

Enzensberger/Maar

Testamente für Geschiedene und Patchworkehen

Testamente für Geschiedene und Patchworkehen

von

Florian Enzensberger,
Rechtsanwalt und FAErBR, Weilheim

und

Maximilian Maar,
Rechtsanwalt und FAErBR, FASrR, Weilheim

5. Auflage

zerb verlag

Hinweis:

Die Formulierungsbeispiele in diesem Buch wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt, sie stellen jedoch lediglich Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Autoren und Verlag übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Buch enthaltenen Ausführungen und Formulierungsmuster.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Die Deutsche Bibliothek – CIP Einheitsaufnahme

Enzensberger/Maar

Testamente für Geschiedene und Patchworkehen

5. Auflage 2024

zerb verlag, Bonn

ISBN 978-3-95661-144-5

Juristische Fachmedien Bonn GmbH

Rochusstr. 2–4

53123 Bonn

Copyright 2024 by zerb verlag – eine Marke der Juristische Fachmedien Bonn GmbH

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Cicero Computer GmbH, Bonn

Druck: Hans Soldan Druck GmbH, Essen

Das Werk erscheint auch als Lizenzausgabe bei
Deutscher Notarverlag, Bonn ISBN 978-3-95646-294-8

Vorwort

Im Jahr 2021 wurden in Deutschland durch richterlichen Beschluss rund 142.800 Ehen geschieden. Wie das Statistische Bundesamt (Destatis) weiter mitteilt, ist die Zahl der Scheidungen gegenüber 2020 um knapp 1.100 oder 0,7 % gesunken. Bereits im Vorjahr war sie um 3,5 % zurückgegangen. Seit 2012 ist die Zahl der Scheidungen jährlich gesunken, mit Ausnahme eines leichten Anstiegs im Jahr 2019. Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Zahl der Scheidungen sind somit in diesem Verlauf nicht erkennbar.

Etwas mehr als die Hälfte (51,5 %) der 2021 geschiedenen Ehepaare hatte minderjährige Kinder. Von diesen hatten wiederum 49,5 % ein Kind, 39,5 % zwei und 11,0 % drei oder mehr Kinder. Insgesamt waren im Jahr 2021 etwa 121.800 Minderjährige von der Scheidung ihrer Eltern betroffen.

Tatsache ist aber auch, dass die meisten Ehen immer noch durch den Tod des Ehepartners enden.

Folge der nach wie vor hohen Scheidungsrate ist unter anderem die Zunahme von so genannten „Patchworkfamilien“. Knapp jeder zweite Geschiedene (48 %) heiratet erneut und wird sozusagen zum „Wiederholungstäter“. Jedoch ist die Bereitschaft, nach einer Scheidung ein weiteres Mal zu heiraten, konstant rückläufig – so entschieden sich 1990 noch deutlich über 60 % der Geschiedenen für eine erneute Eheschließung.¹

Der Begriff „Patchwork“ stammt eigentlich aus der Textilbranche und hat erst viel später Eingang in die Familienforschung gefunden. Unter dem Begriff „Patchworkfamilie“ versteht man letztendlich nichts anderes als das, was seit vielen Jahren unter dem Begriff der „Stieffamilie“ Gegenstand der soziologischen, aber auch der rechtswissenschaftlichen Forschung ist.² Dabei treffen Kinder aus gescheiterten Ehen mit dem neuen Partner eines Elternteils und auch dessen Kindern zusammen. Häufig entstehen aus dieser neuen Beziehung dann weitere

1 Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung (BiB), Pressemitteilung Nr. 8/2015 vom 22.7.2015.

2 *Peschel-Gutzeit*, Stiefkinder und ihre Familien in Deutschland – Rechtlicher Status und tatsächliche Situation, FPR 2004, 46 ff.

Kinder („Meine Kinder, deine Kinder, unsere Kinder!“). Neben den Stiefkindern leben in nahezu jeder zweiten ehelichen Stieffamilie auch gemeinsame eheliche Kinder der Ehegatten.

Angesichts der genannten Zahlen verwundert es kaum, dass in der erbrechtlichen Praxis die Gestaltung von letztwilligen Verfügungen für Geschiedene und Patchworkfamilien nach wie vor große Bedeutung hat.

Dieses Buch dient dem erbrechtlichen Kautelarjuristen als Anleitung und Denkanstoß in der täglichen Praxis. Nachdem kaum eine Familienkonstellation mit einer anderen vergleichbar ist, bleibt es dem anwaltlichen und notariellen Berater nicht erspart, eigene Lösungswege für jeden Einzelfall zu kreieren. Standardlösungen gibt es im Bereich der „Testamente für Geschiedene und Patchworkelken“ leider wenige.

Die Autoren geben ihrer Hoffnung Ausdruck, mit diesem Buch der erbrechtlichen Kollegenschar möglicherweise eine kleine Hilfe bei der findigen Gestaltung letztwilliger Verfügungen leisten zu können.

