindungswirkung, bietet sich eine Schlußerbeneinsetzung der gemeinschaftlichen Abkömmlinge nach den Regeln über die gesetzliche Erbfolge an, wobei im Regelfall der Einheitslösung der Vorzug gegeben wird, bei der der überlebende Ehegatte zunächst Vollerbe wird und die Bindungswirkung nur über die Wechselbezüglichkeit (vgl. oben ..... ) erreicht wird. Die generelle Schlußerbeneinsetzung der „Abkömmlinge“ hat den Vorteil, daß in vielen Fällen das Testament dann nicht geändert werden muß, wenn neue Abkömmlinge geboren werden. Andererseits kann im Hinblick auf die völlig unbekannt entwickelte der noch nicht geborenen Abkömmlinge eine gemilderte Form der Bindungswirkung zu empfehlen sein. Beim gemeinschaftlichen Ehegattentestament kann dies durch eine Freistellungsklausel (siehe oben ..... ) und beim Ehegattenerbvertrag durch einen Änderungsvorbehalt (siehe oben ..... ) erreicht werden.

Stammt das wesentliche Vermögen aus der Familie eines Ehegatten und soll diese familiäre Bindung erhalten bleiben, ist beim gemeinschaftlichen Ehegattentestament zu erwägen, ob die Trennungslösung mit Vor- und Nacherbschaft zugunsten der Abkömmlinge und ersatzweise zugunsten bestimmter Verwandter des verstorbenen Ehegatten angeordnet wird. Die Vorerbschaft führt zu einer Trennung der Ehegattenvermögen und ermöglicht die Steuerung in die zweite Generation. Eine weitere Alternative könnte darin liegen, daß dem überlebenden Ehegatten nur ein Nießbrauchsvermächtnis am gesamten Nachlaß oder an bestimmten Vermögensgegenständen eingeräumt wird und als Vollerben die Abkömmlinge ersatzweise die Verwandten des verstorbenen Ehegatten eingesetzt werden. Soll die Stellung des überlebenden Ehegatten durch eine Erbeinsetzung gestärkt werden, könnte sich ein Vermächtnis zugunsten der

<sup>1</sup> Nieder, Rn. 1035, 1038

<sup>2</sup> Vgl. Jerschke, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl., AV Rn. 224 ff.; Langenfeld, Grundstückszuwendungen, 3. Aufl., S. 153 ff.; Weser, ZEV 195, 353 ff.

Verwandten des verstorbenen Ehegatten empfehlen, das sofort beim Tod des Erblassers fällig wird und den familiengebundenen Vermögensgegenstand betrifft.

Seltener dürfte das Interesse bei jungen Ehegatten darin liegen, daß der überlebende Ehegatte bereits im Hinblick auf die Verwandten des verstorbenen Ehepartners gebunden sein soll. Ist dies gewünscht, dann kann bereits eine gesetzliche Schlußerbeneinsetzung für den Tod des überlebenden Ehegatten getroffen werden, nach der entweder jeweils die gesetzlichen Erben des Ehemannes und der Ehefrau je zur Hälfte nach den Regeln über die gesetzliche Erbfolge eingesetzt werden oder in dem bestimmte Verwandte als Schlußerben bestimmt werden.

### **Gestaltungsübersicht:**

- \* Vollständige Regelungsfreiheit des überlebenden Ehegatten: gegenseitige Erbeinsetzung im gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag, keine Regelung der Schlußerbfolge;
- \* Schlußerbeneinsetzung der Abkömmlinge ohne Bindungswirkung: gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag, Einsetzung von Schlußerben, beim gemeinschaftlichen Testament Schlußerbeneinsetzung einseitig ohne Bindungswirkung; beim Erbvertrag Einsetzung der Schlußerben ohne erbvertragliche Bindung;
- \* Schlußerbeneinsetzung mit begrenzter Änderungsmöglichkeit: gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag, Änderungsvorbehalt in bestimmten Grenzen (z. B. wertverschiebende Anordnungen etc.);
- \* Vorhandensein von familiär gebundenen Vermögen: gegenseitige Erbeinsetzung in Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament, Schlußerben die gemeinschaftlichen Abkömmlinge, ersatzweise bestimmte sonstige Verwandten (Eltern, Geschwister etc), keine Änderungsmöglichkeit;
- \* Familiäre Bindung eines bestimmten Vermögensgegenstandes: gegenseitige Erbeinsetzung, Grundstücksvermächtnis zugunsten der gemeinsamen Abkömmlinge, ersatzweise der Eltern des Ehemannes, ersatzweise sonstiger dritter Verwandter, u. U. Untervermächtnis zugunsten der Ehefrau (z. B. Wohnungsrecht);
- \* Vermögen stammt aus der Familie eines Ehegatten: gemeinschaftliches Testament mit Vor- und Nacherbfolge (Trennungslösung vgl. oben .....), vermögender Ehegatte setzt seine Ehefrau zu seiner Vorerbin ein, Nacherben sind gemeinschaftliche Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, ersatzweise die Eltern (weitere Ersatzerbeneinsetzung denkbar); der Nacherbfall tritt ein mit dem Tod des Vorerben oder bei seiner Wiederverheiratung, eventuell Vorausvermächtnis zugunsten der Ehefrau bezüglich bestimmter Vermögensgegenstände oder Wohnungsrecht.

### **b) Testament von älteren kinderlosen Ehegatten**

Bei älteren Eheleuten, bei denen mit Abkömmlingen nicht mehr gerechnet werden kann, wird in der Regel die vollständige Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten gewünscht. Häufig wird allerdings auch bereits eine Regelung für den Tod des Letztversterbenden gewünscht, indem bestimmte Verwandte beider Ehegatten bereits bedacht werden sollen. Auch in diesem Zusammenhang ist die Bindungswirkung des überlebenden Ehegatten zu klären, insbesondere ist

an einen eingeschränkten Änderungsvorbehalt, der den Verwandten bestimmte Mindestanteile sichert, aber im übrigen dem überlebenden Ehegatten einen gewissen Gestaltungsspielraum gibt, zu denken.

### **Gestaltungsmöglichkeiten:**

- \* Regelung beider Erbfälle, weitgehende Freiheit des überlebenden Erblassers: gegenseitige Erbeinsetzung durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag, Schlußerbeneinsetzung jeweils zur Hälfte die Verwandten des Ehemannes und der Ehefrau, die nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge berufen wären, wenn beide gleichzeitig versterben würden; Schlußerbeneinsetzung ist jeweils einseitig getroffen bzw. ohne erbvertragliche Bindung und kann jederzeit aufgehoben oder geändert werden;
- \* Regelung beider Erbfälle mit begrenzter Änderungsmöglichkeit des überlebenden Ehegatten: gegenseitige Erbeinsetzung durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag; Schlußerbeneinsetzung der Verwandten des Ehemannes und der Ehefrau je zur Hälfte, eingeschränkter Änderungsvorbehalt, wonach der überlebende Ehegatte über den halben Erbanteil seiner Verwandten anders verfügen kann.

## **2. Letztwillige Verfügung bei Ehegatten mit Kinder aus unterschiedlichen Verbindungen**

Haben beide Ehegatten Kinder aus anderen Ehen, besteht die Problematik, daß zum einen der erstversterbende Ehegatte seinen Ehegatten versorgt wissen will, daß zum anderen aber ausgeschlossen werden soll, daß der überlebende Ehegatte Verfügungen zum Nachteil seiner eigenen Kinder zugunsten der fremden Kinder trifft<sup>3</sup>. Bei dieser Fallgestaltung ist zum einen die Frage zu klären, ob die Abkömmlinge jeweils nur als Erben des leiblichen Elternteils behandelt oder ob beim Schlußerbfall eine gleichmäßige Verteilung des gesamten Ehegattenvermögens auf alle Abkömmlinge wie bei gemeinsamen Abkömmlingen vorgenommen werden soll<sup>4</sup>. Außerdem muß die Frage der Bindungswirkung und die Verfügungsmöglichkeit des überlebenden Ehegatten gegen die Sicherung der eigenen Kinder abgewogen werden.

Sollen selbständige Erbfälle stattfinden, bietet sich die gegenseitige Erbeinsetzung mit Trennungslösung (Vor- und Nacherbschaft) an oder der überlebende Ehegatte erhält am Nachlaß des Versterbenden nur ein Nießbrauchsvermächtnis, Erben werden dann die eigenen leiblichen Kinder. Soll dagegen eine Regelung erreicht werden, die der bei gemeinsamen Abkömmlingen entspricht, bietet sich die Einheitslösung an, bei der dann die Frage der Bindungswirkung der Schlußerbeneinsetzung geklärt werden muß. Bei der Einheitslösung bestehen zwei Probleme<sup>5</sup>: Zum einen müssen beim Erbfall des vorversterbenden Ehegatten dessen Abkömmlinge davon abgehalten werden, Pflichtteilsansprüche geltend zu machen. Hier bieten sich die üblichen Pflichtteilssanktionsklauseln an (vgl. oben .....). Ein weiteres Problem kann daraus resultieren, daß die jeweiligen Nachlässe des erstversterbenden und des letztversterbenden Ehegatten soweit voneinander abweichen, daß aufgrund der Zusammensetzung der Nachlässe der gesetzliche Erbe nach dem Letztversterbenden einen Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsrestanspruch hat, der die gleichmäßige Verteilung verhindern würde<sup>6</sup>. Insbesondere wenn beim Letztversterbenden nur ein gesetzlicher Erbe vorhanden ist, stünde diesem Erben als Pflichtteilsanspruch bereits der hälftige

<sup>3</sup> Vgl. Nieder, Rn. 1036; von Olshausen, DNotZ 1979, 707 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Langenfeld, NJW 1987, 1577, 1583

<sup>5</sup> Vgl. Nieder, Rn. 1040

<sup>6</sup> Vgl. Berechnungsbeispiel bei von Olshausen, DNotZ 1979, 707, 708 f.

Gesamtnachlaß zu, der sich seinerseits wieder aus dem Nachlaß des Ehemannes und der Ehefrau zusammensetzt. Es ist daher bei der Testamentsplanung auch sehr genau das Wertverhältnis beider Nachlässe im Hinblick auf eventuelle Pflichtteilsrechte zu überprüfen und ggf., wenn eine derartige Situation zu befürchten ist, durch entsprechende Klauseln abzusichern. Hier könnte zum einen die Trennungslösung eine wirksame Gestaltungsmaßnahme darstellen. Soll es bei der Einheitslösung bleiben, wird in der Literatur folgende Gestaltung vorgeschlagen: Der Ehegatten, dessen Kinder eine Benachteiligung durch ein Pflichtteilsverlangen des nach der überlebenden Ehegatten pflichtteilsberechtigten Kindes droht, setzt seinen Kindern für den Fall seines Vorversterbens sofort mit seinem Tode anfallende Vermächtnisse in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile aus, deren Fälligkeit aber bis zum Tode des überlebenden Ehegatten aufgeschoben ist. Außerdem wird dieses Vermächtnis unter die auflösende Bedingung gestellt, daß das Kind des anderen Ehegatten auf den ihm zustehenden Pflichtteil verzichtet, und zwar entweder zu Lebzeiten des überlebenden Ehegatten oder nach dessen Tod durch formlosen Erlaßvertrag bzw. daß dieses seinen Pflichtteilsanspruch verjähren läßt<sup>7</sup>.

### 3. Das Geschiedenen-Testament<sup>8</sup>

#### a) Auswirkungen der Scheidung auf letztwillige Verfügungen

Eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, ist unwirksam, wenn die Ehe nichtig oder wenn sie vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist (§ 2077 Abs. 1 S. 1). Nach § 2077 Abs. 3 ist eine solche Verfügung nicht unwirksam, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde. § 2268 Abs. 1 bestimmt, daß in den Fällen des § 2077 ein gemeinschaftliches Testament insgesamt unwirksam ist, also auch hinsichtlich der Verfügungen zugunsten Dritter und der nicht wechselbezüglichen Verfügungen. § 2279 Abs. 2 erweitert diese Regelung insoweit, als die Unwirksamkeit auch eine Zuwendung erfaßt, die von den Ehegatten in ihrem Ehevertrag zugunsten eines Dritten gemacht wurden. Bei diesen Vorschriften handelt es sich allerdings nur um Auslegungsregeln und nicht um eine widerlegliche Vermutung<sup>9</sup>. Für die Ermittlung des hypothetischen Willens der Ehegatten ist allein auf den Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung abzustellen. Spätere Umstände können für die Ermittlung des hypothetischen Willens nur insoweit herangezogen werden, als sie Rückschlüsse darauf zulassen, wie der Erblasser testiert hätte, wenn er die Auflösung der Ehe vorausbedacht hätte<sup>10</sup>. Ein Aufrechterhaltungswille kann daher nur angenommen werden, wenn der Erblasser zu der Verfügung nicht durch die Erwartung des Fortbestandes der Ehe bestimmt worden ist<sup>11</sup>. Bei wechselbezüglichen Verfügungen bzw. zumindest Gegenseitigkeit der Verfügung besteht in der Regel ein Indiz gegen den Aufrechterhaltungswillen<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Vgl. den Vorschlag bei von Olshausen, DNotZ 1979, 707, 719; Nieder, Rn. 1040

<sup>8</sup> Literatur: Damrau, Minderjährige Kinder aus geschiedenen Ehen als Erben, ZEV 1998, 90; Dieterle, Das Geschiedenen-Testament, BWNNotZ 1971, 170; Reinmann, Erbrechtliche Überlegungen aus Anlaß der Ehescheidung, ZEV 1995, 329; ders., Zur Kongruenz von ehevertraglicher Regelung und erbrechtlicher Gestaltung, FS Schippel (1996), 301; Nieder, Das Geschiedenentestament und seine Ausgestaltung, ZEV 1994, 156; Wagner, Das Geschiedenentestament - eine sinnvolle erbrechtliche Gestaltungsform, ZEV 1997, 469

<sup>9</sup> BayObLG, ZEV 1995, 331; BayObLG NJW-RR 1993, 12; BGH FamRZ 1960, 28; Soergel/Damrau, § 2077 RdNr. 2; Reimann, FS Schippel, S. 311; a. A allerdings Muscheler, DNotZ 1994, 733 ff, der der Auffassung ist, es handele sich um einen dispositiven Rechtssatz

<sup>10</sup> BGH FamRZ 1961, 366; BayObLG FamRZ 1993, 362; BayObLG ZEV 1995, 331

<sup>11</sup> OLG Hamm OLGZ 1992, 272, 277

<sup>12</sup> Vgl. OLG Hamm OLGZ 1992, 272; Palandt/Edenhofer, § 2268 Rn. 2; RGRK-Johannsen, § 2268 Rn. 2; Dieterle, BWNNotZ 1970, 171

Da nach der h. M. den genannten Regelungen nur eine Auslegungsfunktion zukommt, und es in der Praxis schwer vorhersehbar ist, welche Umstände letztendlich für die Auslegung herangezogen werden und zu welchen Ergebnissen diese führen, sind in jedem Fall klarstellende Anordnungen zweckmäßig<sup>13</sup>. Die Maßnahmen, die zu treffen sind, entsprechen denen bei getrennt lebenden Ehegatten, so daß auf unten verwiesen werden kann (siehe unten b).

