

Bonefeld/Wachter (Hrsg.)
Der Fachanwalt für Erbrecht

Der Fachanwalt für Erbrecht

herausgegeben von

Dr. Michael Bonefeld
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht,
Fachanwalt für Familienrecht, München

Dr. Thomas Wachter †
Notar, München

4. Auflage

zerb verlag

Vorwort zur vierten Auflage

Seit dem Erscheinen der Erstaufgabe unseres Handbuchs „Der Fachanwalt für Erbrecht“ haben wir von den zahlreichen Lesern eine äußerst positive Resonanz erhalten, wofür wir uns ausdrücklich bedanken möchten.

In der nun vorliegenden Neuauflage haben wir zahlreiche neue Gesetze, die eine Auswirkung auf das erbrechtliche Mandat haben, berücksichtigt und deren Auswirkungen auf die fachanwaltliche Praxis im Buch dargestellt. Insbesondere das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und das neue Vormundschafts- und Betreuungsrecht machten zahlreiche Anpassungen notwendig.

Der Redaktionsschluss für das vorliegende Buch war im Oktober 2023, so dass damals bereits bekannte beabsichtigte Gesetzesänderungen – insbesondere Ergänzungen des ErbStG sowie die Novelle des GrEStG im Hinblick auf das Inkrafttreten des MoPeG zum 1. Januar 2024 – zwar angesprochen, aber nicht erschöpfend berücksichtigt werden konnten.

Leider ist für uns völlig unfassbar der Mitherausgeber und Mitautor Dr. Thomas Wachter kurz vor Erscheinen dieses Werkes mit nur 54 Jahren verstorben. Er wird nicht nur durch seine zahlreichen Gedanken und Schriften für uns positiv in Erinnerung bleiben. Er war eine immense Triebfeder auch für dieses Werk. Daher ist dieses Buch ihm von Herzen gewidmet.

Zum Schluss gilt besonderer Dank dem zerb verlag bzw. seinem Team, insbesondere Frau Rechtsanwältin Andrea Albers und Frau Marita Blaschko.

Für Kritik und Anregungen sind wir stets dankbar.

München, im Oktober 2023

Dr. Michael Bonefeld

Autorenverzeichnis

Dipl.-Kfm. Thilo A. Bäß, M.Sc.

Sachverständiger für die Wertermittlung von bebauten und unbebauten Grundstücken
(RICS Registered Valuer), Berlin

Dr. Michael Bonefeld

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Fachanwalt für Familienrecht, München

Dr. Thomas Diehn, LL.M.

Notar, Hamburg

Birgit Eullberg

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Augsburg

Dennis Ch. Fast

Rechtsanwalt, Brühl

Dr. Martin Feick

Rechtsanwalt, Mannheim

Mario Filtzinger

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Frankfurt am Main

Daniela Flaig

Rechtsanwältin, Mannheim, Geschäftsführerin der Deutschen Vereinigung für
Vorsorge- und Betreuungsrecht dvvb e.V.

Dr. Lutz Förster

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, zert. Testamentsvollstrecker (AGT),
zert. Stiftungsberater (FSU Jena), Brühl

Patricia Goratsch

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Dresden

Lisa Hammes, LL.B.

Rechtsanwältin, Mannheim

Katrin Heindl

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Fachanwältin für Familienrecht, München

Dr. Katharina Hemmen, LL.M.

Rechtsanwältin, Steuerberaterin, Frankfurt am Main

Dr. Hans-Frieder Krauß, LL.M (Michigan)

Notar a.D., München

Prof. Dr. Ludwig Kroiß

Präsident des Landgerichts, Traunstein

Dr. Dietmar Kurze

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Vorsorgeanwalt, Berlin

Nina Lenz-Brendel

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, zert. Testamentsvollstreckerin (DVEV),
Wirtschaftsmediatorin, zert. Unternehmensnachfolgeberaterin (zentUma e.V.),
Mannheim

Thomas Maulbetsch

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, zert. Testamentsvollstrecker (DVEV),
Obrigheim

Dr. Gebhard Mehrle

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht, Mediator, Stuttgart

Michael Ott-Eulberg

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Augsburg

Dr. Pierre Plottek

Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Erbrecht, Bochum

Michael Ramstetter

Rechtsanwalt, Mannheim, Vorstand der Deutschen Vereinigung für Vorsorge- und
Betreuungsrecht dvvb e.V.

Dr. Christopher Riedel, LL.M.

Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Steuerrecht, Düsseldorf

Stephan Reißmann

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Berlin

Julia Roglmeier, LL.M.

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Fachberaterin für Unternehmensnachfolge
(DStV e.V.), Wirtschaftsmediatorin (MuCDR), München

Wolfgang Roth

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Obrigheim

Dr. Julian Schick

Rechtsanwalt, Berlin

Dr. Bernd Schmalenbach

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Fachanwalt für Steuerrecht, Sindelfingen

Dr. Thomas Wachter

Notar, München

Dr. Alexander Wirich

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Fachanwalt für Steuerrecht,
Villingen-Schwenningen

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Musterverzeichnis	XIII
Allgemeines Literaturverzeichnis	XIX
1. Teil: Einführung	1
§ 1 Annahme und Führung des Mandats in Erbsachen	1
<i>Katrin Heindl</i>	
2. Teil: Grundlagen des Erb- und Pflichtteilrechts	37
§ 2 Gesetzliche und gewillkürte Erbfolge	37
<i>Wolfgang Roth</i>	
§ 3 Alleinerbe	101
<i>Pierre Plottek/Malte Masloff/Julia Rock</i>	
§ 4 Vor- und Nacherbe	121
<i>Gebhard Mehrle</i>	
§ 5 Erbengemeinschaft	173
<i>Stephan Rißmann</i>	
§ 6 Vermächtnisrecht	287
<i>Thomas Maulbetsch</i>	
§ 7 Testamentsgestaltung	365
<i>Patricia Goratsch/Florian Enzensberger</i>	
§ 8 Ausschlagung und Anfechtung	431
<i>Pierre Plottek/Malte Masloff/Julia Rock</i>	
§ 9 Rund um die Beerdigung	443
<i>Bernd Schmalenbach</i>	
§ 10 Umfang und Kosten des Mandats	507
<i>Lutz Förster/Dennis Ch. Fast</i>	
§ 11 Das Zentrale Testamentsregister	561
<i>Thomas Diehn</i>	
§ 12 Nachlasspflegschaft und Nachlassverwaltung	571
<i>Birgit Eulberg/Michael Ott-Eulberg</i>	
§ 13 Nachlassinsolvenzverfahren	655
<i>Birgit Eulberg/Michael Ott-Eulberg</i>	
§ 14 Einstweiliger Rechtsschutz im Erbrecht	693
<i>Michael Bonefeld</i>	
§ 15 Erbscheinsverfahren	709
<i>Ludwig Kroiß</i>	
§ 16 Testamentsvollstreckung	751
<i>Michael Bonefeld</i>	

3. Teil: Vorweggenommene Erbfolge	881
§ 17 Vorweggenommene Erbfolge	881
<i>Martin Feick/Lisa Hammes</i>	
§ 18 Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht	945
<i>Dietmar Kurze</i>	
§ 19 Mandat im Pflichtteilsrecht	979
<i>Alexander Wirich/Christopher Riedel</i>	
4. Teil: Vorsorgevollmachten und Patientenverfügung	1093
§ 20 Privatrechtliche Vorsorgeregelung	1093
<i>Michael Ramstetter</i>	
§ 21 Patientenverfügung	1105
<i>Daniela Flaig</i>	
5. Teil: Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht	1123
§ 22 Stiftungsrecht	1123
<i>Katharina Hemmen/Julian Schick/Katharina Gollan</i>	
6. Teil: Unternehmensnachfolge	1213
§ 23 Unternehmertestament – Schnittstellen zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht	1213
<i>Thomas Wachter</i>	
7. Teil: Schnittstellen zum Familienrecht	1321
§ 24 Ausgewählte Schnittstellen zwischen Familien- und Erbrecht	1321
<i>Michael Bonefeld/Katrin Heindl</i>	
8. Teil: Schnittstellen zum Sozialrecht	1395
§ 25 Sozialleistungsregress	1395
<i>Hans-Frieder Krauß</i>	
§ 26 Behinderten- und Bedürftigentestament	1425
<i>Julia Roglmeier</i>	
9. Teil: Besonderheiten bei einzelnen Vermögenswerten im Nachlass	1467
§ 27 Immobilienbewertung	1467
<i>Thilo A. Bäß</i>	
§ 28 Lebensversicherung im Erbfall	1489
<i>Birgit Eulberg/Michael Ott-Eulberg</i>	
§ 29 Kontobeziehung im Erbfall	1529
<i>Birgit Eulberg/Michael Ott-Eulberg</i>	
10. Teil: Steuerrecht	1549
§ 30 Steuerrechtliche Bezüge im Erbrecht	1549
<i>Christopher Riedel</i>	

11. Teil: Auslandsvermögen und internationales Erbrecht	1767
§ 31 Internationales Erbrecht	1767
<i>Mario Filtzinger</i>	
Anhang	1827
1. Klausur: Pflichtteilsrecht	1827
2. Klausur: Testament und Testamentsgestaltung	1838
3. Klausur: Einstweiliger Rechtsschutz	1845
4. Klausur: Internationales Privatrecht	1851
5. Klausurfragen: Testamentsvollstreckung	1858
6. Fachanwalt für Erbrecht – Die richtige Antragstellung für die Verleihung	1863
Stichwortverzeichnis	1885
Benutzerhinweise für den Download	1939

Musterverzeichnis

§ 1	Annahme und Führung des Mandats in Erbsachen	
1.1.	Beratungstermin bei Erbausschluss durch Berliner Testament mit Jastrowscher Klausel	14
1.2.	Vereinbarung über die Begrenzung der Haftung für den Einzelfall.....	24
§ 2	Gesetzliche und gewillkürte Erbfolge	
2.1.	Erbverzichtsvertrag	81
§ 5	Erbengemeinschaft	
5.1.	Schiedsklausel	267
§ 6	Vermächtnisrecht	
6.1.	Teilungsanordnung mit Vorausvermächtnis	295
6.2.	Haftung im Innenverhältnis der Erben	299
6.3.	bedingtes Vermächtnis	300
6.4.	Verschaffungsvermächtnis	312
6.5.	Bestimmungsvermächtnis	313
6.6.	Wahlvermächtnis	314
6.7.	Gattungsvermächtnis	315
6.8.	Zweckvermächtnis	316
6.9.	Universalvermächtnis	316
6.10.	Nachvermächtnis	318
6.11.	Herausgabevermächtnis	319
6.12.	Auflagenvermächtnis	319
6.13.	Haupt- und Untervermächtnis	320
6.14.	Erlassvermächtnis	321
6.15.	Schuldvermächtnis	321
6.16.	Ersatzvermächtnis	322
6.17.	Pflichtteilsvermächtnis	322
6.18.	Quotenvermächtnis	323
6.19.	Supervermächtnis	324
6.20.	Geldvermächtnis	327
6.21.	Nießbrauchvermächtnis an Immobilie	328
6.22.	Nießbrauch an Kapitalgesellschaftsanteilen	332
6.23.	Nießbrauch und Vermögensvorteil	336
6.24.	Wohnungsrechtvermächtnis	338
6.25.	Rentenvermächtnis	340
6.26.	Vorkaufsrechtvermächtnis	342
6.27.	Vermächtnis betreffend ausgleichungspflichtiger Vorempfänge	343
6.28.	Vorausvermächtnis betreffend ausgleichungspflichtige Vorempfänge	343
6.29.	Pflegevergütungsvermächtnis	345
6.30.	Vermächtnisvollstreckung	347
6.31.	Nießbrauchsvermächtnis	350
6.32.	Haftungsvorbehalt nach § 780 ZPO	354
6.33.	Vermächtnis und Verjährung	363

§ 7	Testamentsgestaltung	
7.1.	Aufhebung früherer Verfügungen	379
7.2.	Vor- und Nacherbfolge	385
7.3.	Teilungsanordnung	386
7.4.	Vorausvermächtnis	387
7.5.	Überquotale Teilungsanordnung (1).....	388
7.6.	Haustierversorgung durch Vermächtnis mit Auflage.....	395
7.7.	Entziehung Vermögensverwaltungsrecht	395
7.8.	Vormundbenennung.....	396
7.9.	Abänderungsklausel	406
7.10.	Anfechtungsverzicht.....	407
7.11.	Pflichtteilsstrafklausel (Jastrow'sche Klausel)	408
7.12.	Scheidungsklausel.....	408
7.13.	Schweigepflichtentbindungserklärung.....	410
7.14.	Testament mit Vor- und Nacherbfolge, Vorausvermächtnissen und Testamentsvollstreckung	410
7.15.	Überquotale Teilungsanordnung (2).....	411
7.16.	Nießbrauchsvermächtnis.....	412
7.17.	Ausschluss Vermögensverwaltungs- und Unterhaltsverwendungsrecht	413
7.18.	Ehegattentestament – Berliner Testament mit Teilungsanordnungen, Pflichtteilsstrafklausel, Anfechtungsverzicht und Änderungsbefugnis	413
7.19.	Ehegattentestament mit Nießbrauchsvermächtnis, Testamentsvollstreckung und Auseinandersetzungsausschluss.....	415
7.20.	Ehegattentestament mit Supervermächtnis	416
7.21.	Geschiedentestament	421
7.22.	Herausgabevermächtnis	422
7.23.	Unternehmertestament (1).....	425
7.24.	Unternehmertestament (2).....	426
7.25.	Einzeltestament des Landwirts.....	428
§ 9	Rund um die Beerdigung	
9.1.	Bestattungsverfügung.....	457
§ 10	Umfang und Kosten des Mandats	
10.1.	Vergütungsvereinbarung Stundensatz	533
10.2.	Gebührenvereinbarung.....	541
10.3.	Ergänzung zur Gebührenvereinbarung	543
§ 12	Nachlasspflegschaft und Nachlassverwaltung	
12.1.	Bestandsaufnahme des Nachlasses (Nachlassverzeichnis)	591
12.2.	Anschreiben des Nachlasspflegers an die Banken	593
12.3.	Ersuchen an die Postbank	594
12.4.	Schreiben an die Bank zur Terminvereinbarung bzgl. Schließfachöffnung.....	598
12.5.	Antrag an das Nachlassgericht auf Erteilung der Überweisungserlaubnis.....	599
12.6.	Übermittlung der nachlassgerichtlichen Überweisungsgenehmigung an die Bank	599
12.7.	Ausschluss der persönlichen Haftung des Nachlasspflegers bei Insolvenz- antragstellung.....	601