Weilheim/Oberbayern, im August 2023

Florian Enzensberger

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht

Maximilian Maar

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Fachanwalt für Steuerrecht

Kanzlei Wölke & Kollegen, Ledererstr. 12, 82362 Weilheim

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XXI
§ 1 Allgemeine Vorfragen	1
§ 2 Geschiedentestament	41
§ 3 Testament für Patchworkehen	149
§ 4 Entzug der Vermögensverwaltung für den geschiedenen Ehegatten	237
§ 5 Schiedsklausel	257
§ 6 Musterformulierungen	263
Stichwortverzeichnis	289

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Literaturverzeichnis	XXI
§ 1 Allgemeine Vorfragen	1
A. Einleitung	1
B. Ermittlung der Ausgangssituation	1
I. Erfassung der persönlichen Verhältnisse des Erblassers	2
II. Erfassung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Erblassers	6
1. Tatsächliches Vermögen („Ist-Vermögen“)	7
2. Vorempfänge („fiktives Vermögen“)	7
III. Ermittlung der Gestaltungsziele des Erblassers ..	8
C. Berücksichtigung künftiger Entwicklungen des Vermögens	9
D. Flankierende Maßnahmen	11
I. Dekadenttransfer, Rückfallklauseln	11
II. Pflichtteilsverzicht	11
III. Ehevertragliche Gestaltungen	12
IV. Vermögensumgestaltungen	13
V. Totenfürsorgerecht	13
VI. Vollmachten	15
VII. Bisherige letztwillige Verfügungen	16
VIII. Checkliste zur Erfassung des persönlichen und wirtschaftlichen Sachverhalts	17
E. Berücksichtigung gesetzlicher Auslegungsregeln	19
F. Pflichtteilsrechtliche Schranken	19

G. Pflichten des Beraters	25
I. Allgemeines	25
II. Einzelne Prüfungs- und Belehrungspflichten	26
1. Pflicht zur Willensermittlung	26
2. Belehrungspflicht des Notars	26
3. Erweiterte Belehrungspflicht des Notars	26
4. Grundsatz des sichersten Weges	27
5. Belehrungs- und Beratungspflichten des Rechtsanwalts	27
6. Praktikabilität	28
III. Pflicht zur Sachaufklärung	28
IV. Testierfreiheit	29
V. Widerruf früherer Testamente	29
VI. Belehrung über Pflichtteilsansprüche	30
VII. Gemeinschaftliches Testament	30
VIII. Ausländisches Recht	32
IX. Haftungsbeschränkung	32
H. Inhaltskontrolle von Verfügungen von Todes wegen	33
I. Allgemeines	33
II. Grenzen von Potestativbedingungen und Verwirkungsklauseln	34
III. Pflichtteilsstrafklauseln	38
IV. Fazit und Konsequenzen	38
§ 2 Geschiedenentestament	41
A. Auswirkungen der Trennung der Ehegatten auf letztwillige Verfügungen	41
I. Bei Getrenntleben der Ehegatten	41
II. Bei rechtshängiger Scheidung	42
1. Normzweck des § 1933 BGB	43
2. Tatbestandsvoraussetzungen des § 1933 BGB	44
3. Rechtsfolgen des § 1933 BGB	45
4. Gestaltungsmöglichkeiten	46
III. Nach Scheidung der Ehe	46
1. Allgemeines	46
2. Haftungsfallen	47

3. Fortgeltung des Ehegattentestaments trotz Scheidung	48
4. Auswirkung der Ehescheidung auf Lebens- versicherungsverträge	49
B. Regelungsziele beim Geschiedenentestament	50
C. Vor- und Nacherbschaft	51
I. Grundsätzliches	51
II. Person des Vorerben	52
III. Rechtliche Stellung des Vorerben	54
1. Vorerbe als „echter Erbe“	54
2. Verfügungsrecht des Vorerben	54
3. Verwaltungsrecht des Vorerben	56
4. Erträge, Nutzungen und Lasten	57
5. Surrogation	58
6. Prozessführung	58
7. Eigengläubiger des Vorerben	58
8. Verfügungen des Vorerben zu Lebzeiten	59
9. Ersatzvorerbe	61
IV. Nicht befreiter Vorerbe	62
V. Befreiter Vorerbe	62
1. Gesamtbefreiung	63
2. Personenbezogene Befreiung	64
3. Befreiung von einzelnen Beschränkungen und Verpflichtungen	65
4. Gegenständlich beschränkte Befreiung	65
5. Befreiung unter Bedingung oder Befristung ..	65
6. Schranken der Befreiungsmöglichkeit	66
a) Vorausvermächtnis	67
b) Zustimmungsvermächtnis	69
c) Bewertung Vorausvermächtnis/ Zustimmungsvermächtnis	71
VI. Eintritt des Nacherbfalls	71
1. Erbeinsetzung unter Bedingung und Befristung	72
2. Zeitliche Schranken	74

VII. Person des Nacherben	75
1. Bestimmung des Nacherben durch den Erblasser	75
a) Konkrete namentliche Bezeichnung des Nacherben	75
b) Bestimmung einer bestimmten Personen- gruppe	75
2. Bestimmung des Nacherben durch den Vorerben	76
a) Freies Ermessen des Vorerben bei der Auswahl des Nacherben	77
b) Auswahl aus einem eng begrenzten Personenkreis	77
c) Bestimmung der gewillkürten Erben des Vorerben als Nacherben (sog. Dieterle-Klausel)	78
3. Ersatznacherbfolge	82
4. Bestimmung des Ersatznacherben	82
5. Weitere Nacherbfolgen	83
VIII. Rechtliche Stellung des Nacherben	85
IX. Nacherbenanwartschaftsrecht	86
1. Vererblichkeit des Nacherbenanwartschafts- rechts	86
2. Übertragbarkeit des Nacherbenanwart- schaftsrechts	90
3. Vermeidung des Übergangs des Nacherben- anwartschaftsrechts	91
a) Verhinderung der Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts	91
aa) Durch Ausschluss der Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts	91
bb) Durch Anordnung einer Ersatz- nacherbfolge	92
cc) Durch Anordnung weiterer Nacherb- folgen	93

b) Verhinderung der Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts	94
aa) Durch Ausschluss der Übertragbarkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts	94
bb) Anordnung einer Ersatznacherbfolge	94
cc) Anordnung weiterer Nacherbfolgen ..	95
dd) Nacherbeneinsetzung unter einer auflösenden Bedingung	95
ee) Anordnung einer Nacherbentestamentsvollstreckung	95
X. Vor- und Nacherbschaft in der Unternehmensnachfolge	96
1. Gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklauseln	96
2. Stimmrechte	98
3. Umwandlung	98
4. Nutzungen	100
5. Erhaltungskosten	101
6. Fazit	101
D. Nacherbentestamentsvollstreckung	101
E. Vor- und Nacherbschaft im Steuerrecht	108
I. Besteuerung des Vorerben	108
II. Besteuerung des Nacherben	110
1. Eintritt der Nacherbfolge durch den Tod des Vorerben	110
2. Eintritt des Nacherbfalls in sonstigen Fällen	113
3. Herausgabe der Erbschaft an den Nacherben vor Eintritt der Nacherbfolge	115
4. Tod des Nacherben vor dem Nacherbfall	116
5. Übertragung des Anwartschaftsrechts des Nacherben auf den Vorerben	116

