

**Risikovorsorge bei Pflichtteils-
verzichtsverträgen nach § 2346
Abs. 2 BGB**

Prof. Dr. Christopher Keim
Notar, Ingelheim a.Rh.

Inhalt

Risikovorsorge bei Pflichtteilsverzichtsverträgen nach § 2346 Abs. 2 BGB	1
Prof. Dr. Christopher Keim	1
Notar, Ingelheim a.Rh.	1
1 Begriff und Erscheinungsformen des Erb- und Pflichtteilsverzichts.....	1
1.1 Rechtliche Unterscheidungen	1
1.2 Typische Einsatzgebiete des Pflichtteilsverzichts in der Praxis.....	2
1.2.1 Pflichtteilsverzicht des Ehegatten	2
1.2.2 Pflichtteilsverzichte von Abkömmlingen	3
2 Vermeidung von Formfehlern und Verstößen gegen das Höchstpersönlichkeitsgebot	4
2.1 Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit	4
2.2 Trennung von Angebot und Annahme	5
2.3 Reichweite der Formvorschriften	6
3 Weiteres Bedrohungspotenzial für den Pflichtteilsverzichtsvertrag	8
4 Sittenwidrigkeit aufgrund eines nichtigen Ehevertrags.....	9
4.1 Unterhaltsrechtliche Wirkungen des Pflichtteilsverzichts	9
4.2 Vermeidung der Infektion durch einen Unterhaltsverzicht	10
4.3 Infizierung auch ohne unterhaltsrechtliche Wirkung des Erbverzichts?.....	11
4.3.1 Rechtsprechung zum Unternehmerehevertrag	11
4.3.2 Folgen für den Pflichtteilsverzicht.....	12
4.4 Vorsichtsmaßnahmen gegen Infektion durch einen nichtigen Ehevertrag	13
5 Eigenständige Inhaltskontrolle von Pflichtteilsverzichten	14
5.1 Forderungen nach Inhaltskontrolle in der Literatur	14
5.2 Inhaltskontrolle in der Rechtsprechung	15
5.2.1 OLG München, ZEV 2006, 313 (Wildmoserurteil)	15
5.2.2 OLG Düsseldorf, ZErB 2013, 94	16
5.2.3 LG Düsseldorf MittBayNot 2014, 58	16
5.2.4 Urteil des OLG Hamm vom 8. 11. 2016 im „Sportwagenfall“ (10 U 36/15, ZEV 2017, 163 mAnm Everts)	17
5.2.5 LG Ulm v. 29.7.2024 (Fall Erwin Müller)	18
5.3 Bewertung der Entscheidungen	19
5.3.1 Inhaltskontrolle nur in evidenten Ausnahmefällen	19
5.3.2 Umstandssittenwidrigkeit	20

5.4	Anfechtung des Erb- oder Pflichtteilsverzichts.....	20
5.5	Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	21
5.5.1	Voraussetzungen.....	21
5.5.2	Rechtsfolgen	22
5.6	Culpa in contrahendo, § 311 BGB.....	23
5.7	Vorkehrungen gegen drohende Sittenwidrigkeit, Anfechtbarkeit, Schadensersatz oder Rücktritt wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage	23
5.7.1	Einbeziehung in Vertragsverhandlungen: persönliches Vorgespräch mit allen Beteiligten.....	23
5.7.2	Persönliche Anwesenheit des Verzichtenden in der Beurkundung	24
5.7.3	Zusendung von Entwürfen.....	25
5.7.4	Belehrungen des Notars und Belehrungsvermerke in der Urkunde	26
5.7.5	Vermeidung des Anscheins der Parteilichkeit des Notars	27
5.7.6	Besondere Vorkehrungen bei Sprachunkundigkeit des Verzichtenden.....	28
5.7.7	Aufnahme von Motiven in die Urkunde??	30
5.8	Sittenwidrigkeit wegen der Benachteiligung von Gläubigern und Trägern der Sozialhilfe.....	31
5.8.1	Keine Sittenwidrigkeit wegen Benachteiligung von Privatgläubigern.....	31
5.8.2	Sittenwidrigkeit wegen Benachteiligung des Sozialhilfeträgers?	32
6	Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts durch Flucht ins „verzichtsfeindliche“ Ausland.....	38
6.1	Wandelbares Erbstatut.....	39
6.2	Beispiel: Pflichtteilsverzicht und Wegzug nach Spanien	39
7	Fazit	42

1 Begriff und Erscheinungsformen des Erb- und Pflichtteilsverzichts

1.1 Rechtliche Unterscheidungen

- Verwandte und der Ehegatte des Erblassers können durch einen Vertrag mit dem Erblasser auf ihr **gesetzliches Erbrecht** verzichten. Damit ist der Verzichtende von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalles nicht mehr gelebt hätte, § 2346 Abs. 1 S. 2 BGB (Vorversterbensfiktion)¹. Der Verzichtende hat auch kein Pflichtteilsrecht mehr.
- Der Erbverzicht beinhaltet den Pflichtteilsverzicht mit, er kann aber auch auf einen bloßen Verzicht auf den **Pflichtteil** beschränkt werden, § 2346 Abs. 2 BGB.
- Daneben gibt es den **Zuwendungsverzicht gem. § 2352 BGB**, durch den jemand gegenüber dem Erblasser durch Vertrag auf eine Zuwendung aus einem bindend gewordenen gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag verzichtet².
- All diese Verträge bedürfen gem. § 2348 BGB der notariellen Beurkundung und erfordern auf Seiten des Erblassers (!) grundsätzlich dessen persönliche Anwesenheit (Ausnahme § 2347 Abs. S. 2 BGB: **bei feststehender Geschäftsunfähigkeit** auch durch Betreuer).
- Nicht zu verwechseln sind diese Verzichtverträge mit dem „Verzicht“ auf den mit dem Erbfall bereits aktuell entstandenen Pflichtteilsanspruch, § 2317 BGB: Dabei handelt es sich um einen **formfreien Erlassvertrag gem. § 397 BGB**.
- Daneben ist es auch noch möglich, dass bereits zu Lebzeiten des Erblassers die künftigen gesetzlichen Erben gem. § 311b Abs. 5 BGB einen beurkundungspflichtigen sog. **Erbschaftsvertrag**³ über den künftigen gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil dieses noch lebenden Dritten schließen.

¹ Mayer/Süß/Tanck/Bittler, HdB Pflichtteilsrecht, § 11 Rn. 1.

² Wegerhoff in MüKoBGB, § 2346 Rn. 1.

³ Vom BFH merkwürdigerweise pauschal als „Pflichtteilsverzicht“ bezeichnet in Urtr. v. 10.5.2017 - II R 25/15, ZEV 2017, 532.

Der vollständige Erbverzicht bewirkt neben dem Ausschluss von der gesetzlichen Erbfolge auch, dass der Verzichtende bei der Feststellung des für die Berechnung des Pflichtteils anderer Pflichtteilsberechtigter maßgeblichen Erbteiles nach § 2310 S. 2 BGB nicht mitgezählt wird, sodass er zu einer nicht gewollten Erhöhung der Pflichtteile anderer Pflichtteilsberechtigter führt.⁴ Aufgrund dieser negativen „Nebenwirkungen“ ist er meistens nicht zu empfehlen und spielt in der Praxis keine große Rolle.

In der Praxis hat der Pflichtteilsverzicht gemäß § 2346 Abs. 2 BGB daher die größte Bedeutung und soll daher Thema dieses Vortrages sein.⁵

1.2 Typische Einsatzgebiete des Pflichtteilsverzichts in der Praxis

1.2.1 Pflichtteilsverzicht des Ehegatten

Insbesondere der Pflichtteilsverzichtsvertrag gem. § 2346 Abs. 2 BGB spielt als flankierende Maßnahme bei der geordneten Generationennachfolge eine nicht unerhebliche Rolle: Dies gilt zum einen für den **Pflichtteilsverzicht des Ehegatten**: Insbesondere bei der Zweitehe zweier wirtschaftlich selbständiger Partner möchten diese häufig lediglich ihre eigenen Kinder aus früheren Beziehungen zu Erben bestimmen. Neben der Gütertrennung, die den Zugewinnausgleich auch im Todesfall (§ 1371 BGB) ausschließt ist hier zu auch ein gegenseitiger Pflichtteilsverzicht erforderlich.

Auch die **lebzeitige Unternehmensnachfolge** auf Kinder sollte zumindest dann mit einem Pflichtteilsverzicht des anderen Ehegatten verbunden sein, wenn dieser erheblich jünger als der Unternehmer ist, oder es sich beim Unternehmensnachfolger nicht um ein leibliches Kind des anderen Ehepartners handelt. Andernfalls drohen uU Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen die Erwerber. Dies gilt umso mehr als nach der neue-

⁴ J. Mayer, ZEV 2007, 556.

⁵ Natürlich spielt in der anwaltlichen Praxis gerade im Rahmen von Vergleichen auch der partielle Erlass von Pflichtteilsansprüchen eine große Rolle.

ren Rechtsprechung auch ein nach der Unternehmensübergabe durch Heirat pflichtteilsberechtigter neuer Ehegatte Pflichtteilergänzungsansprüche auch aufgrund der vor der Eheschließung getätigten Übergabe geltend machen kann.⁶

1.2.2 Pflichtteilsverzichte von Abkömmlingen

Eine besondere Bedeutung haben Pflichtteilsverzichtsverträge der Kinder bei lebzeitigen Übertragungen. Soll der Empfänger der Zuwendung endgültig abgefunden sein, so ist dessen Pflichtteilsverzicht zu erklären, zumindest aber ein gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht der weichenden Abkömmlinge, damit der Erwerber einer Immobilie oder gar eines Unternehmens nicht Pflichtteilergänzungsansprüchen seiner Geschwister im Erbfall ausgesetzt ist, §§ 2325, 2329 BGB.

In der Praxis bedeutsam ist auch der **Pflichtteilsverzicht des „Problemkinds“**: Der Elternteil, der nach einer Trennung keinen Kontakt mehr mit dem Kind aus einer früheren Beziehung hat, möchte sich mit einer Abfindung seiner Testierfreiheit erkaufen und schließt mit ihm einen Pflichtteilsverzicht gegen die Vereinbarung einer Abfindung ab. Da Pfändungsbeschränkungen des Pflichtteilsanspruchs nach § 852 Abs. 1 ZPO für eine Überleitung auf den Sozialleistungsträger gem. § 93 Abs. 1 S. 4 SGB XII nicht gelten, kann der Pflichtteilsverzicht eines Kindes, das Sozialhilfeleistungen in Anspruch nimmt, auch dazu dienen, im Erbfall eine solche Überleitung zu vermeiden.⁷

Alle diese Fälle haben gemeinsam, dass sich der Erblasser auf den Bestand des Verzichtsvertrags verlassen muss. Denn die Verzichtsverträge bilden zusammen mit lebzeitigen Übergaben und mit Verfügungen von Todes wegen häufig ein aufeinander abgestimmtes System, das nur in seinem Zusammenwirken eine gerechte Vermögensverteilung an die nächste Generation ermöglicht.

⁶ BGH v. 23.5.2012 - IV ZR 250/11, NJW 2012, 2730 ZEV 2012, 478 mAnm *Otte*; streitig ist, ob dies auch für den neuen Ehegatten oder nur für später geborene Kinder gilt, dazu *Keim* NJW 2016, 1617; aA *Bonefeld* ZErB 2012, 225.

⁷ So BGH v. 19.1.2011 - IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258 mAnm *Zimmer*; s. auch *Leipold* ZEV 2018, 528.

2 Vermeidung von Formfehlern und Verstößen gegen das Höchstpersönlichkeitsgebot

2.1 Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit

Ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht bedarf der notariellen Beurkundung, § 2348 BGB, und wird vom Verzichtenden gegenüber dem künftigen Erblasser erklärt. **Dabei ist die persönliche Anwesenheit des Erblassers erforderlich, also eine Vertretung nicht möglich**, § 2347 S. 1 BGB. Nur wenn der Erblasser geschäftsunfähig ist, kann der Vertrag ausnahmsweise durch einen gesetzlichen Vertreter (Betreuer) geschlossen werden, § 2347 S. 2 BGB. Der Betreuer bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, § 1851 Nr. 1 BGB.

In vielen Fällen ist jedoch gerade **zweifelhaft**, ob der Erblasser wirklich geschäftsunfähig ist, oder (noch) nicht. Es empfiehlt sich, in diesen Fällen daher ein doppelgleisiges Vorgehen: Der Erblasser und sein Betreuer - mit ausreichendem Wirkungskreis sollten beide den Verzicht entgegennehmen, danach ist die betreuungsgerichtliche Genehmigung einzuholen.⁸

Die **Höchstpersönlichkeit** erweist sich vor allem dann als Gefahrenquelle, wenn ein Pflichtteilsverzicht z. B. im Rahmen eines umfangreichen lebzeitigen Übergabevertrags mitvereinbart wird. Ist der Übergeber kurzfristig verhindert, wird er häufig in der Praxis von anderen Beteiligten als Vertreter ohne Vertretungsmacht vorbehaltlich seiner Genehmigung vertreten, § 177 Abs. 1 BGB. Der schuldrechtliche Übergabevertrag und auch die Auflassung können durch einen Vertreter vorgenommen werden, nicht aber der mitbeurkundete Pflichtteilsverzicht, § 2347 BGB. Dieser ist dadurch unwirksam.⁹

Fehlervermeidung:

Zu Lebzeiten des Erblassers hilft bei einem Verstoß gegen das aber **die Berufung auf den wirksamen Kausalvertrag**, der zwar nach h.M. beurkundungsbedürftig ist, für den das Gebot der Höchstpersönlichkeit aber nicht gilt.¹⁰ Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit ist nämlich nur historisch zu erklären, da der Gesetzgeber den Erbverzicht

⁸ Keim, RNotZ 2013, 411 (412).

