

#### IV. Aufhebung von Ausgleichungsanordnung zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten

einzuhaltenen Formerfordernisse unterlaufen würden.<sup>74</sup> Wirken die ausgleichungsberechtigten bzw. -verpflichteten Abkömmlinge mit, bedarf der Verzicht der Ausgleichungsberechtigten auf den Ausgleichungsanspruch (§§ 328, 2348 BGB) der Form eines Erbvertrages und damit der notariellen Beurkundung.<sup>75</sup> Denn die Beteiligten treffen eine Vereinbarung, mit der der gesetzliche Erbteil unter Berücksichtigung des dann auszugleichenden Vorempfangs modifiziert wird.<sup>76</sup>

### 3. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der nachträglichen Aufhebung der Ausgleichungsanordnung wird 29 unterschiedlich beurteilt. Die überwiegende Ansicht sieht darin ein Vorausvermächtnis zugunsten des Zuwendungsempfängers und zu Lasten des ausgleichungsberechtigten Miterben.<sup>77</sup>

#### Mustertext „Aufhebung Ausgleichungsanordnung“<sup>78</sup>

Zu Gunsten des Erbteils meiner Tochter und zu Lasten meiner übrigen Abkömmlinge bestimme ich, dass diese die ihr mit Übergabevertrag vom ... übertragene Eigentumswohnung entgegen der dort in § ... getroffenen Regelung nicht gem. den §§ 2050 ff. BGB zur Ausgleichung zu bringen hat.

### 4. Schmälerung des Pflichtteils durch nachträgliche Aufhebung der Ausgleichungsanordnung

Im Rahmen des **Pflichtteilsrechts** führt die einseitige nachträgliche Aufhebung der 30 Ausgleichungsanordnung durch den Erblasser **nicht** zur Belastung des Pflichtteilsberechtigten, der keine ausgleichungspflichtige Zuwendung erhalten hat. Durch die einmal getroffene Ausgleichungsanordnung ist die Ausgleichungspflicht ein Bestandteil der Pflichtteilsberechnung geworden und der einseitigen Verfügungsmacht des Erblassers entzogen. Die Zulässigkeit eines solchen Vermächtnisses folgt aus dem allgemeinen Grundsatz der Testierfreiheit und unterliegt deswegen den gleichen Schranken wie die Testierfreiheit im Allgemeinen. Die Aussetzung eines derartigen Vermächtnisses kann deshalb nicht dazu führen, dass der Pflichtteil eines Miterben geschmälert wird. Die Größe des Pflichtteils ist der testamentarischen Dispositionsbefugnis des Erblassers entzogen.<sup>79</sup> Soll die einmal angeordnete Ausgleichungspflicht nachträglich aufgehoben werden, muss ein **Erb- oder Pflichtteilsverzichtsvertrag** mit dem dadurch benachteiligten Abkömmling abgeschlossen werden.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> OLG Stuttgart BWNNotZ 1977, 151; OLG Hamburg OLGE 34, 261; BayObLG OLGE 34, 261; Handbuch Pflichtteilsrecht/J. Mayer/Lenz-Brendel § 6 Rn. 59; BeckOK BGB/Lohmann § 2050 Rn. 11; J. Mayer ZEV 1996, 443; MüKoBGB/Ann § 2050 21 u. Rn. 34 ff.; s. auch BGH NJW 1982, 577 zur Frage der nachträglichen Ausgleichungsanordnung.

<sup>75</sup> Thubauville MittRhNotK 1992, 298.

<sup>76</sup> Handbuch Pflichtteilsrecht/J. Mayer/Lenz-Brendel § 6 Rn. 59.

<sup>77</sup> Vgl. J. Mayer ZEV 1996, 443 mwN; Grüneberg/Weidlich BGB § 2050 Rn. 10; Handbuch Pflichtteilsrecht/Schlitt/G. Müller § 10 Rn. 122 mwN; s. auch BGH NJW 1982, 577.

<sup>78</sup> Die richtige Form der letztwilligen Verfügung ist zu wahren. Weitere Formulierungsbeispiele bei Damrau/Tanck/Bothe BGB § 2050 Rn. 16 und 17.

<sup>79</sup> BGH NJW 1982, 577 zur Frage der nachträglichen Anordnung der Ausgleichungspflicht.