F. Abschließende Bewertung der Gestaltungsvariante Vor- und Nacherbschaft	117
G. Vermächtnislösung	118
I. Rechtsnatur und Grundsätze der Vermächtnislösung	120
II. Erbe	121
III. Rechtsstellung des Erben	122
1. Verfügungsrechte des Erben	122
2. Verfügungen zugunsten ausgeschlossener Personen	124
3. Früchte, Nutzungen und Lasten	125
IV. Person des Vermächtnisnehmers	126
1. Auswahl durch den Erblasser persönlich	126
a) Durch namentliche Nennung des Vermächtnisnehmers	126
b) Abkömmlinge des Erben als Vermächtnisnehmer	126
c) Gesetzliche Erben des Erben als Vermächtnisnehmer	127
2. Auswahl durch den Erben	128
a) Aus einem bestimmten Personenkreis	128
b) Gewillkürte Erben des Erben als Vermächtnisnehmer	129
c) Freie Auswahl	130
V. Person des Ersatzvermächtnisnehmers	131
VI. Nachvermächtnis	132
1. Anwartschaft des Nachvermächtnisnehmers ..	135
2. Zeitliche Schranken der Vermächtnislösung ..	136
3. Verwendungsersatz	137
4. Schuldenhaftung	138
5. Absicherung durch Auflassungsvormerkung	138
6. Grundbuch und Erbschein	139
7. Vor- und Nachvermächtnis im Steuerrecht ...	139
VII. Abschließende Bewertung der Vermächtnislösung	140
VIII. Vergleich zwischen Nacherbenlösung und Vermächtnislösung	142

H. Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten gegen die Erben	144
I. Regelungsinhalt des § 1586b BGB	144
II. Berechnung der Pflichtteilsquote	145
§ 3 Testament für Patchworkfamilien	149
A. Gestaltungsprobleme und Gestaltungsziele	149
B. Steuerliche Behandlung von Stiefkindern	150
C. Umgangsrecht	151
D. Elterliche Sorge	151
E. Unterhalt	152
F. Verhältnis Stiefkinder/eigene Kinder	152
I. Gleichbehandlung aller Kinder	152
1. Problem der Pflichtteilsberechtigung einseitiger Abkömmlinge	153
a) Lösungsvariante: Pflichtteilsverzicht	154
b) Lösungsvariante: Pflichtteilsstrafklausel, Jastrowsche Klausel und Wegfall der Wechselbezüglichkeit/Bindungswirkung ..	156
c) Lösungsvariante: Bedingtes Quotenvermächtnis	162
d) Lösungsvariante: „Supervermächtnis“	163
aa) Inhalt und Ausgestaltung	163
bb) Steuerliche Auswirkungen	165
2. Bindungswirkung und Änderungsvorbehalt ..	167
a) Bindungswirkung	167
b) Änderungsvorbehalt	172
aa) Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag	172
(1) Unterschiede zwischen Änderungsvorbehalt und Rücktrittsvorbehalt	175
(2) Typische Fallgruppen beim Änderungsvorbehalt	175
bb) Änderungsvorbehalt beim Ehegatten- testament	176

II. Vererben in der eigenen Familie	180
1. Nutzungsrechte für den überlebenden	
Ehegatten	180
a) Nießbrauchsvermächtnis	180
aa) Allgemeines	180
bb) Rechte und Pflichten des Nießbrauchnehmers	180
cc) Rechte des Eigentümers	181
dd) Nießbrauch an Sachen und insbesondere Grundstücken	181
ee) „Württembergisches Modell“	183
(1) Nießbrauch am gesamten Nachlass	184
(2) Nießbrauch an Erbteilen	184
(3) Dauertestamentsvollstreckung	185
b) Wohnungsrechtsvermächtnis	187
aa) Allgemeines	187
bb) Entstehung und Inhalt des Wohnungsrechts	187
c) Hausratsvermächtnis	189
2. Vermeidung der „güterrechtlichen Lösung“ durch Ehe- und Erbvertrag mit gegenseitigem Pflichtteilsverzicht	190
3. Eintritt in das Mietverhältnis	194
G. Regelung bei gleichzeitigem Versterben (Katastrophenklausel)	194
H. Sicherung des Unterhalts der Stiefkinder	200
I. Ausbildungsanspruch der Stiefkinder	202
J. Ausschaltung des geschiedenen Ehegatten	203
K. Pflichtteilsvermeidung	203
I. Pflichtteilsentziehung	203
II. Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht	205
III. Minimierung des Pflichtteils-/Pflichtteils- ergänzungsanspruchs	207
1. Lebzeitige Vermögensverschiebungen	207
a) Schenkungen an Ehegatten	210