12.8.	Antrag des Nachlasspflegers auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens.....	602
12.9.	Jahresbericht des Nachlasspflegers (Tätigkeitsbericht).....	606
12.10.	Auskunftersuchen beim Einwohnermeldeamt	610
12.11.	Auskunftersuchen beim Standesamt.....	611
12.12.	Auskunftersuchen beim Außenministerium im Rahmen der Amtshilfe.....	611
12.13.	Erbenermittlung/Zusammenarbeit.....	612
12.14.	Nachfolgeauftrag.....	613
12.15.	Antrag auf Festsetzung der Vergütung.....	620
12.16.	Aufforderungsschreiben an Erben.....	623
12.17.	Antrag auf Eintragung der Nachlassverwaltung in das Grundbuch.....	626
12.18.	Antrag auf Festsetzung der Vergütung des Nachlassverwalters	631
12.19.	Antrag eines Nachlassgläubigers auf Anordnung der Nachlasspflegschaft.....	634
12.20.	Antrag auf Anordnung einer Nachlasspflegschaft durch eine Angestellte des Betriebs des Erblassers aufgrund ausstehender Lohnforderungen.....	634
12.21.	Antrag des Gläubigers auf Anordnung der Klagpflegschaft.....	637
12.22.	Erinnerung der Erben gegen die Anordnung der Nachlasspflegschaft	638
12.23.	Antrag eines Erben auf Anweisung des Nachlasspflegers	639
12.24.	Antrag des Erben zur Durchführung des Aufgebotsverfahrens	644
12.25.	Hinweis auf anfallende Kosten.....	645
12.26.	Antrag des Erben auf Anordnung der Nachlassverwaltung.....	645
12.27.	Sofortige Beschwerde des Erben gegen die Anordnung der Nachlassverwaltung.....	646
12.28.	Antrag des Erben auf Aufhebung der Nachlassverwaltung	647
12.29.	Antrag des Erben auf Entlassung des Nachlassverwalters.....	647
12.30.	Anmeldung einer Forderung im Aufgebotsverfahren.....	649
12.31.	Antrag eines Nachlassgläubigers auf Anordnung der Nachlassverwaltung	650
12.32.	Antrag eines Nachlassgläubigers auf Entlassung des Nachlassverwalters	651
12.33.	Antrag eines Nachlassgläubigers auf Aufhebung der Nachlassverwaltung.....	652
12.34.	Erinnerung gegen die Aufhebung der Nachlassverwaltung	652
12.35.	Antrag auf Siegelung	653
12.36.	Antrag auf amtliche Inverwahrnahme.....	653
12.37.	Antrag auf Kontenspernung	654

§ 13 Nachlassinsolvenzverfahren

13.1.	Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens.....	661
13.2.	Anmeldung zur Nachlassinsolvenztabelle beim Nachlassinsolvenzverwalter...	685

§ 14 Einstweiliger Rechtsschutz im Erbrecht

14.1.	Antrag für eine einstweilige Anordnung.....	703
14.2.	Antrag für eine einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO	703
14.3.	Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Eintragung eines Widerspruchs.....	704
14.4.	Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Herausgabeanspruchs aus §§ 2287, 2288 BGB.....	704
14.5.	Durchsuchungsantrag	705
14.6.	Rechtshängigkeitsvermerk	705
14.7.	Antrag auf vorläufige Verwaltung	706

14.8.	Antrag auf Eintragung eines Sperrvermerks.....	706
14.9.	Antrag auf Sicherheitsleistung.....	706
14.10.	Antrag auf Unterlassungsverfügung.....	707
§ 15 Erbscheinsverfahren		
15.1.	Einfacher Erbscheinsantrag.....	718
15.2.	Anhörung von Betroffenen.....	727
15.3.	Feststellungsbeschluss im Erbscheinsverfahren bei widersprechenden Anträgen.....	728
15.4.	Beschlussformel.....	729
15.5.	Beschlussformel bei Alleinerbschein.....	731
15.6.	Gemeinschaftlicher Erbschein.....	731
15.7.	Teilerbschein.....	732
15.8.	Gemeinschaftlicher Teilerbschein.....	732
15.9.	Sammelerbschein.....	732
15.10.	Erbschein des Nacherben nach Eintritt des Nacherbfalls.....	732
15.11.	Fremdrechtserbschein.....	733
15.12.	Erbschein über hoffreies Vermögen.....	733
15.13.	Hoferbfolgezeugnis nach der HöfeO.....	733
15.14.	Erbschein für den Gläubiger des einzigen Erben.....	734
15.15.	Erbschein mit Nacherbenvermerk.....	734
15.16.	Einziehungsbeschluss.....	738
15.17.	Kraftloserklärung.....	739
15.18.	Antrag auf Einziehung eines Erbscheins.....	739
15.19.	Beschwerdeverwerfung.....	741
15.20.	Stattgebende Beschwerde hinsichtlich der Einziehung eines Erbscheins.....	742
15.21.	Antrag auf Rückgabe des Erbscheins zu den Akten des Nachlassgerichts und Erlass einer einstweiligen Anordnung.....	743
15.22.	Antrag auf Erteilung eines Fremdrechtserbscheins.....	746
15.23.	Anmeldung zur Firmenfortführung eines Einzelunternehmens.....	747
15.24.	Anmeldung der Einstellung eines Einzelunternehmens.....	748
15.25.	Erbnachweis.....	749
§ 16 Testamentsvollstreckung		
16.1.	Nachlassvollmacht.....	763
16.2.	Bestätigungsschreiben.....	778
16.3.	Aktivrubrum.....	829
16.4.	Passivrubrum.....	829
16.5.	Entlassungsantrag nach § 2227 BGB.....	856
§ 17 Vorweggenommene Erbfolge		
17.1.	Vollmachtsklausel für den Fall der Rückforderung des Geschenks durch den Schenker.....	922
17.2.	Vereinbarung eines Rückforderungsrechts.....	926
§ 18 Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht		
18.1.	Pflichtteilsverzichtsvereinbarung.....	975

§ 19 Mandat im Pflichtteilsrecht

19.1.	Stufenklage	1078
19.2.	Bezifferte Teilklage im Rahmen der Stufenklage.....	1079
19.3.	Klage auf Pflichtteilsergänzung gegen den beschenkten Miterben	1082
19.4.	Klageantrag auf Pflichtteilsergänzung gegen den Beschenkten	1083
19.5.	Stundung des Pflichtteils nach § 2331a BGB (§§ 362, 264 FamFG).....	1086
19.6.	Außergerichtlicher Vergleich über einen Pflichtteilsanspruch.....	1089

§ 22 Stiftungsrecht

22.1.	Stiftungssatzung – Allgemeine Bestimmungen.....	1135
22.2.	Stiftungssatzung – Bestimmungen zum Stiftungszweck	1136
22.3.	Stiftungssatzung – Bestimmungen zum Stiftungsvermögen	1138
22.4.	Stiftungssatzung – Bestimmungen zu den Organen (I)	1139
22.5.	Stiftungssatzung – Bestimmungen zu den Organen (II)	1140
22.6.	Stiftungssatzung – Bestimmungen zu den Organen (III).....	1142
22.7.	Stiftungssatzung – Bestimmungen zu den Organen (IV)	1144
22.8.	Stiftungssatzung – Bestimmungen zu den Organen (V)	1145
22.9.	Stiftungssatzung – Bestimmungen zu Strukturänderungen.....	1146
22.10.	Stiftungssatzung – Bestimmungen zum Vermögensanfall.....	1148
22.11.	Satzung einer Familienstiftung	1208

§ 23 Unternehmertestament – Schnittstellen zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht

23.1.	Rückforderungsrecht bei Übertragung zu Lebzeiten	1232
23.2.	Aufhebung der Bindungswirkung	1238
23.3.	Anordnung von Testamentsvollstreckung	1248
23.4.	Vergütung des Testamentsvollstreckers	1249
23.5.	Gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzichtsvertrag.....	1252
23.6.	Beschränkter Pflichtteilsverzicht.....	1253
23.7.	Vereinbarung einer Bewertungsmethode.....	1254
23.8.	Vereinbarung über Wertermittlungszeitpunkt.....	1255
23.9.	Stundungsvereinbarung	1258
23.10.	Nachlassvollmacht	1260
23.11.	Schiedsklausel	1264
23.12.	Anordnung von Testamentsvollstreckung	1269
23.13.	Einwilligung zur Fortführung der Firma	1271
23.14.	Fortsetzungsklausel mit modifizierter Abfindungsregelung.....	1274
23.15.	Übernahmerecht bei Zweipersonen-Gesellschaft	1276
23.16.	Nachfolgeklausel.....	1279
23.17.	Qualifizierte Nachfolgeklausel mit Abfindungsregelung	1282
23.18.	Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel	1289
23.19.	Eintrittsklausel	1293
23.20.	Anordnung von Testamentsvollstreckung	1295
23.21.	Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung	1296
23.22.	Wahlrecht der Erben	1299
23.23.	Umwandlungsklausel.....	1300
23.24.	Anordnung von Testamentsvollstreckung	1303
23.25.	Mehrere Nachfolger	1306
23.26.	Sonderrechte.....	1306

23.27.	Vinkulierungsklausel	1307
23.28.	Kombinierte Einziehungs- und Abtretungsklausel.....	1311
23.29.	Einziehungsklausel	1315
§ 24 Ausgewählte Schnittstellen zwischen Familien- und Erbrecht		
24.1.	Vereinbarung einer Ehegatteninnengesellschaft	1355
24.2.	Entzug des Vermögensverwaltungsrechts.....	1359
24.3.	Regelung des Innenverhältnisses bei Einzelkonto	1372
§ 26 Behinderten- und Bedürftigentestament		
26.1.	Einsetzung des behinderten Kindes als nicht befreiter Vorerbe	1431
26.2.	Behindertentestament („Vor- und Nacherbenlösung“.....	1442
26.3.	Behindertentestament (Vermächtnislösung)	1449
26.4.	Behindertentestament (Leibrentenvermächtnislösung).....	1452
26.5.	Behindertentestament („umgekehrte Vermächtnislösung zugunsten der gesunden Abkömmlinge“).....	1454
26.6.	Modifiziertes Steuervermächtnis (Gesamtnachlass).....	1459
26.7.	Modifiziertes Steuervermächtnis (Teilnachlass)	1460

Allgemeines Literaturverzeichnis

- Anders/Gehle*, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 80. Aufl. 2020
- Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4 §§ 1018–1921, 4. Aufl. 2019 und Bd. 5 §§ 1922–2385, 4. Aufl. 2020
- Beck'scher Online-Kommentar BGB, 66. Edition 2023 (zit. BeckOK BGB/*Bearbeiter*)
- Bengel/Reimann/Holtz/Röhl*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl. 2023 (zit. *Bengel/Reimann/Bearbeiter*)
- Bittler*, Haftungsfallen im Erbrecht, 3. Aufl. 2019
- Bonefeld/Daragan/Tanck/Riedel*, Arbeitshilfen im Erbrecht, 3. Aufl. 2009
- Bonefeld/Kroiß/Tanck*, Der Erbprozess, 6. Aufl. 2023
- Brox/Walker*, Erbrecht, 29. Aufl. 2021
- Bumiller/Harders*, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), Kommentar, 13. Aufl. 2022
- Burandt/Rojahn*, Erbrecht, 4. Aufl. 2022
- Damrau/Tanck* (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2020
- Daragan/Halaczinsky/Riedel* (Hrsg.), Praxiskommentar ErbStG und BewG, 4. Aufl. 2023
- Dauner-Lieb/Grziwotz/Herzog* (Hrsg.), Pflichtteilsrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2022
- Enzensberger/Maar*, Testamente für Geschiedene und Patchworkelken, 5. Aufl. 2023
- Erman* (Hrsg.), Handkommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020
- Ferid/Firsching/Hausmann* (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Loseblatt, Stand: 121. EL Mai 2022
- Förster*, Anwaltliche Vergütung in Erbsachen, 2. Aufl. 2021
- Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023
- Horn* (Hrsg.), Anwaltformulare Vorsorgevollmachten, 2. Aufl. 2023
- Jauernig* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 2021
- Keidel*, Familienverfahren, freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 20. Aufl. 2020
- Kerscher/Krug/Spanke* (Hrsg.), Das erbrechtliche Mandat, 6. Aufl. 2019
- Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990
- Kleiber*, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, 9. Aufl. 2020
- Krätzschel/Falkner/Döbereiner*, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022
- Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 6. Aufl. 2022
- Kroiß*, Anwaltformulare Nachlassgerichtliches Verfahren, 2. Aufl. 2023
- Kroiß/Horn* (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Bd. 5: Erbrecht, 6. Aufl. 2021 (zit. NK-BGB/*Bearbeiter*)
- Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler* (Hrsg.), Anwaltformulare Erbrecht, 7. Aufl. 2023

- Kurze*, Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, 2023
- Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001
- Mayer/Bonefeld/Tanck* (Hrsg.), Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2022
- Mayer/Süß/Tanck/Bittler* (Hrsg.), Handbuch Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2017
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (zit. *MüKo/Bearbeiter*)
- Bd. 11: Erbrecht §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, 9. Aufl. 2022
- Bd. 12: Internationales Privatrecht, Art. 1–26 EGBGB, 8. Aufl. 2020
- Münchener Kommentar zur ZPO*, Bd. 1, 6. Aufl. 2020 (zit. *MüKo-ZPO/Bearbeiter*)
- Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, 6. Aufl. 2020
- Reimann/Bengel/Dietz*, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020
- Rißmann*, Die Erbengemeinschaft, 3. Aufl. 2019
- Roth*, Erben und Vererben bei rechtlicher Betreuung, Leitfaden für die Betreuungspraxis, 2. Aufl. 2022
- Roth/Hannes/Mielke*, Vor- und Nacherbschaft, Handbuch, 2010
- Rott/Kornau/Zimmermann*, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2022
- Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp*, Handbuch Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013
- Scherer* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Aufl. 2018
(zit. *Scherer/Bearbeiter*, MAH Erbrecht)
- Soergel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl. 2022 ff. (zit. *Soergel/Bearbeiter*)
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 5: Erbrecht, §§ 2229–2264 BGB, Neubearb. 2022
- Süß* (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 4. Aufl. 2020
- Tanck/Krug/Süß* (Hrsg.), Anwaltformulare Testamente, 6. Aufl. 2019
- Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung, 43. Aufl. 2022
- Tipke/Kruse*, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, Loseblatt, 171. EL Stand August 2022
- Weirich*, Erben und Vererben, 6. Aufl. 2010
- Wöhrman/Graß*, Landwirtschaftserbrecht, Kommentar, 11. Aufl. 2019
- Zimmermann* (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrechtliche Nebengesetze, 2. Aufl. 2017
- Zöllner* (Hrsg.), ZPO, Kommentar, 34. Aufl. 2022

Zu Spezialliteratur siehe jeweils vor den Kapiteln die umfangreichen Literaturhinweise.