<sup>80</sup> Thubauville MittRhNotK 1992, 298; Staudinger/Otte BGB § 2316 (2021) Rn. 14; Handbuch Pflichtteilsrecht/Schlitt/G. Müller § 10 Rn. 112; Handbuch Pflichtteilsrecht/J. Mayer/Lenz-Brendel § 6 Rn. 59.

**Praxishinweis:**

Nachdem pflichtteilsrechtlich die einmal angeordnete Ausgleichsordnung wegen der damit erlangten Rechtsposition des Pflichtteilsberechtigten nicht einseitig aufgehoben werden kann, sollte unter dem Gesichtspunkt der Pflichtteilsoptimierung bei lebzeitigen Zuwendungen mit gleichzeitiger Ausgleichsordnung ein **Vorbehalt** des Schenkers dahingehend erklärt werden, dass er sich die Aufhebung der Ausgleichsordnung vorbehält, da damit keine gesicherte Rechtsposition für die Beteiligten geschaffen wird und nachträglich die Ausgleichsordnung wieder aufgehoben werden kann.

## V. Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht

**Vertiefungshinweise:** *Baumann*, Die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht, ZEV 1996, 121; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rn. 400 ff., 637 ff.

### 1. Schutz des Familienvermögens oder Pflichtteilsrecht

- 31 Der Wunsch des Erblassers auf Minimierung des Erwerbs von Todes wegen eines pflichtteilsberechtigten Abkömmlings ist nicht immer von der Absicht des Erblassers geprägt, diesem zu schaden. Häufig geht es dem Erblasser um den **Schutz des Abkömmlings** und des **Familienvermögens**. Ist ein Kind überschuldet oder geht es mit Geld verschwenderisch um, droht im Erbfall der Verlust des Familienvermögens durch seine Gläubiger oder ihn selbst. Einen Schutz hiervor kann der Erblasser dadurch erreichen, dass der pflichtteilsberechtigte Abkömmling die ihm zukommende Nachlassbeteiligung nur als Vorerbe bzw. Vorvermächtnisnehmer erhält und dessen Erwerb von Todes wegen der Verwaltung durch einen Testamentsvollstrecker unterstellt.<sup>81</sup> Nach § 2306 Abs. 1 BGB könnte sich der auf diese Art und Weise bedachte Abkömmling aber von den angeordneten Beschwerden ohne weiteres wieder lösen, indem er die beschränkte Erbschaft ausschlägt und stattdessen seinen Pflichtteil fordert. Wenn der pflichtteilsberechtigte Abkömmling überschuldet oder der Verschwendungssucht verfallen ist, nimmt der Gesetzgeber dem Pflichtteilsberechtigten durch § 2338 BGB diese Handlungsmöglichkeit. Der Pflichtteilsberechtigte kann zwar die Erbschaft ausschlagen, die Beschränkungen gelten dann aber auch für den Pflichtteil. § 2338 BGB durchbricht damit den Grundsatz, dass der Pflichtteilsberechtigte Anspruch auf eine unbeschränkte Mindestbeteiligung am Nachlass hat. Die Vorschrift eröffnet dem Erblasser – freilich in engen Grenzen – die Möglichkeit, dem Pflichtteilsberechtigten zum Schutz des Familienvermögens „Fesseln“ anzulegen, indem die vorgenannten Beschränkungen auch für das Pflichtteilsrecht angeordnet werden. In diesen Fallkonstellationen wird von der „**Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht**“ gesprochen.

**Praxishinweis:**

Anders als bei der Pflichtteilsentziehung kann durch die Anordnung der Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht die Pflichtteilslast des Erben als solches nicht vermieden oder geschmälert werden. Der oder die Erben sind mit einem Vermögensabfluss in Höhe des Pflichtteils konfrontiert. Nur der unmittelbare Zugriff des Pflichtteilsberechtigten und Dritter auf dieses Vermögen bleibt unterbunden.

<sup>81</sup> Baumann ZEV 1996, 125; Keim ZEV 1998, 129; Limmer ZEV 2004, 137.

