

che Vermutung, keine Beweislastumkehr!) für die Einigkeit über die Unentgeltlichkeit.³⁹⁴ Es kommt auf den Einzelfall an.³⁹⁵

Bei der **Bewertung** von der Schenkung, zumindest teilweise ausschließenden **Gegenleistungen** bei **gemischten Schenkungen**, sind insbesondere auch die vom Schenker vorbehaltenen dinglichen oder schuldrechtlichen Nutzungsrechte und vom Beschenkten übernommene zeitliche oder lebenslange Pflege- und Rentenverpflichtungen zu berücksichtigen.³⁹⁶

Nach der überwiegenden Meinung richtet sich die **Bewertung** nach den Wertverhältnissen zum Zeitpunkt der Schenkung unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes, **unabhängig von der späteren tatsächlichen Entwicklung**, zB dem nicht vorhersehbaren baldigen Tod des Berechtigten (**abstrakte Berechnung**),³⁹⁷ dh die Berechnung erfolgt nicht **konkret** nach der tatsächlichen Lebenszeit des Berechtigten, sondern nach der allgemein anzunehmenden Lebenserwartung, die auf Grund Anlage 9 zum BewG oder nach der allgemeinen Sterbetafel der Lebensversicherungen festgestellt wird (**ex-ante-Betrachtung**). Die konkrete Lebensdauer kommt nur in Ausnahmefällen, zB bereits ausgebrochene tödliche Krankheit, in Betracht. Betont sei jedoch, dass die Frage bisher höchst richterlich noch nicht eindeutig entschieden ist und der BGH³⁹⁸ nicht immer schlechthin auf die allgemeine Lebenserwartung abgestellt hat, sondern auch eine Schätzung nach dem Gesundheitszustand des Übergebers im konkreten Fall zugelassen hat. Feststehen dürfte allerdings, dass, wenn der Schenker zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gesundheitlich noch wohl auf und überhaupt nicht auf die Pflege angewiesen ist, der abstrakt errechnete Wert nicht voll als Gegenleistung angerechnet werden kann.³⁹⁹

Nach einer verbreiteten Meinung erlaubt es die Vertragsfreiheit, dass bereits geleistete (**alte**) **Leistungen**, die zunächst als Schenkung erbracht worden sind, im Wege der Vertragsänderung in einen entgeltlichen Vertrag **umgewandelt** werden oder anlässlich einer weiteren Zuwendung verrechnet werden (**sog. nachträgliche Entgeltsabrede**).⁴⁰⁰

Ferner kann auch nachträglich für eine bereits unentgeltlich erbrachte Leistung eine Vergütung erfolgen, so zB eine Grundstücksübertragung im Hinblick auf bereits erbrachte Pflegeleistungen.⁴⁰¹ Die Leistung ist dann als **vorweggenommene Erfüllungshandlung** in Bezug auf einen noch abzuschließenden entgeltlichen Vertrag anzusehen.⁴⁰² Hier besteht allerdings die Gefahr, dass die nachträgliche Vereinbarung als Scheingeschäft gem. § 117 angesehen wird.⁴⁰³

Der die gemischte Schenkung beurkundende Notar sollte in der Urkunde auf alle Umstände hinweisen, die geeignet sind, eine unübliche, außergewöhnliche Höherbewertung der Gegenleistung zu rechtfertigen,⁴⁰⁴ so zB der Gesundheitszustand und damit das Risiko

³⁹⁴ BGHZ 59, 132 = NJW 1972, 1709; Soergel/Beck § 2325 Rn. 16.

³⁹⁵ Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 516 Rn. 11.

³⁹⁶ BGH NJW 1992; NJW 1992, 2857 (2860f.); BGH ZEV 1994, 233.

³⁹⁷ BGHZ 82, 274 (278) unter Hinweis auf BGHZ 65, 75 (77) = für § 2325; BGH NJW-RR 1996, 705; Spellenberg NJW 1986, 2531 (2535); OLG Hamburg FamRZ 1992, 228 (230); OLG Oldenburg NJW-RR 1997, 263 = MittBayNot 1997, 183; OLG Düsseldorf DNotZ 1996, 652 (655) = MittBayNot 1996, 203; OLG Köln MittRhNotK 1995, 186; OLG Schleswig ZEV 2009, 81 (82); OLG Celle ZEV 2003, 83 (84); Behmer FamRZ 1994, 1375; Reiff ZEV 1998, 241 (246f.); kritisch zur abstrakten Berechnung: Sostmann MittRhNotK 1976, 503; N. Mayer FamRZ 1994, 739 (744); Pentz FamRZ 1997, 724; Gutachten in DNotI-Report 2002, 178; aM dh für die konkrete Berechnung: OLG Hamburg FamRZ 1992, 228 (230); OLG Köln FamRZ 1992, 480; Heinrich MittRhNotK 1995, 157 (168); N. Mayer FamRZ 1994, 739 (744).

³⁹⁸ BGH FamRZ 1975, 485 = NJW 1975, 1831; BGHZ 140, 275 = NJW 1999, 1626.

³⁹⁹ OLG Hamburg FamRZ 1992, 228 (230).

⁴⁰⁰ BGH NJW-RR 1986, 1135; 1989, 706; 2007, 803 = ZEV 2007, 326; BayObLGZ 1995, 181 (192); vgl. dazu Weber ZEV 2017, 117 ff.

⁴⁰¹ BGH NJW 1992, 2566 (2567).

