

Testament und Ehevertrag
der Patchworkfamilie
(Vortrag am 29.04.2009 in Oldenburg)

GLIEDERUNG

- A. Einleitung
- B. Berliner Testament als Standardmodell für Familien
- C. Typische Interessenlagen bei Patchworkfamilien
 - 1. Begünstigung nur der eigenen Kinder (Meine Kinder/Deine Kinder)
Exkurs: Pflichtteilsverzicht zwischen Ehegatten und § 1586 b BGB
 - 2. Ausschluss des leiblichen Elternteils (der „Ex“-Gatte darf niemals etwas bekommen)
 - 3. Gleichbehandlung der einseitigen und gemeinschaftlichen Abkömmlinge
(Meine Kinder-Deine Kinder-Unsere Kinder)
 - 4. Übergehung einseitiger Abkömmlinge.
- D. Ehevertrag der Patchworkfamilie
- E. Muster eines Ehe- und Erbvertrages
- F. Schlussbemerkung

A. Einleitung

Das 5. Buch des BGB (Erbrecht) hat seine Struktur in 100 Jahren nicht verändert. Auch die anstehende Erbrechtsreform lässt die Grundkonzeption unberührt. Dem Pflichtteilsrecht ist sogar eine Verfassungsgarantie zugesprochen worden (BVerfG NJW 2005, 1561). Dieser Befund ist bemerkenswert, denn in den vergangenen 100 Jahren haben sich die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen drastisch verändert. Hier ist zunächst die zunehmende Scheidungshäufigkeit zu nennen: Wurden in den 70er Jahren noch etwa 15 % aller Ehen geschieden, so waren es z. B. im Jahre 2003 rund 43 %. Auch die Zahl der Wiederverheiratung bereits Geschiedener nimmt zu. Etwa 61 % der geschiedenen Frauen und 55 % der geschiedenen Männer heiraten erneut. Als logische Folge daraus wachsen immer häufiger nicht nur gemeinsame, sondern auch Kinder aus verschiedenen Beziehungen der Eltern in einer Familie auf. Außerdem haben sich neben der Ehe als die traditionelle Form der Partnerschaft andere Lebensmodelle etabliert, insbesondere die nichteheliche und die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft.

Bis vor - vielleicht - 20 Jahren bezeichnete man die Zweitehe als „Stieffamilie“. Die berühmtesten Stiefkinder kennt jeder: Hänsel und Gretel. Sie flüchteten vor der bösen Stiefmutter in den Wald. Unter Einschluss der Kinder aus nichtehelichen Lebensgemeinschaften und der Pflegekinder ist ab Mitte der 90er Jahre der modernere und umfassendere Begriff der „Patchworkfamilie“ geprägt worden, der auch als Synonym für die gesellschaftlichen Veränderungen steht. Der Begriff entstammt - natürlich - aus dem Englischen „Patchwork“, also der harmonischen Zusammenstellung unterschiedlicher Farben, Formen und Muster.

Während das heutige Familienrecht (das 4. Buch des BGB) nach zahlreichen Reformen mit der ursprünglichen Gesetzesfassung nicht mehr viel gemein hat, hat das materielle Erbrecht die gesellschaftlichen Veränderungen also praktisch unverändert überstanden. Das gilt jedoch nicht für das Erbschaftssteuerrecht. Es berücksichtigt die Änderungen in § 15 I Nr. 2, 16 I, II ErbStG. Demnach werden Kinder und „Stiefkinder“ gleichbehandelt, und zwar in der Steuerklasse (beide haben Steuerklasse I) und bei den Freibeträgen (400.000 € Freibetrag nach dem Elternteil und Stiefelternteil seit 01.01.2009). Materiellrechtlich ist das Stiefkind natürlich nicht gesetzlich erbberechtigt nach seinem Stiefelternteil, da nicht dessen Abkömmlinge gem. § 1924 I BGB.

Das gesetzliche Regelmodell (§§ 1924 ff., 1931 BGB) passt bei der Patchworkfamilie sehr häufig nicht, jedoch stellt das Gesetz mit den letztwilligen Gestaltungsmöglichkeiten Alternativen zur Verfügung, die - richtig eingesetzt - in der Regel zu befriedigenden Lösungen führen können. Solche Lösungen kann der Laie nicht formulieren, weshalb die Patchworkfamilie bei der testamentarischen Anordnung unbedingt der Hilfe des Kautalarjuristen bedarf. Aber: Angesichts der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse und Interessenlagen gibt es kein Pauschaltestament für Patchworkfamilien. Jedes Muster muss immer kritisch durchdacht und auf den konkreten Fall angepasst werden. Das zeigt besonders das Muster unter E.

Im Folgenden will ich einige typische Konstellationen schildern und mögliche letztwillige Gestaltungen einschließlich ihrer Grenzen aufzeigen (mehr dazu finden Sie bei Enzensberger, Testamente für Geschiedene und Patchworkfamilien, Zerb Verlag, 2007).

B. Das „Berliner Testament“ als Standardmodell für Familien

Als Standardmodell für die traditionelle Familie hat sich das „Berliner Testament“ (§ 2269 BGB) etabliert. Es ist dadurch gekennzeichnet, dass sich die Eltern zunächst gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und ihre gemeinsamen Kinder zu Erben (nur) des Zweitversterbenden von ihnen berufen. Mit dieser Gestaltung wird dem Interesse der Eltern Rechnung getragen, dass der Überlebende von ihnen den Nachlass ungeschmälert erhält und die Kinder erst nach dem Tod beider Eltern zum Zuge kommen. Freilich sind die Kinder auf den Tod des ersten Elternteils enterbt und damit pflichtteilsberechtigt. Dieses Problem wird, wenn kein Pflichtteilsverzicht (§ 2346 Abs. 2 BGB) zu erlangen ist, durch die Aufnahme sog. Pflichtteilklauseln entschärft (vgl.

zum Nachstehenden umfassend **Enzensberger**, Testamente für Geschiedene und Patchworkehen, 2007, S. 151 ff.).

Sie bestimmen im Grundsatz, dass ein Kind, welches auf den Tod des erstversterbenden Elternteils seinen Pflichtteil verlangt auch aus dem Nachlass des zweitversterbenden Elternteils nur seinen Pflichtteil erhält (Jastrow'sche Klausel).

Formulierungsvorschlag (Berliner Testament)

„Urkundseingang

§ 1 Widerruf

Wir widerrufen alle von uns bisher etwa errichteten letztwilligen Verfügungen. Durch bindende erbrechtliche Verfügungen gegenüber Dritten sind wir in der Verfügung über unseren Nachlass nicht beschränkt.

§ 2 Erbfolge nach dem Erstversterbenden

Wir setzen uns hiermit gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden, zum alleinigen und unbeschränkten Erben ein.

§ 3 Erbfolge nach dem Zweitversterbenden

Der Überlebende von uns setzt unsere gemeinsamen Kinder

- a) S und*
- b) T*

zu je 1/2 zu seinen Erben ein. Ersatzerben sind ihre Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, tritt Anwachsung an die anderen Kinder bzw. deren Stämme nach § 2094 BGB ein.

§ 4 Pflichtteils Klausel

Durch einseitige, nicht wechselbezügliche Verfügung bestimmen wir; Macht ein Abkömmling nach dem Tod des Erstversterbenden von uns gegen den Willen des Überlebenden den Pflichtteil geltend, sind er und seine Abkömmlinge von der Schlusserbfolge nach dem Überlebenden ausgeschlossen. Vorbehaltlich einer anderweitigen letztwilligen Regelung durch den Überlebenden von uns wächst der frei werdende Erbteil den übrigen Miterben entsprechend ihrer Erbteile an.

§ 5 Erbrechtliche Bindung

Die vorstehenden Verfügungen von Todes wegen sind unbeschadet der Verfügungen gem. § 4 wechselbezüglich. Der Überlebende von uns ist jedoch berechtigt, die

Schlusserbfolge gem. § 3 zu ändern, soweit lediglich unsere gemeinschaftlichen Abkömmlinge bedacht werden.

Sind beim Tod eines Ehegatten übergangene Pflichtteilsberechtigte vorhanden (z.B. aufgrund Wiederverheiratung des Überlebenden von uns), hat dies auf den Bestand und die Wirksamkeit dieses Testaments keine Auswirkungen. Das gesetzliche Anfechtungsrecht gem. § 2079 BGB ist ausgeschlossen.