Auf Lebensversicherungen und sonstigen Rechtsgeschäften unter Lebenden ist nach h. M. § 2077 nicht entsprechend anzuwenden<sup>14</sup>. Insofern sind besondere Maßnahmen, insbesondere der Widerruf des Bezugsrechts veranlaßt. Zu beachten ist dabei, daß nach § 13 Abs. 2 ALB die Einräumung und Aufhebung einer Drittberechtigung am Lebensversicherungsvertrag erst mit deren schriftlichen Anzeige an den Vorstand des Versicherers wirksam wird. Trotz der Auslegungsregel des § 332, genügt die Änderung der Bezugsberechtigung in einer Verfügung von Todes wegen nicht<sup>15</sup>.

#### b) Getrennt lebende Ehegatten

Bei Trennung tritt die Auslegungsregel des § 2077 Abs. 1 S. 2 BGB nur ein, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte. Die Zustimmung ist nach Auffassung der BGH eine Prozeßhandlung und muß im Scheidungsverfahren dem Gericht gegenüber erklärt werden<sup>16</sup>. Ungeklärt ist dabei noch, in welcher Form die Zustimmung zu erklären ist<sup>17</sup>. Hat nur der überlebende Ehegatte die Scheidung beantragt, so bleibt sein gesetzliches Erbrecht erhalten<sup>18</sup>. Ebenso wie bei geschiedenen Ehegatten handelt es sich auch insoweit nur um Auslegungsregeln, so daß auch in diesen Fällen klarstellende Anordnungen zweckmäßig sind. Sind die Voraussetzungen nicht gegeben oder sollen Auslegungsunsicherheiten beseitigt werden, dann sind ja nach erbrechtlicher Situation verschiedene Maßnahmen zu prüfen<sup>19</sup>. Besteht kein Testament, sollte ein enterbendes Testament verfügt werden. Ein begünstigtes Testament sollte widerrufen werden, beim gemeinschaftlichen Testament ist der Widerruf durch notariell beurkundete Widerrufserklärung notwendig. Ist beim Ehegattenerbvertrag der Rücktritt vorbehalten, kann sich der Erblasser vom Erbvertrag durch Rücktritt befreien. Ist kein Rücktrittsvorbehalt enthalten, so kann jeder Ehegatten seine Verfügung in dem Ehegattenerbvertrag wegen Motivirrtum gem. § 2078 Abs. 2 durch notariell zu beurkundende und dem anderen Ehegatten zuzustellende Anfechtungserklärung anfechten<sup>20</sup>. Pflichtteilsansprüche lassen sich nur durch einen notariell beurkundeten Erb- oder Pflichtteilsverzichtsvertrag verhindern. Kommt es zu einer Scheidungsvereinbarung, empfiehlt es sich, daher auch die erbrechtliche Situation zu regeln und alle bisher getroffenen gemeinschaftlichen Testamente und Erbverträge aufzuheben und einen Erb- oder

<sup>13</sup> So zu Recht Reimann, FS Schippel, 311

<sup>14</sup> BGH NJW 1987, 3113; Tappeier, DNotZ 1987, 715

<sup>15</sup> BGHZ 81, 95; BGH NJW 1981, 2245; BGH NJW 1993, 3133; Nieder, ZEV 1994, 156, 157 f.; Tappeier, DNotZ 1987, 715

<sup>16</sup> BGHZ 111, 329, 331 = NJW 1990, 2382; BGH NJW 1995, 1082

<sup>17</sup> Herrschende Meinung wohl formlos; BayObLG NJW-RR 1996, 651; OLG Frankfurt OLGZ 1990, 215; OLG Stuttgart OLGZ 1993, 263; OLG Zweibrücken NJW 1995, 609; strenger vgl. OLG Zweibrücken OLGZ 1983, 160

<sup>18</sup> An der Verfassungsmäßigkeit dieses einseitigen Erbrechtsausschluß zweifelt Zopfs ZEV 1995, 309

<sup>19</sup> Vgl. Reimann, ZEV 1995, 329; ders. FS Schippel (1996), 301

<sup>20</sup> BayObLG FamRZ 1983, 1275; BayObLG NJW-RR 1990, 200; Nieder, ZEV 1994, 157;

Pflichtteilsverzichtsvertrag zu vereinbaren. In der Regel ist in diesem Rahmen der Erbverzicht dem Pflichtteilsverzicht vorzugswürdig<sup>21</sup>.

#### c) Die Problematik des Geschiedenen Testaments

Die Interessenlage bei geschiedenen Ehepartnern ist in der Regel dergestalt, daß unter allen Umständen verhindert werden soll, daß der geschiedene Ehepartner in welcher Form auch immer am Vermögen des anderen Ehegatten beteiligt wird. Sind gemeinsame Abkömmlinge vorhanden, besteht die Problematik, daß beim vorversterben der gemeinschaftlichen Kinder der geschiedene Ehepartner wiederum als gesetzlicher Erbe der Kinder am Nachlaß partizipiert bzw. Pflichtteilsansprüche geltend machen kann, die sich wertmäßig auch aus dem Nachlaß des verstorbenen Ehepartners zusammensetzen<sup>22</sup>. Gestaltungen, die dies verhindern sollen, werden unter den Begriff des Geschiedenen Testaments diskutiert.

#### d) Sicherung durch Anordnung der Nacherbfolge

Soll das weitere Schicksal von Vermögenswerten über den Tod des Erben hinaus gesteuert werden, wird in der Regel die Anordnung von Vor- und Nacherbfolge gewählt. Hierdurch wird verhindert, daß kraft Erbfolge das vom Erblasser stammende Vermögen über die Kinder als Erben an den geschiedenen Ehegatten fällt. Durch die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge wird ein Sondervermögen geschaffen, das vom eigenen Vermögen des (Vor-)Erben getrennt ist und - da es zur Testierbefugnis des Vorerben regelmäßig entzogen ist - nicht an dessen Erben fallen und als Sondervermögen auch nicht zur Berechnung von Pflichtteilsansprüchen der pflichtteilsberechtigten Angehörigen des Erben herangezogen werden kann. Außerdem können wegen der §§ 2112 ff. BGB auch bei einer Verfügung unter Lebenden Nachlaßgegenstände nur beschränkt auf den anderen Ehegatten übertragen werden.

Als Nacherben kann der Erblasser die zukünftigen Abkömmlinge seiner Kinder oder deren gesetzliche Erben einsetzen, wobei allerdings ausdrücklich der andere Elternteil ausgenommen werden muß, dessen Abkömmlinge, die nicht aus der Ehe mit dem Erblasser stammen und dessen Verwandte aufsteigender Linie (ausgeschlossener Personenkreis)<sup>23</sup>. Nachteil dieser Lösung ist, daß die eigenen Erben langfristig gebunden werden und insbesondere keine eigenen letztwilligen Verfügungen, z. B. zugunsten ihrer eigenen Ehepartner treffen können. Dies ist deshalb unerwünscht, da es nicht um den Schutz der Nacherben geht, sondern nur um die Steuerung des Nachlasses am Ehegatten vorbei. Die Interessenlage geht daher in der Regel dahin, den eigenen Erben möglichst viel Gestaltungsfreiheit zu lassen<sup>24</sup>. Hierfür werden verschiedene Lösungen vorgeschlagen:

- \* Der Erblasser bestimmt, daß diejenigen Personen Nacherben sein sollen, die der Vorerbe von Todes wegen zu seinen Erben bestimmt. Bei dieser Klausel ist allerdings umstritten, ob sie gegen § 2065 Abs. 2 verstößt, ob es also ausschließlich vom Willen des Vorerben abhängt, wer Erbe wird. Die h. M. läßt allerdings diese Anordnung zu und sieht keinen

<sup>21</sup> Reimann, ZEV 1995, 329

<sup>22</sup> Vgl. Dieterle, BWNotZ 1971, 14 ff.; Nieder, ZEV 1994, 156, 158; ders. Handbuch der Testamentsgestaltung, Rn. 1045; Langenfeld, Das Ehegattentestament, Rn. 341 ff.; Wagner, ZEV 1997, 369; Reimann, ZEV 1995, 329, 330

<sup>23</sup> Vgl. Nieder, ZEV 1994, 157, 158; Langenfeld, Das Ehegattentestament, Rn. 342; Dieterle, BWNotZ 1971, 170

<sup>24</sup> Vgl. Wagner, ZEV 1997, 370

Verstoß gegen § 2065 Abs. 2<sup>25</sup>. Bei dieser Gestaltung muß allerdings geregelt werden, daß für den Fall, daß der Vorerbe den geschiedenen Ehegatten des Erblassers oder Personen die zum ausgeschlossenen Personenkreis gehören, ganz oder teilweise als Erben einsetzt, hilfsweise eine bedingte Anordnung getroffen wird, etwa in der Weise, daß die Erbschaft bzw. „der freie Anteil“ den gesetzlichen Erben des Vorerben mit Ausnahme des anderen Elternteils und dessen Angehörigen oder den übrigen gewillkürten Erben des Vorerben zufallen soll.

- \* Unabhängig von dieser nicht unumstrittenen Regelung wird als zulässig erachtet, daß der Erblasser bestimmte Nacherben einsetzt, diese aber unter der auflösenden bzw. aufschiebenden Bedingung, daß der Vorerbe nicht anderweitig letztwillig verfügt. Diese Lösung wird von der h. M. ohne weiteres anerkannt<sup>26</sup>. Die bedingte Vorerbschaft führt zur Vollerbschaft, sofern der Vorerbe eine Verfügung über sein Vermögen trifft. In diesem Fall kann sich allerdings beim Tod des „Vorerben“ herausstellen, daß im Falle der Vollerbschaft der geschiedene Ehegatte über sein Pflichtteilsrecht nach seinem Kind an dem Vermögen des Erblassers partizipiert.
- \* Die Nacherbfolge kann auch nur bedingt angeordnet werden für den Fall, daß Nachlaßgegenstände des Erblassers nach dem Tod des Erben im Wege der Erbfolge oder aufgrund eines Vermächtnisses auf den geschiedenen Ehegatten, dessen Abkömmlinge, die nicht aus der Ehe mit dem Erblasser stammen, oder auf seine Verwandte aufsteigender Linie übergehen würden oder Grundlage für die Berechnung des Pflichtteils der ausgeschlossenen Person wären<sup>27</sup>. Diese aufschiebende Bedingung führt aber auch dazu, daß die Schutzvorschriften des §§ 2113 ff. BGB gelten<sup>28</sup>.

Es empfiehlt sich außerdem, die nach § 2108 Abs. 2 BGB grundsätzlich gegebene Vererblichkeit und die nach dem Erbfall mögliche Übertragungsfähigkeit<sup>29</sup> der Anwartschaft des Nacherben auszuschließen, damit nicht der geschiedene Ehegatte und dessen Lebenskreis über den Nacherben doch noch an dem Vermögen des Erblassers teilnehmen. Der Ausschluß kann auch teilweise, nämlich soweit der geschiedene Ehegatte und dessen Angehörige zum Zuge kommen, angeordnet werden. Ein derartiger Ausschluß ist nach der Rechtsprechung des BGH<sup>30</sup> sinnvoll. Der Umstand allein, daß der Nacherbe ein Abkömmling des Erblassers ist, genügt noch nicht, um annehmen zu können, der Erblasser habe die Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft nicht gewollt.

Die zeitliche Schranke des § 2109 BGB ist zu beachten.

Da sich die Nacherbenbestimmung nicht gegen den Vorerben, sondern gegen den geschiedenen Ehegatten des Erblassers richtet, wird dieser den Vorerben von allen Beschränkungen im Rahmen des gesetzlich Zulässigen freistellen. Soll eine weitere Freistellung zu Lebzeiten erreicht werden, wäre daran zu denken, anzuordnen, daß für den Fall, daß der Vorerbe über Gegenstände,

<sup>25</sup> So Staudinger/Otte, § 2065 BGB Rn. 16; Palandt/Edenhofer, § 2065 BGB Rn. 7; Nieder, ZEV 1994, 156, 158; Dieterle, a. a. O.; MünchKomm-Leipold, § 2065 BGB Rn 14, der allerdings verlangt, daß der Erblasser in seiner Verfügung die überhaupt in Betracht kommenden Personen selbst bezeichnet; ablehnend Soergel/Loritz, § 2065 BGB Rn. 14; vgl. auch Wagner, ZEV 1997, 369, 370

<sup>26</sup> RG JW 1910, 820; BGHZ 2, 35; BGHZ 59, 220; BayObLGZ 1982, 331; BayObLG FamRZ 1991, 1488; OLG Oldenburg FamRZ 1991, 862; Staudinger/Otte, § 2065 BGB Rn. 19; MünchKomm-Leipold, § 2065 BGB Rn. 9; Soergel/Loritz, § 2065 BGB Rn. 19

<sup>27</sup> Dieterle, BWNotZ 1971, 18; Nieder, ZEV 1994, 156, 158

<sup>28</sup> Nieder, a. a. O.

<sup>29</sup> RGZ 170, 168; Staudinger/Behrends/Avenarius, § 2108 BGB Rn. 7; Palandt/Edenhofer, § 2108 BGB Rn. 6

<sup>30</sup> NJW 1963, 1150

die der Vor- und Nacherbfolge unterliegen, zu Lebzeiten zugunsten anderer Personen als des geschiedenen Ehepartners bzw. des ausgeschlossenen Personenkreises verfügt, er diese als Vorausvermächtnis erhält, die nicht der Vor- und Nacherbfolge unterliegen. Es handelt sich dabei also um ein Vorausvermächtnis der Nachlaßgegenstände unter der Bedingung, daß hierüber zu Lebzeiten eine Verfügung getroffen worden ist. Bei dieser Gestaltung ist fraglich, ob sie nicht dem Grundgedanken der Vor- und Nacherbfolge widerspricht und ob sie nicht als Vollerbeneinsetzung gewertet wird, verbunden mit einem Vermächtnis hinsichtlich des Teils des Nachlasses, über den der zunächst Berufene bis zu seinem Tod nicht verfügt hat<sup>31</sup>.

#### e) Sicherung durch auflösend bedingte Erbeinsetzung

Der Erblasser kann den Erben auch nur auflösend bedingt zum Erben einsetzen und als Bedingung die Veräußerung (unter Lebenden) eines Nachlaßgegenstandes an den anderen Elternteil (bzw. dessen Angehörige) festsetzen. Eine solche Gestaltung ist für alle Beteiligten sehr einschneidend und wegen der Schwierigkeiten, die der gutgläubige Erwerb Dritter mit sich bringen kann, nicht zweckmäßig. Trotz des Grundsatzes der Testierfreiheit ist es zulässig, als (auflösende) Bedingung auch eine letztwillige Zuwendung des Erben an den geschiedenen Ehegatten festzusetzen<sup>32</sup>.

Allerdings kann eine derartige testamentarische Verwirkungsklausel als Anordnung der Nacherbfolge oder als aufschiebend bedingte Pflicht des Erben zur Herausgabe des Zugewendeten an einen Vermächtnisnehmer aufzufassen sein<sup>33</sup>. Sofern eine echte bedingte Erbeinsetzung gewollt ist, sollte dies in der Verfügung von Todes wegen klargestellt werden.