⁴⁰² BGH NJW 1992, 2566 (2567); RG JW 1929, 3497; OLG Düsseldorf DNotZ 1996, 652; OLG Oldenburg MittBayNot 1997, 183.

⁴⁰³ So BGH ZEV 1996, 186 = NJW-RR 1996, 705.

⁴⁰⁴ Beckmann MittRhNotK 1977, 25 (27).

eines jahrelangen Siechtums bei der Bewertung einer Pflegeverpflichtung oder der Verzicht des Pflegeverpflichteten auf günstige Berufsaussichten, um die Pflegeverpflichtung übernehmen zu können.⁴⁰⁵

- 121 **bb) Belohnende (remuneratorische) Schenkungen.** Dazu zählen solche Rechtsgeschäfte, durch die der Schenker dem Beschenkten für eine von diesem erbrachte Leistung eine rechtlich nicht geschuldete Belohnung gewährt.⁴⁰⁶ Sie ist von der entgeltlichen, erfolgsabhängigen Zuwendung (entgeltlicher Vertrag besonderer Art) und der Auslobung abzugrenzen.⁴⁰⁷ Eine Auslobung richtet sich nach § 657 und ist anzunehmen, wenn eine Belohnung für eine menschliche Tätigkeit (beispielsweise sportliche Leistung) ausgesetzt wird, wobei die Auslobung auch nur bestimmte Personen oder Berufskreise betreffen kann, sich aber nicht an einen geschlossenen und damit individuell abgegrenzten Personenkreis richten darf.⁴⁰⁸ Wer dagegen für eine noch vorzunehmende Handlung eine Vergütung zusagt, gibt kein Schenkungsversprechen ab, sondern schließt einen entgeltlichen Vertrag.⁴⁰⁹ Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der andere Teil eine Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlung übernimmt, oder ob die nicht geschuldete Leistung des einen Teils Bedingung für das Entstehen der Verpflichtung des anderen ist.⁴¹⁰ Belohnende Schenkungen fallen grundsätzlich im ganzen Umfang unter § 2325, vorbehaltlich des Gegenbeweises, dass sie ganz oder teilweise eine nicht ergänzungspflichtige Pflichtschenkungen gem. § 2330 darstellen.⁴¹¹ Belohnende Schenkungen entsprechen jedoch nur insoweit einer sittlichen Pflicht iSd § 2330, als das Geschenk nicht erheblich über das Maß an Freigebigkeit hinausgeht, das der Beschenkte anständigerweise als Ausgleich für seine eigene Leistung vom Schenker erwarten durfte.⁴¹² Eine sittliche Verpflichtung zur Belohnung einer Pflegeleistung wird nach der Rechtsprechung⁴¹³ im Allgemeinen nur angenommen, wenn besondere Umstände vorliegen, die das Ausbleiben einer solchen Belohnung als sittlich anstößig erscheinen lassen, so zB wenn der Pflegenden schwerwiegende persönliche Opfer erbringen musste (zB Aufgabe der Berufstätigkeit) und deswegen selbst in eine Notlage geraten ist.
- 122 **cc) Schenkungsversprechen.** Bei Schenkungsversprechen (§ 518 Abs. 1), die beim Erbfall noch nicht vollzogen sind, ist der verschenkte Gegenstand die Forderung des Versprechensempfängers gegen den Erblasser. Diese Forderung ist Nachlassverbindlichkeit und, falls der Ergänzungsanspruch geltend gemacht wird, gleichzeitig Nachlassbestandteil,⁴¹⁴ so dass sie bei der Pflichtteilsberechnung zwecks Pflichtteilsergänzung praktisch nicht zu berücksichtigen ist.
- 123 **dd) Zweckschenkung.** Enthält eine sog. Zweckschenkung eine auflösende Bedingung bei Zweckverfehlung, so ist sie, solange der Schwebezustand dauert, eine Schenkung iSd § 2325.⁴¹⁵ Das gleiche gilt, wenn die Zweckerreichung nur Geschäftsgrundlage der Schenkungsabrede ist, was eine – sei es auch nur stillschweigende – tatsächliche Willensübereinstimmung der Beteiligten über den verfolgten Zweck voraussetzt⁴¹⁶ und bei Zweckverfeh-

⁴⁰⁵ Vgl. das Beispiel bei Spellenberg FamRZ 1974, 350 (359), wo die Tochter teilweise auf die Ausübung ihres Arztberufs verzichtete, um die Pflege übernehmen zu können.

⁴⁰⁶ BGH FamRZ 1982, 143.

⁴⁰⁷ Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 516 Rn. 9.

⁴⁰⁸ OLG München NJW 1983, 759; Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 516 Rn. 9.

⁴⁰⁹ BGH FamRZ 1982, 143.

⁴¹⁰ BGH FamRZ 1982, 143.

⁴¹¹ BGH NJW 1986, 1926; 1981, 111; WPM 1962, 1200 (1203).

⁴¹² BGH NJW 1981, 111.

⁴¹³ BGH NJW 1986, 1926.

⁴¹⁴ RG LZ 28, 53; OLG Schleswig ZErB 2006, 417.

⁴¹⁵ MüKoBGB/Lange § 2325 Rn. 52.