§6 Ehescheidung

Ist unsere Ehe vor dem Tod eines Ehegatten aufgelöst worden, sind die vorstehend getroffenen Verfügungen ihrem ganzen Inhalt nach unwirksam. Gleiches gilt, wenn beim Erbfall ein Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt war, und zwar unabhängig davon, wer den Antrag gestellt hat und ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Scheidung vorgelegen haben.

(Schlussformel)“

Der erbschaftssteuerliche Nachteil des „Berliner Testaments“ darf allerdings nicht übersehen werden: Da die Kinder nur im zweiten Erbfall erben, bleiben ihre Freibeträge im ersten Erbfall ungenutzt. Außerdem erhalten sie den gesamten Nachlass beider Eltern nur von dem überlebenden Elternteil (Freibetrag Progression). Eine Rolle spielt dies freilich nur bei entsprechend guten Vermögensverhältnissen.

Als Grundmodell kann sich das „Berliner Testament“ zwar auch in Patchworkfamilien eignen, doch ist stets eine sorgfältige Anpassung an die individuelle Situation erforderlich.

C. Typische Interessenlagen bei Patchworkfamilien

1. Begünstigung nur der eigenen Kinder (Meine Kinder— Deine Kinder)

Fall 1

Die Eheleute V und M haben jeweils zwei Kinder aus früheren Verbindungen, aber keine gemeinsamen Kinder. Da jeder von ihnen finanziell auf eigenen Füßen steht, sollen unmittelbar die jeweils eigenen Kinder erben. Lediglich der gemeinsame Hausrat soll an den überlebenden Ehegatten fallen.

Unproblematisch ist zunächst die Gestaltung der letztwilligen Verfügung selbst:

Jeder Ehegatte setzt - durch einseitiges oder gemeinschaftliches Testament oder durch Erbvertrag - lediglich seine eigenen Kinder zu Erben ein und ordnet ein Vermächtnis bzgl. des Hausrats zugunsten des überlebenden Ehegatten an.

Damit wird aber das angestrebte Gestaltungsziel noch nicht sicher erreicht. Es kann nämlich noch durchkreuzt werden durch

- a) das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten und
- b) Zugewinnausgleichsansprüche des überlebenden Ehegatten nach § 1371 Abs. 2 und 3 BGB.

Der überlebende Ehegatte ist - abgesehen von dem ihm zugewandten Hausratsvermächtnis - enterbt und damit pflichtteilsberechtigt (§ 2303 BGB). Dabei liegt das Risiko regelmäßig weniger darin, dass der überlebende Ehegatte selbst den Pflichtteilsanspruch geltend macht, sondern darin, dass der überlebende Ehegatte verstirbt, bevor der Pflichtteilsanspruch verjährt ist (§ 2332 BGB). In diesem Fall geht nämlich der Pflichtteilsanspruch als Nachlassbestandteil (§ 2317 Abs. 2 BGB) auf die Erben des Längerlebenden über, also auf dessen einseitige Kinder, die ggf. weniger Hemmungen haben, den Pflichtteilsanspruch durchzusetzen.

Entsprechendes gilt für die güterrechtlichen Ansprüche gemäß § 1371 Abs. 2 und 3 BGB. Leben V und M in Zugewinnngemeinschaft, kann der überlebende Ehegatte nach einer Ausschlagung des Hausratsvermächtnisses den konkret berechneten Zugewinnausgleich und den (kleinen) Pflichtteil verlangen. Auch dieser Anspruch ist vererblich (§ 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB)

Um das Gestaltungsziel sicher zu erreichen, muss die letztwillige Verfügung daher noch mit

- a) einem Pflichtteilsverzichtsvertrag (2346 Abs. 2 BGB) und
 - b) einer ehevertraglichen Vereinbarung (Ausschluss der Rechte aus § 1371 Abs. 2 und 3 BGB) kombiniert werden.
- (Formulierungsvorschlag z. B. von Braun in Beck'sches Formularbuch Erbrecht 2007, E III 5.)

Exkurs: Pflichtteilsverzicht zwischen Ehegatten und § 1586b BGB

Fall 2:

In einer notariellen Scheidungsvereinbarung modifizieren die Eheleute M und F u. a. den nachehelichen Unterhalt der F (z.B. Vereinbarung einer Höchstgrenze) und vereinbaren einen wechselseitigen Erb- und Pflichtteilsverzicht. Einige Jahre nach der Scheidung verstirbt M. Sein Erbe verweigert weitere Unterhaltszahlungen an F unter Hinweis auf den vereinbarten Pflichtteilsverzicht. Zu Recht?

a) Unterhaltspflicht als Nachlassverbindlichkeit

Die nacheheliche Unterhaltspflicht erlischt nicht mit dem Tod des unterhaltsverpflichteten geschiedenen Ehegatten, sondern geht gem. § 1586 b Abs. 1 S. 1 BGB auf den Erben des Verpflichteten als Nachlassverbindlichkeit über. Dabei haftet der Erbe gem. § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB jedoch nicht über den Betrag hinaus, der dem Pflichtteil entspricht, welcher dem Berech-

tigten zustände, wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre. Der Grund für die unterschiedliche Behandlung von Trennungsunterhalt einerseits - er erlischt grundsätzlich mit dem Tod des Verpflichteten (Ausnahme: §1933 Satz 3 BGB) - und nachehelichem Unterhalt andererseits liegt darin, dass der (derzeitige) Ehegatte grundsätzlich erbrechtliche Ansprüche an den Nachlass des Erblassers hat, die zumindest wirtschaftlich betrachtet ein Äquivalent für den verlorenen Unterhalt darstellen, während der geschiedene Ehegatte von solchen gesetzlichen Ansprüche ausgeschlossen ist, weswegen die passive Vererblichkeit seines Unterhaltsanspruches anerkannt werden müsse (BT-Drs. 7/650, S. 151)

Nach § 1586 b Abs. 1 S. 3 BGB wird die Haftung der Erben auf den fiktiven Pflichtteil begrenzt, der dem geschiedenen Ehegatten zustünde, wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre. Für die Berechnung wird also der Fortbestand der geschiedenen Ehe bis zum Tod des Unterhaltspflichtigen fingiert. Außerdem bleiben gem. § 1586b Abs. 2 BGB Besonderheiten aufgrund des Güterstandes, in dem die geschiedenen Ehegatten gelebt haben, außer Betracht. Maßgebend ist also die Berechnung des Pflichtteils aufgrund des gesetzlichen Ehegattenerbrechts gem. § 1931 Abs. 1 und 2 BGB (ohne Rücksicht auf § 1931 Abs. 4 und § 1371 BGB) (Bergschneider FamRZ 2003, 1049, 1053).

b) Pflichtteilsverzicht und § 1586 b BGB

Welche Auswirkungen ein Erb- und/oder Pflichtteilsverzichtsvertrag gem. § 2346 BGB auf die Rechte aus § 1586 b BGB hat, ist in der Literatur außerordentlich umstritten. Veröffentlichte Rechtsprechung hierzu liegt - soweit ersichtlich - nicht vor.

Weite Teile der Literatur gehen davon aus, dass ein Erbverzichtsvertrag ebenso wie ein Pflichtteilsverzichtsvertrag die Haftung des Erben des unterhaltspflichtigen Ehegatten entfallen lasse. Etwas anderes soll danach nur gelten, wenn bei einem Erbverzicht der Pflichtteil vorbehalten wurde (Palandt/Brudermüller, BGB, 67. Aufl. 2008, § 1586 b Rn. 8; Bergmann in Bamberger/Roth § 1586 BGB Rn. 5, Soergel/Häberle, BGB, 12. Aufl., 1988, § 1586 b BGB Rn. 1; Dieckmann, NJW 1980, 2777; ders. FamRZ 1999, 1029). Diese Ansicht beruft sich zum einen auf den Wortlaut des § 1586b BGB. Denn der Ehegatte, der auf sein gesetzliches Erbrecht ohne Pflichtteilsvorbehalt oder auch nur auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet habe, begeben sich dadurch aller Pflichtteilerwartungen, sodass es an einem „fiktiven“ Pflichtteil i.S.d. §1586b Abs. 1 S. 3 BGB fehle, welcher die Unterhaltsschuld des Erben summenmäßig begrenzen könne. Zum anderen gewähre das Gesetz den in den Nachlass verlängerten Unterhaltsanspruch „gleichsam als Ersatz“ für den Verlust einer erbrechtlichen Nachlassteilhabe, die ihrerseits den überlebenden Ehegatten (auch) für den verlorenen Unterhalt entschädige; habe aber der überlebende Ehegatte (ohne Pflichtteilsvorbehalt) auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet, fehle es an allen gesetzlichen Teilhabeerwartungen erbrechtlicher Art, sodass ein solcher Verzicht den nachehelichen Unterhaltsanspruch des § 1933 S. 3 BGB erst gar nicht entstehen lasse.