#### f) Sicherung durch Aussetzung von Vermächtnissen

Als zweite Lösung, die die Nachteile der Vor- und Nacherbfolge vermeidet, wird in der Literatur die Aussetzung von aufschiebend bedingten (Herausgabe-)Vermächtnissen vorgeschlagen<sup>34</sup>. Der Erblasser kann seine Erben mit einem beim Tod des Erben anfallenden Sachvermächtnis beschweren, wonach diejenigen Vermögensgegenstände, die ursprünglich zum Nachlaß gehört haben, sowie Surrogate (§ 2111) herauszugeben sind. Hierdurch wird sichergestellt, daß das Vermögen des Erblassers nicht an den geschiedenen Ehegatten, dessen Abkömmlinge, die nicht aus der Ehe mit dem Erblasser stammen, und die Verwandten aufsteigender Linie als Erben des Erben oder als Pflichtteilsberechtigte fällt.

Als Vermächtnisnehmer können diejenigen Personen eingesetzt werden, die als mögliche Nacherben genannt wurden.

Die Vermächtnisse werden aufschiebend bedingt angeordnet, wenn durch den Tod der beschwerten Erben Nachlaßgegenstände aus dem ihnen vom Erblasser zugewendeten Vermögen mittelbar an dessen geschiedenen Ehegatten, dessen Abkömmlinge aus anderen Verbindungen oder seine Verwandten aufsteigender Linie fallen oder sie zur Grundlage der Pflichtteilsberechnung des geschiedenen Ehegatten werden<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> OLG Bremen DNotZ 1956, 149

<sup>32</sup> Staudinger/Otte, § 2074 BGB Rn. 43

<sup>33</sup> BayObLG NJW 1962, 1060

<sup>34</sup> Dieterle, BWNNotZ 1971, 19; Nieder, ZEV 1994, 157, 159; Langenfeld, Das Ehegattentestament, Rn. 342

<sup>35</sup> Nieder, ZEV 1994, 159

Nach § 2151 BGB kann der Erblasser durch ein Vermächtnis mehrere Personen in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den Mehreren das Vermächtnis erhalten soll. Der Kreis der möglichen Vermächtnisnehmer muß allerdings soweit beschränkt sein, daß ein sicherer Anhalt für die Bestimmung des Bedachten gegeben ist<sup>36</sup>. Da es sich bei der vorgeschlagenen Gestaltung erst beim Tod des Erben herausstellt, ob das Vermächtnis anfällt, kann der Erbe die Bestimmung i. S. v. § 2153 BGB nicht vornehmen; dies ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung unter Lebenden und kann nicht durch Verfügung von Todes wegen realisiert werden. Das Bestimmungsrecht ist, da nicht übertragbar, auch nicht vererblich, es erlischt also mit dem Tod des Berechtigten<sup>37</sup>. Es kann also nur ein Dritter das Bestimmungsrecht erhalten. Der Dritte kann auch ein eventuell vom Erben eingesetzter Testamentsvollstrecker sein<sup>38</sup>. Kommt es nicht zur Bestimmung, sind die Bedachten Gesamtgläubiger (§ 2151 Abs. 3 S. 1 BGB).

Nach § 2153 BGB kann der Erblasser den mit dem Vermächtnis Beschwerten oder einen Dritten ermächtigen, unter Zugrundelegung der im Vermächtnis genannten ideellen Beteiligung die Vermächtnisgegenstände unter den Bedachten real aufzuteilen. Der Erbe selbst scheidet aus den gleichen Gründen als Bestimmungsberechtigter aus wie bei § 2151 BGB. Kommt es nicht zur Bestimmung, so haben die mehreren Bedachten abweichend von § 2151 Abs. 3 S. 1 BGB den Vermächtnisanspruch nicht als Gesamtgläubiger, sondern als Bruchteilsgläubiger zu gleichen Teilen.

Die in § 2151 BGB und dem § 2153 BGB gegebenen Möglichkeiten können kombiniert werden<sup>39</sup>. Der Erblasser kann also sowohl die Auswahl der endgültigen Vermächtnisnehmer aus einem von ihm bezeichneten Kreis wie die Verteilung der Gegenstände einem Dritten überlassen. Kommt es entgegen dem Willen des Erblassers nur zur Bestimmung, so kann nur § 2151 Abs. 3 S. 1 BGB anwendbar sein, da die Voraussetzung des § 2153 Abs. 2 S. 1 BGB (Bestimmtheit der Vermächtnisnehmer) noch nicht gegeben ist.

Die Anordnung vorstehender Vermächtnisse hindert den Erben nicht, die Nachlaßgegenstände durch Vertrag unter Lebenden an den anderen Elternteil zu übertragen. Das Vermächtnis kann insofern durch eine Strafklausel ergänzt werden, wonach der Nachlaß einzeln oder im ganzen im Fall der Veräußerung an den geschiedenen Ehegatten des Erblassers einem Dritten vermacht sein soll<sup>40</sup>. Ein gleichwohl vom Erben vorgenommene Einigung wäre wegen der nur schuldrechtlichen Wirkung des Vermächtnisses wirksam, da er als dinglich Berechtigter verfügt hätte. Er ist jedoch dem Vermächtnisnehmer wegen Verletzung des gesetzlichen Schuldverhältnisses zum Schadensersatz verpflichtet. Seinen Willen, daß nichts durch Rechtsgeschäft unter Lebenden aus dem Nachlaß an den geschiedenen Ehegatten gelangen solle, kann der Erblasser außerdem durch entsprechende Auflagen und Anordnung der Testamentsvollstreckung sicherstellen.

#### g) Kombination von Nacherbfolge und bedingten Vermächtnissen

<sup>36</sup> RGZ 96, 15; Staudinger/Otte, § 2151 BGB Rn. 3; MünchKomm-Schlichting, § 2151 BGB Rn. 7; Palandt/Edenhofer, § 2151 BGB Rn. 1

<sup>37</sup> Staudinger/Otte, § 2151 BGB Rn. 9; MünchKomm-Schlichting, § 2151 BGB Rn. 13; Erman/M. Schmidt, § 2151 BGB Rn. 3; Palandt/Edenhofer, § 2151 BGB Rn. 1

<sup>38</sup> Dieterle, BWNotZ 1971, 19

<sup>39</sup> RGZ 30, 287; 96, 17; Staudinger/Otte, § 2153 BGB Rn. 1; MünchKomm-Schlichting, § 2153 BGB Rn. 2; Palandt/Edenhofer, § 2153 BGB Rn. 1; Soergel/M. Wolf, § 2153 BGB Rn. 1, 5

<sup>40</sup> Staudinger/Otte, § 2074 BGB Rn. 44, 53

*Nieder*<sup>41</sup> schlägt darüber hinaus eine Kombination beider Lösung vor, und zwar dergestalt, daß die Nacherbfolgelösung nur für die Situation und Zeiträume gewählt wird, in denen die Gefährdung besonders groß ist, also die Lebenszeit des geschiedenen Ehegatten. Für diese Zeit sollte daher die Nacherbfolge gewählt werden. Für den Zeitpunkt danach, würde sich die Vermächtnislösung anbieten.

#### h) Sonstige Bestimmungen

Der Erblasser, der minderjährige Kinder, die zugleich vom geschiedenen Ehegatten abstammen, zu Erben einsetzt oder mit Vermächtnissen bedenkt, kann dem geschiedenen Partner zusätzlich das Verwaltungsrecht gem. § 1638 BGB entziehen; das Vormundschaftsgericht hat dann eine Ergänzungspflegschaft gem. § 1909 BGB anzuordnen, wobei der Erblasser die Person des Pflegers durch letztwillige Verfügung benennen kann.<sup>42</sup> Das Verwaltungsrecht des anderen Elternteils ist ebenfalls ausgeschlossen, soweit ein Testamentsvollstrecker als Verwaltungsvollstrecker zuständig ist. Der ehemalige Ehegatte kann jedoch hier als gesetzlicher Vertreter seines Kindes dessen Erbrechte geltend machen. Auch eine Kombination Entzug des Verwaltungsrechts und Testamentsvollstreckung ist zulässig<sup>43</sup>

Fraglich ist, ob der Ausschluß des Verwaltungsrechts dem geschiedenen Ehegatten bei minderjährigen Kindern auch das Recht nimmt, für das als Erbe vorgesehene Kind die Erbschaft (mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts) auszuschlagen. Nach der einen Ansicht soll dies der Fall sein<sup>44</sup>; begründet wird diese Ansicht mit der Erwägung, wenn die Eltern schon von der Verwaltung ausgeschlossen werden könnten, müsse dies erst Recht für die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Zuwendung gelten. Die h. M.<sup>45</sup> geht dahin, daß die Eltern von der Vertretung bei der Annahme oder der Ausschlagung der Zuwendung nicht ausgeschlossen werden können; die Eltern seien hier als (persönliche) Vertreter des minderjährigen Bedachten, nicht als Vermögensverwalter tätig. Diese Ansicht verdient den Vorzug. Die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses ist bei aller wirtschaftlicher Bedeutung Ausschluß eines persönlichen Rechtes des Erben. Ist der Erbe minderjährig, ist er hinreichend dadurch geschützt, daß die Ausschlagung vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden muß.

### **4. Testamentsgestaltung bei Überschuldung des Erben<sup>46</sup>**

#### a) Allgemeines

In der Praxis werden verschiedene Lösungen der Gestaltung bei überschuldeten potentiellen Erben diskutiert. Zum einen wird auf § 2338 BGB hingewiesen, nach dem bei überschuldeten Abkömmlingen als Ausnahme von § 2306 Abs. 1 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen die gesetzlichen Erben des Abkömmlings als Nacherben oder als

<sup>41</sup> ZEV 1994, 156, 159

<sup>42</sup> Dieterle, BWNNotZ 1971, 16; Nieder, ZEV 1994, 156, 159; Damrau, ZEV 1998, 90

<sup>43</sup> Damrau, ZEV 1998, 90, 91

<sup>44</sup> RGRK-Schäffler, § 1638 Rn. 7

<sup>45</sup> KG OLG 32, 13; OLG Karlsruhe OLGZ 65, 260; Palandt/Diederichsen, § 2638 BGB Rn. 4

<sup>46</sup> Schrifttum: Engelmann, Möglichkeiten des Erblassers, einem Hinterbliebenen Vermögenswerte letztwillig zuzuwenden, ohne damit den Eigengläubigern des Hinterbliebenen Zugriffsmöglichkeiten zu eröffnen, DissJur Köln 1997; Flick, Gemeinschaftliches Testament bei überschuldeten Ehegatten, BWNNotZ 1979, 53; Keim, Die unergiebige Pfändung des Pflichtteilsanspruchs - Konsequenzen für die Testamentsgestaltung, ZEV 1998, 127; Schlieper, Vor- und Nacherbschaft oder Nießbrauchsvermächtnis - Zur zweckmäßigen Gestaltung der Verfügung von Todes wegen, MittRhNotK 1995, 249

Nachvermächtnisnehmer eingesetzt und ggf. nach § 2338 Abs. 1 S. 2 BGB Testamentsvollstreckung angeordnet werden können. Nach ganz h. M. gilt diese Vorschrift nicht gegenüber den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers<sup>47</sup>. Bei überschuldeten Ehegatten wird allerdings ebenfalls eine Kombination von § 2115 BGB (Anordnung der Nacherbfolge) mit § 2214 BGB (Anordnung der Testamentsvollstreckung) empfohlen<sup>48</sup>. Außerdem wird teilweise noch die Zuwendung eines Nießbrauchsvermögens an den Überschuldeten diskutiert, wobei die Gestaltung allerdings seit einer Entscheidung des BGH unsicher geworden ist.

## b). Kombination von Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung

Ähnlich wie bei dem sog. Behindertentestament<sup>49</sup> wird als wohl wichtigste und in der Praxis wohl zuverlässigste Möglichkeit die Kombination des Vollstreckungsschutzes zugunsten des Nacherben nach § 2115 BGB und das Zugriffsverbot auf die der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlaßgegenstände nach § 2214 BGB empfohlen.

### aa) Schutzwirkung der Testamentsvollstreckung

Nach § 2214 BGB können sich Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlaßgläubigern gehören, nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände halten. Zwar sind entsprechende Vollstreckungsmaßnahmen nicht von vornherein nichtig, so daß der Testamentsvollstrecker, der dies nicht dulden will, mit dem Rechtsbehelf der Erinnerung aktiv gegen sie einschreiten muß. Der Schutz geht aber weiter als der des § 2115 BGB, da er nicht bloß die Veräußerung und die Überweisung, also die Verwertung von Nachlaßgegenständen verbietet, sondern jede Vollstreckungsmaßnahme schlechthin, auch eine solche, die erst ab dem Ende der Verwaltung wirksam werden soll. Eine dem § 2214 BGB zuwiderlaufende Vollstreckung ist in allen Fällen unzulässig<sup>50</sup>. Auch im Privatkonkurs des Erben besteht keine Möglichkeit der Konkursgläubiger auf den Nachlaß zuzugreifen, weil § 13 KO in diesem Fall nicht eingreift<sup>51</sup>. Das Pfändungsverbot reicht allerdings nicht in jeder Hinsicht. Der Anspruch des Erben gegen den Testamentsvollstrecker nach § 2217 Abs. 1 BGB auf Überlassung von Nachlaßgegenständen, deren er zur Erfüllung seiner Testamentsvollstreckerobliegenheit offenbar nicht bedarf, ist pfändbar<sup>52</sup>.

Nach der h. M. ist auch der Anspruch der Erben auf Herausgabe von Nachlaßerträgen pfändbar<sup>53</sup>. Das Reichsgericht hatte allerdings entschieden, daß eine Regelung zulässig und wirksam ist, nach der der jährliche Reinertrag eines Erbteils bei Testamentsvollstreckung für unabtretbar und unpfändbar erklärt wird. Für den Fall, daß gleichwohl abgetreten oder gepfändet würde, sollten in dem betreffenden Fall die Beträge an die Testamentsvollstrecker fallen mit der Auflage, dieselben zur

<sup>47</sup> Vgl. MünchKomm-Frank, § 2338 BGB Rn. 2; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB Rn. 16

<sup>48</sup> Vgl. Nieder, S. 797; Flick, BWNöZ 1979, 53; Nieder, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, 2. Halbband, S. 730

<sup>49</sup> Vgl. Nieder, a. a. O., Rn. 1048

<sup>50</sup> Vgl. bereits RG LZ 1916, 1473; Staudinger/Reimann, § 2214 Rn. 4; MünchKomm-Brandner, § 2214 BGB Rn. 3; Muscheler, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 95 f.

<sup>51</sup> Vgl. MünchKomm-Brandner, a. a. O.; Muscheler, a. a. O.; Staudinger/Reimann, a. a. O.

<sup>52</sup> Vgl. MünchKomm-Brandner, a. a. O., § 2214 BGB Rn. 4; Staudinger/Reimann, a. a. O., Rn. 7; Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, S. 40; zum Inhalt des Freigabeanspruchs vgl.