## 2. Beschränkungsgründe

Als mögliche Beschränkungsgründe gibt das Gesetz nur die Überschuldung oder die Verschwendungssucht des Pflichtteilsberechtigten an. Auf andere Gründe, wie etwa Drogen- oder Trunksucht, geistige Behinderung oder Sektenmitgliedschaft, kann die Pflichtteilsbeschränkung nicht gestützt werden, selbst wenn diese den Erhalt des künftigen Erwerbs genauso gefährden. Eine **Überschuldung** liegt vor, wenn entsprechend den Regelungen der §§ 11, 19 Abs. 2, 320 InsO die Verbindlichkeiten das Aktivvermögen des Pflichtteilsberechtigten übersteigen. Die Frage der Zahlungsfähigkeit ist dabei ohne Belang.<sup>82</sup> **Verschwendung** setzt eine Lebensweise mit einem Hang zur zweck- und nutzlosen Vermögensverwendung voraus.<sup>83</sup> Durch die Verschwendung oder Überschuldung muss der spätere Erb- oder Pflichtteil erheblich gefährdet sein. Eine erhebliche Gefährdung liegt dann vor, wenn nach objektiven Kriterien zu erwarten ist, dass der Erwerb wieder verloren geht, weil entweder die Gläubiger des Abkömmlings auf diesen zugreifen oder weil der Abkömmling diesen selbst vergeuden wird. Der Grund für die Beschränkung muss sowohl bei der Errichtung der beschränkenden Verfügung als auch bei Eintritt des Todes des Erblassers immer noch oder bereits wieder vorliegen. Wegen §§ 2338 Abs. 2, 2336 Abs. 2 BGB ist der Grund für die Beschränkung in der letztwilligen Verfügung zwingend anzugeben.<sup>84</sup>

### Praxishinweis:<sup>85</sup>

Da zwischen Errichtung der letztwilligen Verfügung und dem Eintritt des Erbfalls nicht selten längere Zeiträume liegen, können sich daraus erhebliche **Beweisschwierigkeiten** für den Erben ergeben. Die Beweislast dafür, dass die Beschränkungsgründe sowohl im Zeitpunkt der Errichtung und des Eintritts des Erbfalls vorgelegen haben, trägt derjenige, der sich auf die Wirksamkeit der Beschränkung beruft.<sup>86</sup> Wenn diese Beweisschwierigkeiten vermieden werden sollen, kann ein **selbständiges Beweisverfahren** (§§ 485 ff. ZPO) durchgeführt werden. Ist der Beschränkungsgrund zum Errichtungszeitpunkt bewiesen, soll aber danach weggefallen sein, trifft die Beweislast den Pflichtteilsberechtigten. In diesem Fall erhebt er eine Einwendung, deren Voraussetzung immer der zu beweisen hat, dem sie nützt.<sup>87</sup>

## 3. Beschränkungsmöglichkeiten

Als Beschränkungsmöglichkeiten sieht § 2338 BGB die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft, von Vor- und Nachvermächtnis und zusätzlich von Testamentvollstreckung vor. Letzteres ist dringend zu empfehlen, um den Vollstreckungsschutz zu erhöhen. Die Nutzungen stehen grundsätzlich dem Vorerben und Vorvermächtnisnehmer zu. Sie unterliegen damit dem Gläubigerzugriff. Nach § 863 Abs. 1 S. 1 ZPO unterliegen die Nutzungen der Erbschaft jedoch einem erweiterten Pfändungsschutz, wenn der Schuldner nur Vorerbe ist.

<sup>82</sup> MüKoBGB/Lange § 2338 Rn. 7; Handbuch Pflichtteilsrecht/J. Mayer/Hölscher/J. Mayer § 8 Rn. 111; OLG Düsseldorf ZEV 2011, 310.

<sup>83</sup> Baumann ZEV 1996, 122; BeckOK BGB/Müller-Engels § 2338 Rn. 2; OLG Düsseldorf ZEV 2011, 310.

<sup>84</sup> Zu den Anforderungen an die Pflichtteilsentziehungsgründe und deren Darlegung anschaulich OLG Düsseldorf ZEV 2011, 310 und Kuhn ZEV 2011, 288.

<sup>85</sup> Handbuch Pflichtteilsrecht/J. Mayer/Hölscher/J. Mayer § 8 Rn. 114.

<sup>86</sup> Baumgärtel/Laumann/Prütting/Schmitz BGB § 2338 Rn. 1 mwN.

<sup>87</sup> Baumgärtel/Laumann/Prütting/Schmitz BGB § 2338 Rn. 3; Damrau/Tanck/Riedel BGB § 2338 Rn. 51; Baumann ZEV 1996, 127 jeweils mwN; str.