Die Gegenauffassung stellt darauf ab, dass es sich bei dem Anspruch nach § 1586b BGB um einen Unterhaltsanspruch handele und die Beschränkung auf den Pflichtteil nur eine höhenmäßige Begrenzung darstelle (Bergschneider, FamRZ 2003, 1049, 1057; Brambring, in Schnitzler (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 2002, § 25 Rn. 76; Schmitz, FamRZ 1999, 1569; Pentz FamRZ 1998, 1344; FamRZ 1999, 488; für den bloßen Pflichtteilsverzicht siehe Grziwotz, FamRZ 1991, 1258).

Praxishinweis:

Mit Blick auf die vorstehend dargestellte umstrittene Rechtslage ist zu empfehlen, bei der Vereinbarung eines Erb- und/oder Pflichtteilsverzichtsvertrages zwischen Ehegatten (speziell in Scheidungsvereinbarungen) ausdrücklich klarzustellen, ob der Verzicht auch unterhaltsrechtliche Wirkungen haben soll. Dies gilt freilich nicht, wenn ohnehin ein vollständiger Unterhaltsverzicht vereinbart wird.

Formulierungsvorschlag: Kein Verzicht auf 1586b BGB

„Der vorstehende wechselseitige Pflichtteilsverzicht lässt Unterhaltsansprüche gegen den Erben des unterhaltsverpflichteten Ehegatten gem. § 1586b BGB unberührt.“

Formulierungsvorschlag: Verzicht auch auf 1586b BGB

„Ferner verzichten wir gegenseitig auf etwaige Unterhaltsansprüche gegen den Erben des Unterhaltsverpflichteten gem. § 1586b BGB.“

Fehlt es nun - wie im Fall 2 - an einer ausdrücklichen Regelung über die unterhaltsrechtlichen Folgen eines erklärten Erb- und Pflichtteilsverzichts, ist damit noch nicht gesagt, dass in jedem Falle die Erbenhaftung gem. § 1586b BGB ausgeschlossen ist, auch wenn man der oben genannten Literaturmeinung folgt, nach welcher ein Pflichtteilsverzicht die Erbenhaftung nach § 1586b BGB ausschließt. Denn in jedem Fall ist zunächst eine Auslegung der Vereinbarung vorrangig (S. dazu Bergschneider, FamRZ 2003, 1049, 1056). Es ist zu fragen, wie der mutmaßliche Wille der Eheleute gewesen wäre, wenn sie bei Erklärung des Erb- und/oder Pflichtteilsverzichts daran gedacht hätten, dass später ein Anspruch nach § 1586b BGB in Betracht kommen könnte.

Wird in einer Scheidungsvereinbarung kein Unterhaltsverzicht erklärt, sondern werden vielmehr ausdrückliche Regelungen zum nachehelichen Unterhalt getroffen oder aber der gesetzliche nacheheliche Unterhaltsanspruch schlicht (klarstellend) beibehalten, und wird sodann in derselben Urkunde ein Erb- und Pflichtteilsverzicht erklärt, wird man diesen m. E. in aller Regel dahingehend auszulegen haben, dass Unterhaltsansprüche nach § 1586b BGB hiervon nicht berührt werden sollen. In Scheidungsvereinbarungen wird ein (vorsorglicher) Erb- und Pflichtteilsverzicht aufgenommen, um die Rechtsfolge des § 1933 BGB auf den Zeitpunkt der Scheidungsvereinbarung vorzuverlagern bzw. um die Rechtsfolge des § 1933 BGB losgelöst von den

im Einzelfall möglicherweise umstrittenen Tatbestandsvoraussetzungen herbeizuführen (vgl. Grziwotz, FamRZ 1991, 1258; Limmer, ZFE 2002, 55, 61). Es geht also darum, beiden Ehegatten bereits für die Zeit des Getrenntlebens ihre volle erbrechtliche Verfügungsfreiheit zu garantieren. Insbesondere wird für einen Erb- und Pflichtteilsverzicht im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung regelmäßig keine Gegenleistung erbracht, welche es nahe legen könnte, dass es nicht dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten entspricht, dass ein Beteiligter zunächst ein Entgelt erhält und dann noch einmal Unterhalt bis zur Höhe des fiktiven-Pflichtteils (Zu diesem Argument s. Bergschneider, FamRZ 2003, 1049, 1056).

2. Ausschluss des leiblichen Elternteils (Der „Ex“ darf nichts bekommen)

Fall 3:

Die Ehe von V und M ist rechtskräftig geschieden. Aus der Ehe sind die beiden minderjährigen Kinder S und T hervorgegangen. M will nun zugunsten ihrer Kinder S und T testieren und dabei in jedem Falle verhindern, dass V auf dem „Umweg“ über S und/oder T noch an ihrem, der M, Vermögen partizipiert.

a) Interessenlage und Gestaltungsmöglichkeiten

Die Interessenlage und die Regelungsziele sind klar:

- Zum einen soll ein mittelbarer Vermögenserwerb des V oder seiner Verwandten verhindert werden. Ein solcher Vermögenserwerb droht dann, wenn M von ihren Kindern S und T beerbt wird, eines der Kinder sodann verstirbt und V dessen gesetzlicher (Mit-)Erbe wird. Außerdem partizipiert V mittelbar am Vermögen der M, wenn er in einer solchen Konstellation zwar nicht gesetzlicher (Mit-)Erbe wird (weil das Kind anderweitig testiert hat), aber pflichtteilsberechtigt ist.
- Zum anderen soll verhindert werden, dass V als gesetzlicher Vertreter der Erben S und/oder T (vgl. § 1680 BGB) die Vermögenssorge über den Nachlass der M erlangt.

Für beide Regelungsziele gibt es im Wesentlichen jeweils zwei grundsätzliche Gestaltungsmöglichkeiten:

- Zur Verhinderung eines mittelbaren Vermögenserwerbs durch V kann M entweder Vor- und Nacherbfolge oder ein bedingtes Herausgabevermächtnis anordnen und damit ihren Nachlass von dem ihrer Erben S und T trennen.
- Zum Ausschluss der Vermögenssorge kommt eine Verwaltungsanordnung nach § 1638 BGB oder aber die Anordnung der (Dauer-) Testamentsvollstreckung in Betracht.

b) Verhinderung des mittelbaren Vermögenserwerbs

aa) Vor- und Nacherbfolge

Bei der Gestaltung mittels Vor- und Nacherbfolge werden die Kinder S und T lediglich zu Vorerben der M eingesetzt. Hierdurch kommt es beim Tod eines der Kinder zu einer Trennung seines Nachlasses. Sein Eigenvermögen vererbt es ohne Besonderheiten nach den Regeln der gesetzlichen oder gewillkürten Erbfolge. Das von M ererbte Vermögen fällt an den Nacherben (§ 2139 BGB), und zwar als Erbe nach dem ursprünglichen Erblasser (M) und nicht etwa als Erbe des Vorerben. Aus diesem Grund ist der Nachlass der M auch nicht Grundlage für etwaige Pflichtteilsansprüche des V.

Die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge führt in dieser Konstellation allerdings zu einer regelmäßig nicht gewünschten Einschränkung der einzusetzenden Erben S und T. Auch wenn sie von den Beschränkungen eines Vorerben im weitest möglichen Umfang befreit werden, bleibt das Schenkungsverbot des § 2113 Abs. 2 BGB in jedem Falle bestehen, da der Erblasser hiervon nicht befreien kann (vgl. § 2136 BGB). Außerdem können S und T über den Nachlass der M nicht als Teil ihres Eigenvermögens letztwillig verfügen.