b) Schenkungen unter Nutzungsvorbehalt ...	211
c) Schenkung gegen Verpflichtung zur Zahlung einer Leibrente	216
d) Schenkungen unter Vorbehalt von Pflege- leistungen	217
e) Schenkungen unter Widerrufsvorbehalt ...	218
f) Anstandsschenkungen nach § 2330 BGB ..	218
g) Ausstattungen nach § 1624 BGB	220
h) Verträge zugunsten Dritter auf den Todes- fall	222
i) Pflichtteilsanrechnung	225
2. Aleatorische Rechtsgeschäfte	226
a) Abfindungsausschluss bei Personen- gesellschaften	226
b) Erb- und Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung	228
3. Pflichtteilkürzung durch güterrechtliche Vereinbarungen	230
a) Wechsel in den Güterstand der Güter- gemeinschaft	230
b) Güterstandsschaukel	232
4. Quotenminderung durch Schaffung weiterer Pflichtteilsberechtigter	232
a) Adoption bis zum 31.12.1976	233
b) Adoption ab dem 1.1.1977	233
c) Stiefkindadoption	234
d) Halbweisenadoption	234
aa) Recht bis 30.6.1998	234
bb) Recht seit 1.7.1998	235
e) Quotenminderung durch Heirat	235
§ 4 Entzug der Vermögensverwaltung für den geschiedenen Ehegatten	237
A. Allgemeines	237
B. Elterliche Vermögenssorge	237
C. Entzug des Verwaltungsrechts	238
D. Ergänzungspflegschaft, Zuwendungspflegschaft	239

E. Vormundbenennung/Sorgerechtsverfügung	240
F. Ausschlagung der Erbschaft	243
G. Anwendung des § 2306 BGB	245
H. Verwaltungstestamentsvollstreckung nach	
§ 2209 S. 1 BGB	246
I. Allgemeines	246
II. Unterscheidung Verwaltungstestaments-	
vollstreckung/Dauertestamentsvollstreckung	247
III. Regelungsinhalt	249
1. Verwaltungsvollstreckung für den Erben	249
2. Verwaltungsvollstreckung für den	
Vermächtnisnehmer	250
3. Verwaltungsvollstreckung für den Pflicht-	
teilsberechtigten	251
4. Verwaltungsvollstreckung und § 2306 BGB ...	251
5. Kombination von Verwaltungsvollstreckung	
und § 1638 BGB	251
6. Zuwendungspflegschaft trotz Testaments-	
vollstreckung im Falle des § 1638 BGB	254
§ 5 Schiedsklausel	257
A. Allgemeines	257
B. Zulässigkeit einer Schiedsklausel	257
I. Gegenstand des schiedsgerichtlichen	
Verfahrens	257
II. Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs	258
III. Bindung des Nachlassgerichts an den Schieds-	
spruch	259
IV. Schiedsklausel als Auflage	259
§ 6 Musterformulierungen	263
A. Geschiedenentestament, Nacherbfolge, familien-	
rechtliche Anordnung	263
B. Geschiedenentestament, Herausgabevermächtnis,	
Benennung Zuwendungspfleger, familienrechtliche	
Anordnung	265

C. Geschiedenentestament, Kombinationslösung Nacherbfolge/Herausgabevermächtnis, Testamentsvollstreckung	266
D. Geschiedenentestament, Enterbung Abkömmling, familienrechtliche Anordnung (Pflichtteil), Vormundbenennung, Rechtswahl	268
E. Geschiedenentestament, Erbeinsetzung Kinder, Absicherung des Ehegatten über Rentenver- mächtnis (Leibrente mit Wertsicherungsklausel), Vor-/Nachvermächtnis, Rechtswahl	269
F. Einzeltestament Patchworkfamilie, Vererbung in der eigenen Familie, Absicherung des Ehegatten über Rentenvermächtnis (Leibrente), Wohnungsrechts- vermächtnis, Reallast, Testamentsvollstreckung	271
G. Einzeltestament Patchworkfamilie, Nacherbfolge, Ausschluss Erbauseinandersetzung, Testaments- vollstreckung, familienrechtliche Anordnung, Vormundbenennung	273
H. Einzeltestament Patchworkfamilie, Vererbung in der eigenen Familie, Dauertestamentsvollstreckung, Vormundbenennung, Rechtswahl	275
I. Ehegattentestament Patchworkfamilie, Änderungs- vorbehalt, Anfechtungsverzicht, Herausgabe- vermächtnis auf den Überrest, Testaments- vollstreckung	277
J. Ehegattentestament Patchworkfamilie mit gemein- samen Kindern und einseitigem Kind des Ehemanns aus erster Ehe, Jastrowsche Klausel, Gleichbehand- lung aller Abkömmlinge auf den zweiten Todesfall, Katastrophenklausel, beschränkter Änderungs- vorbehalt	280
K. (Notarielles) Ehegattentestament für Patchwork- familie mit Erbeinsetzung zugunsten der jeweiligen Kinder und Pflichtteilsverzicht der Ehegatten untereinander	283

L. Ehegattentestament für Patchworkfamilie mit Gleichbehandlung aller (einseitigen) Kinder unter Berücksichtigung der Pflichtteilsansprüche, Scheidungsklausel, Pflichtteilsstrafklausel, Bindungswirkung	286
Stichwortverzeichnis	289