1. Teil: Einführung

S 1 Annahme und Führung des Mandats in Erbsachen

Katrin Heindl

Übersicht:	Rdn		Rdn
A. Allgemeines	1	1. Tätigkeitsverbot nach § 45 BRAO	73
B. Erstkontakt und Terminvereinbarung	2	2. Interessenkollision nach § 43a Abs. 4 S. 1 BRAO	74
C. Mandantengespräch und Mandatsannahme	9	3. Typische Fallkonstellationen zur Interessenkollision	77
I. Sachverhaltsaufnahme	9	a) Beauftragung durch eine Erben-	77
1. Allgemeines	9	gemeinschaft	77
2. Personen und Verwandtschafts-	16	b) Vertretung mehrerer Pflichtteils-	78
verhältnisse/Güterstände	16	berechtigter	78
a) Personen und Verwandtschafts-	16	c) Beratung von Ehegatten bei der	79
verhältnisse	16	Gestaltung eines gemeinschaftlichen	79
b) Güterstände und Informationen zur	19	Testaments bzw. Ehegattenerb-	79
Ehe	19	vertrags	79
3. Erfassen des Vermögens bzw. des	22	d) Beratung der Parteien eines Übergabe-	80
Nachlasses	22	vertrags	80
a) Aktueller Vermögens- bzw. Nachlass-	23	e) Vertretung eines Pflichtteilsberechtigten	82
bestand	23	und eines weiteren Beteiligten	82
b) Fiktives Vermögen/fiktiver Nachlass,	28	4. Besonderheiten bei Berufsausübungs-	83
Vorempfänge	28	gemeinschaften	83
4. Ermittlung testamentarischer	33	D. Besonderheiten bei vermögensverwaltenden	84
Verfügungen	33	Tätigkeiten im Erbrecht	84
5. Stand des Nachlassverfahrens	36	I. Allgemeines	84
II. Klären des Mandatumfanges und der	39	II. Einzelne Tätigkeiten	85
Mandatsvergütung	39	1. Testamentsvollstrecker	85
1. Auftragsvereinbarung	39	2. Nachlasspfleger	93
2. Vergütung nach dem RVG	45	3. Nachlassverwalter	105
3. Vergütungsvereinbarung	51		
III. Vereinbarungen zur Haftungsbeschränkung	57		
IV. Tätigkeitsverbote und Mehrheit von	72		
Mandanten/Interessenkollision	72		

Literaturhinweise:

Bruschke, Besonderheiten beim Übergang von landwirtschaftlichem Vermögen unter besonderer Berücksichtigung der HöfeO, ErbStB 2018, 50 ff.; *Chab*, Disclaimer – ein taugliches Mittel zur Vermeidung der Haftung?, AnwBl. 2020, 296; *Dahms*, Möglichkeiten der Beschränkung von Haftungsansprüchen, NJW-Spezial 2019, 510; *Deckenbrock*, Die Entwicklung des anwaltlichen Berufsrechts, NJW 2022, 3688; *Goldkamp*, Erstberatung des künftigen Erblassers, ErbR 2021, 108; *Grunewald/Hartung/Scharmer*, BORA/FAO, 8. Aufl. 2022; *Grunewald*, Die Vertretung mehrerer Miterben durch einen Rechtsanwalt bzw. eine Sozietät, ZEV 2006, 386; *Henssler/Prütting*, BRAO, 5. Aufl. 2019; *Henssler*, Rechtsunsicherheiten beim Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, AnwBl 2018, 342; *Henssler/Özmann/Sossna*, Anwaltliches Berufsrecht, JuS 2022, 385; *Horn*, Die Erstberatung im Erbrecht, NJW 2012, 1558; *Hügel*, BeckOK GBO, 47. Edition Stand 30.9.2022; *Kilian*, Die Neuregelung der interprofessionellen Berufsausübung für Rechtsanwälte, Steuerberater und Patentanwälte, NJW 2022, 2577; *Klinger*, Münchener Prozessformularbuch Erbrecht, 5. Aufl. 2021; *Krätzsche/Falkner/Döbereiner*, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022; *Kühle*, „Infektion“ eines Pflichtteilsverzichtsvertrags durch einen sittenwidrigen Ehevertrag? ZErB 2013, 221; *Mayer/Kroiß*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 8. Aufl. 2021; *Mayer*, Die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nach § 4a RVG n.F., AnwBl 2008, 473; *Offermann-Burckhardt*, Interessenkollision – Es bleibt dabei: Jeder Fall ist anders, AnwBl 2011, 809; *Pottthast*, Interessenkollision im Erbrecht – Berufsrechtliche Grundlagen und Rechtsfolgen eine Verstoßes, ErbR 2021, 376; *Pottthast*, Interessenkollision im Erbrecht – Typische Fallkonstellationen und Handlungsempfehlungen, ErbR 2021, 466; *Progl*, Zur Theorie und Praxis der Vergütungsvereinbarung zwischen Nachlasspfleger und Erbe, ZErB 2011, 230; *Reimann*, die Kontrolle des Testaments-

vollstreckers, FamRZ 1995, 588; *Reinert*, Der Vergütungsanspruch des berufsmäßigen Nachlasspflegers, ErbR 2021, 97; *Römermann*, BeckOK BRAO, 18. Edition Stand 1.2.2023; *Römermann*, Die Neuregelung der Interessenkollision, NJW 2022, 371; *Sarres*, Familien- und Erbrecht: Hinweis- und Belehrungspflichten, NZFam 2019, 610 (Teil 1) und 668 (Teil 2); *Schmidl*, Entlastung, Haftungsfreizeichnung und -beschränkung des Anwalts als Testamentsvollstrecker, ZEV 2009, 123; *Schneider*, Ein gemeinschaftliches Testament ist eben doch kein Erbvertrag, NJW-Spezial 2021, 315; *Sefrin*, Beck'sche Online-Formulare Zivilrecht, 42. Edition 2022; *Toussaint*, Kostenrecht, 52. Aufl. 2022; *Toussaint/Felix*, Vorabkommittierung des VBVG 2023; *Weyland*, BRAO, 10. Aufl. 2020; *Vollkommer/Greger/Heinemann*, Anwaltshaftungsrecht, 5. Aufl. 2021; *Zimmermann*, Neuere Rechtsprechung zur Vergütung von Betreuern, Verfahrenspflegern, Verfahrensbeiständen und Nachlasspflegern, FamRZ 2011, 1776; *Zimmermann/Dörne*, BRAO-Reform: Rechtsformen, Zulassungspflicht und Versicherungsschutz, AnwBl. 2022, 319; *Zimmermann/Hartung*, Zulassungs- und Versicherungspflichten für Anwaltsgesellschaften nach der BRAO-Reform NJW 2022, 1792; *Zimmermann*, Die Regelung der Nachlasspflegschaft ab dem Jahr 2023, ZEV 2022, 580.

A. Allgemeines

- 1 Das erbrechtliche Mandat unterscheidet sich in vielerlei Hinsicht von der Mehrzahl der sonst üblicherweise einem Rechtsanwalt zur Bearbeitung übertragenen Mandate.

In der Regel steht nicht nur ein einzelner eng eingegrenzter Lebenssachverhalt, wie z.B. eine Forderung, ein Verkehrsunfall oder ein vertraglicher Anspruch im Streit. Vielmehr ist Grundlage der anwaltlichen Tätigkeit die **Regelung eines gesamten Vermögens** bzw. Ansprüche an einem über Jahre hinweg gebildeten Vermögen bzw. Nachlass. Bereits hieraus deutet sich an, dass die Bearbeitung der erbrechtlichen Mandate sowohl hinsichtlich des Umfangs der Sachverhalte – einschließlich der Fülle der rechtlich relevanten Informationen – als auch im Hinblick auf die Arbeitsintensität und den Streitwert – einschließlich damit verbundener Haftungsgefahren und des Gebührenvolumens – eine Sonderstellung im Rahmen der anwaltlichen Mandate einnehmen. Hinzu kommt die für diesen rechtlichen Bereich einschlägige hohe Anzahl an rechtlichen Vorschriften und Berührungspunkten zu anderen Rechtsgebieten wie dem Familien- und Gesellschaftsrecht sowie dem Steuerrecht.

Außerdem nimmt der Rechtsanwalt im erbrechtlichen Mandat aus der Sicht des beauftragenden Mandanten auch eine besondere **Vertrauensstellung** ein. Insbesondere in Fällen der Testamentsgestaltung offenbart der Mandant gegenüber dem Rechtsanwalt seine gesamte Vermögenssituation und seine Familienverhältnisse, selbst wenn diese aufgrund von Differenzen oder aus sonstigen Gründen streng vertraulich sind. Auch derjenige, der als Erbe, Pflichtteilsberechtigter oder sonstiger Anspruchsinhaber einen Rechtsanwalt mit seiner Beratung oder auch Vertretung beauftragt, wird häufig sensible Informationen zur Familien- und Vermögenssituation mitteilen müssen.

Die Annahme und Führung eines erbrechtlichen Mandats setzt daher neben einem fundierten Rechtswissen der erbrechtlich relevanten Vorschriften ein hohes Maß an vertrauenswürdiger und verantwortungsvoller Mandatsbearbeitung durch den Rechtsanwalt voraus. Dabei ist bereits bei Annahme des Mandats der Grundstein für eine im Interesse des Mandanten liegende Bearbeitung zu legen und die einmal geschaffenen Voraussetzungen und Grundlagen während der gesamten Führung des Mandats zu beachten.

B. Erstkontakt und Terminvereinbarung

- 2 In der Regel setzt sich der „potentielle“ Mandant vorab telefonisch mit der Rechtsanwaltskanzlei in Verbindung, um einen Termin mit dem Rechtsanwalt zu vereinbaren. Bereits im

Rahmen dieses ersten telefonischen Kontaktes ist es sinnvoll, Informationen zum Inhalt der möglichen Beauftragung sowie der Dringlichkeit einer Terminvereinbarung durch die Kanzleimitarbeiter abfragen zu lassen. Gerade im Bereich der erbrechtlichen Mandate ist in die eingesetzten Mitarbeiter ein hohes Maß an Verantwortungsbewusstsein zu setzen. Sie sollten erkennen können, inwieweit u.U. die Notwendigkeit besteht, sofort einen Gesprächskontakt zum Rechtsanwalt herzustellen oder zumindest einen umgehenden Rückruf zu gewährleisten.

Bereits **vor einem ersten Besprechungstermin** ist es oft sinnvoll, sich hinsichtlich des Inhalts des möglichen zukünftigen Mandats **erste Kenntnisse zu verschaffen**, um letztlich auch gerade in Fällen einer weitläufigeren Terminvereinbarung vorab schon feststellen zu können, inwieweit im betreffenden Mandat der Ablauf irgendwelcher Fristen droht. Auch bereits vor Mandatsannahme eintretende aber bei rechtzeitiger Terminvergabe vermeidbare Fristabläufe können Versäumnisse darstellen, die zu einer **Haftung** nach den Grundsätzen der in § 311 Abs. 2 BGB geregelten c.i.c. führen können. 3

Denkbar sind hier insbesondere **Fristabläufe** in Mandatsfällen, in denen ein Erbfall bereits vorliegt, z.B. 4

- Ausschlagungsfrist von sechs Wochen nach § 1944 Abs. 1 BGB;
- Frist zur Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung von sechs Wochen nach § 1954 BGB;
- Jahresfrist Testamentsanfechtung nach § 2082 BGB;
- Verjährung von Pflichtteilsansprüchen und Ansprüchen gegen den Beschenkten (beachte hierzu § 2332 BGB: keine Jahresendverjährung);
- Außerordentliches Kündigungsrecht eines Mietverhältnisses beim Tod eines (Mit-)Mieters binnen eines Monats, § 563a Abs. 2 BGB bzw. Nichtfortsetzungserklärung zum Eintrittsrecht bei Tod des Mieters binnen eines Monats nach § 563 Abs. 3 BGB;
- Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts des Miterben nach § 2034 Abs. 2 S. 1 BGB von zwei Monaten beim Verkauf eines Miterbenanteils;
- zwei Jahre Antragsfrist für Nachlassinsolvenz nach § 319 InsO (gilt nur für Gläubiger).