⁴¹⁶ BGH NJW 1973, 612 = FamRZ 1973, 181; BGH FamRZ 1983, 1214 (1215).

lung einen Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritt des bezweckten Erfolgs gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 auslöst.⁴¹⁷

ee) Auflage. Die Schenkung unter Auflage ist zwar im vollen Umfang Schenkung iSd § 2325,⁴¹⁸ trotzdem ist der Wert der Auflage unter Berücksichtigung des Niederwertprinzips vom Wert der Schenkung abzuziehen.⁴¹⁹

ff) Ausstattung. Eine **Ausstattung**, dh eine Zuwendung, die von einem Elternteil an sein Kind mit Rücksicht auf dessen Eheschließung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft (**dh des Haushalts**) oder der Lebensstellung erfolgt, ist nur insoweit Schenkung, als sie das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß übersteigt (§ 1624 Abs. 1). Dabei ist auf den Zeitpunkt der Verschreibungseilung abzustellen.⁴²⁰ Sie kann daher nur bezüglich dieses Übermaßes gem. § 2325 zur Pflichtteilsergänzung herangezogen werden. Siehe hierzu im Einzelnen → Rn. 217.

gg) Nachfolge. In welchen Fällen die durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Tod geregelte **Nachfolge bei Personengesellschaften** eine ergänzungspflichtige Schenkung iSd § 2325 ist, → Rn. 61.⁴²¹

hh) Aufnahme als Gesellschafter. Die Aufnahme in eine Personengesellschaft **als persönlich haftender Gesellschafter** ist grundsätzlich selbst dann keine ergänzungspflichtige Schenkung, wenn der aufgenommene keine Einlage zu erbringen hat.⁴²² Die erforderliche Gegenleistung wird dabei in dem regelmäßig geschuldeten Einsatz der vollen Arbeitskraft und vor allem in der Übernahme der persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gesehen. Demgegenüber wird die **Zuwendung eines Kommanditanteils** regelmäßig anders beurteilt, da der Kommanditist, wenn er seine Einlage erbracht hat, nicht persönlich haftet. Deshalb wird auf die Zuwendung eines Kommanditanteils, wenn der Kommanditist nichts für seinen Erwerb aufwendet, insbesondere keine Gegenleistung zu erbringen hat und die Parteien über die Unentgeltlichkeit einig sind, Schenkungsrecht angewendet.⁴²³ Auch die Unterbeteiligung an einem GmbH-Geschäftsanteil ist eine Schenkung und bedarf der notariellen Beurkundung.⁴²⁴

ii) Vereinbarung von Gütergemeinschaft. Die Vereinbarung der Gütergemeinschaft mit einem vermögenslosen Ehegatten ist lediglich in extremen Fällen als ergänzungspflichtige Schenkung gem. § 2325 anzusehen.⁴²⁵ Ob im Wechsel vom gesetzlichen Güterstand zur Gütertrennung und der dadurch bedingten Auslösung eines Zugewinnausgleichs (Gütertrennungsmodell) eine Schenkung iSd § 2325 gesehen werden kann, ist bisher von der Rechtsprechung noch nicht entschieden, wird aber wohl zu verneinen sein.⁴²⁶ Sie unterliegt der Gestaltungsfreiheit im Güterrecht der Ehegatten. Zweifelhaft kann die Pflichtteilsfestigkeit allerdings möglicher Weise sein, wenn später⁴²⁷ wegen der niedrigeren

⁴¹⁷ BGH FamRZ 1983, 1214 (1215).

⁴¹⁸ RGZ 60, 238.

⁴¹⁹ BGHZ 118, 49 (51); BGH NJW-RR 1996, 705 = ZEV 1996, 186 (188); MüKoBGB/Lange § 2325 Rn. 52.

⁴²⁰ RGZ 141, 359; siehe zur Ausstattung eingehend Tanck Die Ausgleichung und Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht und die Einflussmöglichkeiten des Erblassers, 7 ff.

⁴²¹ Wegmann ZEV 1998, 135.

⁴²² BGH NJW 1959, 1433; KG DNotZ 1978, 109 (111); BGH NJW 1981, 1956; Wegmann ZEV 1998, 135; Gutachten in DNotI-Report 2002, 43 (44); aM Kuchinke JZ 1987, 253 f.; Soergel/Beck § 2325 Rn. 26.

⁴²³ BGH NJW 1990, 2616 (2617); Gutachten in DNotI-Report 2002, 43 (44).

⁴²⁴ BGH DNotZ 2012, 713 (714); Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 518 Rn. 8.

⁴²⁵ BGHZ 116, 178 = NJW 1992, 558; Grüneberg/Weidlich BGB § 2325 Rn. 12.

⁴²⁶ Schotten NJW 1990, 2841 (2846); Wegmann ZEV 1996, 201 (202, 206 f.); Brambring ZEV 1996, 252.

⁴²⁷ Zur steuerlichen Anerkennung BFH NJW 2005, 3663 = ZErB 2005, 419 mAnm Everts und Flick = ZEV 2005, 490 mAnM Münch.

Pflichtteilsquote der Abkömmlinge wieder von der Gütertrennung zur **Zugewinn-
gemeinschaft** gewechselt wird (**Güterstandsschaukel**),⁴²⁸ insbesondere bei vorgefasstem Gesamtplan., dh der Verfolgung „ehefremder Zwecke“.⁴²⁹ Ein gewichtiges Indiz könnte nach einer Ansicht darin erblickt werden, dass ein Ehevertrag nur geschlossen wird, um pflichtteilsberechtigten Angehörigen zu benachteiligen.⁴³⁰ Es sind jedoch mannigfaltige Motive für derartige Regelungen denkbar, **so dass missbräuchliche Gestaltung bei weitem nicht regelmäßig vorliegen dürfte**.⁴³¹ Zudem muss es Ehegatten möglich sein, ihre güterrechtlichen Ausgleichsansprüche zu regeln, ohne dass darin sofort ein Missbrauch vermutet wird. Gerade im Laufe der Ehe kann es viele Gründe geben, warum man den Güterstand wechselt, auch mehrfach.