Literaturverzeichnis

- Armbrüster/Preuß*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 9. Auflage 2022
- BeckOK*, BGB, 66. Edition 2023
- BeckOK*, GBO, 49. Edition 2023
- Bonefeld/Kroiß/Tanck*, Der Erbprozess, 6. Auflage 2023
- Bonefeld/Wachter*, Der Fachanwalt für Erbrecht, 4. Auflage 2023
- Borgmann/Jungk/Schwaiger*, Anwaltshaftung, Systematische Darstellung der Rechtsgrundlagen für die anwaltliche Berufstätigkeit, 6. Auflage 2020
- Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 3. Auflage 2021
- Brox/Walker*, Erbrecht, 29. Auflage 2021
- Burandt/Rojahn*, Kommentar zum Erbrecht, 4. Auflage 2022
- Damrau/Tanck*, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Auflage 2020
- Dauner-Lieb/Grziwotz/Herzog*, Pflichtteilsrecht, Kommentar, 3. Auflage 2022
- Eulberg/Ott-Eulberg/Riedel*, Die Lebensversicherung im Erb- und Erbschaftsteuerrecht, 3. Auflage 2018
- Frohnmayer*, Geschiedentestament, 2004
- Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Auflage 2023
- Hopt*, Handelsgesetzbuch, 42. Auflage 2023
- Kapp/Ebeling*, Kommentar zum Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Loseblattsammlung, Köln, 96. Aktualisierung 2023
- Kerscher/Riedel/Lenz*, Pflichtteilsrecht in der anwaltlichen Praxis, 3. Auflage 2002
- Kerscher/Krug/Spanke*, Das erbrechtliche Mandat, 6. Auflage 2019
- Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht, 4. Auflage 2014
- Kroiß/Horn*, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 5 Erbrecht, 6. Auflage 2021

- Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Auflage 2001
- Langenfeld/Fröhler*, Testamentsgestaltung, 5. Auflage 2015
- Mayer/Bonefeld/Tanck*, Testamentsvollstreckung, 5. Auflage 2012
- Mayer/Süß/Tanck/Bittler*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 4. Auflage 2017
- Meincke/Hannes/Holtz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 18. Auflage 2021
- Münchener Anwaltsbandbuch Erbrecht*, hrsg. von *Scherer*, 6. Auflage 2023
- Münchener Kommentar* zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9 Erbrecht, 9. Auflage 2022
- Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Auflage 2020
- Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, 3. Auflage 2017
- Reimann/Bengel/Dietz*, Testament und Erbvertrag, 7. Auflage 2019
- Schulte*, Testamentsgestaltung, 2006
- Schulz/Hauß*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 7. Auflage 2022
- Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band 21, Band 22, Erbrecht, 13. Auflage 2002
- Staudinger*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Buch 5. Erbrecht, 17. Auflage 2022
- Süß*, Erbrecht in Europa, 4. Auflage 2020
- Tanck/Krug/Süß*, Anwaltformulare Testamente, 6. Auflage 2019
- Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz: ErbStG, 65. EL Februar 2023
- Wegmann*, Ehegattentestament und Erbvertrag, 4. Auflage 2010
- Zimmermann*, Praxiskommentar Erbrechtliche Nebengesetze, 2. Auflage 2016

§ 1 Allgemeine Vorfragen

A. Einleitung

Eine optimale **Vermögensnachfolgeplanung** sollte sich selbstverständlich nicht nur auf eine Verfügung von Todes wegen beschränken. Eine vernünftige Vorsorgeplanung stellt eine langfristige Koordination des Vermögensübergangs unter Berücksichtigung steuerlicher und zivilrechtlicher Belange dar, wobei der Wille des Erblassers selbstverständlich immer im Vordergrund steht. Im Rahmen einer solchen Nachfolgeplanung erfüllt die erbrechtliche Verfügung eine Absicherungsfunktion. Sie soll dazu dienen, die **Vermögensnachfolgeplanung** abzurunden und den (häufig überraschend eintretenden) Todesfall abzusichern. In den letzten Jahren hat sich auch in Deutschland der Begriff des „**estate planning**“¹ etabliert. Gemeint sind damit die Erfassung der kompletten persönlichen und finanziellen Gesamtsituation des Erblassers und die langfristige, strategische Umsetzung der Wünsche und Absichten des Erblassers unter Berücksichtigung aller steuerlichen und zivilrechtlichen Belange. Vollendet wird die Planung durch eine in das Gesamtbild des Vermögens des Erblassers passende, in sich stimmige, Verfügung von Todes wegen. Gerade im Fall von Geschiedenen und Patchworkfamilien stellt eine solche Gestaltung hohe Anforderungen an den erbrechtlichen Kautelarjuristen. 1

B. Ermittlung der Ausgangssituation

Die Erarbeitung einer letztwilligen Verfügung setzt eine detaillierte Kenntnis des Sachverhalts durch den Berater voraus. Der Berater kann bei Erfassung des Sachverhalts gar nicht penibel und kleinlich genug vorgehen. Nur die exakte Kenntnis des Sachverhalts garantiert letztendlich eine erfolgreiche Mandatsführung. Die Ermittlung der Ausgangslage wird i.d.R. einen Großteil des Zeitaufwandes des Mandats beanspruchen. Der Berater sollte sich hierzu sämtliche notwendigen Dokumente vorlegen lassen oder selbst beiziehen. 2

1 Siehe hierzu *Reimann*, ZEV 1997, 129.

Praxistipp

Aus haftungsrechtlichen Gründen sollte dem Mandanten vor Gestaltung der Verfügung von Todes wegen der ermittelte Sachverhalt nochmals schriftlich überlassen werden mit der Bitte um Durchsicht und ggf. Korrektur. Nur so kann der Berater später nachweisen, von welchen Voraussetzungen er bei der Nachfolgeplanung und Erstellung der Verfügung von Todes wegen ausgehen durfte.

Die Sachverhaltserfassung kann im Wesentlichen in drei Bereiche gegliedert werden:

- Erfassung der persönlichen Verhältnisse des Erblassers
- Erfassung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Erblassers
- Erfassung der Wünsche und Absichten des Erblassers.