Aber auch außerhalb der Frage der vorvertraglichen Haftung ist es wohl zweckmäßig, dass sich der Rechtsanwalt **vor dem ersten Besprechungstermin** über den möglichen Inhalt – und über ausstehende Rechtsfragen – des zukünftigen Mandats informiert bzw. ein erstes Vorgespräch mit dem Mandanten führt. So kann bereits anlässlich dieses ersten Gespräches der Mandant darauf hingewiesen werden, welche **Unterlagen** und Informationen bestenfalls für den ersten Besprechungstermin benötigt werden. Hierdurch wird ggf. bereits eine gezielte Fragestellung zur Ermittlung des Sachverhalts anlässlich des ersten Besprechungstermins möglich, was nicht zuletzt gerade in nicht typisch gelagerten Fällen dem Rechtsanwalt größere Sicherheit verleiht und darüber hinaus auch das Vertrauen des Mandanten in die fachliche Kompetenz des Rechtsanwaltes fördert; schließlich werden so eventuell auch zusätzliche Termine vermieden. 5

Beispiele 6

– für mögliche zur Vorbereitung veranlassende Sachverhalte –

(1) Vor dem Erbfall:

- Testamentsgestaltung bei besonderen Familienverhältnissen (nichteheliche Kinder, behinderte Abkömmlinge, überschuldete Abkömmlinge etc.);
- Testamentsgestaltung bei gesellschaftsrechtlichen Bezügen (Vereinbarkeit der geplanten Vermögensnachfolge mit den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, Überprüfung der Gesellschaftsverträge);

- Übertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge mit Versorgungsrechten (steuerrechtliche Gesichtspunkte, zu berücksichtigende Vorschenkungen, Sozialhilferegresssituation).

(2) Nach dem Erbfall:

- Maßnahmen zur Nachlasssicherung (Nachlasspflegschaft);
 - Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten (Nachlassverwaltung, Nachlassinsolvenz etc.);
 - Testamentsanfechtung;
 - Nachlässe mit Testamentsvollstreckung (Auskunftsansprüche, Auseinandersetzungsplan, Haftung und Entlassung des Testamentsvollstreckers etc.);
 - Erbauseinandersetzung bei ausgleichungspflichtigen Vorempfängern nach §§ 2050 ff. BGB;
 - Ausgleichungspflicht bei besonderen Leistungen nach § 2057a BGB,
 - Pflichtteilsansprüche nach §§ 2303 ff. BGB (Zusatzpflichtteil, Beschränkungen und Beschwerungen, Anrechnungsbestimmungen, Pflichtteilsergänzung etc.).
- 7 Nicht zuletzt dient ggf. der erste Kontakt vor dem eigentlichen ersten Besprechungstermin, erste Fragen zur mit der Beauftragung anfallenden **Vergütung** anzusprechen.
- 8 Auch wenn Umfang und Gegenstandswert meist noch nicht sicher abgeschätzt werden können, sollten dem Mandanten jedenfalls die Kosten einer Erstberatung und für den Fall einer weitergehenden Vertretung mögliche Grundlagen für die weitere Vergütung (gesetzliche Gebühren nach Gegenstandswert oder beispielsweise der übliche Stundensatz der Kanzlei) aufgezeigt werden.

Erfahrungsgemäß führt die offene Vorgehensweise, gerade auch in Bezug auf die mit der anwaltlichen Tätigkeit verbundenen Kosten bereits von Anfang an zu einem vertrauensvollen Mandatsverhältnis und vermeidet spätere bzw. bereits anlässlich des ersten Beratungsgesprächs aufkommende Differenzen über Grund und Höhe der Gebührenansprüche des Rechtsanwalts.

C. Mandantengespräch und Mandatsannahme

I. Sachverhaltsaufnahme

1. Allgemeines

- 9 Für die Bearbeitung erbrechtlicher Mandate ist zwingend eine **umfassende Sachverhaltsaufklärung** erforderlich. Dabei macht es keinen Unterschied, inwieweit es sich um ein Mandat vor dem Erbfall oder nach dem Erbfall handelt, da letztlich in beiden Fällen nur die Kenntnis über Vermögensverhältnisse, Familienverhältnisse, etwaige Vorempfänger und Güterstände eine fundierte Beurteilung unter rechtlichen Gesichtspunkten durch den Rechtsanwalt zulässt.
- 10 So kann ohne Beurteilung der **Personen- und Güterstände** im Bereich der Gestaltung von Testamenten keinerlei rechtlich gesicherte Angabe zur Höhe von gesetzlichen Erbquoten bzw. daraus resultierenden Pflichtteilsquoten gemacht werden. Für Mandate nach dem Erbfall ist dies ohnehin offenkundig. Gleiches gilt für die genaue **Erfassung der Vermögenssituation** eines Mandanten, der den Rechtsanwalt mit der Gestaltung einer testamentarischen Verfügung beauftragt. Ohne den Umfang des Vermögens sowie die Zusammensetzung im Einzelnen zu ermitteln, können im Rahmen der Gestaltung einer letztwilligen Verfügung von Todes wegen, neben der Frage der Umsetzung des Willens des Mandanten,

keinerlei Gefahren im Hinblick auf steuerliche oder gesellschaftsrechtliche Besonderheiten erkannt, geschweige denn beurteilt werden. Hinzu kommen Kenntnisse zum Inhalt bereits **vorliegender testamentarischer Verfügungen** zur Beurteilung von testamentarischen bzw. erbvertraglichen Bindungen. Die Kenntnis von Inhalten bekannter testamentarischer Verfügungen nach Vorliegen eines Erbfalls ist dabei genauso wichtig wie Kenntnisse über ein möglicherweise bereits laufendes Erbscheinsverfahren.

Die genaue und **umfassende Sachverhaltserfassung** ist daher gerade in erbrechtlichen Mandaten die maßgebliche Grundlage für eine sachgerechte und rechtlich zutreffende Beratung bzw. auch zukünftige Vertretung des Mandanten. Auch soweit sich das erste Mandantengespräch entsprechend den vom Mandanten gemachten Vorgaben auf ein erstes Beratungsgespräch i.S.v. § 34 Abs. 1 RVG beschränken soll, setzt eine rechtliche Beratung die zur Beurteilung notwendigen Sachverhaltskenntnisse voraus. 11

Letztlich führt dies in erbrechtlichen Mandaten nicht selten dazu, dass bereits die Sachverhaltsaufklärung und Ermittlung der Ausgangsgrundlage sich derart umfassend und zeitaufwändig gestaltet, dass die Beratung **nicht auf ein erstes Beratungsgespräch** mit der daraus resultierenden Kappungsgrenze der Beratungsgebühren beschränkt werden kann. Man denke z.B. an einen zur Prüfung und anschließenden Beratung vorgelegten Grundstücksüberlassungsvertrag mit umfangreich geregelten Versorgungsrechten, Ausgleichsangeordnungen oder Regelungen zur Auszahlung weicherer Geschwister und Vereinbarungen zu Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht. Unabhängig davon, dass allein das Lesen und die Durchsicht der in diesem Überlassungsvertrag enthaltenen Regelungen bereits erhebliche Zeit in Anspruch nimmt, stellt sich die Frage, inwieweit ohne zusätzliche Informationen zu weiteren lebzeitigen Zuwendungen eine rechtlich fundierte Beratung des Mandanten bzgl. seiner etwaigen Ansprüche aus diesem Überlassungsvertrag in einem ersten Beratungsgespräch möglich ist. Auch wenn sich aus der bisherigen Rspr. und Kommentarliteratur¹ keinerlei zeitliche Begrenzung für dieses „erste Beratungsgespräch“ entnehmen lässt, wird sich in einer Vielzahl der Fälle (ggf. auch im Hinblick auf den Streitwert und das damit einhergehende Haftungsrisiko des Anwalts) ergeben, dass die Beratung nicht im Rahmen eines „ersten Beratungsgesprächs“ erbracht werden kann.² Wünscht der Mandant dennoch **im Hinblick auf die Vermeidung von Gebühren lediglich** ein erstes Beratungsgespräch, so zwingt dies den Rechtsanwalt zu **besonderen Hinweisen** hinsichtlich Umfang und Verbindlichkeit der von ihm vorgenommenen Beratung. In diesem Fall wird es als unabdingbar angesehen werden müssen, dass der Rechtsanwalt den Mandanten darauf hinweist, dass er für die von ihm vorgenommene Beratung nur auf der Grundlage der anlässlich des ersten Beratungsgesprächs möglichen Sachverhaltsaufklärung „haftet“. Geht die Beratung über eine Erstberatung hinaus, trifft den Rechtsanwalt ebenfalls eine Hinweispflicht. 12

Aber auch wenn die Tätigkeit des Rechtsanwalts eine eingehendere Beratung – die über eine Erstberatung hinausgeht – zum Gegenstand hat, gelten für Verbraucher grundsätzlich die Kappungsgrenzen des § 34 Abs. 1 S. 3 RVG. Dies gilt selbst bei dem Entwurf von Testamenten. Die Gebühr für die Beratung beträgt dann höchstens 250 EUR netto, was Umfang, Schwierigkeit und Haftungsrisiko in erbrechtlichen Angelegenheiten in den seltensten Fällen angemessen ist. Der Rechtsanwalt sollte daher auf jeden Fall auf eine Vergütungsvereinbarung hinwirken. 13

1 Vgl. z.B. Mayer/Kroiß/Winkler, § 34 Rn 105, 106.

2 Mayer/Kroiß/Winkler, § 34 Rn 109 empfiehlt dementsprechend die Abbedingung der gesetzlichen Höchstgrenze von 190 EUR in Fällen, in denen der Zeitaufwand eine Stunde übersteigt oder ein besonders hoher Gegenstandswert gegeben ist.

Letztlich zwingt dies auch in den meisten Fällen dazu, **nach Beendigung** des Beratungsgesprächs **Grundlagen** und Inhalt der Beratung gegenüber dem Mandanten nochmals im Rahmen eines **umfassenden Schreibens** darzustellen, um spätere Unklarheiten über die Grundlagen der erteilten Rechtsauskunft zu vermeiden.³

- 14 Trotz all dieser soeben ausgeführten Gefahren bietet sicherlich gerade in erbrechtlichen Mandaten ein erstes Mandatsgespräch die Möglichkeit, dem Mandanten zu verdeutlichen, dass der zur Beratung bzw. Überprüfung unterbreitete Sachverhalt nicht pauschal und vergleichbar wie z.B. ein eindeutiger Verkehrsunfall beurteilt werden kann. Durch zielgerichtete Fragestellung zur Sachverhaltsaufklärung sowie Darlegung möglicher zu berücksichtigender Rechtsfragen besteht für den im Erbrecht tätigen Rechtsanwalt die Möglichkeit, sich hinsichtlich seines Fachwissens und seiner Kompetenz in der Beratung und Vertretung in erbrechtlichen Mandaten positiv darzustellen. Häufig wird dem Mandanten selbst erst im Rahmen des Gesprächs mit dem im Erbrecht versierten Rechtsanwalt deutlich, dass die Inanspruchnahme der Beratung und Vertretung durch den Rechtsanwalt zwingend für die bestmögliche Durchsetzung seiner Wünsche oder Ansprüche erforderlich ist. Ist ein Mandant erst einmal zu dieser Überzeugung gelangt, wird er letztendlich auch Verständnis für die mit der Tätigkeit des Rechtsanwalts verbundene Vergütung aufbringen und damit den Rechtsanwalt das über das erste Beratungsgespräch hinausgehende Mandat zur Beratung bzw. Vertretung erteilen.
- 15 Für die umfassende und genaue Sachverhaltserfassung bietet sich gerade für den – noch nicht in erbrechtlichen Mandaten erfahrenen – Rechtsanwalt an, Checklisten für die Sachverhaltsaufklärung zu verwenden bzw. zu erstellen. Je nach der eigenen Arbeitsweise des Rechtsanwaltes und ggf. mittels Einsatz von erbrechtlicher Software kann die Aufklärung des zur Mandatsbearbeitung erforderlichen Sachverhalts in folgende **Teilbereiche** untergliedert werden:
- Personen- und Güterstände einschließlich Verwandtschaftsverhältnisse;
 - aktueller Vermögensbestand bzw. Nachlassbestand;
 - lebzeitige Zuwendungen/Vorempfänge;
 - bei Mandaten nach dem Erbfall: Angaben zum Erbfall, einschließlich Nachlassverfahren.
- Innerhalb dieser Teilbereiche ergeben sich dann aufklärungsbedürftige Sachverhalte bzgl. derer die nachfolgenden Ausführungen den Umfang der notwendigen Kenntnisse verdeutlichen sollen.

2. Personen und Verwandtschaftsverhältnisse/Güterstände

a) Personen und Verwandtschaftsverhältnisse

- 16 Bei der Bearbeitung erbrechtlicher Mandate hat es sich als bewährt erwiesen, die einzelnen beteiligten Personen in einer Art **Familienstammbaum** des Mandanten bzw. des Erblassers zu erfassen. Anhand dieses Familienstammbaums lässt sich gerade bei der Bearbeitung einer größeren Anzahl von erbrechtlichen Mandaten jeweils schnell die im vorliegenden Mandat bestehende Ausgangsgrundlage erfassen, ohne bei Bearbeitung des Mandats erneut zunächst die Personen- und Verwandtschaftsverhältnisse ermitteln zu müssen.

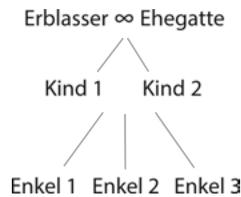
Darüber hinaus bildet der Familienstammbaum die Grundlage der Ermittlung der einzelnen Erbordnungen gem. §§ 1924 ff. BGB sowie auch der sich daraus ergebenden Erb- und Pflichtteilsquoten. Gerade in Fällen, in denen eine größere Personenanzahl oder ggf. Erben der zweiten oder fernerer Ordnungen beteiligt sind, dient die **grafische Darstellung** eines

³ Musterschreiben z.B. von *Goldkamp*, ErbR 2021, 108.