⁹ OLG Düsseldorf, ZEV 2011, 529 mit abl. Anm. Weidlich; OLG Hamm ZEV 2023, 684 mit krit. Anm. Keim.

¹⁰ Keller, ZEV 2005, 229 (233); OLG Köln ZEV 2011, 385; von Proff zu Irnich, DNotZ 2017, 84 (90); Grünberg/Weidlich, § 2348 Rn. 1.

ursprünglich als eine Art negativen Erbvertrag und damit als Verfügung von Todes wegen angesehen hatte. Durch das Schutzbedürfnis der Vertragsparteien ist dagegen die Erstreckung des Höchstpersönlichkeitsgrundsatzes auf das Kausalgeschäft nicht veranlasst. Nach Ansicht der Rechtsprechung ist eine Erfüllung allerdings nur noch zu Lebzeiten des Erblassers möglich, da nach dessen Ableben der Abschluss des Pflichtteilsverzichts nicht mehr möglich ist.¹¹

Auch könnte vorbeugend der Verzicht als nach § 311b BGB zulässiger **Erbschaftsvertrag** noch zwischen den Abkömmlingen geschlossen werden, für den das Höchstpersönlichkeitsgebot nicht gilt:

„Diesen Verzicht vereinbaren die Kinder auch ausdrücklich untereinander als Erbschaftsvertrag gemäß § 311 b Abs. 5 BGB“

Auch der in einem **Anwaltsprozess vor Gericht protokollierte** Pflichtteilsverzicht bedarf zu seiner Wirksamkeit nicht nur einer Erklärung des Rechtsanwalts, sondern auch der **des Erblassers persönlich**. Denn gemäß § 127 a BGB ersetzt zwar das gerichtliche Protokoll die notarielle Beurkundung, jedoch **nicht das materielle Erfordernis der Höchstpersönlichkeit** des Erblassers.¹²

2.2 Trennung von Angebot und Annahme

Da im Gegensatz beispielsweise zu einem Erbvertrag (§ 2276 Abs. 1 BGB) der Erb- und Pflichtteilsverzicht **keine gleichzeitige Anwesenheit** voraussetzt, kann er auch durch separat beurkundete Angebots- und Annahmeerklärungen vereinbart werden, § 128 BGB. Auf diese Art und Weise lässt sich auch der Fall lösen, in dem einer der Übergeber bei der Beurkundung nicht anwesend ist: Die Kinder geben im Übertragungsvertrag ein Angebot auf Abschluss eines Pflichtteilsverzichtes ab, das der nicht erschienene Übergeber später in beurkundeter - nicht bloß öffentlich beglaubigter - Form zusammen mit der Genehmigung des Übertragungsvertrags nach § 177 BGB annimmt. Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des BGH erforderlich, dass sowohl Erb- als auch der Pflichtteilsverzicht noch zu Lebzeiten des Erblassers wirksam geschlossen werden, also

¹¹ OLG Hamm ZEV 2023, 684 mit abl. Anm. Keim.

¹² BayObLG NJW 1969, 1276.

das Angebot noch vor Eintritt des Erbfalls in der erforderlichen Form angenommen wird.¹³ Der Erbfall stelle eine Zäsur zwischen dem Pflichtteilsrecht, auf das verzichtet werden soll, und dem nach dem Erbfall entstandenen Pflichtteilsanspruch (§ 2317 BGB) dar. Nach dem Erbfall sei der Pflichtteilsanspruch bereits entstanden, es müsse daher ein gesonderter, dann formfreier, Erlassvertrag (§ 397 BGB) zwischen dem Erben und Pflichtteilsberechtigten geschlossen werden.¹⁴

Fehlervermeidung:

In kritischen Fällen, also wenn der **Erblasser bereits lebensgefährlich erkrankt** ist, die Parteien aber nicht gleichzeitig an einem Ort erscheinen können oder wollen, sollte man besser für den Verzichtenden - nicht für den Erblasser (§ 2347 Abs. 2 BGB!) - einen Vertreter aufgrund Vollmacht oder ohne Vertretungsmacht vorbehaltlich Genehmigung für diesen auftreten lassen. Diese Vollmacht (und auch eine Genehmigung, § 180 S. 2 BGB) bedarf gemäß § 167 Abs. 2 BGB nicht der Beurkundung, könnte notfalls sogar per E-Mail oder Fax erteilt worden sein.

2.3 Reichweite der Formvorschriften

Nach wie vor umstritten ist die Frage, wie weit das Formgebot des § 2348 BGB bei umfassenden zusammengesetzten Verträgen reicht, in denen auch ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht enthalten ist.

Dieses Problem ist von erheblicher praktischer Bedeutung, da Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge nach § 2346 BGB sehr häufig zusammen mit umfangreichen Übertragungen im Rahmen vorweggenommener Erbfolge größere Vertragswerke bilden. Vor allem aus Kostengründen wird dabei vielfach nur der Erbverzicht - oder noch häufiger ein bloßer Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB - notariell beurkundet.

Leider sind zwei für die Gestaltungspraxis wichtige Fragen höchststrichterlich nicht geklärt, nämlich zum einen, ob auch ein Verpflichtungsgeschäft zur Abgabe eines Erb- und Pflichtteilsverzichts analog § 2348 BGB beurkundungsbedürftig ist,¹⁵ zum anderen, ob entsprechend §§ 311 b Abs. 1 S. 2 BGB, 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG durch die notarielle

¹³ BGH NJW 1997, 521.

¹⁴ Kritisch dazu *Muscheler*, JZ 1997, 853 und *J. Mayer*, MittBayNot 1997, 85.

¹⁵ So aber die h.M.: *Keller*, ZEV 2005, 229 (233); OLG Köln ZEV 2011, 385; *von Proff zu Irnich*, DNotZ 2017, 84 (90); *Grüneberg/Weidlich*, § 2348 Rn. 1.

Beurkundung des Erbverzichts das nicht formgerecht abgeschlossene Kausalgeschäft geheilt wird.¹⁶

Dass diese beiden Fragen mit der h. M. zu bejahen sind, hat Keller in einem grundlegenden Aufsatz nachgewiesen, wobei er die Heilung auf eine Analogie zu § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB stützt. Die Beurkundungsbedürftigkeit des Verpflichtungsgeschäftes wurde jüngst auch vom OLG Köln mit dem Argument befürwortet, dass andernfalls aus dem formfreien Verpflichtungsvertrag auf Abgabe einer Verzichtserklärung geklagt und so die Formvorschrift umgangen werden könne.¹⁷

Fehlervermeidung:

Für die Kautelarpraxis birgt es damit weiterhin gewisse Risiken, nur den Erbverzicht notariell zu beurkunden, da die Heilungsmöglichkeit eines nach h. M. unwirksamen nicht beurkundeten Verpflichtungsgeschäfts analog §§ 311 b Abs. 1 S. 2 BGB, 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG noch nicht höchstrichterlich bestätigt ist. Ohne eine solche Heilung wäre der Erbverzicht aber kondizierbar. Eine Rückabwicklung könnte zu Lebzeiten des Erblassers durch eine Aufhebung des Erbverzichts gemäß § 2351 BGB erfüllt werden. Außerdem ist bei der unvollständigen Beurkundung komplexer Vertragswerke zu beachten, dass sich eine Heilung immer nur auf das in der Heilungsvorschrift genannte Formerfordernis bezieht. Eine formgerechte Auflassung mit anschließender Eintragung in das Grundbuch heilt damit gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB nur den schuldrechtlichen Vertrag der Verpflichtung zur Übereignung oder zum Erwerb von Grundbesitz, nicht aber die Verpflichtung zur Abgabe des Erbverzichts. Umgekehrt heilt der formgerecht erklärte Erbverzicht nur die Verpflichtung zur Erklärung des Erbverzichts, nicht jedoch diejenige zur Übertragung oder zum Erwerb von Grundbesitz. Gleiches gilt auch für die Heilung eines Schenkungsversprechens durch Bewirkung der Leistung nach § 518 Abs. 2 BGB, die eine formfrei vereinbarte Verpflichtung zu einem Erbverzicht nicht heilen kann.

Man sollte also nicht zu blind auf die Heilungsvorschriften des BGB vertrauen!¹⁸

¹⁶ So auch die h.M.: So aber die h.M.: Keller, ZEV 2005, 229 (233); von Proff zu Irnich, DNotZ 2017, 84 (90); Grüneberg/Weidlich, § 2348 Rn. 1.

¹⁷ Keller, ZEV 2005, 229 (233); OLG Köln ZEV 2011, 385.

¹⁸ Keim, ZEV ZEV 2012, 148.

3 Weiteres Bedrohungspotenzial für den Pflichtteilsverzichtsvertrag

Der Pflichtteilsverzicht ist ein **abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft** unter Lebenden und keine letztwillige Verfügung. Daher finden auf den Verzichtsvertrag grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwendung, soweit nicht die erbrechtliche Natur des Verzichts entgegensteht.¹⁹ Angreifbar ist vor allem das nach heute herrschender Meinung dem Erb- und Pflichtteilsverzicht als abstraktes Rechtsgeschäft zugrundeliegende **Kausalgeschäft**, das nach hM analog § 2348 BGB ebenfalls der notariellen Beurkundung bedarf.²⁰ Daraus ergibt sich, dass beide Rechtsgeschäfte grundsätzlich gem. § 138 BGB sittenwidrig sein können, wegen Inhalts-, Erklärungs- oder Eigenschaftsirrtums gem. § 119 BGB oder wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB angefochten werden können oder auch eine Rückabwicklung wegen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB grundsätzlich möglich ist.²¹ Bei der Verknüpfung mit anderen Verträgen wie zB Übergaben oder Eheverträgen ist auch § 139 BGB zu beachten, sodass zB eine Sittenwidrigkeit dieser Verträge durchaus den miterklärten Pflichtteilsverzicht infizieren kann.²²

¹⁹ Weidlich in Grüneberg-BGB, § 2346 Rn. 40.

²⁰ Von Proff DNotZ 2017, 84; Keller ZEV 2005, 229.

²¹ Weidlich in Grüneberg-BGB § 2346 Rn. 9, 18.

²² Bergschneider FamRZ 2008, 1291.

4 Sittenwidrigkeit aufgrund eines nichtigen Ehevertrags

Ausgehend von den Grundsatzentscheidungen des BVerfG²³ und des BGH²⁴ zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen wird zunehmend diskutiert, inwieweit auch Erb- und Pflichtteilsverzichte einer ähnlichen gerichtlichen Prüfung unterliegen²⁵.

Eine solche Inhaltskontrolle, die zur Unwirksamkeit eines Erb- und Pflichtteilsverzichts wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB führen könnte, kann sich zunächst **aus der Nichtigkeit des Ehevertrags** ergeben. Häufig werden Erb- und Pflichtteilsverzichte im Zusammenhang mit ehevertraglichen Regelungen und Scheidungsvereinbarungen in ein und derselben Urkunde erklärt. Im Rahmen der vom BGH durchgeführten Wirksamkeitskontrolle besteht die Gefahr, dass ein unwirksamer Ehevertrag auch den erbrechtlichen Verzicht aufgrund der Regelung des § 139 BGB infiziert²⁶.

4.1 Unterhaltsrechtliche Wirkungen des Pflichtteilsverzichts

Ob die Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags bzw. einer Scheidungsvereinbarung auch einen mitbeurkundeten Erb- oder Pflichtteilsverzicht der Eheleute miterfasst, hängt zunächst maßgeblich davon ab, ob man der Auffassung folgt, nach der der Verzicht auf den Pflichtteil auch zu einem Verzicht auf Unterhaltsansprüche gegen die Erben des Unterhaltsverpflichteten nach §§ 1586b, 1933 S. 3 BGB führt.

Es ist nach wie vor umstritten, wie sich ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht im Fall des Vorversterbens des Unterhaltspflichtigen auf den Anspruch auf nachehelichen Unterhalt nach §§ 1586b, 1933 S. 3 BGB auswirkt. Gemäß § 1586b Abs. 1 BGB geht mit dem Tod des Verpflichteten die Unterhaltspflicht auf die Erben über, jedoch der Höhe nach beschränkt auf den fiktiven Pflichtteil, der dem Berechtigten zustünde, wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre. Es wird teilweise die Auffassung vertreten, ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht lasse auch diesen Unterhaltsanspruch nach § 1586b BGB entfallen, da dieser nach seinem Normzweck einen Ausgleich für das durch Scheidung

²³ BVerfG v. 6.2.2001 - 1 BvR 12/92, NJW 2001, 957; v. 29.3.2001 - 1 BvR 1766/92, NJW 2001, 2248.

²⁴ BGH v. 11.2.2004 - XII ZR 265/02, BGHZ 158, 81, NJW 2004, 930.

²⁵ So zB *Bengel ZEV* 2006, 192; *Kapfer MittBayNot* 2006, 385; *Wendt ZNotP* 2006, 2; *Münch ZEV* 2008, 571; *Röthel NJW* 2012, 336; *Wachter ZErB* 2004, 238.

²⁶ So zB Fall LG Ravensburg v. 31.1.2008 - 2 O 338/07, ZEV 2008, 598; dazu *Münch ZEV* 2008, 571.

weggefallene Erbrecht darstelle²⁷. Vorzugswürdig ist meines Erachtens nach aber die Gegenmeinung, nach der der Erb- und Pflichtteilsverzicht keinen Einfluss auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch gem. § 1586b BGB hat²⁸. Denn der Anspruch ist eindeutig **unterhaltsrechtlicher Natur**, während der fiktive Pflichtteil nur die Bemessungsgrenze für den Haftungsrahmen darstellt²⁹.

4.2 Vermeidung der Infektion durch einen Unterhaltsverzicht

Da zu dieser Frage noch keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt, muss im Rahmen des Erbverzichts vertraglich klargestellt werden, ob dieser den Unterhaltsanspruch nach § 1586b BGB mit entfallen lassen soll³⁰.