I. Erfassung der persönlichen Verhältnisse des Erblassers

- 3 Zu Beginn der Mandatsaufnahme sollte der Berater zunächst immer einen **Familienstammbaum** erstellen. Der Stammbaum versetzt den Berater in jeder Phase des Mandats in die Lage, einen schnellen Überblick über die am Verfahren beteiligten Personen zu gewinnen. Zudem können die Erbquoten und Pflichtteilsquoten aus dem Stammbaum heraus schneller ermittelt werden. Dies gilt umso mehr bei Patchworkfamilien, da gerade dort die persönlichen Verhältnisse unübersichtlich sein können.
- 4 Egal um welche am Verfahren beteiligten Personen es sich handelt (**Erben, Pflichtteilsberechtigte, Vermächtnisnehmer, Auflagenbegünstigte**), stets sollte wenigstens Name, Vorname, Geburtsname, Geburtsdatum, Geburtsort und der derzeitige Wohnsitz erfasst werden.
- 5 Ebenso wichtig ist auch die Feststellung der **Güterstände**. In zivilrechtlicher Hinsicht haben diese erheblichen Einfluss auf die Höhe der Erbquote. Aber auch steuerlich kann der Güterstand Auswirkungen haben (§ 5 ErbStG).
- 6 Abschließend ist auch immer die Frage der **Staatsangehörigkeit** zu klären, weil sich das Erbrechtsstatut nach der Staatsangehörigkeit richtet (Art. 25 EGBGB) und auch das Güterrechtsstatut der Staatsange-

hörigkeit folgt (Art. 14, 15 EGBGB). Auch wenn die Staatsangehörigkeit klar erscheint, so sollte dennoch immer genau danach gefragt werden, um später unliebsame Überraschungen zu vermeiden.

Zu beachten ist hierbei, dass die EuErbVO für alle ab 17.8.2015 eingetretenen Erbfälle gilt. Die internationale Zuständigkeit für erbrechtliche Streitigkeiten wird gem. Art. 4 EuErbVO den Gerichten des Staates zugewiesen, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Diese Zuständigkeit ist grundsätzlich ausschließlich. Allenfalls dann, wenn der Erblasser die Erbfolge durch Rechtswahl gem. Art. 22 EuErbVO seinem Heimatrecht unterstellt hatte, ergeben sich Möglichkeiten, die Sache gem. Art. 7 EuErbVO an die Gerichte des Heimatstaates zu verweisen. Die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des Wohnsitzstaates kann beispielsweise dann, wenn der Erblasser im Ausland verstorben ist, seine Familienangehörigen und sein Nachlass sich jedoch im Heimatstaat befinden (z.B. der „Mallorca-Rentner“), zu unangenehmen Folgen für die Hinterbliebenen führen, weil im Ausland möglicherweise kein effektiver Rechtsschutz zur Verfügung steht und/oder mit der Rechtsdurchsetzung ein hoher Kosten- und Zeitaufwand verbunden ist. 7

Gemäß Art. 21 EuErbVO wird das auf die Erbfolge anwendbare Recht an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers angeknüpft. Dieses Recht gilt nicht nur für die Erbfolge an sich, also die gesetzliche Erbfolge, die Wirkungen einer testamentarischen Verfügung und die Pflichtteilsrechte. Auch die Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen unterliegt dem am gewöhnlichen Aufenthalt geltenden Recht, wobei aber in Art. 24, 25 EuErbVO eine Vorverlegung des Anknüpfungzeitpunkts auf den Tag der Errichtung der Verfügung bzw. des Abschlusses des Erbvertrages angeordnet ist. So kann sich die anschließende Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts in einen anderen Staat auf die Wirksamkeit und Bindungswirkung der Verfügung nicht mehr auswirken.² 8

Es wurden immer wieder Bedenken gegen die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt vorgebracht, weil der einfache Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts zu einer Unwägbarkeit führt, die für die Beteiligten extreme Auswirkungen haben kann. Zudem wurden auch 9

2 Süß/Süß, Erbrecht in Europa, § 1 Rn 13.

Unsicherheiten im Zusammenhang mit der rechtlichen Unbestimmtheit des Begriffs geäußert. Teilweise wurde gefordert, in die Verordnung eine Definition des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts aufzunehmen.

Der Rat und das Europäische Parlament haben auf diese Bedenken reagiert. So soll bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts die mit der Erbsache befasste Behörde eine langfristige Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes vornehmen, indem alle relevanten Tatsachen berücksichtigt werden, insbesondere die Dauer und die Regelmäßigkeit des Aufenthalts des Erblassers in dem betreffenden Staat sowie die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe. Der so bestimmte gewöhnliche Aufenthalt sollte unter Berücksichtigung der spezifischen Ziele dieser Verordnung eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennen lassen.

- 10 Hieraus und aus der neueren Rechtsprechung des EuGH³ folgt, dass der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Rahmen der EuErbVO „erbrechtsspezifisch“ auszulegen ist, so dass durch Betonung der langfristigen Perspektive eine gewisse Stabilität gewährleistet ist.

So hat das Kammergericht Berlin in diesem Kontext mit Beschl. v. 26.4.2016 zu einem „Grenzpendler“ Folgendes festgestellt: *„Zur Bestimmung des letzten gewöhnlichen Aufenthaltsortes sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die Eingliederung der Familie des Erblassers (sic!) in den Mitgliedsstaat gem. der Erwägungsgründe 23 und 24 der EU ErbVO. Auf Grundlage dieser Äußerer (sic!) Umstände ist es bei einem Grenzpendler möglich, dass dieser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte, obwohl ein offizieller Wohnsitz im Inland nicht existiert. In diesem Fall bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach nationalem Recht, § 343 Abs. 2 FamFG, sodass der letzte gewöhnliche Aufenthalt im Inland entscheidend ist.“*⁴

Das OLG München hatte sich mit der Auslegung des § 343 Abs. 1 FamFG zu befassen, wonach sich die örtliche Zuständigkeit nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers richtet. Im konkreten