**Praxishinweis:**

Entgegen § 2338 Abs. 1 S. 2 BGB kann ebenfalls der Reinertrag der Verwaltung durch einen Testamentsvollstrecker unterstellt werden. Dem pflichtteilsberechtigten Abkömmling steht es dann allerdings frei, dies zu akzeptieren oder sich dagegen mittels § 2306 Abs. 1 BGB zur Wehr zu setzen. Schlägt er nicht aus, hat die Anordnung des Erblassers Bestand und die Reinerträge sind über § 2214 BGB den Eigengläubigern (Privatgläubigern) des Abkömmlings entzogen.<sup>88</sup> Vorsicht ist aber bei einer Unterstellung des Reinertrages unter die Dauertestamentsvollstreckung geboten, wenn diese von der Bedingung einer Pfändung oder Abtretung abhängig gemacht wird, da teilweise vertreten wird, dass diese dann wegen Gläubigerbenachteiligung nach § 138 BGB unwirksam ist.<sup>89</sup>

- 34 Anstelle einer Vorerbschaft zum Schutze des Familienvermögens im Falle der Überschuldung des Pflichtteilsberechtigten sollte wegen der damit verbundenen Gefahren **kein Vorvermächtnis** gewählt werden. Zwar ist während der Zeit des Vorvermächtnisses und der angeordneten Dauervollstreckung ein Zugriff auf das dem Vorvermächtnis unterliegende Vermögen ausgeschlossen (§ 2214 BGB). Stirbt der Vorvermächtnisnehmer und ist er zu diesem Zeitpunkt immer noch überschuldet, nimmt der Nachvermächtnisnehmer aber am Nachlassinsolvenzverfahren des Vorvermächtnisnehmers als gewöhnlicher Gläubiger teil, mit der Konsequenz der Reduzierung des Nachvermächtnisanspruchs bis zur Höhe der Insolvenzquote.<sup>90</sup>

#### 4. Person des Beschränkten

- 35 Beschränkt werden können **nur Pflichtteilsansprüche eines Abkömmlings** und nicht die von anderen Pflichtteilsberechtigten, wie Eltern, Ehegatten oder Lebenspartnern.

#### 5. Person des Nachbegünstigten

- 36 Nur die **gesetzlichen Erben** des „in guter Absicht beschränkten“ **Abkömmlings** können als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer eingesetzt werden. Wird eine andere Person eingesetzt oder die gesetzliche Erbquote verändert, entfällt die Wirkung der §§ 2338 BGB, 863 ZPO.<sup>91</sup>

**Praxishinweis:**

Eine individuelle Benennung der gesetzlichen Erben des Pflichtteilsberechtigten ist in der Verfügung von Todes wegen zu vermeiden, da sich die gesetzlichen Erben nach Errichtung der letztwilligen Verfügung ändern können. Wird aber ein gesetzlicher Erbe des Pflichtteilsberechtigten nicht berücksichtigt oder umgekehrt dadurch jemand berücksichtigt, der nicht gesetzlicher Erbe ist, zB weil nach Errichtung der letztwilligen Verfügung der Ehegatte des Pflichtteilsberechtigten geschieden wurde, wird die Beschränkung damit insgesamt unwirksam.

<sup>88</sup> OLG Bremen FamRZ 1984, 213; Grüneberg/Weidlich BGB § 2338 Rn. 3; Handbuch Pflichtteilsrecht/J. Mayer/Hölscher/J. Mayer § 8 Rn. 127; BeckOK BGB/Müller-Engels § 2338 Rn. 11; Damrau/Tanck/Riedel § BGB 2338 Rn. 17; str.

<sup>89</sup> Handbuch Pflichtteilsrecht/J. Mayer/Hölscher/J. Mayer § 8 Rn. 128 mwN; BeckOK BGB/Müller-Engels § 2338 Rn. 12.

<sup>90</sup> Everts ZERb 2005, 355; Watzek MittRhNotK 1999, 41; Balzer ZEV 2008, 116 f.; Staudinger/Otte BGB (2015) § 2191 Rn. 7.

<sup>91</sup> BeckOK BGB/Müller-Engels § 2338 Rn. 7 mwN; Staudinger/Olshausen BGB § 2338 (2021) Rn. 21 f.