Verneint man in der Vereinbarung diese Frage ausdrücklich, so dürfte zumindest bei einer **Scheidungsvereinbarung**, die aus Anlass einer bevorstehenden Ehescheidung geschlossen wird der Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht regelmäßig von der Nichtigkeitsfolge, nicht erfasst werden: Denn der Beweggrund für einen umfassenden Erbverzicht und die damit häufig verbundene Aufhebung früherer gemeinschaftlicher Erbregelungen der Eheleute ist hier die Trennung an sich und nicht eine ganz bestimmte Ausgestaltung der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen. Selbst wenn die Scheidungsfolgenregelung wegen ihrer einseitigen Regelung nichtig sein sollte, geht doch der Wille beider Eheleute dahin, trotzdem durch den Erbverzicht wieder die Testierfreiheit wiederzugewinnen, um zB einen neuen Partner letztwillig bedenken zu können.

Auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung sollte die Frage des Unterhalts nach § 1586b BGB aber systematisch in einer Scheidungsvereinbarung ohnehin bei der Unterhaltsregelung und nicht beim Erb- oder Pflichtteilsverzicht angesprochen werden. Im Rahmen des Erbverzichts empfiehlt sich daher eine Bestimmung,

²⁷ Dieckmann NJW 1980, 2777; ders. FamRZ 1999, 1029; Maurer in MüKoBGB, § 1586b Rn. 2; Leopold in MüKoBGB, § 1933 Rn. 16; Stein in Soergel-BGB, § 1933 Rn. 13; Weidlich in Grüneberg, BGB, § 1933 Rn. 10; Stürner in Jauernig, BGB, § 2346 Rn. 2.

²⁸ Grziwotz FamRZ 1991, 1258; Pentz FamRZ 1998, 1344; Müller-Engels in BeckOKBGB, § 2346 Rn. 21; Klingelhöffer ZEV 1999, 13; Bergschneider FamRZ 2003, 1049 (1057); Muscheler in FS Spiegelberger 2009, 1079 (1091).

²⁹ Bergschneider FamRZ 2003, 1049 (1057).

³⁰ Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rn. 2115.

wonach dieser die Ansprüche nach § 1586b BGB nicht berührt.³¹ In der in der Scheidungsvereinbarung enthaltenen **nachehelichen Unterhaltsregelung** bietet sich uU ein auf § 1586b BGB beschränkter Unterhaltsverzicht an, um zu vermeiden, dass sich der Berechtigte mit seinen Unterhaltsansprüchen an die gemeinsamen Kinder als Erben des vorverstorbenen früheren Ehegatten wenden kann³². **Jedenfalls wird durch die klare Trennung von Unterhaltsverzicht einerseits und Erbverzicht andererseits auch bereits eine Indizwirkung gegen einen einheitlichen Vertragswillen erzeugt.**

4.3 Infizierung auch ohne unterhaltsrechtliche Wirkung des Erbverzichts?

Auch ohne eine unterhaltsrechtliche Wirkung könnte jedoch **ein unwirksamer Ehevertrag, den die Eheleute zu Beginn oder auch vor ihrer Ehe geschlossen haben**, durch aus einen damals mitbeurkundeten Erb- oder Pflichtteilsverzicht unwirksam machen: Bedeutung kann diese Frage dann gewinnen, wenn der eindeutig ehevertraglich benachteiligte Ehegatte nach dem Tod des begünstigten Ehegatten, also gerade nicht im Falle der Scheidung der Ehe, den mitbeurkundeten Erb- oder Pflichtteilsverzicht zu Fall bringen möchte, obwohl ihm dies bei einer isolierten Prüfung des Verzichtsvertrags nicht gelungen wäre.³³

4.3.1 Rechtsprechung zum Unternehmerehevertrag

In der für die ehevertragliche Gestaltungspraxis bedeutsamen Entscheidung vom 15.3.2017 befasste sich der BGH zusammenfassend mit den objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit eines **Unternehmerehevertrags**.³⁴ Obwohl der BGH im Rahmen der Einzelbetrachtung keiner einzigen ehevertraglichen Regelung zur objektiven Sittenwidrigkeit kommt, führte die Gesamtwürdigung dennoch zu dem Ergebnis einer gezielten und absehbar unangemessenen einseitigen Benachteiligung und damit zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags. Danach hatte allerdings die objektiv einseitige Belastung aus der Sicht der Gesamtschau allein noch nicht die Sittenwidrigkeit zur Folge, sondern nur deshalb, weil zusätzlich **Umstände außerhalb der Vertragsurkunde**

³¹ Kühle ZErb 2013, 121 (122).

³² Bergschneider FamRZ 2003, 1049 (1057).

³³ Reetz in DAI Skript „Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht“, 2017, 90.

³⁴ XII ZB 109/16, NJW 2017 1883 mAnm Born.

hinzutreten würden, die eine subjektive Imparität bei Vertragsschluss nahelegen³⁵ Leider hat der BGH in der Entscheidung **nicht** zur Frage Stellung genommen, ob und wie der mitbeurkundete Erb- und Pflichtteilsverzicht **in die Inhaltskontrolle einzubeziehen** sei: So bleibt weiter offen, ob der Erb- und Pflichtteilsverzicht bereits bei der Prüfung der Gesamtschau als weiteres Indiz einer einseitigen Benachteiligung gewertet werden kann.

Da der BGH in der Vergangenheit wiederholt betont hat, dass im Einzelfall eine Gesamtschau aller vertraglichen Klauseln zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führen kann, spricht doch einiges dafür, dass die für die Ehevertrag entwickelten Grundsätze auch einen mitbeurkundeten Erb- oder Pflichtteilsverzicht unwirksam werden lassen.³⁶

4.3.2 Folgen für den Pflichtteilsverzicht

Im Ergebnis dürfte eine solche Infizierung aber abzulehnen sein: Denn anders als bei den gesetzlichen Scheidungsfolgen der §§ 1569 ff. BGB hat derjenige, der auf sein Erb- oder Pflichtteilsrecht verzichtet, keine gesicherte Rechtsposition, nicht einmal eine Anwartschaft auf Erb- oder Pflichtteilsrechte. Denn bei der Erfüllung der Voraussetzungen des § 1933 S. 1 BGB, spätestens also mit der rechtskräftigen Scheidung entfällt das gesetzliche Erbrecht und damit der Pflichtteil ohnehin bereits kraft Gesetzes. Der Verzicht auf eine derartig **ungesicherte Rechtsposition** stellt daher etwas grundlegend Anderes dar als ein Verzicht auf Rechtspositionen im Scheidungsfall. Auf der Tatbestandsseite kann somit ein gut beurkundeter Pflichtteilsverzicht nicht als Indiz für eine Einseitigkeit des Ehevertrags gewertet werden.³⁷

Auf der **Rechtsfolgenseite** muss im Rahmen des § 139 BGB ermittelt werden, ob die Ehegatten den Pflichtteilsverzicht auch dann geschlossen hätten, wenn sie von der Nichtigkeit ihrer ehevertraglichen Vereinbarung gewusst hätten. Die Vermutung der Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB beruht auf dem Gedanken, dass die Parteien nicht anstelle des von ihnen gewollten Rechtsgeschäfts ein (Rest-)Rechtsgeschäft mit anderem Inhalt aufgedrängt bekommen.³⁸ Während der Ehevertrag in erster Linie auf die Regelung der Ehelösung durch Scheidung zielt, soll der Pflichtteilsverzicht Vorsorge für

³⁵ BGH v. 15.3.2017 - XII ZB 109/16, NJW 2017, 1883 (1885).

³⁶ Ebenso LG Ravensburg v. 31.1.2008 - 2 O 338/07, ZEV 2008, 598; *Brudermüller* in Grüneberg, BGB, § 1408 Rn. 9; *Wendt ZNotP* 2006, 2 (3); aA *Bengel ZEV* 2006, 192 (196); *J. Mayer ZEV* 2007, 556; *Bergschneider FamRZ* 2006, 1029 (1038).

³⁷ *Von Proff ZEV* 2017, 301 (306).

³⁸ *Ellenberger* in Grüneberg, BGB, § 139 Rn. 1.

den Fall der Beendigung der Ehe durch den Tod treffen; er wird gerade für den Fall abgeschlossen, dass es nicht zur Scheidung kommt. Da es um verschiedene Sachverhalte geht, könnte man bereits das Vorliegen eines einheitlichen Rechtsgeschäfts iSv § 139 BGB verneinen.³⁹

4.4 Vorsichtsmaßnahmen gegen Infektion durch einen nichtigen Ehevertrag

Als Vorsichtsmaßnahme gegen eine Infizierung eines Pflichtteilsverzichts durch einen nichtigen Ehevertrag ist zu empfehlen,

- die unterhaltsrechtliche Wirkung des Pflichtteilsverzichts nach § 1586b BGB ausdrücklich auszuschließen,
- und uU eine getrennte Beurkundung der zwei unabhängigen Verträge in zwei selbständigen Urkunden vorzunehmen.⁴⁰
- Da bei Eheverträgen eine auf Sittenwidrigkeit beruhende Unwirksamkeit einzelner Klauseln grundsätzlich zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags führt und die üblichen salvatorischen Klauseln hieran nichts ändern⁴¹, empfiehlt sich bei einheitlicher Beurkundung wenigstens eine **spezielle Regelung**, nach der der Pflichtteilsverzicht ausdrücklich auch bei der Nichtigkeit des Ehevertrags gegen § 139 BGB aufrecht erhalten bleiben soll⁴².
- Sollte das Gericht dennoch zu einer Unwirksamkeit - auch - des Pflichtteilsverzichts gelangen, so sollte wenigstens das Eingreifen der gesetzlichen Erbfolge zu Gunsten des anderen Ehegatten verhindert werden, indem man sofort zusätzlich **eine abweichende letztwillige Verfügung trifft**⁴³. Erfahrungsgemäß wird die abweichende Verfügung von Todes wegen häufig vergessen, wodurch der Pflichtteilsverzicht sowieso wirkungslos ist.

³⁹ Kühle ZErB 2013, 221 (222); so auch Münch ZEV 2008, 571; ähnl. Muscheler in FS Spiegelberger, 2009, 1079 (1085).

⁴⁰ So auch Hölscher NJW 2016, 3057 (3062).

⁴¹ Langenfeld ZEV 2004, 311 (314); Münch ZNotP 2004, 127.

⁴² Bengel ZEV 2006, 192 (197); Langenfeld ZEV 2004, 311 (314); Muscheler in FS Spiegelberger, 2009, 1079 (1094).

⁴³ Münch ZEV 2008, 571 (578).

5 Eigenständige Inhaltskontrolle von Pflichtteilsverzichten

Zum anderen könnte auch eine isolierte Gerechtigkeitskontrolle speziell für den Erb- und Pflichtteilsverzicht insbesondere hinsichtlich der Angemessenheit einer gewährten Abfindung vorgenommen werden, wenn man annimmt, auch hier liege ähnlich wie bei einem Ehevertrag ein **strukturelles Ungleichgewicht der Vertragspartner** vor, das das verstärkte Eingreifen der Gerichte notwendig machen würde.⁴⁴

5.1 Forderungen nach Inhaltskontrolle in der Literatur

Es fragt sich daher, ob die strengeren Maßstäbe, die die Rechtsprechung an die Ausgewogenheit von Eheverträgen stellt, auch auf Erb- und Pflichtteilsverzichte zu übertragen sind⁴⁵. Hinter dieser Forderung steht ein neues Verständnis der Vertragsfreiheit: Richterliche Abschluss- und Ausübungskontrolle sollen danach hinreichende Selbstbestimmtheit und schutzwürdige Wahrnehmung von Privatautonomie auch bei solchen Rechtsgeschäften gewährleisten, die typischerweise für einseitige Interessendurchsetzung und Rationalisierungsdefizite anfällig sind⁴⁶. Pflichtteilsverzichte teilen danach zwei Eigentümlichkeiten, die im Umgang mit Eheverträgen heute als auslösendes Moment einer Inhaltskontrolle anerkannt sind, nämlich ein

- **situationstypisches Durchsetzungsgefälle**
- **und ein verzichtstypisches Rationalisierungsdefizit⁴⁷.**

Wenn Eltern ihre gerade volljährig gewordenen Kinder zur Abgabe eines Pflichtteilsverzichts bewegen, werden diese sich aus familiärer Verbundenheit, oder weil sie weiterhin meinen, ihren Eltern nicht widersprechen zu dürfen, diesem Wunsch der Autorität der Eltern unterordnen. Hinzu kommt, dass es sich um einen Verzicht auf einen

⁴⁴ Dazu OLG München v. 25.1.2006 - 15 U 4751/04, ZEV 2006, 313; Röthel NJW 2012, 336f, dies. AcP 2012, 157 (189 ff.).

⁴⁵ So zB Wachter ZErB 2004, 234; Wendt ZNotP 2006, 2; Röthel NJW 2012, 337; dies. AcP 2012, 157 (189 ff.).

⁴⁶ Röthel NJW 2012, 337 (338).

⁴⁷ Röthel NJW 2012, 337 (338); dies. AcP 2012, 157 (192).

weit in der Zukunft erst entstehenden Anspruch handelt, dessen Konsequenzen der Verzichtende daher typischerweise falsch einschätzt (Rationalisierungsdefizit)⁴⁸.

De lege ferenda wird sogar der Vorschlag gemacht, jungen Erwachsenen, die einen Pflichtteilsverzicht erklärt haben, ein Widerrufsrecht bis zur Vollendung ihres dreißigsten Lebensjahres einzuräumen oder aber zumindest die persönliche Anwesenheit des Verzichtenden (**bisher nur des Erblassers**, § 2347 BGB) und die gleichzeitige Anwesenheit beider Vertragspartner gesetzlich vorzuschreiben⁴⁹.