- 129 **kk) Gewagte Rechtsgeschäfte.** Keine Schenkungen sind auch gewagte Rechtsgeschäfte wie zB der Leibrentenkauf, mag er sich auch nachträglich als schädlich für den Nachlass herausstellen, da der Zuwendungszeitpunkt darüber entscheidet, ob und inwieweit eine Schenkung vorliegt.⁴³² Richtigerweise hindert die Vereinbarung einer Leibrente den Fristlauf selbst dann nicht, wenn die Höhe den monatlichen Mieteinnahmen entspricht, da der Veräußerer gerade keinen Einfluss mehr auf das überlassene Objekt hat, also nicht mehr der „Herr im Haus“ ist.⁴³³
- 130 **ll) Vertrag zugunsten Dritter.** Bei einem Vertrag zugunsten Dritter (§ 328) liegt dann eine Schenkung iSd § 2325 vor, wenn es sich im Verhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten (**Valutaverhältnis**) objektiv um eine unentgeltliche Zuwendung handelt und zwischen den beiden die Einigung über ihre Unentgeltlichkeit erfolgt, was auch noch nach dem Tod des Versprechensempfängers durch Annahme der Schenkung geschehen kann.⁴³⁴ Der Rechtsgrund im Verhältnis zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger (**Deckungsverhältnis**) ist unerheblich.
- 131 **mm) Lebensversicherungen, Lebensversicherungen auf den Todesfall.** Grundsätzlich fällt die Versicherungssumme in den Nachlass des Versicherten. Ist jedoch ein Dritter als Bezugsberechtigter benannt (§§ 328 ff.), geht im Todesfall die Versicherungssumme am Nachlass vorbei direkt an diesen.⁴³⁵ Ob dann ein Pflichtteilergänzungsanspruch gegen den Begünstigten besteht, richtet sich nach dem Valutaverhältnis. Hinsichtlich der **Bewertung der Zuwendung** im Pflichtteilsrecht, sofern die Versicherungssumme nicht in den Nachlass fällt, sah die früher hM⁴³⁶ lediglich die **entrichteten Prämien** und nicht die Versicherungssumme als Schenkungsgegenstand, da nur sie **aus dem Vermögen des Erblassers** stammen.⁴³⁷ Soweit es sich um Pflicht- und Anstandsschenkungen (§ 2330) handelt,

⁴²⁸ So jedoch Wegmann ZEV 1996, 201 (206); Hayler MittBayNot 2000, 293; Hayler DNotZ 2000, 681 (686); Hüttemann DB 1999, 249; dagegen Brambring ZEV 1996, 248 (253); Mayer/Süß/Tanck/Bittler PflichtteilsR-HdB/J. Mayer § 11 Rn. 126, 137; bezüglich einer Alternative siehe Wäll ZEV 2007, 249.

⁴²⁹ Bühler DNotZ 2022, 10 (13).

⁴³⁰ BGH DNotZ 1992, 503, Bühler DNotZ 2022, 10 (13).

⁴³¹ Mayer/Süß/Tanck/Bittler PflichtteilsR-HdB/Pawlytta § 7 Rn. 66.

⁴³² BGH FamRZ 1981, 765 (766f.); MüKoBGB/Lange § 2325 Rn. 52; Reiff NJW 1992, 2857 (2860); Soergel/Beck § 2325 Rn. 36.

⁴³³ Vgl. Bühler DNotZ 2022, 10 (24), Frhr. v. Proff, ZEV 2016, 681 (685).

⁴³⁴ BFH NJW 2003, 1207 (1208); Grüneberg/Grüneberg BGB § 331 Rn. 5; Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 328 Rn. 7.

⁴³⁵ BGHZ 13, 232 (32, 47); Elfring ZEV 2004, 305; MüKoBGB/Lange § 2325 Rn. 48.

⁴³⁶ RGZ 128, 187 (190); BGHZ 7, 142 (143); 130, 377 (380); BGH FamRZ 1976, 615 (616) mablAnm Harder; eingehend zu der in den Einzelheiten strittigen Rechtslage Liessem MittRhNotK 1988, 29 (39f.); Klingelhöffer ZEV 1995, 180; BGH NJW 1987, 3131 (3132); aM Elfring ZEV 2004, 305; Harder FamRZ 1976, 617.

⁴³⁷ Bei der Gläubigerbenachteiligung nach dem AnfG und der InsO hat der BGH in NJW 2004, 214 allerdings auf Herausgabe der Versicherungssumme und nicht nur der geleisteten Prämien entschieden; siehe auch Elfring NJW 2004, 483.

kommt nicht einmal die Ergänzung durch die gezahlten Prämien in Betracht.⁴³⁸ Diente die Lebensversicherung jedoch der Kreditsicherung, dann sollte nach dem BGH⁴³⁹ die Versicherungssumme in der Höhe zum Nachlass gehören und bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen sein, in der sie beim Erbfall noch an das Kreditinstitut abgetreten ist. Unter **ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung** bemisst der BGH⁴⁴⁰ die Pflichtteilsergänzung jetzt allein nach dem Wert, den der Erblasser aus den Rechten seiner Lebensversicherung in der letzten – juristischen – Sekunde seines Lebens nach objektiven Kriterien für sein Vermögen hätte umsetzen können, dh in aller Regel dem **Rückkaufwert**.