## V. Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht

Dem Erblasser ist es nur möglich, die gesetzlichen Erben des Abkömmlings von der Nacherbfolge ausschließen, denen er selbst den Pflichtteil entziehen könnte. Dem Erblasser steht es ferner frei, die Berufung als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer auf die gesetzlichen Erben bestimmter Ordnungen zu beschränken, wie zB die Erben der ersten, der ersten und zweiten Ordnung usw.<sup>92</sup>

### 6. Wegfall der Beschränkung

Die wirksame Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen hierfür zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung und des Erbfalls vorgelegen haben (§ 2338 Abs. 2 S. 2 BGB). 37

#### a) Wegfall der Beschränkung vor dem Erbfall

Liegt der Grund für die Beschränkung zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht vor, ist die Beschränkung gegenstandslos. 38

#### b) Wegfall der Beschränkung nach dem Erbfall

Es fragt sich, was gelten soll, wenn der Beschränkungsgrund erst nach dem Erbfall wegfällt. Sofern für diesen Fall vom Erblasser keine ausdrückliche Anordnung getroffen wurde, ist im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung der **Wille des Erblassers** zu ermitteln. Kann kein entgegenstehender Wille des Testierenden festgestellt werden, bleibt die angeordnete Beschränkung bestehen.<sup>93</sup> 39

#### Praxishinweis:

Da bei der ergänzenden Testamentsauslegung immer viele Unwägbarkeiten bestehen und das Ergebnis nicht vorhergesehen werden kann, empfiehlt sich dringend, den Fall der dauerhaften Entschuldung in der letztwilligen Verfügung ausdrücklich anzusprechen und diesbezüglich eine klare Regelung zu treffen.

#### c) Anordnung einer bedingten Beschränkung (Besserungsklauseln)

Ein in der Testamentsberatung häufig gehörter Wunsch des Testierenden ist es, den Abkömmling nicht unnötig oder unnötig lang zu beschränken, sondern diesen in den unbeschränkten Genuss des Erbes kommen zu lassen, wenn die Überschuldung und damit die Gefahr des Zugriffs auf das Familienvermögen beseitigt ist. Entsprechende letztwillige Anordnungen, die diesem Wunsch Rechnung tragen, werden **Besserungsklauseln** genannt. Auf den ersten Blick scheint die Lösung für diesen Wunsch auf der Hand zu liegen, indem die Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten in guter Absicht nur unter der **auflösenden Bedingung** des Vorliegens der Überschuldung angeordnet wird. Bezüglich einer bis zum Erbfall eintretenden Entschuldung des Abkömmlings ist dies auch unproblematisch, da die Beschränkung dann ohnehin unwirksam ist. 40

*aa) Gefahren einer auflösend bedingten Beschränkung.* Schwierigkeiten ergeben sich aber, wenn die dauerhafte Entschuldung erst nach dem Erbfall eintritt und damit die angeordneten und zunächst wirksam gewordenen Beschränkungen entfallen sollen. Häufig wird auch hier die Anordnung einer auflösenden Bedingung vorgeschla- 41

<sup>92</sup> MüKoBGB/Lange § 2338 Rn. 12; Staudinger/Olshausen BGB (2015) § 2338 Rn. 23.

<sup>93</sup> Zur Frage der Auslegungsmöglichkeiten Handbuch Pflichtteilsrecht/J. Mayer/Hölscher/J. Mayer § 8 Rn. 113 mwN; Lange/Kuchinke § 37 XIV 2 b; Staudinger/Olshausen BGB (2015) § 2338 Rn. 13; OLG Bremen BeckRS 2009, 87495.

## § 6 Reduzierung des Pflichtteilsrisikos mittels letztwilliger Verfügung

gen.<sup>94</sup> Wird mit einer auflösenden Bedingung für den Fall operiert, dass nach dem Erbfall die Überschuldung beseitigt wird, entsteht aber, wenn der Pflichtteilsberechtigte zum Vorerben eingesetzt ist, die **Gefahr einer pfändbaren Anwartschaft**, die bei Erstarben zum Vollrecht selbst noch nach erfolgter Restschuldbefreiung für den Pfändungsgläubiger verwertbar ist.<sup>95</sup> Denn bei auflösend bedingt angeordneter Nacherbschaft ist der Vorerbe zugleich aufschiebend bedingter Vollerbe. Ihm steht damit bereits ein Anwartschaftsrecht zu. Wenn dahingegen mit der Anordnung eines Vorvermächtnisses operiert wird, steht dem Vorvermächtnisnehmer ein auflösend bedingter Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker auf Herausgabe des verwalteten Vermächtnisgegenstandes zu (§§ 2218 Abs. 1, 667 BGB), der ebenfalls gepfändet werden kann.<sup>96</sup> In beiden Fällen könnte deshalb aufgrund der im Wege der Einzelvollstreckung erlangten Pfandrechte auch noch nach eingetretener Entschuldung auf den Nachlass zugegriffen werden.