5.2 Inhaltskontrolle in der Rechtsprechung

Entscheidungen zur Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichten sind im Vergleich zu solchen zu Eheverträgen nicht sehr häufig:

5.2.1 OLG München, ZEV 2006, 313⁵⁰ (Wildmoserurteil)

Gegenstand der Entscheidung war ein Erb- und Pflichtteilsverzicht, den ein Vater mit seinen beiden nichtehelichen Kindern geschlossen hat, die zu diesem Zeitpunkt beide 19 Jahre alt waren. Sie erhielten eine Abfindung, die sich an der seinerzeit geltenden Regelung über den vorzeitigen Erbausgleich mit nicht ehelichen Kindern (§ 1934d BGB aF) orientierte. Das Gericht begründete die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung damit, dass den Kindern vorgespiegelt worden sei, die Höhe der Abfindung orientiere sich - wie der damalige Erbersatzanspruch eines nicht ehelichen Kindes gem. § 1934a BGB aF - nicht an den Vermögensverhältnissen des Erblassers, sondern an einer pauschalierten Unterhaltsberechnung, wie dies damals der zwischen dem 21. und dem 27. Lebensjahr des Kindes mögliche vorzeitige Erbausgleich nach § 1934d Abs. 2 BGB aF vorsah.⁵¹

⁴⁸ *Röthel* NJW 2012, 337 (338).

⁴⁹ *Röthel* NJW 2012, 337 (341); *dies.* AcP 2012, 157 (200).

⁵⁰ OLG München v. 25.1.2006 - 15 U 4751/04, ZEV 2006, 313.

⁵¹ OLG München v. 25.1.2006 - 15 U 4751/04, ZEV 2006, 313; dazu *Bengel* ZEV 2006, 192; *Kapfer* MittBayNot 2006, 385.

5.2.2 OLG Düsseldorf, ZErB 2013, 94

In einem Urteil aus dem Jahr 2013 hatte das OLG Düsseldorf eine Sittenwidrigkeit eines im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung geschlossenen Erbverzichts verneint, obwohl ein Ehepartner ein **nicht unbeträchtliches Auslandsbankguthaben verschwiegen hatte**⁵². Es hat ausdrücklich eine Pflicht des Ehemannes verneint, ungefragt über den Stand seines Vermögens Auskunft zu geben. Außerdem habe sich aus der Präambel des notariellen Vertrags ergeben, dass beide Ehegatten in der Lage seien, sich aus eigenem Einkommen selbst zu unterhalten. Dies spräche dagegen, dass die Vermögensverhältnisse überhaupt problematisiert worden seien⁵³.

5.2.3 LG Düsseldorf MittBayNot 2014, 58⁵⁴

Im Fall des LG Düsseldorf erklärte der 19 Jahre alte Adoptivsohn einen Pflichtteilsverzicht gegenüber seinem Adoptivvater, dessen Wirkungen bedingt waren durch Zahlung einer Abfindung von 50.000 €. Als der Vater starb und vorher seine zweite Ehefrau zu seiner Alleinerbin eingesetzt hatte, hätte der Pflichtteilsanspruch des Sohnes 5 Mio. € betragen.

Das LG verneinte dennoch die Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichtsvertrags.

Es könne nicht festgestellt werden, dass der Sohn über den finanziellen Wert der Erklärung getäuscht worden sei (obwohl in der Urkunde der „Kostenwert“ mit 70.000 € angegeben worden war!).

Der Sohn kannte die Lebensverhältnisse seines Adoptivvaters. Außerdem hat er neben der Abfindung Schenkungen im vierstelligen Bereich erhalten und konnte aufgrund der finanziellen Unterstützung seines Vaters ein Leben führen, das in finanzieller Hinsicht großzügiger ausgestaltet war, als das seiner Alterskameraden⁵⁵.

Das Urteil ist mE nicht unbedingt verallgemeinerungsfähig: Ob das LG bei einem leiblichen Kind genauso entscheiden würde, bleibt abzuwarten. Auch war wohl der „Playboy-Lebensstil“ des Anspruchstellers nicht gerade zuträglich für die Erfolgsaussichten

⁵² OLG Düsseldorf v. 21.2.2013 - 3 Wx 193/12, ZErB 2013, 94.

⁵³ OLG Düsseldorf v. 21.2.2013 - 3 Wx 193/12, ZErB 2013, 94 (96).

⁵⁴ LG Düsseldorf v. 29.1.2014 - 7 O 132/13, MittBayNot 2014, 58 mAnm *Braun*.

⁵⁵ LG Düsseldorf v. 29.1.2014 - 7 O 132/13, MittBayNot 2014, 58 (59).

seines Begehrens. Immerhin hat das LG Nürnberg-Fürth ähnlich argumentiert und die Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichts trotz offensichtlicher Unerfahrenheit der Verzichtenden verneint, in dem es eine Vergleichbarkeit mit der Inhaltskontrolle von Unterhaltsverzichten ablehnte.⁵⁶

5.2.4 Urteil des OLG Hamm vom 8. 11. 2016 im „Sportwagenfall“ (10 U 36/15, ZEV 2017, 163 mAnm Everts)

Durch dieses Urteil des OLG Hamm ist wieder Bewegung in die Diskussion um die mögliche Sittenwidrigkeit von Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträgen gekommen.

Das OLG Hamm hatte entschieden, ein Erbverzicht könne insbesondere aufgrund einer **Gesamtwürdigung mit der ihm zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarung sittenwidrig** sein, wenn die getroffenen Vereinbarungen ein erhebliches Ungleichgewicht zulasten des Verzichtenden auswiesen. Es handelte sich allerdings um einen ziemlich extremen Sonderfall: Der Erblasser nutzte die Begeisterung seines gerade volljährig gewordenen Sohnes aus erster Ehe für einen bestimmten Sportwagen aus, indem er ihm als Gegenleistung für einen Pflichtteilsverzicht diesen Wagen versprach, aber nur, falls er seine Zahntechnikergesellen- und Meisterprüfung bis zur Vollendung seines 25. Lebensjahres mit der Note eins bestehen würde. Zudem bestand im Vorfeld der Beurkundung für den Sohn ein erhebliches Aufklärungsdefizit darüber, was er eigentlich unterschreiben sollte.⁵⁷

Das OLG Hamm sah den Erbverzicht als sittenwidrig an. Zwar seien Erbverzicht und Abfindungsvereinbarung im Grundsatz selbstständige Geschäfte, sie seien jedoch hier nach dem Parteienwillen als ein einheitliches Rechtsgeschäft nach § 139 BGB verknüpft, mit der Folge, dass die Unwirksamkeit der Abfindungsvereinbarung auch den Erbverzicht erfasse. Zunächst einmal bestehe ein erhebliches Ungleichgewicht der vertraglichen Vereinbarungen, da der Erbverzicht mit sofortiger Wirkung und unbedingt vereinbart war, während die Gegenleistungen nur unter drei kumulativ zu erfüllenden Bedingungen gestellt seien. Die Bedingungen waren auch geeignet, den Sohn in zu missbilliger Weise in der Wahl seines beruflichen Werdegangs einzuschränken. Auch die äußeren Umstände des Geschäfts sprechen für eine Sittenwidrigkeit. Hiernach hat

⁵⁶ ZEV 2018, 593 mit Anm. *Keim*.

⁵⁷ OLG Hamm v. 8.11.2016 - 10 U 36/15, ZEV 2017, 163 mAnm *Everts* - „Sportwagenfall“.

der Vater nämlich die in erheblichem Gegensatz zu seiner eigenen Geschäftsgewandtheit bestehende jugendliche Unerfahrenheit und Beeinflussbarkeit des Sohnes zu seinem Vorteil ausgenutzt.⁵⁸

5.2.5. LG Ulm v. 29.7.2024 (Fall Erwin Müller)⁵⁹

Im zugrundeliegenden Fall hatte ein sehr vermögendes Ehepaar drei Jagdfreunde adoptiert. Am gleichen Tag, an dem der Adoptionsantrag beurkundet wurde, wurden auch im Haus der Adoptierenden jeweils Pflichtteilsverzichtsverträge mit den zu Adoptierenden beurkundet. Eine Abhängigkeit von Gegenleistungen war in den Urkunden nicht erwähnt. Nach der Adoption verbrachten die Parteien einige Urlaube miteinander und die Adoptiveltern schenkten den Adoptierten jeweils 400.000 €, die auf zuvor gewährte Darlehen angerechnet wurden. Nach weiteren Schenkungsversprechen verpflichtete sich der Adoptivvater zu weiteren Schenkungen von 400.000 € alle zehn Jahre. Später machten die Adoptierten die Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts geltend u.a. wegen dessen Sittenwidrigkeit.

In einer ausführlich - schon fast zu „weitschweifig“ - begründeten Entscheidung bejahte das LG Ulm jedoch die Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts. Das Gericht lehnte zunächst eine Unwirksamkeit wegen eines **Formmangels** ab: Ein analog § 2348 BGB zu beurkundender Verpflichtungsvertrag, der aber nur mündlich getroffen worden sei, sei von den Klägern nicht bewiesen worden und wäre i.ü. durch die Beurkundung des Pflichtteilsverzichtsvertrages selbst entsprechend § 311 b BGB geheilt worden. Auch die Absicht, durch die Adoption der Kläger **Pflichtteilsansprüche des leiblichen Kindes der Erblasser zu minimieren, führe nicht zu einer Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichtsvertrages**. Denn die Benachteiligung des leiblichen Kindes sei nicht durch den Pflichtteilsverzicht, sondern die davon zu unterscheidende Adoption entstanden und beides sei nicht als Einheit zu behandeln. Auch sei **kein unangemessener Druck auf die Verzichtenden** ausgeübt worden und diese seien auch nicht überrumpelt worden, sondern wussten, obwohl ihnen vorher kein Entwurf des Verzichts zugesandt worden war, doch vorher von dessen wesentlichem Inhalt. Schließlich komme

⁵⁸ OLG Hamm v. 8.11.2016 - 10 U 36/15, ZEV 2017, 163 (165) mAnm Everts.

⁵⁹ Zur Veröffentlichung in Heft 12/2024 der ErbR vorgesehen.

auch der Tatsache, dass die Beurkundung im Haus der Erblasser stattgefunden habe, keine Bedeutung zu.

5.3 Bewertung der Entscheidungen

5.3.1 Inhaltskontrolle nur in evidenten Ausnahmefällen

Die Entscheidungen sind nicht als „Einstieg“ in eine allgemeine richterliche Abschluss- und Ausübungskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichteten anzusehen⁶⁰. Insbesondere die Kernbereichslehre des BGH, die für bestimmte Regelungen, die im Kernbereich von der gesetzlichen Lastenverteilung in der Ehe einseitig abweichen, eine besondere Rechtfertigung fordert⁶¹, lässt sich nicht auf erbrechtliche Verzichtsverträge übertragen. Der Pflichtteilsanspruch hat keine unterhaltsersetzende Funktion und dient auch nicht dem Ausgleich ehebedingter Nachteile. Vielmehr sind die Gründe und Motive für den Abschluss von Erb- und Pflichtteilsverzichteten zu vielfältig, um sie in ein derartiges abgestuftes System einfügen zu können⁶².

Auch eine Übertragung der Grundsätze des BGH zu wucherähnlichen Rechtsgeschäften, bei denen aus dem **Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung** auf eine verwerfliche Gesinnung und damit auf eine Sittenwidrigkeit geschlossen werden kann⁶³, kommt nicht in Frage. Dies ergibt sich schon daraus, dass zum einen der künftige Pflichtteilsanspruch noch gar nicht feststellbar ist, zum anderen das Gesetz auch einen abstrakten Pflichtteilsverzicht völlig ohne Gegenleistung zulässt. Im „Sportwagenfall“ hatte das OLG Hamm die Sittenwidrigkeit nicht mit der rein summenmäßig unzureichenden Abfindung begründet, sondern mit dem an von Seiten des Verzichtenden nicht sofort erkennbaren und für ihn schwer erfüllbaren Voraussetzungen, die der zu erfüllen hatte, um überhaupt seine Gegenleistung zu erhalten.⁶⁴

⁶⁰ So auch von Proff ZEV 2017, 301, Zimmer, NJW 2017, 513.

⁶¹ BGH v. 11.2.2004 - XII ZR 265/02, NJW 2004, 930.

⁶² Von Proff ZEV 2017, 301 (307); Muscheler in FS Spiegelberger 2009, 1079 (1086).

⁶³ So zB BGH v. 5.1.2001 - V ZR 237/00, NJW 2002, 429.

⁶⁴ OLG Hamm v. 8.11.2016 - 10 U 36/15, ZEV 2017, 163 (165) mAnm Everts.

5.3.2 Umstandssittenwidrigkeit

Dies schließt es allerdings nicht aus, dass sich aus einer **Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck sowie den zur Zeit des Geschäftsabschlusses bestehenden Umständen eine Sittenwidrigkeit ergibt**: Auch die Sittenwidrigkeit einer zugrunde liegenden Abfindungsvereinbarung kann über § 139 BGB zur Unwirksamkeit der Erbverzichtungsvertrags selbst führen: Hierzu wären allerdings **zusätzliche qualifizierende Umstände** notwendig, etwa die Feststellung, dass die Gegenleistung bereits bei Vertragsabschluss nicht nur objektiv erkennbar deutlich unangemessen niedrig gewesen wäre, sondern der Verzichtende dies aus Geschäftsunerfahrenheit nicht erkannt und der andere Vertragsteil diesen Sachverhalt zu seinem Vorteil ausgenutzt hätte. **Eine Sittenwidrigkeit muss daher auf evidente Ausnahmefälle beschränkt bleiben.**⁶⁵ Bei Fehlvorstellungen des Verzichtenden oder gar Täuschungen seitens des Erblassers über dessen Vermögensverhältnisse kommen in erster Linie die Regelungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB oder eine Anfechtung nach § 123 BGB zu Anwendung.⁶⁶

5.4 Anfechtung des Erb- oder Pflichtteilsverzichts

Da es sich beim Erb- oder Pflichtteilsverzicht um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden und nicht um eine Verfügung von Todes wegen handelt, richtet sich eine Anfechtung nicht nach §§ 2281 ff. iVm §§ 2078 ff. BGB, sondern nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 119 ff. BGB⁶⁷. Ein bloßer Motivirrtum ist damit unbeachtlich.