nn) Vorzeitiger Erbausgleich. Ein überhöhter vorzeitiger Erbausgleich (§ 1934d aF) war nach einhelliger Meinung⁴⁴¹ keine Schenkung und konnte daher nicht die Grundlage für einen Pflichtteilsergänzungsanspruch bilden. 132

oo) Verjährte Ansprüche. Das wissentliche Verjährenlassen von Ansprüchen kann Schenkung sein.⁴⁴² 133

pp) Verzicht uÄ. Aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift in § 517 liegen keine Schenkungen vor und es kann daher auch zu keiner Ergänzungspflicht gem. §§ 2325, 2329 kommen,⁴⁴³ wenn jemand zum Vorteil eines anderen 134

– einen **künftigen Vermögenserwerb unterlässt** (§ 517 Alt. 1), zB Nichtannahme eines Vertragsangebots, Nichtgenehmigung eines vom vollmachtlosen Vertreter geschlossenen Rechtsgeschäfts, Nichtausübung eines Anfechtungsrechts,⁴⁴⁴

– auf ein **angefallenes**, noch nicht endgültig erworbenes **Recht verzichtet** (§ 517 Alt. 2), dh auf ein aufschiebend bedingtes Recht (§ 158 Abs. 1), und zwar auch wenn dadurch ein Anwartschaftsrecht begründet ist,⁴⁴⁵ es sei denn bei einer entgeltlich erworbenen Anwartschaft ist die Gegenleistung bereits ganz oder teilweise erbracht und auf deren Rückerstattung wird ebenfalls verzichtet.⁴⁴⁶ Entsprechendes gilt für aufschiebend befristete Rechte.⁴⁴⁷ Nicht unter § 517 fallen Zuwendungen unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2),⁴⁴⁸ sowie der Erlass eines betagten (*dh noch nicht fälligen*) Rechts.⁴⁴⁹ Lässt jemand eine ihm zustehende Forderung lediglich verjähren, dann ist das nicht ergänzungspflichtig.⁴⁵⁰

– eine **Erbschaft** (§ 1953) oder ein **Vermächtnis** (§ 2180) **ausschlägt** (§ 517 Alt. 3). Die Vorschrift war entspr. auf die Ausschlagung eines Erbersatzanspruchs (§ 1934b Abs. 2) anzuwenden,⁴⁵¹ nicht jedoch auf den Erlass eines entstandenen Pflichtteilsanspruchs.⁴⁵² Analog anwendbar ist § 517 auch auf einen unentgeltlichen Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht.⁴⁵³

⁴³⁸ OLG Braunschweig FamRZ 1963, 376.

⁴³⁹ BGH ZEV 1996, 263 = NJW 1996, 2230; Klingelhöfer ZEV 1995, 180.

⁴⁴⁰ BGH ZEV 2010, 305, mablAnm von Wall; bejahend Rudy ZErB 2010, 351.

⁴⁴¹ Damrau FamRZ 1969, 589.

⁴⁴² MüKoBGB/Koch § 516 Rn. 5; aA Schramm BWNotZ 1959, 227 (232).

⁴⁴³ Frank JR 1987, 245.

⁴⁴⁴ MüKoBGB/Koch § 517 Rn. 2.

⁴⁴⁵ MüKoBGB/Koch § 517 Rn. 3, 4; Soergel/Beck § 2325 Rn. 35

⁴⁴⁶ MüKoBGB/Koch § 517 Rn. 3, 4; OLG Frankfurt a.M. OLGZ 8, 452 für die Vermögensverschiebung im AnfG.

⁴⁴⁷ MüKoBGB/Koch § 517 Rn. 3; Grüneberg/Weidenkaff BGB § 517 Rn. 3.

⁴⁴⁸ MüKoBGB/Koch § 517 Rn. 3.

⁴⁴⁹ MüKoBGB/Koch § 517 Rn. 3.

⁴⁵⁰ Soergel/Beck § 2325 Rn 35.

⁴⁵¹ MüKoBGB/Koch § 517 Rn. 5.

⁴⁵² MüKoBGB/Koch § 517 Rn. 5; Grüneberg/Weidenkaff BGB § 517 Rn. 4.

⁴⁵³ MüKoBGB/Wegerhoff § 2346 Rn. 5; RGRK/Johannsen § 2346 Rn. 1.