**Beispiel:** Der verwitwete Erblasser E hat nur einen Sohn S. Da S überschuldet ist, ordnet E in seinem Testament unter Darlegung dieser Gründe die Beschränkung seines Erbes durch Vor- und Nacherbschaft sowie von Dauertestamentsvollstreckung an. Gleiches soll bezüglich des Pflichtteils gelten, wenn S die Erbschaft ausschlägt. Ferner bestimmt E, dass die angeordneten Beschränkungen in Wegfall geraten, sollte sich S durch ein Restschuldbefreiungsverfahren im Rahmen einer Privatinsolvenz entschulden. Der Erbfall tritt ein. S ist zu diesem Zeitpunkt noch überschuldet. Es ist bislang kein Insolvenzverfahren eingeleitet. S wird daher nur durch eine Dauertestamentsvollstreckung beschränkter Vorerbe. Vor Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens pfändet ein Gläubiger das Erbe von S. Die Pfändung ist zwar wirksam, eine Verwertung jedoch wegen § 773 ZPO nicht möglich. Führt S nun ein Restschuldbefreiungsverfahren durch, bleibt davon das Pfändungspfandrecht nach § 301 Abs. 2 InsO unberührt. Insbesondere erlischt es nicht mit Eintritt der Restschuldbefreiung. Wird nun in der Erlangung der Restschuldbefreiung entsprechend dem Wortlaut der Verfügung des Erblassers der Bedingungseintritt gesehen, würde der Gläubiger auf die nun zur Vollerbschaft erstarkte Erbschaft des S zugreifen können. Hier ließe sich allenfalls im Wege der ergänzenden Auslegung argumentieren, dass der Erblasser gerade für diesen Fall den Wegfall der angeordneten Beschränkungen nicht wollte und damit die Bedingung nicht eingetreten sei.

- 42 *bb) Lösungsansätze.* Zur Lösung dieses Problems werden in der Literatur verschiedene Lösungsansätze vertreten.<sup>97</sup> Teilweise wird empfohlen, es bei der Anordnung der **auflösenden Bedingung** zu belassen, aber eine zusätzliche (doppelte) auflösende Bedingung aufzunehmen, wonach die angeordnete Beschränkung nicht entfällt, wenn zuvor eine Pfändung der Anwartschaft erfolgt ist.<sup>98</sup> Andere<sup>99</sup> wollen das Problem über die Regeln der **Anfechtung** lösen und empfehlen, den Grund für die angeordneten Beschränkungen ausdrücklich als Motivation und nicht als Rechtsbedingung in die letztwillige Verfügung aufzunehmen, um bei Wegfall der Überschuldung dem beschränkten pflichtteilsberechtigten Erben die Möglichkeit der Anfechtung nach § 2078

<sup>94</sup> Baumann ZEV 1996, 123; Langenfeld Rn. 433; Kessler RNotZ 2003, 561, aufschiebend bedingte Nacherbfolge bevorzugend, was aber im Anwendungsbereich des § 2338 BGB nicht möglich ist; Hartmann ZNotP 2005, 88; Limmer ZEV 2004, 140, wenn bereits bei Testamentserrichtung ein Insolvenzverfahren mit anschließendem Restschuldbefreiungsverfahren läuft oder in naher Zukunft geplant ist.

<sup>95</sup> Kornexl Rn. 644, 409; Limmer ZEV 2004, 140.

<sup>96</sup> Kornexl Rn. 644, 409.

<sup>97</sup> Umfassende Darstellung des Meinungsstandes bei Kornexl Rn. 644, 409 ff. mit Formulierungsbeispiel; Limmer ZEV 2004, 136; Kessler RNotZ 2003, 561; Litzemberger ZEV 2009, 278; Tersteegen ZErB 2011, 234 zum Überschuldetentestament oder Nieder/Kössinger/R. Kössinger/Zintl § 21 Rn. 126 ff.

<sup>98</sup> Hartmann ZNotP 2005, 88.