In Betracht kommt eine Anfechtung insbesondere wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB, so zB aufgrund einer Täuschung über den Umfang des gegenwärtigen Vermögens.

Auch eine Täuschung über die Unentgeltlichkeit des Erb- und Pflichtteilsverzichts kann eine Anfechtung des zugrundeliegenden Kausalgeschäfts rechtfertigen, das den Rechtsgrund für den Erbverzicht entfallen lässt und somit einen Rückforderungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB (Leistungskondiktion) begründet. Klageziel ist dann die Auf-

⁶⁵ Zimmer NJW 2017, 513 (515 f.); von Proff ZEV 2017, 301.

⁶⁶ Von Proff ZEV 2017, 301 (305).

⁶⁷ G. Müller in Schlitt/Müller, HdB Pflichtteilsrecht, § 10 Rn. 45; Horn ZEV 2010, 295 (296).

hebung des Erbverzichts durch Abschluss eines beurkundungsbedürftigen Aufhebungsvertrags gem. § 2351 BGB. Sind Erbverzicht und Abfindungsvereinbarung durch eine Bedingung miteinander verknüpft, so führt die Anfechtung der Abfindungsvereinbarung unmittelbar auch zur Nichtigkeit des Erbverzichts. Gleiches gilt, wenn eine Abhängigkeit des Verzichts von der Gültigkeit der Abfindungsvereinbarung im Sinne eines einheitlichen Rechtsgeschäfts gewollt ist, § 139 BGB.⁶⁸

Nach hM ist aber eine Anfechtung jedenfalls des Erbverzichts **nur zu Lebzeiten des Erblassers** zulässig, da es die Rechtssicherheit gebiete, dass die Erbfolge feststehe und ansonsten eine nachträgliche Verfälschung der vom Erblasser gewollten Erbfolge drohe⁶⁹. Der BGH hat die Frage jedoch nicht entschieden. Dies bezieht sich allerdings nur auf den Erbverzicht, nicht aber auf den bloßen Pflichtteilsverzicht gem. § 2346 Abs. 2 BGB. Hier kann das Argument der Rechtsicherheit nicht greifen, da der wiederentstehende Pflichtteilsanspruch die Erbfolge und damit die Rechtsicherheit nicht berührt. Auch billigt die Rechtsprechung bei der erfolgreichen Anfechtung des Kausalvertrags dem Anfechtenden einen schuldrechtlichen Wertersatzanspruch gegen den Nachlass gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2 BGB zu.⁷⁰

Eine Anfechtung des Kausalgeschäfts wegen Eigenschaftsirrums gem. § 119 Abs. 2 BGB kommt in Frage, wenn der Verzichtende sich im Irrtum über den Bestand des Vermögens als Berechnungsgrundlage der Abfindung befand⁷¹.

5.5 Wegfall der Geschäftsgrundlage

5.5.1 Voraussetzungen

Ob ein Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB wegen der systematischen Stellung der Vorschrift im Schuldrecht auch bei abstrakten Verfügungsgeschäften wie dem

⁶⁸ *Wegerhoff* in MüKoBGB, § 2346 Rn. 26 f.

⁶⁹ Insb. die obergerichtliche Rechtsprechung, vgl. BayObLG v. 4.1.2006 - 1Z BR 97/03, ZEV 2006, 209 mAnm *Leipold*; OLG Koblenz v. 4.3.1993 - 6 W 99/93, DNotZ 1993, 828; OLG Schleswig 27.5.1997 - 3 U 148/95, ZEV 1998, 28 (30); OLG Celle v. 8.7.2003 - 6 W 63/03, ZEV 2004, 156 (157); a.A. *Leipold* ZEV 2006, 212; *Horn* ZEV 2010, 295, 296; *Mankowski* ZEV 1998, 33.

⁷⁰ *Weidlich* in Grüneberg, BGB, § 2346 Rn. 11; OLG Koblenz v. 4.3.1993 - 6 W 99/93, DNotZ 1993, 828.

⁷¹ *G. Müller* in Schlitt/Müller, HdB Pflichtteilsrecht, § 10 Rn. 46.

Erbverzicht in Betracht kommt, ist umstritten⁷². Jedenfalls kann aber die Geschäftsgrundlage des zugrundeliegende Kausalgeschäfts entfallen⁷³ Angesichts des Risikocharakters des Erbverzichtsvertrags ist allerdings nur in krassen Ausnahmefällen eine Anpassung des Vertrags an geänderte Umstände oder gar eine Rückabwicklung des Verzichts gerechtfertigt:

So hat der BGH einen Wegfall der Geschäftsgrundlage für möglich gehalten, wenn in einem Pflichtteilsverzicht im Rahmen der **landwirtschaftlichen Hoferbfolge** eine niedrige Abfindung vereinbart worden war, um dem Hofübernehmer die Fortführung des Betriebes zu ermöglichen, dieser aber bereits sechs Jahre nach dem Erbfall den gesamten Hof veräußert.⁷⁴ Aufgrund des Zwecks des Hoferbrechts, leistungsfähige landwirtschaftliche Betriebe zu erhalten, sollte danach ein Wegfall der Geschäftsgrundlage dazu führen, die Antragstellerin wenigstens nach höferechtlichen Grundsätzen abzufinden.

5.5.2 Rechtsfolgen

Der BGH geht auch davon aus, dass bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage eine Anpassung oder Rückabwicklung des **Erbverzichtsvertrags nach Eintritt des Erbfalls nicht mehr möglich** ist. Ähnlich wie die Oberlandesgerichte bei der Anfechtung argumentiert der BGH, die Rechtssicherheit erfordere es, dass die Erbfolge mit dem Tod des Erblassers auf einer festen Grundlage stehen müsse und nicht noch nach beliebiger Zeit umgestoßen werden dürfe⁷⁵. Er lässt aber eine Anpassung des dem Erbverzicht zugrunde liegenden Abfindungsvertrags zu, sodass dem auf diese Weise übervorteilten Vertragspartner zum Ausgleich seiner Vermögensnachteile uU ein Wertersatzanspruch gegen den Nachlass zugebilligt werden kann⁷⁶.

Diese Einschränkung in der Rechtsfolge gilt aber nicht für den bloßen Pflichtteilsverzichtsvertrag, da dieser die Erbfolge nicht ändert.

⁷² So G. Müller in Schlitt/Müller HdB Pflichtteilsrecht, § 10 Rn.41; aA *Schotten* in Staudinger, BGB, 2017, § 2346 Rn. 189.

⁷³ *Weidlich* in Grüneberg, BGB, § 2346 Rn. 9.

⁷⁴ BGH v. 29.11.1996 - BLw 16/96, ZEV 1997, 69 mAnm *Edenfeld*.

⁷⁵ BGH v. 4.11.1998 - IV ZR 327/97, ZEV 1999, 62 mAnm *Skibbe*.

⁷⁶ BGH v. 4.11.1998 - IV ZR 327/97, ZEV 1999, 62 mAnm *Skibbe*.

5.6 Culpa in contrahendo, § 311 BGB

In der Literatur wird teilweise der aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammende Begriff des „undue influence“, der eine unzulässige Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit beschreibt, herangezogen, um dem so benachteiligten Vertragspartner Schadensersatzansprüche zuzubilligen. Anspruchsgrundlage wäre wohl § 280 BGB, der bei Verletzung vorvertraglicher Pflichten gem. § 311 Abs. 2 BGB anwendbar ist und gegebenenfalls sogar einen Anspruch auf Aufhebung des auf diese Weise geschlossenen Vertrags begründen könnte. Die Überprüfung des Erbverzichts im Hinblick auf eine derartige „Überrumpelung“ würde danach aber eine konkrete nachzuweisende Einflussnahme voraussetzen⁷⁷.

5.7 Vorkehrungen gegen drohende Sittenwidrigkeit, Anfechtbarkeit, Schadensersatz oder Rücktritt wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage

5.7.1 Einbeziehung in Vertragsverhandlungen: persönliches Vorgespräch mit allen Beteiligten

Es sprechen sicherlich gewichtige Argumente gegen eine verstärkte Überprüfung von Pflichtteilsverzicht, zB dessen Risikocharakter, also die Tatsache, dass sich bei Vertragsschluss auch objektiv nicht klar beurteilen lässt, wie sich die Vermögensverhältnisse entwickeln und wer wann stirbt. Folglich lässt sich auch häufig nicht absehen, welche Vertragspartei besser abschneidet, wenn bereits eine sofortige Abfindung für den Verzicht vereinbart wird⁷⁸.

Dem Notar und dem anwaltlichen Berater des Erblassers bleibt die Möglichkeit, **durch eine angemessene Gestaltung der Vertragsverhandlungen** und des Beurkundungsverfahrens der Gefahr der Benachteiligung einer Vertragspartei entgegenzuwirken. Gerade die Entscheidung des BGH zur Sittenwidrigkeit eines Unternehmerehevertrags⁷⁹

⁷⁷ So *Zimmer* NJW 2017, 513 (516 f.).

⁷⁸ So *Bengel* ZEV 2006, 192 (194); *Wegerhoff* in *MüKoBGB*, § 2346 Rn. 36.

⁷⁹ BGH v. 15.3.2017 - XII ZB 109/16, NJW 2017, 1883.

macht deutlich, wie wichtig es ist, den Verzichtenden bereits im Vorfeld des Vertragschlusses in fairer Weise in die Vertragsverhandlungen einzubeziehen⁸⁰. Es gibt Situationen, in denen typischerweise beim Abschluss eines Pflichtteilsverzichts besondere Vorsicht geboten ist:

- Man denke vor allem an den **Pflichtteilsverzicht des gerade volljährig gewordenen nichtehelichen Kindes gegenüber dem Vater**. Hier sollte für eine hinreichende Aufklärung der Verzichtenden Sorge getragen werden.
- Auch wenn es bei **Unternehmensnachfolgen** um die erhebliche Ungleichbehandlung von Kindern geht, die häufig direkt nach Eintritt der Volljährigkeit vom „übermächtigen Patriarchen“ zu einem Pflichtteilsverzicht „eingeladen“ werden, ist Vorsicht geboten.
- Auch bei **mangelnden deutschen Sprachkenntnissen des Verzichtenden**, was gerade bei Verzichten von Ehegatten nicht selten der Fall ist, ist besondere Vorsicht geboten, insbesondere falls der ausländische Ehepartner keinen sicheren Aufenthaltsstatus hat und daher ein besonderer Druck auf ihm lastet, jegliche Vereinbarung unterschreiben zu müssen, um in Deutschland bleiben zu dürfen.⁸¹

5.7.2 Persönliche Anwesenheit des Verzichtenden in der Beurkundung

Besonders problematisch ist eine Beurkundung durch den Erblasser allein, der in doppelter Funktion im eigenen Namen handelt und als Vertreter ohne Vertretungsmacht des Verzichtenden. Letzterer soll dann später in Beglaubigungsform oder gar völlig formfrei die Urkunde genehmigen (§ 180 Abs.2 BGB). Eine **persönliche Anwesenheit** und in der Urkunde **dokumentierte ausführliche Belehrungen des Notars** dürften Pflicht sein. Die rechtspolitisch geforderte zwingende gleichzeitige Anwesenheit von Verzichtendem und Erblasser halte ich dagegen nicht immer für notwendig, im Einzelfall sogar für kontraproduktiv⁸². Denn der Einfluss des anwesenden Erblassers in solchen

⁸⁰ Zimmer NJW 2017, 513 (516 f.).

⁸¹ Zu der entsprechenden Situation bei Eheverträgen und ihrer Sittenwidrigkeit BGH NJW 2018, 1015.

⁸² Röthel AcP 2012, 157 (200).

Fällen kann durchaus spürbar sein. Ein Vieraugengespräch mit dem Verzichtenden **allein** anlässlich der späteren Genehmigung kann vielmehr sinnvoll sein. Diese sollte aber nicht nur beglaubigt, sondern **beurkundet** werden.

5.7.3 Zusendung von Entwürfen

Im Fall des LG Ulm⁸³ begründeten die Kläger eine mögliche Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts u.a. mit einer „Überrumpelung“ und diese wiederum damit, dass ihnen kein Entwurf zugesandt worden sei.⁸⁴

Im vom BGH entschiedenen Fall des nichtigen Unternehmerehevertrages, bei dem in gleicher Urkunde auch ein Pflichtteilsverzicht vereinbart worden war⁸⁵, stützte der BGH die Unwirksamkeit auch darauf, dass der Entwurf zwar vom Notar dem Ehemann, nicht aber der Ehefrau zugeschickt worden sei und sie ihn vor der Beurkundung gar nicht erhalten hatte.

Nach § 17 Abs. 2 a Nr. 2 BeurkG setzt eine Pflicht des Notars zur Übersendung eines Entwurfes spätestens 14 Tage vor der Beurkundung voraus, dass es sich zum einen um einen Verbrauchervertrag handelt und zum anderen dieser Vertrag der Beurkundungspflicht nach § 311 b BGB unterliegt, es sich also um einen Grundstücksvertrag handelt. Beides ist beim Pflichtteilsverzicht nicht gegeben. Darüber hinaus hat ein Verstoß gegen diese Sollvorschrift nicht die Nichtigkeit der Urkunde zur Folge.⁸⁶

Jedoch kann eine unangemessene Gestaltung des Beurkundungsverfahrens zusammen mit anderen Faktoren die Sittenwidrigkeit des Vertrages mitverursachen.

Eine 14-Tagesfrist gilt zwar nicht, jedoch sollten vorbeugend bei der Entwurfsübersendung folgende Vorsichtsmaßnahmen ergriffen werden, die einfach zu beachten sind:

⁸³ Vom 29.7.2024 -2 O 189/23.

⁸⁴ Rn. 144.