3 EuGH FamRZ 2011, 617.

4 KG Berlin ZErB 2016, 199 ff.

Fall war der Erblasser drei Wochen vor seinem Tod in ein Pflegeheim eingezogen. Das OLG München verwies die Sache zwar an das AG zurück, das den Sachverhalt unzureichend aufgeklärt hatte. Es gab dem AG aber Hinweise zur Entscheidung an die Hand:

Unter Berücksichtigung der Erwägungsgründe (ErwG) 23 und 24 Eu-ErbVO komme es entscheidend auf den tatsächlichen Lebensmittelpunkt der betroffenen Person an, der unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln sei. Neben dem „*objektiven Moment des tatsächlichen Aufenthalts*“ sei mit dem „*Aufenthalts- bzw. Bleibewillen*“ auch ein subjektives Element erforderlich. Zwar sei ein „*rechtsgeschäftlicher Wille, den Aufenthaltsort zum Mittelpunkt der Lebensverhältnisse zu machen*“, nicht erforderlich. Der Erblasser müsse aber „*zur eigenen Willensbildung fähig sein*“. Sofern er seine Geschäftsfähigkeit verliere, komme ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts nicht mehr in Betracht. Abzustellen sei daher grds. auf den „*letzten gewöhnlichen Aufenthalt zur Zeit der letztmalig vorhandenen Geschäftsfähigkeit des Erblassers*“. Da der Aufenthalt etwas Tatsächliches sei, sei eine „*gesetzliche Vertretung des Erblassers im Zusammenhang mit der Begründung seines gewöhnlichen Aufenthalts nicht zulässig*“. Andernfalls könne „*ggf. ein Betreuer das anzuwendende Erb-recht bestimmen*“. Der Aufenthalt in einem Pflegeheim könne der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers sein, wenn dieser „*sich zur Zeit des Erbfalls von seinem Willen getragen dort aufgehalten hat und nichts dafür sprach, dass eine Rückkehr des Erblassers in die von ihm zuletzt bewohnte Wohnung in Betracht zu ziehen war*“.⁵

Auch das OLG Hamm hatte sich mit dem Begriff des (letzten) gewöhnlichen Aufenthalts zu befassen. Da der Erblasser, ein deutscher Rentner, sowohl in Deutschland als auch in Spanien gelebt hatte, war zu entscheiden, in welchem dieser beiden Staaten sein letzter gewöhnlicher Aufenthalt lag. Wie bereits das OLG München stellte auch das OLG Hamm im Ausgangspunkt auf den „*tatsächlichen Lebensmittelpunkt*“ der Person ab, der mittels einer Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und zum Zeitpunkt des Todes zu bestimmen sei. Neben dem „*objektiven Mo-*

5 OLG München ZEV 2020, 204.

ment des tatsächlichen Aufenthalts“ sei auch ein „subjektives Element, nämlich ein Aufenthalts- bzw. Bleibewille erforderlich“.⁶

- 11 Der Erblasser hat jedoch die Möglichkeit, durch eine ausdrückliche Erklärung in einer Verfügung von Todes wegen die komplette Erbfolge dem Recht des Staates zu unterwerfen, dem er angehört (Art. 22 EuErbVO). Hierauf sollte der Berater bei Erbfällen mit Auslandsbezug unbedingt hinweisen!

II. Erfassung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Erblassers

- 12 Ebenso akribisch sollte der Berater bei Erfassung des Vermögens des Erblassers vorgehen. Bei Aufstellung des **Nachlassverzeichnisses** sollte nach Immobilien, Geld und sonstigem Vermögen differenziert werden. Ebenso erfasst werden sollten Lebensversicherungen und Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall. In Bezug auf die Lebensversicherungen sollte die Art der Versicherung, die Versicherungssumme sowie die beteiligten Personen (Versicherungsnehmer, versicherte Person und bezugsberechtigte Person) festgehalten werden. Selbstredend ist natürlich auch eine detaillierte Aufstellung der Verbindlichkeiten zu erarbeiten.
- 13 Die einzelnen Vermögensgegenstände sind den Eheleuten bzw. Lebenspartnern konkret zuzuordnen. Es ist festzuhalten, wer im Grundbuch als Eigentümer einer Immobilie steht und/oder auf welchen Namen vorhandene **Bankkonten** laufen. Abzuklären ist weiterhin die Frage der Vererblichkeit des Vermögens. Handelt es sich beispielsweise bei bestimmten Vermögensgegenständen nur um **Vorerbenvermögen**, dann kann der Erblasser selbst hierüber nicht verfügen. Höchstpersönliche Rechte können ebenfalls nicht vererbt werden.

Im Weiteren hat der Berater sein Augenmerk darauf zu richten, ob sich **Grundbesitz im Ausland** befindet. Hier kann es möglicherweise zu einer so genannten **Nachlassspaltung** kommen, wenn das ausländische Erbrecht das so genannte „**lex rei sitae**“ (Recht des Lageortes oder Belegenheitsstatut) vorsieht. Zu beachten ist hierbei aber auch

6 OLG München ZEV 2020, 204.

die EU-Erbrechtsverordnung, die auf alle Erbfälle ab 17.8.2015 anzuwenden ist (siehe hierzu Rdn 7).

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn es sich bei dem Mandanten um einen Unternehmer handelt. Bei Erfassung des Vermögens ist streng zwischen **Privat- und Betriebsvermögen** zu unterscheiden. Hier gelten sowohl in zivilrechtlicher als auch in steuerlicher Hinsicht Sonder Vorschriften.

Abschließend hat hinsichtlich der jeweiligen Vermögensgegenstände eine steuerliche Qualifizierung zu erfolgen. Auch an dieser Stelle ist zwischen **Privat- und Betriebsvermögen** zu unterscheiden. Dies spielt nicht nur für die Berechnung der Erbschaftsteuer eine Rolle, sondern auch für die erbrechtliche Gestaltung sowie i.R.d. Einkommensteuerrechts.