<sup>99</sup> Langenfeld Rn. 433; BeckFormB ErbR/Kleinsang F. II.4 Anm. 3; Bengel/Reimann/J. Mayer 5. Kapitel Rn. 365; Everts ZErB 2005, 357.

## V. Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht

Abs. 2 BGB zu eröffnen. Vorgeschlagen wird ferner, dem Pflichtteilsberechtigten ein **Vermächtnis** zuzuwenden, für das es keine Ausschlagungsfrist gibt, das deshalb auch erst nach erlangter Restschuldbefreiung angenommen werden kann und somit dem Gläubigerzugriff entzogen ist.<sup>100</sup> Schließlich wird empfohlen **bei der Entschuldung** des Pflichtteilsberechtigten den **Nacherb- oder Nachvermächtnisfall** eintreten zu lassen, allerdings verbunden mit der **Auflage** für den Nacherben bzw. Nachvermächtnisnehmer, einen bestimmten Anteil der Nachlassbeteiligung sofort wieder auf das Problemkind zu übertragen.<sup>101</sup>

Alle Vorschläge sind problembehaftet<sup>102</sup> und ihnen stehen Gegenargumente gegenüber. Gegen die doppelte Bedingungslösung kann eingewandt werden, dass im Falle der Pfändung das Gestaltungsziel nicht erreicht wird und damit nichts gewonnen ist.<sup>103</sup> Der Anfechtungslösung lässt sich entgegengehalten, dass eine Anfechtung an der Kausalität des Willensmangels des Erblassers scheitern wird. Denn wenn der Erblasser die Motivangabe gerade deshalb vornimmt, weil er mit der Möglichkeit der Entschuldung rechnet und um damit einen Anfechtungsgrund zu schaffen, kann später nicht damit argumentiert werden, er habe nicht mit einer dauerhaften Entschuldung des Pflichtteilsberechtigten gerechnet und sei insoweit einem Motivirrtum aufgesessen.<sup>104</sup> Gegen die Vermächtnislösung spricht, dass der Pflichtteilsberechtigte bis zur Annahme des Vermächtnisses überhaupt keine wirtschaftliche Unterstützung erhält – schließlich stehen diesem bis dahin keine Nutzungen zu. Ferner ist durch die Erbrechtsreform 2010 die Verjährungsfrist für Vermächtnisse von 30 auf 3 Jahre verkürzt worden, so dass häufig keine ausreichende Zeit für eine dauerhafte Entschuldung zur Verfügung stehen wird, wenn sich der Vermächtnisnehmer nicht in die Hände des Erben begeben will, der darüber hinaus auch die Möglichkeit hat, dem Vermächtnisnehmer nach § 2307 Abs. 2 BGB eine angemessene Frist zur Annahme des Vermächtnisses und damit unter Druck zu setzen.<sup>105</sup> Die Auflagenlösung ist äußerst kompliziert und einem testierenden Laien in der Praxis nicht mehr zu vermitteln.

Vor dem Hintergrund, dass das Risiko der Pfändung eines Anwartschaftsrechts nur dann besteht, wenn nach Eintritt des Erbfalls noch kein Restschuldbefreiungs- oder Insolvenzverfahren eröffnet wurde bzw. ein Insolvenzantrag nach dem Erbfall nicht kurzfristig gestellt wird, die Überschuldung zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügungen für die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht aber bereits vorliegen muss, dürfte normalerweise genügend Zeit zur Verfügung stehen, geeignete Maßnahmen des Pflichtteilsberechtigten zur Entschuldung einzuleiten. Im Normalfall dürfte daher, wenn überhaupt, die Anordnung einer doppelt auflösenden Bedingung ausreichend und zu empfehlen sein, um bei dauerhafter Entschuldung die angeordneten Beschränkungen in Wegfall geraten zu lassen.<sup>106</sup>

Nach §§ 88, 312 Abs. 1 InsO besteht bei der Verbraucherinsolvenz – gerechnet vom Antrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens – eine 3-monatige Rückschlagsperre, die Maßnahmen der Einzelvollstreckung in dieser Zeit unwirksam macht. Während des Insolvenzverfahrens sind nach § 89 InsO Einzelvollstreckungsmaßnahmen ebenfalls unzulässig und ist eine Verwertung des Anwartschaftsrechts

<sup>100</sup> Limmer ZEV 2004, 136.

<sup>101</sup> Kornexl Rn. 423 ff.