Um letzteres abzumildern wird vorgeschlagen, dass M als Nacherben diejenigen Personen einsetzt, die S und T ihrerseits zu ihren eigenen Erben bestimmen (sog. Dieterle-Klausel) (Nach *Dieterle*; BWNNotZ 1970, 170; 1971, 14; aktueller Formulierungsvorschlag bei *Nieder*, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 6, Form. XVI. 16 § 2).

Eine solche Regelung ist nach bislang h. M. trotz der Vorschrift des § 2065 Abs. 2 BGB zulässig (*Dieterle*, BWNNotZ 1971, 14, 17; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 2065 Rn. 7; *Staudinger/Otte*, BGB, Neubearbeitung 2003, § 2065 Rn. 16; *Schnabel*, Das Geschiedenentestament, 2001, 128). Begründet wird diese Auffassung im wesentlichen damit, die Person des Bedachten müsse nicht namentlich bezeichnet sein, es genüge, dass sie umschrieben und daraus erkennbar sei. Es könnten daher auch Personen, die erst durch den Eintritt gewisser, in der Zukunft liegender Umstände bestimmt werden sollen, dergestalt bedacht werden. Das OLG Frankfurt hat allerdings mit Beschluss vom 10.12.1999 (DNotZ 2001, 142 ff. mit Anm. Kanzleiter = ZEV 2001, 316 ff. m. Anm. Otte) eine testamentarisch Bestimmung, nach welcher diejenige Person zum Nacherben eingesetzt wurde, welche der Vorerbe selbst testamentarisch zu seinen Erben bestimmt, ohne weitere Begründung und ohne Auseinandersetzung mit der vorstehend zitierten Literatur wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB für unwirksam gehalten. Diese Einschätzung ist zwar m. E. nicht überzeugend (vgl. *Ivo*, DNotZ 2002, 260 ff. m. w. N.)

In der kautelarjuristischen Literatur wird allerdings teilweise empfohlen, bis zu einer abschließenden Klärung von derartigen Gestaltungen abzusehen (*Kanzleiter*, DNotO 2001, 149, 150; *J. Mayer*, ZErB 2001, 205). Zu Nacherben werden dann regelmäßig die anderen Abkömmlinge

des Erblassers, ersatzweise die gesetzlichen Erben des Vorerben mit Ausnahme des geschiedenen Ehegatten und seiner Verwandten eingesetzt.

Um die Bindung des Vorerben einzuschränken, empfiehlt es sich regelmäßig,

- die Nacherbfolge nur für den Fall anzuordnen, dass der Vorerbe ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstirbt (nur dann ist V gesetzlich erb- und pflichtteilsberechtigt) und
- die Anordnung der Nacherbfolge zeitlich zu beschränken, sie also z.B. mit der Vollen- dung des 25. Lebensjahres des Vorerben enden zu lassen. Ist der Nacherbfall nicht bis zu diesem Zeitpunkt eingetreten, werden die Vorerben zu unbeschränkten Vollerben. Zum einen sinkt das „Risiko“, dass der geschiedene Ehegatte Erbe des gemeinsamen Kindes wird (Grund: Potentielles Hinzukommen eigener Abkömmlinge). Zum anderen kann das gemeinsame Kind selbst durch eine entsprechende letztwillige Verfügung vorbeugen. (S. ausführlich Kanzleiter, ZNotP 2003, 127, 131).

Ferner wird vorgeschlagen, die Anordnung der Nacherbfolge auch mit dem Tod des geschiedenen Ehegatten entfallen zu lassen (Langefeld, Testamentsgestaltung, 3. Aufl., 2002, Rn. 595). Richtig ist, dass mit diesem Zeitpunkt das „Hauptrisiko“ entfällt. Indes können ggf. auch väterliche Verwandte (z.B. einseitige Kinder) zur gesetzlichen Erbfolge nach einem gemeinsamen Kind gelangen. In diesen Fällen entsteht dann eine Sicherungslücke.

Eine Sicherungslücke entsteht auch dann, wenn die aufschiebende Bedingung eintritt und so- dann der Nacherbe seinerseits unter den genannten Bedingungen verstirbt, sodass der ge- schiedene Ehegatte über den Nacherben am Nachlass partizipiert. Diese Lücke kann durch die Anordnung weiterer Nacherbfolgen geschlossen werden, d.h. der Nacherbe wird wiederum nur zum Vorerben eingesetzt, usw. Dies ist in den zeitlichen Grenzen des § 2109 BGB zulässig. Um eine dauerhafte „Blockade“ des Nachlasses zu verhindern, sollte in diesen Fällen jedenfalls eine zeitliche Beschränkung vorgesehen werden.

Im Formulierungsvorschlag werden die eingesetzten Ersatzerben nicht durch Nacherbfolge be- schränkt. Grund: Dass sowohl ein Kind als auch das ersatzberufene Enkelkind vor dem ge- schiedenen Ehegatten versterben, ist schon sehr unwahrscheinlich. Noch unwahrscheinlicher ist, dass der geschiedene Ehegatte dann erb- oder pflichtteilsberechtigt ist. Dieser Fall kann daher m. E. vernachlässigt werden. Auch dieser Fall könnte aber selbstverständlich geregelt werden, indem auch die Ersatzerben nur zu Vorerben eingesetzt werden.

bb) Bedingtes Herausgabevermächtnis

Alternativ zur Anordnung der Vor- und Nacherbfolge kann M ihre Erben S und T auch mit einem Herausgabevermächtnis zugunsten bestimmter Personen (z.B. den Enkelkindern) beschweren. Es wird freilich nur für den Fall angeordnet, dass Vermögenswerte aus dem Nachlass an den

geschiedenen Ehegatten (V) oder dessen einseitige Verwandte fallen oder für die Berechnung eines Pflichtteilsanspruchs herangezogen werden. Die Erben des verstorbenen gemeinsamen Kindes haben dann die vorhandenen Nachlassbestandteile nach dem Erblasser (M) bzw. etwaige Surrogate herauszugeben.

Die wesentlichen Unterschiede zur Anordnung der Vor- und Nacherbfolge sind:

- Die Erben (S und T) werden durch das Herausgabevermächtnis weniger belastet als durch die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge. Insbesondere unterliegen sie nicht dem Schenkungsverbot des § 2113 Abs. 2 BGB. Ferner sind Verfügungen über Grundbesitz im Vollzug unproblematischer, da ein Nacherbenvermerk im Grundbuch nicht eingetragen wird.
- Die Nacherbfolge führt kraft Gesetzes zu einer Gesamtrechtsnachfolge des Nacherben, während das Herausgabevermächtnis erst durchgesetzt werden muss (§ 2174 BGB).
- Die Nacherbfolge verhindert einen Zugriff der Eigengläubiger des Erben gem. § 2115 BGB. Bei der Vermächtnisvariante kann der Vollstreckungsschutz freilich über eine Testamentsvollstreckung erreicht werden (§ 2214 BGB).
- Für die Nacherbfolge stellt das Gesetz eine detaillierte Regelung zur Verfügung, während die gesetzlichen Bestimmungen das Herausgabevermächtnis nur lückenhaft regeln. Der Gestaltungsaufwand ist daher bei letzterem höher (und fehleranfälliger!).
- Die Drittbestimmungsmöglichkeiten sind bei einem Vermächtnis (§ 2151 ff. BGB) erheblich größer als bei der Nacherbfolge (§ 2065 BGB).

Die dauerhafte (d.h. bis zum Tod des Vorerben andauernde) Nacherbenbindung schießt m. E. regelmäßig über das Ziel hinaus. Es erscheint unverhältnismäßig, den Vorerben nur wegen eines theoretisch möglichen erbrechtlichen Erwerbs seitens des geschiedenen Ehegatten bis an sein, des Vorerben, Ableben in der Verfügung über den Nachlass so stark einzuschränken. Will der Erblasser eine bis zum Tod des Vorerben wirkende Regelung, erscheint daher die „Vermächtnisvariante“ vorzugswürdig. Kann sich der Erblasser aber dazu durchringen, die Nacherbenbindung zu einem bestimmten Zeitpunkt enden zu lassen, empfiehlt sich m. E. die Vor- und Nacherbfolge.

c) Ausschluss von Verwaltungsbefugnissen des geschiedenen Ehegatten

Nach der gesetzlichen Konzeption entspricht es der absoluten Regel, dass das Sorgerecht - und damit auch die Vermögenssorge - nach dem Tod eines Elternteils auf das andere Elternteil übergeht. Damit stünde dem geschiedenen Ehegatten auch die Verwaltung des ererbten Nachlasses für minderjährige Kinder zu. Will der Erblasser dies verhindern, kann er dem geschiede-

nen Ehegatten die Verwaltung des Nachlasses entziehen (§ 1638 BGB) oder Testamentsvollstreckung anordnen (§§ 2205, 2211 BGB).