⁸⁵ NJW 20217, 1883.

⁸⁶ Winkler, BeurkG, § 17 Rn. 394; so richtig auch LG Ulm vom 29.7. 2024 Rn. 44 ff.

- Die Übersendung des Vertragstextes sollte so **rechtzeitig** erfolgen, dass sich insbesondere der Verzichtende rechtlichen Rat einholen kann. Insbesondere sollte der Notar eine persönliche Besprechung des Entwurfes anbieten.
- Der Entwurf sollte jedem der Vertragsbeteiligten gesondert zugeschickt werden, um den Einwand, den Entwurf nicht erhalten zu haben, von vornherein zu entkräften.
- Der Erhalt des Entwurfes sollte in der Urkunde von allen Beteiligten ausdrücklich bestätigt werden.

Formulierungsvorschlag:

Jeder Beteiligte erklärt, dass ihm vom Notar ein eigener Entwurf des Pflichtteilsverzichtsvertrages zugeschickt worden ist.

5.7.4 Belehrungen des Notars und Belehrungsvermerke in der Urkunde

Nach § 17 Abs. 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift weidergeben. Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

Ein Verstoß gegen Belehrungspflichten führt allerdings nicht zur Unwirksamkeit der Urkunde, stellt aber ein Amtspflichtverletzung des Notars dar, die zu Amtshaftungsansprüchen gegen ihn führt, § 19 BNotO.⁸⁷

Jedoch kann auch die mangelnde Belehrung ein Mosaikstein sein, das letztlich zu einer „Umstandssittenwidrigkeit“ des Pflichtteilsverzichts führt.

Das Maß der Belehrung hängt maßgeblich von der Belehrungsbedürftigkeit der Beteiligten ab:

⁸⁷ Winkler, BeurkG, § 17 Rn. 394.

Der Verzichtende sollte insbesondere darüber belehrt werden, dass

- er im Falle seiner Enterbung überhaupt keine Beteiligung am Nachlass des Erblassers erhält,
- der Verzicht eines Kindes zum Ausschluss des Pflichtteilsrechts auch seiner Abkömmlinge (§ 2349 BGB) führt.

Aber auch der Erblasser ist belehrungsbedürftig:

Der Notar sollte unbedingt darüber belehren, dass

- der Verzicht nur dann zu einem Ausschluss des Verzichtenden von einer Beteiligung am Nachlass führt, wenn der Erblasser eine enterbende Verfügung von Todes wegen errichtet,
- beim Ehegattenverzicht auch im Todesfall noch Zugewinnausgleichsansprüche des Verzichtenden bestehen,
- der Erblasser den Verzichtenden durch Verfügung von Todes wegen trotzdem bedenken kann.

Zu Beweis Zwecken sollten in der Urkunde auch entsprechende Belehrungsvermerke enthalten sein.

5.7.5 Vermeidung des Anscheins der Parteilichkeit des Notars

Eine sich aus den Umständen der Beurkundung ergebende Sittenwidrigkeit kann auch dadurch begünstigt werden, dass der Notar den Anschein der Parteilichkeit erweckt. Um dies zu vermeiden, sollte auf zwei Dinge geachtet werden:

1. Im Fall des LG Ulm⁸⁸ wurde (erfolglos) vorgebracht, der Notar habe ohne triftigen Grund im Haus des Erblassers beurkundet. Der Disziplinarsenat des Bundesgerichtshofs hat immerhin in der regelmäßigen Beurkundung Bauplatzkauf-

⁸⁸ Urt. v. 29.7.2024 - 2 O 189/23 Rn. 146.

verträgen eines Notars in den Räumen einer Gemeindeverwaltung einen disziplinarrechtlich relevanten Verstoß gegen das Gebot der Unparteilichkeit des § 14 BNotO gesehen. Um von vornherein einem derartigen Argument den Boden zu entziehen, sollte die Beurkundung in den Amtsräumen des Notars erfolgen.

2. Außerdem sollten Vorgespräche mit dem Erblasser allein auf das Nötigste beschränkt werden. **Stattdessen ist der Verzichtende möglichst früh in die Verhandlungen miteinzubeziehen.**

5.7.6 Besondere Vorkehrungen bei Sprachunkundigkeit des Verzichtenden

Gemäß § 16 BeurkG muss eine notarielle Urkunde, die die Feststellung des Notars enthält, dass ein Beteiligter der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig ist, diesem Beteiligten übersetzt werden, § 16 Abs. 2 Satz 1 BeurkG. Für die Übersetzung muss, falls der Notar nicht selbst übersetzt, ein Dolmetscher zugezogen werden, § 16 Abs. 3 Satz 1 BeurkG. Wenn der Beteiligte es verlangt, soll die Übersetzung außerdem schriftlich angefertigt und dem Beteiligten zur Durchsicht vorgelegt werden, § 16 Abs. 2 Satz 2 BeurkG.

Zur Unwirksamkeit wegen Formverstoßes führen nur die Nichtbeachtung der Mussvorschriften, d.h.

- wenn die Sprachunkundigkeit festgestellt ist und trotzdem nicht übersetzt wurde
- oder kein Dolmetscher zugezogen worden ist, obwohl der Notar die fremde Sprache nicht beherrscht, wenn also beispielsweise der andere Vertragsbeteiligte selbst übersetzt hat.

Für **Verfügungen von Todes wegen** gelten strengere Voraussetzungen nach § 32 BeurkG: Danach muss grundsätzlich eine schriftliche Übersetzung angefertigt werden, es sei denn der sprachunkundige Beteiligte hat verzichtet und dieser Verzicht ist auch in der Urkunde dokumentiert: **Da der Pflichtteilsverzicht aber ein Rechtsgeschäft unter**

Lebenden ist, gilt § 32 BeurkG für ihn nicht. Da aber häufig eine Zusammenbeurkundung von Pflichtteilsverzichteten mit Verfügungen von Todes wegen in einer Urkunde erfolgt, ist auf die wenig bekannte Vorschrift aber zu achten!

Überobligatorisch, um mögliche Anfechtbarkeit wegen Irrtums oder auch Indizien für eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB auszuschließen, sollte folgendes beachtet werden:

- Der **Dolmetscher sollte eine gewisse Qualität** haben. Wenn ein vereidigter Dolmetscher nicht gewünscht ist, solle es doch mindestens eine Vertrauensperson des Sprachunkundigen sein.
- Da auch der Dolmetscher regelmäßig nicht juristisch vorgebildet ist und der Notar nicht überprüfen kann, ob seine während er Beurkundung erfolgten mündlichen Belehrungen richtig übersetzt werden⁸⁹, sollten in der Beurkundung die Belehrungsvermerke und Erklärungen der Rechtsfolgen eines Pflichtteilsverzichts ausführlich und in relativ einfacher Sprache **ausdrücklich** aufgenommen werden. **In dem Vermerk sollten die Rechtsfolgen daher auch genannt und beschrieben werden.** Auch eine **schriftliche Übersetzung** kann angebracht sein.⁹⁰ Beim Pflichtteilsverzicht ist diese auch nicht zu teuer, da der Verzicht auch bei Aufnahme relativ ausführlicher Belehrungen noch immer recht kurz ist.

Beispiel: -Erklärung der Wirkungen des § 2349 BGB:

„Der Notar hat darüber belehrt, dass der Verzicht eines Kindes zum Ausschluss des Pflichtteilsrechts auch seiner Abkömmlinge (§ 2349 BGB) führt. Sollte also der Sohn, der heute auf seinen Pflichtteil verzichtet hat, vor dem Erblasser sterben, so hätten normalerweise stattdessen die Enkel einen Pflichtteilsanspruch. Durch den heute erklärten Pflichtteilsverzicht des Sohnes entfällt in diesem Fall aber auch deren Anspruch auf einen Pflichtteil vollständig, wenn sie in einem Testament enterbt worden sind.“

⁸⁹ Bzw. ob der Dolmetscher die juristischen Zusammenhänge überhaupt selbst verstanden hat.

⁹⁰ Winkler, BeurkG, § 16 Rn. 4.

5.7.7 Aufnahme von Motiven in die Urkunde??

Die teilweise geforderte Aufnahme der Motive in die Urkunde dürfte eher gefährlich sein, da zum einen das Risiko besteht, dass nicht alle Motive aufgeführt werden und dadurch eine Partei in Beweisnot gerät. Zum anderen würden auf diese Weise Anfechtungsgründe gegebenenfalls auch für die mitbeurkundeten letztwilligen Verfügungen häufig erst geschaffen⁹¹. In der Entscheidung des OLG Düsseldorf⁹² stellte das Gericht auch darauf ab, dass die Urkunde einen Hinweis enthielt, nach der der **Verzicht unabhängig von den Vermögensverhältnissen** erklärt werde. In Anbetracht dessen kann es eher hilfreich sein, auch klarzustellen, welche Umstände gerade **nicht Geschäftsgrundlage** sein sollen. Helfen kann es stattdessen, die Umstände des Vertragsschlusses in der Urkunde zu dokumentieren.

„Der Notar hat im Vorfeld zwei ausführliche Vorbesprechungen mit beiden Vertragsbeteiligten geführt und dabei die zugeschickten Vertragsentwürfe ausführlich besprochen.“

⁹¹ Bengel ZEV 2006, 192 (197).

⁹² OLG Düsseldorf v. 21.2.2013 - I-3 Wx 193/12, ZEV 2013, 498, MittBayNot 2014, 172 mAnm Keim.

5.8 Sittenwidrigkeit wegen der Benachteiligung von Gläubigern und Trägern der Sozialhilfe

5.8.1 Keine Sittenwidrigkeit wegen Benachteiligung von Privatgläubigern

Der Pflichtteilsverzicht eines überschuldeten Pflichtteilsberechtigten ist nach allgemeiner Auffassung weder nach §§ 129 ff. InsO noch nach §§ 3 ff. AnfG anfechtbar. Dass in einem Erb- und Pflichtteilsverzicht **keine Gläubigerbenachteiligung** liegen kann, ergibt sich bereits aus § 83 InsO, der es dem freien Belieben des Schuldners überlässt, ob er eine bereits angefallene Erbschaft oder ein Vermächtnis annehmen oder ausschlagen möchte⁹³. Das gilt erst recht deshalb, weil es der Gläubiger des Pflichtteilsanspruchs jederzeit in der Hand hat, auch durch die bloße Nichtgeltendmachung des bereits entstandenen Pflichtteilsanspruchs den Pflichtteil dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, § 852 Abs. 1 ZPO⁹⁴. Da eine Pfändung aber bereits vor Anerkennung oder Rechtshängigkeit als aufschiebend bedingte Pfändung möglich ist, die lediglich keine Verwertung ermöglicht, kann der Pflichtteilsberechtigte in diesem Fall aber nicht mehr über den Anspruch verfügen: Bei einer derartigen Pfändung ist es dem Pflichtteilsberechtigten daher nicht mehr möglich, einen wirksamen Erlassvertrag gem. § 397 BGB über den bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch zu schließen, § 829 Abs. 1 ZPO.

Der BGH hat auch die vorher umstrittene Frage entschieden, dass selbst der Verzicht auf die Geltendmachung eines bereits mit dem Erbfall entstandenen Pflichtteilsanspruchs in der **Wohilverhaltensphase der Verbraucherinsolvenz** keine Obliegenheitsverletzung des Schuldners darstellt, die eine Restschuldbefreiung nach § 295 Nr. 2 InsO ausschließen würde⁹⁵. **Daraus muss aber geschlossen werden, dass erst recht ein Pflichtteilsverzicht auf einen künftig erst entstehenden Pflichtteilsanspruch nicht sittenwidrig sein kann**⁹⁶.

⁹³ *Schotten* in Staudinger, BGB, § 2346 Rn. 105; *G. Müller-Engels* in Schlitt/Müller, HdB Pflichtteilsrecht, 2010, § 10 Rn. 62.

⁹⁴ BGH v. 26.2.2009 - VII ZB 30/08, ZEV 2009, 247 mAnm *Musielak*.

⁹⁵ BGH v. 29.6.2009 - IX ZB 196/08, ZEV 2009, 469.

⁹⁶ *G. Müller-Engels* in Schlitt/Müller, HdB Pflichtteilsrecht, § 10 Rn. 32; *Krauß* ErbR 2011, 162.

5.8.2 Sittenwidrigkeit wegen Benachteiligung des Sozialhilfeträgers?

Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn ein Pflichtteilsverzicht die Wirkung oder sogar das Ziel hat, den Zugriff eines Sozialhilfeträgers auf den Pflichtteil verhindern. Hierbei sind zwei Gruppen von Sozialhilfeempfängern zu unterscheiden:

Für die **nicht erwerbsfähigen Hilfeempfänger gilt das SGB XII**. Gemäß § 93 SGB XII kann der Sozialhilfeträger den bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch mittels Verwaltungsakts auf sich überleiten, wenn er zu Gunsten des Pflichtteilsberechtigten Sozialhilfe geleistet hat. Ein normaler Gläubiger kann den Pflichtteilsanspruch gem. § 852 Abs. 1 ZPO bekanntlich nur verwerten, wenn er vom Erben anerkannt wurde oder vom Gläubiger gerichtlich geltend gemacht worden ist⁹⁷. Diese Pfändungsbeschränkungen gelten für den Sozialhilfeträger nicht, § 93 Abs. 1 S. 4 SGB XII.

Für den **erwerbsfähigen Sozialhilfeempfänger gelten die Vorschriften des SGB II**, die das Bürgergeld⁹⁸, früher sog. Hartz-IV-Regelungen. Auf den Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende geht der Pflichtteilsanspruch gem. § 33 Abs. 1 SGB II in Höhe bereits gewährter Leistungen sogar kraft Gesetzes über. Auch hier gelten zivilprozessuale Pfändungsbeschränkungen nicht, § 33 Abs. 1 S. 3 SGB II.