- 135 **qq) Wohnrecht.** Keine Schenkung, sondern Leihe ist die Vereinbarung eines unentgeltlichen schuldrechtlichen Wohnrechts und zwar auch auf Lebenszeit.⁴⁵⁴ Nach der hM⁴⁵⁵ sind auf diese Wohnungsleihen die Vorschriften des Schenkungsrechts, insbesondere die Formvorschrift des § 518, nicht entsprechend anwendbar. Auch das jeweilige Alter der Vertragschließenden und die Wahrscheinlichkeit, dass der eine den anderen überlebt, ist dafür unerheblich.⁴⁵⁶ Wird ein Nießbrauchsrecht am Grundbesitz unentgeltlich eingeräumt, liegt darin eine Schenkung, da dieses Recht über eine Gebrauchsüberlassung wegen der Möglichkeit der Nutzziehung (Vermietung) auf jeden Fall hinausgeht.⁴⁵⁷ Die Nießbrauchbestellung wird regelmäßig nicht als Gegenleistung des Beschenkten für die Übertragung betrachtet.⁴⁵⁸ Da der Erblasser weiterhin in den Genuss des Gegenstandes kommt, beginnt auch die Frist des § 2325 Abs. 3 nicht zu laufen.⁴⁵⁹ Nicht anwendbar auf solche unentgeltlichen **Wohnungsleihen** sind die Rechtsfolgeregeln der § 2287,⁴⁶⁰ während für die unentgeltliche Zuwendung eines Nießbrauchs eine Schenkung und die Anwendbarkeit von § 2287 bejaht wurden.⁴⁶¹
- 136 **rr) Erb- und Pflichtteilsverzicht.** Ob der Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht als Gegenleistung der für ihn gezahlten Abfindung anzusehen ist, die der gewährten Abfindung den Schenkungscharakter nimmt, ist im Schrifttum umstritten,⁴⁶² während die frühere Rechtsprechung dazu nicht eindeutig Stellung genommen hat.⁴⁶³ Bei einer mit einem Erbverzicht verbundenen Zuwendung ist nach einer neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für deren Qualifikation als Schenkung maßgeblich, ob sich die Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind.⁴⁶⁴ Ob eine unentgeltliche Zuwendung von den Vertragsparteien gewollt war, ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Maßgebliche Bedeutung kann hierbei neben dem Wortlaut des Vertrags über die Zuwendung und den Erbverzicht den Umständen seines Zustandekommens und seiner Ausgestaltung im Einzelnen zukommen.⁴⁶⁵ Der Verzicht auf das Erb- und Pflichtteilsrecht nimmt der Zuwendung jedenfalls insoweit nicht den Charakter der Unentgeltlichkeit, als er nach dem Willen der Vertragsparteien der Ausgleichung der lebzeitigen Zuwendung bei der Erbfolge dienen soll.⁴⁶⁶ Ein solcher Wille ist mangels gegenläufiger Anhaltspunkte regelmäßig anzunehmen, wenn die Höhe der Zuwendung in etwa der Erberwartung entspricht oder diese gar übersteigt.⁴⁶⁷ Trotz des Abstellens auf den Einzelfall tendiert der Bundesgerichtshof wohl zur Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung.⁴⁶⁸ Nach zutreffender Auffassung ist Entgeltlichkeit nur gegeben, wenn der Erblasser durch den Verzicht seine zuvor durch Erbvertrag oder bindend gewordenes gemeinschaftliches

⁴⁵⁴ BGHZ 82, 354 = NJW 1982, 820; 101, 229; BGH ZEV 2008, 192 mAnm J. Mayer; BGH NJW 2016, 2652 (2653); OLG Hamm NJW-RR 1996, 717 mwN; MüKoBGB/Koch § 516 Rn. 7; MüKoBGB/Musielak § 2287 Rn. 3; Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 518 Rn. 7.

⁴⁵⁵ MüKoBGB/Koch § 516 Rn. 8; aA Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 518 Rn. 7.

⁴⁵⁶ BGH NJW 2016, 2652 (2653).

⁴⁵⁷ Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 518 Rn. 7.

⁴⁵⁸ BGH NJW-RR 1996, 754; BFH NJW 1991, 2855; Birkenbeil ErbR 2021, 2 (3); vgl. auch Soergel/Beck § 2325 Rn. 37 ff.

⁴⁵⁹ Bühler, DNotZ 2022, 10 (21); BGH DNotZ, 1994, 784.

⁴⁶⁰ BGH ZEV 2008, 192 mkritAnm J. Mayer; MüKoBGB/Musielak § 2287 Rn. 3; aA Nehlsen-von Stryk AcP 187 (1987), 552 (596); BeckOK BGB/Litzenburger BGB § 2287 Rn. 2.

⁴⁶¹ BGH ZEV 1996, 25; OLG Karlsruhe ZEV 2000, 108.

⁴⁶² Zum Streitstand siehe Pentz MDR 1998, 660; Mauch BWNotZ 1995, 88; dafür: Lange FS Nottarp, 1961, 119f.; Coing NJW 1967, 278; Damrau FamRZ 1969, 131; dagegen: Speckmann NJW 1970, 117; Staudinger/Schotten BGB § 2346 Rn. 124 ff.; differenzierend: Haegele BWNotZ 1971, 39; Schramm BWNotZ 1971, 162; Wieser MittBayNot 1970, 135 (139); Sostmann MittRhNotK 1976, 479 (496f.); Mauch BWNotZ 1995, 88 (91); Pentz MDR 1998, 660.

⁴⁶³ Ausdrücklich offen gelassen in BGH NJW 1986, 127 (129); siehe auch BGH FamRZ 1991, 695.

⁴⁶⁴ BGH NJW 2016, 324 (325).

⁴⁶⁵ BGH NJW 2016, 324 (326).

⁴⁶⁶ BGH NJW 2016, 324 (326).

⁴⁶⁷ BGH NJW 2016, 324 (326).

⁴⁶⁸ Staudinger/Schotten BGB § 2346 Rn. 124.