Die wesentlichen Unterschiede zwischen beiden Möglichkeiten sind:

- Die Pflegschaft nach Entziehung der Verwaltung gem. § 1638 BGB endet zwingend mit der Volljährigkeit des Erben, die Testamentsvollstreckung erst entsprechend der Anordnung des Erblassers.
- Der Pfleger unterliegt gem. § 1915 Abs. 1, 1837 ff. BGB der Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht, nicht aber der Testamentsvollstrecker. Auch bedarf der Pfleger - anders als der Testamentsvollstrecker - zu bestimmten Maßnahmen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1915 Abs. 1, 1821 f. BGB).

Ist eine Person des Vertrauens vorhanden, ist regelmäßig die Anordnung der Testamentsvollstreckung vorzugswürdig, weil sie den vorgesehenen Verwalter freier stellt, indem sie ihm die Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht erspart. Zusätzlich kann dem geschiedenen Ehegatten die Verwaltung des Nachlasses entzogen werden, was sich dann freilich nur auf die Überwachungsbefugnisse gegenüber dem Testamentsvollstrecker auswirkt, die sodann von einem Pfleger wahrzunehmen sind.

Wird Vor- und Nacherbfolge angeordnet, empfiehlt es sich, den Testamentsvollstrecker zugleich zum Nacherbenvollstrecker einzusetzen (§ 2222 BGB), der während der Vorerbschaft die Nacherbenrechte gegenüber dem Vorerben wahrnimmt (z.B. Zustimmung zu einer Schenkung, § 2113 Abs. 2 BGB). Dies ist vor allem dann sinnvoll, wenn die Person des Nacherben noch nicht feststeht und sonst ein Pfleger für ihn handeln müsste (§ 1913 BGB).

d) Formulierungsvorschlag (zeitlich beschränkte bedingte Nacherbfolge)

„Urkundseingang

§ 1 Widerruf

Ich widerrufe alle von mir bisher etwa errichteten letztwilligen Verfügungen.

§ 2 Erbeinsetzungen

(1) Zu meinen Erben setze ich meine Kinder S und T je zur Hälfte ein. Ersatzerben sind ihre Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.

(2) Meine Kinder S und T sind nur Vorerben. Nacherben sind jeweils meine anderen Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, ersatzweise die gesetzlichen Erben des Vorerben bei Eintritt der Nacherbfolge. Dabei sind mein geschiedener Ehe-

mann und seine einseitigen Abkömmlinge und Verwandten in jedem Falle von der Nacherbfolge ausgeschlossen.

Die Nacherbfolge tritt mit dem Tod des Vorerben ein, allerdings nur, wenn er ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstirbt.

Wird ein gemeinsamer Abkömmling von mir und meinem geschiedenen Ehemann (...) aufgrund dieser Anordnung Nacherbe, soll er wiederum nur Vorerbe sein. Die vorstehenden Anordnungen für die Nacherben gelten entsprechend.

Die Nacherbfolge entfällt, wenn der Nacherbfall nicht bis zum (...) eingetreten ist [z.B. Vollendung des 25. Lebensjahres des jüngsten Vorerben]. Von diesem Zeitpunkt an werden die Vorerben zu unbeschränkten Erben.

Die Vorerben sind von den für sie geltenden Beschränkungen befreit, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Die Nacherbenanwartschaften sind nicht vererblich und nicht übertragbar. Zulässig ist aber die Übertragung auf den Vorerben, mit der jede etwa angeordnete Ersatznacherbfolge entfällt.

§ 3 Testamentsvollstreckung

(1) Ich ordne Testamentsvollstreckung an. Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich (...)‘ ersatzweise (...).

(2) Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, den Nachlass bis zum (...) zu verwalten [z.B. Vollendung des 25. Lebensjahres des jüngsten Vorerben]. Der Testamentsvollstrecker nimmt außerdem die Rechte des Nacherben wahr, solange die Nacherbfolge besteht

(3) Der Testamentsvollstrecker ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

(4) Der Testamentsvollstrecker enthält folgende Vergütung (...)/keine Vergütung. Er kann Ersatz seiner Auslagen verlangen.

(Schlussformel) „

3. Gleichbehandlung der einseitigen und gemeinschaftlichen Abkömmlinge (Meine Kinder — Deine Kinder — Unsere Kinder)

Fall 4:

V und M sind verheiratet und haben ein gemeinschaftliches Kind K. V hat aus früheren Verbindungen die Kinder A, B und C, M hat aus einer früheren Verbindung das Kind D. V und M wollen sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und alle Kinder - die einseiti-

gen und das gemeinschaftliche - auf den Tod des Überlebenden zu gleichen Teilen zu Erben berufen.

Ergänzung: V ist Inhaber verschiedener Gesellschaftsbeteiligungen. Diese sollen nach dem Tod des Letztversterbenden durch einen Testamentsvollstrecker verwaltet werden.

a) Problem: Unterschiedliche Pflichtteilsquoten

Hier ist als Grundkonzeption das „Berliner Testament“ gewollt. Das Problem dieser Gestaltung liegt aber in den unterschiedlichen Pflichtteilsquoten der Kinder: Ist V der Letztversterbende, erhalten „seine“ Pflichtteilsberechtigten (A, B, C und K) mit der zugewandten Erbquote von $\frac{1}{5}$ mehr als ihre Pflichtteilsquote ($\frac{1}{8}$). Ist aber M die Letztversterbende, liegt die „ihren“ Pflichtteilsberechtigten (K und D) zugewandte Erbquote von $\frac{1}{5}$ unter ihrer Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$. K und D haben dann einen Zusatzpflichtteil (§ 2305 BGB) von je $\frac{1}{20}$ ($= \frac{1}{4} - \frac{1}{5}$). Ist also M die Letztversterbende, wird der gemeinsame Verteilungsplan durch das Pflichtteilsrecht von K und D durchkreuzt.

Verlässlich kann dieses Problem nur durch einen Pflichtteilsverzicht von K und D gelöst werden. Lässt sich ein solcher nicht erlangen, bleibt nur die Möglichkeit, einen testamentarischen Anreiz zu schaffen, den Pflichtteil nicht geltend zu machen. Dies geschieht dadurch, dass der Erstversterbende (hier: V) sein Vermögen (oder einen Bruchteil davon) durch Vermächtnis den anderen Kindern zuwendet. Um den Überlebenden wirtschaftlich nicht zu belasten, wird die Fälligkeit des Vermächnisses auf dessen Tod hinausgeschoben. Da es sich aber gleichwohl um ein von dem Erstversterbenden angeordnetes Vermächtnis handelt, ist es bei der Berechnung des pflichtteilerheblichen Nachlasses des Letztversterbenden abzuziehen (§ 2311 BGB) (vgl. Reimann, MittBayNot 2002, 4, 7 f.; tlw. kritisch J. Mayer ZEV 2000, 1, 9). Insbesondere wenn der Erstversterbende der vermögendere Ehegatte ist, kann dies zu einer erheblichen Schmälerung der Pflichtteilsansprüche nach dem Letztversterbenden führen.