Muscheler, Die Freigabe von Nachlaßgegenständen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 1996, 401 ff.

<sup>53</sup> MünchKomm-Brandner, a. a. O., Staudinger/Reimann, a. a. O.; Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, a. a. O.

Naturalverpflegung des Sohnes und seiner Familie zu verwenden<sup>54</sup>. Diese Entscheidung wird allerdings in der Literatur weitgehend abgelehnt<sup>55</sup>.

Unabhängig von dieser Streitfrage besteht allerdings Einigkeit, daß sich bei Anordnung der Testamentsvollstreckung die Verwendung von Nachlaßerträgen grundsätzlich nach den Anordnungen des Erblassers richtet<sup>56</sup>. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, daß der Erbe Herausgabe der Nutzungen vom Testamentsvollstrecker nur dann verlangen kann, wenn das den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht<sup>57</sup>.

Allerdings wird die Frage, inwieweit bei einem sog. Behindertentestament im Hinblick auf die Nachlaßerträge einschränkende Verwaltungsanordnungen mit einem weitreichenden Thesaurierungsgebot zulässig sind, diskutiert. Zum Teil wird im Zusammenhang mit dem Behindertentestament die Auffassung vertreten, daß dem Erben auch entgegen einer anderslautenden Anordnung des Erblassers die Früchte des Nachlasses zustehen, da die Einbehaltung oder die Auskehrung an Dritte keine ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses sei<sup>58</sup>. Auch *Krampe*<sup>59</sup> weist darauf hin, daß nach der bisherigen Rechtsprechung bei der Anordnung von Verwaltungsbestimmungen dem Erblasser zwar eine weitgehende Gestaltungsfreiheit zukomme. Dies gelte grundsätzlich auch, wenn Gläubigerinteressen dadurch benachteiligt würden. Auch *Nieder*<sup>60</sup> hat unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts<sup>61</sup> die Auffassung vertreten, daß der Testamentsvollstrecker auf jeden Fall dem Vorerben aus den erzielten Erträgen soviel herauszugeben habe, wie dieser für seinen angemessenen Unterhalt und die Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten benötigt. Auch der BGH hatte, ohne die Frage im einzelnen zu entscheiden, zumindest darauf hingewiesen, daß bei der Frage der Auskehrung der Nutzungen der Testamentsvollstrecker bei Vor- und Nacherbschaft sowohl die Interessen des Nacherben an Substanzerhaltung, als auch die Interessen des Vorerben nach den ihm gebührenden Nutzungen berücksichtigt werden müßten<sup>62</sup>. In der Tendenz kann man wohl dennoch feststellen, daß maßgeblich der Erblasserwille für die Frage der Nutzungsverteilung bleibt. Insofern wird man auch *Staudinger/Reimann*<sup>63</sup> zustimmen müssen, daß jedenfalls eine Bestimmung des Erblassers, daß dem Erben die Reinerträge nur in Form einer Naturalverpflegung zuzuwenden seien, zulässig sei und auch gegenüber den Gläubigern wirkt. Auch das OLG Bremen<sup>64</sup> war der Auffassung, daß der Erblasser die Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers so regeln kann, daß der Bedachte von den Erträgen des Nachlasses weitgehend ausgeschlossen wird, soweit dies im wohlverstandenen Interesse des Erben liegt.

---

<sup>54</sup> RGLZ 1919, 877

<sup>55</sup> Soergel/Dieckmann, § 2338 Rn. 12; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2338 BGB Rn. 48; MünchKomm-Frank, § 2338 BGB Rn. 15; Palandt/Edenhofer, § 2338 BGB Rn. 4; zustimmend allerdings Muscheler, S. 99 f.; wohl auch Erman/Schlüter, § 2338 BGB Rn. 4

<sup>56</sup> MünchKomm-Brandner, § 2216 BGB Rn. 15; BayObLG ZEV 1995, 366; Bengel/Reimann/Schaub, Handbuch der Testamentsvollstreckung, S. 134; MünchKomm-Brandner, § 2209 BGB Rn. 12

<sup>57</sup> BGH FamRZ 1986, 900; BGH FamRZ 1988, 279

<sup>58</sup> So Otte, JZ 1990, 1027, 1028

<sup>59</sup> AcP 1991, 526

<sup>60</sup> NJW 1994, 1264, 1266

<sup>61</sup> RGLZ 1918, 1267

<sup>62</sup> BGH FamRZ 1988

<sup>63</sup> § 2209 Rn. 20 BGB; zustimmend Nieder, Münchener Vertragshandbuch, a. a. O., S. 734

<sup>64</sup> FamRZ 1984, 213

Abschließend ist darauf hinzuweisen, daß damit beim Alleinerben ein weitgehender Schutz vor den Gläubigern erreicht werden kann. Bei Miterben gilt allerdings, daß der Eigengläubiger eines Miterben dessen Erbteil zusammen mit dem Anspruch auf Auseinandersetzung pfänden kann<sup>65</sup>. Die Erbteilspfändung kann auch ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers im Grundbuch eines zum Nachlaß gehörenden Grundstücks als Verfügungsbeschränkung eingetragen werden<sup>66</sup>. Hat aber der Erblasser die Auseinandersetzung für bestimmte Zeit ausgeschlossen, so kann auch der Eigengläubiger eines Miterben auch nach Pfändung des Erbteils vom Testamentsvollstrecker nicht die vorzeitige Auseinandersetzung verlangen<sup>67</sup>.

Für die Dauer der Testamentsvollstreckung ist also durch diese Regelungen weitgehend der Zugriff der Gläubiger des Erblassers auf den Nachlaß versperrt. Der Erblasser kann nach § 2210 BGB die Testamentsvollstreckung für 30 Jahre anordnen. Er kann aber auch anordnen, daß die Verwaltung bis zum Tod des Erben fort dauern soll (§ 2210 BGB 2. Hs.).

In diesem Fall der Anordnung der Testamentsvollstreckung besteht also Schutz gegen Gläubiger des Erben bis zu seinem Tode. Der Schutz endet aber dann, wenn die Gläubiger sich bei dieser Lösung nach dem Tod des Erben aus dem Nachlaß befriedigen können, die Eigenschulden des Erben sind dabei Bestandteil seines Nachlasses und das Zugriffsverbot endet mit der Testamentsvollstreckung<sup>68</sup>. Deshalb wird in der Praxis in diesen Fällen immer eine Kombination der Testamentsvollstreckung mit der Vor- und Nacherbschaft empfohlen.

#### bb) Anordnung einer Nacherbschaft

Ein wichtiges Instrument der Vermögenslenkung durch erbrechtliche Verfügung ist die Einsetzung eines Vor- und eines Nacherben. Der Nacherbe ist nicht Erbe des Vorerben, sondern des Erblassers. Der Vorerbe ist deshalb zur Sicherung des Erbrechts des Nacherben in seiner Verfügungsmacht beschränkt. Dies hat auch erhebliche Konsequenzen für die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger.

Bei der Vor- und Nacherbschaft wird der Vollstreckungsschutz durch § 2115 BGB ergänzt durch die Vorschriften der § 773 ZPO und § 128 KO bzw. § 83 Abs. 2 Insolvenzordnung. Nach § 2115 BGB ist eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch Konkursverwalter erfolgt, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Wirkung dieser Regelung liegt darin, daß die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung begründeten Pfandrechte für die Dauer der Vorerbschaft wirksam sind; dies gilt auch für die Beschlagnahmewirkung der Konkursöffnung gem. §§ 1, 6 KO<sup>69</sup>. Die

<sup>65</sup> Vgl. Staudinger/Reimann, § 2215 BGB Rn. 8; Soergel/Damrau, § 2214 BGB Rn. 2; MünchKomm-Brandner, § 2214 BGB Rn. 4; vgl. auch BGH NJW 1984, 2464

<sup>66</sup> MünchKomm-Brandner, a. a. O.; Soergel/Damrau, a. a. O.; Staudinger/Reimann, a. a. O.

<sup>67</sup> Vgl. Soergel/Damrau, § 2214 BGB Rn. 2; § 2204 BGB Rn. 15; Staudinger/Reimann, § 2215 Rn. 9; MünchKomm-Brandner, § 2214 BGB Rn. 4; a. A. Enztaler, Rpfleger 1988, 94

<sup>68</sup> So zu Recht Engelmann, Möglichkeiten des Erblassers, einem Hinterbliebenen Vermögenswerte letztwillig zuzuwenden, ohne damit den Eigengläubigern des Hinterbliebenen Zugriffsmöglichkeiten zu eröffnen, Diss. Jur Köln 1998, S. 147, bisher noch unveröffentlicht

<sup>69</sup> Vgl. Staudinger/Behrends/Avenarius, 13. Bearbeitung 1996, § 2115 BGB Rn. 2; MünchKomm-Grunsky, 3. Aufl., § 2215 BGB Rn. 10; Palandt/Edenhofer, § 2115 BGB Rn. 4

Rechtswirkungen sind wie im Fall des § 2113 BGB durch den Eintritt des Nacherbfalles auflösend bedingt und bleiben daher als vollwirksam bestehen, wenn der Nacherbfall ausfällt. Nach § 773 ZPO soll lediglich keine Veräußerung oder Beweissicherung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen. Die Vorschrift verbietet damit die Zwangsvollstreckung von Eigengläubigern des Vorerben in den Nachlaß nicht allgemein, sondern in bezug auf Nachlaßgegenstände nur die Veräußerung. Im übrigen steht der Nachlaß, der bis zum Eintritt des Nacherbfalles allein dem Vorerben zusteht, den Zugriff seiner Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung offen. Zulässig sind danach bloß sichernde Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, deren Beseitigung der Nacherbe bei Eintritt der Nacherbfolge verlangen kann<sup>70</sup>. Auch im Konkurs des Vorerben gehört die Vorerbschaft zwar zur Konkursmasse. Das Verfügungsrecht des Konkursverwalters ist jedoch gem. § 2115 BGB eingeschränkt.

Wird über einen Erbschaftsgegenstand, der der Nacherbfolge unterliegt, im Wege der Zwangsvollstreckung oder sonst im Sinne von § 2115 S. 1 BGB verfügt, dann wird diese Verfügung bei Eintritt der Nacherbfolge im Grundsatz ganz oder teilweise unwirksam, sofern und soweit das Recht des oder der Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dementsprechend ordnet § 773 S. 1 ZPO an, daß ein solcher Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung nicht veräußert oder überwiesen werden soll, wenn diese Verfügung im Nacherbfall unwirksam würde. Der Nacherbe kann seine Rechte nach Maßgabe des § 771 ZPO mit der Widerspruchsklage wahren<sup>71</sup>. § 773 ZPO begründet daher ein bereits vor dem Nacherbfall vorgezogenes Verwertungsverbot<sup>72</sup>.

Anders als bei der Testamentsvollstreckung ist also der Schutz durch die Vor- und Nacherbschaft nur begrenzt, sichert aber vor allem für den Zeitpunkt nach dem Tod des Erben. Vollstreckungsmaßnahmen von Privatgläubigern des Vorerben an Erbschaftsnutzungen sind ebenfalls uneingeschränkt wirksam; insofern gilt § 2115 BGB nicht. Insbesondere kann bei einem Nachlaßgrundstück Zwangsverwaltung angeordnet werden<sup>73</sup>.

Sind mehrere Erben eingesetzt und ist einer dieser überschuldet, so wirkt § 2115 BGB im Hinblick auf den Erbteil nicht. Das gegen die Gläubiger des Vorerben gerichtete Verwertungsverbot des § 2115 BGB erfaßt nur die einzelnen zur Erbschaft gehörenden Sachen und Rechte, nicht aber den Miterbenanteil, über den der Miterbe aber auch verfügen könnte<sup>74</sup>. Dementsprechend können die Gläubiger auch den Erbanteil eines Miterben nach § 859 Abs. 2 ZPO bis zur Auseinandersetzung pfänden<sup>75</sup>. Auch eine Verwertung (§§ 844, 857 ZPO) ist zulässig, allerdings nur mit der Maßgabe, daß das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigt wird<sup>76</sup>. Die angeordnete Pfändung des Vorerbteils erlischt allerdings mit Eintritt des Nacherbfalles, da der Nacherbe nicht Schuldner des Pfändungsgläubigers wird (§§ 2100, 2139, 2144 Abs. 1 BGB).

<sup>70</sup> Vgl. Soergel/Harder, § 2115 BGB Rn. 10; Staudinger/Behrends/Avenarius, § 2115 BGB Rn. 2

<sup>71</sup> Vgl. auch BGHZ 110, 178 = NJW 1990, 1238

<sup>72</sup> Staudinger/Behrends/Avenarius, § 2115 BGB Rn. 16

<sup>73</sup> MünchKomm-Grunsky, § 2115 BGB Rn. 3; Soergel/Harder, § 2115 BGB Rn. 10; Palandt/Edenhofer, § 2115 BGB Rn. 4; Erman/Schmidt, § 2115 BGB Rn. 3

<sup>74</sup> Vgl. MünchKomm-Grunsky, § 2112 BGB Rn. 2; § 2100 BGB Rn. 18; Staudinger/Behrends, § 2112 BGB Rn. 10

<sup>75</sup> Vgl. zur ähnlichen Problematik beim Behindertentestament van de Loo, NJW 1990, 2852, 2853; Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1705; Staudinger/Behrends, § 2100 Rn. 48

<sup>76</sup> Stöber, a. a. O., Rn. 1705; van de Loo, a. a. O.

### c). Pflichtteilsrechtliche Grenzen

Sowohl bei der Anordnung der Nacherbfolge als auch der Anordnung der Testamentsvollstreckung nach § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB ist zu beachten, daß diese Beschränkungen nur wirksam sind, wenn der dem Erben hinterlassene Erbteil größer ist als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils. Die gesamte Testamentsgestaltung ist also in Gefahr, wenn der dem Pflichtteilsberechtigten zugewendete Erbteil gleich oder kleiner als sein Pflichtteil ist<sup>77</sup>. Lediglich im Anwendungsbereich des § 2338 BGB kann eine Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht bei überschuldeten Abkömmlingen angeordnet werden.

Übersteigt der dem Hinterbliebenen zugewendete Erbteil den Pflichtteil, so hat der Erbe nach § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB ein Wahlrecht: Er kann entweder den höheren Erbteil samt Beschränkungen und Beschwerungen annehmen oder die Erbschaft ausschlagen und den vollen Pflichtteil verlangen. Auch in diesem Fall kann die Testamentskonstruktion durch den Pflichtteilsberechtigten gefährdet werden, dieser geht allerdings das Risiko ein, daß dann sein Pflichtteil durch seine Gläubiger gepfändet wird.

### d). Nießbrauchsvermächtnis

In der Praxis wurde bei überschuldeten Erben die Gestaltung der Zuwendung eines Nießbrauchsvermächtnisses an den Überschuldeten mit gleichzeitigem Ausschluß der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs<sup>78</sup> diskutiert. Seit der BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1974<sup>79</sup> ist diese Lösung allerdings problematisch, da der BGH dort entschieden hat, daß Gegenstand der Pfändung der Nießbrauch selbst und nicht der obligatorische Anspruch auf seine Ausübung ist.