Bei Mandatsaufnahme hat der Berater den Mandanten nicht nur nach seinem **tatsächlichen Vermögen**, sondern auch nach **Vorempfängen** zu befragen.

1. Tatsächliches Vermögen („Ist-Vermögen“)

Ist-Vermögen umfasst das derzeitige Vermögen des Erblassers und das zum Zeitpunkt des Erbfalls vorhandene Vermögen.

2. Vorempfänge („fiktives Vermögen“)

Es ist für den Berater unerlässlich, exakt festzustellen, welche lebzeitigen Zuwendungen der Mandant an seine Abkömmlinge, seinen Ehegatten bzw. Ex-Ehegatten oder an Dritte vorgenommen hat. Zum einen spielen diese Vorempfänge im Rahmen von **Pflichtteilergänzungsansprüchen** eine Rolle, zum anderen sind Vorempfänge möglicherweise unter Abkömmlingen auszugleichen (§§ 2050 ff. BGB). Bei Zuwendungen nach § 2050 Abs. 1 BGB (**Ausstattungen** gem. § 1624 BGB) und § 2050 Abs. 2 BGB (**Übermaßausbildung**) handelt es sich um sog. **geborene** Ausgleichungstatbestände, da diese von ihrem Wesen her immer auszugleichen sind. Es sei denn, es liegt eine anders lautende Anordnung des Erblassers vor. Bei den sonstigen Zuwendungen i.S.d. § 2050 Abs. 3 BGB spricht man von einer „**gekorenen**“ Ausgleichung, da die Ausgleichung nur dann vorzunehmen ist, wenn

diese ausdrücklich durch den Erblasser angeordnet wurde.⁷ Zudem sind die Vorempfänge zur Ermittlung von Pflichtteilsansprüchen nach den §§ 2315, 2316 BGB von Bedeutung.

- 18 Festzuhalten ist des Weiteren immer auch die Frage, von wem der jeweilige Vorempfang herrührt. Im Grundsatz sind immer nur die Vorempfänge des direkten Erblassers zur Ausgleichung zu bringen. Haben die Eheleute aber ein **Berliner Testament** errichtet und ihre Kinder zu Schlusserben mit gesetzlicher Erbquote eingesetzt, so gilt der sog. **erweiterte Erblasserbegriff**⁸ im Rahmen der Ausgleichung nach §§ 2050 ff. BGB. Danach sind auch diejenigen Vorempfänge auszugleichen, die der jeweilige Abkömmling vom Erstverstorbenen erhalten hat. Der vorverstorbene Ehegatte wird bei Eintritt des Schlusserbfalls auch als Erblasser i.S.d. Ausgleichungsvorschriften angesehen.⁹ Allerdings ist zu beachten, dass der erweiterte Erblasserbegriff nicht bei der Berechnung des Pflichtteils nach § 2315 BGB und § 2316 BGB gilt.

Praxistipp

Um die Ziele des Mandanten sicher und klar im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen umzusetzen, ist die konkrete Kenntnis und Berücksichtigung von Vorempfängen unerlässlich!

III. Ermittlung der Gestaltungsziele des Erblassers

- 19 Die Wünsche und Absichten des Mandanten sind mit diesem ganz konkret herauszuarbeiten und festzuhalten.

Praxistipp

Der Wille des Mandanten ist das Maß aller Dinge für den Berater!

In aller Regel stehen für den Mandanten nachstehende Kriterien im Mittelpunkt der Nachfolgeplanung:

- Eigene Absicherung;
- Absicherung des Ehegatten oder Lebenspartners;

⁷ *Kerscher/Riedel/Lenz*, Pflichtteilsrecht in der anwaltlichen Praxis, § 5 Rn 24.

⁸ BGHZ 88, 102.

⁹ BGH NJW 1983, 2875, 2876.

- Familienbindung des Vermögens;
- Schutz des Vermögens vor Gläubigerzugriffen;
- Vermeidung oder Minimierung von Erbschaft-/Schenkungssteuer.

Bei Gestaltung eines Testaments für Geschiedene oder Patchworkehen gewinnen noch folgende zusätzliche Wünsche an Bedeutung:

- Erbrechtliche Neutralisierung des ehemaligen Ehegatten;
- Ausschluss des Ex-Partners von der Vermögenssorge für die Kinder;
- Vererben in der „Kernfamilie“ bei Patchworkehen.

Die genannten Themen sollten zwingend mit dem Mandanten eingehend diskutiert werden!

Praxistipp

Eine ausreichende Liquidität des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners sollte immer gewährleistet sein, um die Nachlassverbindlichkeiten (Pflichtteilsansprüche, Steuern, allgemeine Erbfallkosten) tilgen zu können. Es gilt das Prinzip „Sicher-liquide-versorgt“.¹⁰ Von einer Gestaltung, wonach der Erblasser oder der überlebende Ehegatte bzw. Lebenspartner nicht mehr über genügend Barmittel verfügt, ist selbst im Falle einer Steuerersparnis abzuraten!

Reicht die Liquidität des Bedachten nicht aus, so wird dieser oftmals genötigt, eine Immobilie zu verkaufen. Dies kann nur durch eine rechtzeitige Vorsorge, beispielsweise durch Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages oder einer Lebensversicherung, verhindert werden.

C. Berücksichtigung künftiger Entwicklungen des Vermögens

Stets sollte der Berater auch die Entwicklung des Vermögens vorausschauend im Auge behalten. Ist beispielsweise absehbar, dass der Mandant bzw. der Ehegatte/Lebenspartner die liquiden Barmittel zum Lebensunterhalt benötigt, sollten diese keinesfalls vorschnell an die

20

¹⁰ Tanck/Krug/Süß/Tanck, *Anwaltformulare Testamente*, § 1 Rn 12.