Die Anordnung- der Testamentsvollstreckung fällt nach geltendem Recht bei Vorversterben des V der Regelung des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB „zum Opfer“, da K und D unter ihrer Pflichtteilsquote eingesetzt sind. Auch das vorstehend erwähnte Vermächtnis hilft insoweit nicht weiter. Hier bringt die Erbrechtsreform mit Abschaffung des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Änderung, da die „automatische“ Unwirksamkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht mehr eintritt. Dem unter seiner Pflichtteilsquote bedachten Pflichtteilsberechtigten steht jedoch ein Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2305 BGB zu, der dann nicht von den angeordneten Beschränkungen und Beschwerden erfasst wird (Keim, ZEV 2008, 161, 162). Dies hat Bedeutung insbesondere bei Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung und einer Nacherbfolge.

b) Formulierungsvorschlag (nach Braun in Beck'sche Formularbuch Erbrecht 2007, E III 1)

§ 4 Vermächtnisse des V

1. Für den Fall, dass ich, V, der Erstversterbende sein sollte, beschwere ich meine Ehefrau M mit folgenden Vermächtnissen:

Meine Kinder A, B, C und K sowie der Sohn meiner Ehefrau, D, erhalten jeweils einen baren Geldbetrag. Die Höhe des Geldbetrages wird ermittelt, indem der Reinwert meines Nachlasses nach Maßgabe des § 2311 BGB durch die Anzahl der Vermächtnisnehmer geteilt wird.

2 Die Vermächtnisse fallen mit meinem Tod an. Sie sind beim Tod meiner Ehefrau M fällig und bis dahin nicht zu verzinsen. Jeder Vermächtnisnehmer wird im Wege der Auflage verpflichtet, eine Sicherung seines Vermächtnisanspruchs weder zu verlangen noch durch Vollstreckungsmaßnahme durchzusetzen; die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs ist zulässig. Ein Verstoß gegen diese Auflage führt dazu, dass das jeweilige Vermächtnis entfällt. Der Wegfall eines Vermächtnisnehmers führt zur Erhöhung der Quote bei den übrigen Vermächtnisnehmern. Die Vermächtnisse entfallen insgesamt ersatzlos, wenn meine Ehefrau M nicht Erbe wird; sie sind insoweit auflösend bedingt.

3. Das jeweilige Vermächtnis entfällt für einen einzelnen Vermächtnisnehmer, wenn er nach seinem leiblichen Elternteil bzw. Adoptivelternteil Pflichtteils- und/oder Pflichtteilsergänzungsansprüche (dazu zählt insbesondere auch ein etwaiger Pflichtteilsrest nach §§ 2305, 2307 BGB) geltend macht; die einzelnen Vermächtnisse sind insoweit auflösend bedingt. Der Wegfall eines Vermächtnisnehmers führt zur Erhöhung der Quote bei den übrigen Vermächtnisnehmern.

4. Ersatzvermächtnisnehmer sind die Abkömmlinge des jeweiligen Vermächtnisnehmers, mehrere zu gleichen Teilen nach Stämmen. Klargestellt wird, dass sich mehrere Abkömmlinge des Ersatzvermächtnisnehmers die nach den Abs. 1-3 zu bestimmenden Beträge bzw. Quoten zu teilen haben.

5. Die in Abs. 1-4 genannten Vermächtnisse entfallen insgesamt, wenn keiner der Abkömmlinge meiner Ehefrau M nach ihrem Tod Pflichtteils- und/oder Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend gemacht hat; die Vermächtnisse sind insoweit auflösend bedingt.

Die genannte auflösende Bedingung gilt als eingetreten, wenn sämtliche beim Tod meiner Ehefrau M konkret pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge zu Lebzeiten meiner Ehefrau M auf ihr Pflichtteilsrecht nach meiner Ehefrau M insgesamt verzichtet haben, oder den Erben meiner Ehefrau M sämtliche Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche erlassen haben.

4. Übergehung einseitiger Abkömmlinge

Fall 5:

V und M sind verheiratet und haben zwei gemeinschaftliche Kinder S und T. V hat aus einer früheren Verbindung das Kind A, zu dem kein Kontakt mehr besteht. Die Eheleute sind zu je ½ Anteil Miteigentümer des selbstgenutzten Hauses, das ihr wesentliches Vermögen darstellt.

V und M wollen sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und ihre Kinder S und T je zur Hälfte zu Schlusserben des Überlebenden berufen.

Die Konstellation in Fall 5 ist auf den ersten Blick durch ein „Berliner Testament“ zu gestalten, wobei nur S und T als Schlusserben eingesetzt werden. Allerdings hätte dies zur Folge, dass sich der pflichtteils erhebliche Nachlass des V bei Vorversterben der M verdoppeln würde. In diesem Fall wäre der Pflichtteil des A nämlich nicht nur aus dem hälftigen Miteigentumsanteil des V, sondern auch aus dem ursprünglich der M zustehenden Miteigentumsanteil zu berechnen.

Die Gestaltung muss daher darauf abzielen, diese Verdoppelung des pflichtteils erheblichen Nachlasses zu vermeiden. Hierzu bietet es sich an, V nur zum Vorerben der M einzusetzen, da dann der Nachlass der M beim Tod des V nicht als dessen pflichtteils erhebliches Eigenvermögen vererbt wird.

Formulierungsvorschlag (Übergehung einseitiger Abkömmlinge)

„Urkundseingang

§ 1 Widerruf

Wir widerrufen alle von uns bisher etwa errichteten letztwilligen Verfügungen. Durch bindende erbrechtliche Verfügungen gegenüber Dritten sind wir in der Verfügung über unseren Nachlass nicht beschränkt.

§ 2 Erbfolge nach dem Erstversterbenden

1. Wir setzen uns hiermit gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden, zum alleinigen Erben ein.

2. Der überlebende Ehemann V wird jedoch nur Vorerbe. Er ist von allen gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen befreit, soweit dies gesetzlich zulässig ist.

Nacherben sind unser Sohn S und unsere Tochter T je zur Hälfte. Ersatznacherben sind deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Die

Nacherbenanwartschaften sind nicht vererblich und nicht übertragbar. Zulässig ist aber die Übertragung auf den Vorerben, mit der jede etwa angeordnete Ersatznacherbfolge entfällt.

Die Nacherben sind zugleich zu Ersatzerben eingesetzt. Die Nacherbfolge tritt ein mit dem Tod des Vorerben.

§ 3 Erbfolge nach dem Zweitversterbenden

Der Überlebende von uns setzt unsere gemeinsamen Kinder

a) S und

b) T

zu je 1/2 zu seinen Erben ein. Ersatzerben sind ihre Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, tritt Anwachsung an die anderen Kinder bzw. deren Stämme nach § 2094 BGB ein.

§ 4 Pflichtteils Klausel

Durch einseitige, nicht wechselbezügliche Verfügung bestimmen wir: Macht ein Abkömmling nach dem Tod des Erstversterbenden von uns gegen den Willen des Überlebenden den Pflichtteil geltend, sind er und seine Abkömmlinge von der Schlusserbfolge nach dem Überlebenden ausgeschlossen. Vorbehaltlich einer anderweitigen letztwilligen Regelung durch den Überlebenden von uns wächst der frei werdende Erbteil den übrigen Miterben entsprechend ihrer Erbteile an. Für den Fall, dass die Ehefrau M die Erstversterbende ist und ein Abkömmling die Nacherbschaft ausschlägt, um den Pflichtteil geltend zu machen, sind der Ausschlagende und seine Abkömmlinge auch von der Nacherbfolge nach der Ehefrau ausgeschlossen.

§ 5 Erbrechtliche Bindung

Die vorstehenden Verfügungen von Todes wegen sind unbeschadet der Verfügungen gem. § 4 wechselbezüglich. Der Überlebende von uns ist jedoch berechtigt, die Schlusserbfolge gem. § 3 zu ändern, soweit lediglich unsere gemeinschaftlichen Abkömmlinge bedacht werden.

Sind beim Tod eines Ehegatten übergangene Pflichtteilsberechtigte vorhanden (z.B. aufgrund Wiederverheiratung des Überlebenden von uns), hat dies auf den Bestand und die Wirksamkeit dieses Testaments keine Auswirkungen. Das gesetzliche Anfechtungsrecht gem. § 2079 BGB ist ausgeschlossen.

§ 6 Ehescheidung

Ist unsere Ehe vor dem Tod eines Ehegatten aufgelöst worden, sind die vorstehend getroffenen Verfügungen ihrem ganzen Inhalt nach unwirksam. Gleiches gilt, wenn beim Erbfall ein Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt war, und zwar

unabhängig davon, wer den Antrag gestellt hat und ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Scheidung vorgelegen haben.