<sup>102</sup> Heckschen/Herrler/Münch/Dietz § 17 Rn. 273 oder Kiesgen RNotZ 2018, 450, weshalb tendenziell von deren Verwendung abgeraten wird.

<sup>103</sup> Kornexl Rn. 416.

<sup>104</sup> Kornexl Rn. 416; Hartmann ZNotP 2005, 88; Zweifel auch BeckFormB ErbR/Kleensang F. II.4 Anm. 3.

<sup>105</sup> Everts ZErB 2005, 357.

<sup>106</sup> Limmer ZEV 2004, 140; BeckFormB ErbR/Kleensang F. II.4 Anm. 4.

## § 6 Reduzierung des Pflichtteilsrisikos mittels letztwilliger Verfügung

durch den Insolvenzverwalter nicht möglich, sofern die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts ausgeschlossen wurde.<sup>107</sup> Daran schließt sich nahtlos das Vollstreckungsverbot des Restschuldbefreiungsverfahrens nach § 294 Abs. 1 InsO an. Der Erblasser, der seinem Abkömmling einen möglichst unbeschränkten Nachlass zukommen lassen will, wird zumeist noch ein gutes Verhältnis zu diesem haben und deshalb rechtzeitig auf die Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens hinwirken können, so dass nur in wenigen Ausnahmefällen an andere Lösungen gedacht werden muss. Auch der Umstand, dass diesbezüglich noch keine Rechtsprechung existiert, deutet darauf, dass sich das Problem in der Praxis eher selten stellt.

### Praxishinweis:

Wenn in der letztwilligen Verfügung bestimmt ist, dass die Dauertestamentsvollstreckung endet, wenn das zum Vorerben eingesetzte Kind keine Schulden mehr hat, insbesondere erfolgreich ein Restschuldbefreiungsverfahren im Rahmen einer Privatinsolvenz durchgeführt worden ist, liegt darin eine Einschränkung, die im Testamentsvollstreckerzeugnis zu vermerken ist.<sup>108</sup>

## 7. Beschränkungsmöglichkeit trotz fehlender Testierfreiheit

- 46 Eine Anordnung nach § 2338 BGB kann selbst ein bereits an seine letztwillige Verfügung gebundener Erblasser treffen (§§ 2271 Abs. 3, 2289 Abs. 2 BGB).<sup>109</sup>

## 8. Formulierungsbeispiele

- 47 Selbst wenn der pflichtteilsberechtigte Abkömmling nicht mehr als seinen Pflichtteil erhalten soll, empfiehlt es sich in der Regel, nicht nur die Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht und damit ein Vor- und Nachvermächtnis anzuordnen, sondern den pflichtteilsberechtigten Abkömmling zumindest in Höhe seines Pflichtteils als Vorerben einzusetzen.<sup>110</sup> Andernfalls droht bei Eintritt seines Todes und noch vorliegender Überschuldung der Zugriff seiner Gläubiger auf den Pflichtteil, da der Nachvermächtnisnehmer keinen Vorrang in der Insolvenz genießt, sondern nur normaler Insolvenzgläubiger ist.

### Praxishinweis:

Es sollte nicht schematisch eine Vor- und Nacherbschaft angeordnet werden. In Ausnahmefällen, wie zB beim Vorhandensein von undurchschaubaren Unternehmensbeteiligungen im Nachlass, wird die Entstehung einer Erbengemeinschaft trotz Testamentsvollstreckeranordnung zumeist nicht zu empfehlen sein. Zum Zwecke der Vereinfachung der Nachlassauseinandersetzung kann ferner an die Aufnahme einer Teilungsanordnung gedacht werden, um etwa eine nicht gewollte Zerschlagung des Nachlasses zu verhindern.

<sup>107</sup> Limmer ZEV 2004, 140; Hartmann ZNotP 2005, 88.

<sup>108</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 02625.

<sup>109</sup> OLG Köln Rpfleger 1983, 113.

<sup>110</sup> Nachdem § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB aF nicht mehr gilt und es damit keinen automatischen Wegfall der Beschränkung von Gesetzes wegen mehr gibt, wenn der zugewandte Erbteil die Höhe des Pflichtteils nicht übersteigt, könnte auch ein Erbteil in Höhe des Pflichtteils oder darunter zugewandt werden. Es empfiehlt sich aber eine Erbeinsetzung zumindest in Höhe des Pflichtteils, da andernfalls ein Anreiz zur Ausschlagung geschaffen wird.