Familienstammbaums einerseits dem schnelleren Überblick über die maßgeblichen Verwandtschaftsverhältnisse und andererseits auch der Vermeidung von Fehlern. Die Einbeziehung einer grafischen Darstellung im Mandantengespräch führt zudem sehr schnell dazu, dass auch dem Mandanten auffällt, wenn irgendwelche für die Beurteilung des Sachverhalts maßgeblichen Personen vergessen worden sind.

Beispiel: einfacher Stammbaum

17



In diesem grafisch dargestellten Familienstammbaum können schließlich die notwendigen Angaben zu den Personen einschließlich Geburts- und Sterbedatum, Verwandtschaftsverhältnis sowie bei Ehegatten Fragen zum Güterstand übersichtlich in einer einzigen Darstellung aufgenommen werden.

Demnach sind zur Ermittlung von beteiligten Personen/Verwandten folgende Angaben erforderlich:

- Name
- Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser/Abstammung (auch adoptierte Kinder)
- Geburtsdatum
- ggf. Sterbedatum
- eigene Abkömmlinge
- ggf. Problemkinder.

b) Güterstände und Informationen zur Ehe

Soweit der Erblasser verheiratet war oder ist, müssen im Hinblick auf die Bedeutung der Güterstände für die gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsquoten sowie ggf. hinsichtlich erbschaftsteuerlicher Auswirkungen auch **Angaben zum Güterstand** erfasst werden. Wie sich aus § 1931 BGB ergibt, ist für die **Höhe der Erbquote** des Ehegatten, wie auch die Erbquote der Abkömmlinge oder Erben 2. Ordnung, der während der Ehe geltende Güterstand von maßgeblicher Bedeutung. Ferner ergibt sich aus den besonderen Bestimmungen zum Güterstand der Zugewinnngemeinschaft aus § 1371 BGB, dass der während der Ehe geltende Güterstand auch Bedeutung für **Zugewinnausgleichsansprüche** nach dem Tod eines Ehegatten hat. In steuerrechtlicher Hinsicht ist § 5 ErbStG zu beachten (grundsätzliche Steuerfreiheit der Ausgleichsforderung).

Aber auch Fragen im Hinblick auf ein eventuell beabsichtigtes oder anhängiges **Scheidungsverfahren** sind vor dem Hintergrund des § 1933 BGB für die Beurteilung der erbrechtlichen Situation von Bedeutung. Dies gilt dabei nicht nur für die Fälle der gesetzlichen Erbfolge, sondern wegen § 2077 BGB auch für Fälle der gewillkürten Erbfolge. Sowohl über die Verweisungsvorschrift des § 2268 Abs. 2 BGB als auch aufgrund § 2279 BGB ist die Frage des **Bestandes der Ehe**, wie auch der **Stand eines Scheidungsverfahrens** für gemeinschaftliche Testamente, und auch Erbverträge unter Ehegatten zu beachten. Selbst nach der Scheidung können Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten gegen den Erblasser bis zur Höhe dessen fiktiven Pflichtteils noch eine Rolle spielen (§ 1586b BGB). Zudem kann ein

nichtiger Ehevertrag unter Umständen auch mit gleicher Urkunde getroffene erbrechtliche Regelungen zu Fall bringen.⁴

- 21 Ferner können zudem etwaige Modifizierungen hinsichtlich des gesetzlichen Güterstands aufgrund eines notariellen Ehevertrags für die Beurteilung des erbrechtlichen Sachverhalts, also insbesondere für Ansprüche des Ehegatten am Nachlass des Verstorbenen in Zusammenhang mit § 1371 Abs. 2, 3 BGB maßgeblich sein. Hinzu kommen Fragen zum Fall des Vorliegens von Eheschließungen nach ausländischem Güterrecht.

Zusammenfassend lassen sich die notwendigen vom Rechtsanwalt zu ermittelnden Angaben bei Beteiligung eines Ehegatten wie folgt darstellen:

- Name und Geburtsdatum des Ehegatten
- Art des Güterstands
- ehevertragliche Regelungen
- Dauer bzw. Ende des Güterstandes/der Ehe
- Angaben zu einem ggf. anhängigen, bzw. beabsichtigten Scheidungsverfahren
- naheheliche Unterhaltsverpflichtungen.

3. Erfassen des Vermögens bzw. des Nachlasses

- 22 Nach Erfassen der beteiligten Personen, inklusive Verwandtschaftsverhältnissen sowie auch der Güterstände (einschließlich Vorliegens eines mit den entsprechenden Informationen versehenen „Familienstammbaums“), bedarf es zur weiteren Sachverhaltserfassung der Feststellung der für die Bearbeitung des Mandats einschlägigen Vermögensverhältnisse bzw. im Mandat nach Vorliegen eines Erbfalls der Erfassung des Nachlassbestandes.

a) Aktueller Vermögens- bzw. Nachlassbestand

- 23 Auch hier bietet sich an, das Erfassen der Vermögens- bzw. Nachlasswerte in Form eines **Verzeichnisses** vorzunehmen. Bei komplexen Vermögensverhältnissen oder Pflichtteilsmandaten kann dies beispielsweise in Form von Excel-Tabellen erfolgen. So können auch unproblematisch divergierende Werte in verschiedenen Spalten eingepflegt und Alternativberechnungen vorgenommen werden. Entsprechende Muster erleichtern es zudem dem Mandanten, einzelne Positionen übersichtlich darzustellen und keine Werte zu vergessen.
- 24 Diese Gliederung könnte bspw. wie folgt aussehen:

(A) Aktiva

- I. Geldwerte:
 1. Bargeld
 2. Bankguthaben (Bank, Kontonummer, Anteil des Erblassers)
 3. Wertpapiervermögen (Depot Bank, Depotnummer, Anteil des Erblassers)
 4. sonstige Geldwerte
- II. Sonstige Werte (Kunst, Antiquitäten, Kfz, Hausrat etc.)
- III. Gesellschaftsrechtliche Beteiligungen (GmbH-Beteiligungen, stille Beteiligung Gesellschafterdarlehen etc.)
- IV. Grundbesitzwerte (Grundbuchstelle, Flurnummer, Bezeichnung/Anschrift, Fläche, Verkehrswert)
- V. Forderungen (Mietkaution, Erstattungsansprüche gegen private Krankenversicherungen, sonstige Versicherungsleistungen etc.)

⁴ Küble, ZErB 2013, 221.

(B) Passiva

- I. Schulden:
 1. Verbindlichkeiten gegenüber Banken
 2. Verbindlichkeiten gegenüber Dritten
- II. Sonstige Verbindlichkeiten (ärztliche Behandlungskosten, Rentenrückforderungen etc.)
- III. ggf. Beerdigungskosten/ Todesfallkosten
- IV. Kosten des Nachlassverfahrens (Gerichtskosten, Wertermittlungskosten etc.)

Nach Erfassen des aktuellen Vermögensstands des Mandanten bzw. des Nachlasses des verstorbenen Erblassers ist zu den einzelnen erfassten Vermögens- bzw. Nachlasspositionen zu ermitteln, inwieweit diese der freien **Verfügungsbefugnis des Mandanten** unterliegen bzw. inwieweit über die im Nachlassverzeichnis erfassten Vermögensgegenstände vom Erblasser testamentarisch verfügt werden konnte.

25

Mögliche Einschränkungen können sich insbesondere in folgenden Fällen ergeben:

- Der Mandant ist durch ein früheres Ehegattentestament oder einen Erbvertrag gebunden. In diesem Fall sind spätere Verfügungen, sofern sie wechselbezüglichen bzw. vertragsmäßigen Verfügungen widersprechen, unwirksam, wenn nicht ein Widerruf oder eine Abänderung vorgesehen waren. Hier ist u.U. auch zu prüfen, ob der überlebende Ehegatte sich durch Ausschlagung von diesen Bindungen befreien kann (§ 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB) oder eine Anfechtung wegen des Hinzutretens eines neuen Pflichtteilsberechtigten (i.d.R. durch Eheschließung) nach § 2079 BGB möglich ist. Entsprechende Prüfungen müssen im Hinblick auf § 2287 BGB auch bei möglichen den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkungen erfolgen.
- Der Mandant ist selbst nur Vorerbe: Die in die Vorerbschaft fallenden Gegenstände sind nach dem Tod des Vorerben unabhängig von dessen Erbfolge an die Nacherben herauszugeben (§ 2130 BGB).
- Gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen: Hier ist zu überprüfen, ob die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters (kraft gesetzlicher oder gesellschaftsvertraglicher Regelung) fortgeführt wird oder ob sie mit dem Tod eines Gesellschafters insgesamt endet (so z.B. die BGB-Gesellschaft nach § 727 Abs. 1 BGB, wenn keine andere Regelung getroffen wurde). Insoweit ist es unabdingbar, den Gesellschaftsvertrag auf Fortführungsklauseln, Einziehungsrechte etc. zu überprüfen und ggf. auch entsprechend anzupassen.
- Landwirtschaftliches Sondererbrecht: Ein Hof i.S.d. § 1 HöfeO⁵ unterliegt einer Sondererfolge nach §§ 4, 6, 9 HöfeO, so dass es zu einer Nachlassspaltung kommen kann. Für sonstige Landgüter kann der Erblasser das Ertragswertprivileg anordnen (§§ 2049, 2312 BGB). Das Gericht kann bei entsprechendem Antrag gem. § 13 GrstVG die Grundstücke, aus denen ein landwirtschaftlicher Betrieb besteht, ungeteilt einem der Miterben zuweisen.⁶
- Rückübertragungsverpflichtungen und Veräußerungsverbote: Diese werden häufig bei lebzeitigen Übertragungen vereinbart. Bei entsprechenden Hinweisen sollte daher auch die Herkunft des Vermögens in Blick genommen und entsprechende Beschränkungen abgefragt werden.

5 Die Höfeordnung greift nur in Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein. Für Brandenburg gilt das BbgHöfeOG, in Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz und Bremen bestehen für sogenannte Anerbenhöfe landesrechtliche Anerbenrechte, die teils eine Sondererfolge vorsehen, teils nur ein vermächtnisähnliches Recht des Anerben.

6 Guter Überblick, auch zu den steuerlichen Aspekten z.B. bei *Bruschke*, ErbStB 2018, 50 ff.

- 26 Nicht zuletzt muss bei vorhandenem Auslandsvermögen, insbesondere bei Auslandsimmobilien, die Frage des Erbstatuts im Einzelnen überprüft und festgehalten werden, da gerade bei **Auslandsimmobilien** möglicherweise eine Nachlassspaltung aufgrund der „Lex rei sitae“ vorliegt.⁷
- 27 Die Erfassung des Vermögens- bzw. Nachlassbestandes wird sich dabei in vielen Fällen nicht allein auf die Befragung des Mandanten beschränken können. Häufig bedarf es bei der Ermittlung der Grundbesitzwerte der Einholung aktueller Grundbuchauszüge. Dies ist unproblematisch, wenn der Mandant Eigentümer oder Miteigentümer (also dinglich Berechtigter i.S.v. § 43 Abs. 2 GBV) des betroffenen Grundbesitzes ist. Bei der Vertretung eines gesetzlichen oder testamentarischen Erben oder eines Pflichtteilsberechtigten benötigt der Rechtsanwalt für die Einholung entsprechender Auskünfte regelmäßig zunächst einen Nachweis über das Erb- oder Pflichtteilsrecht des Mandanten, also einen **Erbschein** oder das notarielle Testament selbst nebst der Eröffnungsniederschrift.⁸ In Fällen der Vertretung von pflichtteilsberechtigten Personen ist die Darlegung eines berechtigten Interesses erforderlich, § 12 Abs. 1 S. 1 GBO. Das Grundbuchamt muss zu der Überzeugung gelangen, dass der Antragsteller ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse verfolgt.⁹ Im Falle des Pflichtteilsberechtigten ist dies jedenfalls dann gegeben, wenn dargelegt wird, welche Ansprüche der Pflichtteilsberechtigte geltend macht und warum er in diesem Zusammenhang auf die Kenntnis vom Grundbuchinhalt angewiesen ist.¹⁰ Der Pflichtteilsberechtigte ist dann gem. § 12 Abs. 2 GBO auch befugt, eine Abschrift der Überlassungsurkunde zu verlangen, mit der der Erblasser sein Eigentum verloren hat um selbst überprüfen zu können, ob Anhaltspunkte für eine teilentgeltliche Übertragung vorliegen.¹¹ Auch ein Miterbe kann ein berechtigtes Interesse an einer umfassenden Grundbucheinsicht in ein früher dem Erblasser gehörendes Grundstück haben, wenn Ausgleichsansprüche unter Miterben nach §§ 2050 ff. BGB in Betracht kommen.¹²

b) Fiktives Vermögen/fiktiver Nachlass, Vorempfänge

- 28 Zum Bereich der Erfassung des aktuellen Vermögens bzw. Nachlasses gehört in jedem Fall auch die Erfassung von **lebzeitigen Zuwendungen** des Erblassers an die beteiligten Personen bzw. dritte Personen. Auch hier gilt dies grundsätzlich sowohl für die gestaltende Beratung vor dem Erbfall als auch für die Beratung bzw. Vertretung eines Mandanten nach dem Erbfall. Lebzeitige Zuwendungen spielen im Rahmen der gestaltenden Beratung eine erhebliche Rolle für die Frage von Ausgleichs- und Anrechnungsbestimmungen sowie Pflichtteilsergänzungsansprüchen und auch Fragen des Schenkungswiderrufs nach § 528 BGB. Gerade der Schenkungswiderruf ist in Fällen eines nicht auszuschließenden Rückgriffs eines Sozialhilfeträgers vor dem Hintergrund der gesamten Bandbreite der Rückgriffsmöglichkeiten nach dem Sozialhilferecht zu beurteilen.
- 29 Nach dem Erbfall ist sowohl im Rahmen der Erbauseinandersetzung als auch in Fällen der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen der Bereich der **lebzeitigen Zuwendungen** des Erblassers ebenfalls von maßgeblicher Bedeutung. Nur die genaue Kenntnis von ausglei-

7 Im Anwendungsbereich der EuErbVO v. 4.7.2012 (VO EU Nr. 650/2012) gilt allerdings in der Regel das Wohnsitzrecht.

8 OLG München, Beschl. v. 11.1.2018 – 34 Wx 408/17.

9 BeckOK GBO/Hügel/Wilsch, § 12 Rn 7.

10 OLG München, Beschl. v. 10.10.2018 – 34 Wx 293/18.

11 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 5.9.2013 – 11 Wx 57/13.