(Schlussformel)“

D. Ehevertrag der Patchworkfamilie

Die Zweitehe (oder auch Drittehe) unterscheidet sich von der Erstehe dadurch, dass zumindest einer der Ehepartner bereits eine Scheidung hinter sich hat, mit den einschlägigen Erfahrungen, die ein solches Ereignis so nach sich ziehen. Häufig resultiert daraus ein Bewusstsein, dass man auch für den Fall der Scheidung dieser Zweitehe klare vertragliche Regelungen treffen sollte. Dies ist aber eher die Ausnahme als die Regel.

Sachlich ergeben sich hinsichtlich der Notwendigkeit, einen Ehevertrag zu schließen, keine Unterschiede zur Erstehe. Der gesetzliche Güterstand bietet ein ausgewogenes Modell; davon abzuweichen bedarf eines Grundes. Gründe können sein:

Negatives Anfangsvermögen eines Partners (nach der letzten Familienrechtsnovelle gibt es nun tatsächlich negatives Anfangsvermögen, damit ist dieser Punkt entschärft), erhebliches Vermögen eines Teils oder beider Teile bei Eheschließung, erwartete Erwerbe aufgrund eines Erbrechts, risikoreiche Tätigkeit des Ehemannes usw.

Bei der Zweitehe dürfte im Gegensatz zur Erstehe häufig bereits Anfangsvermögen vorhanden sein, dessen Entwicklung während der Zweitehe ehevertraglich geregelt werden könnte. Aber auch hier sei bemerkt, dass jede Ehe ein Unikat ist und der Berater nicht jeder Zweitehe den folgenden Vorschlag „überziehen“ darf.

Es spricht Einiges dafür, mit Eheleuten, die zum zweiten Mal geheiratet haben, und die den Berater aufsuchen, weil sie das Bedürfnis nach Regelung haben, den Ausschluss der im Anfangsvermögen der Ehegatten stehenden Werte vom Zugewinnausgleich zu empfehlen.

Nach dem gesetzlichen Modell ist die Entwicklung des Anfangsvermögens während der Ehe ausgleichspflichtig. Der Klassiker ist das Bauerwartungsland oder gar die Wiese, die sich während der Ehe zum Bauland entwickelt, also z. B. von 10 €/m² auf 100 €/m². Die Wertsteigerung würde dann dem Zugewinnausgleich unterfallen, denn reale Wertsteigerungen des Anfangsvermögens sind ausgleichspflichtig. Häufig melden sich auch die Eltern des Ehegatten, der seinem Kind das entsprechende Vermögen zugewendet hat. Sie haben das Interesse, im Falle der Scheidung das Schwiegerkind vom Wertzuwachs auszuschließen.

Deshalb könnte in einem Ehevertrag der Zweitehe (Patchworkfamilie) folgende güterrechtliche Regelung stehen:

„Für den Fall, dass unser Güterstand auf andere Weise als durch den Tod eines von uns beendet wird, insbesondere durch Scheidung der Ehe, vereinbaren wir, dass Wertsteigerungen des Anfangsvermögens vom Zugewinnausgleich ausgeschlossen sind. Dies gilt auch für die Vermögenswerte, die ein jeder von uns zukünftig von Todes wegen, mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt. Diese Vermögenswerte einschließlich der Surrogate und der sie betreffenden Verbindlichkeiten sind weder bei der Berechnung des Anfangsvermögens noch des Endvermögens des jeweiligen Ehegatten zu berücksichtigen.“

Formulierung nach Brambring, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten (6. Aufl. S. 115).

Surrogate sind solche Vermögenswerte, die bei Veräußerung an die Stelle eines vom Zugewinnausgleich ausgeschlossenen Vermögensgegenstandes treten. Hierüber müssten die Eheleute „Buch“ führen.

Ein weiteres Problem kann sich aus § 1371 Abs. 2 u. 3 ergeben, wie im Fall 1 unter C angesprochen wurde. Ob ausnahmsweise hier einmal die Gütertrennung als Güterstand zu vereinbaren ist, muss sorgfältig abgewogen werden, da mit diesem Güterstand erhebliche erbschaftssteuerrechtliche Nachteile verbunden sind (§ 5 ErbStG).

Weitere Ausführungen zu spezifischen Problemen des Ehevertrages der Patchworkfamilie sollen hier unterbleiben, da nicht ersichtlich ist, dass Besonderheiten gegenüber der Erstehe existieren. Jede Ehe ist ein Unikat, einerlei, ob es sich nun um einen Erstversuch oder die zweite Ausführung handelt.

E. Beispiel eines gemeinschaftlichen Testaments der Zweitehe

(Vorbemerkung: Eheleute haben im Alter von 50 bzw. 40 Jahren geheiratet und ein Wohnhaus in Oldenburg erworben (Ehemann $\frac{3}{4}$ -Anteil, Ehefrau $\frac{1}{4}$ -Anteil entsprechend dem Kapitaleinsatz). Ehemann ist Frührentner, Ehefrau Hausfrau)

„Verhandelt am ... in ...

vor dem Notar ... in ...

erschieden:

1. Herr ...

2. Frau ...

beide wohnhaft ...

ausgewiesen durch Vorlage ihrer Personalausweise.

Die Erschienenen ersuchten den Notar um die Beurkundung eines
gemeinschaftlichen Testamentes.

Wie sich aus einer Sacherörterung mit den Erschienenen ergab, bestehen an ihrer Geschäfts- und Testierfähigkeit keine Zweifel. Die Frage nach einer Vorbefassung des Notars wurde verneint. Die Erschienenen verlangten keine Zuziehung von Zeugen oder eines zweiten Notars.

Sodann erklärten die Erschienenen ihren letzten Willen mündlich zu meiner, des Notars, Niederschrift wie folgt:

I.

Vorbemerkung

Die Erschienenen sind beide deutsche Staatsangehörige. Sie haben am ... vor dem Standesbeamten in ... in beiderseits zweiter Ehe geheiratet und leben seither im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Aus ihrer Ehe sind keine Kinder hervorgegangen.

Aus der ersten Ehe des Erschienenen zu 1. sind zwei Kinder hervorgegangen, nämlich

- a) Hermann..
- b) Dorothea..

Aus der zweiten Ehe der Erschienenen zu 2. ist ein Kind hervorgegangen, nämlich der Sohn Adrian, geb. am ...

Weitere Abkömmlinge haben die Erschienenen nicht.

In der freien Verfügung über ihr Vermögen sind die Erschienenen in keiner Weise beschränkt, weder durch einen Erbvertrag noch durch ein gemeinschaftliches Testament. Vorsorglich widerrufen die Erschienenen alle etwa vorhandenen früheren Verfügungen von Todes wegen.

II.

Erbeinsetzungen

1.

Der Erschienenene zu 1. setzt die Erschienenene zu 2. als seine alleinige Erbin ein. Die Erschienenene zu 2. ist jedoch nur Vorerbin und als solche von allen gesetzlichen Beschränkungen befreit, soweit dies möglich ist. Als Nacherben bestimmt der Erschienenene zu 1. seine beiden Kinder aus seiner ersten Ehe, nämlich

- a) Hermann
- b) Dorothea

zu gleichen Anteilen.

Der Nacherbfall tritt ein mit dem Tode der Vorerbin. Die benannten Nacherben sind gleichzeitig Ersatzerben des Erschienenen zu 1. zu gleichen Teilen. Für die Nacherben bzw. Ersatzerben gilt die Regelung in § 2069 BGB und zwar auch dann, wenn ein Nacherbe erst zwischen dem Erbfall und dem Nacherbfall wegfällt. Sind bei einem weggefallenen Nacherben bzw. Ersatzerben keine Abkömmlinge vorhanden, erbt der andere Kindesstamm allein. Erlebt hiernach kein Nacherbe den Nacherbfall, so entfällt die Nacherbfolge. Die Erschienene zu 2. ist dann unbeschränkte Vollerbin.

2.

Die Erschienene zu 2. setzt den Erschienenen zu 1. als ihren alleinigen Erben ein. Der Erschienene zu 1. ist jedoch nur Vorerbe und als solcher von allen gesetzlichen Beschränkungen befreit, soweit dies möglich ist. Als alleinigen Nacherben bestimmt die Erschienene zu 2. ihren Sohn Adrian.