### e). Enterbung

Denkbar ist auch die Lösung, den überschuldeten Ehemann nicht zum Erben einzusetzen, sondern andere Personen als Erben einzusetzen und den Überschuldeten nur mit bestimmten Vermögensgegenständen vermächtnisweise zu bedenken, die nicht pfändbar sind (z. B. dingliches Wohnungsrecht nach § 1093 BGB, sofern die Überlassung seiner Ausübungsbefugnis nicht ausdrücklich gestattet ist).

---

<sup>77</sup> Vgl. auch BGHZ 120, 96 = NJW 1993, 1005 = DNotZ 1993, 810

<sup>78</sup> Vgl. Nieder, in Münchener Vertragshandbuch, a. a. O.

<sup>79</sup> BGHZ 62, 133 = DNotz 1974, 433

## 5. Vertragsmuster

Heute, den

erschien vor mir,

,

Notar in ,

in meinen Amtsräumen in :

Frau , geb. ,

wohnhaft:

Familienstand nach Angabe ,

mir, Notar, persönlich bekannt.

Die Erschienene erklärte, ein Testament errichten zu wollen.

Nach meiner, aus der Verhandlung gewonnenen Überzeugung ist sie voll geschäftsfähig.

Einen Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament, an das sie bei ihren letztwilligen Verfügungen gebunden wäre, hat sie nach Angabe bisher noch nicht errichtet. Es war weder gesetzlich geboten, noch von der Beteiligten gewünscht worden, Zeugen oder einen zweiten Notar hinzuzuziehen.

Die Erschienene erklärte sodann mir, dem Notar, ihren letzten Willen mündlich zur Beurkundung, wie folgt:

### I.

Ich wurde am in als Tochter von , letztere geb. am , geboren.

Ich war in erster und einziger Ehe verheiratet mit

Diese Ehe wurde mit rechtskräftigen Urteil vom geschieden.

Aus dieser Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen:

A, geboren am und

B, geboren am

Weitere Abkömmlinge habe und hatte ich nicht, weder eheliche, nichteheliche noch adoptierte.

Etwaige frühere Verfügungen von Todes wegen werden hiermit ihrem gesamten Inhalt nach widerrufen.

Sämtliche Verfügungen in diesem Testament gelten ohne Rücksicht auf gegenwärtige oder zukünftige Pflichtteilsberechtigte.

## II.

Ich setze zu meinen alleinigen und ausschließlichen Erben meine Kinder, A und B, je zur Hälfte ein, ersatzweise deren Abkömmlinge nach Stämmen, weiter ersatzweise die genannten Erben gegenseitig.

Die eingesetzten Erben sollen jedoch nur Vorerben sein. Von den gesetzlichen Beschränkungen eines Vorerben sind sie befreit, soweit das Gesetz eine Befreiung zuläßt.

Als Nacherben bestimme ich meine Eltern, X und Y je zur Hälfte. Abweichend von anders lautenden gesetzlichen Auslegungs-, Vermutungs- und Ergänzungsregelungen und anderer gesetzlicher Bestimmungen wird zum Ersatznacherben bestimmt: der Überlebende meiner Eltern allein, weiter ersatzweise der Bruder meiner Mutter, wohnhaft in:

Die Nacherbenanwartschaft ist nicht vererblich und nur auf den Vorerben übertragbar. Durch eine Verfügung über die Nacherbenanwartschaft zugunsten des Vorerben sind zugleich die angeordneten Ersatznacherbfolgen auflösend bedingt.

Die Nacherbfolge ist hinsichtlich jedes eingesetzten Vorerben je hinsichtlich seines Anteils auflösend bedingt. Sie erlischt jeweils entweder mit Eheschließung des jeweiligen Vorerben oder wenn dem Vorerben ein Kind geboren wird, mit dem Tage der Geburt.

Mit Eintritt eines der vorgenannten Ereignisses wird der Vorerbe Vollerbe.

## III.

Mir steht für meine Kinder, A und B, das alleinige Sorgerecht für die Person und das Vermögen zu.

Für den Fall, daß ich vor Volljährigkeit meiner vorgenannten Kinder versterbe, benenne ich hiermit durch letztwillige Verfügung gem. § 1777 Abs. 3, § 1776 BGB

geboren am ,

wohnhaft:

und als Mitvormund gem. § 1797 BGB

geboren am ,

wohnhaft:

Für die Entscheidung von Meinungsverschiedenheit zwischen den Vormündern und für die Verteilung von Geschäften setze ich keine Vorgaben fest.

Als besonderen Grund, welcher die Bestellung von Mitvormündern und damit das Abweichen vom gesetzlichen Leitbild der Einzelvormundschaft (§ 1775 BGB) rechtfertigt, gebe ich an: das Erfordernis gegenseitiger Kontrolle im Interesse der Mündel.

Sollte eine der vorgenannten Personen dieses Amt nicht ausüben können oder wollen, benenne ich ersatzweise die jeweils andere Person allein.

Die Bestellung eines Gegenvormundes schließe ich aus und befreie den Vormund von allen Beschränkungen, soweit es zulässig ist.

Ich befreie ihn insbesondere von der Verpflichtung, Inhaber- und Orderpapiere zu hinterlegen oder bei Buchforderungen gegen den Bund oder ein Land einen beschränkenden Vermerk in das Bundes- und Landesschuldenbuch eintragen zu lassen.

Auch von der Verpflichtung, während der Dauer des Amtes Rechnung zu legen, soll er befreit sein.

#### IV.

Ich wurde vom Notar auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht hingewiesen, ebenso darauf, daß Drittbegünstigungen auf den Todesfall (z. B. bei Sparkonten und Lebensversicherungen) durch diese Urkunde unberührt bleiben. Soweit Beteiligungen an Gesellschaften zum Nachlaß gehören, können die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages dem gewünschten Erfolg entgegenstehen.

Mir ist bekannt, daß ich das Testament jederzeit auch durch privatschriftliche Verfügung von Todes wegen widerrufen kann.

#### V.

Ich trage die Kosten dieses Testaments und bitte um Erteilung einer beglaubigten Abschrift.

Der Notar ist berechtigt, eine beglaubigte Abschrift für seine Urkundensammlung zu fertigen.

Das Testament wird beim Amtsgericht verwahrt.

**Dr. Peter Limmer**  
**Notar**

Marktplatz 21  
97070 Würzburg  
Telefon 09 31 / 355 760  
Telefax 09 31 / 355 762 25  
email: [limmer@notare-marktplatz.de](mailto:limmer@notare-marktplatz.de)  
internet: <http://www.dnoti.de> bzw. [www.notarinstitut.de](http://www.notarinstitut.de)

## **Vorlesung: Vertragsgestaltung im Zivilrecht (Erb- und Familienrecht)**

### **VII. Ausgewählte Fragen der materiellen Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen: Nachfolge in Unternehmen**

#### **I. Einführung**

Die Planung und Regelung der Unternehmensnachfolge gehört zu den schwierigsten und bedeutendsten Entscheidungen, die ein Unternehmer zu treffen hat. Nicht selten führt die fehlende und unzureichende Nachfolgeregelung zu einer wirtschaftlichen Belastung des Unternehmens, schlimmstenfalls kann die Zerschlagung des Unternehmens die Folge sein.

Auch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat sich seit einigen Jahren dieses Themas angenommen. Bereits mit Mitteilung vom 07.12.1994 zur Übertragung von kleineren und mittleren Unternehmen<sup>1</sup> hat die Kommission darauf hingewiesen, daß tausende wirtschaftlicher gesunder Unternehmen, vor allem kleine und mittlere Unternehmen, jedes

Jahr schließen müssen, weil sie die mit ihrer Übertragung verbundenen Schwierigkeiten nicht meistern konnten. Bereits 10% der Konkursmeldungen in der Gemeinschaft gehen auf eine schlecht vorbereitete Nachfolge zurück und jährlich mindestens 30.000 Unternehmen und 300.000 Arbeitsplätze sind hierdurch gefährdet. Durch eine Reihe von Tagungen und „Work-Shops“ versuchte die Kommission der EG die dringlichsten Probleme in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu analysieren. Sie hatte in ihrer Empfehlung die Mitgliedstaaten zu die Nachfolgeplanung erleichternden oder begünstigenden gesellschafts- und steuerrechtlichen Gesetzgebungsmaßnahmen aufgefordert.

Seit je her gehört die Beratung insbesondere kleinerer und mittlerer Unternehmen zu einer wichtigen Aufgaben notarieller Tätigkeit. Der nachfolgende Beitrag soll die verschiedenen Regelungsebenen und Gestaltungselemente untersuchen und auch die Rolle des Notars bei der Nachfolgeplanung ausleuchten. Angesichts der Komplexibilität und der Vielzahl möglicher Regelungsmechanismen könnten hier nur einige typische Gestaltungsüberlegungen, wie sie in der Praxis häufig eingesetzt werden, genannt werden. Ein vollständiger Überblick über sämtliche Rechtsfragen kann im Rahmen dieses Beitrages selbstverständlich nicht geleistet werden.

## **II. Ziele der Nachfolgeplanung**

Die EG-Kommission hat zutreffend die Problematik umschrieben<sup>2</sup>: „Die Übertragung, ob sie zu Lebzeiten durch Verkauf oder Schenkung oder mit dem Tod oder durch Vererbung erfolgt, verlangt beträchtliche finanzielle Mittel. Der Unternehmer benötigt sie, um den Kauf zu tätigen, die Erbschafts- oder Schenkungssteuer zu entrichten, die nicht an dem Unternehmen interessierten Erben auszuzahlen usw.“ Hieraus resultiert die Empfehlung der Kommission: „Es wäre wünschenswert, daß die Mitgliedsstaaten dem Unternehmen ein finanzielles Umfeld bieten, das die Erfolgchancen der Übertragung verbessert.“

Keine andere Aufgabe hat eine Gestaltungsberatung durch den Notar. Im wesentlichen gilt es, zwei Grundziele bei der Unternehmensplanung zu verwirklichen. Zum einen muß gesichert werden, daß das Unternehmen als gesunde Vermögensmasse des Unternehmers erhalten bleibt und von einem qualifizierten Nachfolger fortgeführt wird. Eine Zersplitterung des

---

<sup>1</sup> Amtsblatt EG Nr. 10400/1 v. 31.12.1994

<sup>2</sup> Vgl. Empfehlung der Kommission v. 7.12.1994 aaO S. 3

Unternehmens muß verhindert werden. Zum zweiten spielt die finanzielle Belastung eine erhebliche Rolle. Die Liquidität kann zum einen durch erbschaftssteuerliche Belastungen und zum anderen durch Ausgleichsansprüche der weichenden Erben beeinträchtigt werden. Die steuerlichen Vorgaben und Fragen sollen hier nicht vertieft werden, diese spielen in der Praxis allerdings eine wichtige Rolle. Besondere Belastungen ergeben sich besonders aus erbschaftssteuerlicher Sicht. Das Jahressteuergesetz 1997<sup>3</sup> hat durch einen besonderen Freibetrag für Betriebsvermögen von 500.000,-- DM und einen Bewertungsabschlag von 40% (§ 13 a Abs. 1 und 2 ErbStG) eine erhebliche Erleichterung geschaffen. Darüber hinaus wird durch einen besonderen Entlastungsbetrag nach § 19 a ErbStG erreicht, daß Betriebsvermögen bei allen Erwerbern nur nach dem Tarif der Steuerklasse I besteuert werden, wenn das Unternehmen mindestens 5 Jahre fortgeleitet wird. Übernehmen Kinder oder der Ehegatte das Unternehmen, so können diese darüber hinaus die persönlichen Freibeträge oder u. U. den Versorgungsfreibetrag zusätzlich geltend machen. Bei kleineren und mittleren Unternehmen ist durch diese Steuerreform sicherlich eine beachtliche Entlastung von der Erbschaftsteuer erzielt worden. Auch einkommensteuerrechtliche Fragen können eine Rolle spielen, wenn nach einem etwaigen Erbfall eine Erbauseinandersetzung zwischen den Erben stattfindet. Seit dem Grundlagenbeschluß des Großen Senats des BFH zur Erbauseinandersetzung<sup>4</sup> kann eine Erbauseinandersetzung zu einkommensteuerlichen Tatbeständen führen.

## **II. Gesellschaftsrechtliche Vorgaben für die Nachfolgeplanung**

### **1. Personengesellschaften**

Besonders im Personengesellschaftsrecht besteht die Problematik der Abgleichung des Erb- mit dem Gesellschaftsrecht. Die Rechtsprechung des BGH geht von einem sog. Vorrang des Gesellschaftsrechts aus<sup>5</sup>. Nur soweit, wie das Gesellschaftsrecht die Erbfähigkeit der Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft zuläßt, kann sie Gegenstand erbrechtlicher Verfügungen sein. Ist im Gesellschaftsvertrag keine Regelung über den Tod eines Gesellschafters getroffen, so führt dies nach der derzeitigen noch gesetzlichen Regelung der §§ 727 BGB, 131 Nr. 4 HGB zur gesetzlichen Auflösung der Personengesellschaft<sup>6</sup>. Aus der werbenden Personengesellschaft wird die Liquidationsgesellschaft, an der die Erben als

---

<sup>3</sup> BGBl 1996 I 2049

<sup>4</sup> BFH GrS BStBl II 1990, 837; vgl. hierzu Priester DNotZ 1991, 507 ff.; Groh DB 1990, 2135 und 2187

<sup>5</sup> BGHZ 22, 186; BGH NJW 1981, 749; Marotzke AcP 184 (1984), 543 ff.

<sup>6</sup> Der Referentenentwurf eines Handelsrechtsformgesetzes sieht eine Änderung dieser Rechtslage vor

Erbengemeinschaft beteiligt sind. Der Gesellschaftsanteil des Erblassers fällt in den ungeteilten Nachlaß. Die Gesellschaft ist zu liquidieren. Dies ist sicherlich die schlechteste Lösung für die Nachfolgeplanung, da sie zum einen dazu führt, daß schwerfällige Erbengemeinschaften Rechtsnachfolger der Gesellschafter werden<sup>7</sup> und zum anderen die Gesellschaft aufgelöst wird. Die sachgerechte Nachfolgeplanung muß daher bei der Personengesellschaft bereits zur Modifikation des Gesellschaftsvertrages führen. Die Vertragspraxis kennt verschiedene Klauseln, die eine Perpetuierung der Gesellschaft vorsehen.