Testament verlorene Testierfreiheit zurückerlangt und die Abfindung dafür nicht mehr trägt, als der voraussichtliche Wert des gesetzlichen oder gewillkürten Erbteils des Verzichtenden abzüglich der auf ihm lastenden Pflichtteilsansprüche Dritter.⁴⁶⁹ Bei dieser Rechtslage dürfte es für die Praxis zweckmäßig sein, bei einem Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht jeweils ausdrücklich festzulegen, was von der Abfindung Entgelt für den Verzicht und was Schenkung bzw. bei Abkömmlingen Ausstattung sein soll.⁴⁷⁰

ss) Rechtsgrundlose Verfügungen. Bei einer rechtsgrundlosen Verfügung ist kein 137 Pflichtteilergänzungsanspruch gegeben, da der Kondiktionsanspruch (§§ 812 ff.) wertmäßig an die Stelle der weggegebenen Sache tritt und damit die in §§ 2325 ff. vorausgesetzte Nachlasswertverringerung nicht eintritt.⁴⁷¹

tt) Zuwendungen unter Ehegatten. Zuwendungen unter Ehegatten ohne ausdrückliche 138 Gegenleistung werden von der Rechtsprechung⁴⁷² und der Literatur⁴⁷³ grundsätzlich als sog. **unbenannte oder ehebedingte Zuwendungen** behandelt, sofern nicht eine ausdrückliche Abrede über den Schenkungscharakter oder einen anderen Rechtsgrund vorliegt.⁴⁷⁴ Es handelt sich dabei um einen im Gesetz nicht ausdrücklich geregelten familienrechtlichen Vertrag eigener Art,⁴⁷⁵ der im modernen partnerschaftlichen Eheverständnis wurzelt, auf eine angemessene Beteiligung beider Ehepartner an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens zielt und einen vorweggenommenen Zugewinnausgleich bewirkt,⁴⁷⁶ ohne auf den gesetzlichen Güterstand beschränkt zu sein.⁴⁷⁷ Die Übertragungen erfolgen um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung, Ausgestaltung oder Sicherung der ehelichen Gemeinschaft und damit nicht unentgeltlich.⁴⁷⁸ Diese unbenannten oder ehebedingten Zuwendungen sind daher nach einhelliger Meinung keine Schenkungen iSd § 516, da es sich um nur **objektiv unentgeltliche Rechtsgeschäfte** handelt.⁴⁷⁹ Der BGH hat die Anwendbarkeit des § 1374 Abs. 2 ausdrücklich mit dieser Begründung verneint.⁴⁸⁰ Dagegen war die Frage, ob und inwieweit auf solche unbenannten Zuwendungen die Vorschriften Anwendung finden, die Dritte vor nachteiligen Auswirkungen durch Vermögensverschiebungen zwischen Eheleuten schützen sollen, wie §§ 2287, 2888, 2325 Abs. 3 oder § 134 InsO und § 4 AnfG, höchstrichterlich lange nicht entschieden und in der Literatur wenig behandelt.⁴⁸¹ Die Lösung von Morhard,⁴⁸² sie in einer entsprechenden Anwendung des in § 1624 (Ausstattung) und der Rechtsprechung zu § 2330 (Pflicht-

⁴⁶⁹ Wieser MittBayNot 1970, 135 (139); zu dem Problem eingehend Rheinbay Erbverzicht – Abfindung – Pflichtteilergänzung, 1983, der eine erweiterte Anwendung des § 2310 S. 2 vorschlägt; so hat auch der BGH ZEV 2009, 77 im Wesentlichen entschieden.

⁴⁷⁰ Schramm BWNotZ 1971, 162 (163).

⁴⁷¹ Spellenberg FamRZ 1974, 350 (357).

⁴⁷² BGHZ 65, 320 = NJW 1976, 328; BGHZ 68, 299; 82, 227 = NJW 1982, 1093; BGHZ 84, 361 = NJW 1982, 2236; BGHZ 87, 145 = NJW 1983, 1611; BGH DNotZ 1987, 304; MittBayNot 1988, 181; BGH NJW-RR 1990, 386; BGH ZEV 2006, 319.

⁴⁷³ Rossak MittBayNot 1985, 74; Reinicke-Tiedke WPM 1982, 946; Tiedke DNotZ 1983, 2236; Sandweg BWNotZ 1985, 34; Morhard NJW 1987, 1734; Schotten NJW 1990, 2841; Jaeger DNotZ 1991, 431; Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 516 Rn. 20; Soergel/Beck § 2325 Rn. 18

⁴⁷⁴ BGHZ 87, 145 (146) = NJW 1983, 1611; BGH FamRZ 1985, 351; 1986, 576; Morhard NJW 1987, 1734; aM OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 134.

⁴⁷⁵ Tiedke DNotZ 1983, 162; Morhard NJW 1987, 1734.

⁴⁷⁶ BGHZ 65, 320 = NJW 1976, 328.

⁴⁷⁷ BGH NJW 1982, 2237 u. NJW-RR 1988, 962 für Gütertrennung; BGH DNotZ 1987, 304 für Gütergemeinschaft.

⁴⁷⁸ BGH DNotZ 1991, 492 (493); MittBayNot 1993, 375 (376); ZEV 2014, 620 (621); Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 516 Rn. 21.

⁴⁷⁹ BGH DNotZ 1983, 177; BGHZ 87, 145 (146) = NJW 1983, 1611; Morhard NJW 1987, 1734 (1735); Burandt/Rojahn/Najdecki BGB § 516 Rn. 20; Soergel/Beck § 2325 Rn. 18

⁴⁸⁰ BGHZ 82, 227 (234 f.) = NJW 1982, 1093; BGH FamRZ 1982, 778 (779).

⁴⁸¹ Morhard NJW 1987, 1734, siehe auch BGHZ 71, 61 = NJW 1978, 1326; OLG Celle NJW 1990, 720; zum Meinungsstand Schotten NJW 1991, 2687.