5.8.2.1 Nicht erwerbsfähiger Pflichtteilsberechtigter, SGB XII

Für den **Pflichtteilsverzicht eines behinderten Kindes**, das also Hilfe nach SGB XII bezieht, hat der BGH in seinem Urteil vom 19.1.2011 eine Sittenwidrigkeit ausdrücklich verneint⁹⁹. Den Pflichtteilsverzicht eines geschäftsfähigen, aber behinderten Kindes gegenüber dem zuerst versterbenden Elternteil hatte der BGH als wirksam angesehen. Der Nachranggrundsatz des Sozialhilferechtes sei bei Behinderten deutlich zurückgenommen und repräsentiere daher keine übergeordnete Wertung, die eine Nichtigkeit des Pflichtteilsverzichts rechtfertigen würde¹⁰⁰. Der BGH liegt mit diesem Urteil auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung zu den sog. Behindertentestamenten, mit denen durch eine geschickte Kombination von Dauertestamentsvollstreckung mit einer Vor- und Nacherbeneinsetzung ebenfalls ein Zugriff des Sozialhilfeträgers auf den

⁹⁷ So zuletzt BGH v. 26.2.2009 - ZEV 2009, 247 mAnm *Musielak*; *Krauß* ErbR 2011, 162 (165).

⁹⁸ Zum Bürgergeld-Gesetz, *Groth/Güssow*, NJW 2023, 184 und *Bredemeyer*, ZEV 2023, 435.

⁹⁹ BGH v. 19.1.2011 - IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258 mAnm *Zimmer*; s. auch *Leipold* ZEV 2018, 528.

¹⁰⁰ BGH v. 19.1.2011 - IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258 mAnm *Zimmer*; s. auch *Leipold* ZEV 2018, 528.

Pflichtteilsanspruch des Behinderten vereitelt werden kann. Seit Anfang der 90er-Jahre hatte der BGH eine Sittenwidrigkeit dieser Testamente in mehreren Entscheidungen abgelehnt¹⁰¹. Die Wertungen der Senatsrechtsprechung zum Behindertentestament müssten auch bei erbrechtlich relevantem Handeln Behinderter selbst zum Tragen kommen. Die Entscheidung darüber, ob sie die Erbschaft annehmen bzw. den Pflichtteil erhalten wollen, werde durch die Privatautonomie gedeckt¹⁰².

Nicht ausdrücklich entschieden hat der BGH, ob die gleichen Wertungen auch auf einen nach dem Tod des Erblassers geschlossenen grundsätzlich formfrei möglichen **Pflichtteilerlassvertrag gem. § 397 BGB** anzuwenden sind. Der Unterschied liegt darin, dass nicht nur auf eine Erwerbchance, sondern auf einen bereits angefallenen Anspruch verzichtet würde. Diesem Umstand hat allerdings der BGH anders als die Vorinstanz keine entscheidende Bedeutung beigemessen. Der Verzicht auf einen bereits angefallenen Pflichtteil stünde allerdings in einem **Wettlauf** mit der nach § 93 SGB XII bestehenden Überleitungsmöglichkeit durch Verwaltungsakt¹⁰³. Im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit halte ich persönlich allerdings den Erlassvertrag für nicht mehr problematisch, da auch die Ausschlagung vom Senat gebilligt worden ist. Es leuchtet nicht ein, warum allein die konstruktiven Unterschiede zwischen Pflichtteilsanspruch, der nicht ausschlagbar ist, und Erbschaft und Vermächtnis, bei denen ein Ausschlagungsrecht besteht, eine so unterschiedliche Bewertung rechtfertigen¹⁰⁴.

5.8.2.2 *Erwerbsfähiger Pflichtteilsberechtigter, SGB II*

Offen bleibt allerdings inwieweit die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2011 auf den schlicht bedürftigen, aber arbeitsfähigen **Grundsicherungsempfänger nach SGB II** übertragen werden kann.

¹⁰¹ BGH v. 21.3.1990 - IV ZR 169/89, BGHZ 111, 36; v. 20.10.1993 - IV ZR 231/92, BGHZ 123, 368; v. 8.12.2004 - IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 mAnm *Muscheler*; v. 19.10.2005 - IV ZR 235/03, ZEV 2006, 76.

¹⁰² BGH v. 19.1.2011 - IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258 mAnm *Zimmer*, Rn. 26; s. auch *Leipold* ZEV 2018, 528.

¹⁰³ *Kleensang* ZErb 2011, 121 (123).

¹⁰⁴ So auch Gutachten des DNotI v. 14.6.2011, unveröff.; aA *Kleensang* ZErb 2011, 121 (124); zweifelnd aber LSG Bayern v. 30.7.2015 - L 8 SO 146/15 B ER, ZEV 2016, 43 mAnm *Litzenburger*, MittBayNot 2016, 443 mit abl. Anm. *Krauß*.

In den seinerzeit veröffentlichten Stellungnahmen zu dem BGH-Urteil zum Pflichtteilsverzicht des Behinderten wird überwiegend angenommen, die Wertungen des Urteils seien grundsätzlich auch auf den erwerbsfähigen Bedürftigen übertragbar¹⁰⁵. Unbeschränkt gültig auch für diese Gestaltungen ist sicher der Kerngedanke des Urteils, wonach die Verwendung der gesetzlich vorgesehenen Instrumentarien des Erbrechts grundsätzlich zulässig ist und nur ausnahmsweise bei besonderer Begründung trotzdem die Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung wegen Sittenwidrigkeit gegeben sein kann¹⁰⁶. Auf die Privatautonomie lässt sich sicher in gleicher Weise auch ein Pflichtteilsverzicht des Bedürftigen stützen¹⁰⁷.

Der BGH lehnt in seiner Entscheidung auch jegliche Vergleichbarkeit erbrechtlicher Rechtsgeschäfte mit dem von der Rechtsprechung unter gewissen Voraussetzungen als sittenwidrig angesehenen Unterhaltsverzicht eines Sozialhilfeempfängers ab¹⁰⁸.

Demgegenüber sehen einige Sozialgerichte dies bisher für testamentarische Gestaltungen anders¹⁰⁹. Der Empfänger von Arbeitslosengeld II bedürfe keiner besonderen Fürsorge und sei vielmehr in der Lage, für sich selbst zu sorgen und sofern er einen Arbeitsplatz findet, seinen Lebensunterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit zu fristen.

Ich halte daher eine generelle Anerkennung derartiger Gestaltungen in Verfügungen von Todes wegen zugunsten Bedürftiger und auch deren Pflichtteilsverzichte auch nach dem Urteil des BGH aus dem Jahr 2011 für nicht vollständig gesichert¹¹⁰. Immerhin hat das BSG in einem Urteil aus 2015 die Zulässigkeit sog. Bedürftigentestamente jedenfalls im Grundsatz angenommen. Das könnte auch für Pflichtteilsverzichte gelten¹¹¹.

¹⁰⁵ *Kleensang* ZErb 2011, 121 (124); *Dreher/Görner* NJW 2011, 1761 (1765 f.); *Ivo* DNotZ 2011, 388; *Odersky* notar 2011, 97.

¹⁰⁶ BGH v. 19.1.2011 - IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258 (259) mAnm *Zimmer*; s. auch *Leipold* ZEV 2018, 528; so auch *Dreher/Görner* NJW 2011, 1761 (1765).

¹⁰⁷ So auch *Kleensang* ZErb 2011, 121 (124); *Dreher/Görner* NJW 2011, 1761 (1765 f.).

¹⁰⁸ BGH v. 19.1.2011 - IV ZR 7/10, ZEV 2011, 258 (262) mAnm *Zimmer*; s. auch *Leipold* ZEV 2018, 528; zur Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichteten BGHZ 86, 82 (86); BGHZ 178, 322; BGH NJW 2007, 904.

¹⁰⁹ SG Dortmund v. 25.9.2009 - S 29 AS 309/09 ER, ZEV 2010, 54 mAnm *Keim*; SG Mannheim v. 20.12.2006 - 512 AS 526/06, unveröff.

¹¹⁰ Bedenken - vor dem BGH-Urteil - bei *Bengel*, ZEV-Tagung 2009/2010, 21.

¹¹¹ BSG v. 17.2.2015 - B 14 KG 1/14 R, ZEV 2015.484 mAnm *Tersteegen*, Rn. 26.

Die Entscheidung betraf allerdings einem Fall, in dem der Begünstigte (Neffe) überhaupt **nicht zu den pflichtteilsberechtigten Personen** gehörte. Der Erblasser hätte ihm daher auch gar nichts hinterlassen können Die Problematik der Entziehung möglicher Pflichtteilsansprüche stellt sich folglich nicht. Auch die Erhöhung der Freibeträge durch das Bürgergeldgesetz¹¹² dürfte die Problematik etwas entschärft haben.

5.8.2.3 *Vorsichtsmaßnahmen gegen eine mögliche Sittenwidrigkeit*

Die Gefahr der Sittenwidrigkeit ist selbst bei erwerbsfähigen Grundsicherungsempfängern nicht sehr groß.

Zum einen sollte der Sozialhilfeaspekt in der Urkunde nicht zu sehr in den Vordergrund gestellt werden. Zum anderen ist bei Abfindungsleistungen sicherzustellen, dass sie jedenfalls nach § 2315 BGB unter Anrechnung auf eine etwaiges Pflichtteilsrecht erfolgen, um bei einer angenommenen Sittenwidrigkeit wenigstens einen gewissen pflichtteilsreduzierenden Effekt zu erhalten.

5.8.3 Gefahr durch Aufhebung von Pflichtteilsverzichten

5.8.3.1 *Wirkung der Aufhebung*

Bei Zweitehen wöhnen sich die Kinder aus erster Ehe sicher, wenn sie erbvertraglich bindend bedacht sind, § 2289 BGB und der überlebende Elternteil bei seiner Wiederheirat mit dem neuen Ehepartner einen Pflichtteilsverzichtsvertrag schließt.

Gefahr für den Verteilungsplan¹¹³ besteht dabei durch ein späteres - zu enges - Zusammenwirken des spät verheirateten Paares zulasten der erstehelichen Kinder, **indem sie den Pflichtteilsverzicht durch einen entsprechenden Aufhebungsvertrag gemäß § 2351 BGB¹¹⁴ beseitigen**. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes ist der Erblasser

¹¹² Groth/Güssow, NJW 2023, 184.

¹¹³ Begriff nach Braun, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 1 Rn. 3 ff.

¹¹⁴ Braun, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 2 Rn. 245.

nicht gehindert, den Pflichtteilsverzicht zusammen mit seinem neuen Ehepartner einvernehmlich aufzuheben und damit den Pflichtteilsberechtigten am Nachlass wieder zu beteiligen, auch wenn er durch einen Erbvertrag gebunden ist.¹¹⁵

Der Ehemann kann sogar ohne Aufhebung des Pflichtteilsverzichts seiner Ehefrau Zuwendungen unter Lebenden im Rahmen ihres Pflichtteils machen, ohne dass sie nach seinem Tode Ansprüche der Kinder nach § 2287 BGB befürchten müsste, weil § 2287 BGB nur die berechtigten Erberwartungen des Vertragserben schütze und dessen Erberwartung aus dem Erbvertrag daher eben nicht berechtigt sei, soweit der Pflichtteil der Ehefrau reiche.¹¹⁶ Dieses von der Kommentarliteratur weitgehend gebilligte Ergebnis¹¹⁷ schränkt den Schutz der erbvertraglichen Bindung nach §§ 2287, 2289 BGB nicht unerheblich ein, insbesondere wenn die Eheleute, wie bei „Spätehen“ durchaus üblich, eine Gütertrennung vereinbart haben. Nach §§ 2303 Abs. 1, 1931 Abs. 4 BGB beträgt der Ehegattenpflichtteil in diesem Fall immerhin 1/4 neben einem und 1/6 neben zwei Kindern, ist damit also höher als beim gesetzlichen Güterstand.

Durch das Hinzukommen eines neuen Pflichtteilsberechtigten könnte mit der Aufhebung des Pflichtteilsverzichts möglicherweise sogar eine Anfechtbarkeit bindender Verfügungen von Todes wegen erwachsen: Die von mir geäußerte Ansicht, durch die Aufhebung des Pflichtteilsverzichts trete kein neuer Pflichtteilsberechtigter hinzu, da § 2079 BGB nicht auf einen neuen Pflichtteilsanspruch sondern auf die neue familiäre Verbundenheit einer Person abstelle, wird aus dogmatischen Gründen - vielleicht nicht ganz zu Unrecht - kritisiert.¹¹⁸ Im Ergebnis ist man sich aber doch darüber einig, dass eine Aufhebung des Pflichtteilsverzichts zu dem Zweck, dadurch einen Anfechtungsgrund nach § 2079 BGB zu schaffen, jedenfalls rechtsmissbräuchlich sein dürfte.

5.8.3.2 Schutz gegen Aufhebung analog § 2289 oder § 2287 BGB?

¹¹⁵ BGHZ 77, 264 = DNotZ 1981, 49.

¹¹⁶ BGH DNotZ 1981, 49 ff.; BGHZ 88, 269 = NJW 1984, 121.

¹¹⁷ *Grüneberg/Weidlich*, § 2287 Rn. 5; *Staudinger/Schotten* § 2346 Rn. 98; *Münchener Kommentar/Musielak*, § 2289 Rn. 15.

¹¹⁸ Otte ZEV 2011, 232.