Soll die Gesellschaft lediglich mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt werden, ohne daß für den Erblasser ein Nachfolger in die Gesellschaft eintritt, besteht die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag eine sog. einfache Fortsetzungsklausel zu vereinbaren. Die Folge einer solchen Klausel ist, daß die Beteiligung des Erblassers an der Gesellschaft bei den übrigen Gesellschaftern anwächst (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB, § 105 Abs. 2 HGB). Der Abfindungsanspruch des Erblassers fällt in den Nachlaß<sup>8</sup>. Grundsätzlich ist nach § 738 Abs. 1 S. 2 BGB der Ausscheidende bzw. seine Erben mit dem vollen Wert seiner Beteiligung abzufinden, so daß eine derartige Regelung zu einem erheblichen Liquiditätsproblem für das Unternehmen führt. In der Praxis werden hier verschiedenste Klauseln der Beschränkung des Abfindungsanspruchs verwendet. Häufig finden sich eine sog. Buchwertklausel. Die früher herrschende Meinung hielt sogar den vollständigen Abfindungsausschluß im Todesfall grundsätzlich für zulässig<sup>9</sup>. Die Rechtsprechung hat allerdings in den letzten Jahren die Anforderungen an die Wirksamkeit von Abfindungsklauseln erheblich erhöht<sup>10</sup>. Trotz dieser strengen Rechtsprechung geht die wohl überwiegende Meinung in der Literatur auch heute noch davon, daß Buchwertklauseln dann Bestand haben, wenn sie alle Gesellschafter treffen und das Ausscheiden durch Tod regeln<sup>11</sup>. *K. Schmidt*<sup>12</sup> weist zu Recht darauf hin, daß es sich in diesem Fall nicht darum handelt, daß dem Erben für seinen Anteil eine Abfindung verwehrt wird, sondern kraft Gesellschaftsvertrags - also durch Geschäft unter Lebenden - wird dafür gesorgt, daß Anteil und Anteilwert automatisch den Mitgesellschaftern zufallen. Es besteht weitgehend Einigkeit, daß diese Verfügung unter Lebenden, die sich im Todesfall automatisch

<sup>7</sup> Vgl. RGZ 72, 119, 121; Liebisch ZHR 116 (1954), 179

<sup>8</sup> Vgl. BGHZ 22, 186, 194

<sup>9</sup> BGHZ 22, 186, 194; BGH WM 1971, 1338

<sup>10</sup> Vgl. BGH NJW 1993, 3193; BGH ZIP 1994, 1173

<sup>11</sup> Vgl. MünchKomm-Ulmer, BGB, 2. Aufl. § 738 Rdnr 41; Erman/Westermann, BGB, 9. Aufl. 1993, § 738 Rdnr. 13; Reimann, DNotZ 1992, 472, 487; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. S. 1099; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, 5. Aufl. 1992, § 138 Rdnr.66; Kellermann/Stodolkowitz, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 56; zweifelnd Engel NJW 1986, 348

vollzieht, deshalb auch nicht nach § 2301 BGB formbedürftig ist<sup>13</sup>. Weitgehend ungeklärt ist die Frage, ob trotz Zulässigkeit der Buchwertklausel das gesellschaftsrechtliche Ergebnis nicht über das Pflichtteilsrecht wieder weitgehend zunichte gemacht wird. Hier stellt sich die Frage, ob die Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag als Schenkung im Sinne des § 2325 BGB zu werten ist<sup>14</sup>. Die Frage ist offen, die Auskünfte in Literatur gehen in die verschiedensten Richtungen<sup>15</sup>. Beim Zugewinnausgleich hat der BGH entschieden, daß bei einer Unternehmensbeteiligung grundsätzlich für die Zugewinnausgleichsberechnung der wirkliche Wert entscheidend ist und zwar auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausscheidens des Gesellschafters eine Bestimmung enthält, wonach der Abfindungsanspruch entweder beschränkt oder gänzlich ausgeschlossen ist<sup>16</sup>. Im Gesellschaftsrecht hat allerdings der BGH in früheren Entscheidungen festgestellt, daß die Aufnahme eines Gesellschafters in eine OHG grundsätzlich keine Schenkung im Sinne von § 516 BGB darstellt<sup>17</sup>. Der für das Pflichtteilsrecht zuständige Erbrechtssenat hat allerdings darauf hingewiesen, daß in Einzelfällen die Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrages i. V. m. einem Abfindungsausschluß durchaus als Schenkung im Sinne des § 2325 BGB gewertet werden könnte<sup>18</sup>. Entscheidend dürfte sein, wie die Wertverhältnisse zum Zeitpunkt der Gründung waren. Meines Erachtens muß man auch für das Erbrecht die Vorgaben des Gesellschaftsrechtes berücksichtigen, sofern nicht in der erstmaligen Begründung eines Abfindungsausschlusses oder einer Buchwertklausel eine Schenkung anzusehen ist. Dies ist in der Regel nicht der Fall, wenn die Klausel gleich bei der Gründung vereinbart wird und alle Gesellschafter gleichmäßig trifft. Unter diesen Umständen spricht einiges dafür, den Vorrang des Gesellschaftsrechtes auch in diesem Bereich anzunehmen<sup>19</sup>. Da die Frage der pflichtteilsrechtlichen Behandlung einer Buchwertklausel bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden ist<sup>20</sup>, dürfte sich eine Absicherung durch Pflichtteilsverzicht empfehlen<sup>21</sup>.

Soll die Gesellschaft beim Tod des Gesellschafters mit allen Erben fortgeführt werden, so bedarf es einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag. Die Rechtsfolge ist, daß die Gesellschaft nicht aufgelöst wird, sondern sie wird mit den oder dem Erben des verstorbenen

---

<sup>12</sup> Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 1099

<sup>13</sup> Vgl. Schlegelberger/K. Schmidt, aaO, § 138 Rdnr. 67; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1099; MünchKomm-Ulmer, aaO

<sup>14</sup> Vgl. BGH NJW 1981, 1956

<sup>15</sup> Vgl. Reithmann, DNotZ 1992, 484

<sup>16</sup> BGH NJW 1980, 2229; BGH NJW 1987, 321

<sup>17</sup> BGH NJW 1959, 1433; BGH WM 1971, 1338

<sup>18</sup> BGH NJW 1981, 1956

<sup>19</sup> Vgl. auch Reimann, ZEV 1994, 7, 11

<sup>20</sup> Vgl. Reimann, DNotZ 1992, 472; ders. ZEV 1994, 7

<sup>21</sup> Vgl. hierzu unten

Gesellschafters fortgeführt. Die Besonderheit liegt darin, daß der Gesellschaftsanteil nicht in das Vermögen der Erbengemeinschaft in ihrer gesamthänderischen Bindung fällt<sup>22</sup>. Nach ständiger Rechtsprechung wird vielmehr jeder Erbe im Wege der Sonderrechtsnachfolge entsprechend seiner Erbquote unmittelbarer Gesellschafter<sup>23</sup>. Unter unternehmerischen Gesichtspunkten ist die einfache Nachfolgeklausel in der Regel bei mehreren Erben nicht geeignet, da sie zu einer Zersplitterung des Gesellschaftsanteils führt. In der Praxis empfiehlt sich in einem solchen Fall eine sog. qualifizierte Nachfolgeklausel. Diese ermöglicht eine differenzierte Nachfolgeplanung. Der BGH hat durch seine Theorie von der Sonderrechtsnachfolge die dogmatischen Frage gelöst. Die Rechtsfolge aus einer solchen Klausel ist, daß der nach dem im Gesellschaftsvertrag zum Nachfolger berufene Erbe im Wege der Sondernachfolge unmittelbar und direkt in die volle Gesellschafterstellung des Erblassers eintritt. Dies gilt auch dann, wenn er erbrechtlich, also z. B. nach einer letztwilligen Verfügung, lediglich zu einem Bruchteil am Gesamtnachlaß beteiligt ist<sup>24</sup>. Die Abfindungsproblematik besteht dann nicht auf gesellschaftsrechtlicher, sondern lediglich auf erbrechtlicher Ebene. Abfindungsansprüche der weichenden Miterben gegen die Gesellschaft nach § 738 Abs. 1 BGB entstehen nicht, da die Mitgliedschaft ungeschmälert vererbt wird. Es ist allerdings anerkannt, daß die weichenden Miterben einen auf den Erbrecht beruhenden schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch gegen den qualifizierten Nachfolger haben, da der Wert des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß gehört<sup>25</sup>. Die überwiegende Meinung wendet auf diesen Ausgleichsanspruch die §§ 2050 ff. BGB analog an<sup>26</sup>. Ursprünglich war die Frage, ob die vererbte Mitgliedschaft an der Personengesellschaft zum Nachlaß gehört, wegen der Sondererfolge umstritten<sup>27</sup>. Nach der mittlerweile wohl herrschenden Auffassung gehört die Mitgliedschaft, auch wenn sie nicht in die Erbengemeinschaft fällt, zum Nachlaß, auch wenn hier einige dogmatische Begründungsversuche erforderlich sind<sup>28</sup>. Der erbrechtliche Ausgleichsanspruch kann daher für den betroffenen Erben erhebliche Liquiditätsprobleme mit sich bringen, so daß in diesen Fällen immer eine erbrechtliche Absicherung der gesellschaftsrechtlichen Lösung notwendig ist. Eine solche flankierende erbrechtliche Maßnahme kann durch die Alleinerbenbestimmung des Nachfolgers erreicht werden oder durch Zuwendung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung als Vorausvermächtnis<sup>29</sup>. Gehören

---

<sup>22</sup> BGHZ 22, 186, 192

<sup>23</sup> BGHZ 68, 225, 237; BGHZ 98, 48, 51; Schlegelberger/K. Schmidt, aaO, § 139 Rdnr 17; Bommert, BB 1984, 181

<sup>24</sup> BGHZ 68, 225, 236 ff.; BGH WM 1983, 672

<sup>25</sup> BGHZ 68, 225

<sup>26</sup> Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1108; Tiedau, NJW 1980, 2446; vgl. auch Ulmer, ZGR 1972, 195 ff., 362 ff.

<sup>27</sup> Ablehnend vor allem Ulmer, NJW 1984, 1496; ders. ZHR 146 (1982), 560

<sup>28</sup> Vgl. BGHZ 98, 48; BGH NJW 1983, 2376; Schlegelberger/K. Schmidt, aaO, § 139 Rdnr. 17; Flume, NJW 1988, 161

<sup>29</sup> Vgl. BayObLG, DB 1980, 2028

beim Gesellschaftsvertrag bestimmte Nachfolger nicht zu den gesetzlichen Erben, ist zur Vermeidung von erheblichen Auslegungsschwierigkeiten mit dem Risiko des Scheiterns der Nachfolgeplanung unbedingt eine erbrechtliche Absicherung durch Testament erforderlich. Die Nachfolge im Wege einer qualifizierten Nachfolgeklausel vollzieht sich kraft Erbrecht. Der Gesellschaftsvertrag regelt nur die Nachfolgefähigkeit als solche, nicht aber den Übergang, so daß der Nachfolger auch erbrechtlich bedacht werden muß. Der BGH nahm zwar in einem vergleichbaren Verfahren eine ergänzende Vertragsauslegung vor und deutete die Nachfolgeklausel in eine Eintrittsklausel um<sup>30</sup>. Hierauf sollte sich die Vertragspraxis allerdings nicht einlassen.

## 2. Die GmbH

Anders als bei Personengesellschaften sind GmbH-Anteile von Gesetzes wegen (§ 15 Abs. 1 GmbHG) vererblich. Nach herrschender Meinung kann diese Vererblichkeit nicht durch die Satzung ausgeschlossen oder etwa eine „Sondererbfolge“ wie bei den Personengesellschaften vereinbart werden<sup>31</sup>. Das Schicksal des Geschäftsanteils an einer GmbH richtet sich daher grundsätzlich allein nach den erbrechtlichen Bestimmungen, so daß der Geschäftsanteil mit allen Rechten und Pflichten auf den oder die Erben übergeht, wobei es keine Rolle spielt, ob gewillkürte oder gesetzliche Erbfolge eintritt. Sind mehrere Erben vorhanden, dann fällt der Erbanteil in das Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft und unterliegt der gesamthänderischen Verwaltung. Anders als bei den Personengesellschaften findet eine automatische Teilung des Geschäftsanteils mit einem direkten Übergang auf die Erben nicht statt. Es gilt § 18 Abs. 1 GmbHG, so daß die Erben die Rechte aus dem Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausüben können. Haben die Erben keinen gemeinsamen Vertreter bestimmt, so kann die GmbH Rechtshandlungen mit Wirksamkeit gegenüber allen Erben auch nur einem gegenüber vornehmen, wenn die Rechtshandlung nach Ablauf eines Monats seit dem Anfall der Erbschaft vorgenommen wurde (§ 18 Abs. 3 GmbHG). Da ebenso wie bei der Personengesellschaft eine sachgerechte Nachfolgeplanung voraussetzt, daß der Geschäftsanteil nicht mehreren zur gesamten Hand zusteht, sollte bei der testamentarischen Gestaltung darauf geachtet werden, daß nur einzelne Erben oder gar nur ein Erbe Nachfolger

---

<sup>30</sup> BGH NJW 1978, 264

<sup>31</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., § 15 Rdnr. 2; Priester, GmbHRdsch 1981, 207; Scholz/Winter, GmbHG, 8. Aufl. § 15 Rdnr 21

in den Geschäftsanteil wird. Dies kann entweder durch Teilungsanordnung oder besser durch (Voraus-)Vermächtnis erreicht werden.

In der Regel besteht allerdings auch ein Bedürfnis auf seiten der GmbH für den Fall eine Regelung zu treffen, daß der Gesellschafter keine sachgerechte testamentarische Regelung vornimmt. In der Praxis stellt sich daher die Frage, wie das Ergebnis einer qualifizierten Nachfolgeklausel auch bei der GmbH erreicht werden kann. Nach herrschender Meinung ist eine mit dem Tode automatisch wirkende Einziehung des Geschäftsanteils nicht zulässig<sup>32</sup>. Zulässig ist allerdings eine Zwangseinziehung nach § 34 Abs. 2 GmbHG unter bestimmten Voraussetzungen, die in der Satzung geregelt werden müssen.