Der Nacherbfall tritt ein mit dem Tode des Vorerben. Der benannte Nacherbe ist gleichzeitig alleiniger Ersatzerbe der Erschienenen zu 2. Für den Nacherben bzw. Ersatzerben gilt die Regelung in § 2069 BGB und zwar auch dann, wenn der Nacherbe erst zwischen Erbfall und Nacherbfall wegfällt. Erlebt der Nacherbe den Nacherbfall nicht, so entfällt die Nacherbfolge. Der Erschienene zu 1. ist dann unbeschränkter Vollerbe.

III.

Vermächtnisse

1.

Der Erschienene zu 1. ordnet folgendes Vorausvermächtnis an:

Die Erschienene zu 2. erhält als Vorausvermächtnis

- a) *alle zum Nachlass gehörigen beweglichen Sachen zu Alleineigentum und*
- b) *alle zum Nachlass gehörigen Guthaben bei allen Geldinstituten einschließlich aller Wertpapierdepots.*

Die angeordnete Nacherbfolge erstreckt sich nicht auf das vorbezeichneten Vorausvermächtnis.

2.

Die Erschienene zu 2. ordnet folgende Vermächtnisse an:

- a) *Der Sohn der Erschienenen zu 2., Adrian, erhält das im Grundbuch von ...des Amtsgerichts Bremen Blatt ..., eingetragene Grundstück mit allen Rechten und Bestandteilen sowie dem vorhandenen Zubehör zu Alleineigentum.*
- b) *Der Erschienenene zu 1. erhält als Vorausvermächtnis*
 - aa) *alle zum Nachlass gehörigen beweglichen Sachen zu Alleineigentum*
 - bb) *alle zum Nachlass gehörigen Guthaben bei allen Geldinstituten einschließlich aller Wertpapierdepots.*

Die angeordnete Nacherbfolge erstreckt sich nicht auf die vorstehend unter Buchstaben a) und b) zugewendeten Vermächtnisse.

Ersatzvermächtnisnehmer des Sohnes der Erschienenen zu 2. sind dessen ehelichen Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Im Übrigen werden Ersatzvermächtnisnehmer nicht bestimmt.

IV. **Testamentsvollstreckung**

Die Erschienenene zu 2. ordnet hinsichtlich des ihrem Sohn zugewandten Vermächtnisses Testamentsvollstreckung an. Zum Testamentsvollstrecker ernennt sie den Erschienenen zu 1. Sollte dieser das Amt nicht annehmen oder nach Annahme wegfallen, wird das zuständige Nachlassgericht ersucht, eine Person, die nicht mit dem Sohn verwandt sein darf, als Testamentsvollstrecker zu bestimmen.

Der Testamentsvollstrecker hat das Recht, einen Nachfolger zu ernennen.

Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, das zugunsten des Sohnes der Erschienenen zu 2. angeordnete Vermächtnis zu erfüllen, also das Grundstück, Blatt ... von ... auf den Sohn aufzulassen, wobei er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Er hat außerdem die Aufgabe, das dem Sohn zugewandte Vermächtnis zu verwalten. Andere Aufgaben werden ihm nicht zugewiesen.

Die Verwaltung des Vermächtnisses hat solange zu erfolgen, bis der Sohn das 27. Lebensjahr vollendet hat.

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung entfällt, wenn der Sohn der Erschienenen zu 2. bei deren Tod das 27. Lebensjahr vollendet hat.

V. **Bindungswirkung**

Die vorstehend zu Ziff. II. und III. getroffenen Verfügungen sind wechselbezüglich im Sinne von § 2270 BGB, jedoch soll nach dem Tode des Erstversterbenden von uns der

überlebende Teil das Recht haben, seine einseitigen Verfügungen nach Gutdünken abzuändern.

Der Notar hat uns darüber belehrt, dass jeder Ehegatte seine wechselbezüglichen Verfügungen bei Lebzeiten beider Ehegatten durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten widerrufen kann und dass der Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen eines Ehegatten auch die Unwirksamkeit der wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Ehegatten zur Folge hat. Die Widerrufserklärung bedarf der notariellen Beurkundung und Mitteilung an den anderen Ehegatten durch Zugang einer Ausfertigung des Protokolls.

VI.

Pflichtteilsverzicht

Die Erschienenen wurden über die gesetzlichen Pflichtteilsbestimmungen belehrt. Sie erklärten:

Wir verzichten hiermit wechselseitig auf unsere gesetzlichen Pflichtteilsansprüche und nehmen den Verzicht des Anderen wechselseitig an.

VII.

Vereinbarung der Gütertrennung

Wir leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Wir schließen folgenden

EHEVERTRAG:

1.

Wir heben den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft auf und vereinbaren für unsere Ehe den Güterstand der Gütertrennung.

2.

Der Notar hat uns darauf hingewiesen, dass durch die Vereinbarung der Gütertrennung ein Ausgleich des Zugewinns bei Beendigung der Ehe, insbesondere nach einer Scheidung, nicht stattfindet, und dass sich das gesetzliche Erbrecht und die Pflichtteilsansprüche vermindern können. Jeder von uns ist berechtigt, ohne Zustimmung des anderen über sein Vermögen im ganzen, auch über die ihm gehörenden Gegenstände des ehelichen Haushalts, frei zu verfügen.

3.

Auf etwa bisher entstandene Ansprüche auf Ausgleich des Zugewinns verzichten wir und nehmen diesen Verzicht gegenseitig an.

4.

Die Beifügung einer Aufstellung unseres beiderseitigen Vermögens zu diesem Vertrag wünschen wir nicht.

5.

Wir beantragen die Eintragung der Gütertrennung in das Güterrechtsregister. Der Notar soll jedoch die Eintragung nur auf besondere schriftliche Anweisung eines von uns veranlassen.

VIII.

Pflichtteilsstrafklausel

Sollte ein Abkömmling des erstversterbenden Teils gegenüber dem überlebenden Teil den Pflichtteil geltend machen, so soll jede zu seinen Gunsten in diesem Testament getroffene Verfügung unwirksam sein. Für diesen Fall tritt Anwachsung ein. Sollten alle Abkömmlinge ausschlagen, wird der überlebende Teil unbeschränkter Vollerbe.

VIII

Sonstiges

Der Notar wird angewiesen, die Urschrift dieses Testaments beim Amtsgericht in ... in amtliche Verwahrung zu geben und den Erschienenen je eine beglaubigte Abschrift des Testaments zu erteilen. Eine weitere beglaubigte Abschrift des Testaments kann der Notar bei seiner Akte offen verwahren.

Die Kosten für die Beurkundung dieses Testaments und die amtliche Verwahrung tragen die Erschienenen als Gesamtschuldner.

Den Wert ihres nach Abzug der Verbindlichkeiten verbleibenden reinen Vermögens geben die Erschienenen mit ... € an.

Vorstehendes Protokoll wurde den Erschienenen von dem Notar vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig, wie folgt, von ihnen und dem Notar unterschrieben:“

Schlussbemerkungen

So verschieden die familiären Konstellationen sind, die unter dem Begriff der „Patchworkfamilie“ zusammengefasst werden, so verschieden sind auch die möglichen letztwilligen Gestaltungen. Bei „Patchworkfamilien“ ist der Gestaltungsbedarf regelmäßig (noch) höher als in traditionellen

Familien. Die erbrechtlichen Gestaltungsmittel des BGB lassen in aller Regel befriedigende Lösungen zu. Namentlich die Vor- und Nacherbfolge, die sonst nur sparsam eingesetzt werden sollte, erlebt in diesen Konstellationen eine Renaissance.

Die Bindungswirkung bedarf hier besonderer Beachtung. Es sollte grundsätzlich aufgenommen werden, dass der überlebende Teil (also nach dem ersten Erbfall) seine einseitigen testamentarischen Verfügungen nach seinem freien Ermessen ändern kann, jedenfalls wenn und soweit seine einseitigen Abkömmlinge betroffen sind. Insoweit hat der dann verstorbene Teil in der Regel kein Interesse, den überlebenden Ehegatten daran festzuhalten.

Der Pflichtteilsverzichtsvertrag zwischen den Eheleuten beugt der Möglichkeit vor, dass der überlebende Teil die Erbschaft ausschlägt und damit die Anordnungen des erstversterbenden Teils torpediert.