12 OLG Braunschweig, Beschl. v. 11.6.2019 – 1 W 41/19; nach OLG Saarbrücken, Beschl. v. 3.11.2021 – 5 W 58/21 ist weiterer Vortrag erforderlich, der solche Ansprüche zumindest möglich erscheinen lässt.

chungspflichtigen und möglicherweise auch auf den Pflichtteil anrechnungspflichtigen Vorempfänger ermöglichen eine Beurteilung, inwieweit dem Mandanten ggf. zu einer Ausschlagung der Erbschaft zu raten ist. Vor dem Hintergrund der sehr kurz bemessenen Ausschlagungsfrist ist es daher geboten, frühzeitig den Sachverhalt auch hinsichtlich der Vermögenswerte einschließlich Vorempfänger zu ermitteln.

Bei der Ermittlung der Vorempfänger ist ferner neben dem **Wert des Vorempfängers** auch die Ermittlung des Zeitpunkts der Zuwendung von maßgeblicher Bedeutung. Unabhängig von den ohnehin gesondert zu beurteilenden steuerrechtlichen Fragen, ist die Kenntnis über den Zeitpunkt der Zuwendung ebenso von maßgeblicher Bedeutung für die sich aus dem Gesetz ergebenden **Fristen** (z.B. §§ 529 Abs. 1, 2325 Abs. 3 BGB). Dabei darf nicht übersehen werden, dass Schenkungen an den Pflichtteilsberechtigten im Rahmen der Pflichtteilsergänzung zeitlich unbegrenzt angerechnet werden (§ 2327 BGB). Hinzu kommt gerade bei Grundstückszuwendungen die Ermittlung eines ggf. vorbehaltenen Nießbrauchs- oder Wohnungsrechts, da dies für den Lauf der Zehn-Jahres-Frist nach § 2325 Abs. 3 BGB von erheblicher Bedeutung ist. Der Beginn der Frist nach § 2325 Abs. 3 BGB ist nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls dann gehindert, wenn der Erblasser den verschenkten Gegenstand dadurch weiter nutzt, dass er sich gewisse Rechte uneingeschränkt vorbehält.¹³

Bei der Ermittlung lebzeitiger Zuwendungen bzw. von Vorempfängern sind zu erfassen 31

- Art der Zuwendung;
- Wert der Zuwendung;
- Empfänger der Zuwendung;
- Zeitpunkt der Zuwendung (auch innerhalb der Zehn-Jahres-Frist) und
- Vereinbarungen in Zusammenhang mit der Zuwendung (Ausgleichspflicht, Anrechnungspflicht, vorbehaltene Rechte).

Auch hier bedarf es nötigenfalls eigener zusätzlicher Ermittlungen seitens des Rechtsanwalts durch Einholung von aktuellen **Grundbuchauszügen**, der Einholung von **Bankauskünften** bzw. Geltendmachung von möglichen Auskunftsansprüchen gegen die Erben bzw. Dritte. 32

4. Ermittlung testamentarischer Verfügungen

Bei der Beratung eines Mandanten **vor dem Erbfall**, und zwar in den Fällen der gestaltenden Beratung, bedarf es zwingend der Ermittlung des Vorliegens bereits vorhandener testamentarischer Verfügungen des Erblassers sowie der Beachtung der sich hieraus möglicherweise ergebenden Verfügungsbeschränkungen des Mandanten. 33

Während bereits im Rahmen der Erfassung der Vermögenssituationen etwaige Verfügungsbeschränkungen aufgrund einer Vorerbenstellung oder aufgrund gesellschaftsrechtlicher Beschränkungen zu ermitteln waren, ist hier die Ermittlung einer möglicherweise vorliegenden **Bindungswirkung** auf der Grundlage eines gemeinschaftlichen Testamentes bzw. Erbvertrags notwendig. Soweit sich für den Rechtsanwalt irgendwelche Anhaltspunkte für das Vorliegen früherer testamentarischer oder erbvertraglicher Verfügungen ergeben, ist zwingend deren inhaltliche Prüfung vorzunehmen. Im Bereich der Testamentsgestaltung ist letztlich jede Gestaltungsberatung hinfällig, sollte der Mandant durch ein gemeinschaftliches Testament aufgrund des Versterbens des Ehegatten gem. § 2271 Abs. 2 BGB an eine wechsel-

13 BGH, Urt. v. 27.4.1994 – IV ZR 132/93: kein Fristenlauf beim Totalnießbrauch; nicht abschließend geklärt beim Bruchteils- oder Quotennießbrauch oder Wohnungsrecht, das auf einen bestimmten Teil des übereigneten Grundstücks beschränkt ist. Hier ist auf die „wesentliche Nutzung“ abzustellen, hierzu eingehender MüKo/Lange, § 2325 Rn 77; zum Wohnungsrecht auch OLG München, Urt. v. 8.7.2022 – 33 U 5525/21.

bezügliche **Schlusserbeneinsetzung gebunden** sein. Gleiches gilt hinsichtlich etwaiger Erbvertraglicher Bindungen bzw. der Prüfung der Möglichkeiten des Rücktritts vom Erbvertrag. Möglicherweise führt dies dann auch zur Notwendigkeit der Prüfung etwaiger Ausschlagungsmöglichkeiten zur Wiedererlangung der Testierfähigkeit (§ 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB) sowie Anfechtungsmöglichkeiten, wie z.B. aus § 2079 BGB wegen der Übergehung eines weiteren vorhandenen Pflichtteilsberechtigten. Zuletzt sollte nicht vergessen werden, dass bei einer neuen Testamentserrichtung vorsorglich vorhandene frühere – ggf. nicht bindend wirkende – letztwillige Anordnungen zu widerrufen sind.

- 35 Nach Vorliegen des Erbfalls ist die Überprüfung des Vorhandenseins von testamentarischen Verfügungen bereits zur Ermittlung der **Erbfolge** erforderlich. Dabei kann sich der Rechtsanwalt sicherlich nicht darauf beschränken, lediglich das zeitlich zuletzt errichtete Testament einer Prüfung zu unterziehen, da dies – ausgenommen in Fällen des ausdrücklichen Widerrufes früherer Verfügungen – lediglich insoweit ein früheres Testament aufhebt, als das spätere Testament mit diesem in Widerspruch steht, § 2258 Abs. 1 BGB. Auch weitere Ermittlungen hinsichtlich möglicherweise vorliegender anderer testamentarischer Verfügungen sind vor dem Hintergrund etwaiger entgegenstehender Bindungswirkungen von erheblicher Bedeutung. Wegen der in § 2259 BGB geregelten **Ablieferungsverpflichtung** hilft auch hier in der Regel die Einsicht in die Nachlassakte. Zudem soll der Rechtsanwalt durch eingehende Befragung des Mandanten klären, ob noch weitere u.U. bislang noch nicht bekannte testamentarische Verfügungen vorliegen.

5. Stand des Nachlassverfahrens

- 36 In erbrechtlichen Mandaten, in denen ein Erbfall vorliegt, bedarf es der genauen Ermittlung des Standes eines ggf. bereits **anhängigen Nachlassverfahrens** bzw. genauer Kenntnisse zum Zeitpunkt des Erbfalls, Zeitpunkt der Eröffnung von testamentarischen Verfügungen, einschließlich etwaiger bereits ergangener Beschlüsse (z.B. nach § 352 Abs. 2 FamFG). Unter Vorlage einer auf den Rechtsanwalt ausgestellten Vollmacht empfiehlt es sich dabei, umgehend nach Annahme des Mandats zur weiteren Sachverhaltsaufklärung **Akteneinsicht** in die Nachlassakten zu beantragen. Aus § 13 FamFG ergibt sich ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht für Beteiligte i.S.v. § 7 FamFG, außer es stehen schwerwiegende Interessen anderer Beteiligter entgegen, § 13 Abs. 1 FamFG. Für Dritte ist ein berechtigtes Interesse glaubhaft zu machen, § 13 Abs. 2 FamFG. Zu beachten ist ferner, dass zwar nunmehr in § 13 Abs. 4 FamFG eine Regelung zur Überlassung der Akten in die Geschäftsräume des Rechtsanwaltes vorhanden ist, allerdings ausdrücklich geregelt ist, dass ein Recht zur Überlassung nicht besteht. In Nachlassverfahren sind die Gerichte schon wegen der häufig in den Akten befindlichen Originaltestamenten äußerst zurückhaltend mit der Überlassung von Akten in die Kanzleiräumlichkeiten. Allerdings kann der Rechtsanwalt gegen entsprechende Kostenübernahme auch die Anfertigung von Abschriften aus der Nachlassakte verlangen, § 13 Abs. 3 FamFG.
- 37 Die genauen Sachverhaltsermittlungen dienen dabei neben den inhaltlich für die Beratung bzw. Interessenvertretung des Mandanten erforderlichen Kenntnissen, insb. auch der Überprüfung etwaiger **drohender Fristabläufe**.
- 38 Ohne im Folgenden eine vollständige Auflistung sämtlicher maßgeblicher Fristen vorzunehmen, sollen die nachfolgend erwähnten Fristen die Notwendigkeit dahingehender Ermittlungen verdeutlichen.

Praxishinweis

Kenntnisse über den Erbfall bzw. die Mitteilung einer Eröffnungsniederschrift nebst Testamentsabschrift bspw. für die genaue Prüfung folgender Fristen sind erforderlich:

- Ausschlagungsfrist nach § 1944 BGB;
- Anfechtung der Annahme/Ausschlagung der Erbschaft nach § 1954 BGB;
- Anfechtung eines Testaments bzw. Erbvertrags nach § 2082 BGB bzw. § 2283 BGB;
- Pflichtteilsverjährungsfrist nach § 2332 BGB;
- Verjährung des Zugewinnausgleichs nach § 1378 Abs. 4 BGB.

II. Klären des Mandatsumfangs und der Mandatsvergütung

1. Auftragsvereinbarung

Grundsätzlich schulden Rechtsanwälte eine umfassende und erschöpfende rechtliche Beratung,¹⁴ was z.B. die Prüfung ausländischen Rechts oder steuerlicher Auswirkungen¹⁵ einschließen kann. Es ist deshalb ratsam, schon bei der Mandatsannahme den genauen Mandatsgegenstand und die Reichweite der Beratungspflicht schriftlich festzulegen. So können Missverständnisse vermieden und aus Haftungsgründen auch eine Begrenzung des Auftrags auf bestimmte rechtliche Bereiche festgelegt werden.

39

Hinweis

Auch bei einem gegenständlich beschränkten Mandat kann der Rechtsanwalt zu Hinweisen und Warnungen außerhalb des eigentlichen Vertragsgegenstands verpflichtet sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die dem Mandanten drohenden Gefahren dem Anwalt bekannt oder für ihn offenkundig sind oder sich ihm bei ordnungsgemäßer Bearbeitung des Mandats aufdrängen. Voraussetzung ist weiter, dass der Anwalt Grund zu der Annahme hat, dass der Auftraggeber sich der Gefahren nicht bewusst ist.¹⁶

Zudem richtet sich die Vergütung des Anwalts nicht nach der entfalteten Tätigkeit, sondern dem erteilten Auftrag, so dass auch insoweit eine klare Eingrenzung empfehlenswert ist.

In der Praxis hat sich entweder ein entsprechendes Mandatsbestätigungsschreiben bewährt, in dem der Anwalt zugleich auch auf Bedenken im Hinblick auf den geltend gemachten Anspruch oder überzogene Erwartungen des Mandanten hinweisen kann¹⁷ oder eine konkrete Vereinbarung, die den Umfang des erteilten Auftrags klarstellt.¹⁸

40

14 Eingehender: BGH, Urt. v. 21.6.2018 – IX ZR 80/17.

15 BGH, Urt. v. 22.10.1987 – IX ZR 175/86 und BGH, Urt. v. 23.11.1995 – IX ZR 225/94.

16 So hat der BGH im Urt. v. 9.1.2020 – IX ZR 61/19 eine Hinweispflicht des Anwalts auf eine notwendige Einschaltung eines Steuerberaters bei Beratung zu einer Ehescheidungsfolgenvereinbarung, die auch Grundstücksübertragungen zum Gegenstand hatte, angenommen.

17 Muster hierzu z.B. bei Beck'sche Online-Formulare Zivilrecht/*Sefrin*, 1.8.; sehr ausführlich auch mit Darlegung der Sachverhaltserfassung durch den Anwalt *Goldkamp*, ErbR 2021, 108.

18 Muster hierzu z.B. bei *Sarres*, NZFam 2019, 668.

Praxishinweis

Die **Gliederung** dieses Anschreibens könnte wie folgt aussehen:

(1) Sachverhaltsfeststellungen:

- beteiligte Personen (einschließlich Verwandtschaftsverhältnissen, Güterstand);
- Vermögen und Vorempfänge (einschließlich Belastungen, Verfügungsbeschränkungen etc.);
- erbrechtliche Verfügungen (testamentarische Verfügungen, Erb- und Pflichtteilsverzicht, Ausschlagungserklärungen etc.);
- Besonderheiten zum Sachverhalt (z.B. getrenntlebende Ehegatten, behinderter Abkömmling).