Daher sind einzelne Stimmen in der Literatur diesem Ergebnis der h. M. entgegengetreten. Teilweise wird angenommen, ein Vertrag über die Aufhebung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts nach § 2351 BGB sei als Verfügung von Todes wegen anzusehen und deshalb nach § 2289 Abs. 2 S. 1 BGB unwirksam, soweit er die Rechte des Vertrags-erben beeinträchtigt.¹¹⁹ Nach anderer Auffassung liegt dem Pflichtteilsverzicht ein schuldrechtliches Kausalgeschäft zugrunde. Erfolge die Aufhebung unentgeltlich, so greife § 2287 BGB ein, so dass der Vertragserbe durch einen entsprechenden Herausgabeanspruch geschützt sei.¹²⁰ Die Kritiker haben sich jedoch nicht durchgesetzt. Lediglich in Ausnahmefällen kann dem Pflichtteilsberechtigten aber eine Berufung auf die Wirksamkeit der Aufhebung des Pflichtteilsverzichts nach Treu und Glauben versagt sein.¹²¹

5.8.4 Vorsorge gegen die Aufhebung?

Fürchten die erstehelichen Kinder tatsächlich eine spätere Aufhebung des Pflichtteilsverzichts, sollten sie vorsorglich eine Pflicht zur Nichtaufhebung des Pflichtteilsverzichts vereinbaren.¹²² Dies dürfte aber nicht dazu führen, dass ein Aufhebungsvertrag unwirksam ist,¹²³ sondern nur dazu, dass bei einem Verstoß gegen diese Verpflichtung Schadensersatzansprüche entstehen.¹²⁴ Auch können der Verzichtende, also der neue Ehepartner und die Begünstigten, also die erstehelichen Kinder, nach § 311 b Abs. 5

¹¹⁹ Hülsmeier, NJW 1981, 2043; Schindler, DNotZ 2004, 824; ders. ZEV 2005, 299.

¹²⁰ J. Mayer, ZEV 2005, 175, 176.

¹²¹ Kanzleiter, DNotZ 2009, 89, 90; Schindler, DNotZ 2004, 824, 836; J. Mayer/Dietz in: Reimann/Bengel/Dietz/Sammet, Testament und Erbvertrag, § 2287 Rn. 37.

¹²² Braun, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 2 Rn. 246.

¹²³ So aber OLG Karlsruhe ZEV 2000, 108, 110.

¹²⁴ J. Mayer, ZEV 2005, 175, 177; Grüneberg/Weidlich, § 2351 Rn. 1; Schindler, DNotZ 2004, 824, 835.

S. 1 BGB untereinander eine Verpflichtung zur Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruches treffen.¹²⁵ Um Streitigkeiten darüber, ob eine derartige Vereinbarung vielleicht stillschweigend getroffen worden ist, zu vermeiden,¹²⁶ sollte sie bei einer Kombination zwischen bindender Erbeinsetzung der Kinder und Pflichtteilsverzichtungsvertrag des neuen Ehepartners unbedingt ausdrücklich getroffen werden.

Formulierungsvorschlag:

Verpflichtung, den Pflichtteilsverzicht nicht aufzuheben

"Hiermit verpflichten wir uns im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter gegenüber unseren Kindern, diesen Pflichtteilsverzicht nicht aufzuheben und für den Fall der Zuwiderhandlung, die Erben jeweils so zu stellen, als sei der Pflichtteilsverzicht nicht aufgehoben worden. Diese Vereinbarung stellt eine schuldrechtliche Vereinbarung unter Lebenden dar und keine erbvertragliche Regelung dar."

6 Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts durch Flucht ins „verzichtsfeindliche“ Ausland

¹²⁵ Schindler, DNotZ 2004, 824, 837; W. Kössinger in: Kössinger/Najdecki/Zintl, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 19 Rn. 24 b.

¹²⁶ Dazu: OLG Karlsruhe, ZEV 2000, 108, 110.

6.1 Wandelbares Erbstatut

Nach deutschem Erbrecht ist ein Erb- und Pflichtteilsverzicht kein Erbvertrag, sondern ein Rechtsgeschäft unter Lebenden.¹²⁷ Kollisionsrechtlich, wurde daher vor Inkrafttreten der EuErbVO Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB nicht direkt, sondern nur analog angewendet, Formfragen waren nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB zu beurteilen.¹²⁸

Unter Geltung der EuErbVO fallen Erb- und Pflichtteilsverzichte unter die Definition des Erbvertrags in Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO, da Rechte des Verzichtenden am Nachlass entzogen werden.¹²⁹ Die materielle Wirksamkeit des Erb- und Pflichtteilsverzichts richtet sich nach Art. 25 EuErbVO, das auf die Form anwendbare Recht wird nach Art. 27 EuErbVO bestimmt. Dabei kommt es auf die Person des zukünftigen Erblassers, nicht auf die Person des Verzichtenden an. Zu beachten ist aber, dass Art. 25 EuErbVO nur die Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkungen des Verzichts erfasst. **Die Wirkungen des Verzichts auf die Erbfolge sind deshalb nach dem tatsächlichen Erbstatut zu beurteilen.**¹³⁰ Die Abgrenzung zwischen Fragen der Wirksamkeit und Zulässigkeit des Erbverzichts einerseits und der Anwendbarkeit des materiellen Erbrechts andererseits können insofern bedeutsam werden. Dies zeigt folgender Fall:

6.2 Beispiel: Pflichtteilsverzicht und Wegzug nach Spanien

Der Unternehmer übergibt seinen mittelständischen Betrieb an seinen Sohn, wobei zwei weitere Kinder einen gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht erklärt haben. Den Ruhestand verbringt er aber in seinem Haus in Spanien, sodass es zum unbewussten Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsortes kommt und spanisches Recht die Erbfolge bestimmt.¹³¹

¹²⁷ Weidlich in Grüneberg, BGB, § 2346 Rn. 5.

¹²⁸ Dörner in Staudinger, BGB, Art.25 EGBGB Rn. 390 u. 293.

¹²⁹ Dutta FamRZ 2013, 4 (10); Nordmeier ZEV 2013, 117 (120); Dutta in MüKoBGB, Art. 3 EuErbVO Rn. 8; aA Wachter ZNotP 2014, 2 (13).

¹³⁰ Nordmeier ZEV 2013, 117 (121).

¹³¹ Odersky notar 2014, 139.

(1.) Unter Geltung des EGBGB richtete sich die Erbfolge des Unternehmers nach deutschem Recht, da sowohl Deutschland als auch Spanien nach ihrem bisherigen IPR auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers abstellen, um das Erbstatut zu bestimmen (Art. 25 Abs. 1 EGBGB; Art. 918 Código Civil).

(2.) Unter Geltung der EuErbVO richten sich nach Art. 25 Abs. 1 EuErbVO die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkung des Verzichtsvertrags grundsätzlich nach dem hypothetischen Erbstatut des jeweiligen Erblassers, dh nach dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltsorts zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verzichtsvertrags. Enthält der Vertrag wechselseitige Verzichte, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, muss die Anknüpfung an das hypothetische Erbstatut mit der engsten Verbindung erfolgen (Art. 25 Abs. 2 EuErbVO). Dies ergibt sich daraus, dass die überwiegende Auffassung den Erbverzicht als Erbvertrag iSv Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO ansieht.

(3.) Dagegen ist durch den Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts nach Spanien für die Rechtsnachfolge von Todes wegen insgesamt gem. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO das spanische Erbrecht anwendbar und zwar auch für die in Deutschland gelegenen Nachlassgegenstände. Nach gemeinspanischem Recht ist ein Erb- und Pflichtteilsverzicht aber unzulässig. (Art. 816 CC) Auch wenn ein formell und materiell wirksamer Erbverzicht gemäß dem Errichtungsstatut geschlossen wurde, richtet der **Inhalt der darin enthaltenen Verfügungen** nach dem anwendbaren Recht, dh **nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Erblassers im Todeszeitpunkt**. Es fragt sich, ob die Verbotsvorschriften für Erbverzichte nach ausländischen Rechtsordnungen dem Errichtungsstatut des Art. 25 oder dem allgemeinen Erbstatut des Art. 21 EuErbVO unterfallen. Danach entscheidet sich, welche Rechtsfolge der **Statutenwechsel** hat, wenn diese Rechtsordnung das Institut des Erbverzichts überhaupt nicht kennt, da nur das Errichtungsstatut bei Wegzug unverändert bleibt. Gegen eine völlige Unwirksamkeit des Erbverzichtsvertrags spricht allerdings, dass ansonsten der Zweck des Art. 25 EuErbVO, die Wirksamkeit von Erbverträgen gegen einen Statutenwechsel zu schützen, unterlaufen würde, weil der damit zulässige Erbverzicht wirkungslos würde.¹³² Trotzdem wird auch die Gegenauffassung vertreten, die dies zum materiellen Inhalt eines im Vertrag

¹³² Weber ZEV 2015, 503 (507); Everts NotBZ 2015,3 (4); Hertel in Würzburger Notarhdb., 5. Aufl. 2017, Teil 7 Kap. 3 Rn.142.

geregelten Rechtsinstituts (des Einzigen!) und nicht zur Frage der Zulässigkeit des Vertrags an sich zählt.¹³³

Auch die Frage einer möglichen Sittenwidrigkeit richtet sich nach dem Errichtungsstatut, da es sich um Fragen der materiellen Wirksamkeit des Vertrags handelt, die ausdrücklich gem. Art. 25 Abs. 1 iVm Art 26 Abs. 1 EuErbVO dem Errichtungsstatut zuzuordnen sind¹³⁴. Diese Wertung kann auch nicht dadurch unterlaufen werden, dass man die Verbote als Teil der öffentlichen Ordnung der lex fori ansieht, die sich gem. Art. 35 EuErbVO auch gegen die der fremden Rechtsordnung durchsetzen würden¹³⁵.

(4.) Daher empfiehlt sich eine **Belehrung des Notars** mit folgendem Inhalt:

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass der in dieser Urkunde erklärte Verzicht unwirksam werden kann, wenn der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in ein anderes Land verlegt. Eine Rechtswahl des deutschen Erbrechts wird nicht gewünscht.

Zur Vermeidung eines ungeplanten Statutenwechsels durch den Umzug kann es sich auch empfehlen, zugleich mit dem Verzichtsvertrag eine letztwillige Verfügung zu errichten, in der der Erblasser sein Staatsangehörigkeitsrecht gem. Art. 22 wählt.¹³⁶

Formulierungsvorschlag:

(Rechtswahl im Erbverzicht)

Der Erblasser besitzt ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit und hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Er will diesen auch beibehalten. Vorsorglich wählt der Erblasser aber für die Rechtsnachfolge von Todes wegen sowie für sämtliche Fragen der Zulässigkeit, materiellen Wirksamkeit und Bindungswirkung dieses Erbverzichts das deutsche Recht.

Der Notar hat darüber belehrt, dass sich die Rechtswahl des Erblassers auf das deutsche Erbrecht als Ganzes bezieht. Ich bin auch darüber belehrt worden, dass deutsches

¹³³ Odersky notar 2014, 139 (140); wohl auch Döbereiner MittBayNot 2013, 437 (443).

¹³⁴ Weber ZEV 2015, 503 (508).

¹³⁵ Weber ZEV 2015, 503 (509).

¹³⁶ Odersky notar 2014, 139 (141).

Recht auch für die Rechtsnachfolge in Nachlassgegenstände maßgeblich ist, die sich im Ausland befinden.

Der Notar hat mich weiterhin darauf hingewiesen, dass er das maßgebliche ausländische Recht nicht kennt und nicht kennen muss und auch nicht verpflichtet ist, darüber zu belehren. Er hat nicht über fremdes Recht belehrt.

Zu beachten ist allerdings, dass der Rechtswahl nach Art. 22 Abs. 2 EuErbVO in **Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen muss**. Problematisch könnte dies nur dann werden, wenn man den Erbverzicht gem. § 128 BGB durch Trennung von Angebot und Annahme beurkundet. Denn dies entspricht nicht den Formvorschriften des Erbvertrags, der nach § 2276 Abs. 1 BGB gleichzeitige Anwesenheit voraussetzt.

Diese Rechtswahl braucht idR beim einseitigen Verzicht auch nicht erbvertraglich bindend vorgenommen zu werden, da der Widerruf dem Erblasser nicht zugutekäme und er somit auch daran kein Interesse hat.

7 Fazit

(1) Das Formgebot (§ 2348 BGB) und des vor allem der **Höchstpersönlichkeitsgrundsatz** (§ 2347 BGB) bei Pflichtteilsverzichten können zu erheblichen Problemen führen, die nicht zu unterschätzen sind.

(2) Die bisherige Rechtsprechung lässt keine Rückschlüsse darauf zu, dass Erb- und Pflichtteilsverzichte einer ähnlich strengen **Inhaltskontrolle** unterworfen sind wie Eheverträge. Eine Infektion durch die Sittenwidrigkeit eines mitbeurkundeten Ehevertrags ist allerdings nicht ausgeschlossen. Eine getrennte Beurkundung sowie eine spezielle auf den Pflichtteilsverzicht bezogene salvatorische Klausel können im Einzelfall helfen.

(2) Auch **ungewöhnliche und unfaire Umstände beim Zustandekommen des Erbverzichts** können zu Sittenwidrigkeit, Anfechtbarkeit, Schadensersatzansprüchen aus §§ 280, 311 BGB oder einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führen. Dem kann durch eine entsprechende Gestaltung des Beurkundungsverfahrens und eine Dokumentierung der Umstände des Vertragsschlusses in der Urkunde entgegengewirkt werden, ohne dass dies einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.

(3) Vor allem bei **unbedarften oder sprachunkundigen Verzichtenden** ist auf eine **rechtzeitige Aufklärung vor der eigentlichen Beurkundung** zu achten, zu der ein persönliches Vorgespräch und eine frühzeitige Entwurfsübersendung gehören.

(4) Die Frage, ob die in einigen Ländern bestehenden Verbote eines Erbverzichts zum allgemeinen Erbstatut oder zum Errichtungsstatut gehören, ist nicht abschließend geklärt. Einer „**wegzugsbedingten**“ **Nichtigkeit** kann, wenn die Staatsangehörigkeit des Erblassers dies zulässt,¹³⁷ durch eine allgemeine Rechtswahl des Rechts der Staatsangehörigkeit des Erblassers im Pflichtteilsverzicht nach Art. 22 EuErbVO entgegenge-
wirkt werden.

¹³⁷ Weber ZEV 2015, 503 (509).