⁴⁸² NJW 1987, 1734; aM Sandweg NJW 1989, 1965; Schmidt-Kessel DNotZ 1989, Sonderbeil., 162; siehe auch Schotten NJW 1990, 2841.

schenkung)⁴⁸³ enthaltenen Rechtsgedankens zu finden und dem Zweck der unbenannten Zuwendung als freiwilligem, güterstandsneutralen vorweggenommenem Zugewinnausgleich zu betrachten, hat sich nicht durchgesetzt.⁴⁸⁴ Danach wäre eine unbenannte oder ehebedingte Zuwendung insoweit keine Schenkung iSd § 2325 gewesen, als sie zum Zeitpunkt der Zuwendung das Maß eines angemessenen güterrechtlichen Ausgleichs nicht übersteigen würde.⁴⁸⁵ Dabei wäre nicht nur der bereits erzielte Zugewinn, sondern auch der nach den Umständen zu erwartende zu berücksichtigen gewesen.⁴⁸⁶ Ergänzungspflichtige Schenkung iSd § 2325 wäre nach dieser Ansicht eine unbenannte Schenkung nur mit dem Übermaß, dh soweit sie nicht als Ausgleich für geleistete Mitarbeit oder als angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens aufgefasst werden könnte.⁴⁸⁷ Übermaß wäre grundsätzlich zu vermuten, wenn und soweit ein Ehegatte durch die Zuwendung auf die Dauer mehr als die Hälfte des während der Ehe erworbenen Vermögens erhalten würde.⁴⁸⁸ Der BGH hat jedoch in einer Grundsatzentscheidung⁴⁸⁹ entschieden, dass **ehebedingte Zuwendungen im Verhältnis zu den Schutzvorschriften für Vertragserben und Pflichtteilsberechtigte (§§ 2287, 2288, 2325) trotz ihrer nur objektiven Unentgeltlichkeit wie Schenkungen zu betrachten sind, so dass die drittschützenden Vorschriften voll auf sie angewendet werden.** Bei ausdrücklicher Einigung über die Unentgeltlichkeit kann jedoch nach wie vor auch zwischen Eheleuten ein Schenkungsvertrag geschlossen werden.⁴⁹⁰ Dient jedoch die Zuwendung einer angemessenen **Altersversorgung**, selbst wenn sie unterhaltsrechtlich nicht geschuldet ist, kann darin nach einer verbreiteten Meinung eine objektiv angemessene entgeltlich Zuwendung liegen, die der Pflichtteilergänzung entzogen ist.⁴⁹¹

- 139 Schwierigkeiten bereitet die rechtliche Einordnung von objektiv unentgeltlichen Zuwendungen unter Ehegatten, deren Motiv nicht der Ausgleich der während der Ehe geschaffenen Vermögenswerte ist (dann unbenannte Zuwendung), sondern etwa die vorweggenommene Erbfolge oder eine Übertragung aus steuerlichen Gründen. In diesen Fällen dürfte grundsätzlich Schenkung der Rechtsgrund der Zuwendung sein und die geforderte Einigung über die Unentgeltlichkeit aus dem Motiv zu schließen sein. Dort wo das Motiv der Zuwendung der Versuch ist, Schutzmaßnahmen vor befürchteten Gläubigerzugriffen zu treffen oder privates Vermögen aus dem Risikobereich unternehmerischer Betätigung auszusondern, bietet sich der Treuhandauftrag als Rechtsgrund an.⁴⁹² Dann wäre allerdings der erstrebte Schutz vor Gläubigerzugriffen wegen der Absichtsanfechtung (§§ 133 InsO, 3 Abs. 1 AnfG) und vor allem, weil das Treugut auch beim Treuhänder dem Zugriff der Gläubiger des Treugebers ausgesetzt sein kann (jedenfalls, wenn es an den Treuhänder nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers überragen wurde),⁴⁹³ nicht gegeben. Soll daher die Zuwendung in diesen Fällen endgültig sein, dürfte sie auch hier als Schenkung evtl. mit bedingtem Widerrufsvorbehalt einzuordnen sein.⁴⁹⁴

- 140 **Hinweis für die Praxis:** Bei der Beurkundung von objektiv unentgeltlichen Zuwendungen unter Eheleuten ist festzustellen und klar zum Ausdruck zu bringen, ob es sich um eine unbenannte Zuwendung oder eine Schenkung handelt oder ob ein anderer Rechts-

⁴⁸³ BGH MDR 1963, 575; BGH FamRZ 1967, 214; NJW 1981, 2458.

⁴⁸⁴ BGH MDR 1963, 575; BGH FamRZ 1967, 214; NJW 1981, 2458.

⁴⁸⁵ Morhard NJW 1987, 1737 (1740); aM Sandweg NJW 1989, 1965; Schmidt-Kessel DNotZ 1989, Sonderbeil., 162.

⁴⁸⁶ Morhard NJW 1987, 1737 (1740).

⁴⁸⁷ Morhard NJW 1987, 1737 (1739).

⁴⁸⁸ Morhard NJW 1987, 1737 (1739).

⁴⁸⁹ BGHZ 116, 167 = NJW 1992, 564.

⁴⁹⁰ BGHZ 82, 227 = NJW 1982, 1093; BGHZ 87, 145 = NJW 1983, 1611; BGH DNotZ 1983, 177.

⁴⁹¹ OLG Schleswig-Holstein ZErB 2010, 148; OLG Stuttgart ZEV 2011, 384; Herrler MittBayNot 2011, 150.

⁴⁹² Holzhauser JuS 1983, 831 (832); Rossak MittBayNot 1984, 75; Sandweg BWNotZ 1985, 37; aM BGH NJW-RR 1990, 386, der auch hier eine unbenannte Zuwendung annimmt.

⁴⁹³ Grüneberg/Herrler BGB § 903 Rn. 42.

⁴⁹⁴ Rossak MittBayNot 1984, 75.