(2) Mandantenziele/Vorstellung des Mandanten:

- wie z.B. Alterssicherung, Gleichstellung der Kinder, Schutz des Vermögens etc.

(3) rechtliche Ausführungen:

- Zusammenfassung des Inhalts der Ausführungen anlässlich des Mandantengesprächs;
- Ergänzung um das Ergebnis der weiteren rechtlichen Prüfung;
- Darstellung von Lösungsvorschlägen;
- Hinweise zur Verjährung;
- Hinweise zu Vergütung und Prozess(-kosten)risiken.

(4) Umfang der Beauftragung

(5) Bestätigung und Übersendung zusätzlicher Vereinbarungen mit der Aufforderung zur Rückbestätigung, wie

- Vergütungsvereinbarung und
- Haftungsbeschränkungsvereinbarung.



Muster 1.1: Beratungstermin bei Erbausschluss durch Berliner Testament mit Jastrowscher Klausel

41

Sehr geehrte Frau/sehr geehrter Herr [REDACTED],

ich komme zurück auf den am [REDACTED] in meinen Kanzleiräumlichkeiten durchgeführten Besprechungstermin. Wie vereinbart darf ich diesen nochmals kurz zusammenfassen:

Ihr Vater ist am [REDACTED] verstorben. Durch Ehegattentestament vom [REDACTED] wurde Ihre Mutter für den ersten Erbfall zur Alleinerbin bestimmt, die beiden einzigen Kinder (Sie und Ihre Schwester) sollen erst beim Tod des Letztversterbenden als sog. Schlusserben zum Zug kommen. Das Testament enthält außerdem in Ziff. [REDACTED] eine Pflichtteilsstrafklausel, wonach derjenige Abkömmling von der (Schluss-) Erbfolge ausgeschlossen ist, der nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil geltend macht. Zusätzlich soll derjenige Abkömmling, der den Pflichtteil nicht verlangt, beim ersten Erbfall ein Geldvermächtnis in Höhe des Wertes des gesetzlichen Erbteils erhalten, das erst beim zweiten Erbfall ausbezahlt wird.

Beide Abkömmlinge wurden damit im ersten Erbfall enterbt und können ihren Pflichtteil geltend machen. Der Pflichtteil ist ein reiner Geldanspruch in Höhe der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Da Ihre Eltern nach Angabe im gesetzlichen Güterstand verheiratet waren, beträgt die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten $\frac{1}{4} + \frac{1}{4}$ pauschalierter Zugewinnausgleich, die der beiden Abkömmlinge je $\frac{1}{4}$. Die Pflichtteilsquote beträgt also $\frac{1}{8}$. Der Wert des Nachlasses ist nach Ihren Angaben weitgehend bekannt und besteht neben einem verbleibenden elterlichen Geldvermögen von 200.000 EUR (Anteil Vater hieran 100.000 EUR) im Wesentlichen aus dem hälftigen Miteigentumsanteil Ihres Vaters an der elterlichen Immobilie mit einem aktuellen Wert von ca. 300.000 EUR. Nennenswerte Vorschenkungen gab es nach Ihren Angaben weder unter den Ehegatten noch an die Kinder oder dritte Personen, so dass Pflichtteilergänzungs- oder Ausgleichsansprüche ausscheiden. Der Pflichtteilsanspruch wird sich daher in einer

Größenordnung von etwa 50.000 EUR (= $\frac{1}{8}$ von 400.000 EUR) bewegen. Der Anspruch ist bereits mit dem Tod fällig und kann daher sofort in Verzug begründender Weise geltend gemacht werden.

Allerdings bewirkt die in Ziff. [REDACTED] des Testaments enthaltene Strafklausel dann den Wegfall ihrer testamentarischen Erbenstellung mit einer Quote von $\frac{1}{2}$ beim Tod Ihrer Mutter. Falls Ihre Schwester ihren Pflichtteil nicht geltend macht (dies hatte sie Ihnen gegenüber ja so angekündigt), wird sie dann im zweiten Erbfall Alleinerbin, während Sie auf den Pflichtteilsanspruch verwiesen sind. Bei der Berechnung fließt dann zwar das gesamte noch verbleibende (auch vom Vater ererbte) Vermögen ein, allerdings verringert sich die Erbmasse dann noch um das bedingte Vermächtnis zugunsten Ihrer Schwester in Höhe des gesetzlichen Erbteils nach dem Vater (nach den obigen Werten rund 100.000 EUR). Ihre Pflichtteilsquote beträgt dann $\frac{1}{4}$. Verzichten Sie hingegen auf die Geltendmachung des Pflichtteils, bleibt es bei der Erbquote von $\frac{1}{2}$ und das bedingte Vermächtnis zugunsten Ihrer Schwester kommt nicht zum Tragen. Sollten sich das Vermögen und die Werte bis zum Tod der Mutter nicht verändern, lässt sich der Unterschied im zweiten Erbfall wertmäßig wie folgt darstellen:

Nach Geltendmachung PT Vater (50.000 EUR):

Pflichtteil nach Tod Mutter $\frac{1}{4}$ (200.000 EUR + 600.000 EUR - 100.000 EUR) = 175.000 EUR

Ohne Geltendmachung PT Vater:

$\frac{1}{2}$ Erbteil Mutter (200.000 EUR + 600.000 EUR) = 400.000 EUR).

Wir waren so verblieben, dass Sie es sich noch überlegen wollen, ob Sie den Pflichtteilsanspruch unter dieser Prämisse geltend machen wollen. Auf die Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis vom Testament zum Jahresende hatte ich Sie hingewiesen

Meine Mandatsbedingungen und eine Vergütungsvereinbarung hatte ich Ihnen bereits im Besprechungstermin erläutert und ausgehändigt. Bitte senden Sie mir diese doch noch gegengezeichnet zurück und lassen Sie mich wissen, ob Sie sich zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach Ihrem Vater entschließen.

Mit freundlichen Grüßen

Selbst in Fällen, in denen sich das Mandat auf ein „**erstes Beratungsgespräch**“ beschränkt hat, vermag ein entsprechendes Mandantenschreiben spätere Unklarheiten und Streitigkeiten hinsichtlich des dem Rechtsanwalt zur Beratung mitgeteilten Sachverhalts sowie auch des Inhalts der Beratung zu vermeiden. Gerade in Fällen, in denen der Rechtsanwalt von Mandanten in Begleitung einer weiteren Person aufgesucht wird oder der Rechtsanwalt erst mehrere Monate später aufgrund einer vermeintlich fehlerhaften Beratung auf Haftung in Anspruch genommen wird, erweist sich ein derartiges Anschreiben als äußerst hilfreich. Auch wenn sicherlich bei Mandaten mit geringer Vergütung die Frage des vertretbaren Aufwandes gerechtfertigt ist, so sollte zumindest eine kurze Zusammenfassung des dem Rechtsanwalt mitgeteilten Sachverhalts sowie die wesentlichen Inhalte der Beratung und Hinweise, wie z.B. ein Hinweis auf laufende Verjährungsfristen, erfolgen. Dies kann dabei regelmäßig mit der Übersendung der Vergütungsabrechnung verbunden werden. Im Fall der möglichen **Anschlussbeauftragung** dient dieses Schreiben ferner zur Vorbereitung auf einen weiteren Besprechungstermin bzw. erspart möglicherweise „peinliche“ erneute Nachfragen beim Mandanten.

42

Auch in Fällen, in denen der Rechtsanwalt das Ergebnis einer sich an einen Besprechungstermin anschließenden rechtlichen Prüfung dem Mandanten schriftlich mitteilt oder der Mandant selbst eine schriftliche **Zusammenfassung der Beratung** wünscht, sollte auf die zusammenfassende Darstellung des zugrunde gelegten Sachverhalts großes Augenmerk gerichtet werden. Durch ein sorgfältig abgefasstes und ausführliches Anschreiben an den Mandanten werden Missverständnisse zwischen Rechtsanwalt und Mandant sowohl hinsichtlich der Sachverhaltsgrundlagen und dem Auftragsumfang als auch hinsichtlich der

43

Hinweise zu Vergütung und Prozessrisiken vermieden. Ferner bietet dieses Schreiben dem Mandanten die Möglichkeit, nochmals seine gegenüber dem Rechtsanwalt mitgeteilten Angaben auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit hin zu überprüfen.

- 44 Soweit zwischen dem Rechtsanwalt und dem Mandanten **besondere Vereinbarungen** zur Vergütung und/oder Haftungsbeschränkung getroffen wurden, dient dieses Schreiben auch zur Übersendung der Vergütungs- und Haftungsbeschränkungsvereinbarung/Mandatsbedingungen.

Praxishinweis

Unabhängig davon, ob die Abrechnung der Vergütung des Rechtsanwalts auf der Grundlage des RVG oder aufgrund einer Vergütungsvereinbarung vereinbart wird, ist im Hinblick auf das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses zunächst anzuraten, in einem Mandatsbestätigungsschreiben oder einer **gesonderten Auftragsvereinbarung** festzulegen, wer Auftraggeber und Schuldner der Vergütung des Rechtsanwalts ist und mit welchen Tätigkeiten der Rechtsanwalt vom Mandanten beauftragt wurde. Dies legt einerseits den Umfang der vom Anwalt zu erbringenden Tätigkeiten fest, andererseits erleichtert dies die Klärung, welche Vergütung für die im Auftrag festgelegten Tätigkeiten nach dem RVG oder aufgrund einer Vergütungsvereinbarung anfallen.

2. Vergütung nach dem RVG

- 45 Auch wenn für die Bearbeitung des Mandats eine Abrechnung auf der Grundlage des RVG und daher nach dem **Gegenstandswert** erfolgt, muss der Rechtsanwalt nach § 49b Abs. 5 BRAO den Mandanten hierauf bereits **vor der Mandatsübernahme** ausdrücklich hinweisen.

Praxishinweis

Es ist daher ratsam, sich den **erfolgten Hinweis** ausdrücklich, d.h. schriftlich, vom Mandanten bestätigen zu lassen, z.B. im Zusammenhang mit einer Auftragsbestätigung. Die genaue Beachtung der Hinweispflicht nach § 49b Abs. 5 BRAO ist nicht zuletzt gerade wegen der häufig hohen Gegenstandswerte bei erbrechtlichen Mandaten zur Vermeidung von Einwendungen gegen die Vergütungsabrechnung von besonderer Bedeutung.

- 46 Als problematisch erscheint hierbei häufig, dass im Rahmen der Mandatsannahme gegenüber dem Mandanten noch keine genauen Auskünfte über die **Höhe des Gegenstandswertes** gemacht werden können, da gerade in den Fällen der Erbauseinandersetzung und Fällen der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen der zugrunde zu legende Wert erst nach annähernd gesicherten Kenntnissen über den Wert des Nachlasses und dem sich daraus ergebenden Wert des Interesses des Mandanten (§ 3 ZPO) ermittelt bzw. geschätzt werden kann.¹⁹
- 47 Unbeschadet der rechtlichen Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Aufklärung des Mandanten über die anfallende Vergütung ist eine sorgfältige Unterrichtung des Mandanten über die mit der Tätigkeit des Rechtsanwalts verbunden Vergütung nach dem RVG ohnehin zur Vermeidung von Streitigkeiten im Rahmen der Gebührenabrechnung dringend anzuraten. Insbesondere sollte dabei bereits von vornherein die Frage des vom Rechtsanwalt in Bezug auf **Rahmengebühren nach § 14 RVG** beabsichtigten Gebührensatzes offen angesprochen werden. Denn in einer Vielzahl der erbrechtlichen Mandate ist der Ansatz der Regelgebühr

¹⁹ Zu den Gegenstandswerten der einzelnen Anspruchsarten vgl. das nachfolgende Kapitel.

(Gebührensatz von 1,3 bei Geschäftsgebühr nach VV 2300 RVG) im Hinblick auf Umfang und Schwierigkeit des Mandates nicht gerechtfertigt. Zur Streitvermeidung ist es empfehlenswert, den Mandanten von vornherein darauf hinzuweisen, dass das erbrechtliche Mandat regelmäßig arbeitsintensiver, haftungsträchtiger und komplexer als ein „normales“ Mandat ist und daher eher eine 1,5–2,0 Gebühr anfallen wird. Ggf. kann auch direkt ein entsprechender Gebührensatz vereinbart werden.

In erbrechtlichen Mandaten kommt es häufig zu der Situation, dass der Rechtsanwalt in derselben Angelegenheit für **mehrere Auftraggeber** tätig wird. Der Vorschrift des § 7 RVG sowie dem unter VV 1008 RVG geregelten **Mehrvertretungszuschlag** kommt folglich gerade bei erbrechtlichen Mandaten besondere Bedeutung zu. 48

Nach § 7 RVG erhält der Rechtsanwalt nur einmal die Gebühren, wenn er in derselben Angelegenheit für mehrere Auftraggeber tätig wird. Allerdings erhöht sich nach VV 1008 RVG die Verfahrens- oder Geschäftsgebühr für jeden weiteren Auftraggeber um 0,3, wobei auch mehrere Erhöhungen einen Gebührensatz von 2,0 nicht übersteigen dürfen (VV 1008 Abs. 3 Hs. 1 RVG). Mehrere Auftraggeber können beispielsweise sein:

- Ehegatten;
- Erbengemeinschaft: Die Miterben sind bei einem Auftrag erst nach dem Tod des Erblassers grundsätzlich mehrere Auftraggeber,²⁰ anders allerdings, wenn der Anwalt den Auftrag schon vom Erblasser erhalten hatte (Fortsetzung des Einzelauftrags)²¹ oder nur ein Miterbe den Anwalt – nicht im Auftrag der Erbengemeinschaft – mandatiert;
- mehrere Testamentsvollstrecker.²²

Voraussetzung ist, dass der Anwalt in derselben Angelegenheit tätig wird. Bei Gegenstandsverschiedenheit kommt es hingegen zur Addition der Gegenstandswerte gem. § 22 Abs. 1 RVG (z.B. Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen für mehrere Pflichtteilsberechtigte).