Die Einziehung darf nur erfolgen, soweit dies der Gesellschaftsvertrag zuläßt. Soll die Einziehung ohne Zustimmung der Erben erfolgen, die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zunächst den Anteil erwerben, so müssen die Voraussetzungen der Einziehung im Gesellschaftsvertrag bereits vor dem Erbfall festgesetzt worden sein (§ 34 Abs. 2 GmbHG). Die nachträgliche Einführung einer Zwangseinziehung ist nur dann zulässig, wenn die betroffenen Gesellschafter selbst an der Klausel mitgewirkt haben<sup>33</sup>. Zum Schutz der Gesellschafter gilt bei der Einziehung der sog. Bestimmtheitsgrundsatz: Eine allgemeine Ermächtigung zur Zwangseinziehung genügt nicht, die Satzung muß hinreichend bestimmt die Einziehungsgründe festlegen<sup>34</sup>. Die Einziehungsgründe müssen so exakt bezeichnet werden, daß die gerichtliche Überprüfung ihres Vorliegens in einer vom betroffenen Gesellschafter angestrebten Klage ohne weiteres möglich ist. Grundsätzlich kann allerdings der Gesellschaftsvertrag die Gründe für die Einziehung frei regeln, solange nicht § 138 BGB verletzt ist. Allerdings ist nach der Rechtsprechung wohl das Vorliegen eines sachlichen Grundes erforderlich<sup>35</sup>. So kann nach h. M. die Einziehung im Fall des Todes eines Gesellschafters festgelegt werden<sup>36</sup>. Da in der Regel allerdings eine Unternehmensnachfolge erwünscht ist, kann die Einziehung im Fall des Todes etwa dann erfolgen, wenn der Geschäftsanteil nicht einem einzelnen oder einem bestimmten Erben oder einem Erben mit einer bestimmten beruflichen Qualifikation erbrechtlich im Wege des Vermächtnisses oder der Teilungsanordnung zugeordnet wird. Die Einziehung darf die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals nicht beeinträchtigen und ist daher nur zulässig, wenn der auf die

---

<sup>32</sup> Lutter/Hommelhoff, § 15 Rdnr. 2; Hachenburg/Zutt, GmbHG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 5

<sup>33</sup> BGH WM 1977. 1276

<sup>34</sup> Wellhöfer, GmbHRdsch 1994, 218; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 34 Rdnr 38

<sup>35</sup> BGH ZIP 1990, 1057

Stammeinlage einzuzahlende Betrag voll eingezahlt ist<sup>37</sup>. Darüber hinaus setzt die Einziehung voraus, daß eine etwa zu zahlende Abfindung das Stammkapital nicht beeinträchtigt. Die Durchführung erfolgt gem. § 46 Nr. 4 GmbHG durch einen Beschluß der übrigen Gesellschafter. Für den Beschluß reicht die einfache Mehrheit aus, falls der Gesellschaftsvertrag keine Sonderregelung vorsieht. Es empfiehlt sich darüber hinaus, in der Satzung ein Stimmverbot für die Erben im Fall der Zwangseinziehung vorzuschreiben. Mit der Einziehung geht der Geschäftsanteil unter; alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten erlöschen. Die Einziehung führt grundsätzlich zu einem Abfindungsanspruch der Erben, der, wenn keine andere Regelung im Gesellschaftsvertrag getroffen ist, den Verkehrswert einschl. stiller Reserven und Geschäftswert umfaßt<sup>38</sup>. Ebenso wie bei der Personengesellschaft empfiehlt es sich daher zur Vermeidung von hohen Liquiditätsabflüssen die Frage der Abfindung im Falle der Einziehung zu regeln. Auch bei der GmbH stellt sich daher wie bei der Personengesellschaft die Frage der Zulässigkeit des vollständigen Ausschlusses, wobei auch hier die Literatur wohl davon ausgeht, daß im Zusammenhang mit dem Tod eines Gesellschafters der Abfindungsanspruch völlig ausgeschlossen werden kann<sup>39</sup>. Ein solcher Abfindungsausschluß kann aber ebenso wie bei der Personengesellschaft als Schenkung des Geschäftsanteils mit dem Risiko der Pflichtteilsergänzungsansprüche angesehen werden<sup>40</sup>. Der Nachteil einer reinen Einziehungsklausel liegt darin, daß der Geschäftsanteil durch Einziehung vernichtet wird und er daher auch nicht mehr durch eine Abtretung an einen etwaigen Unternehmensnachfolger übertragen werden kann. In der Praxis empfiehlt es sich daher, die Einziehungsklausel mit einer Abtretungsklausel zu kombinieren, nach der die Gesellschafter statt der Einziehung beschließen können, daß der Geschäftsanteil auf die übrigen Gesellschafter oder an einen Dritten zu übertragen ist<sup>41</sup>. Auf diese Weise kann erreicht werden, daß sich die Gesellschafter aus den Erben den ihnen am geeignetsten erscheinenden Nachfolger selbst wählen können<sup>42</sup>. Eine solche Abtretungsklausel wirkt allerdings nur schuldrechtlich; ein dinglicher Geschäftsanteilsabtretungsvertrag läßt sich nur durch eine unter Lebenden vollzogene Abtretung auf den Todesfall bewirken<sup>43</sup>. In diesem Fall muß daher bereits der Unternehmensnachfolger bekannt sein. In der Praxis wird daher in der

---

<sup>36</sup> BGH WM 1977, 192; Scholz/Winter, aaO, § 15 Rdnr 24; OLG München, ZIP 1984, 1349

<sup>37</sup> BGHZ 9, 157, 168

<sup>38</sup> BGHZ 116, 370; Scholz/Winter, aaO, § 15 Rdnr 25

<sup>39</sup> Lutter/Hommelhoff, § 34 Rdnr. 28; Petzold, GmbHRdsch. 1977., 25, 31; Scholz/Winter, aaO, § 15 Rdnr 25; Reimann, ZEV 1994, 7, 11; a. A. Ebeling, GmbHR 1976, 153

<sup>40</sup> Hachenburg/Ulmer, § 34 Anh. Rdnr. 40; Wanck, ZGR 1979, 222, 247; Scholz/Westermann, § 34 Rdnr. 23; Scholz/Winter, § 15 Rdnr 25

<sup>41</sup> Zur Zulässigkeit vgl. BGHZ 92, 386, 390; OLG Celle, GmbHR 1959, 113; Scholz/Winter, aaO, § 15 Rdnr 76

<sup>42</sup> Vgl. Priester, GmbHRdsch. 1981, 206, 209

<sup>43</sup> Hachenburg/Schilling/Zutt, GmbHG, Anh. § 15 Rdnr. 105

Regel die schuldrechtlich wirkende Abtretungsklausel durch die Möglichkeit der Einziehung für den Fall des Verstoßes gegen die Abtretung gesichert. Ergänzt werden sollte die Abtretungsklausel durch eine Verfügungsbeschränkung, die zumindest gegenüber den Erben des Geschäftsanteils wirkt.

### **III. Erbrechtliche Gestaltungsmaßnahmen**

#### **1. Allgemeines**

Die zweite Regelungsebene, die sorgfältig geplant werden muß, stellt die erbrechtliche dar. Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen sind insofern nur vorbereitende, die entweder die Vererblichkeit des Anteils wie bei der GmbH für den Fall der ungewünschten Erbrechtsnachfolge einschränken oder wie bei der Personengesellschaft die Vererblichkeit überhaupt erst herstellen. Darüber hinaus läßt sich durch Abfindungsbeschränkung Liquidität der Gesellschaft erhalten. Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen stellen flankierende Maßnahmen der erbrechtlichen dar. In erster Linie entscheidet naturgemäß das Erbrecht über die Zuordnung bestimmter Vermögensgegenstände oder Vermögensgesamtheiten. Es muß daher das erbrechtliche Instrumentarium mit dem gesellschaftsrechtlichen abgestimmt werden. Im Rahmen der erbrechtlichen Beratung sind die allgemeinen Fragen der Erbeinsetzung, Vermächtniszusendung und Bindungswirkung der Verfügungen zu klären.

#### **2. Erbeinsetzung und Vermächtnisse**

Hier ist zu klären, ob der Erblasser Zuwendungen an verschiedene Personen wünscht oder ob der gesamte Nachlaß an einen Erben gehen soll, der dann auch das Unternehmen vorhanden sind, bei denen zu prüfen ist, auf welche Weise Pflichtteilsansprüche minimiert werden können. Besteht außerhalb des Unternehmens weiteres Vermögen, so könnte sich eine Alleinerbeneinsetzung des Unternehmensnachfolgers empfehlen; die pflichtteilsberechtigten Dritten könnten durch Vermächtnisse im Hinblick auf das sonstige Vermögen des Erblassers abgefunden werden. Eine solche Lösung hat allerdings den Nachteil, daß nach § 2307 Abs. 1 BGB der Pflichtteilsberechtigte, der nicht zum Erben berufen wurde, im Falle der Vermächtniszusendung ein Wahlrecht hat: Er kann das Vermächtnis ausschlagen und seinen Pflichtteil verlangen, und zwar unabhängig davon, ob der ihm vermachte Gegenstand seinen

Pflichtteilsanspruch wertmäßig übersteigt oder nicht. Nimmt der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis an, kann er u. U. auch ein Pflichtteilsrestanspruch geltend machen (§ 2307 Abs. 1 S. 2 BGB).

Eine andere Lösung könnte darin bestehen, daß mehrere Personen zu Erben eingesetzt werden und dem Unternehmensnachfolger im Wege des Vermächtnisses oder der Teilungsanordnung das Unternehmen zugewendet wird. Zu beachten ist, daß eine Teilungsanordnung nicht an der Bindungswirkung beim gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag teilnimmt (§§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB). Ebenfalls zu klären ist in diesem Fall, ob etwaige Ausgleichsansprüche dann bestehen sollen, wenn die Erbquote den Wert des Unternehmens nicht erreicht. Die Problematik kann sich auch dann ergeben, wenn sich der Wert des Unternehmens im Vergleich zum sonstigen Vermögen anders entwickelt hat, als dies zum Zeitpunkt des Testamentes der Fall war. Hier sollte flankierend klargestellt werden, daß ein Vorausvermächtnis in Höhe der Differenz vorliegt.

Pflichtteilsansprüche könnten dadurch minimiert werden, daß pflichtteilsberechtigten Angehörige ein Erbanteil erhalten, der quotenmäßig dem Pflichtteilsanspruch entspricht. In diesem Fall ist allerdings die Regelung des § 2306 BGB zu berücksichtigen. Ist der dem Pflichtteilsberechtigten zugewendete Erbteil gleich oder kleiner als der Pflichtteil, so gelten Beschränkungen des Erbteils (z. B. Testamentsvollstreckung, Vermächtnis oder eine Teilungsanordnung) als nicht angeordnet. Die gesamte Testamentsgestaltung ist dann in Gefahr, z. B. auch die Zuordnung des Unternehmens durch Vermächtnis oder Teilungsanordnung. Verwirkungsklauseln, durch die der Erblasser seine Angehörigen zur Beachtung seines letzten Willens anhalten will, oder Strafklauseln, mittels derer er die Beteiligung der Pflichtteilsberechtigten unter das pflichtteilsrechtlich gebotene Mindestmaß kürzen will, sind im Bereich des § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam<sup>44</sup>. Ist der dem Pflichtteilsberechtigten zugewendete Erbteil größer als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils, hat er nach § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB ein Wahlrecht: er kann entweder den höheren Erbteil samt Beschränkungen und Beschränkungen annehmen oder die Erbschaft ausschlagen und den vollen Pflichtteil verlangen. Schlägt er nicht aus, muß er sich die Beschränkungen und Beschränkung auch dann gefallen lassen, wenn er dadurch weniger empfängt, als sein

---

<sup>44</sup> BGHZ 120, 96; Schubert, JR 1993, 368; a. A. Kanzleiter, DNotZ 1993, 780

Pflichtteil ausmachte<sup>45</sup>. In diesem Fall kann also die Testamentskonstruktion nicht durch den Pflichtteilsberechtigten gefährdet werden.

Der Erblasser müßte außerdem für den Fall, daß der als Nachfolger geplante Erbe vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt, einen Ersatzerben benennen (§ 2096 BGB). Will der Erblasser nicht nur die nachfolgende Generation bestimmen, sondern auch darüber hinaus die Person der Nachfolgers festlegen, so könnte die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge geschehen. Wegen der Dreißigjahresgrenze in § 2109 BGB dürfte das Instrument im Unternehmensbereich nur bei älteren Nachfolgern anwendbar sein. Darüber hinaus ist zu beachten, daß hierdurch der nachfolgende Erbe keine eigene Auswahl seines Nachfolgers mehr treffen kann. Die erhebliche Zeitspanne, innerhalb derer sich sowohl die wirtschaftlichen Rahmendaten als auch die Personen des geplanten Nachfolgers verändern können, dürfte gegen eine solche Regelung im Unternehmensbereich sprechen.

### **3. Bindungswirkung**

Auch beim Unternehmertestament kann die Frage der Bindungswirkung eine Rolle spielen, insbesondere dann, wenn etwa zunächst die Ehefrau das Unternehmen weiterführen soll und erst bei deren Versterben ein ehelicher Abkömmling. In diesem Fall besteht ein Interesse des Unternehmers, eine Bindung dahingehend zu erreichen, daß der Abkömmling auch sicher das Unternehmen beim Letztversterben der Ehefrau erwirbt. Dies kann durch eine erbvertragliche Gestaltung erreicht werden, ebenfalls denkbar ist der Einsatz eines gemeinschaftlichen Testamentes bei Ehegatten. Hier ist allerdings zu beachten, daß nur bestimmte Verfügungen erbvertraglich bindend bzw. wechselbezüglich beim gemeinschaftlichen Testament bestimmt werden können: nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen können die notwendige Bindungswirkung erhalten (§ 2278 Abs. 2, § 2217 Abs. 3 BGB). Die Zuwendung eines Unternehmens bei mehreren Erben im Wege der Teilungsanordnung hat daher keine Bindungswirkung. Die Bindungswirkung kann in einem solchen Fall nur dadurch erreicht werden, daß sie als vermächtnisweise Teilungsanordnung ausgestaltet wird<sup>46</sup>. Wird das Unternehmen zunächst von der Ehefrau fortgeführt, so kann in bindender Weise eine Schlußerbeneinsetzung eines Kindes erfolgen, wobei das Auswahlrecht der Ehefrau zugebilligt werden kann.

---

<sup>45</sup> Soergel/Dieckmann, 12. Aufl. §. 2306 Rdnr. 15

<sup>46</sup> Vgl. Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. 1986, D Rdnr. 167

#### 4. Beschränkung der Pflichtteilsansprüche

Die Testamentsgestaltung muß auch darauf zielen, Pflichtteilsansprüche weichender Erben zu minimieren oder zu vermeiden. Das effektivste Instrument hierzu ist sicherlich der Pflichtteilsverzicht. Der Erbverzicht stellt keine sinnvolle Gestaltungslösung dar, da dieser die Pflichtteile anderer Pflichtteilsberechtigter erhöht und damit im Ergebnis die Pflichtteilslast nicht eingeschränkt wird. In der Praxis wird daher ausschließlich der isolierte Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB mit dem Pflichtteilsberechtigten abgeschlossen. Bei einer solchen Gestaltung werden diejenigen Pflichtteilsberechtigten, die auf ihren Pflichtteil verzichtet haben, bei der Ermittlung des Pflichtteils der übrigen Pflichtteilsberechtigten mitgezählt, so daß die nicht gewollte Begünstigung desjenigen Pflichtteilsberechtigten, der keinen Pflichtteilsverzicht erklärt hat, vermieden wird. Der Pflichtteilsverzicht ermöglicht die volle Dispositionsfreiheit des Erblassers ohne Risiko liquiditätsbelastender Pflichtteilsansprüche. Sie wird häufig aber nur zu erreichen sein, wenn die weichenden Erben auch entsprechende Abfindungszahlungen erhalten.