Die Streitfrage, ob das Entwerfen eines Testaments eine Geschäfts- oder eine reine Beratungstätigkeit des Anwalts darstellt, ist zwischenzeitlich höchstrichterlich entschieden. In seiner Entscheidung vom 22.2.2018²³ hat der BGH wegen des Fehlens einer nach außen gerichteten Tätigkeit ersteres für ein einseitiges Testament für zutreffend erklärt. Mit Urteil vom 15.4.2021²⁴ hat er dies nun auch für gemeinschaftliche Testamente bekräftigt und damit auch der Variante der Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrages eine Absage erteilt. Es spielt also keine Rolle, ob es sich um ein einseitiges, mehrere aufeinander abgestimmte oder ein gemeinschaftliches Testament handelt.²⁵ 49

In den meisten Fällen ist die Gebührenzusage der Rechtsschutzversicherungsgesellschaften auf **ein erstes Beratungsgespräch** in Anwendung des § 34 Abs. 1 RVG (teilweise sogar auf einen Höchstbetrag von 190 EUR netto) beschränkt. Mündet diese Beratung in einer Vertretung nach außen oder fällt sie mit „einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit“ 50

20 BGH, Beschl. v. 16.3.2004 – VIII ZB 114/03.

21 Str., vgl. z.B. *Toussaint*, § 7 Rn 13.

22 BGH, Urt. v. 13.1.1994 – IX ZR 190/92.

23 BGH, Urt. v. 22.2.2018 – IX ZR 115/17.

24 BGH, Urt. v. 15.4.2021 – IX ZR 143/20.

25 Vgl. näher hierzu z.B. *Schneider*, NJW-Spezial 2021, 315.

zusammen, ist die Versicherung in der Regel nicht eintrittspflichtig.²⁶ Hierüber ist der Mandant ebenso aufzuklären wie darüber, dass die lediglich „**vorsorgliche Beratung**“ (Neufassung oder Umgestaltung des Testaments) in der Regel ebenfalls nicht versichert ist.²⁷ In manchen Fällen lohnt sich dennoch eine Anfrage des Mandanten bei seiner Rechtschutzversicherung, um eine Beteiligung auf Kulanzbasis zu erreichen.

3. Vergütungsvereinbarung

- 51 Unter Beachtung der Regelungen in §§ 3a ff. RVG ist gerade bei erbrechtlichen Mandaten zu überlegen, inwieweit dem Mandanten der Abschluss einer Vergütungsvereinbarung vorgeschlagen werden sollte.

Praxishinweis

Nach § 3a RVG wird nunmehr einheitlich für die Vergütungsvereinbarung die Textform gemäß § 126b BGB verlangt. Eine Ausnahme bildet nach § 3a Abs. 1 S. 4 RVG die Gebührenvereinbarung nach § 34 RVG. Schon aus Beweis Zwecken empfiehlt sich aber immer die Wahrung der Textform.

- 52 Gerade im Bereich der beratenden Tätigkeit, also insbesondere bei der **gestaltenden Beratung**, zeigen sich die Vorteile einer durch **Vereinbarung** geregelten Vergütung, da letztlich der zeitliche Aufwand einer für die Gestaltung notwendigen Beratung meist zum Zeitpunkt der Annahme des Mandats nur sehr schwer einschätzbar ist. Bei einer Berechnung der Vergütung nach dem RVG können dabei sehr häufig Gebührenhöhen entstehen, die entweder dem Mandanten nur sehr schwer vermittelbar sind oder andererseits z.B. bei sehr zeitintensiven Beratungen zu Lasten des Rechtsanwalts nicht mehr eine **angemessene Vergütung** der Beratungstätigkeit darstellen (dies insbesondere, wenn die Kappungsgrenzen des § 34 RVG greifen).
- 53 Aber auch bei der Vertretung des Mandanten, z.B. im Rahmen der Geltendmachung von **Pflichtteilsansprüchen**, kann es sich als problematisch herausstellen, die Abrechnung der Vergütung nach dem RVG vorzunehmen. Nicht selten treten Fälle auf, in denen der Pflichtteilsberechtigte den Wert seiner Ansprüche selbst **bei weitem zu hoch** einschätzt, sich dann aber im Laufe der teilweise sehr arbeitsintensiven Mandatsbearbeitung herausstellt, dass der eigentliche Wert weit unter dem zunächst angenommenen Wert liegt. Zwar ist für die Berechnung der Vergütung nach dem RVG als Gegenstandswert nicht der Wert des im Ergebnis erzielten Anspruchs, sondern der Wert des Auftrags des Mandanten maßgeblich, jedoch ist dieser Wert nach **objektiven Gesichtspunkten** zu ermitteln. Unvernünftige und unrealistische Vorstellungen des Mandanten müssen außen vor bleiben.²⁸ Es besteht daher die Gefahr, dass sich nach Vorliegen der Abrechnung der Mandant darauf beruft, dass der Rechtsanwalt im Verlauf des Verfahrens hätte erkennen können, dass die von ihm zum

26 Einige wenige Versicherungen bieten Rechtsschutz auch für die Vertretung im Erbrecht an, die dann allerdings gesondert eingeschlossen werden muss und nicht vom „normalen“ Versicherungsumfang umfasst ist. Je nach Versicherungsbedingungen werden dann z.B. die Anwalts- und Gerichtskosten bis zu einem bestimmten Höchstbetrag (bei der ARAG z.B. bis 10.000 EUR je Vertragsdauer) und/oder die Kosten einer Mediation (bei der ARAG 3.000 EUR je Fall und 6.000 EUR je Kalenderjahr) übernommen.

27 In einigen Versicherungsbedingungen ist auch eine vorsorgliche anwaltliche Beratung (z.B. Advocadur bis 1.000 EUR/Jahr) umfasst.

28 Mayer/Kroiß/Klees, RVG, § 2 Rn 16.

Zeitpunkt der Beauftragung angenommenen Werte unrealistisch waren. Auch in derartigen Fällen ist daher zu erwägen, etwaige Unsicherheiten durch Abschluss einer Vergütungsvereinbarung, die beispielsweise auch einen Mindestgegenstandswert zum Inhalt haben kann – frühzeitig und vorsorglich – zu beseitigen.

Soweit durch diese Vergütungsvereinbarungen die gesetzlichen Gebühren unterschritten werden und dies an sich nach § 49b Abs. 1 BRAO unzulässig ist, ergibt sich nach § 4 Abs. 1 RVG, dass in außergerichtlichen Angelegenheiten die Vereinbarung von Pauschalgebühren und Zeitvergütungen möglich ist. 54

Nach § 4a RVG in der Fassung ab 1.7.2008 ist die **Vereinbarung eines Erfolgshonorars** im Einzelfall möglich.²⁹ § 4a RVG verweist zunächst für die Begriffsbestimmung „Erfolgshonorar“ auf § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO. 55

Aufgrund der erheblichen Hürden, die für den wirksamen Abschluss einer erfolgsbasierten Vergütungsvereinbarung aufgestellt werden, ist sicherlich fraglich, inwieweit sich eine solche Vergütungsvereinbarung tatsächlich gerade auch bei Vertretung erbrechtlicher Mandate durchsetzen wird. So ist Voraussetzung für die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars nach § 4a RVG, dass es nur für den Einzelfall vereinbart werden darf. Dies ist sowohl mandanten- als auch anwaltsbezogen zu verstehen, d.h., dass ein Rechtsanwalt weder generell auf Erfolgshonorarbasis für seine Mandanten tätig sein noch mit diesen eine Absprache treffen darf, dass er grundsätzlich bestimmte Aufträge nur auf der Basis einer erfolgsbasierten Vergütung übernimmt.³⁰

Weitere Voraussetzung ist nach § 4a Abs. 1. S. 1 RVG, dass der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten werden würde. Gerade in erbrechtlichen Angelegenheiten dürfte eine solche Situation in Ansehung der möglicherweise im Verhältnis zum Wert der potentiellen Ansprüche nur unzureichenden wirtschaftlichen Verhältnisse des Auftraggebers häufiger einschlägig sein. Fraglich ist dies allerdings dann, wenn z.B. im Rahmen der Stufenklage zur Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen erst durch die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs die Höhe des möglichen Pflichtteilsanspruchs bekannt wird. Das Kriterium der „verständigen Betrachtung“ erfordert, dass sich die Entscheidung bei einer objektivierenden „verständigen Betrachtung“ als nachvollziehbar und plausibel erweist.³¹ Aus § 4a RVG ergeben sich die notwendigen Vereinbarungsbestandteile, nämlich die voraussichtliche gesetzliche Vergütung und ggf. die erfolgsunabhängige vertragliche Vergütung, zu der der Anwalt bereit wäre, den Auftrag zu übernehmen sowie die Angabe, welche Vergütung bei Eintritt welcher Bedingung verdient sein soll.

Alternativ kann bei erbrechtlichen Fallgestaltungen in der Regel auch eine Finanzierung durch einen **Prozessfinanzierer** erwogen werden.

Da im Fall des Abschlusses einer **Vergütungsvereinbarung** nicht in jedem Fall abschätzbar ist, ob damit eine niedrigere als die gesetzliche Vergütung gefordert wird, ist die Einhaltung der gesetzlichen **Formerfordernisse** des § 3a RVG zwingend erforderlich. Sie ist demnach als Vergütungsvereinbarung ausdrücklich zu bezeichnen und in einem gesonderten Schriftstück aufzunehmen, von anderen Vereinbarungen – mit Ausnahme der Auftragserteilung – deutlich abzusetzen und darf **nicht in der Vollmacht** enthalten sein. Hinzu kommt der in 56

29 Formulierungsanregung vgl. z.B. Mayer, AnwBl 2008, 473–478 oder Klinger/Ruby, Münchner Prozessformularbuch Erbrecht, A. III. 3.

30 Mayer, AnwBl 2008, 473, 474.

31 Mayer, AnwBl 2008, 473, 474; Mayer/Kroiß/Winkler/Teubel, RVG, § 4a Rn 29.

der Vergütungsvereinbarung aufzunehmende Hinweis über die Abweichung und damit die Vereinbarung bzgl. höherer Gebühren als die gesetzlichen nach dem RVG.

Näheres zu Vergütung, Kosten und Umfang des Mandats siehe § 10 Rdn 1 ff.

III. Vereinbarungen zur Haftungsbeschränkung

- 57 Die Bearbeitung erbrechtlicher Mandate ist aufgrund der rechtlich schwierigen Materie und der vergleichsweise hohen Gegenstands-/Streitwerte für den Rechtsanwalt mit nicht unerheblichen **Haftungsrisiken** verbunden. Der Anwaltsvertrag ist in der Regel ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag und die Haftung gründet sich zumeist auf §§ 280 und 311 Abs. 2 BGB (c.i.c.). Generell sind Rechtsanwälte verpflichtet, den Mandanten allgemein, umfassend und erschöpfend zu beraten.³² Unkundige sind zu Folgen ihrer Erklärungen zu belehren und vor Irrtümern zu bewahren. In den Grenzen des Mandats hat der Anwalt dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat der Anwalt dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist.³³
- 58 Zu berücksichtigen ist auch, dass der Beratervertrag auch ohne ausdrückliche Regelung Schutzwirkung zugunsten eines Dritten entfalten kann. Dies wird dann angenommen, wenn der Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Beratervertrags hat und dies für den Berater bekannt oder erkennbar war,³⁴ so z.B. bei Erben im Rahmen einer Testamentserstellung.³⁵
- 59 Im erbrechtlichen Mandat kommen außerdem häufig folgende Sachverhalte zum Tragen:
- Der Anwalt muss auf den drohenden Ablauf von Ausschlagungs- oder Annahmefristen (§§ 1944, 1954 BGB etc.) hinweisen.
 - Der Anwalt muss auch über die Folgen der Ausschlagung belehren (Pflichtteilsrecht nur unter den Voraussetzungen des § 2306 BGB; bei der lenkenden Ausschlagung: Prüfung des Nächstbegünstigten).
 - Bei verzögerter Testamentserstellung oder fehlendem Rücktritt von einem Erbvertrag zur Minderung des Ehegattenerbteils kann ein Schadensersatzanspruch wegen einer verhinderten oder geschmälernten Erbenstellung aus einer positiven Vertragsverletzung des anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages (§§ 611, 675 BGB) bestehen.³⁶
 - Besteht ein Rückübertragungsanspruch aus einem Übergabevertrag, ist der Anwalt u.U. bereits während des Klageverfahrens auf Rücküberlassung zur Absicherung des Rückforderungsanspruchs gehalten, diesen durch eine im Wege der einstweiligen Verfügung zu erwirkenden Vormerkung zu sichern.³⁷

32 Z.B. BGH, Urt. v. 16.9.2021 – IX ZR 165/19, Rn 27 ff.

33 BGH, Urt. v. 16.9.2021 – IX ZR 165/19 m.w.N.

34 BGH, Urt. v. 9.7.2020 – IX ZR 289/19, Rn 12.

35 BGH, Urt. v. 6.7.1965 – VI ZR 47/64: Verpflichtet sich ein Rechtsanwalt gegenüber einem Erblasser zur Mitwirkung bei der testamentarischen Einsetzung seiner Tochter als Alleinerbin, so können der Tochter gegen den Anwalt aus schuldhafter Säumnis unmittelbare Ersatzansprüche erwachsen.

36 BGH, Urt. v. 13.7.1994 – IV ZR 294/93: Die Einreichung des Scheidungsantrags vor einer schweren Operation zum Ausschluss des Ehegattenerbteils ist vs. der Geltendmachung des im Erbvertrag vorgesehenen Rücktrittsrechts nicht der sicherste Weg (weil es hier auf die Zustellung ankommt, die der Anwalt nicht in der Hand hat).

37 BGH, Urt. v. 9.2.2018 – V ZR 299/14.