Läßt sich ein Pflichtteilsverzicht nicht erreichen, sind andere Maßnahmen zu erwägen. Soll eine gestufte Unternehmensnachfolge mit Ersteinsetzung der Ehefrau und Schlußerbeinsetzung der Kinder erreicht werden, können Pflichtteilsansprüche durch Pflichtteilsdrohklauseln zumindest bei der Ersteinsetzung des Ehepartners erreicht werden<sup>47</sup>. Die einfache Pflichtteilsdrohklausel liegt darin, daß der Abkömmling, der beim Versterben des ersten Ehepartners den Pflichtteil fordert, auch beim Tod des Letztversterbenden nur den Pflichtteil erhält. Eine erhöhte Abschreckungswirkung hat die sog. Jastow'sche Klausel<sup>48</sup>, nach der neben der Einsetzung auf den Pflichtteil den anderen Abkömmlingen, die keine Pflichtteilsansprüche geltend machen, ein Vermächtnis zugewendet wird, das allerdings erst nach Eintritt des zweiten Erbfalls fällig ist und bis dahin zinslos gestundet wird. Die vermächtnisweise Einsetzung der Schlußerben beim ersten Todesfall hat auch den Vorteil, daß hierdurch erbschaftsteuerliche Freibeträge genutzt werden. Pflichtteilsansprüche können schließlich dadurch minimiert werden, daß Schenkungen an die pflichtteilsberechtigten Erben zu Lebzeiten vorgenommen werden und der Erblasser eine Anrechnungsbestimmung nach § 2315 Abs. 1 BGB trifft. Der Erblasser muß dabei die Anrechnungsbestimmung durch

<sup>47</sup> Vgl. eingehend Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung 1992, S. 497

<sup>48</sup> vgl. eingehend Mayer, ZEV 1995, 136

einseitige empfangsbedürftige Erklärung vor oder bei der Zuwendung getroffen haben<sup>49</sup>. Eine nachträgliche einseitige Anrechnungsbestimmung des Erblassers ist nicht möglich. Nachträglich ist eine Anrechnung nur noch durch einen beschränkten Pflichtteilsverzichtungsvertrag zwischen Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten möglich<sup>50</sup>.

Wie bereits dargelegt, können Buchwertklauseln das Pflichtteilsrecht u. U. aushöhlen, wobei im einzelnen noch umstritten ist, inwieweit hier dennoch teilweise Schenkungen mit der Folge des Pflichtteilsergänzungsanspruchs vorliegen.

Der gesetzliche Pflichtteil kann auch dadurch minimiert werden, daß der Güterstand der Gütertrennung vermieden und der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft zumindest für den Fall des Todes vereinbart wird. Der gesetzliche Güterstand führt dazu, daß sich das Ehegattenerbrecht kraft Gesetzes um 1/4 gem. § 1371 BGB erhöht und dadurch die gesetzlichen Erbteile und damit auch die Pflichtteilsansprüche der Kinder entsprechend vermindert werden.

#### **IV. Kontinuierliche Nachfolgeplanung**

Die schwierige Nachfolgeproblematik, deren Hauptprobleme wohl weniger im rechtlichen, als im psychologisch emotionalen Bereich liegen und auch häufig in der Frage der Geeignetheit familiärer Nachfolger, wird am besten gelingen, wenn der oder die potentiellen Nachfolger bereits frühzeitig und zu Lebzeiten in das Unternehmen aufgenommen werden und möglichst bald eigene Verantwortungsbereiche erhalten. Dies setzt eine kontinuierliche Unternehmensplanung, die über die testamentarischen und gesellschaftsvertraglichen Regelungen hinausgeht, voraus. Die Nachfolgeplanung wird daher häufig stufenweise in der Weise vollzogen, daß der vorgesehene Unternehmensnachfolger in den Betrieb aufgenommen wird, sei es durch Umwandlung des Einzelunternehmens in eine Gesellschaft oder durch die Abtretung eines Gesellschaftsanteils an einer bereits bestehenden Gesellschaft<sup>51</sup>.

##### **1. Schrittweise Aufnahme des Unternehmensnachfolgers in das Unternehmen**

<sup>49</sup> OLG Düsseldorf, ZEV 1994, 173; Soergel/Dieckmann, § 2315 Rdnr. 6; Palandt/Edenhofer, 55.Aufl. § 2315 Rdnr. 2

<sup>50</sup> Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, S. 158; Soergel/Dieckmann, aaO; Palandt/Edenhofer, aaO

<sup>51</sup> Vgl. Spiegelberger, Vermögensnachfolge 1994, S. 143

Bereits zu Lebzeiten kann der Unternehmensnachfolger in die Gesellschaft - unabhängig ob Kapital- oder Personengesellschaft - des Unternehmers aufgenommen werden. Die Vorteile liegen darin, daß zum einen bereits der Nachfolger sowohl in die Rechtsstruktur als auch in die Geschäfte der Gesellschaft eingebunden wird, zum anderen können hierdurch Erbschaftssteuerfreibeträge genutzt werden. Auch für Pflichtteilsansprüche bietet die Schenkung von Unternehmensbeteiligungen an den zukünftigen Nachfolger bei Beachtung des 10-Jahres Zeitraum Vorteile, da Pflichtteilsergänzungsansprüche nach Ablauf der Zehnjahresfrist (§ 2325 Abs. 3 BGB) nicht mehr bestehen. Bei Personengesellschaften wird sich häufig die Stellung als Kommanditisten empfehlen, bei Kapitalgesellschaften die Einräumung einer Minderheitsbeteiligung. Zu beachten ist allerdings, daß bei der schenkweisen Beteiligungen der Unternehmer endgültig die Beteiligung verliert, da die Rechtsprechung Hinauskündigungsklausel im freien Ermessen des Unternehmers bei Personengesellschaften auch dann nicht gestattet, wenn zuvor die Beteiligung dem Unternehmensnachfolger geschenkt wurde<sup>52</sup>. Der BGH hat Gestaltungen des „Gesellschafter m minderen Rechts“<sup>53</sup> eine generelle Absage erteilt. Bei der GmbH hat der BGH allerdings differenziertere Regelungen zugelassen. Eine vertragliche Vereinbarung, die einem Gesellschafter das Recht einräumt, die Gesellschafterstellung eines Mitgesellschafter nach freiem Ermessen zu beenden, ist im GmbH-Recht nur dann nicht nichtig, wenn eine solche Regelung wegen der besonderen Umstände sachlich gerechtfertigt ist<sup>54</sup>. Nach Auffassung des BGH kann das Ausschließungsrecht sachlich gerechtfertigt sein, wenn der Berechtigte wegen enger persönlicher Beziehungen zu seinem Mitgesellschafter die volle Finanzierung der Gesellschaft übernimmt und diesem eine Mehrheitsbeteiligung sowie die alleinige Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt wird. Es wird daher zu erwägen sein, ob nicht durch Stimmrechtsbeschränkungen oder auch Gewinnbezugsbeschränkungen die Rechte des neu aufgenommenen potentiellen Unternehmensnachfolgers eingeschränkt werden können.

## 2. Umstrukturierungen im Vorfeld der Unternehmensnachfolge

Das neue UmwG bietet die Möglichkeit vielfältigster Umstrukturierungen: Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel sind fast bei allen Gesellschaftsformen und in jede andere

<sup>52</sup> Vgl. BGH, NJW 1989, 2685; BGH NJW 1990, 2616; BGH NJW 1994, 1156

<sup>53</sup> Vgl. zu diesen Gestaltungen Flume, NJW 1979, 902; ders. DB 1986, 633; Huber, ZGR 1980, 191; Behr ZGR 1990, 370

<sup>54</sup> BGHZ 112, 103 = NJW 1990, 262 = DNotZ 1991, 917

Gesellschaftsform zulässig. Eine weitgehende Steuerneutralität bei den Ertragssteuern wurde durch das UmwStG erreicht, so daß sich im Vorfeld der Unternehmensnachfolge auch Umstrukturierungsmaßnahmen empfehlen können. Erbschaftssteuerliche Vorteile werden hierdurch nicht mehr erzielt, da die Vorteile der Personengesellschaft im Vergleich zur Kapitalgesellschaft anhand des Jahressteuergesetzes 1997 bei wesentlichen Beteiligungen weitgehend auch auf die Kapitalgesellschaft erstreckt werden. Allerdings ermöglicht z. B. die Personengesellschaft durch die Möglichkeit qualifizierter Nachfolgeklauseln eine zielgerichtete Unternehmensnachfolge.

Eine Lösung, dem Unternehmensnachfolger frühzeitig Verantwortung zuzubilligen kann dadurch erreicht werden, daß Geschäftsfelder im Wege der Spaltung in rechtlich selbständige Gesellschaften übertragen werden und der Unternehmensnachfolger in dieser Gesellschaft Geschäftsführer wird. So besteht die Möglichkeit in einem abgegrenzten, rechtlich selbständigen Bereich ein rechtlich selbständiges Unternehmen mit eigener Verantwortung zu leiten und hierdurch erste unternehmerische Erfahrungen zu sammeln.

Ist der Unternehmer selbst an mehreren Gesellschaften beteiligt, kann sich die Schaffung einer Holding-Struktur<sup>55</sup> empfehlen. Die Holding ist dadurch gekennzeichnet, daß der Unternehmer nicht mehr selbst an den Gesellschaften beteiligt ist, sondern eine Holding-Gesellschaft Inhaber der Anteile ist und der Unternehmer selbst nur das Stammkapital der Holding-Gesellschaft erhält. Die Holding-Gesellschaft gewinnt in der letzten Zeit auch im mittelständischen Bereich an erheblicher Bedeutung. Insbesondere auch betriebswirtschaftliche Gründe werden als Vorteile der Holding-Struktur genannt<sup>56</sup>. Neben diesen ökonomischen Gründen kann die Holding-Struktur aber auch für die Unternehmensnachfolge Vorteile bieten. Die Holding wird in diesem Zusammenhang insbesondere als Altanteilsbindungsinstrument verstanden, deren Zweck vorrangig die Bindung und Zusammenfassung von Anteilen an anderen Unternehmen ist<sup>57</sup>. Hierdurch wird eine Stabilisierung und auch eine Zentralisierung der gegebenen Anteilseigner und der Unternehmerstruktur erreicht, die für die Vorbereitung der Unternehmensnachfolge muß deutliche Vorteile haben kann. Die Unternehmensnachfolge nur in der Holding sichergestellt werden, nicht aber in einer Vielzahl von verschiedenen Gesellschaften. Die Holding

---

<sup>55</sup> Vgl. zur Holding, Lutter (Hrsg.) Holding Handbuch (1995); Lettl DSStR 1996, 202

<sup>56</sup> Vgl. Lutter, aaO, S. 3

<sup>57</sup> Vgl. zu dieser Funktion Kraft, in: Lutter, Holdinghandbuch, aaO, S. 63

wiederum kann danach ausgewählt werden, welche Rechtsform in steuerlicher und gesellschaftsrechtlicher Hinsicht Vorteile bietet. So könnte etwa eine frühzeitige Beteiligung des Nachfolgers darin bestehen, daß der Unternehmer seine Beteiligungen an den verschiedenen Gesellschaften in eine Holding einbringt oder die Holding im Wege der Ausgliederung nach oben errichtet. An dieser Holding könnte dann der Unternehmensnachfolger mit einem Minderheitsanteil beteiligt werden. Zugleich könnte der Unternehmensnachfolger als Geschäftsführer einer Holdinggesellschaft bestellt werden. Mit einer solchen Lösung lassen sich die Vorteile der Eigenverantwortlichkeit und der frühzeitigen rechtlichen Beteiligung am gesamten Unternehmen des Unternehmers kombinieren. Sollen mehrere Nachfolger in die Unternehmung eingeführt werden, so könnten die Modelle der Spaltung bestehender Geschäftsfelder ebenfalls effektiv eingesetzt werden und die Nachfolger der verschiedenen Tochtergesellschaften erste Geschäftserfahrungen sammeln. Die Holding-Struktur bietet auch Vorteile im Erbfall, da verschiedene Familienstämme schnell getrennt werden können und auch bereits im Testament eine Zuordnung der verschiedenen Geschäftsfelder durch erbweise Zuwendung der zugehörigen Geschäftsanteile erreicht werden. Schließlich kann die Holding-Lösung auch dazu genutzt werden, pflichtteilsberechtigten Erben mit Gesellschafteranteilen abzufinden, ohne ihnen direkten Einfluß auf die einzelnen im Rechtsverkehr tätigen Gesellschaften zu geben. Der Unternehmensnachfolger kann daher die Mehrheitsbeteiligung an der Holding und Geschäftsführungsbefugnisse in den einzelnen Gesellschaften erhalten.

## **V. Die Bedeutung des Notars bei der Planung der Unternehmensnachfolge**

Die Rolle des Notars bei der Unternehmensnachfolge gerade im Bereich kleinerer und mittlerer Unternehmen ist nicht zu unterschätzen. Der Notar ist ein unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes; er ist der unparteiliche Berater der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Die Beteiligten haben einen Anspruch, daß ihnen der Notar bei der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse hilft und rechtssichere Urkunden errichtet, denen eine höhere Beweiskraft zukommt als Urkunden in Schriftform und die auch wie ein gerichtliches Urteil sofort vollstreckbar sind. Um diesen Anspruch auf Betreuung der Beteiligten im gesamten Staatsgebiet zu gewährleisten, sind Notarstellen in allen Regionen des Landes eingerichtet. Notare als qualifizierte juristische Berater finden sich daher auch in kleineren Orten, in denen häufig keine anderen juristischen Berufe verfügbar sind. Seit je her hat daher

der Notar eine entscheidende Rolle bei der Planung der Unternehmensnachfolge im Bereich kleinerer und mittlerer Unternehmen. Besonders diese Unternehmen finden im Notar ihren juristischen Berater bei der Planung und der Unternehmensübertragung auf die nachfolgende Generation. Die Erfahrungen zeigen, daß in kleineren und mittleren Städten der Notar häufig der einzig juristische Berater ist, der entsprechende Kenntnisse in den für die Unternehmensnachfolge maßgeblichen Rechts besitzt und hier eine entscheidende Rolle bei der Übertragung des Unternehmens spielt. Der Notar muß in enger Zusammenarbeit mit den Beteiligten und dem steuerlichen Berater die rechtlich und steuerlich günstigste Nachfolgelösung wählen. Insbesondere die Gestaltung der verschiedenen Regelungsbereiche - Gesellschaftsvertrag, Testaments- oder Erbvertrag, familienrechtliche Regelungen - sind zu koordinieren und aufeinander abzustimmen.

Der Notar ist bei all diesen Gestaltungen aber nicht zu der einseitige Berater des Unternehmers, er ist vielmehr als unparteilicher neutraler Vermittler der Mediator zwischen den Interessen aller Beteiligten. Er hat nicht nur die Aufgabe, die Interessen des Unternehmersgebers zu wahren, sondern muß auch den Übernehmer, abgefundenen Erben und auch Ehepartner schützen. Seine Aufgabe ist es, eine ausgewogene, alle Interessen berücksichtigende Rechtsnachfolge sicherzustellen. Gerade der Erfolg einer Unternehmensnachfolge setzt voraus, daß nicht nur die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen ausreichend berücksichtigt sind, sondern alle Beteiligte, auch die abgefundenen Erben, die Nachfolgeplaner in ihrem Ergebnis billigen und unterstützen. Nur hierdurch kann vermieden werden, daß im Falle des Todes des Unternehmers langwierige Prozesse, die das Unternehmen lähmen und auch mit finanziellen Kosten belasten können, vermieden werden. Der Notar hat hier auch eine aktive Rolle als Konfliktvermittler in einem komplexen, von vielfältigen Fragen unterschiedlichster Art geprägten Sachverhalt zu übernehmen. Seine Aufgabe hierbei ist es auch, eine möglichst konfliktminimierende Gestaltung im Vorfeld zu finden, die Prozeßrisiken und Unklarheiten bereits im Vorfeld ausschaltet.